

JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS

A REINVENÇÃO DA **AUTORIZAÇÃO**
ADMINISTRATIVA NO NOVO MODELO DO
DIREITO DO AMBIENTE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Dissertação de Doutoramento
em Ciências Jurídico-Políticas

Dezembro **2011**

A REINVENÇÃO DA **AUTORIZAÇÃO**
ADMINISTRATIVA NO **NOVO MODELO** DO
DIREITO DO AMBIENTE

JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS

A REINVENÇÃO DA **AUTORIZAÇÃO**
ADMINISTRATIVA NO **NOVO MODELO** DO
DIREITO DO AMBIENTE

Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, elaborada sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Dezembro **2011**

Investigação realizada com o apoio da

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

“Porque não só as coisas acontecem com as pessoas (...). Cada um gera também aquilo que acontece consigo. Gera-o, invoca-o, não deixa de escapar àquilo que tem de acontecer. O homem é assim. Fá-lo, mesmo que saiba e sinta logo desde o primeiro momento, que tudo o que faz é fatal. O homem e o seu destino seguram-se um ao outro, evocam-se e criam-se mutuamente. Não é verdade que o destino entre cego na nossa vida, não. O destino entra pela porta que nós mesmos abrimos, convidando-o a passar”.

SÁNDOR MÁRAI,
As Velas Ardem Até ao Fim

A REINVENÇÃO DA **AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA** NO **NOVO MODELO DO DIREITO DO AMBIENTE**

JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS

RESUMO

A presente dissertação tem como eixo dogmático o acto administrativo autorizativo, no contexto da evolução dos dois modelos de regulação jurídico-pública do ambiente: o modelo impositivo ou de ordenação das primeiras décadas; e o modelo dos últimos decénios, mais aberto, de regulação indirecta e flexível e fazendo apelo a instrumentos económicos, de mercado e de auto-regulação. A questão central investigada é a de saber se a autorização ambiental, principal acto do direito ambiental de primeira geração, pode continuar a assumir protagonismo no direito do ambiente do século XXI, mais flexível e com instrumentos jurídicos mais instáveis.

Na Parte I da dissertação estuda-se o direito administrativo de polícia ou de ordenação clássico, onde a autorização administrativa se assumiu como um dos actos principais (Cap. I). O Cap. II é dedicado ao direito ambiental de primeira geração, que teve subjacente um paradigma de ordenação ou de comando e controlo, em especial ao nível dos instrumentos jurídico-administrativos. O principal desses instrumentos, o acto autorizativo, é analisado no Cap. III, com o tratamento autónomo da disciplina e dos limites da sua revogação. O acto autorizativo ambiental merece também abordagem separada.

Na Parte II segue-se um percurso paralelo, adaptado ao direito administrativo e ao direito ambiental das últimas três décadas. O Cap. I é dedicado à renovação do direito administrativo e aos diversos reptos à sua reforma. Quanto aos instrumentos ou formas jurídicas da actividade administrativa, defende-se que a reforma não é afinal tão profunda, passando pela adaptação, reformulação e renovação dos institutos, regimes e formas jurídicas tradicionais da acção administrativa. O acto administrativo, apesar de perder importância e de ser hoje complementado por outras formas de acção, resistiu, sendo pertinente averiguar em que se traduz a sua nova conformação. O Cap. II é dedicado à segunda geração do direito ambiental, com uma gama muito mais diversificada de instrumentos de tutela, mais flexíveis, abertos, cooperativos e eficientes. Todavia, os instrumentos de ordenação tradicionais não são afastados, devendo antes ser enquadrados no seio de uma nova conformação e compreensão.

No último capítulo da dissertação concluímos que o acto autorizativo ambiental se apresenta ainda como uma forma idónea de regular o ambiente, mas como um acto renovado ou mesmo reinventado, reflectindo uma nova ponderação entre estabilidade e flexibilidade, por forma a garantir a máxima realização dos valores antagónicos em presença.

A dissertação debruça-se aí sobre as especificidades da autorização ambiental reinventada e as linhas-mestras do seu regime.

A tese fundamental defendida é a de que a autorização ambiental renovada continua a ser um acto central do direito administrativo ambiental, uma forma jurídica ou instrumento essencial para a Administração cumprir a sua tarefa de prossecução do interesse público de tutela ambiental. O aspecto decisivo da renovação tem a ver com a nova ponderação e harmonização das finalidades contrapostas de estabilidade e flexibilidade, de segurança e dinamismo, de protecção da confiança e adaptabilidade, de defesa dos operadores económicos privados e tutela dinâmica do interesse público ambiental inerentes ao acto autorizativo.

A ideia central é a da retracção do efeito de protecção do beneficiário da autorização — da sua segurança jurídica e da protecção da sua confiança, da qualidade de escudo de protecção deste acto e da sua força de caso decidido — em benefício do reforço das notas de flexibilidade, adaptabilidade e mudança. Tudo em nome da prevenção e precaução de danos ambientais, do fortalecimento das possibilidades de a Administração adequar o acto à modificação das circunstâncias de facto, ao progresso científico e tecnológico e a novas exigências legais e/ou administrativas de tutela ambiental — em suma, ao serviço da realização dinâmica do Estado de Direito Ambiental.

Defende-se ser necessário manter o poder, a autoridade e a estabilidade de um direito mais forte para a defesa dos valores fundamentais, como os conexados com a tutela ambiental individual e colectiva, presente e futura, numa lógica de equidade intra e intergeracional, justificando o papel do direito administrativo de ordenação e dos seus principais instrumentos, com protagonismo para o acto administrativo autorizativo, ainda que numa nova compreensão, com dimensões mais instáveis.

As autorizações ambientais não podem ser hoje concebidas como escudos de protecção universal do seu titular contra alterações posteriores, em termos da manutenção imodificada do acto após a sua prática. Todavia, com base no princípio da proporcionalidade, a defesa das posições jurídicas adquiridas ao abrigo daqueles actos também não pode ser totalmente extinguida: não é admissível que o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa económica privada, a protecção do investimento dos empresários, o desenvolvimento e a atractividade económicos de um país e outros direitos e interesses ligados às actividades e instalações sujeitas a autorização ambiental sejam negligenciados.

De todo o modo, o aspecto decisivo reside em permitir que a Administração continue a desempenhar a sua função de controlo dos comportamentos com potencial danoso para o ambiente, nomeadamente através de actos autorizativos. Sem pôr de lado a configuração da autorização ambiental como um acto mais flexível e aberto à revisibilidade e actualização, mas que não perdeu em absoluto a sua dimensão de decisão autoritária, de acto de poder e de ordenação, pelo qual é garantida a tutela do ambiente em condições dignas e sãs.

THE REINVENTION OF **ADMINISTRATIVE AUTHORIZATION** IN THE **NEW MODEL** OF **ENVIRONMENTAL LAW**

JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS

ABSTRACT

The administrative act of authorization is the dogmatic axis of this dissertation. Its conceptualization is placed in the evolutionary framework of the two models of public-legal environmental regulation: the command-and-control approach provided by the binding model of the first decades and the most recent one, the open model of indirect flexible regulation integrating economic, market and self-regulation instruments. The core purpose of the dissertation is to question whether the environmental permit, which is the main act of the first generation of environmental law, still assumes the leading role within the more flexible and unstable legal instruments of the 21st century environmental law.

Part I characterizes the command-and-control approach. Chapter I examines in depth the classic administrative law approach (command-and-control model). Chapter II is concerned with the first generation of environmental law, underlying foundations of the command and control paradigm, particularly in what concerns administrative instruments. Chapter III scrutinizes the authorization act, specially discipline and limits of the revocation. The environmental authorization deserves a separate approach.

Following the same analytical scheme, Part II analyses the evolution of administrative and environmental law in the three last decades. Chapter I addresses the renewal of administrative law and the multiple challenges posed by its reform. We argue that the reform of the legal forms of administrative activity is not deep, as it has taken place through adaptation, redesign and renovation of traditional legal regimes and administrative procedures. The administrative act lost part of its importance and it has gained a new shape because it has been complemented by other instruments. However it has resisted and it is relevant to assess the terms of its reconfiguration. Chapter II considers the second generation of environmental law through the lens of the Administration's new role and its more diverse, flexible, open, cooperative and efficient range of environmental protection instruments. It highlights that traditional instruments were not discarded, but are framed by a new understanding of the role of the Administration.

In Chapter III the thesis tried to demonstrate that the act of environmental authorization is still a suitable way of environmental regulation, but it is a renovated or reinvented act that reflects a new balance between stability and flexibility in order to ensure the maximum realization of the values it intends to protect. The thesis then reviews the particularities of the reinvented act of environmental authorization and the main features of its legal regime.

The thesis' main argument is that a renewed formulation of the act of environmental authorization remains a fundamental act of environmental administrative law. This legal tool is essential for the fulfilment of the pursuance of the public interest in this policy field: environmental protection. The most decisive dimension of this renewed formulation stems from a new weighing and harmonization of opposing objectives inherent to environmental authorizations: stability/flexibility, dynamism/ safety, confidence protection/adaptability, defence of private operators/environmental protection.

This process led to depleting the protective effect that the environmental authorization initially afforded to its beneficiary. Its legal certainty, the protection of legitimate expectations, as well as its configuration as a protective shield and its *stare decisis* are weakened. At the same time, flexibility, adaptability and changing ability of the environmental authorization are strengthened. This combined effect benefits environmental damage prevention and precaution and enhances the administrative capacity to adapt to changing circumstances, scientific and technological progress and legal and/or administrative new requirements of environmental protection. This results in a dynamic realization of the Environmental Rule of Law.

This research defends the importance of maintaining power, authority and stability of a strong law, given its role in defending fundamental values linked to individual and collective environmental protection, for present and future generations, in an intra and inter-generational equity reasoning. In short, the thesis supports that in the agenda of environmental law both command-and-control administrative law and the use of its main instruments, in particular the authorization act, still stand, albeit in a more flexible vesture and in a new interpretive context.

Environmental authorizations cannot be conceived nowadays as universal defensive shields that protect holders against subsequent amendments. However, based on the proportionality principle, the defence of legal positions acquired under those acts cannot be totally extinguished: it is unacceptable that the rights of ownership, private enterprise freedom, entrepreneurs' investment protection, countries' economic attraction and development and other vested rights and interests related to activities and facilities subject to environmental authorization be disregarded.

This thesis provides a poignant and reflexive account of the necessity of the Administration to continue to perform its function of controlling potentially harmful environmental behaviours, particularly through the medium of authorization acts. It offers a means of critically exploring how these authorization acts should be conceived: more flexible, reviewable acts, which by no means lose their distinctive feature. They remain authoritative decisions — command-and-control acts — that guarantee the protection of a healthy environment suitable for the development of the person.

ABREVIATURAS UTILIZADAS NA EXPOSIÇÃO

AbfG	– <i>vide</i> Kr-W-/AbfG
AbfVerbrG	– <i>Abfallverbringungsgesetz</i> (Lei de transporte dos resíduos da Alemanha)
AIA	– Avaliação de Impacte Ambiental
ALR / <i>PreußALR</i>	– <i>Allgemeines Landesrecht für die Preußischen Staaten</i> de 1794 (Lei estadual geral dos Estados da Prússia)
APA	– Agência Portuguesa do Ambiente
APA	– <i>Administrative Procedure Act</i> (Lei do Procedimento Administrativo Norte-Americana)
APAT	– Agência para a Protecção do Ambiente e para os Serviços Técnicos (italiana)
ARH	– Administração de Região Hidrográfica
ARPA	– Agência Regional de Protecção do Ambiente (italiana)
AtG	– <i>Atomgesetz</i> (Lei nuclear da Alemanha)
BACT	– <i>Best Available Control Technology</i>
BAT	– <i>Best Available Technology</i>
BauGB	– <i>Baugesetzbuch</i> (Código da construção da Alemanha)
BBodSchG	– <i>Bundes-Bodenschutzgesetz</i> (Lei Federal de Protecção dos Solos)
BCT	– <i>Best Conventional pollutant control Technology</i>
BImSchG	– <i>Bundes-Immissionsschutzgesetz</i> (Lei Federal da Protecção das Emissões/do ar/da atmosfera)
BImV	– <i>Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes</i> (Regulamento de execução da Lei Federal de Protecção das Imissões)
BMP	<i>Best Management Practices</i>
BNatSchG	– <i>Bundesnaturschutzgesetz</i> (Lei Federal de Protecção da Natureza da Alemanha)
BPT	– <i>best practicable control technology</i>
BREFs	– <i>Best Available Technologies (BAT) REFERENCE documents</i>
BVerfG	– <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal Alemão)
BVerwG	– <i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Tribunal Administrativo Federal Alemão)
BWaldG	– <i>Bundeswaldgesetz</i> (Lei Federal de Protecção da Floresta da Alemanha)
CAA	– <i>Clean Air Act</i> (Lei do Ar Limpo norte-americana)
CCDR	– Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CCP	– Código dos Contratos Públicos

CCS	– <i>Carbon Capture and Storage</i>
CE	– Comunidade Europeia
CEDOUA	– Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
CEE	– Comunidade Económica Europeia
CELE	– Comércio Europeu de Licenças de Emissão
CENV	– <i>Code de l'environnement</i> (Código do Ambiente francês)
CERCLA	– <i>Comprehensive Environmental Compensation and Liability Act (Superfund)</i>
CGCL	– <i>Code général des collectivités locales</i>
CGCT	– <i>Code général des collectivités territoriales</i>
ChemG	– <i>Chemikaliengesetz</i> (Lei dos produtos químicos da Alemanha)
CONAMA	– Conselho Nacional do Meio Ambiente (brasileiro)
CPA	– Código do Procedimento Administrativo
CPTA	– Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CQNUAC	– Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CWA	– <i>Clean Water Act</i> (Lei da Água norte-americana)
d. l. lgt.	– <i>decreto legislativo luogotenenziale</i>
d. lgs.	– <i>decreto legislativo</i>
d. p. r.	– <i>decreto del presidente della Repubblica</i>
DIA	– Declaração de Impacte Ambiental
dPCM	– <i>Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri</i>
DRARN	– Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais
EC	– Entidade coordenadora
EIS	– <i>Environmental Impact Statement</i>
EMAS	– Sistema comunitário de ecogestão e auditoria (Regulamento (CE) n.º 1221/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009)
EPA	– <i>Environmental Protection Agency</i>
FDD	– Fundo de Defesa de Direitos Difusos (brasileiro)
FERC	– <i>Federal Energy Regulatory Commission</i>
FIA	– Fundo de Intervenção Ambiental
GEE	– Gases causadores do efeito estufa
GenTG	– <i>Gentechnikgesetz</i> (Lei reguladora da genética Alemã)
GewO	– <i>Gewerbeordnung</i> (Lei da Concorrência da Alemanha)
GG	– <i>Grundgesetz</i> (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)
IC	– Implementação conjunta
ICN	– Instituto da Conservação da Natureza
ICNB	– Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade
ICPE	– <i>Installations Classées pour la Protection de l'Environnement</i>
IEF	– <i>Information Exchange Forum</i>
IGA	– Inspeção-Geral do Ambiente

IGAOT	– Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território
INA	– Instituto Nacional de Administração
IPAMB	– Instituto de Promoção Ambiental
IPPC	– <i>Integrated Pollution Prevention and Control</i>
ISO	– <i>International Organization for Standardization</i>
ISPRA	– <i>Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale</i>
iVG	– <i>integrierte Vorhabengenehmigung</i>
IVU	– <i>integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung</i> (PCIP)
Kr-W-/AbfG	– <i>Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen</i> (Lei dos Resíduos da Alemanha)
LBA	– Lei de Bases do Ambiente
LBPOTU	– Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de Agosto)
LBRL	– <i>Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local</i> (Lei de Bases do Regime Local espanhola)
LCEN	– Lei de Conservação dos Espaços Naturais e da Flora e Fauna Silvestre (espanhola)
LOSTA	– Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 40.768, de 8 de Setembro de 1958
LRJPAC / LPC	– Lei geral do procedimento administrativo (Lei n.º 30/1992, de 26 de Novembro, contendo o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum Espanhóis)
LRPN	– <i>Ley de la Red de Parques Nacionales</i> (<i>Ley 5/2007, de 3 de Abril</i> — Lei espanhola sobre a Rede de Parques Nacionais)
MAMAOT	– Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território
MAOTDR	– Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional
MARN	– Ministério do Ambiente e dos Recursos Naturais
MARS	– <i>Major Accident Reporting System</i>
MDL	– Mecanismo de desenvolvimento limpo
MTDs	– Melhores técnicas disponíveis
NAAQS	– <i>National Ambient Air Quality Standards</i>
NEPA	– <i>National Environmental Policy Act</i>
NEPE	– Nível elevado de protecção ecológica
NPDES	– <i>National Pollution Discharge Elimination System</i>
NUTS	– Nomenclatura das unidades territoriais para fins estatísticos
OCDE	– <i>Organisation de coopération et de développement économique</i> (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico)
ONGA	– Organizações Não-Governamentais de Ambiente
PCIP	– Prevenção e controlo integrados da poluição (disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto)

PEOT	– Planos especiais de ordenamento do território
PNALE	– Plano Nacional de Atribuição de Licenças de Emissão
PNDES	– Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social
PNMA	– Política nacional do meio ambiente (brasileira)
PNPA	– Plano Nacional da Política do Ambiente, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, de 21 de Abril
POOC	– Planos de ordenamento da orla costeira
ProVG	– <i>Preußisches Oberverwaltungsgericht</i> (Supremo Tribunal Administrativo da Prússia)
PRTR	– <i>Pollutant Release and Transfer Register</i>
RAC ou RAMINP	– <i>Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligosas</i> (Regulamento das Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas e Perigosas espanhol, aprovado pelo Decreto n.º 2414/1961, de 30 de Novembro)
RACT	– <i>Reasonably available control technology</i>
RAN	– Reserva Agrícola Nacional
RECLAIM	– <i>Regional Clean Air Incentives Market</i> (Los Angeles)
REN	– Reserva Ecológica Nacional
RJIGT	– Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial
SGA	– Sistemas de gestão ambiental
SIPs	– <i>State Implementation Plans</i>
SISNAMA	– Sistema Nacional do Meio Ambiente (brasileiro)
SNPRCN	– Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza
STA	– Supremo Tribunal Administrativo
StGB	– <i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Alemão)
TC	– Tribunal Constitucional
TFUE	– Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	– Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Tribunal de Justiça da União Europeia)
TRI	– <i>Toxic Release Inventory</i>
UE	– União Europeia
UGB	– <i>Umweltgesetzbuches</i> (Código do Ambiente alemão)
UIG	– <i>Umweltinformationengesetz</i>
UAG	– <i>Umwelt Audit-Gesetz</i>
UNECE	– <i>United Nations Economic Commission for Europe</i>
UVP	– <i>Umweltverträglichkeitsprüfung</i> (AIA)
UVPG	– <i>Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung</i> (Lei alemã federal sobre a AIA)
VwGO	– <i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> (Lei do Processo Administrativo da Alemanha)
VwVfG	– <i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i> (Lei do Procedimento Administrativo da Alemanha)
WHG	– <i>Wasserhaushaltsgesetz</i> (Lei dos recursos hídricos da Alemanha)

INTRODUÇÃO – O problema e os caminhos da investigação

Com a presente dissertação pretendemos averiguar se e em que medida é que o acto administrativo autorizativo, que cedo se perfilou como um dos principais instrumentos de ordenação jurídico-pública do ambiente, pode ou não continuar a assumir protagonismo no seio daquela ordenação ou se, pelo contrário, vivemos já um momento em que soa o toque de finados pela autorização administrativa ambiental. Para este efeito propomo-nos enquadrar esta decisão autoritária no contexto mais geral dos dois modelos de regulação pública do ambiente que se sucederam desde que emergiu o direito do ambiente moderno (ou pós-moderno) na década de setenta do século passado. Todavia, a problemática dos modelos servirá apenas de contexto, sendo a questão básica a de saber se a flexibilização e precarização do acto autorizativo, com a retracção dos seus efeitos de garante da segurança jurídica, protecção da confiança e da sua força de caso decidido é de tal ordem que justifica a saída de cena da autorização administrativa ambiental como instrumento de regulação do direito do ambiente do século XXI.

Nas últimas décadas, as palavras mais vezes lidas nos tratados, nas dissertações e nos manuais de direito administrativo são as da privatização, auto-regulação, substituição de controlos públicos por controlos privados, assunção de funções públicas por particulares, celeridade e simplificação procedimental, direito flexível ou *soft law*, formas abertas, participadas e cooperativas de regulação jurídica, apontando para uma Administração que, em vez de impor unilateralmente condutas ou formas de comportamento, prefere informar, publicitar, acompanhar, sugerir, propor, alertar, negociar e transigir. Um pouco por todo o lado sente-se a retracção do poder e da autoridade e o direito administrativo geral é hoje um direito mais *souple*, mais suave.

O problema que basicamente colocamos é o de saber se esta nova lógica, de validade indiscutível no direito administrativo geral e na maioria dos sectores do direito administrativo especial — no pressuposto de que esta distinção continua a ser possível —, se impôs ou não no direito do ambiente. E o objecto central, o eixo dogmático da dissertação, é o acto autorizativo ambiental, sendo nosso propósito averiguar se tal acto, enquanto decisão possuidora de um lastro mais ou menos extenso de autoridade, pura e simplesmente deixou de fazer sentido no direito ambiental do século XXI; ou se, pelo contrário, o acto cujos contornos dogmáticos foram desenhados por Otto Mayer e Oreste Ranelletti faz ainda sentido e ocupa até um lugar chave na ordenação jurídico-pública do ambiente, ainda que sofrendo uma re-

novação mais ou menos profunda, em particular no que toca à complexa ponderação entre estabilidade e flexibilidade, entre segurança e dinamismo, entre protecção da confiança e adaptabilidade, entre defesa dos direitos dos operadores económicos e tutela dinâmica do interesse público ambiental. Será esta, então, a pergunta a que o presente trabalho procurará trazer alguma luz, não em termos de uma resposta definitiva mas da formulação de pistas possíveis para a sua resolução.

O objecto central da dissertação é pois, como sugerimos já, o acto autorizativo ambiental, assumido como expediente jurídico-administrativo de tutela do ambiente. Como tal, pretendemos a sua contextualização no direito administrativo geral e, em termos mais específicos, no direito administrativo do ambiente. É esta compreensão das coisas que justifica o longo caminho que nos propomos percorrer.

Tendo subjacente a compreensão da autorização administrativa como instrumento do direito administrativo de ordenação, a Parte I do nosso trabalho começará por um breve roteiro, no Capítulo I, sobre o direito administrativo de polícia ou de ordenação clássico, no seio do qual a autorização administrativa emergiu como um dos seus actos principais. Em seguida, no Capítulo II, trataremos aquilo que designamos como primeira geração do direito ambiental moderno ou pós-moderno, tentando demonstrar que foi seguido, no âmbito jurídico-administrativo, um paradigma impositivo ou de ordenação, tanto ao nível das fontes do direito e da organização administrativa como, em particular, dos *instrumentos* utilizados, não apenas de cariz legislativo mas, sobretudo, de natureza jurídico-administrativa: um modelo de comando directo dos comportamentos ou de comando e controlo, através da classificação de actividades, do controlo administrativo, da vigilância, inspecção e fiscalização públicas, da aplicação de sanções e, em especial, da prática de autorizações administrativas. Estes actos merecerão estudo autónomo no Capítulo III, no qual procuraremos passar em revista as suas raízes e a sua evolução precoce, sem olvidar algumas das questões dogmáticas por ele suscitadas. A disciplina da sua revogação será objecto de tratamento próprio, face à importância do regime da força de caso decidido e da figura dos actos constitutivos de direitos para a evolução posterior do acto autorizativo, em particular no domínio ambiental, pois esse regime constitui à partida um forte entrave à manutenção da utilidade do acto autorizativo no direito do ambiente do século XXI. Terminaremos este Capítulo III debruçando-nos em concreto sobre a autorização administrativa ambiental, focando alguns dos principais problemas que a utilização do acto autorizativo suscitou no campo ambiental.

Na Parte II pretendemos seguir um percurso paralelo, embora adaptado à realidade dos nossos dias ou, mais em geral, ao contexto do direito administrativo, do direito do ambiente e do acto autorizativo ambiental das últimas três décadas. Para tal, dedicaremos o Capítulo I à análise da profunda renovação do direito administrativo, em face dos diversos

e intrincados reptos à sua reforma, também quanto ao tema que mais nos interessa, o dos instrumentos ou formas jurídicas da actividade administrativa, com o intuito de tomar opinião sobre se estaremos, como defende parte da doutrina, sobretudo germânica, perante um “novo” direito administrativo ou se, pelo contrário, a reforma não é afinal tão profunda, passando apenas pela adaptação, reformulação e renovação dos institutos, regimes e formas jurídicas da acção administrativa. Se assim for, talvez possamos concluir que o acto administrativo — apesar da perda de parte da sua importância —, enriquecido com o suplemento ou complemento trazido por novas formas de acção, afinal resistiu, sendo então pertinente averiguar em que se traduz a sua nova conformação.

A investigação dirigir-se-á, em seguida, de novo para o direito do ambiente, procurando mostrar, no Capítulo II, como estamos perante uma segunda geração deste direito que acompanha, em larga medida, as alterações sentidas no direito administrativo geral, sendo nosso propósito averiguar qual o alcance e o significado da crise do direito administrativo de ordenação na tutela jurídica do ambiente. Parece claro que, no seio do direito ambiental renovado, o Estado e a Administração Pública assumem um novo papel e, sobretudo, que há novos instrumentos de tutela, com uma gama muito mais diversificada e com o fortalecimento indiscutível das componentes de auto-regulação, privatização, eficiência, actuação informal, utilização de instrumentos económicos, de informação, de cooperação, de assunção de maiores e mais fundas responsabilidades pelos regulados, da sua consciencialização e sensibilização para a questão ambiental. Todavia, aquilo que mais nos interessa saber, uma vez mais, é se esta nova geração pura e simplesmente afasta os instrumentos de comando e de ordenação tradicionais ou se, apesar de todos os novos impulsos e exigências, não pode, afinal, prescindir deles — nomeadamente do acto autorizativo —, ainda que num novo quadro e tendo subjacente uma sua nova conformação e compreensão.

Após todo este longo roteiro estaremos então em condições de enfrentar, no último capítulo da dissertação, a pergunta formulada de início: o acto autorizativo ambiental não se apresenta mais como uma forma idónea de regular o ambiente ou, no seio de um novo entendimento e de uma sua compreensão renovada, é ainda um meio adequado para a ordenação jurídico-pública do ambiente? No caso de esta questão ser respondida em sentido afirmativo, em que se traduzirá então essa renovação e em que termos poderá a autorização administrativa ambiental reflectir uma nova ponderação entre estabilidade e flexibilidade, por forma a que os diversos valores antagónicos em presença sejam, na medida do possível, tidos em conta, ponderados e garantidos? Quais serão as especificidades dessa autorização ambiental reinventada e as linhas-mestras do seu regime, que permitem a esse acto continuar a constituir um elemento-chave do direito ambiental do século XXI? Procuraremos dar resposta a todos estes problemas no Capítulo III da Parte II, que constitui, assim, o capítulo chave do nosso trabalho.

Europa continental

Comando e controlo nos Estados Unidos da América

O direito de polícia no Brasil

geral

Os edifícios normativos erigidos na primeira geração do direito do ambiente

Instrumentos jurídico-administrativos de tutela ambiental

problemas do direito ambiental de primeira geração

Crítica dos problemas ambientais de primeira geração – o modelo *command and control*

Outros aspectos da abordagem de comando e controlo

A Constituição

A regulação normativa pública do ambiente

A organização administrativa do ambiente

Acto autorizativo – em especial as obras de Otto Mayer e de Oreste Ranelletti

“crise” da autorização

Os múltiplos critérios para a distinção dos actos autorizativos

A autorização como “escudo de protecção”

Sequência

Irrevogabilidade dos actos administrativos, em especial das autorizações de polícia

Aberturas à revogabilidade dos actos constitutivos

Aberturas à revogabilidade do acto

Condições económicas

Preventiva com reserva de autorização ou proibição repressiva com reserva de dispensa?

O direito à (emissão da) autorização

Problemas ambientais (cont.) – a questão do efeito de estabilização: a autorização como escudo de protecção?

Uso de cláusulas acessórias

A revogação das autorizações ambientais

P A R T E I

AS FORMAS DE ORDENAÇÃO CLÁSSICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DE ORDENAÇÃO E A PRIMEIRA GERAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

Enquadramento

Outros problemas

“É pois com um desespero, quase, como hoje se diria, com um complexo de inferioridade, que o homem moderno se apega aos destroços do velho mundo e com eles começa a construir um à sua feição”. (...) “Esse mundo há-de, agora, apesar de tudo, ser cada vez maior, mais belo, mais perfeito — cria-se o mito do *progressismo*, que depois do século XVIII havia de tornar-se obsessão”.

ROGÉRIO EHRHARDT SOARES,
Interesse Público, Legalidade e Mérito

Uma vez fixadas as águas onde queremos navegar e o porto a que queremos rumar — o mesmo é dizer, depois de estabelecido o *âmbito* do nosso estudo, centrado no *direito administrativo do ambiente* e o seu *objectivo*, orientado para a selecção das formas de *regular o ambiente* e *disciplinar os comportamentos* ambientalmente relevantes do ponto de vista jurídico-administrativo, identificando o *acto autorizativo* como o objecto central, por forma a averiguar em que medida ele se afigura hoje, nos primórdios do novo século, como um instrumento com maleabilidade suficiente para continuar a desempenhar papel de protagonismo naquela disciplina — é chegado o momento de lançarmos mãos à obra. Para o efeito, vamos analisar na Parte I da dissertação as formas jurídico-administrativas que foram utilizadas na ordenação do ambiente nas décadas posteriores à sua entrada no mundo do direito nos termos actuais.

Desta forma, vamos proceder ao estudo dos instrumentos, institutos e técnicas jurídico-administrativas por intermédio dos quais a Administração Pública intervém sobre as actividades económicas dos privados susceptíveis de produzir impactes ambientais baseadas num modelo que — tendo como pano de fundo a tradicional *administração de autoridade*, de *intervenção* ou de *comando*, isto é, a *Eingriffsverwaltung* — pode ser apelidado de formas diversas, tendo em conta as diferenças terminológicas entre as diversas ordens jurídicas: modelo da *polícia administrativa*, do direito administrativo de *ordenação*, de *comando directo do comportamento* ou de *comando e controlo*, referindo apenas as fórmulas mais correntes.

Ou seja: vamos referir-nos ao instrumentário desenvolvido — em termos mais adequados: adaptado — pela legislação, doutrina, jurisprudência e *praxis* jurídico-administrativa ao longo das últimas décadas do século XX, no que toca à disciplina dos comportamentos dos operadores privados susceptíveis de produzir efeitos no ambiente que passou, no essencial, pelo recurso a métodos unilaterais e autoritários de disciplina *externa* (por parte do legislador e da Administração) por forma a salvaguardar a prossecução do interesse público na tutela ambiental e o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos (outros) administrados relacionados com o ambiente.

Essa disciplina externa é contida em normas jurídicas de nível legal e regulamentar e é determinada em concreto pela Administração através de instrumentos jurídicos que, tendo por base a lei, reflectem a sua autoridade, *maxime* por intermédio de actos administrativos — representando a *autorização administrativa*, entendida em sentido amplo, o seu exemplo paradigmático, embora ela conviva com outras disposições autoritárias, nomeadamente as ordens e outros actos praticados no exercício de poderes de interdição e proibição da Administração Pública.

Uma vez que, na maioria dos casos, tal não é suficiente para garantir a satisfação do interesse público ambiental e a não violação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, é necessário assegurar o cumprimento dos dispositivos normativos e autoritários dirigidos à defesa do ambiente, tarefa empreendida pela Administração por intermédio do exercício dos seus poderes de vigilância, inspecção, fiscalização e controlo, estando igualmente dotada de mecanismos de reacção para os casos em que o particular não cumpre o que tinha ficado determinado — seja através da *revogação* dos actos administrativos anteriormente praticados, seja por intermédio da aplicação de *sanções administrativas*, com relevo especial, no direito administrativo económico português, para as coimas e as sanções acessórias do ilícito de mera ordenação social.

No que ao direito do ambiente respeita, e numa síntese por ora extremamente apertada, podemos dizer que este modelo de comando é aplicado através de uma regulação unilateral (autoritária) das fontes de poluição, por parte do legislador e da Administração, em especial através da fixação de *standards* de emissões e de efluentes (as mais da vezes baseados em exigências tecnológicas) prevendo os requisitos de funcionamento das fontes emissoras. As *autorizações* têm, como já avançámos, um enorme protagonismo, pois é através delas que se fixam em concreto os requisitos de funcionamento das fontes e os limites máximos de emissões permitidos, bem como, à medida que se foi desenvolvendo a disciplina jurídica e as formas de controlo da poluição, as tecnologias a utilizar e toda uma série de obrigações acessórias do sujeito autorizado.

O modelo de ordenação clássico não dava espaço para considerações de índole económica, sendo também seu objectivo, pelo menos em parte, reduzir alguns dos espaços de discricionariedade ou livre apreciação administrativa, recorrendo de preferência a leis e a regulamentos densos e prescritivos.

É este modelo “clássico” que nos propomos estudar na Parte I do nosso trabalho, limitando ao mínimo as considerações relativas à sua evolução — isto é, procurando centrar-nos nas suas formas puras, deixando a análise da sua evolução para a Parte II. Assim, depois de uma nota, que tentaremos que seja breve e condensada, de alguns dos aspectos estruturais do direito administrativo de ordenação ou de comando clássico nas ordens jurídicas que nos são mais próximas e no nosso país (a levar a cabo no Capítulo I), dedicaremos um extenso Capítulo II ao estudo do instrumentário do direito administrativo de ordenação utilizado na “primeira geração” do direito do ambiente, baseado no essencial em formas e institutos típicos daquele direito de ordenação. E uma vez que a *autorização administrativa* emerge como o exemplo paradigmático do acto jurídico autoritário que reflecte esta abordagem jurídica, dedicar-lhe-emos todo o Capítulo III.

O direito administrativo de polícia ou de ordenação clássico

“Mas não pode ser de outra maneira: só através dos pormenores podemos perceber o essencial, aprendi assim nos livros e na vida. É preciso conhecer todos os detalhes, porque nunca sabemos qual deles é importante, quando pode uma palavra iluminar um facto. Deve-se manter a ordem em tudo.”

SÁNDOR MÁRAI,
As Velas Ardem Até ao Fim

1. Preliminares

Neste capítulo vamos dedicar-nos à análise do modo como tradicionalmente se disciplinam as actividades dos particulares — especialmente aquelas desenvolvidas no exercício do direito de *livre iniciativa (económica) privada* — susceptíveis de fazerem perigar o interesse público e os direitos e interesses legítimos dos outros cidadãos, essencialmente no âmbito do *direito administrativo económico*, com destaque para o licenciamento industrial¹.

¹ Como assinalam ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (cfr. *Direito Económico*, Almedina, 5.ª ed., 2006, pp. 46-48 e 61), um dos principais aspectos da nossa *Constituição Económica* (definida por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA como “o conjunto das normas e princípios constitucionais relativos à economia — isto é, à ordem constitucional da economia” os quais “caracterizam basicamente a organização económica, definem os direitos fundamentais de natureza económica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de acção dos diferentes sujeitos económicos (...), prescrevem os grandes objectivos da política económica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia” — cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. revista, 2007, vol. I., p. 940 e seg.) é a *iniciativa privada* (consagrada no art. 61.º da CRP), isto é, a possibilidade de exercer uma actividade económica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Apesar de este direito comportar a liberdade de investimento ou de acesso, a liberdade de organização, a liberdade de contratação e ainda a liberdade de iniciativa (pública, privada ou autogestionária e cooperativa), a ordem jurídica constitucional (e legal) impõe-lhe uma série de *restrições* e *condicionamentos*, os quais são justificados tanto pela necessidade de protecção do interesse público como dos interesses de terceiros, pondo os Autores citados em primeiro lugar em evidência que tais restrições têm também a ver com a sua (da iniciativa privada) “relação com o meio exterior”, sendo cada vez mais importantes as restrições que visam a *protecção de valores ambientais*. Desta forma, fazem a “ponte” para a consideração do direito do ambiente como um dos “direitos e deveres fundamentais com incidência na ordem económica”, um dos *limites constitucionais ao livre exercício da actividade económica*, uma vez que o acesso e a organização de uma actividade económica, a sua instalação, as suas condições de funcionamento, as suas relações com terceiros ou a sua extinção podem ser condicionadas ou determinadas por razões ambientais. Também GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*ob. ult. cit.*, p. 791) sublinham o condicionamento da iniciativa económica privada, à luz do art. 61.º da CRP, em função do interesse geral, “o que sublinha a sua ‘funcionalização’ constitucional”, mencionando entre as “determinantes heterónomas” da liberdade de iniciativa fornecidas pela

Para desempenhar as tarefas de ordenação destas actividades dos cidadãos o Estado da primeira metade do século XX recorreu a um instrumentário já há muito desenvolvido, subsumido no *direito de polícia*. A noção de *polícia* — numa evolução histórica que, pelo menos no espaço europeu continental, revelou uma similitude assinalável nas diversas ordens jurídicas, que leva alguns autores a falar mesmo no “assombroso paralelismo sincrónico, em todos os países europeus, de normas, doutrinas e práticas administrativas” relacionadas com a polícia² —, apesar das suas raízes históricas muito anteriores, ganhou grande importância num período temporal bem determinado que constituiu a fase normalmente designada por “Estado de Polícia”, forma de Estado que se afirmou no século XVIII como momento culminante da instituição do Estado moderno. Neste período, a *actividade de polícia* consistia na “actividade concreta do soberano, ou dos seus agentes directos, destinada

própria Constituição a *defesa do ambiente e a utilização racional dos recursos naturais* (por remissão para os arts. 66.º e 93.º/1 d) da CRP).

De notar que os próprios cultores do *direito económico* em sentido estrito caracterizam este como um direito que é simultaneamente *direito público e direito da economia*, tendo como *aspecto mais marcante a intervenção do Estado na vida económica*, definindo-o como “o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida económica”, o que conduz a que o cerne do direito económico seja constituído por normas jurídicas de direito público — por todos, cfr. CABRAL MONCADA, *Direito Económico*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 9-16 (Autor que todavia não esquece a circunstância de o direito público da economia apresentar algumas características específicas quando confrontado com o direito público comum, mormente com o direito administrativo — *ob. cit.*, p. 57 e segs.).

Sobre a noção de *constituição económica* supra enunciada cfr., entre nós, VITAL MOREIRA, “Economia e Constituição — Para o Conceito de Constituição Económica”, *Boletim de Ciências Económicas* (suplemento ao *BFDUC*, Coimbra), vol. XVII, 1974, pp. 103-165; vol. XVIII, 1975, pp. 57-117; e vol. XIX, 1976, pp. 1-47. Neste estudo dedicado a determinar a necessidade e a possibilidade de construir o conceito de constituição económica e o lugar que lhe há-de caber na teoria geral da constituição, o Autor define *constituição económica* (cfr. vol. XVII, p. 105) como “Uma constituição que dentro, ao lado, ou subordinada à *constituição política*, estabelece a ordem jurídica fundamental da economia, ou, noutra perspectiva, estabelece e limita a intervenção do Estado no domínio económico”, pondo em destaque que um grande número de constituições contemporâneas contém, “ou em capítulo especial, ou dispersas pelo texto constitucional, um conjunto maior ou menor de preceitos «económicos», isto é, que têm por objecto a economia”. VITAL MOREIRA informa-nos ainda sobre a origem do conceito de constituição económica, a qual parece dever-se ao fisiocrata BAUDEAU, na sua obra *Première Introduction à la Philosophie Économique*, de 1771, com o sentido do conjunto dos preceitos jurídicos reguladores da “*société économique*”; no entanto, no plano *jurídico-político* surge na Alemanha, no final da Primeira Guerra Mundial, ligada às ideias de *democracia económica* e de *administração autónoma da economia*, com vista também a efectivar objectivos de reordenação económica através do estabelecimento de uma constituição jurídica da economia (cfr. Vol. XVII, p. 112 e segs.).

Em sentido próximo cfr. SABINO CASSESE (*La Globalización Jurídica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, pp. 55-71), mostrando que a noção de *constituição económica* foi utilizada pela primeira vez na Alemanha, em 1924, no contexto da Constituição de Weimar, tendo sido mais tarde precisada pelos “ordo-liberais” da Escola de Freiburg, tornando-a a ideia-força do seu pensamento — em particular Franz Böhm, para quem a Constituição económica era “uma decisão geral relativa à natureza e à forma do processo de cooperação sócio-económica”. A importância da doutrina desenvolvida a este nível pela Escola de Freiburg veio a projectar-se no reconhecimento e aproximação das normas sobre a concorrência no Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia, em 1957. Em termos mais actuais, sobre a Constituição económica segundo os ordoliberais, cfr. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, 1998 (especialmente p. 149, 245 e segs. e 264).

² Cfr. ALEJANDRO NIETO, “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, *RAP*, n.º 81, septiembre-diciembre 1976, pp. 35-75 (p. 75). Neste trabalho, incidente no essencial sobre a evolução histórica do conceito, o Autor põe em relevo que, na “época revolucionária” da primeira metade do século XIX a polícia se transformou “na instituição europeia por excelência”, destacando a enorme parecença entre “as técnicas policiais de defesa das coroas europeias” (p. 56 s.), concluindo o seu estudo com a frase citada em texto.

a realizar o bem comum dos súbditos”³. Tal entendimento perdurou ao longo do século XIX, período durante o qual o *conceito de polícia* era de tal forma amplo que equivalia ao próprio conceito de Administração Pública em sentido funcional-material, isto é, a “toda a acção do Príncipe dirigida a promover o bem-estar e a comodidade dos vassalos”⁴.

³ Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, MCMLV, p. 54. De forma muito resumida, houve um conjunto amplo de razões que determinaram a afirmação do Estado moderno e, como seu momento culminante, do Estado de Polícia. Tratou-se, no essencial, da articulação entre motivos *religiosos*, concretizados na Reforma Protestante (resultando na autonomização do poder político em face do religioso, com a inerente desvinculação do primeiro face ao papado), *militares* (o grande ciclo de guerras religiosas, que implicou a criação de exércitos regulares e a centralização de poderes nos monarcas) e *económicos* (abertura do comércio, que reforçou a coesão dos reinos), sem pôr de parte razões estritamente *políticas*, com a afirmação da noção de *soberania*, ligada ao pensamento e à obra de JEAN BODIN (Autor que havia definido soberania como “poder que não admite acima de si nenhum outro”, pretendendo-se com o relevo dado a este conceito reflectir a mencionada independência do poder político em face do religioso). Sobre esta evolução, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público...*, cit., pp. 49-54. Para a caracterização desta forma de Estado, cfr. o mesmo Autor e obra, pp. 54-61 e OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome Premier (Partie Générale), V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, pp. 43-63 — pondo especialmente em evidência a forma como a *polícia* se tornou no instrumento sistemático para moldar a massa humana que forma o seu objecto e para a conduzir a um objectivo elevado, o da *força e grandeza da coisa pública*. OTTO MAYER destaca igualmente (*ob. cit.*, *loc. cit.*) o papel do Príncipe neste Estado — era a ele que competia a tarefa imensa de prosseguir a finalidade do Estado, não tendo o seu poder limites jurídicos em face dos outros sujeitos, corporizado antes de mais em Luís XIV (com a máxima “o Estado sou eu”) e em Frederico-o-Grande (cujo “porta-estandarte” era a ideia de que “o Rei é o primeiro servidor do Estado”). Príncipe esse que se apoiava nos seus funcionários, cujas competências (em nome do fim do Estado) foram muito alargadas, apresentando-se como uma espécie de “príncipes” em face dos administrados, que lhes deviam obedecer em tudo. A conclusão de OTTO MAYER e de ROGÉRIO SOARES vai no mesmo sentido: apesar da actuação administrativa de grande alcance e de grande intrusão na esfera jurídica dos administrados, não havia ainda direito administrativo. As palavras do Mestre alemão (*Le Droit Administratif Allemand*, cit., p. 52 e seg.) são a este respeito claras: “no período do regime da polícia, existe direito civil, direito penal, direito processual, numa palavra um direito de justiça; não existem, para a administração, regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade em face dos sujeitos: *não existe direito público*” ou então ele é considerado como um *precarium*. Daqui resulta uma profunda diferença entre os “assuntos de justiça” e os “assuntos da administração”, que passa por saber “se o assunto deve ser tratado de acordo com princípios de direito ou de acordo apenas com a oportunidade” (cfr. OTTO MAYER, *ob. cit.*, p. 52 e seg.). As palavras de RUI DE FIGUEIREDO MARCOS (“O «Ius Politiae» e o comércio. A idade publicista do direito comercial”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, col. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 655-684, p. 655 e seg.) são particularmente impressivas no retrato do Estado de Polícia, ao referir a “febre de *salus publica*” que tomou conta dos príncipes deste Estado, “possuídos pela ideia obsidente do bem público de que eram os únicos intérpretes” a qual “lhes incutia um entusiasmo furioso, na medida em que se achavam “Ungidos de Deus e imediatos à divina onipotência”, fazendo “servir toda a grandeza do seu real poder à felicidade dos vassalos”, sem deixar de mostrar como “a determinação do bem público pelo critério subjectivo do príncipe a par da inexistência de limites no *agere* administrativo conduzia a progressivas intromissões na esfera particular dos súbditos”, não havendo “outro recurso senão o sofrimento para quem estava destinado a experimentar as ternuras régias”.

Não se deve em todo o caso olvidar a “dupla fisionomia” do Estado, pois ao lado deste Estado soberano existe a figura do *Fisco*, a que MAYER chama de “sociedade de interesses pecuniários” o qual, à imagem do homem privado comum, está sujeito ao direito civil, dependendo da jurisdição civil. Assim, sempre que o Estado, por intermédio do seu poder público, impõe ao indivíduo um sacrifício especial, o *Fisco* torna-se devedor de uma justa indemnização. A articulação entre as duas faces do Estado é bem sintetizada na frase que pretende exprimir a mensagem que este deixa aos cidadãos: “submete-te e apresenta a conta”. Sobre o *Fisco* cfr. ROGÉRIO SOARES, *ob. ult. cit.*, pp. 59-61; e OTTO MAYER, *ob. ult. cit.*, pp. 53-63.

Sobre o carácter pioneiro da utilização do termo “soberania” por parte de Jean Bodin, que até ele designava como uma simples característica do poder real, passando doravante, em virtude “de um fenómeno frequente na história das línguas”, a denominar o próprio poder real, indicando “o poder absoluto e perpétuo de uma república”, cfr. LÉON DUGUIT, *Les Transformations du Droit Publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p. 10.

⁴ Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 10.ª ed., 3.ª reimpressão, 1990, p. 1145 — dando como exemplo desta realidade o célebre tratado sobre a polícia de DELAMARE (*Traité de la Police*, pp. 1722-1738) que “versa tantas e tão variadas matérias que abrange toda a

No entanto, esta actividade não se vai circunscrever a este momento histórico, perdurando por mais de dois séculos como uma das principais formas de a Administração levar a cabo a sua actuação jurídica⁵, embora o seu sentido se venha a restringir identificando-se, no essencial, com a manutenção da segurança, da ordem, da tranquilidade e da salubridade públicas — a actividade destinada à *defesa de perigos*⁶.

Desta forma, a expressão “polícia” que temos em mente não se refere à mais conhecida e comum das polícias administrativas especiais (a *polícia de segurança*), mas sim à *polícia administrativa em sentido lato*, enquanto actuação de autoridade que incide sobre actividades particulares susceptíveis de fazer perigar interesses gerais — o seu objecto próprio é a *prevenção de danos sociais*⁷, abrangendo não tanto as actividades de tipo *repressivo* mas sobretudo as de cariz *preventivo*. Isto, todavia, sem pôr de lado a relevância que, como veremos ao longo do capítulo, foi assumindo a autonomização de diversas polícias administrativas especiais dedicadas à tutela de sectores ou interesses específicos da ordem jurídica, sendo neste contexto que se virá a falar numa *polícia administrativa (especial) do ambiente*.

Uma das principais mudanças que entretanto se operou teve a ver com a ultrapassagem da concepção que reduzia a ideia de polícia à actividade de limitação de direitos, ou seja, a uma actividade agressiva das posições jurídicas dos administrados. Ao longo do século XX desenvolveu-se a Administração constitutiva, conformadora e prestadora e os instrumentos de polícia serviram também tal desiderato: ao lado da prevenção dos perigos sociais tais instrumentos passaram a ser usados no desenvolvimento da actividade administrativa (positiva) de satisfação de necessidades sociais e de promoção do bem-estar colectivo, em especial para o cumprimento dos direitos a prestações dos administrados⁸.

administração do Estado, excluída a justiça”. Sobre os amplos limites da noção de polícia defendida nesta fase, esculpida originariamente com base no objectivo do *bem comum* e da *felicidade* do homem, cfr. RUI DE FIGUEIREDO MARCOS (“O «Ius Politiae» e o comércio...”, cit., pp. 668-671). O Autor marca a diferença entre o objecto da *política* (“afirmar e engrandecer o poder do Estado proporcionalmente ao dos seus vizinhos”) e o da *polícia* (“revigorar (...) a *vis interna* do Estado, o que se desdobrava numa multiplicidade de aspectos”), embora com o intenso programa do despotismo iluminado o crescimento da administração interna tivesse determinado que esta última se passasse “a identificar globalmente com a política interna do príncipe, serventuária, por dever de ofício, dos superiores interesses do país”. Desenvolvendo depois a polícia na perspectiva “do comércio como fonte de opulência pública na senda do bem-estar geral” (p. 673 e segs.). Também em França RENÉ CHAPUS usa, já no final do século XX, um conceito muito amplo de *polícia administrativa*, definida como a “actividade de serviço público que visa assegurar a manutenção da ordem pública nos diferentes sectores da vida social”: cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 12^e Édition, Paris, 1998, p. 641.

⁵ Não é em vão que, em relação ao direito alemão, OTTO MAYER conclui que “A grande caminhada do desenvolvimento do nosso direito (...) passa pelo regime pleno e fortemente acentuado da polícia”: cfr. *Le droit administratif allemand*, I, cit., p. 63 (nota 23).

⁶ Cfr. CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, 2003, pp. 21-27. Todavia, fará hoje provavelmente mais sentido, no âmbito do nosso estudo, utilizar o termo genérico da *defesa de perigos* em vez do tradicional *direito de polícia* ou mesmo da noção mais estreita e mais próxima do âmago das nossas preocupações do *direito de ordenação*: cfr. *infra*, 2.

⁷ Neste sentido, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, p. 248.

⁸ Cfr. CATARINA CASTRO, *A questão das Polícias...*, cit., p. 46 e segs.; e SÉRVULO CORREIA para quem (cfr. “Polícia”, in: JOSÉ PEDRO FERNANDES (Dir.), *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 393-408, p. 404), no Estado Social de Direito “alguns actos de polícia podem ser considerados *administração de prestação (Leistungsverwaltung)* a favor dos particulares cujas situações legítimas se destinam a proteger”. Note-se que o sentido “positivo” da actuação policial se estende à própria polícia de segurança a qual, na perspectiva dos direitos fundamentais, tem também

Como nos mostra SÉRVULO CORREIA⁹, com o Estado Social de Direito multiplicaram-se os bens sociais susceptíveis de protecção policial, afirmando-se a tendência para considerar como tais todos aqueles que a ordem jurídica tutele e que possam ser ameaçados por condutas perigosas dos particulares.

Neste sentido amplo, todas as actuações administrativas *de autoridade* que representem uma *intervenção no exercício de actividades individuais* susceptíveis de fazer perigar interesses sociais são subsumidas no conceito de polícia¹⁰.

Ao longo do século XX a Administração foi sucessivamente alargando a sua intervenção no âmbito das actividades dos particulares — nomeadamente naquelas que representam o exercício dos direitos à livre iniciativa económica privada e ao exercício de profissões, portanto direitos constitucionalmente consagrados — através de instrumentos de polícia; ou, numa designação mais abrangente e mais de acordo com a nova realidade, por intermédio de meios ou instrumentos do *direito de ordenação*, tomando por base a terminologia pacificamente utilizada na Alemanha (*Ordnungsrecht*) para exprimir tal tipo de actividade¹¹. Ou, numa designação talvez ainda mais precisa, por intermédio de uma actividade jurídica de *defesa de perigos*, que hoje não está apenas confiada à polícia mas, sobretudo, a autoridades com competências de ordenação e de segurança e a outras entidades administrativas com competências genéricas que defendem perigos para a segurança pública¹².

a função de *garantia dos direitos dos cidadãos*, nos termos do art. 272.º, n.º 1, da CRP: cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 4.ª ed., 2010, p. 335 e seg., sublinhando ainda que esta intervenção protectora corresponde ao exercício de um dever constitucional de prestação vinculada por parte do Estado (podendo inclusive haver, em determinadas circunstâncias, um direito fundamental dos indivíduos à actuação policial para defesa dos seus direitos, liberdades e garantias), estando afastada a discricionariedade administrativa, pelo menos em relação à decisão de agir.

Não pode, em todo o caso, deixar de se salientar a tentativa — em especial da doutrina alemã — de “separar as águas”, pondo fora do âmbito da “polícia” a actividade administrativa que se enquadra na “administração de prestação” e não na administração de intervenção (sendo certo, em todo o caso, que a polícia está aqui mais próxima de um sentido de polícia de segurança e não tanto da polícia administrativa em sentido amplo): cfr., por todos, OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome II, Partie Spéciale, V. Giard & E. Brière, Paris, 1904, p. 2 e seg., o qual, depois de salientar que, nos tempos modernos, é ela que caracteriza o Estado em todas as suas relações com os cidadãos, com excepção do exército e da justiça (traduzindo-se, nesse período, na actividade directa e própria do governo do Estado para realização do fim do Estado em toda a sua extensão) tem “hoje” (em 1904, data da publicação do livro em apreço) um significado mais estreito, distinguindo-se a *polícia de segurança* da *polícia de prosperidade* ou do *bem-estar* (*Wohlfahrtspolizei*): esta não é polícia e só a primeira tem poder de coacção; o poder da polícia é negativo (defender a sociedade e os indivíduos contra os perigos que os ameaçam, ainda que isto englobe muitas actividades), opondo-se a ela a providência administrativa.

⁹ Cfr. “Polícia”, cit., p. 403.

¹⁰ Expressamente neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1150.

¹¹ Assinale-se, em todo o caso, que alguns autores em certas ordens jurídicas usam indistintamente os termos “direito de polícia” e “direito de ordenação”: por todos cfr., em Espanha, JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, Thomson, Civitas, 2006, p. 40 e seg., para quem a actividade de polícia é uma actividade de ordenação e limitação dos direitos e liberdades dos cidadãos, em garantia do interesse geral e dos direitos e liberdades dos outros (apresentando as autorizações como fruto da actividade de polícia), realçando ser indiferente chamá-la assim (actividade de polícia) ou *actividade de ordenação*.

¹² É este o sentido da evolução no direito administrativo alemão. Cfr., por ora e por todos, FRANZ-LUDWIG KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht — Kurzlehrbücher für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München, 6. erweiterte Auflage, 1995, pp. 1-7 e 205 — salientando nesta última que tanto o sistema do direito de polícia como o do direito de ordenação servem a *defesa de perigos*, sendo o conceito de perigo, no essencial, idêntico para ambos os direitos.

Na verdade, nos domínios que estão mais próximos do objecto do presente estudo, além das estritas considerações de polícia passaram a estar em jogo valores, razões e interesses relativos ao planeamento, ao ordenamento da cidade (urbanismo), ao controlo tecnológico da produção, aos direitos dos trabalhadores e à tutela do ambiente, entre muitos outros. Para além da segurança, compreende-se no âmbito das actividades tradicionalmente inseridas no conceito funcional de polícia a *protecção de determinados bens colectivos* (entre eles o ambiente) e a *defesa do sistema económico e social*. No fundo, a complexa tarefa de compatibilizar (ou fazer a *concordância prática* entre) o respeito pela *liberdade* e pela *iniciativa privada dos cidadãos* com as *exigências do interesse geral* — o que está perfeitamente de acordo com o princípio chave do direito administrativo português, qual seja o de assegurar “a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (n.º 1 do art. 266.º da CRP e art. 3.º do CPA).

Nos direitos administrativos de países que nos são mais próximos (França, Espanha, Itália e Alemanha) ou menos próximos (os Estados Unidos da América) o legislador administrativo e, em sua execução, as entidades administrativas, utilizaram meios de *comando directo do comportamento* materializados na regulamentação prévia das actividades dos particulares condicionadas e, depois, em actos administrativos ou em actuações materiais da Administração traduzidos em *autorizações, proibições, ordens de polícia, actividades de fiscalização, inspecção e controlo*, aplicação de *sanções* e outros expedientes que reflectem a supremacia e os poderes próprios da Administração.

Abstraindo da designação específica de tais formas de acção, podemos salientar tratar-se de instrumentos que estabelecem os limites e condições do exercício de actividades privadas sujeitas a algum tipo de intervenção administrativa: no que ao exercício de actividades económicas dos cidadãos respeita, por norma há condicionamentos legais ao seu desenvolvimento que, no entanto, podem ser afastados por decisões individuais da Administração, depois de analisada a conformidade da situação *concreta* com os requisitos pré-fixados na lei.

Vamos analisar, de seguida, alguns dos principais problemas que se levantaram na actividade administrativa e no direito de polícia ou de ordenação afirmado na Europa continental, ao longo do século XX, tomando como ordens jurídicas de referência a francesa, a alemã, a espanhola e a italiana. Seguir-se-á uma descrição breve do panorama norte-americano, com a referência ao seu *police power* e ao modelo de *command and control* típico do Estado administrativo erigido com o *New Deal*. A situação do direito brasileiro não será esquecida, com a especificidade de levar a cabo, em certos termos, uma síntese entre o direito administrativo de ordenação europeu continental e o modelo de comando e controlo americano. Em seguida centrar-nos-emos na ordem jurídica portuguesa, para perceber como as tendências europeias continentais se fizeram sentir entre nós em toda a sua amplitude, para finalizarmos com algumas conclusões.

2. A polícia administrativa e o direito administrativo de ordenação na Europa continental

Nas ordens jurídicas pertencentes aos países da família romano-germânica, a problemática relativa à questão da polícia desenvolveu-se em termos mais ou menos uniformes, apresentando a Administração Pública contornos muito próximos e a polícia administrativa características mais ou menos comuns o que será menos de estranhar se pensarmos que o direito administrativo, em países como a Alemanha, a Itália, a Espanha ou Portugal teve por base o seu homónimo francês, afirmado paulatinamente na sequência da Revolução Burguesa de 1789 que instituiu o Estado Liberal¹³. O direito administrativo foi construído no ordenamento jurídico francês em torno dos alicerces fundados na noção de *puissance publique*, reportando-se à acção administrativa exercida em condições exorbitantes (por comparação com o direito comum) e ao poder de comando unilateral que a Administração dispõe, características fundamentais do *regime* ou *modelo administrativo* de tipo *executivo, continental* ou francês, nascido em França e transposto com diferenças não muito relevantes para as ordens jurídicas que vão estar sob a nossa atenção, incluindo a portuguesa¹⁴.

¹³ No entanto, não deixa de haver autores a assinalar as *apreciáveis diferenças entre os vários direitos continentais*, em particular o francês e o alemão: por todos, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, "Direito de Polícia", in: PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, 2009, Vol. I, pp. 281-456 (p. 283 e seg.), que nos mostra como no ordenamento jurídico francês o direito de polícia se estruturou, como veremos melhor, sobre a noção central de *ordem pública*, enquanto para o direito alemão o conceito básico do direito de polícia foi e é o de *perigo*. O Autor contrapõe ainda "o pendor casuísta do direito de polícia francês", à "sólida construção dogmática do direito alemão".

¹⁴ A caracterização do modelo de administração executiva, de tipo continental ou francês pode ser considerada uma espécie de "património comum" da doutrina do direito administrativo, não fazendo aqui sentido desenvolver o tema. Relembremos apenas as características fundamentais desse regime, na sua forma pura, que permitem a sua distinção no confronto com o modelo administrativo oposto, o de administração judiciária ou de tipo britânico: do ponto de vista da estrutura administrativa, um *aparelho fortemente centralizado*, no seio de um modelo hierárquico de relações de *supra-infra ordenação*, com os poderes hierárquicos mais elevados localizados no Governo e nos Ministérios e Secretarias que os constituem; subordinação da Administração, sempre que esta actua no uso dos seus poderes de supremacia ou autoridade em relação aos particulares, a um ramo do direito público, o *direito administrativo*, cujas regras visam a satisfação do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; as regras próprias do direito administrativo atribuem à Administração poderes "exorbitantes" em relação aos cidadãos, como forma de garantir o exercício das suas funções de interesse público, as quais só podem ser levadas a cabo de forma efectiva se a Administração dispuser de poderes de autoridade que lhe permitam impor as suas decisões aos particulares — embora tais regras se traduzam também na fixação de um conjunto de deveres e restrições especiais que não vigoram entre os particulares; além de estar sujeita a um ramo do direito específico, quando a Administração actua ao abrigo de normas de direito administrativo ela não está, em princípio, sujeita aos tribunais judiciais mas aos tribunais administrativos, os quais constituem uma *ordem jurisdicional própria e autónoma* em relação à jurisdição comum, em Portugal com garantias constitucionais de auto-governo por intermédio do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais; é também estrutural ao sistema de administração executiva a faculdade de que a Administração dispõe de executar as suas decisões por autoridade própria, independentemente de qualquer pronúncia judicial (o tradicionalmente designado "privilégio de execução prévia" que, hoje em dia, se denomina mais correctamente como poder de auto-tutela declarativa o qual, em casos excepcionais, comporta igualmente poderes de auto-tutela executiva que, quando existem, permitem a execução coactiva das decisões administrativas não voluntariamente aceites ou executadas pelos seus destinatários); tradicionalmente, no modelo de administração de tipo francês os tribunais administrativos conhecem limitações no exercício dos seus poderes jurisdicionais em face da Administração (nem sempre dispõem de poderes de plena jurisdição, com compressões dos seus poderes de decisão e, sobretudo, de execução das sentenças em face da Administração), nomeadamente em homenagem ao princípio da separação

Em todo o caso, a Alemanha pode, em boa medida, ser considerada o “berço” do tratamento dogmático da polícia administrativa, em especial por intermédio da obra de Otto Mayer, o grande responsável pelo nascimento da ciência alemã do direito administrativo, cuja obra teve, como é sabido, repercussões muito para além das fronteiras germânicas. Foi no âmbito da *administração de autoridade* ou de *intervenção* — na terminologia alemã, da *Eingriffsverwaltung*, reportada à administração que intervém na esfera de liberdades dos cidadãos com reservas de autorização, ordens e outras decisões coactivas¹⁵ — que se destacou

de poderes; é ainda típico do sistema em apreço a existência de uma *garantia administrativa* nos termos da qual o Estado e os restantes entes públicos são civilmente responsáveis pelos actos dos seus funcionários, com obrigação de ressarcir os lesados pelos actos ilícitos e culposos dos funcionários e agentes que provoquem danos indemnizáveis; pode por último referir-se como característica do sistema administrativo de tipo francês a existência de órgãos especiais, dentro da própria Administração, responsáveis pelo seu controlo (que se efectiva tanto no âmbito das relações hierárquicas entre os órgãos administrativos como pela existência de órgãos administrativos especificamente incumbidos de exercer funções de controlo em relação às actuações dos órgãos da Administração activa).

Seguimos aqui, no essencial, a exposição contida em JOSÉ EDUARDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2011, pp. 44-50 (onde se pode ver também a evolução dos dois sistemas e a sua caracterização actual) — na linha do ensinamento de ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo*, Univ. Católica, policopiado, pp. 53-56) e VIEIRA DE ANDRADE (*Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 33-36). Sobre o “regime administrativo francês” e a sua caracterização nos primórdios do século xx, cfr. MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Administratif et de Droit Publique*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, neuvième édition, 1919, pp. 1-3 (onde se mostra que um Estado está sob o regime administrativo “quando um corpo intermediário, em parte governamental e em parte administrativo, se interpõe entre o soberano e os sujeitos para tratar dos assuntos públicos, vale dizer para assegurar a execução das leis de direito público e a gestão dos interesses gerais, tudo com prerrogativas de autoridade pública”, descrevendo sinteticamente as principais características de tal regime, que vigora nos países da Europa continental mas não em Inglaterra nem nos Estados Unidos da América), procedendo depois ao desenvolvimento dos diversos “elementos do regime administrativo” (pp. 8-53) — concretamente, a “instituição administrativa” (onde insere a jurisdição administrativa e a garantia administrativa dos funcionários e a sua responsabilidade pessoal), o “poder administrativo” (o regime administrativo comporta um poder administrativo ou executivo dotado de autonomia, estando tal poder centralizado no Estado e comportando uma vertente executiva que permite à Administração executar as suas decisões independentemente da autorização de um tribunal) e a “função administrativa” (responsável pela gestão dos assuntos públicos correntes, pela satisfação das necessidades públicas correntes, dos interesses gerais “permanentes e ordinários”, salientando-se neste âmbito os *serviços públicos*, definidos singularmente como “um serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua para a satisfação de uma necessidade pública e por uma organização pública” — cfr. p. 44). HAURIUO procede ainda (*ob. cit.*, pp. 54-61) à análise da formação histórica deste regime administrativo e à sua comparação com o regime judiciário, centrado no sistema inglês.

¹⁵ Esta “administração de autoridade” distingue-se, antes de mais, da *administração prestadora*, de *prestação*, de *providência* ou de *providência social* (que é também constitutiva, conformadora e empresarial) e foi especialmente desenvolvida e tratada na Alemanha por ERNST FORSTHOFF: os grandes alicerces da sua doutrina foram erigidos nas obras *Die Verwaltung als Leistungsträger*, de 1938 e *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959 mas podem ser vistas, de forma mais sintética, em *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I (Allgemeiner Teil), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, 10. neubearbeitete Auflage. Nas p. 129 e seg. é feita a sua contraposição à mais tradicional administração de intervenção ou “de polícia” (na tradução directa de MICHEL FROMONT à edição imediatamente anterior da mesma obra: cfr. ERNST FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Traduit de l'Allemand par MICHEL FROMONT, Bruxelles, 1969, p. 215), no âmbito do estudo das relações especiais de poder (ligadas a uma administração que exerce essencialmente funções de intervenção ou “de polícia”) as quais, todavia, são incompatíveis com uma administração prestadora, em cuja actividade não está reflectiva a autoridade própria da Administração ou, pelo menos, não está reflectida de forma tão clara. Desenvolvidamente sobre a administração prestadora ou o “Estado Providência” (cujas funções abrangem, na concepção de Forsthoff, todas as prestações que a Administração fornece aos cidadãos, desde as essenciais como a água, o gás, a electricidade ou os transportes até áqueles que o cidadão pode optar por receber ou escolher outras, como as concretizadas ao nível do ensino, da cultura, etc.), cfr. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 368 e segs.

a actividade de *defesa de perigos* através das autoridades policiais como o exemplo paradigmático de tal forma de intervenção¹⁶. Por essa razão, a ordem jurídica alemã constitui referência incontornável no que toda à *evolução histórica do conceito de polícia*¹⁷.

Tomando então por paradigma o direito alemão, até ao século XVII o conceito de *polícia* exprimia a *boa ordenação* ou *boa ordem da colectividade* ou o *bom estado da coisa comum* (*guter Stand des Gemeinwesens*), precisando-se um pouco mais desde meados desse século por forma a abranger especificamente o *bem-estar* e o *Estado do bem-estar*, que buscava a boa ordem, a segurança e o bem-estar dos súbditos — ou seja, a “boa ordem” passa a abranger tanto a *defesa de perigos* como a *assistência do bem-estar* o que mostra que, no fundo, estava em causa a *administração interna* da comunidade.

No século XVIII vão-se registar importantíssimas alterações, que passaram sobretudo pela já referida fundação¹⁸ do *Estado de polícia*, como momento extremo do movimento de instituição do Estado moderno — e que, na Prússia, se fez sentir sobretudo no consulado de Frederico II, o qual teve o seu reinado entre 1740 e 1786 e ficou conhecido pelo cognome “Frederico-o-Grande”, precisamente por ser o principal déspota esclarecido prussiano, que empreendeu o fortíssimo desenvolvimento da administração estadual e de um poderoso corpo de funcionários na sua dependência directa e, em termos funcionais, exerceu o poder estadual sem vinculação a quaisquer limites jurídico-públicos ou à separação dos poderes, sem consideração dos direitos e liberdades do cidadãos os quais, no âmbito da actuação autoritária do Estado, estavam desprovidos de qualquer tutela jurisdicional. O poder de polícia passa a ser entendido como um direito autoritário do príncipe absoluto, o qual impunha com determinações vinculativas a vida social global dos seus súbditos por intermédio dos seus funcionários.

Desde meados do século XVIII e, sobretudo, ao longo do século XIX, marca-se a tendência para a separação entre as tarefas de defesa de perigos e as de assistência social (*Wohlfahrtspflege*), dedicando-se a polícia apenas às primeiras e eliminando-se a finalidade do bem-estar do âmbito das suas tarefas: nos finais do século XVIII foi publicada uma relevantíssima lei que veio determinar expressamente a *defesa de perigos* — concretizada na *manutenção da tranquilidade, segurança e ordem públicas* — como a função da polícia¹⁹.

¹⁶ Expressamente neste sentido, INGO VON MÜNCH/DIRK EHLERS, “Verwaltungs und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, in: HANS-UWE ERICHSEN/WOLFGANG MARTENS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 9. Aufl., 1992, pp. 1-99 (p. 33). Também WOLFGANG/HENDRICKS/MERZ (cfr. *Polizei- und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen*, Verlag C. H. Beck, München, 1998, p. 1) aludem à posição central que o direito da polícia e de ordenação ocupam como exemplo paradigmático da *Eingriffsverwaltung*, embora salientem simultaneamente que o movimento da “turbo-legislação” (“Verrechtlichung”) que se tem feito sentir, nos anos mais recentes, nos mais diversos domínios da vida económica e social, conduz a fixar uma função subsidiária àqueles direitos, tanto do ponto de vista organizatório como jurídico-material.

¹⁷ As principais obras que compulsámos para o estudo deste ponto foram as seguintes: OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, II, cit., pp. 1-7; VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 12. neubearbeitete Auflage, 1995, pp. 15-24; THOMAS WÜRTEMBERGER/DIRK HECKMANN/RAINER RIGGERT, *Polizeirecht in Baden Württemberg*, C. F. Müller Verlag, 4. Auflage, 1999, pp. 1-3; FRANZ-LUDWIG KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., pp. 1-14; e WOLFGANG/HENDRICKS/MERZ, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., pp. 4-12.

¹⁸ Sobre a fase histórica do Estado de polícia na Alemanha — ou, mais exactamente, na Prússia — cfr. também WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1928, pp. 80-84.

¹⁹ Referimo-nos à *Allgemeines Landesrecht für die Preußischen Staaten* de 1794 (normalmente designada pelo acrónimo *PreußALR*), em especial à disposição contida no seu § 10 II 17 (§ 10 do Título 17 da Parte II). Como mostra OTTO MAYER (*Le Droit Administratif Allemand*, II, cit., p. 10) esta norma consagrou e deu fundamento à tendência do

Um marco fundamental na evolução posterior da polícia e do conceito de polícia, de acordo com opinião unânime da doutrina alemã, foi constituído por uma sentença emitida pelo tribunal administrativo superior da Prússia, nos finais do século XIX: a decisão do *Preußische Oberverwaltungsgericht*, de 14.6.1882, que ficou conhecida como “Kreuzberg-Urteil”²⁰. Para além de ter prescrito o *princípio da reserva formal de lei* para intervenções na liberdade e propriedade, passando a exigir-se uma base legal especial para estas intervenções, a sentença constituiu um ponto de mudança que cristalizou a limitação do poder policial à defesa de perigos, representando simultaneamente o ponto de partida para o desenvolvimento e execução dos *princípios gerais do direito da polícia*, que irão mais tarde encontrar expressão na lei de administração da polícia da Prússia de 1931²¹.

Procurando resumir a evolução do conceito de polícia no direito alemão, parece-nos curial recorrer à notável síntese de Maurer, para quem “a designação ‘polícia’ sofreu no decurso do tempo um notável estreitamento: ela abrangia, nos séculos XVII e XVIII, a administração interna global, limitou-se no século XIX à Administração de ordenação (defesa de perigos) e refere-se apenas à defesa de perigos geral (não especializada) desde 1945”²².

Não pode todavia ser negligenciado o papel dos juristas italianos no desenvolvimento moderno da actividade administrativa policial e do direito de polícia, também com profunda repercussão noutras ordens jurídicas: praticamente todos os grandes cultores do direito público italiano dos finais do século XIX e do século XX se debruçaram sobre o tema do direito de polícia, sendo notável o papel das obras de Orlando, Ranelletti, Santi Romano, Zanobini, Sandulli e Giannini a propósito da problemática.

Há uma obra que emerge em particular: referimo-nos ao legado de vulto que constituiu o *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, dirigido por Vittorio Emanuele ORLANDO²³, onde se destacam os contributos do próprio Orlando e, sobretudo, a obra de fundo de Ranelletti sobre polícia de segurança, no respectivo vol. IV.

reconhecimento “dos poderes mais largos e das autorizações mais gerais” em matéria de polícia, uma vez que se encontra nela uma “menção extremamente vaga das tarefas que incumbem à polícia”, aludindo ainda a idêntica tendência na França. O que marca uma enorme diferença em relação aos ataques à propriedade ou à liberdade: ao passo que estes, em face da reserva constitucional de lei, necessitavam de um fundamento legal específico, já no caso de se pretender reagir directamente pela força a uma perturbação causada à boa ordem não era necessário tal fundamento concreto. Aflorando-se aqui uma consagração da *cláusula geral do direito de polícia*, à qual voltaremos no texto.

²⁰ Estava em causa a (in)validade do *Polizeiverordnung zum Schutze des auf dem Kreuzberge bei Berlin zur Erinnerung an die Siege der Freiheitskriege errichten*, de 12.3.1879, que limitava a altura das edificações permitidas, ultrapassando os limites fixados na lei e, mais concretamente, previa uma recusa de autorização da Administração, a qual, no entender do tribunal, não servia a defesa de perigos, mas sim a assistência social (*Wohlfahrtspflege*), que não era um bem jurídico abrangido pela *cláusula geral* do direito (poder) de polícia. Como tal, entendeu o tribunal que era necessária uma habilitação legal específica a prever tal competência, sem a qual a decisão seria ilegal. O texto original e integral da sentença pode ser consultado em *DVBL*, 100. Jahrgang, 1985, Heft 4, Februar 1985, pp. 219-226. Para uma análise autónoma e sintética da sentença, cfr. JOACHIM ROTT, “100 Jahre ‘Kreuzberg-Urteil’ des PrOVG”, *NVwZ*, 1982, Heft 7, pp. 363-364: de acordo com este Autor, o tribunal prussiano, encorajado pelo “clima do Estado de direito liberal”, veio “limitar as competências policiais (...) à defesa de perigos para a tranquilidade, segurança e ordem públicas”, excluindo as tarefas do Estado relativas à assistência social. E, dessa forma, foi esta sentença que levou à imposição do conceito constitucional de polícia na *praxis* administrativa, num desenvolvimento que só foi adoptado e consagrado pelo legislador dezenas de anos mais tarde.

²¹ Expressamente neste sentido, cfr. WOLFFGANG/HENDRICKS/MERZ, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 7 e seg.

²² Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, p. 7.

²³ Cfr. *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, Società Editrice Libreria, Milano, 1897 (data do primeiro volume) -1932 (data do XVI e último volume).

V. E. Orlando empreendeu uma sistematização do direito administrativo e da actividade administrativa que viria a criar raízes no direito público transalpino e a repercutir-se no enquadramento da actividade de polícia²⁴: depois de considerar que o campo próprio do direito administrativo é a “actividade mediante a qual o Estado providencia à prossecução dos fins que lhe incumbem relativamente ao seu povo: administração interna em sentido amplo”, aperta o seu campo de análise, centrando-se na *administração interna em sentido estrito* — com exclusão da justiça — como a parte dominante e central do direito administrativo a qual, por sua vez, é dividida em duas categorias fundamentais: a *actividade jurídica* e a *actividade social*.

A actividade social fica de fora das nossas preocupações, sendo aquela parte da acção administrativa que supõe a intervenção e acção do Estado em algumas das relações sociais, para as promover e melhorar, concretizando-se ao nível dos assuntos físicos (principalmente a saúde e o bem-estar físico), económicos (o “sustento” económico, que passa pelo trabalho, produção, troca e consumo de produtos) e intelectuais (em especial a cultura)²⁵.

Quanto à *actividade jurídica*, ela incide sobre a organização da Administração Pública (as matérias dos cargos públicos, a teoria do emprego público e o estudo das circunscrições administrativas) e também sobre um outro sector que “respeita às formas concretas que ela assume relativamente ao fim que incumbe ao Estado de assegurar o direito entre os seus concidadãos e de harmonizar os diversos direitos individuais entre eles e com o interesse público”, parte que se intitula *da polícia*²⁶. Veremos mais adiante a forma muito ampla como a *polícia* é definida por V. E. Orlando, sendo por ora apenas de acrescentar o papel de Oreste Ranelletti que, na mesma obra colectiva, procede a um desenvolvidíssimo estudo da *polícia de segurança* que ficaria como uma referência incontornável nesta matéria, partindo de pressupostos próximos do pensamento de Orlando²⁷.

Para conseguirmos precisar um pouco melhor a evolução do conceito e da actividade de polícia é mister sublinhar — tendo sobretudo por base a realidade política, jurídica e doutrinal alemã — que, no século XIX, com a solidificação do Estado constitucional, se reforçou a autonomização do conceito de *polícia em sentido material*, identificado com a própria função da Administração, concretizada na ordem jurídica alemã na *defesa de perigos* para a segurança e ordem públicas, com vista a eliminar a verificação de danos: *toda a defesa de perigos* passa a ser *polícia*, designando-se com o sufixo “polícia” uma série de sub-conceitos (construção, fogo, actividade económica, juventude, saúde, mercado, pescas, reunião, veterinária, teatro, etc.). A lei prussiana de administração da polícia de 1931²⁸ veio acolher as bases da já citada “Kreuzberg-Urteil”, formulando no seu § 14 o *conceito de polícia em sentido material* em termos de uma *cláusula geral da defesa de perigos* com vista à protecção da comunidade e dos indivíduos dos perigos que ameaçam a segurança ou a ordem públicas, reforçando-se igualmente a redução dos bens jurídicos policiais à se-

²⁴ Cfr. V. E. ORLANDO, “Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)”, in: *Primo Trattato Completo...*, cit., pp. 1-107 (pp. 93-107).

²⁵ Cfr. V. E. ORLANDO, *ob. ult. cit.*, p. 103 e 106-107.

²⁶ Cfr. V. E. ORLANDO, *ob. ult. cit.*, p. 103.

²⁷ Estudo que conta com mais de mil páginas: cfr. ORESTE RANELLETTI, “La Polizia di Sicurezza”, in: *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, cit., Volume Quarto, Parte Prima, 1908, pp. 205-1252.

²⁸ Referimo-nos à *Preußischen Polizei-Verwaltungsgesetzes* de 1.7.1931.

gurança e à ordem públicas. Assim, ainda hoje o direito alemão centra o *conceito material de polícia*, entendido em sentido amplo, na tarefa de defesa de perigos²⁹, conceito ao qual regressaremos depois de verificar que, nas ordens jurídicas europeias sob o nosso escrutínio, se seguiu idêntica evolução.

Na Itália, nos últimos anos do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, a doutrina aponta igualmente para um conceito amplo de polícia, a qual é definida por V. E. Orlando como a “função que tende a prevenir os danos sociais e a assegurar a paz e a ordem pública e exercita uma influência sobre os direitos individuais, limitando a sua esfera de acção por forma a que se mantenha a harmonia entre eles e entre a utilidade singular e aquela colectiva”, sublinhando tratar-se de uma actividade eminentemente jurídica. São claros os contornos fluidos do conceito, compreendendo-se na polícia “os limites que o interesse do Estado introduz aos vários direitos individuais e dado que entre estes se compreende o direito de propriedade, entra assim nesta matéria também o tema da expropriação por utilidade pública”³⁰.

Ranelletti segue a mesma linha³¹: depois de pôr de lado uma série de posições doutrinárias sobre o conceito de polícia³² e de passar em revista os conceitos de direito positivo fornecidos por diversas leis especiais (de polícia das estradas, sobre as matérias das águas,

²⁹ Cfr., por todos, WOLF-RÜDIGER SCHENKE, “Polizei- und Ordnungsrecht”, in: UDO STEINER (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1995, pp. 175-371, que parte de um conceito *material* de polícia muito amplo, definida como toda a actividade caracterizada por servir a *defesa de perigos* para a segurança ou ordem públicas (cfr. p. 179).

³⁰ Cfr. V. E. ORLANDO, *ob. ult. cit.*, p. 71. A amplitude da noção de polícia torna-se ainda mais significativa se enquadrada numa outra tendência abordada por V. E. Orlando noutra obra: o enorme alargamento do campo de aplicação e da importância do estudo do direito administrativo, em comparação com as outras ciências jurídicas, justificado por Orlando com o relevo cada vez maior dado às instituições administrativas em comparação com as constitucionais, tendendo o centro de gravidade das questões policiais a passar do campo constitucional para o administrativo; ao alargamento e afirmação da ingerência do Estado em todos os domínios da vida civil, o que reforça o papel do direito administrativo devido à sua componente económico-social; à multiplicação dos serviços públicos que a ingerência social pressupõe; à circunstância de o Estado moderno compreender entre os seus fins um largo subsídio ao desenvolvimento da cultura, nomeadamente ao nível da instrução pública, bem como outras matérias como o saneamento dos grandes centros urbanos, o combate às doenças e aos contágios, as obras públicas, a assistência pública, os correios e telégrafo, etc.; este alargamento tem evidentes repercussões a diversos níveis, o que explica igualmente que o direito financeiro assumia novas formas e crie novos institutos. Cfr. também V. E. ORLANDO, “Prefazione”, in: *Primo Trattato Completo...*, Volume Primo, pp. v-xvi, especialmente pp. xi-xv. Sobre a continuação dessa tendência de multiplicação das competências estaduais na primeira metade do século XX em Itália, em particular no campo económico-social, com a inerente compressão da autonomia e autodeterminação individuais, cfr. VINCENZO SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa económica privata nel diritto pubblico*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959, pp. 9-12. Para traduzir esta limitação da autonomia individual ao nível económico, Vigorita utiliza o termo *ingerência estadual*, distinguindo (em função da *intensidade* mas também do modo e da organicidade da ingerência, mostrando que o fenómeno da ingerência económica contém tipos diferenciáveis e individualizáveis) uma série de sub-conceitos que concretizam formas possíveis de ingerência: entre outros, os de *intervencionismo*, de *dirigismo* e de *planificação* — cfr. *ob. cit.*, pp. 24-32.

³¹ Cfr. “La Polizia di Sicurezza”, cit., p. 205 e segs.

³² Nomeadamente aquela segundo a qual a polícia compreende toda a acção negativa da Administração que tem por fim o afastamento dos males, a protecção da comunidade e dos seus membros dos perigos que os ameaçam, a tutela da ordem e da convivência de todos (p. 265 e seg.); ou uma outra para a qual ela é a cura autoritária da segurança e da prosperidade pública em todas as necessidades quotidianas, no campo da administração interna, distinguindo uma dimensão negativa, relativa à polícia de conservação (de segurança) e outra positiva, da polícia produtiva ou de prosperidade (pp. 267-269); e ainda uma outra de acordo com a qual é a de assegurar pessoas e bens apenas contra os perigos resultantes da actividade humana, circunscrevendo-se à polícia conservadora do Estado e, dentro desta, aos poderes coactivos contra as pessoas (p. 269 e seg.).

relativa aos caminhos-de-ferro, à polícia mortuária, à higiene, à polícia local e ao código da marinha mercante), aproxima-se do seu próprio *conceito de polícia*, circunscrevendo-o ao campo em que o Estado entra na esfera individual de cada pessoa, proibindo-lhe absolutamente alguns actos ou proibindo-os até que obtenha uma permissão da autoridade administrativa ou regulando a sua actuação, tudo com vista a proteger e defender ou a existência, integridade e autoridade do Estado ou a tranquilidade, a vida, os bens do todo social e de cada uma das suas partes singulares contra as ameaças, os perigos e os ataques que para eles possam derivar da actividade dos concidadãos³³. A polícia reflecte, desta forma, uma actuação de *ius imperii* na qual se exerce o poder coactivo do Estado, com vista não à prossecução de fins de *prosperidade*, nem tão-pouco absorvendo *toda* a acção conservadora do Estado, mas apenas na medida em que a autoridade pública quer proteger a sociedade dos danos e perigos que lhe possam ser provocados pela actividade dos indivíduos.

Por isso, conclui que “no nosso direito devemos chamar polícia àquele tipo de actividade pública no campo da administração interna, que se exerce limitando ou regulando a actividade dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e eventualmente, se tal for necessário, por meio da coacção, com o fim de garantir o todo social e as suas partes contra danos que possam provir da actividade humana”, entendendo-se por *dano* tanto uma deterioração do estado actual de um particular ou do todo social como um impedimento ou obstáculo à obtenção de uma vantagem (dano emergente e lucro cessante). A polícia tem apenas uma *função negativa* ou de *conservação*: combater todos os desvios do estado de ordem, todas as ameaças à ordem pública³⁴; e o *direito de polícia*, por sua vez, tem a missão de “determinar o ponto até ao qual pode estender-se a limitação que a actividade de polícia pode trazer à liberdade individual para evitar o perigo público, com atenção, por um lado, à legitimidade da liberdade da pessoa e, do outro, à natureza do perigo; é, em síntese, o complexo das normas que regulam o exercício do poder de polícia”³⁵. Afirmando, nestes termos, que o critério balizador do conceito de polícia não é o *fim* da actividade (porque esse é comum a outras funções do Estado), nem tão-pouco uma determinada organização especial (a qual pode nem existir), mas sim a *actividade em si mesma*.

Para terminar este breve excurso pelos grandes administrativistas italianos cuja obra marcou a primeira metade do século xx, uma referência a Santi Romano, que também propunha uma noção muito ampla de *polícia administrativa*, definida como “a actividade administrativa que, por meio de limitações, eventualmente coactivas, à actividade privada, é dirigida a prevenir os danos sociais que desta possam derivar”³⁶.

Idêntico caminho é trilhado em Espanha, onde Jordana de Pozas, em dois escritos breves mas muito claros³⁷, apurou a distinção entre a *actividade de polícia* ou *de ordenação*, a

³³ Cfr. *ob. ult. cit.*, p. 278.

³⁴ Cfr. *ob. ult. cit.*, pp. 278-280.

³⁵ E uma vez que a essência da polícia é a livre ingerência no momento oportuno, a actividade respectiva não pode ser restringida nas fórmulas nem comprimida nos preceitos, sendo necessário reconhecer um certo arbítrio à Administração para que ela possa agir rapidamente. Daí que uma das marcas assinaladas ao direito de polícia passe pelo reconhecimento de *poder discricionário* às autoridades de polícia: cfr. *ob. ult. cit.*, p. 295 e seg.

³⁶ ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, 3.^a ed., Milano, 1912, p. 244.

³⁷ Cfr. “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *REP*, n.º 48, 1949, pp. 41-54; e “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *RAP*, n.º 4, 1951, pp. 11-28.

actividade de serviço público e a actividade de fomento, fixando os seus alicerces em bases suficientemente sólidas para que ele seja ainda hoje a referência fundamental.

Ora, no entender do Autor, na satisfação das necessidades colectivas — que equivale à “boa ordem da coisa pública”³⁸ — é utilizada uma variedade de meios, que se reúnem em quatro grupos: legislação, polícia, fomento e serviço público. Mas ao passo que a legislação pode ser ou não administrativa, os restantes três modos de satisfação das necessidades são sempre de carácter administrativo. Nesta sequência, Jordana de Pozas define polícia como o meio de manter a ordem pública, mediante limitação das actividades privadas e de a restabelecer pela força, uma vez perturbada³⁹.

Também em meados do século passado, outro Autor marcou a doutrina jus-administrativa espanhola, não se afastando sensivelmente das opções de Jordana de Pozas, embora dando um maior desenvolvimento a aspectos específicos do tema em apreço. Falamos de Garrido Falla que, para além de uma análise muito lúcida da evolução do conceito de *polícia administrativa* enquadrada nos nomes mais significativos do direito administrativo alemão, francês e italiano (referimo-nos, antes de mais, a Otto Mayer, Maurice Hauriou e Oreste Ranelletti) propõe uma definição de *polícia administrativa* como o “conjunto de medidas coactivas arbitradas pelo Direito para que o particular ajuste a sua actividade a um fim de utilidade pública”, mostrando ainda a sua concordância com a posição de Ranelletti, ao sublinhar que, para este, “a polícia tem o fim de garantir o todo social e as suas partes contra danos ou lesões e infracções dos seus direitos que possam resultar da actividade dos indivíduos”⁴⁰.

Por último, não se pode esquecer a França, sendo por ora suficiente mencionar que, na doutrina mais recente, se continua a apontar para uma noção muito ampla de *polícia*, reportada em regra não a uma instituição ou um corpo de funcionários públicos, mas sim a uma *função* ou *actividade*, que visa assegurar a manutenção da ordem pública nos diferentes sectores da vida social, preferencialmente por forma a prevenir a verificação de perturbações a essa ordem e, quando tal não seja possível, pondo fim às violações da ordem pública⁴¹. Está também aqui em jogo um conceito muito amplo de *polícia em sentido material*, entendida como a actividade que se traduz na imposição de limites às liberdades dos indivíduos, com vista a assegurar a *ordem pública*, sendo as autoridades administrativas que têm a competência para densificar e aplicar os regimes gerais contidos na lei (por exemplo quando emitem autorizações). Com algumas particularidades que não assumem grande relevo, as definições propostas pela doutrina para o conceito de *polícia* em sentido amplo ou de *polícia administrativa* salientam os aspectos referidos⁴², embora com o enorme protagonismo da

³⁸ Cfr. “Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., p. 42. No outro texto citado (“El problema de los fines de la actividad administrativa”) JORDANA DE POZAS põe em evidência o “prodigioso crecimiento da actividade administrativa” (pp. 15-17) em face do correspondente crescimento dos fins do Estado: ao passo que na teoria clássica o *bonum commune* era o único fim do Estado, hoje (em 1951) este transformou-se num ente com finalidades gerais, “não se lhe podendo negar nenhum fim social *a priori*”, o que tem consequências especiais para a Administração, já que a enorme maioria dos fins do Estado só se pode realizar através dela.

³⁹ Cfr. “Ensayo de una teoria del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., p. 44.

⁴⁰ Cfr. GARRIDO FALLA, “Las transformaciones del concepto jurídico de policia administrativa”, *RAP*, Año IV (Mayo-Agosto 1953), n.º 11, pp. 11-31 (pp. 11-12). A menção de RANELLETTI é relativa à já citada obra “Policia di sicurezza”.

⁴¹ Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., p. 641.

⁴² Cfr., entre outros, JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif*, Montchrestien, 8^e édition,

manutenção da ordem pública de entre os seus objectivos, como veremos melhor *infra*.

Depois de assentarmos num *conceito material de polícia* — pondo de lado o seu *conceito formal*, traduzido nas tarefas da polícia em sentido institucional, determinadas pelo legislador, independentemente de terem natureza preventiva ou repressiva e o *conceito organizatório* ou *institucional*, constituído pela administração da polícia — importa centrarmo-nos na *actividade de polícia* a qual, em conformidade, assume contornos muito fluidos, no sentido da grande amplitude das tarefas de polícia.

No direito alemão aquele conceito material é concretizado na tarefa de defesa de perigos, equiparando-se a actividade de polícia à actuação administrativa de *defesa de perigos*, sendo este ainda hoje porventura o conceito central neste domínio⁴³: é em face da verificação *em concreto* de um perigo que se podem exercer os poderes tradicionalmente cometidos às “autoridades policiais” (em sentido amplo) ou, numa expressão que como veremos é para nós hoje preferível, às autoridades de ordenação ou ainda, numa formulação mais de acordo com a realidade vigente no direito administrativo alemão, às autoridades administrativas encarregadas da actividade da *defesa de perigos*.

Por esta razão, como bem salienta Ralf Poscher, o direito material da defesa de perigos tem de ter como ponto de partida dogmático a determinação do *conceito de perigo*⁴⁴. As longínquas raízes históricas desta noção não desmentem a sua enorme importância nos dias de hoje, que levam inclusive alguns autores germânicos a falarem de um “renascimento” do conceito⁴⁵.

Com o conceito de perigo pretende exprimir-se algo ou uma situação em relação à qual existe uma probabilidade séria da verificação de um dano: seja por razões de facto, seja em face de uma apreciação especializada levada a cabo pelas autoridades policiais, essa situação reflecte uma probabilidade suficiente de, num futuro próximo, determinar a verificação de um dano. De acordo com as formulações propostas pela doutrina, perigo é “um estado que, de acordo com uma avaliação razoável baseada na experiência de vida comum, leva a esperar a verificação de um dano em momento próximo para a segurança e/ou ordem pública — os

Paris, 2003, pp. 546-555; ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 14^e Édition, Paris, 1996, pp. 789-784; YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Paris, 18^e édition, 2005, pp. 305-316; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif*, cit., pp. 641-644; GEORGES VEDEL/PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, Thémis Droit Publique, Presses Universitaires de France, Tome 2, 12^e édition, 1992, pp. 677-684.

⁴³ Sobre o conceito da *defesa de perigos* e a sua configuração como “uma tarefa estadual originária e irrenunciável de elevado grau” cfr. WOLFGANG MARTENS, “Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr”, *DÖV*, 35. Jahrgang, Heft 3 (Februar 1982), pp. 89-98 (pp. 89-91).

⁴⁴ RALF POSCHER, *Gefahrenabwehr...*, cit., p. 112.

⁴⁵ Cfr., por todos, ANNA LEISNER, “Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe”, *DÖV*, 55. Jahrgang, Heft 8, April 2002, pp. 326-334 — que aborda a questão (cfr. p. 326 e seg.) da “*Renaissance der Gefahr*” com uma visão bastante negativa, denominando este fenómeno como uma “infelicidade” característica da sociedade tecnológica, sendo o perigo perspectivado como um “destino” da sociedade dos nossos dias. Sobre o desenvolvimento histórico do conceito de perigo no *direito de polícia* e, tendo como pano de fundo a jurisprudência actual, alguns problemas dogmáticos do perigo nos nossos dias, em especial a sua referência ao caso concreto (contrapondo esta referência ao perigo abstracto), da noção de danos (contrapondo-a aos simples “incómodos”) e a prognose de probabilidade ou de verosimilhança, cfr. MICHAEL JOHANNES PILS, “Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht”, *DÖV*, 61. Jahrgang, Heft 22, November 2008, pp. 941-948. O Autor trata ainda outra matéria, a da estrutura dogmática do conceito de perigo em face do *crecente significado da precaução de riscos* sobre a qual nos debruçaremos *infra*.

bens jurídicos policiais”⁴⁶; Wolf-Rüdiger Schenke é de opinião que existe um *perigo concreto* quando, na situação em apreço, de facto ou do ponto de vista (*ex ante*) de uma apreciação especializada das autoridades policiais, existe a probabilidade suficiente de num futuro próximo se verificar um dano⁴⁷; ou, na definição proposta por Götz que, pondo em evidência o relevo dos elementos *dano* e *probabilidade*, define perigo como “uma situação que, num tempo determinável, possa conduzir com suficiente probabilidade a um dano para a segurança ou ordem públicas”⁴⁸; ou, por último, seguindo Wolfgang/Hendricks/Merz, os quais consideram estar-se perante um *perigo concreto* nas situações, estados ou comportamentos “que, de acordo com uma consideração *ex-ante*, pelo livre decurso previsível dos acontecimentos, terão por consequência com suficiente probabilidade num futuro determinável a verificação de um dano não insignificante para os bens da segurança (ou ordem) pública protegidos pela polícia, ou também quando já se verificou uma perturbação”⁴⁹.

Deve ainda mencionar-se a circunstância de diversas leis estaduais recentes sobre a polícia ou relativas ao direito de ordenação fornecerem definições de perigo, apresentando-o como “uma situação em que, no caso concreto, existe uma suficiente probabilidade de, num tempo determinado, se verificar um dano para a segurança ou ordem públicas”⁵⁰.

O perigo é produto da probabilidade de verificação de um dano, mencionando a jurisprudência e alguma doutrina o recurso à sua determinação com base na fórmula “*Je-desto*”, cujos dois elementos de apreciação ligam a probabilidade de começo ou de verificação do dano, por um lado, e a elevação do dano, por outro⁵¹ — estando aqui também em causa a necessidade de delimitar a noção de outros conceitos que lhe são próximos, como o de *risco* e de *risco restante* (“*Restrisiko*”). A distinção entre estes três conceitos tem fronteiras muito flutuantes, em face das dificuldades em distinguir os casos em que há uma probabilidade séria da verificação de um dano (perigo) ou apenas a verosimilhança da criação de um perigo (risco), ao lado das situações em que o risco tem de ser admitido, em face da sua quase irrelevância e de a exigência de uma completa exclusão do risco ser desproporcional⁵².

⁴⁶ Cfr. FRANZ-LUDWIG KNEMEYER (*Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 50).

⁴⁷ Cfr. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, “*Polizei- und Ordnungsrecht*”, cit., p. 199.

⁴⁸ Cfr. VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei...*, cit., p. 59.

⁴⁹ Cfr. WOLFFGANG/HENDRICKS/MERZ, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 31.

⁵⁰ É esta a definição dada pela al. a) do n.º 3 do § 3 da lei sobre a segurança e ordem públicas de Sachsen (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung de Sachsen — SASOG), pela al. a) do n.º 3 do § 2 da lei da polícia de Bremen (Bremisches Polizei Gesetz — BrPolG), pela al. a) do n.º 1 do § 2 da lei da defesa de perigos de Niedersachsen (NdsGefAG — Niedersachsen Gefahrenabwehrgesetz) e pela al. a) do n.º 3 do § 54 da lei da administração de ordenação de Thüringer (Ordnungsbehördengesetz de Thüringer — ThOBG) — de acordo com as informações fornecidas por RALF POSCHER, *Gefahrenabwehr*, cit., p. 16 e seg.

⁵¹ Cfr. ANNA LEISNER, *DÖV*, cit., especialmente p. 334 — Autora que, como vimos, se mostra crítica sobre a utilidade da fórmula, que “não representa um princípio de solução geral”, mostrando preferência na actividade de determinação do perigo no direito público pelos critérios da dimensão do dano no caso normal e da avaliação da protecção constitucional do bem. Sobre o recurso à fórmula “*je-desto*” na determinação do perigo, cfr. também THOMAS WÜRTENBERGER/DIRK HECKMANN/RAINER RIGGERT, *Polizeirecht...*, cit., p. 139 e seg., que destacam a necessidade de se fazer um juízo de *prognose* que permita identificar uma relação entre o bem jurídico posto em perigo e a probabilidade de verificação do dano.

⁵² Sobre a diferença actual entre o *risco* e o *risco restante*, abordando também o seu confronto com a noção de perigo, cfr. LARS KRAUSE, “Das Risiko und Restrisiko im Gefahrenstoffrecht”, *NVwZ*, 28. Jahrgang (2009), Heft 8, pp. 496-500 — concluindo que a fronteira entre os dois primeiros conceitos se estabelece com base no estado

O conceito de perigo não pode ser formulado objectivamente mas apenas em termos relativos em função da sua relação com os conceitos de “probabilidade” ou “verosimilhança”: ele depende do “horizonte de conhecimento” ou “de apreciação” que se tenha em vista, o qual, por sua vez, depende da dimensão temporal, das diferenças entre uma perspectiva *ex-ante* ou *ex-post*, das componentes subjectivas e pessoais do agente que tem de formular o juízo, da dimensão concreta ou factual que pressupõe, etc.⁵³.

Ainda sobre o relevo da noção da *defesa de perigos* na Alemanha, uma última nota: como insinuámos já e veremos melhor ainda neste ponto, desde meados do século transacto que se faz a distinção entre as autoridades policiais propriamente ditas e as autoridades de ordenação — e, naturalmente, as actividades respectivas —, ambas pré-ordenadas à tarefa da defesa de perigos, embora a das segundas seja muito alargada e diversificada. Daí que coexistam hoje sistemas diferenciados de Estado para Estado que no entanto se podem, no essencial, reconduzir a dois grandes tipos, no âmbito dos quais se alude ao “dilema actual” dos direitos gerais de polícia e de ordenação poderem ser representados como o “direito da polícia” ou o “direito da defesa de perigos”⁵⁴. Dilema agravado pela especialização crescente das matérias da defesa de perigos (por exemplo ao nível do direito dos estrangeiros, do direito da actividade económica, do direito dos géneros alimentares, do direito do ambiente, etc.), embora mesmo aqui o direito geral “de polícia”, “de ordenação” ou de “defesa de perigos” possa continuar a dar o fundamento ou a base jurídica para o conjunto das tarefas da defesa de perigos, deduzindo-se a estrutura das tarefas, das competências e das medidas especiais de defesa de perigos dos princípios do direito geral de polícia ou de ordenação.

Esse dilema actual passa pela opção entre duas alternativas fundamentais: o *sistema de unidade* em que se designa como sistema de polícia as tarefas conjuntas da defesa de perigos e de processamento das contra-ordenações e das penas; ou o *sistema da separação*, em que se faz a diferenciação (nomeadamente sob o prisma organizatório) entre a defesa de perigos levada a cabo pelas autoridades administrativas e o processamento das contra-ordenações e das penas através dos órgãos policiais, conduzindo a que, nesta segunda alternativa, a tarefa da defesa de perigos não seja mais configurada como policial⁵⁵.

da técnica, na viabilidade técnica das soluções, nos limites dos benefícios, na ponderação social dos custos e dos benefícios, no juízo prático e no consenso social. Uma vez que a exigência de uma completa exclusão do risco é desproporcional, o Autor defende ser suficiente a *precaução de acordo com a medida do juízo prático*.

⁵³ Sobre estes aspectos que influenciam a interpretação e aplicação concreta do conceito de perigo, cfr. RALF POSCHER, *Gefahrenabwehr...*, cit., pp. 112-128 — procedendo à análise autónoma da sua *dimensão temporal*, da dimensão ou perspectiva que diz respeito à *pessoa* e da *dimensão factual* do conceito de perigo, discutindo ainda a relação entre o horizonte de conhecimento objectivo e objectividade.

⁵⁴ Cfr. VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei...*, cit., p. 14.

⁵⁵ De acordo com as informações que nos são fornecidas por VOLKMAR GÖTZ (*Allgemeines Polizei...*, cit., pp. 25-28), ao passo que nos Estados de *Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein* vigora o sistema da *separação entre a polícia e a administração de ordenação* (o mesmo se passando em geral nos novos Estados), nos Estados de *Baden-Württemberg, Bremen, Saarland e Sachsen* está consagrado um modelo de *unidade da defesa de perigos pelas autoridades policiais*. No que à *administração federal* respeita, o âmbito das administrações organizadas como polícia é muito mais pequeno do que o âmbito global da defesa de perigos: as polícias federais são polícias de execução, não sendo polícias as inúmeras autoridades federais especializadas que levam a cabo a prossecução de tarefas de defesa de perigos (administração das águas, da aviação, dos automóveis, etc.) — devendo então marcar-se também a distinção entre as duas administrações ao nível federal. Sobre estes dois modelos, apelidando-os, como fizemos no texto, por *sistema de*

Em termos doutrinários, a distinção é por norma seguida, e a maior parte dos autores alemães usa a expressão *direito de ordenação* quando pretende aludir às actividades de defesa de perigos prosseguidas por autoridades administrativas diferentes das autoridades policiais em sentido estrito⁵⁶. Sendo certo em todo o caso que os âmbitos especiais das matérias tradicionalmente inseridas no direito de polícia (em sentido amplo) ou no direito de ordenação são hoje objecto de regulação especial, onde tem ganho grande protagonismo, nas últimas décadas, o direito urbanístico e o direito do ambiente e, dentro deste, o direito de protecção da atmosfera o qual, como veremos no Capítulo II, constitui tanto na prática como em termos doutrinários quase que um “direito geral do ambiente” na ordem jurídica alemã. Tanto a regulação *material* desses domínios é efectuada em leis especiais como, correlativamente, os poderes e competências das autoridades administrativas responsáveis pela prossecução de tarefas específicas de defesa de perigos estão previstas em leis especiais, nomeadamente nas leis de protecção do ambiente.

Desta forma, a importância das chamadas “cláusulas gerais” do direito de polícia e de ordenação — tradicionais nas leis que prevêm as suas competências e os seus poderes — tende a restringir-se fortemente nos anos mais recentes: como veremos melhor, estas cláusulas constituem uma base jurídica para a intervenção policial (ou administrativa, se entendermos polícia em sentido amplo ou se nos reportarmos à cláusula geral do direito de ordenação) concretizada quer em formas simples de comportamento (por exemplo acções de advertência do perigo), quer na prática de actos administrativos.

Em França, como vimos, a polícia reporta-se à actividade destinada a garantir a *manutenção da ordem pública* nos diversos sectores da vida social, autonomizando-se o conceito de *ordem pública* como noção fundamental. Manter a ordem pública tem o sentido de prevenir os atentados a essa ordem ou pô-los fim, no caso de eles já se terem iniciado, nos diferentes sectores da vida social, sendo uma actividade de raiz essencialmente *preventiva*, por contraposição à polícia judiciária, tendencialmente repressiva⁵⁷. Fazendo parte da administração de intervenção, a polícia é, antes de mais, uma actividade que se traduz na regulamentação e ordenação das actividades dos particulares e não em actos e comportamentos de prestação, como veremos adiante quando nos debruçarmos sobre as formas de acção do direito de polícia.

unidade e sistema de separação, cfr. NOGUEIRA DE BRITO, “Direito de Polícia”, cit., p. 313 e seg.

⁵⁶ Por todos, cfr. WOLF RÜDIGER SCHENKE, “Polizei- und Ordnungsrecht”, cit., p. 184 e seg.

⁵⁷ O elemento chave na distinção entre a polícia administrativa e a polícia judiciária é o carácter preventivo da primeira e repressivo da segunda: ao passo que a administrativa tem por fim evitar que a ordem pública seja perturbada, a judiciária verifica as infracções à lei penal, reúne as provas e procura os autores, com vista à sua posterior condenação judicial. Além disso, as decisões da polícia administrativa estão sujeitas à jurisdição administrativa, ao passo que são os tribunais judiciais a concretizar a resposta da ordem jurídica à violação das disposições criminais, na sequência da sua investigação pelas autoridades da polícia judiciária. Desta forma, a noção de infracção não releva para a polícia administrativa, pois a sua finalidade de manter a ordem pública é independente da repressão das infracções.

Não obstante esta distinção, muitas vezes o pessoal de ambas as polícias é comum, podendo as operações respectivas ter carácter misto ou polivalente. Em caso de dúvida a jurisprudência distingue-as com base num *critério finalista* referido ao objecto da operação e à intenção com que agiram as autoridades ou o pessoal em causa, tratando-se da polícia judiciária quando “as decisões ou operações estão em relação com uma infracção penal, real ou somente eventual e presumida”: neste sentido cfr. os acórdãos do Conselho de Estado citados por MORAND-DEVILLER, *Cours...*, cit., p. 553 e seg.

Todavia, as finalidades que se subsumem na noção de ordem pública e que determinam o próprio conteúdo da noção dependem de um certo consenso social alcançado num determinado momento histórico, tratando-se assim de um conceito sujeito a evolução, contingente e evolutivo. E se tradicionalmente a ordem pública se concretizava na trilogia da *segurança, tranquilidade e salubridade públicas*⁵⁸, hoje existem alguns sinais no sentido do alargamento dos limites do conceito. Assim, o art. L. 2212-2 do Code général des collectivités territoriales, além de prever aqueles três conceitos e interesses públicos, abrange também a noção de “boa ordem”⁵⁹, à semelhança do que faz o art. L.131-2 do Código das Comunas (“boa ordem, certeza, segurança e salubridade públicas”)⁶⁰.

A inclusão da “boa ordem” no elenco dos elementos que permitem concretizar a noção de ordem pública fez, todavia, crescer algumas dificuldades quanto ao alcance e contornos específicos da ordem pública, discutindo-se em especial se a *ordem moral* faz ou não parte do conceito. E apesar de alguns autores defenderem que *a ordem pública não é uma ordem moral*⁶¹, outros há que admitem a moralidade como sua componente⁶².

O alcance da noção de ordem pública tem também permitido, ainda que em termos apertados, proteger os indivíduos contra si próprios — sendo casos paradigmáticos o do reconhecimento da legalidade das disposições que tornaram obrigatório o uso de capacete pelos condutores de veículos de duas rodas e do cinto de segurança pelos automobilistas, sendo preocupações paralelas que se fazem sentir a propósito das seitas, embora aqui se deva ter especial prudência⁶³.

⁵⁸ Que lograram, em face desse consenso, a sua concretização normativa, nomeadamente na lei de 22 de Dezembro de 1789, a qual incumbia a administração departamental da manutenção da segurança, da salubridade e da tranquilidade públicas (sobre a disposição pertinente, comparando-a com o citado § 10, II, 17 da ALR prusiana, cfr. OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, II, cit., p. 10, nota 18). Como veremos de seguida no texto, as disposições pertinentes continuam a acolher esta trilogia, a que também HAURIU aludia ao afirmar (*Précis de Droit...*, p. 563) que “Os elementos da ordem pública material identificados pela legislação são a tranquilidade pública, a segurança pública e a salubridade pública”.

⁵⁹ O corpo do artigo dispõe: “A polícia municipal tem por objecto assegurar a boa ordem, a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas”. Depois, em 8 longos e pormenorizados parágrafos prevê-se, num elenco exemplificativo, algumas das tarefas da polícia municipal.

⁶⁰ RENÉ CHAPUS chamava já a atenção para os “ventos” que sopravam da jurisprudência no sentido de incluir uma certa “boa ordem” (material e exterior), que não se confunde com os elementos da trilogia citada, no conceito de ordem pública: cfr. *Droit Administratif...*, cit., p. 650.

⁶¹ Por todos, cfr. MORAND-DEVILLER, *Cours...*, cit., p. 550 e seg. A Autora não deixa, em todo o caso, de reflectir as dúvidas sobre a questão: se por um lado admite que a protecção da *moralidade pública* pode preocupar a polícia administrativa na medida em que a tranquilidade pública esteja ameaçada, assinala que “fortemente imbuído de subjectividade, o conceito de ordem pública moral é de uma utilização perigosa para o administrador e para o seu juiz e não saberíamos avaliar devidamente a prudência manifestada por este último”. E a conclusão vai neste último sentido, defendendo (na linha de Hauriou) que a ordem pública será preferencialmente uma noção próxima da *ordem social*, podendo o desenvolvimento dos direitos fundamentais pressagiar a emergência de uma “*ordem pública humanista*, suseptível de revigorar a noção tradicional”. Este pensamento ambivalente da Autora é revelado também quando afirma (*ob. cit.*, p. 548 e seg.) que *a ordem pública não é uma ordem pública económica*, pois reconhece também que as autoridades com poderes de polícia têm de tomar em conta a liberdade de comércio e indústria e as regras da concorrência; e quando defende que, apesar de não ser uma *ordem estética*, os valores estéticos devem ser acolhidos como uma das finalidades das polícias especiais (*ob. cit.*, p. 549).

⁶² Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., pp. 650-654; e LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité*, I, cit., p. 790 e seg. — que apresentam mesmo exemplos nos quais a jurisprudência admite essa dimensão, pelo menos no que se refere ao facto de estas preocupações poderem constituir uma finalidade para a interdição pelos *maires*, no exercício dos seus poderes de polícia municipal, da *projecção de filmes imorais*.

⁶³ Sobre estes casos, com indicações da pertinente jurisprudência do Conselho de Estado, cfr. MORAND-DE-

A concepção das coisas no direito francês permite ainda compreender melhor um dos rasgos mais característicos da actividade de polícia: o de se tratar, antes de tudo, de uma *actividade de prevenção*, por confronto com outros tipos de polícia, designadamente a judiciária, de raiz repressiva. Apelando aos contributos oriundos de outros ordenamentos, não poderemos deixar de mencionar de novo o grande jurista transalpino Oreste Ranelletti que considerava a *prevenção* o modo primeiro pelo qual o Estado deve exercer a sua função principal e essencial da manutenção do direito entre os seus “consócios” (concidadãos), sendo a actividade de polícia um dos meios essenciais para servir tal escopo, uma vez que ela constitui a “força legal de garantia da vida, da liberdade, da honra, dos bens dos cidadãos”, devendo tratar-se de uma força administrativa difusa — pois o delito também é difuso — concretizada numa acção contínua e não intermitente⁶⁴. Nas pré-compreensões do grande Mestre deve também mencionar-se o entendimento de que a polícia se ocupa apenas do *direito de liberdade*, o qual deve ser concebido “como a faculdade reconhecida e protegida do indivíduo da plena disposição do seu ser naquela direcção na qual a actividade humana tende aos fins, sejam ideais ou patrimoniais, que o homem tem na própria vida natural. Só ao agir, ao dispor da própria pessoa pode, na verdade, o indivíduo cometer actos ilícitos que violam direitos alheios”⁶⁵.

Em meados do século passado, a raiz e os contornos preventivos da actividade de polícia foram reforçados em Itália, nomeadamente por Guido Zanobini: ao enquadrar a polícia no âmbito das competências de conservação da Administração Pública — por contraposição às actividades de bem-estar ou bem-estar e progresso — mostra que aquilo que está em jogo é a actividade *preventiva de conservação da ordem pública*, a qual, para Zanobini, toma também o nome de *polícia em sentido lato*, definida como “a actividade da administração pública dirigida a realizar, em via administrativa e independentemente de sanção penal, as limitações impostas por lei à liberdade dos indivíduos no interesse superior da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado com disposições penais”⁶⁶.

Ao passo que, na opinião de Ranelletti, a polícia de segurança era considerada uma polícia *diferente* da polícia administrativa e não uma parte dela, nos Autores que marcaram a consolidação da doutrina sobre a polícia ao longo do século XX a concepção é agora um pouco diferente: a *polícia administrativa* é uma *categoria geral* compreensiva de *qualquer actividade de prevenção* em relação a qualquer lei limitadora da liberdade e sancionada penalmente⁶⁷.

VILLER, *Cours...*, cit., p. 549 e seg. As “extensões” do conceito de ordem pública no direito francês são tratadas de forma bastante incisiva entre nós por NOGUEIRA DE BRITO (“Direito de Polícia”, cit., p. 283), mostrando como à trilogia clássica da segurança pública, tranquilidade pública e salubridade pública foram acrescentadas a *moral pública*, o respeito da *dignidade da pessoa humana*, a *protecção dos indivíduos contra si próprios* e, ainda, a *protecção de menores*.

⁶⁴ Cfr. “La Polizia di Sicurezza”, cit., pp. 216-220.

⁶⁵ Cfr. p. 233. Este “direito de liberdade” é um direito fundamental, absoluto, com um conteúdo positivo, um direito subjectivo privado inalienável.

⁶⁶ Cfr. GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, volume quinto (Le principali manifestazioni dell’azione amministrativa), Dott. A. Giuffrè Editore, seconda edizione, Milano, 1957, pp. 69-71.

⁶⁷ Cfr. ZANOBINI, *Corso...*, vol. V, cit., p. 72. Este Autor considera mesmo, no mesmo lugar e em coerência com

Conclui-se então pela enorme dimensão da noção de polícia administrativa e das tarefas de polícia nos ordenamentos europeus continentais, realidade evidente tanto nos direitos francês e italiano, que acabámos de passar em revista, como no espanhol, onde as evoluções doutrinárias mais recentes se consubstanciam também no reconhecimento da grande amplitude, heterogeneidade e complexidade das tarefas que, na concepção tradicional, se inseriam num conceito de *polícia administrativa em sentido amplo* e na necessidade de acrescentar novas categorias às principais modalidades da acção administrativa ou, noutra opção, da subdivisão das tarefas de “polícia” em diversas tarefas ou actividades materialmente distintas. Esta amplitude será retomada, em relação ao direito espanhol, quando desenvolvermos o actual entendimento da actividade, das tarefas e do direito de polícia como actividade, tarefas e direito *de ordenação*.

Diga-se ainda que o alargamento é também sentido pelo facto de as actividades e o direito de polícia irem paulatinamente perdendo o seu carácter negativo para assumirem também uma vertente positiva: vai passando a estar em causa não apenas a defesa do indivíduo perante os perigos sociais, mas a atribuição legal e a prossecução pelas autoridades administrativas da protecção e promoção dos mais variados interesses públicos — realidade que se tornou cada vez mais visível, ao longo do século XX, à medida que crescia a intervenção administrativa na vida social e económica e se desenvolvia a administração prestadora, conformadora e assistencial. A dimensão positiva da polícia será tratada com mais pormenor a propósito do ordenamento jurídico português⁶⁸.

Os limites alargadíssimos da polícia administrativa fizeram emergir a necessidade de se recorrer a um conceito de *polícia administrativa em sentido estrito* — nomeadamente decantado pela doutrina italiana —, referido apenas à prevenção das leis administrativas sancionadas penalmente (leis de segurança pública, sanitárias, da imprensa, sobre a circulação de veículos)⁶⁹ ou concebida, em termos materiais, como a actividade que concretiza medidas administrativas *preventivas* e *repressivas*, para que da acção dos cidadãos não resultem danos para a sociedade ou para os outros cidadãos e sejam observadas as limitações impostas por lei à actividade dos particulares⁷⁰. De onde se segue a atribuição da sua prossecução às autoridades administrativas comuns (e não às responsáveis pela segurança

esta posição, que a expressão “polícia administrativa” é, em parte, pleonástica, uma vez que “a polícia, como actividade discricionária de prevenção, tem sempre o carácter de actividade administrativa”. De qualquer forma, o termo justifica-se para a diferenciar da polícia judiciária, que não tem qualquer relação com a prevenção: “enquanto a polícia administrativa tem a função preventiva e intervém para impedir que se verifique a violação da ordem jurídica, a polícia judiciária tem uma função de simples verificação das violações já verificadas, intervém sempre depois destas e participa da função repressiva, própria da jurisdição penal” (cfr. *ob. cit.*, *loc. cit.*). Em termos análogos cfr. MARCO DI RAIMONDO, *Diritto di Polizia*, Maggioli Editore, Quarta edizione, 1999, p. 30, que define a *polícia administrativa* como a actividade de *regulamentação*, *vigilância* e *controlo* de determinados sectores do desenvolvimento económico-social (dando como exemplos, entre outros, os do comércio, do turismo e da indústria hoteleira), manifestando-se de forma positiva na regulamentação de tais actividades específicas — por contraposição à *polícia de segurança*, que se exprime através de actividades de tipo “preventivo-impeditivo”.

⁶⁸ Cfr. *infra*, 5.

⁶⁹ É essa a posição de ZANOBINI: cfr. *Corso...*, vol. V, cit., p. 72.

⁷⁰ Definição proposta por ALDO SANDULLI: cfr. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 980.

pública)⁷¹, a sua consubstanciação na prática de medidas legalmente previstas destinadas a defender, tutelar, proteger e/ou promover a prossecução dos interesses públicos protegidos por essas autoridades (tutela do domínio público, da saúde pública, da economia, dos direitos dos trabalhadores, etc.) e a sua divisão em diversos “ramos”: para além da *polícia de segurança*, cuja autonomia é especialmente relevante (com a responsabilidade da prossecução de finalidades fundamentais de manutenção da ordem pública e da ordem social, da segurança geral e individual, da paz e da tranquilidade sociais, do respeito da propriedade, etc.), a *polícia sanitária*, a *polícia dominial*, a *polícia industrial*, a *polícia comercial*, a *polícia local*, etc.⁷².

Do estudo já empreendido pode concluir-se que, ao longo do século xx, foram decantados da problemática em questão aquilo que poderemos designar como *bens jurídicos policiais*, isto é, os interesses e valores jurídicos compreendidos na noção de polícia, tutelados pela actividade policial e, em simultâneo, os fins ou objectivos da polícia administrativa. No direito alemão a *segurança* e a *ordem públicas*, no direito francês a *ordem pública*, concretizada através da *segurança*, *salubridade* e *tranquilidade públicas*.

De facto, na ordem jurídica alemã, os bens protegidos pela *cláusula geral do direito de polícia* — consagrada tanto no direito federal como nos diversos direitos estaduais e de que falaremos adiante, a propósito da grande discricionariedade da respectiva actividade — são hoje (apenas) a *segurança pública* e a *ordem pública*: a segurança pública como tarefa da defesa de perigos exprime-se na inviolabilidade da ordem jurídica objectiva, dos direitos subjectivos e dos bens jurídicos dos indivíduos, bem como da instituição e organização do Estado e de outros portadores da autoridade pública (isto é, abrange a tutela das *normas jurídicas objectivas*, a *protecção subjectiva* de bens jurídicos individuais, a defesa de *bens comuns* como a natureza ou a paisagem e ainda a *instituição estadual* e de outras pessoas colectivas públicas)⁷³. Já o termo *ordem pública* é muito mais fluído, sendo um conceito que hoje em dia está em grande medida destituído de relevo prático, em face da sua “histórica” remissão para concepções valorativas relativas à moral e aos bons costumes dominantes num determinado âmbito histórico e geográfico: abrange-se com este conceito o conjunto das regras não escritas relativas aos comportamentos dos indivíduos numa determinada comunidade, enquanto pressuposto indispensável de uma vida cívica comum ordenada, salientando alguns autores, de forma expressa, a ausência de conteúdo jurídico destas normas — ou, pelo menos, de conteúdo jurídico *preceptivo*. A perda de importância do conceito de ordem pública é bem evidenciada no facto⁷⁴ de a legislação ter vindo a retirar a referência

⁷¹ O art. 9.º do d. lg. n. 616, de 24-7-1977 era, a este respeito, lapidar, ao assinalar que nas matérias da sua competência própria as regiões, as províncias, as comunas e as comunidades de montanha eram também “titulares da função de polícia administrativa”.

⁷² Cfr. ZANOBINI, *Corso...*, vol. V, cit., p. 74 e seg.; e SANDULLI, *ob. cit.*, p. 980 e seg.

⁷³ Expressamente neste sentido cfr., entre outros, JÖRN IPSEN, *Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht*, Richard Boorberg Verlag, 1995, pp. 44-51. É de notar que alguns autores autonomizam os *direitos privados* da noção de segurança pública, em face do relevo da respectiva protecção: é o caso de CHRISTOPH GUSY, *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, 6. neubearbeitete Auflage, 2006, pp. 43-45.

⁷⁴ Relatado por RALF POSCHER, *Gefahrenabwehr — Eine dogmatische Rekonstruktion*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 16 e seg. (nota 1) com base numa série de leis estaduais recentes sobre a polícia (leis de Bremen, Saarland, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein e Niedersachsen).

à “ordem pública” do poder geral de polícia, limitando-o aos perigos à segurança pública. Conclui-se, então, que apesar da histórica referência à segurança e à ordem públicas, o conceito chave hoje em dia acaba por ser quase só o primeiro⁷⁵.

No direito francês foi sempre evidenciada, de forma particular, a relação muito estreita entre o poder de polícia e o seu *fin*, o qual, como vimos, é o de assegurar a manutenção da *ordem pública*⁷⁶ noção por sua vez densificada pela *segurança* (ausência de riscos de acidentes), *tranquilidade* (ausência de desordens ou perturbações) e *salubridade* (ausência de riscos de doenças) públicas. Seguindo em especial o ensinamento de Georges Vedel e Pierre Devolvé⁷⁷, a *segurança* refere-se aos perigos que ameaçam a comunidade ou os particulares, a *tranquilidade* é relativa às perturbações causadas por certos sujeitos que excedem os inconvenientes normais da vida em sociedade e a *salubridade* é a higiene ou a saúde pública no sentido mais lato do termo.

Desde a obra de HAURIUO que se firmou o entendimento na doutrina jus-publicista gaulesa de acordo com o qual a *ordem pública*, no sentido da polícia, é a *ordem material e exterior* no sentido de não se tratar de uma ordem moral mas antes de “um estado de facto oposto à desordem, um estado de paz oposto ao estado de perturbação”⁷⁸.

Todavia, e como vimos já, uma vez que as finalidades subsumidas na ordem pública dependem do consenso social alcançado num certo momento histórico, há hoje sinais claros no sentido do alargamento do conceito.

Um outro aspecto estudado pela doutrina nas ordens jurídicas que temos tido sob a nossa atenção com o intuito de permitir uma mais correcta identificação dos limites da actividade de polícia é o da sua contraposição a outros tipos de actividades administrativas:

⁷⁵ A análise das tarefas policiais e administrativas da defesa de perigos por remissão para os *bens jurídicos protegidos* por esta actividade (a segurança e a ordem pública, nos termos acabados de ver) pode ser encontrada na doutrina alemã que trata esta matéria. Seguimos especialmente as obras de THOMAS WÜRTEMBERGER/DIRK HECKMANN/RAINER RIGGERT (*Polizeirecht...*, cit., pp. 133-137); VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei...*, cit., pp. 42-59; CHRISTOPH GUSY, *Polizeirecht*, cit., pp. 34-78; WOLFFGANG/ HENDRICKS/MERZ, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., pp. 23-36; e, por último, WOLF-RÜDIGER SCHENKE, “Polizei- und Ordnungsrecht”, cit., pp. 188-198 — o qual especifica os contornos da noção de *segurança pública* por referência à inocuidade da vida, saúde, liberdade, honra e património dos cidadãos, bem como à estabilidade e funcionamento do Estado e das suas instituições, salientando igualmente que são protegidos tanto bens jurídicos individuais como colectivos; e os da noção de *ordem pública* por alusão ao conteúdo das regras cujo cumprimento, de acordo com a concepção social e ética dominante, é visto como pressuposto indispensável para uma vida conjunta próspera para as pessoas, reconhecendo que mais do que regras jurídicas, estão em causa regras dos costumes e da moral. Também FRANZ-LUDWIG KNEMEYER (*Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 57) concretiza a análise do conceito de segurança pública enquanto definidor do âmbito de protecção da acção estadual com alguns exemplos, seja ao nível dos bens jurídicos individuais (aludindo à manutenção da integridade da vida, da saúde e da liberdade), seja quanto aos bens jurídicos colectivos (abastecimento de água e saúde pública).

⁷⁶ De acordo com a informação que nos é facultada por JACQUELINE MORAND-DEVILLER (*Cours...*, cit., p. 546) o Conselho Constitucional francês fez da ordem pública um “objectivo de valor constitucional”.

⁷⁷ *Droit Administratif*, cit., p. 680.

⁷⁸ Cfr. MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit...*, cit., p. 562. O grande Mestre gaulês concretiza, no mesmo local: “A desordem material é o sintoma que guia a polícia, como a febre é o sintoma que guia o médico. E a polícia emprega, como a medicina, uma terapêutica que tende unicamente a fazer desaparecer os sintomas; ela não tenta atender às causas profundas do mal social, contenta-se em restabelecer a ordem material”. Ainda mais relevante é o esclarecimento subsequente (*ob. cit.*, p. 563): “Ela [a polícia] não persegue as desordens morais, ela é para isso radicalmente incompetente, se o tentasse cairia imediatamente na inquisição e na opressão das consciências, em virtude do peso do seu mecanismo”.

falámos já da distinção clássica, trabalhada antes de mais pela doutrina francesa, entre a actividade de polícia e a actividade de *prestação* ou *de serviço público*, bem como da contraposição entre a polícia administrativa, como actividade eminentemente preventiva (evitar as perturbações da ordem pública), e a polícia judiciária, de cariz repressivo (verificar as infracções à lei penal para que se possa depois proceder à respectiva condenação judicial). Foi também já sugerido o relevante legado da doutrina espanhola, em particular de Jordana de Pozas, na distinção entre a *polícia*, o *fomento* e o *serviço público*: enquanto a polícia, para manter a ordem pública, limita as actividades privadas e restabelece aquela ordem, uma vez perturbada, pela força, já o *serviço público* é “uma modalidade da acção administrativa que consiste em satisfazer a necessidade pública de que se trate de uma maneira directa, por órgãos da própria Administração criados para o efeito e com exclusão ou em concorrência com os privados”, tratando-se de uma “organização permanente de elementos pessoais e materiais para a satisfação directa de uma necessidade pública”⁷⁹. A *acção de fomento*, por último, traduz-se numa “via média entre a inibição e o intervencionismo do Estado”, sendo definida como “a acção da Administração dirigida a proteger ou promover aquelas actividades, estabelecimentos ou patrimónios devidos aos particulares que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coacção nem criar serviços públicos”. As “formas da administração de fomento” caracterizam-se pela sua flexibilidade e adaptação às circunstâncias, sendo utilizados tanto meios positivos como negativos que se agrupam em meios honoríficos, meios económicos e meios jurídicos⁸⁰.

Assim, ao passo que a polícia *previne e reprime*, o fomento *protege e promove*; o serviço público, pelo seu lado, traduz uma realização directa pelos próprios meios da Administração dos fins perseguidos (o que o distingue do fomento, actividade na qual a Administração se limita a estimular os particulares para que estes levem a cabo determinada actividade). Em termos de domínio (mas não de exclusão) a *polícia* é a modalidade administrativa mais própria do *antigo regime* — enquanto o fomento é a mais adequada para o Estado liberal e o serviço público o modo predilecto do Estado intervencionista⁸¹.

Em face desta caracterização compreende-se bem que Jordana de Pozas conclua que os tipos ou *modos da acção administrativa* devem “ser ordenados numa escala progressiva que, partindo da simples emanação de normas, passam pela polícia e pelo fomento até chegarem ao serviço público monopolizado. Os meios empregues devem ser aqueles que atinjam o fim perseguido no momento adequado, mas com o grau mínimo de coacção”⁸².

Em termos muito amplos e genéricos, a doutrina italiana de meados do século XX contrapõe a actividade administrativa *de conservação* à *actividade de bem-estar* ou de *bem-estar e progresso*, surgindo tanto a polícia administrativa em sentido amplo como a polícia administrativa em sentido estrito e a própria polícia de segurança integradas na primeira categoria⁸³.

⁷⁹ Cfr. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., p. 44.

⁸⁰ Cfr. *ob. ult. cit.*, p. 46 e 50-53.

⁸¹ Cfr. *ob. ult. cit.*, p. 49.

⁸² Cfr. “El problema de los fines de la actividad administrativa”, cit., p. 27.

⁸³ Devemos ter aqui presentes as obras de dois autores fundamentais no desenvolvimento do direito público italiano. Referimo-nos, em primeiro lugar, a GUIDO ZANOBINI o qual trata as principais manifestações da actividade

A distinção entre a polícia administrativa e a polícia de segurança afigura-se também decisiva, com o inestimável contributo da doutrina italiana dos primórdios do século passado: mais uma vez segundo Ranelletti a polícia administrativa, ao proteger a função de uma coisa, protege em via imediata todos os direitos que nela se concretizam e, em via mediata, todos os direitos que nela se contêm, mas esta protecção dos direitos não se insere no fim

administrativa: depois de excluir a classificação das formas de acção administrativa com base num critério jurídico, limita-se “a agrupar as várias manifestações da acção administrativa nas duas categorias fundamentais da *actividade de conservação* e da *actividade de bem-estar e de progresso*” (cfr. *Corso...*, vol. V, cit., p. 10; itálicos nossos), concretizando-se a primeira nas categorias da *defesa externa* do Estado e na *conservação da ordem interna* — dedicando os capítulos I e II deste estudo a cada uma delas, respectivamente. A *actividade de bem-estar e progresso* sofria já, ao tempo, um enorme alargamento, o que leva ZANOBINI a reconhecer expressamente (cfr. p. 11) dever limitar o exame aos seus campos mais importantes e característicos: saúde (dedicando o Capítulo IV à “higiene e saúde pública”), instrução (o Capítulo V debruça-se sobre a “instrução e o progresso da cultura”), a economia nas suas diversas divisões (o Capítulo VIII deste volume do *Corso* é dedicado à “acção administrativa no campo da economia, em geral” e o IX à “acção administrativa nos ramos singulares da economia”), alguns serviços públicos importantes (o Capítulo VI é sobre a “administração pública de direito privado”, isto é, a actividade administrativa destinada a influir, directa ou indirectamente, sobre a constituição da capacidade, de situações e de relações de direito privado, tratando-se de um *serviço público* nos casos em que o Estado presta uma actividade certificativa que os particulares são livres de requerer para formalizar os seus negócios ou de uma função pública, quando o negócio não pode ser formado sem a intervenção do órgão público); no Cap. VII ZANOBINI estuda “os serviços públicos de transporte e comunicação”, embora o respectivo § 1, que ocupa as p. 341 a 345, seja sobre os *serviços públicos em geral*, definidos como “qualquer prestação de utilidade feita por um ente público à generalidade dos cidadãos (*uti universi*) ou a determinadas pessoas (*uti singuli*)”, a assistência e a beneficência públicas (sobre a qual incide o Capítulo X). O Capítulo III intitula-se “A verificação e o cuidado do movimento demográfico”, informando-nos ZANOBINI estarem em causa “em primeiro lugar, funções de simples *accertamento* e, secundariamente, de assistência social, de protecção e de polícia”. Em todo o caso, por uma questão de honestidade intelectual, não podemos omitir um aspecto da classificação de ZANOBINI que releva em termos da consideração dos interesses que, mais tarde, viriam a evoluir para albergarem também a tutela ambiental e que escapam à sua subsunção no âmbito da polícia administrativa e da própria actividade de conservação da Administração Pública: a propósito do tratamento da “higiene e saúde públicas” (portanto, no seio da *actividade administrativa de bem-estar e de progresso*) surge a matéria das “limitações da liberdade e da propriedade privada no interesse da higiene e da saúde” (cfr. pp. 194-214) as quais constituem a *polícia sanitária*, que visa prosseguir o fim de prevenir danos que poderiam resultar para a colectividade do exercício de determinadas actividades especialmente perigosas, nomeadamente ao nível da higiene do solo e dos aglomerados populacionais, da higiene e salubridade das habitações urbanas e rurais, da higiene dos alimentos, das bebidas e dos objectos de uso pessoal, das normas relativas às substâncias corantes e venenosas, das medidas contra as doenças infecciosas e epidémicas (p. ex. a vacinação obrigatória), das normas de polícia sanitária marítima e das normas de polícia veterinária, entre várias outras. Para além disso, a propósito da *acção administrativa nos ramos singulares da economia* — ou seja, novamente no exercício da actividade de bem-estar e de progresso — são tratados (além da agricultura, do comércio, e do crédito e seguros) os interesses públicos inerentes à *indústria* (cfr. pp. 433-472), sendo já ao tempo destacado, entre os fins a que o legislador se propunha satisfazer ao impor limitações de direito público ao exercício das actividades industriais, a *tutela da higiene e da saúde geral*.

Também ALDO SANDULLI, ao estudar as *competências* em função das quais se desenvolve a actividade administrativa (cfr. *Manuale...*, 2., cit., p. 943 e segs), divide-as em diversas categorias, duas das quais são permanentes e imutáveis por serem inerentes à vida e à vitalidade do corpo social (as *competências de organização e de conservação*), sendo a outra (relativa às *competências de bem-estar* da comunidade e dos seus componentes) eventual e variável em conexão com as fórmulas políticas. As *competências de conservação* (cfr. p. 979 e segs.) exercem-se por intermédio da “actividade dos poderes públicos dirigida à tutela conservatória do organismo social”, sendo aquelas “destinadas a prevenir e evitar os perigos de perturbação externa e interna e a fazer face às insurreições”: no que especificamente respeita ao seu exercício por intermédio da função administrativa, as competências de conservação concretizam-se nos poderes administrativos relativos à *polícia de segurança* (enquanto parte da polícia administrativa que a lei comete às autoridades responsáveis pela segurança pública), na defesa militar, nas medidas de emergência em casos de calamidade e na administração pública do direito privado (registos e notariado).

da actividade de polícia administrativa, sendo só um efeito reflexo da sua acção; pelo contrário, a actividade de polícia de segurança tem por escopo directo a defesa dos direitos. A polícia de segurança tutela *os direitos*, ao passo que a polícia administrativa tutela *as coisas* das quais os direitos podem ser objecto⁸⁴.

Ainda em termos de distinções e classificações é fundamental tanto em termos gerais como para os propósitos da dissertação a diferenciação entre a polícia administrativa geral e as polícias administrativas especiais: de acordo com a doutrina francesa, a polícia administrativa geral é a “polícia da ordem pública” (conferida em França, no essencial, ao Primeiro-Ministro, ao prefeito e ao *maire*⁸⁵), podendo ser exercida a respeito de qualquer

⁸⁴ Cfr. “La Polizia di Sicurezza”, cit., pp. 303-310. Assim, a *polícia de segurança* é definida como “aquela forma de polícia que tem por escopo defender a ordem jurídica existente contra ataques ilícitos dos indivíduos” (p. 307), ao passo que a *polícia administrativa*, porque tutela directa e imediatamente as coisas, cinde-se em tantos tipos quantas são as coisas a tutelar, em todos os campos nos quais actua a autoridade administrativa, sendo definida como “aquela forma de polícia que tem por escopo a defesa da existência, integridade e função das coisas, como tais, contra ataques ilícitos dos indivíduos, com o único fim de que estas coisas (...) não danifiquem a ordem jurídica existente” (p. 308) — não sendo possível, do ponto de vista científico, fazer um tratamento unitário da polícia administrativa, estudando-a como uma actividade única (o que já se verifica em relação à polícia de segurança), ainda que se possam fazer grupos em função da índole das matérias, falando na polícia sanitária, na polícia da cultura, na polícia económica, etc.

⁸⁵ A doutrina francesa trata com desenvolvimento as competências para o exercício dos poderes de *polícia administrativa geral* as quais são confiadas, a *nível nacional* (isto é, em relação ao conjunto do território nacional), ao Primeiro-Ministro — embora também resultem da Constituição poderes para o Presidente da República tomar medidas de polícia geral, nomeadamente nos termos do art. 13.º e, especialmente, do art. 16.º, cuja aplicação está reservada para os casos em que as “instituições da República, a independência da nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos internacionais sejam ameaçados de forma grave e imediata e em que o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais seja interrompido”. De qualquer forma, só com o arrêt *Labonne*, do Conselho de Estado, de 8 de Agosto de 1919 é que foi reconhecido *poder de polícia geral* às autoridades centrais: neste aresto, reconheceu o Conselho de Estado que a manutenção da ordem pública cria condições favoráveis ao “poder de execução das leis”, atribuindo ao Chefe de Estado competência regulamentar autónoma em matéria de polícia. A Constituição de 1946 atribuiu tal poder ao Presidente do Conselho e a Constituição de 1958 ao Primeiro-Ministro (art. 37.º) — e também ao Presidente, nos termos referidos. Já o Ministro do Interior, apesar de ser o comandante supremo do pessoal da polícia, não tem nenhum título que lhe permita tomar medidas de polícia com alcance nacional, salvo habilitação do Chefe de Estado ou do Governo. De entre os poderes de polícia do Primeiro-Ministro evidencia-se o de emitir regulamentos de polícia com vista à manutenção da ordem pública em todo o território nacional.

No que respeita à *administração estadual periférica*, são de salientar as importantes competências que os prefeitos exercem, em sede de polícia administrativa geral, dentro dos limites territoriais do departamento — embora tais competências sejam hoje partilhadas com as dos presidentes dos conselhos regionais, os quais dispõem de poderes de polícia relativos à *gestão* do domínio departamental desde a lei de 2 de Março de 1985, concretamente do seu art. 25.º. O prefeito exerce os poderes de polícia em nome do Estado: para além de o pessoal da polícia do Estado ao serviço no departamento estar colocado sob o seu poder hierárquico, ele pode, enquanto *autoridade de polícia administrativa*, tomar as medidas de carácter regulamentar ou concreto que se mostrem necessárias à manutenção da ordem pública no departamento, isto é, com vista à preservação ou ao restabelecimento da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas, bem como da moralidade pública. A base legal para tal competência repousa, historicamente, no art. 2.º, secção 3, da primeira lei sobre a organização dos departamentos (a Lei de 22 de Dezembro de 1789 – 8 de Janeiro de 1790) e, actualmente, no art. 34.º da Lei de 2 de Março de 1982. O prefeito tem ainda poderes de substituição em relação ao *maire*, quando se demonstre a falta de acção deste último depois de ter sido intimado a agir. Nalguns departamentos o prefeito é assistido por um *prefeito delegado* para a polícia, de acordo com o disposto no art. L. 2215-1 do *Code général des collectivités locales* (CGCL). O prefeito assume ainda importantes poderes no âmbito das *polícias especiais*, nomeadamente com algumas relacionadas com a protecção do ambiente: é o que se passa com a *polícia das instalações classificadas para protecção do ambiente*.

No âmbito municipal ou comunal, por último, destaca-se a figura do presidente da câmara (do *maire*) o qual,

tipo de actividade dos particulares, desde que a ordem pública seja posta em perigo. Mas esta coexiste com as diversas *polícias especiais* cujas especificidades resultam da *autoridade competente* (existem determinados âmbitos para os quais são criadas autoridades responsáveis pelo seu controlo e fiscalização; por exemplo a polícia da caça ou a polícia das estações de caminho de ferro e dos aeródromos), do *objecto* sobre o qual incidem (diferente da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas), do *tipo de actividade* em causa (jogo, caça, pesca, etc.), dos *lugares, edifícios* ou *instalações* em relação aos quais se tomam as medidas pertinentes (sítios protegidos, monumentos históricos, edifícios que ameacem ruína, instalações classificadas, etc.), a uma determinada *categoria de administrados* (por exemplo a polícia dos estrangeiros), ao *tipo de procedimentos* a que o seu exercício está sujeito (é o que acontece com a polícia das instalações classificadas, devido ao seu carácter perigoso, incómodo, insalubre ou prejudicial) ou à sua *finalidade* específica (veja-se o que se passa com a polícia da publicidade)⁸⁶.

As competências das polícias especiais são definidas por textos normativos específicos os quais têm disposições mais precisas do que os diplomas que definem as competências das autoridades de polícia administrativa geral. De salientar ainda que as autoridades de polícia administrativa geral podem aparecer providas de poderes de *polícia administrativa especial*, podendo também actuar como tal autoridades administrativas com competências genéricas mas desprovidas de poderes de polícia administrativa — por exemplo os ministros.

A ampliação dos fins estaduais, verificada ao longo da maior parte do século xx, repercutiu-se sobre a questão das polícias especiais: ao passo que num Estado abstencionista a polícia se limitava a uma polícia de segurança, com a ampliação dos fins estaduais generalizaram-se as referências às polícias especiais (mineira, florestal, de águas, etc.) e a própria “polícia geral” converte-se em mais uma polícia especial — a polícia de segurança. O que,

sob o controlo administrativo do prefeito, é a autoridade responsável pelo poder de polícia administrativa geral na comuna — poder esse subdividido na polícia municipal propriamente dita e na polícia rural. Se bem que a polícia municipal pertença apenas ao *maire* (embora, como vimos, o prefeito disponha de poderes de substituição e tenha ainda competência para aprovar os arrêts do maire), em muitas comunas, de acordo com o previsto no art. 2214-1 CGCT, a polícia foi estatizada, seja em geral, seja no que especificamente respeita à polícia da tranquilidade.

Em face da multiplicidade de autoridades administrativas com poderes de polícia podem surgir problemas de concurso ou concorrência entre elas, seja entre as polícias gerais (devido à distribuição geográfica de poderes de conteúdo idêntico), seja entre a polícia geral e as polícias especiais (embora aqui a lei resolva muitas vezes o problema, suprimindo todas as referências à polícia geral quando cria a polícia especial), seja, por último, entre as diversas polícias especiais (devendo evitar-se qualquer tipo de substituição, por forma a que cada polícia especial seja exercida de acordo com a finalidade e os procedimentos que lhe são próprios). Morand-Deville, em todo o caso, considera que os problemas suscitados a propósito do *ordenamento das competências* das autoridades policiais, mais do que de concorrência, devem ser vistos como questões de *complementaridade* em que diversas autoridades e medidas concorrem para a manutenção da ordem pública: cfr. MORAND-DEVILLER, *Cours...*, cit., p. 561.

⁸⁶ Tivemos a preocupação de apresentar um número significativo de critérios propostos pela doutrina francesa para a definição das polícias especiais, com a consciência de que tais critérios por vezes se cruzam e sobrepõem. Seguimos as propostas doutrinárias de RENÉ CHAPUS (*Droit Administratif...*, cit., pp. 661-665), MORAND-DEVILLER (*Cours...*, cit., pp. 559-564), LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET (*Traité*, Tome I, cit., p. 794) e GEORGES VEDEL/PIERRE DEVOLVÉ (*Droit Administratif*, cit., p. 682 e seg.). Em relação a estes últimos, cfr. as definições propostas de polícia administrativa geral e de polícias administrativas especiais (p. 684): a primeira traduz-se no “conjunto das actividades que têm por objecto a publicação de regras gerais e a prática de medidas individuais necessárias à manutenção da ordem pública, vale dizer, da segurança, da tranquilidade e da salubridade”, ao passo que as segundas são “aquelas que se diferenciam da polícia administrativa geral, seja pelo seu regime particular, seja porque permitem intervir em matérias diferentes da segurança, da tranquilidade e da salubridade”.

pelo menos em determinadas ordens jurídicas, teve também a ver com o fortalecimento contínuo do conceito de ordem pública, tudo confluindo para um “emprego dos meios da polícia para conseguir finalidades que nada têm a ver com ela” (relações laborais, arrendamento, etc.), em face do “robustecimento dos ingredientes clássicos da ordem pública”⁸⁷.

Esta distinção é fundamental para os propósitos da dissertação uma vez que, ao nível da *tutela jurídica do ambiente*, revelam-se as *insuficiências da polícia administrativa geral* para a ordenação e protecção deste valor fundamental e, como tal, a necessidade de criação de polícias especiais, com o exemplo francês da polícia das instalações classificadas para a protecção do ambiente⁸⁸. Esta situação é também visível na Alemanha onde foram sendo assinaladas as insuficiências das cláusulas gerais do direito de polícia para prover à tutela jurídico-administrativa do ambiente: antes ou independentemente do reforço dos alicerces desta tutela, o crescimento das leis sobre os diversos domínios específicos da actividade de defesa de perigos — no fundo, as leis sobre os diversos ramos do direito administrativo especial, com previsão de correlativas competências de autoridades administrativas — tinha conduzido à atribuição de um carácter meramente subsidiário à “cláusula geral do direito de polícia”, pois só no caso de não se encontrar uma norma de competência especial a prever uma medida ou um poder de intervenção é que essa medida ou a intervenção administrativa se podia basear na cláusula geral. É exactamente isso que sucede no direito do ambiente, onde a existência de inúmeras leis especiais — ainda que a principal delas, a *lei federal de protecção da atmosfera*, acabe por funcionar, na prática e como veremos, como verdadeira lei “geral” da protecção jurídica do ambiente — a regularem actividades humanas susceptíveis de pôr em perigo as “bases naturais da vida” afasta a aplicabilidade da cláusula geral do direito de polícia, tendo por base o *princípio da especialidade*, embora a doutrina exija, para que tal afastamento se verifique, que a lei especial contenha *regulamentações completas* ou “fechadas”⁸⁹.

A este propósito não deixa de ser peculiar salientar uma outra realidade⁹⁰: nos âmbitos especiais da defesa de perigos levada a cabo por autoridades administrativas de ordenação existem leis especiais que, ao dirigirem a acção administrativa através de normas-fim ou normas-tarefa recorrem muitas vezes, elas próprias, na regulação das competências

⁸⁷ Cfr. GARRIDO FALLA, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, cit., p. 18 e p. 20. Estas alterações levam também a modificações no conteúdo das medidas de polícia: ao passo que a polícia tradicional consistia essencialmente em limitações negativas (proibições, exigências de autorização prévia) desde meados do século XX passou a haver medidas de intervencionismo que implicam obrigações positivas de fazer para o particular (p. ex. cultivo forçoso). De notar que, num outro trabalho (“Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, Año X (1959), n.º 28, pp. 11-50 — pp. 14-16), GARRIDO FALLA salienta que a finalidade de manutenção da ordem é estreita para explicar o conjunto global da actividade policial do Estado de meados do século XX. O poder de polícia é a manifestação mais típica e imediata da situação administrativa de supremacia, entroncando o seu próprio fundamento num princípio geral de direito administrativo, que não necessita de fundamento legal expresso: o do dever genérico dos cidadãos de não perturbarem a ordem, sendo neste âmbito que devem ser compreendidos os limites intrínsecos dos direitos de liberdade e de propriedade.

⁸⁸ Por todos, cfr. INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'Environnement*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 171 e segs.; e MICHEL PRIEUR, *Droit de l'Environnement*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, pp. 487-510.

⁸⁹ Cfr. R. WAHL, “Erlaubnis”, in: OTTO KIMMINICH/HEINRICH FREIHERR VON LERSNER/PETER-CHRISTOPH STORM (Hrsg), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, 1994, I. Band, pp. 528-542 (p. 533).

⁹⁰ Posta em evidência por FRANZ-LUDWIG KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 226.

dessas autoridades, a *cláusulas gerais* vigentes em tais domínios. É isso que se verifica, por exemplo, com o § 17 da BImSchG, em especial com o seu n.º 1, o qual atribui às autoridades competentes o *poder* de tomar decisões (as quais, como veremos, se devem configurar como *modos posteriores*) após a outorga da autorização, decisões essas com as quais se pretende obter o “cumprimento das obrigações resultantes desta lei ou dos regulamentos emitidos com base nesta lei”.

Um outro aspecto típico da actividade de polícia nos países integrados no sistema de administração executiva é constituído pelas grandes margens de discricionariedade decisória atribuídas às respectivas autoridades, no desenvolvimento das suas tarefas preventivas de manutenção da ordem pública ou da defesa de perigos. Em função da própria definição fluída e pouco precisa das finalidades que as autoridades de polícia visam satisfazer e dos bens jurídicos policiais — mesmo a concretização, em França, da ordem pública através da segurança, tranquilidade e salubridade públicas não deixa de se continuar a mover no âmbito de conceitos bastante imprecisos — surge como natural o reconhecimento de um conteúdo altamente discricionário à actividade administrativa policial.

O exemplo alemão é, a este respeito, paradigmático devido à consagração nas leis federais e estaduais deste país das chamadas “cláusulas gerais” do direito da polícia e, mais tarde, do direito de ordenação. Nas leis que prevêm as competências e poderes das respectivas autoridades esta cláusula geral constitui uma base jurídica para a intervenção policial (ou administrativa, se nos reportarmos à cláusula geral do direito de ordenação), permitindo às autoridades actuar em todos os casos onde existam perigos ou perturbações da segurança e da ordem públicas *sem necessidade de uma base legal específica*, isto é, de uma previsão particular dos poderes para actuarem perante situações desse tipo — concedendo, desta forma, uma *ampla discricionariedade* às autoridades administrativas⁹¹.

O exemplo paradigmático tradicional da consagração genérica de uma cláusula geral do direito de polícia é-nos fornecido pelo n.º 1 do § 14 da lei da administração da polícia da Prússia (*Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz*, de 1.6.1931)⁹². Hoje em dia, em face da competência legislativa dos Estados em relação à *defesa de perigos* (decorrente do art. 70.º da GG), as cláusulas gerais do direito de polícia e de ordenação encontram-se sobretudo em leis estaduais, que atribuem poderes às autoridades administrativas com competências nessas sedes. O que não invalida, em todo o caso, a sua previsão também em leis federais. É isso que se passa, concretamente, no n.º 1 do § 14 *Bundespolizeigesetz*, que dispõe: “A polícia federal pode tomar as medidas necessárias para cumprimento das suas tarefas previstas nos §§ 1 a 7 e para evitar um perigo, na medida em que esta lei não determine em termos especiais as competências da polícia federal”.

⁹¹ Expressamente neste sentido, referindo-se à cláusula geral do direito de polícia como o “exemplo mais importante” das situações em que a lei concede discricionariedade às autoridades administrativas, cfr. HANS-UWE ERICHSEN, “Das Verwaltungshandeln”, in: HANS-UWE ERICHSEN/WOLFGANG MARTENS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 179-422 (p. 186).

⁹² Norma que teve as suas raízes no já citado § 10 II 17 da ALR (codificação levada a cabo por Frederico-o-Grande e Frederico Guilherme II, datada de 1794, a qual reunia mais de 19.000 preceitos sobre os mais variados ramos do direito). Nos termos do preceito da lei da administração da polícia da Prússia referido no texto, as autoridades policiais tinham, no âmbito das leis vigentes, o poder discricionário de tomar as medidas necessárias à protecção da colectividade ou dos indivíduos relativamente aos perigos que ameaçassem a segurança ou a ordem pública.

Nas leis gerais da polícia ou de ordenação de todos os Estados federados e cidades hanseáticas alemãs encontramos disposições análogas, a preverem esses poderes genéricos das autoridades administrativas policiais (em sentido amplo) ou de ordenação para a defesa dos perigos que ameacem a segurança e a ordem públicas, isto é, as referidas cláusulas gerais do direito de polícia⁹³. Todas elas encarregam a polícia das tarefas de defesa de perigos para a manutenção da segurança ou da ordem públicas que afectem potencialmente a comunidade (o interesse público, a generalidade dos cidadãos) ou os indivíduos, dando às autoridades em apreço o poder de tomar as medidas que, de acordo com o seu poder discricionário a exercer nos termos do direito aplicável, lhes pareçam necessárias para o desempenho das tarefas que lhe são atribuídas. Em regra, o recurso a estas cláusulas gerais pode ser feito apenas no caso de não haver uma competência atribuída por preceitos jurídicos legais ou regulamentares especiais e desde que não haja determinação ou regulamentação legal expressa ou específica em contrário. Em suma, uma atribuição “residual” de poderes discricionários às autoridades administrativas de polícia ou de ordenação para proverem a ameaças à segurança ou à ordem públicas, tanto em nome da defesa do interesse público como do dos indivíduos.

Saliente-se, em todo o caso, que esta cláusula geral do direito de polícia não afasta a necessidade de existência de um *perigo* num *caso concreto*: só perante um perigo concreto para a segurança ou a ordem públicas (admitindo-se também a sua invocação no caso de já se ter dado uma sua perturbação) é que os poderes assim conferidos poderão ser exercitados.

Uma outra questão do direito e da actividade administrativa de polícia a que a lei, a doutrina e a prática administrativa foram dedicando atenção ao longo da evolução daqueles, tem a ver com a sua dimensão formal ou, mais correctamente, com as *formas de acção*

⁹³ Na nossa investigação analisámos as seguintes leis, todas elas com preceitos bastante próximos no que toca à consagração das cláusulas gerais do direito de polícia ou de ordenação: em Baden-Württemberg, a lei da polícia estadual (BWPolG, acrónimo para Baden-Würtemberger Polizeigesetz), especialmente os seus §§ 1 e 3; na Baviera, o n.º 1 do § 11 da *BayPG* (Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei, normalmente conhecida por Bayern Polizeiaufgabengesetz, isto é, lei das tarefas da polícia bávara); em Berlim, o n.º 1 do § 17 da BerlASOG (Berlin Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz, ou seja, lei geral da ordenação e da segurança de Berlim); o § 13 da lei da administração de ordenação de Brandenburgo (BbgOBG, sigla para Brandenburgisches Ordnungsbehördengesetz) e também os n.ºs 1 e 2 do § 10 da lei da polícia deste Estado (Brandenburgisches Polizeigesetz — BbgPolG); em Bremen, o n.º 1 do § 10 da lei de polícia estadual (BremPolG, sigla de Bremisches Polizeigesetz, por sua vez designação simplificada para Freie Hansestadt Bremen Polizeigesetz); na cidade hanseática de Hamburgo o n.º 1 do § 3 da HHSOG (Freie und Hansestadt Hamburg Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung); em Hessen o § 11 da HeSOG, acrónimo para Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung); o § 13 da lei sobre a segurança e ordem públicas de Mecklenburg-Vorpommern (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern, conhecida pelo acrónimo MVSOG); o § 11 da lei sobre a segurança e ordem públicas da Baixa Saxónia (NdsSOG: Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung); o § 8 da lei da polícia de Nordrhein-Westfalen (NRWPolG — Nordrhein-Westfalen Polizeigesetz); o § 9 da lei da organização da polícia do Estado de Renânia-Palatinado (RPPOG - Rheinland-Pfalz Polizeiorganisationsgesetz); no Sarre é relevante o § 8 da respectiva Lei de Polícia (SPolG — Saarland Polizeigesetz); o n.º 1 do § 3 da lei da polícia da Saxónia (SächsPolG: Sachsen Polizeigesetz); o § 13 da lei sobre a segurança e ordem públicas do Estado da Saxónia-Anhalt (SOGLSA — Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt); o § 174 da lei geral da administração estadual do Estado de Schleswig-Holstein (SHLVwG: Schleswig-Holstein Landesverwaltungsgesetz); na Turíngia, por último, existem duas leis a este propósito pertinentes: a lei das autoridades de ordenação da Turíngia (Thüringen Ordnungsbehördengesetz — ThürOBG), com relevância particular para o seu § 5; e a lei das tarefas da polícia do mesmo Estado (Thüringen Polizeiaufgabengesetz — ThürPAG), onde se destaca o seu § 12.

do direito de polícia. Em termos breves diremos desde já que há uma grande sintonia entre as ordens jurídicas europeias continentais que têm merecido até agora a nossa atenção — o mesmo se verificando em Portugal, como veremos —, traduzindo-se estas formas de acção, por um lado, na emissão de regulamentos e, por outro, ao nível concreto, tanto na prática de actos administrativos como na realização de actividades materiais.

O que se afigura como normal, face à enorme abrangência da actividade de polícia, na sua designação tradicional, e da sua quase coincidência com o exercício da actividade administrativa. Na Alemanha, a tarefa ou actividade da defesa de perigos levada a cabo pelas autoridades policiais realiza-se assim em todas as formas de acção administrativa, salientando-se o relevo dos instrumentos *regulamentares*: os regulamentos administrativos de polícia ou de ordenação contêm ordens ou proibições dirigidas a um número indeterminado de casos e a um número indeterminado de sujeitos ou contêm outro tipo de densificações dos regimes legais com eficácia geral e abstracta. Quanto aos *actos administrativos típicos* destacam-se as autorizações, as ordens, as proibições e actos análogos de conteúdo ablativo que reflectem a autoridade própria da Administração — para além de, mais tarde, se terem vindo a evidenciar procedimentos de registo, declaração e notificação⁹⁴.

Também em França, dentro da actividade administrativa destinada a garantir a manutenção da ordem pública, os actos unilaterais externos da Administração — regulamento e acto administrativo — são considerados, sem tergiversações, como os que assumem o protagonismo de entre as diversas formas de acção administrativa policial⁹⁵. O que se compreende, sobretudo se articularmos esta circunstância com o facto de a actividade administrativa de polícia ou de ordenação ser a forma mais típica da administração de intervenção ou de autoridade, onde se reflectem fortemente as características que vimos definirem o sistema de administração executiva, continental ou francês.

Esta actuação administrativa passa então, desde logo, pela edição de normas jurídicas: tratando-se de uma actividade *de regulamentação* e não *de prestação*, a elaboração de *regulamentos administrativos* que disciplinem a actividade dos particulares por forma a que dela não resultem perturbações ou danos da ordem pública surge como primeiro momento lógico do desempenho das tarefas policiais⁹⁶. De acordo com a doutrina, sendo a noção

⁹⁴ Como resulta dos pressupostos da nossa dissertação, a figura da *autorização administrativa* assume protagonismo único nas matérias relacionadas com estes domínios, nomeadamente ao nível do direito do ambiente: cfr., desde já, FRANZ-LUDWIG KNEMEYER (*Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., p. 35), Autor que destaca a autorização como forma de acção típica das matérias do *direito de protecção das imissões* e do *direito atómico*, autonomizadas do direito da actividade económica; VOLKMAR GÖTZ, pelo seu lado, salienta o escasso relevo hodierno do direito *geral* de polícia e de ordenação e a grande importância dos direitos de ordenação especiais na conformação dos actos autorizativos praticados nesta sede (cfr. *Allgemeines Polizeirecht...*, cit., pp. 228-233). A centralidade da autorização administrativa em sede do direito ambiental será objecto específico da Secção III do Capítulo III desta Parte I da nossa dissertação.

⁹⁵ LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET consideram mesmo que a acção da polícia administrativa reveste *sempre* a forma de prescrições unilaterais, salientando que as noções de *polícia* e de *contrato* se excluem mutuamente, não podendo o poder de polícia ser concedido a um particular, nem a Administração renunciar a tais poderes, nem tão-pouco ser utilizado para sancionar a inexecução de um contrato: cfr. *Traité*, Tome I, cit., p. 793.

⁹⁶ Apesar de algumas vozes discordantes, nomeadamente na doutrina espanhola: MONCADA LORENZO, ao analisar o conceito e a técnica jurídica da polícia administrativa (cfr. "Significado y técnica jurídica de la Policía Administrativa", cit., pp. 94-105) — definido-a como "a actividade administrativa de limitação, que subordina o exercício dos direitos individuais e o desenvolvimento das relações jurídicas à intervenção singular e transitória sobre eles de um elemento

de regulamentação muito ampla, ela deve ser equiparada, na maior parte dos casos, à de *organização* da actividade dos particulares⁹⁷.

Em face da sua abrangência, a edição de normas jurídicas administrativas gerais e abstractas pode ter um conteúdo bastante diversificado, exprimindo-se através da *interdição* (a qual, em princípio, não deverá ser nunca absoluta, reportando-se a certos locais, momentos ou dimensões de uma actividade do particular), da exigência de *autorização prévia* (a actuação do particular só é permitida, em concreto, depois de obtida a competente autorização) ou de *declaração prévia* (acções dos particulares aos quais a Administração, em princípio, não se poderá opor mas tendo de ser necessariamente informada da sua realização)⁹⁸.

Para além da regulamentação, a prática e execução de actos concretos e individuais (actos administrativos) revela-se indispensável para a realização das finalidades de manutenção de ordem pública ínsitas à actuação administrativa de polícia. Não basta a edição de normas jurídicas, é preciso a sua concretização nos múltiplos e extremamente díspares casos da vida em que se impõe a verificação concreta dos requisitos e dos limites em que os comportamentos dos particulares se podem desenvolver sem pôr em perigo a ordem pública de que depende o normal desenvolvimento da vida social e económica.

Estes actos individuais serão, em regra, uma concretização ou aplicação dos regimes gerais e abstractos contidos nas leis e nos regulamentos administrativos, embora em casos excepcionais (nomeadamente em que se verifique uma situação de estado de sítio ou de estado de urgência) se possa admitir a prática de actos válidos que não encontrem um suporte directo na regulamentação anterior.

A doutrina francesa foi muito incisiva a demonstrar como as medidas postas em prática pelas autoridades administrativas para consecução das finalidades de manutenção da ordem pública têm, em regra, um efeito fortemente intrusivo na esfera jurídica dos particulares, implicando muitas vezes compressões e limitações das “liberdades” — sobretudo públicas — dos cidadãos-administrados. Existe aqui, desta forma, um conflito entre as necessidades da acção administrativa tendente à defesa e prossecução do interesse público e o respeito (no mínimo) pelo núcleo fundamental das liberdades individuais, isto é, um *conflito autoridade/liberdade*.

de controlo administrativo para verificar a sua adequação às exigências do interesse público” — aborda a questão em termos críticos: por se tratar de uma *actividade administrativa* exclui as intervenções estaduais por via geral (tanto as leis como os próprios regulamentos pois, apesar de o Estado cumprir por esta via fins de controlo administrativo, ou seja, fins de polícia, não está aqui, sendo MONCADA LORENZO, a operar com a *técnica específica* da polícia, que para ele pressupõe uma actuação singular e concreta da Administração); uma vez que é uma actividade de *limitação* existe uma “revisão administrativa prévia” da gestão individual para verificar a adequação da conduta do particular às normas gerais, aparecendo aqui como expoente máximo a *autorização policial* (condutas originariamente livres ficam subordinadas à revisão administrativa prévia); a actividade de polícia *subordina o exercício de direitos individuais e o desenvolvimento das relações jurídicas*, tratando-se assim de uma actividade condicionante (mesmo o registo obrigatório em organismos públicos de actos jurídicos individuais não deixa de ser considerado actividade de polícia). A técnica de polícia pressupõe sempre uma *intervenção singular e transitória*, revelando também aqui o pensamento de MONCADA LORENZO algumas especificidades, ao considerar como actividades de polícia apenas as que se concretizam em intervenções *ex ante*, uma vez que a relação se consuma assim que esteja iniciada, cessando a actividade administrativa quando o particular adquire legitimidade para a prossecução de uma dada acção.

⁹⁷ Cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité*, Tome I, cit., p. 789.

⁹⁸ Sobre esta gradação da regulamentação administrativa de comportamentos dos particulares, cfr. GEORGES VEDEL/PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, cit., pp. 713-716.

Na tentativa de procurar definir a ponderação entre estes valores muitas vezes em contradição, a jurisprudência do Conselho de Estado — como é regra, quase sem excepções, nos aspectos mais controvertidos do direito administrativo francês — assume papel de protagonismo, com extensa jurisprudência na matéria. E se tal jurisprudência, por um lado, admite historicamente poderes muito amplos de polícia administrativa, por outro a “liberdade” é assegurada através de um controlo jurisdicional bastante intenso e extenso do exercício dos poderes de polícia, precisamente por ele poder representar um atentado às liberdades dos cidadãos⁹⁹.

Para além da grande importância que assume, neste âmbito, o respeito pelos princípios da *proporcionalidade* e da *necessidade*, bem como da *adaptação* às especificidades de protecção da ordem pública — o que se compreende e justifica, na medida em que as medidas de polícia restringem o exercício das liberdades dos cidadãos —, o controlo exercido pelo juiz administrativo passa pela fiscalização do *fin* ou da *finalidade de polícia*, que conduz à anulação de todos os actos praticados com *desvio do poder*, isto é, que visem a prossecução de um fim diferente do legalmente previsto — no que à polícia administrativa geral concerne, que sejam praticados em homenagem a uma finalidade diferente da segurança, da tranquilidade ou da salubridade públicas, devendo no controlo verificar-se se as circunstâncias de facto revelam uma ameaça real de perturbação ou desordem¹⁰⁰.

Ao controlo da legalidade dos fins e dos pressupostos das medidas de polícia acresce o controlo dos *meios* utilizados pela Administração para prevenir a verificação de uma perturbação da ordem pública ou para restabelecer a ordem ameaçada, sendo sobretudo aqui que relevam as vinculações resultantes do princípio da proporcionalidade e da adequação¹⁰¹. A acrescer aos aspectos específicos desta forma de actuação administrativa, em que o controlo do juiz assume uma especial intensidade, é ainda de mencionar o óbvio controlo das *regras gerais da legalidade*, nomeadamente das relativas à competência do órgão¹⁰².

⁹⁹ Cfr. YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, cit., p. 311 e seg. O Autor salienta a importância da jurisprudência (sobretudo do Conselho de Estado) na busca do compromisso mencionado, nomeadamente a propósito de recursos por excesso de poder intentados pelos administrados contra as medidas administrativas de polícia local e às acções propostas contra particulares que infringem regulamentos de polícia. No mesmo sentido, LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité*, Tome I, cit., p. 799 e seg.

¹⁰⁰ Neste âmbito, revela-se de particular interesse a análise das razões de facto e de direito que justificaram a decisão — ou seja, a indicação sobre os *pressupostos* do acto administrativo, correspondente à sua *justificação*. Não está em causa aquilo que a doutrina jurídico-administrativa apelida, entre nós, de *motivos*, pois estes têm a ver com as razões ou com os interesses que levam a Administração a dar um *conteúdo* determinado ao acto, quando ela actue no exercício de poderes discricionários, mas sim os pressupostos de facto e de direito do acto administrativo que têm a ver com o seu *fin*. Sobre esta distinção, entre nós, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Coimbra no ano de 1977/78*, Coimbra, 1978, p. 302 e seg. e 305 e seg.

¹⁰¹ Vejam-se por exemplo as situações apresentadas por YVES GAUDEMET (*Droit Administratif*, cit., p. 313 e seg.) a este propósito: quando as autoridades tenham a possibilidade de interditar o exercício de uma actividade (nos termos da lei, depreende-se) não a podem submeter nem a um regime de autorização prévia, nem de declaração prévia; a jurisprudência mostra hostilidade em relação a interdições demasiado gerais e absolutas; a latitude dos poderes de polícia varia em função do carácter da actividade privada (simples faculdade ou liberdade) e dos lugares onde a medida de polícia se deva aplicar; a gravidade da medida de polícia deve ser adaptada à ameaça de perturbação.

¹⁰² Os problemas do controlo jurisdicional são menores no âmbito do exercício das polícias especiais uma vez que as leis e regulamentos que prevêm as competências e disciplinam a actuação dos órgãos em questão são,

O direito italiano deve ser objecto de uma nota mais atenta no que toca à actuação administrativa concreta, sendo aqui estudado o papel dos *provvedimenti* de polícia — actos com um valor formal próprio equivalente ao dos actos administrativos do nosso direito pátrio — entre os quais se destacam, sem qualquer espécie de dúvida, as *autorizzazioni de polizia* e as *ordens*.

No que às autorizações de polícia se refere, será necessário recuar um pouco, em termos lógicos, para se compreender o enquadramento da figura: apesar de as normas legais que criam as obrigações e os deveres de polícia estabelecerem, nalguns casos, limitações absolutas (isto é, sem possibilidade de derrogação), na maior parte das situações a mesma norma que impõe uma limitação faculta simultaneamente à autoridade administrativa a possibilidade de a remover sob as condições nela previstas e em atenção às circunstâncias do caso concreto. É esta a razão de ser do acto autorizativo policial, pelo menos na sua configuração clássica: a remoção de limites ou proibições estabelecidas por lei ao exercício de direitos ou actividades dos particulares¹⁰³.

Para além deste enquadramento, a doutrina assinala comumente¹⁰⁴ o facto de as *autorizzazioni de polizia*, em consonância com o seu carácter preventivo, serem actos pessoais — uma vez que relevam, na sua outorga, os atributos, as qualidades e as condições pessoais do requerente, tanto em termos dos requisitos gerais das autorizações, como dos particulares, em função do tipo de autorização que se requeira por forma a prevenir a ocorrência de perigos ou danos para os interesses em jogo¹⁰⁵. O facto de serem pessoais tem importância no seu regime, aludindo-se em regra ao facto de elas serem pessoais e intransmissíveis, só excepcionalmente se admitindo o exercício da actividade autorizada por um representante. Naturalmente que o cumprimento destes requisitos subjectivos acrescia a outros que têm a ver com razões inerentes à função de polícia propriamente dita, nomeadamente, na perspectiva clássica, a tutela da ordem pública, da integridade pública, da fé pública e dos bons costumes.

É comum fazer-se uma classificação das autorizações de polícia distinguindo entre as *licenze de polizia* — em relação às quais o espaço de apreciação discricionária da autori-

por via de regra, mais precisos e pormenorizados — o que conduz a que, na prática, sejam reconhecidos à polícia administrativa geral poderes mais reduzidos do que às polícias especiais: neste sentido, cfr. GEORGES VEDEL/PIERRE DEVOLÉ, *Droit Administratif*, cit., p. 700 e seg.

¹⁰³ Cfr. ZANOBINI, *Corso...*, vol. V, cit., p. 83 e seg.

¹⁰⁴ Sobre as autorizações de polícia cfr., entre outros, ZANOBINI, *Corso...*, vol. V, cit., pp. 83-86; DI RAIMONDO, *Diritto di Polizia*, cit., pp. 45-49; ALDO SANDULLI, *Manuale...*, 2., cit., p. 985 e seg.; GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, Giuffrè Editore, Milano, Terzaedizione, 1993, p. 636; VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. IV, cit., p. 324 e seg. Cfr. ainda o comentário jurisprudencial a um aresto do Tribunal Constitucional italiano de PIERLUIGI SORRENTINO, "Brevi note sulla natura giuridica delle autorizzazioni di polizia al porto d' armi", *Riv. amm.*, fasc. 2/3, vol. 145 (1994), pp. 298-301.

¹⁰⁵ De acordo com os artigos 11.º e 12.º do "Texto único" sobre segurança pública (Decreto Régio n.º 773/1931, de 18 de Junho) a autorização de polícia não podia ser concedida, em Itália, a quem já tivesse sido condenado a pena restritiva de liberdade superior a 3 anos ou a quem tivesse sido sujeito a admoestação ou a medida de segurança ou sido declarado delinquento habitual, profissional ou por tendência. Ainda de acordo com aquelas normas, outros tipos de condenações não tinham por efeito directo e necessário o indeferimento do pedido de autorização, mas podiam ser motivo da sua recusa. Também o analfabetismo relevava como motivo de recusa, pois exigia-se que o requerente soubesse ler e escrever. O mesmo diploma fixava, nas suas disposições especiais, os requisitos particulares a propósito das autorizações singulares.

dade outorgante é maior, se comparado com as autorizações em geral; as *aprovações*, que têm um carácter sucessivo, reconhecendo a regularidade e legalidade de um acto anterior já praticado ou em vias de o ser; e das próprias *inscrições em registos* especiais, com funções de certificação e habilitação, pelo menos nos casos em que a Administração disponha de um poder de apreciação discricionária na sua concessão (se tal não acontecer, o registo puro e simples será um mero facto jurídico)¹⁰⁶.

É de notar, como veremos com maior atenção no Cap. III desta Parte I, a opinião que conta com diversos defensores — colhendo também a nossa concordância — de acordo com a qual a estrutura destas “autorizações de polícia” não tem hoje particularidades suficientes que justifiquem a sua autonomização como uma categoria própria e específica, sendo muito próximas por exemplo das autorizações exigidas para o exercício de actividades comerciais ou de actividades industriais. Na verdade, não só por um lado o sujeito autorizado (no caso das autorizações para o exercício de actividades industriais, o “operador”) assume cada vez mais relevantes e decisivas obrigações perante a administração autorizante como, por outro, é verdade dizer-se que a autorização não é inerente ao seu titular mas ao exercício de uma actividade e ao seu relevo público, pelos quais o titular deve responder¹⁰⁷.

No que toca às *ordens de polícia*, elas permitem concretizar as interdições, proibições e deveres previstos na lei, nos regulamentos administrativos que as executam ou nos próprios actos administrativos que tem por base os comandos normativos, podendo ter um conteúdo positivo (os *comandos*) ou negativo (*proibições*). A sua eficácia é particularmente intrusiva dos direitos dos seus destinatários uma vez que, para além do efeito limitativo de tais direitos ou das situações jurídicas correspondentes, elas impõem uma prestação (de conteúdo positivo ou negativo) de forma coactiva, garantindo a sua própria efectividade através da previsão de sanções para o incumprimento, da execução oficiosa por conta do violador ou, em último caso, a execução directa através do recurso à força¹⁰⁸.

Para além da prática de actos administrativos não se podem esquecer, no âmbito da actuação administrativa de polícia, as actividades materiais e/ou jurídicas, que desempenham

¹⁰⁶ Por todos, cfr. DI RAIMONDO, *Diritto di Polizia*, cit., p. 47 e seg. — o qual apresenta como exemplo da licença policial, para além da autorização para abrir empresas de vigilância e para espectáculos ou representações cinematográficas ou teatrais, a licença de porte de arma a qual, para grande parte da doutrina, deve ser concebida como uma dispensa; e ZANOBINI, *Corso...*, vol. V, cit., p. 84. Apresentando uma série de exemplos de autorizações de polícia (entre as quais a autorização relativa a equipamentos militares, a armas de fogo, ao uso e porte de arma, a autorização para a prevenção de infortúnios e desastres relacionada com a utilização ou emprego de explosivos, fogo de artifício e gás tóxico, a autorização para o fabrico e comércio de matérias preciosas, para o exercício de vigilância privada, para a implantação de fábricas e depósitos de matérias insalubres ou perigosas, para a abertura de teatros, cinemas e locais de entretenimento público e, ainda, para a abertura de estabelecimentos hoteleiros), cfr. SANDULLI, *Manuale...*, 2., cit., p. 985 e seg.

¹⁰⁷ Em termos críticos em relação à posição muito difundida na doutrina, segundo a qual existiria entre os procedimentos autorizativos uma espécie própria denominada “autorização de polícia”, a qual se caracterizaria pelo carácter pessoal e intransmissível da autorização e seria reportada antes de mais a actividades privadas relacionadas com interesses públicos atinentes à polícia de segurança, dos costumes, à polícia sanitária e à polícia de comércio, cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 636 — o qual defende que a estrutura destas autorizações é a mesma da “licença de comércio”, nomeadamente no que se refere à individualização de um responsável perante a administração, o qual não pode transferir a outro a autorização, sendo necessária uma nova autorização no caso de se querer mudar o responsável.

¹⁰⁸ Neste sentido, cfr. DI RAIMONDO, *Diritto di Polizia*, cit., p. 43 e seg.

uma função instrumental em relação ao exercício formal dos poderes de polícia: em especial, as actividades de *vigilância*, *inspecção* e *fiscalização*, mas também o sancionamento dos actos ilícitos praticados, em violação das normas dirigidas à protecção dos bens policiais¹⁰⁹.

No que tange à doutrina espanhola de meados do século transacto — doutrina cuja evolução merecerá uma análise muito mais atenta, em face da sua relevância a propósito do tratamento mais recente dos instrumentos de ordenação e controlo — ela destacava, em sintonia com as suas homólogas alemã, francesa e italiana, como *técnicas* ou *meios da actividade de polícia a regulamentação*, a *autorização prévia*, as *ordens de polícia*, os poderes de *inspecção* e de aplicação de *sanções* e, ainda, as *proibições* e *suspensões* ocasionais de direitos em situações excepcionais. A ausência de particularidades significativas em relação ao tratamento do tema nas outras ordens jurídicas não justifica desenvolvimentos suplementares¹¹⁰.

Apurando a nossa investigação do ponto de vista terminológico é decisivo entrar no movimento dogmático que levou ao abandono, pelo menos tendencial, das expressões polícia, direito de polícia e actividade de polícia e à sua paulatina substituição pelos termos ordenação, direito de ordenação e actividade administrativa ordenadora. Desde meados do século transacto que se assistiu, nas ordens jurídicas europeias continentais, a um movimento designado na Alemanha por “despolicialização” (*Entpolizeilichung*): neste país, à imagem do que se passou um pouco por toda a Europa, desde o final da II Guerra Mundial que as tarefas *administrativas* da defesa de perigos foram sendo retiradas do conceito de polícia, limitando as funções desta última à execução (a *Vollzugspolizei* de que nos falam os autores alemães e que se consubstancia, no essencial, naquilo que poderemos designar como “polícia no terreno”¹¹¹), usando-se de forma comum o termo *direito de ordenação*

¹⁰⁹ Sobre o *controlo inspectivo* das empresas privadas — em especial daquelas sob direcção ou controlo público — como um dos poderes típicos exercido pela Administração, cfr. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Nuova Edizione, 1977, pp. 177-228, especialmente pp. 188-190. Para GIANNINI o controlo inspectivo consiste na verificação da observância de preceitos contidos em normas, actos administrativos gerais, regras práticas ou técnicas, regras procedimentais, etc. (cfr. p. 183).

¹¹⁰ O tratamento do tema no período assinalado (meados do século xx), pode ser visto em GARRIDO FALLA, “Los medios de la policía...”, cit., pp. 21-33. Depois de salientar que os *meios de polícia* — à imagem do que acontece com outros institutos do direito de polícia tradicional — são instrumentos que foram entretanto “absorvidos” pela teoria geral do direito administrativo, GARRIDO FALLA apresenta no elenco destes meios a *regulamentação de polícia* (com base numa lei formal, que depois é desenvolvida pela própria Administração, através do exercício dos seus *poderes regulamentares*, constituindo estes regulamentos, por sua vez, a base para os actos administrativos aqui utilizáveis, com destaque para os tipos que referiremos de imediato), as *autorizações* (actos típicos do Estado intervencionista, no qual a maioria dos direitos individuais são direitos condicionados adquirindo estes actos uma relevância especial no campo policial, uma vez que há muitos direitos cujo exercício depende de uma autorização de polícia, a qual vai remover obstáculos ao exercício de um direito que já estava no património jurídico do administrado), os *mandatos* e *proibições* (isto é, as *ordens*, que se traduzem em mandatos positivos e em proibições, mais frequentes neste âmbito) e a *coacção policial* (a acção executiva que em matéria de polícia administrativa se traduz numa actuação material agressiva e tem de se legitimar num acto administrativo prévio). A *sanção* é o meio repressivo que constitui um “meio de polícia administrativa de tratamento independente”, merecendo desta forma o estudo autónomo pelo Autor (pp. 34-50) — sendo de realçar os tipos de sanções administrativas que neste momento histórico podiam ser impostas pelas autoridades administrativas espanholas, a saber, a *multa*, a *prisão governativa* (correspondente à actual “detenção”, na medida em que “a competência policial nesta matéria se reduz a uma intervenção preventiva para assegurar a pessoa do transgressor”, cabendo o juízo definitivo na matéria aos tribunais de justiça) e outras medidas sancionatórias como o encerramento do estabelecimento, a suspensão de uma publicação, a admoestação, a publicitação do nome dos infractores, etc.

¹¹¹ VOLKMAR GÖTZ mostra como o conceito de polícia é hoje utilizado, em todo o lado, para designar a situação

("Ordnungsrecht") para aludir à primeira realidade¹¹². Também em termos organizatórios as administrações encarregadas de levar a cabo actividades de defesa de perigos ao nível da supervisão da actividade económica, da construção, dos géneros alimentares, da saúde, etc. passaram a ser, as mais das vezes, configuradas como administrações de ordenação ("Ordnungsverwaltung") — razão pela qual deixa de fazer sentido a referência à polícia da construção, da actividade económica, da saúde, etc.

Desta forma, desde 1945 que se distingue entre autoridades policiais propriamente ditas e autoridades de ordenação, ambas pré-ordenadas à tarefa da defesa de perigos: o direito de polícia limitou o seu âmbito e muitas tarefas que dantes eram configuradas como policiais são agora, antes de mais, "assuntos de ordenação" (por exemplo as que se referem à polícia urbanística, da saúde, da actividade económica, dos mantimentos, do asilo e das estradas) — o que não quer dizer que a polícia não abranja também estes domínios mas, em termos institucionais, apenas no que à *execução* se refere. Alguns autores tratam a questão de forma um pouco diferente, salientando que as autoridades de ordenação se distinguem das policiais não pelo que fazem mas sim pela forma *como* actuam, uma vez que as últimas só são competentes quando a defesa de perigos através de autoridades de ordenação não é possível ou não é possível atempada ou oportunamente: isto é, nos casos em que as autoridades de ordenação se encarregarem da defesa de perigos, a competência da polícia para esse fim termina¹¹³. Uma ou outra concepção conduzem a afirmar a *subsidiariedade* da intervenção policial, pois a actividade de defesa de perigos cabe em primeiro lugar às outras autoridades administrativas com competências neste âmbito.

No direito italiano usa-se, com um sentido muito amplo, a expressão *actividade ordenadora*, a qual terá sido "inventada" por Giannini¹¹⁴, termo que assume relevo decisivo no campo da actividade económica e à qual Giannini reconhece uma dupla finalidade: preparar uma regulação uniforme, harmonizando sistemas diversos de dados de referência das relações entre sujeitos; e permitir o conhecimento generalizado dos eventos, oferecendo dados certos a quem deve constituir e estabelecer relações (registos, documentos identificativos, etc.)¹¹⁵.

institucional real da "Vollzugspolizei", que se ocupa dos sectores da polícia de protecção, da polícia criminal, da polícia de prevenção e da polícia de protecção das águas bem como, ao nível federal, de protecção das fronteiras e da polícia criminal: cfr. *Allgemeines Polizei...*, cit., p. 14.

¹¹² Em termos próximos, cfr. SÉRVULO CORREIA ("Polícia", cit., p. 407, nota 40), segundo o qual o movimento legislativo de "despolicialização" levou a que deixassem "de considerar-se «de polícia» os poderes que, em termos teóricos, designados de *polícia administrativa especial*". Nos *Länder* onde se verificou tal movimento "o *nomen iuris* de *Polizei* ficou confinado à actividade e aos serviços de segurança". "Os serviços a que cabem tarefas de defesa de bens sociais contra perigos específicos receberam a designação genérica de *serviços de ordem (Ordnungsbehörden)*", actuando em "domínios tão diferentes como os da construção, minas, diques, agricultura, florestas, saúde, indústria, veterinária, alimentos, etc."

¹¹³ Cfr. CHRISTOPH GUSY, *Polizeirecht*, cit., p. 199 — que alude, neste âmbito, a um *direito da primeira intervenção* da polícia, pois só é competente quando a defesa de perigos não pode ser imediatamente levada a cabo pelas autoridades de ordenação ou não pode ser concretizada atempadamente.

¹¹⁴ Cfr. G. GUARINO, "Classi e gruppi nel pensiero di M. S. Giannini e nella realtà contemporânea", in: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, 1988, p. 376 e segs., defendendo que Giannini é "famoso como inventor de fórmulas, cada fórmula sendo dirigida a identificar um aspecto da realidade ainda não identificado pela doutrina. A invenção ds fórmulas é o sinal claro da sua capacidade de avisar as novidades, de perceber o seu alcance e de orientar a sistematização" (p. 377).

¹¹⁵ Cfr. VENCHI CARNEVALE, *Trattato di Diritto Amministrativo* (Diretto dal Prof. Giuseppe Santaniello), vol. XXIX,

Assim, nomeadamente em face da polissemia do conceito polícia e de alguns equívocos a que podia conduzir quando entendido no seu sentido amplo, a opção doutrinal passou a ser a da referência, no seu lugar, ao *direito*, à *actividade* e às *técnicas de ordenação* ou “de ordenação e intervenção”, “intervenção, ordenação ou limitação” ou, ainda, “de ordenação e controlo” das actividades dos particulares, procurando-se agora uma distinção mais rigorosa face aos outros tipos de actividade administrativa, distinção essa que foi sendo trabalhada de forma particularmente feliz pela doutrina espanhola.

Os alicerces da distinção continuam a ser encontrados nos já citados trabalhos de Jordana de Pozas¹¹⁶, onde foram consolidados os termos da diferenciação entre a *actividade de polícia* ou *de ordenação*, actividade de *serviço público* e actividade de *fomento* que ainda hoje é perfilhada pela doutrina do país vizinho¹¹⁷, ainda que com algumas precisões ou subclassificações — nomeadamente a propósito da actividade de polícia ou de ordenação, que deu origem a uma gama muito variada de intervenções administrativas com finalidades de ordenação, limitação e controlo das actividades privadas, que nem todos os autores incluem na citada categoria.

De qualquer forma, no período histórico a que agora nos reportamos (meados do século xx) existe uma voz ligeiramente dissonante: a de Villar Palasí, que considera a distinção entre as actividades administrativas de polícia, fomento e serviço público inadequada em face do enorme alargamento dos fins do Estado, do processo expansivo do sector público e da actividade administrativa desenvolvida no campo económico¹¹⁸. Como tal, propõe que se some aos três tipos de actividades tradicionais a da *gestão económica*, traduzida na prestação de bens ao mercado e na actuação directa da Administração Pública na produção¹¹⁹.

Centrando-nos na distinção levada a cabo pela doutrina mais recente, e por forma a compreendermos melhor o âmbito da actividade administrativa de ordenação, afigure-se-nos legítimo citar a obra de Sánchez Morón que, depois de mencionar a classificação efectuada pela doutrina espanhola tradicional em actividades de *polícia*, de *serviço público* e de *fomento*, considera que o primeiro tipo deu origem a uma gama muito variada de intervenções administrativas (nomeadamente devido ao intervencionismo administrativo no Estado social, que determinou que às acções de controlo se viessem juntar as de planificação e *ordenação* e, com os direitos de terceira geração, controlos administrativos para proteger

Tomo Primo, CEDAM, Padova, 1999, p. 89 e seg.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 37.

¹¹⁷ À medida que ia sendo também acolhida na própria legislação: a classificação tripartida das formas da actividade administrativa foi consagrada numa norma isolada do *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales* de 17 de Junho de 1955, que por sua vez foi positivada, mais recentemente, nos arts. 84.º e 85.º da *Ley de Bases de Régimen Local* de 1985.

¹¹⁸ Cfr. VILLAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, n.º 3, septiembre-diciembre 1950, pp. 53-129 (pp. 57-62).

¹¹⁹ Nomeadamente porque a noção de serviço público não serve para abranger a *actividade industrial* da Administração Pública, propondo igualmente a referência a um novo tipo de concessão, a *concessão industrial* e analisando ainda o embate do conceito de “estabelecimento público” em face da nova realidade (cfr. “La actividad industrial...”, cit., pp. 62-67). Para VILLAR PALASÍ o característico da actividade produtora da Administração é a prossecução de *fins públicos industriais*, com uma intenção conformadora da ordem social ou económica, aplicando-se os privilégios do *imperium público* à gestão de bens patrimoniais administrativos, até aí só disciplinados pelo direito privado.

bens colectivos¹²⁰). Essas actuações são presididas por finalidades de “regulação, limitação e controlo das actividades privadas”, levando o Autor a distinguir sistematicamente entre as acções tradicionalmente incluídas no catálogo da “polícia”, as actividades de *ordenação e controlo*, as que se consubstanciam em *sanções administrativas* e a intervenção administrativa sobre o direito de propriedade e outros direitos patrimoniais¹²¹.

A classificação proposta por Sánchez Morón ganha especial sentido ao ser integrada — sendo de realçar a clareza e o rigor da exposição — no movimento de liberalização económica, desregulação e “neoregulação” que se vive desde os anos oitenta do século passado¹²²: é que, se corresponde ao movimento da liberalização económica, em primeira instância, uma reacção política e jurídica desreguladora (com a eliminação de muitas normas jurídicas que impunham condições ou controlos administrativos prévios à livre iniciativa empresarial, conversão de actividades sujeitas a autorização em actuações subordinadas apenas a obrigações de comunicação ou declaração e controlos *a posteriori* da Administração e muitas outras modificações que levam à configuração do Estado actual como *Estado regulador*), a verdade é que a função principal deste Estado é a de *ordenar e controlar as actividades privadas para salvaguardar o bem comum*. Notando-se que o Estado não deixou de intervir na vida económica e social, fazendo-o no entanto de forma diferente: ao lado das formas de controlo tradicional (onde a autorização continua a jogar papel principal) surgem formas mais “flexíveis” e “subtis” (comunicações, avaliações, auditorias, etc.) que passam também pelo envolvimento dos sujeitos privados nas funções de controlo (autoregulação, monitorização, recurso a entidades privadas de certificação e controlo). A que acresce a criação de autoridades independentes de regulação e controlo da economia e a multiplicação dos próprios reguladores (além do Estado, também a União Europeia, diversas organizações internacionais e, no caso de Espanha, as autoridades regionais e locais).

No que respeita especificamente às *actividades de ordenação e controlo*, Sánchez Morón mostra como elas pretendem conciliar o respeito pela liberdade e pela iniciativa privada com as exigências do interesse geral sendo a sua finalidade principal, nos tempos actuais da “sociedade do risco”, a garantia da *segurança*, ao lado da *protecção de determinados bens colectivos*, entre os quais se contam o ambiente e a defesa do sistema económico e social¹²³.

Também Santamaría Pastor aborda a questão dos conteúdos típicos da actividade administrativa: tendo por pano de fundo a enorme *heterogeneidade* da actuação administrativa, em face da diversidade material das actividades levadas a cabo pela Administração Pública¹²⁴, salienta o grande êxito, já no século XX, da classificação dualista entre a actividade administrativa que tem por objecto a *intervenção, ordenação ou limitação* das actividades dos particulares e a actividade cuja função principal é *prestar serviços* de interesse

¹²⁰ Sobre esta fase de evolução da “actividade de polícia”, cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo — Parte General*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 619 e seg.

¹²¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 617-736.

¹²² Cfr. *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 620-622.

¹²³ Cfr. *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 622-624. Em relação ao ambiente, SÁNCHEZ MORÓN afirma que “uma parte cada vez mais extensa dos poderes deste tipo [ordenação e controlo das actividades privadas] que o ordenamento vigente prevê relaciona-se directa ou indirectamente com a tutela ambiental” (p. 623).

¹²⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Tercera edición, Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2002, pp. 247-251.

geral (correspondente, no direito francês tradicional, à diferença entre actividade de polícia e actividade de serviço público e, no direito alemão, entre administração de ordenação e administração de prestação). No que toca aos matizes desta classificação em Espanha fixa-se na classificação tripartida entre actividade de *polícia*, de *serviço público* e de *fomento*, salientando não ter havido ainda “uma alternativa teórica claramente melhor”, completando-a com a análise autónoma de outras duas manifestações típicas da acção pública, a *actividade sancionadora* e a *expropriatória*¹²⁵.

A singularidade da *actividade administrativa de ordenação* — a que nos interessa, convém recordá-lo! — reside no facto de existir um núcleo da actividade administrativa no qual a Administração Pública vai *submeter actividades privadas que possuem uma potencialidade lesiva para o interesse público a ordenação, planificação, organização, direcção, limitação, controlo ou orientação* — condicionamentos que visam evitar que elas produzam prejuízo para o interesse público¹²⁶. São de assinalar as muito válidas razões que Santamaría Pastor invoca para justificar a preferência pelo nome *actividade de ordenação* (com o qual “se examinam as diferentes técnicas de intervenção sobre a conduta dos cidadãos”) em detrimento do conceito de polícia: “perigo de contaminação semântica que resulta da utilização do conceito de polícia para englobar o que não é mais do que um conjunto inorgânico de actividades administrativas de limitação”¹²⁷.

Num sentido próximo, Ramón Parada não se afasta muito dos critérios e da classificação de Jordana de Pozas, partindo expressamente da obra deste último: para além da actividade de *fomento* ou *incentivadora*¹²⁸ e da *actividade de prestação* ou de *serviço público*¹²⁹, distingue a *actividade de limitação* ou de *polícia* como aquela que restringe a liberdade, os direitos ou a actividade dos particulares, abrangendo a própria planificação. Todavia, por considerar que a Administração espanhola foi investida em funções “de carácter judicial”, de tipo sancionatório e arbitral, que extravasam do conceito de actividade de limitação ou de polícia, separa do âmbito da tradicional actividade de polícia a *actividade administrativa*

¹²⁵ As quais, por essa razão, são objecto de tratamento autónomo por parte do Autor, respectivamente nos capítulos XX (pp. 367-415) e XXI (pp. 417-467) da citada obra de SANTAMARÍA PASTOR.

¹²⁶ Cfr. *ob. cit.*, p. 256.

¹²⁷ Cfr. *ob. cit.*, p. 260.

¹²⁸ A qual estimula, através de prémios ou apoios, o exercício da actividade dos particulares com vista ao cumprimento de certos fins de interesse público (cfr. RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo*, I (Parte Geral), Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 369). Esta actividade é estudada desenvolvidamente no Capítulo XII da mesma obra (pp. 389-411), de cuja leitura resulta a ideia base de estarmos perante o tipo de intervenção administrativa que dirige a acção dos particulares para fins de interesse público através da concessão de benefícios diversos, contando-se entre as suas modalidades as *medidas honoríficas* (condecorações, atribuição de títulos nobiliárquicos, títulos e classificações académicas), *económicas* (prémios, subvenções, benefícios fiscais, etc.) e *jurídicas* (as indemnizações aos particulares expropriados, atribuição de subsídios aos descobridores de minas, etc.). Hoje destacam-se os *benefícios económicos*, sendo um dos procedimentos mais eficazes de promoção da iniciativa económica privada, permitindo aos poderes públicos orientar e corrigir o sistema de mercado numa determinada direcção. As *subvenções* são a modalidade de benefício económico que merece maior atenção da parte de RAMÓN PARADA (cfr. pp. 396-411).

¹²⁹ Por intermédio da qual a Administração proporciona prestações sanitárias, docentes, culturais, de transporte, etc. aos particulares (cfr. p. 369). Também esta modalidade é objecto de um capítulo próprio (Capítulo XIII — pp. 413-447), no qual se concretiza que ela se traduz na satisfação directa de uma necessidade pública mediante a prestação de um serviço aos administrados (segurança, transporte, ensino, saúde, etc.), salientando-se, em todo o caso, as confusões que resultam da polissemia do conceito *serviço público*.

sancionadora¹³⁰ e a *actividade arbitral*¹³¹. Quanto à *actividade de polícia* ou de *limitação*, ela é definida como “aquela forma de intervenção mediante a qual a Administração restringe a liberdade ou os direitos dos particulares, mas sem substituir com a sua actuação a actividade destes”¹³². Em virtude das confusões resultantes da utilização do termo “polícia”, alude à sua substituição paulatina pelo de *actividade administrativa de limitação* num sentido correspondente ao que vimos falando a propósito da substituição do termo polícia pelo de ordenação.

Já Parejo Alfonso se distancia um pouco mais do quadro tradicional, ao autonomizar seis tipos de actividade da Administração Pública — para além da *actividade económica*, no sentido de *actividade empresarial económica*, que, como tal, só numa pequena parte é actividade pública administrativa, as *actividades administrativas de ordenação e intervenção*, de *planificação ou planeamento*, de *prevenção e precaução*, de *serviço público ou prestacional* e de *fomento*¹³³.

No que respeita à nossa análise presente, a categoria da *actividade administrativa de ordenação, intervenção ou limitação administrativa* traduz “a forma mais tradicional de incidência da Administração sobre a vida social”, correspondendo à “polícia geral”, sendo “dirigida à procura da boa ordem da colectividade mediante a regulação da actividade com a qual os cidadãos-administrados perseguem os seus próprios interesses e, portanto, com intervenção produtora de limitações nas suas posições e situações subjectivas” (incidência restritiva e negativa justificada pela necessidade de articulação da actividade privada com o

¹³⁰ Actividade quase judicial da mesma natureza que a penal, que só por razões históricas e circunstanciais se atribui à Administração (cfr. p. 370). Ao longo do Capítulo XIV (pp. 449-524) estuda-se com maior profundidade este poder administrativo cuja natureza judicial resulta do facto de ser a própria Administração a sancionar e executar a sanção imposta (o que levou a que ele fosse posto em causa, por eventual contradição com o princípio da separação de poderes, situação hoje totalmente ultrapassada, uma vez que está previsto na própria Constituição).

¹³¹ Também ela quase judicial, traduzindo-se na mediação entre os interesses e direitos dos particulares e na qual a Administração não fomenta, nem dá prestações, nem sanciona, nem limita direitos mas antes decide ou arbitra pretensões contrárias dos particulares actuando, por conseguinte, como verdadeiro árbitro mediador (cfr. p. 370). A actividade administrativa arbitral é desenvolvida no Capítulo XV da obra citada de RAMÓN PARADA (pp. 525-554).

¹³² Cfr. *Derecho Administrativo*, I, cit., p. 376.

¹³³ Cfr. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo (Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control)*, Ariel Derecho, 2003, pp. 641-679. A actividade administrativa de *ordenação e intervenção* e a de *prevenção e precaução* serão desenvolvidas a seguir no texto. No que diz respeito à *actividade administrativa de planificação ou planeamento* ela é caracterizada (*ob. cit.*, pp. 655-657) como um “novo escalão decisório” entre a legislação e a sua execução (concretizado em planos ou programas, com uma panóplia de manifestações, salientando-se as dificuldades da sistematização teórica da planificação) sendo a *administración de planificação* definida como a forma específica da actividade administrativa “que realiza fins e objectivos legais mediante uma actividade de programação previsora da evolução futura”, que não se esgota na mera execução “por compreender verdadeiras decisões de configuração social mediante ponderação e harmonização entre si de bens, interesses ou fins”. A actividade administrativa de *serviço público* ou prestacional, por sua vez (cfr. pp. 658-671), explica-se pelo facto de a intervenção administrativa poder ir ao ponto de retirar a matéria da disposição e esfera de acção dos particulares, reservando-a à Administração Pública e convertendo o sector num serviço público em sentido estrito, sendo também posto em realce a circunstância de a expansão destas actividades estaduais justificar a passagem de um Estado ou Administração “dos serviços públicos” para um Estado ou Administração “prestacionais”. A *actividade administrativa de fomento*, por último (pp. 672-679) consubstancia-se nos mecanismos de persuasão ou incentivo que, em face dos movimentos de desregulação e privatização, constituem cada vez mais uma alternativa às técnicas clássicas de intervenção unilateral, embora também seja possível a combinação de mecanismos de intervenção e de fomento.

interesse público objectivo e com os direitos e interesses legítimos dos outros cidadãos)¹³⁴.

Em face da diversidade dos tipos em que Parejo Alfonso decompõe a actividade administrativa, são apenas incluídas nas *actividades de ordenação* aquelas que têm um alcance restritivo (com exclusão das que se traduzem em medidas de tipo ablatório ou sancionatório), sendo certo que as limitações de ordenação, por serem "encargos gerais que se impõem ao corpo social", não dão direito a qualquer indemnização. Na linha de Wolff, Bachof e Stober distingue dentro dela a *actividade de vigilância* (combate aos riscos e perigos para a ordem pública e a segurança), a *administração tributária*, a *administração directiva e supervisor* e a *administração de inspecção e controlo*¹³⁵.

Ainda de acordo com o Mestre espanhol existem dois *modelos ideais básicos de ordenação*¹³⁶: o modelo *preventivo*, consubstanciado na regulação normativa e na interposição de um mecanismo administrativo de controlo ou de simples comunicação ou de comprovação *ex ante* ou *ex post* da conformidade da actividade com aquela regulação (surgindo a *autorização* como arquétipo desta actividade); e o modelo *repressivo*, no qual se estabelece o desenvolvimento livre da actividade e só as infracções dão origem a uma actividade reactiva. Quanto à *intensidade da ordenação*, o seu pensamento baseia-se na tipologia generalizada em Espanha por García de Enterría e Ramón Fernández¹³⁷, distinguindo entre a *proibição absoluta e incondicionada* de modos concretos do exercício de direitos, a *proibição relativa ou com reserva do seu levantamento* pela Administração Pública caso a caso (autorização) e a *liberdade de desenvolvimento* da actividade privada com *reserva de excepção* da sua proibição pela administração caso a caso (com o sub-caso da liberdade com imposição de um dever de comunicação às autoridades administrativas).

A doutrina italiana de finais do século xx e do início do século XXI sustenta concepções próximas na estruturação da actividade administrativa, nomeadamente a distinção entre actividades de promoção e de bem-estar, de funções prestacionais, concretizadas principalmente nos serviços públicos, de funções de assistência ou previdência e de funções de tutela ou de conservação da ordem e da segurança interna, com a inclusão nestas últimas das tradicionais actividades de polícia ou, na linha das modificações que vimos observando, *de ordenação ou ordenadora*¹³⁸.

¹³⁴ Cfr. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 641.

¹³⁵ *Derecho Administrativo...*, cit., p. 642.

¹³⁶ Cfr. *ob. cit.*, p. 642 e seg.

¹³⁷ Cfr. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 644-645.

¹³⁸ A título meramente exemplificativo veja-se a distinção que VITTORIO ITALIA/GUIDO LANDI/GIUSEPPE POTENZA efectuam, no seio da actividade administrativa, entre a *conservação da ordem interna*, orientada para a prevenção e repressão de factos que possam perturbar a tranquilidade, o bem-estar e a convivência pacífica entre os cidadãos (sendo a *polícia* que providencia para que tal aconteça); a actividade de *segurança externa*; a acção das *finanças públicas*; a actuação da Administração Pública que serve o *bem-estar material da colectividade* (ao nível dos trabalhos e obras públicas, gestão de serviços públicos, vigilância da higiene pública, assistência sanitária, controlo e encorajamento da actividade económica e produção de bens de interesse geral); e, por último, na actuação administrativa que tem por objectivo o *bem-estar material da colectividade* (concretizada na acção relativa à instrução pública, às condições de trabalho, à previdência, assistência, prevenção e protecção contra calamidade e acidentes, tutela e encorajamento de manifestações recreativas ou artísticas): cfr. VITTORIO ITALIA/GUIDO LANDI/GIUSEPPE POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, tredicesima edizione, 2002, pp. 8-9. Para estes Autores, a polícia estrutura-se em *polícia geral ou de ordem pública*, *polícia judiciária* e *polícia administrativa*, sendo esta última a que vela pela observância das normas administrativas, nomeadamente ao nível

A transição de um direito de polícia geral ou de defesa de perigos para um direito e uma administração de ordenação levou também a uma limitação dos amplos poderes administrativos discricionários, nomeadamente com a forte restrição e a correspectiva perda de importância das já estudadas cláusulas gerais do direito de polícia (agora de ordenação) nos anos mais recentes. Já em 1982 Wolfgang Martens destacava, de forma particularmente incisiva e clara, que um dos aspectos fundamentais em que se traduziam as alterações no direito da defesa de perigos — mudanças que tinham como causa principal, no entender do Autor, o progresso científico e tecnológico ao qual a sociedade industrializada tinha de reagir — passavam precisamente pela retirada ou “despejo” (*Entleerung*) da habilitação ou autorização geral do direito de polícia e de ordenação (por intermédio das respectivas cláusulas gerais) e a *ocupação de tal espaço por inúmeras normas de legislação especial* (com o “desenvolvimento de um regime típico de leis especiais”, caracterizado pela adopção por inúmeras leis especiais dos conceitos fundamentais do direito de polícia e da ordenação, com a incorporação de novas tarefas). Para além da expansão da legislação especial, este “despejo” da habilitação geral para a defesa de perigos teve ainda como causa a *retracção* do bem jurídico constituído pela *ordem pública*¹³⁹.

Na linha daquilo que acontecia em relação à dimensão formal ou às formas de acção do direito de polícia, a doutrina encarrega-se nesta nova fase da arrumação dos *instrumentos do direito de ordenação*, as mais das vezes a par com os *instrumentos de controlo* da actividade administrativa. Socorrendo-nos novamente dos contributos da dogmática do país vizinho em relação às *actividades administrativas de ordenação e controlo*, por exem-

das condições de trabalho, da higiene e salubridade públicas e da edificação: cfr. *ob. cit., loc. cit.*. Ou a proposta por PIETRO VIRGA, para quem (cfr. *Diritto Amministrativo*, Vol. IV — Attività e prestazioni, Giuffrè Editore, Milano, Seconda edizione, 1996, *passim*) as diversas actividades da Administração Pública se enquadram nas *prestações administrativas* (serviços públicos), nas *funções de tutela*, nas *funções assistenciais* (assistência social, previdência social e assistência sanitária) e, por último, nas *funções de promoção* (instrução primária, secundária e universitária e obras públicas). Quanto às funções de tutela, é aqui que se subsume a defesa, a *polícia administrativa*, a circulação rodoviária, a higiene, o estado civil e a *tutela do ambiente* e da poluição. O entendimento dado por PIETRO VIRGA à noção de polícia administrativa e a sua relação com as noções próximas (cfr. *ob. cit.*, pp. 321-326) não apresenta originalidade de monta: depois de definir *polícia* como a “função que o Estado e os outros entes públicos desenvolvem com o fim de assegurar a conservação da ordem pública mediante a prevenção e repressão de todas as perturbações da ordem jurídica e social”, distingue no seu seio a *polícia judiciária* (responsável pela verificação e repressão dos actos ilícitos) e a *polícia administrativa* (função preventiva, dirigida a impedir que as acções e os comportamentos dos privados não violam as limitações estabelecidas por lei ou por acto administrativo para tutela dos interesses da colectividade, visando a tutela de interesses primários essenciais para a vida dos consócios, ou seja, a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos; o seu escopo é a manutenção da ordem pública, entendida como o complexo dos princípios éticos e políticos cuja observância é considerada essencial para a manutenção da ordem social). Expressamente sobre a *actividade ordenadora*, cfr. VENCHI CARNEVALE, *ob. cit.*, pp. 89-187 — Autora que põe em evidência o sentido muito amplo da expressão e o seu relevo decisivo no campo da actividade económica, explicando a dupla finalidade que lhe é reconhecida por Giannini: preparar uma regulação uniforme, harmonizando sistemas diversos de dados de referência das relações entre sujeitos; e permitir o conhecimento generalizado dos eventos, oferecendo a quem deve constituir e estabelecer relações dados certos (registos, documentos identificativos, etc. (cfr. p. 89 e seg.).

¹³⁹ Cfr. WOLFGANG MARTENS, “Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr”, *cit.*, especialmente pp. 91-94. A este propósito, cfr. ainda NOGUEIRA DE BRITO (“Direito de Polícia”, *cit.*, p. 367 e seg.), mostrando como o Tribunal Constitucional alemão tem vindo a considerar que as cláusulas gerais do direito de polícia “atestam uma determinabilidade suficiente na perspectiva do princípio do Estado de Direito, uma vez que as mesmas se consolidaram no discurso jurídico, se tornaram claras quanto ao seu significado e foram suficientemente precisadas quanto ao seu conteúdo, propósito e extensão ao longo de décadas de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal”.

plo Sánchez Morón procede ao estudo autónomo dos *instrumentos de ordenação* ou de *regulação*, por um lado, e de *controlo*, por outro: os primeiros são os que estabelecem com carácter geral os limites e condições de exercício das actividades privadas que estão sujeitas a algum tipo de intervenção administrativa, inserindo nele as normas (*leis e regulamentos*) que estabelecem limites ao exercício de direitos e actividades privadas ou impõem deveres ou obrigações aos particulares — com saliência para o princípio da *reserva de lei* em matéria de *polícia e regulação económica*, nos termos do art. 51.º, n.º 3, da Constituição Espanhola; os *planos*, enquanto decisões gerais dos poderes públicos que fixam objectivos a obter em períodos mais ou menos longos, com a ideia base de *racionalizar* a actividade dos poderes públicos; e também a *autoregulação técnica*, composta pelas normas técnicas elaboradas por organizações privadas e aceites pelas empresas de um determinado sector ou declaradas vinculantes por uma decisão pública¹⁴⁰.

Quanto à categoria dos *instrumentos de controlo*¹⁴¹, são nela incluídos tanto meios tradicionais, como as *autorizações* (entendidas em sentido amplo, enquanto quaisquer decisões administrativas através das quais se permite aos particulares o exercício de actividades não reservadas à Administração), os *poderes de vigilância* e de *inspecção* da Administração Pública (sendo subsumida na primeira categoria apenas a actividade material de observação e controlo de actividades privadas, ao passo que a segunda é qualificada como uma actividade formalizada com o fim de verificar o cumprimento de deveres ou obrigações, proibições ou limitações, implicando o exercício de autoridade, o que explica que na sua configuração tradicional estivesse reservada a funcionários públicos)¹⁴² e a imposição de obrigações através de *ordens* (actos administrativos pelos quais se impõe um dever ou obrigação concreta de fazer ou não fazer); como técnicas mais inovadoras, típicas do Estado regulador, refere o *controlo através do fornecimento de informação* (uma das técnicas de intervenção mais

¹⁴⁰ Sobre os *instrumentos de ordenação* ou *regulação*, cfr. *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 624-631.

¹⁴¹ Cfr. pp. 631-647.

¹⁴² Sobre a *actividade* ou os *poderes de inspecção* da Administração Pública espanhola cfr. BERMEJO VERA, "La Administración inspectora", in: F. SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI — Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, Tomo I, pp. 1253-1270, qualificando a *actividade administrativa de inspecção* como a acção ou poder público ao qual corresponde uma situação de sujeição, podendo dirigir-se tanto a *objectos* como a *pessoas físicas* ou *colectivas*, concretizada em inúmeras modalidades e mantendo relações muito próximas com a actividade de controlo, destacando ainda o seu reforço como contrapeso da crescente privatização e desregulação que traduzem a redução do intervencionismo administrativo; trata-se de uma actividade discricionária quanto ao seu accionamento ou propulsão mas vinculada quanto à sua concretização prática. Apesar de a actividade de inspecção implicar o exercício de poderes de autoridade, o que explicava a sua reserva tradicional aos funcionários públicos, ela é hoje também assumida por entidades privadas, como reconhece a doutrina do país de Cervantes, que temos vindo a analisar: por todos, cfr. BERNARD-FRANK MACERA, "La problemática de la assunción de la inspección administrativa por entidades privadas", in: F. SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., tomo II, pp. 1605-1624, destacando também a natureza jurídica da actividade de inspecção administrativa, tanto no que toca ao seu carácter *material* (caracterizando o seu conteúdo quanto às actuações dos inspectores e quanto às prestações devidas pelos empresários industriais), como *instrumental* (técnica preparatória de actuações administrativas constringentes) e, ainda, como actividade *de trâmite* (articula-se no seio de procedimentos administrativos conduzindo à adopção de autênticos actos administrativos). Desenvolvidamente sobre a *privatização das tarefas de controlo, fiscalização e inspecção*, no âmbito da "auto-regulação privada publicamente regulada", cfr., entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos — O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Colecção teses, Almedina, Coimbra, 2005, p. 170 e segs., (especialmente pp. 186-190).

informais, condicionando menos a actividade das empresas e obstando às tradicionais dificuldades relacionadas com a falta de meios e recursos da Administração, pressupondo a obrigação dos agentes económicos privados prestarem às entidades públicas informação precisa e periódica), os *deveres de registo e documentais* (os primeiros consubstanciados na obrigação de inscrever em registos administrativos pessoas físicas ou colectivas, ou actos ou factos com relevo jurídico; e os segundos traduzidos na posse, manutenção e exibição obrigatórias de documentação determinada), o regime das *actividades comunicadas* (alternativa ágil e eficaz às autorizações prévias, concretizada no dever de comunicar à Administração o início de uma actividade que a Administração pode vetar ou condicionar num prazo determinado), as *avaliações e auditorias* (relevando aqui as relativas ao exercício de funções administrativas de controlo e “polícia” que incidem sobre empresas ou actividades privadas, destacando o Autor o caso da AIA) e, por último, a *avaliação e acreditação por entidades privadas* (cujo caso mais relevante será o da segurança e qualidade industriais, através de organismos de controlo autorizados ou acreditados, nos termos da Lei n.º 21/1992, de 16 de Julho, sendo também de grande significado o papel das entidades certificadoras, em especial da AENOR¹⁴³, e o sistema comunitário de gestão e auditoria ambiental — EMAS).

Para além de Sánchez Morón — citado porventura com inusitado desenvolvimento, que em todo o caso nos pareceu justificado, por constituir um exemplo bastante elaborado de uma adaptação do tradicional direito de polícia à realidade actual — merecem alguma atenção outros autores que seguiram caminhos próximos na adaptação da doutrina tradicional sobre a polícia e a ordenação aos nossos dias.

É o caso de Santamaría Pastor cuja obra, em relação às “técnicas de ordenação”, apresenta alguma originalidade, já que o Autor as dispõe em função da menor ou maior intensidade ou incidência que produzem sobre a conduta dos sujeitos privados: começando pelas mais suaves *técnicas de informação* (nas quais integra os *deveres de identificação* relativos a pessoas físicas e, sobretudo, colectivas, sob as quais pesa o dever de se inscreverem em *registos públicos*); os *deveres formais e documentais*, que obrigam os sujeitos privados a fazer constar dados relativos à sua actividade de corpos documentais que devem formalizar e conservar e a que a Administração pode aceder, com especial relevância no âmbito fiscal; e os *deveres de comunicação* de factos ou circunstâncias, que tanto podem ser alheios à pessoa sobre a qual pesa o dever de informar como respeitar à própria pessoa ou entidade que os presta. Seguindo para as *técnicas de condicionamento*, por intermédio das quais o sujeito privado vê *a priori* limitada a sua liberdade de acção à pronúncia pela Administração Pública de um acto de conformidade, que tanto pode ser uma *comprovação*, com saliência para as *acreditações* e as *homologações*, como uma *autorização*, pela qual a Administração comprova e declara que a modalidade de exercício concreto de um direito ou actividade que o particular pretende levar a cabo não é susceptível de lesar o interesse público ou ainda uma *comunicação prévia* com reserva de oposição da Administração, sendo considerada uma “modalidade aligeirada da técnica autorizatória”, para concluir nas mais intrusivas *técnicas ablatórias* (a forma mais intensa de intervenção administrativa sobre as actividades dos particulares, traduzida numa supressão ou diminuição do conteúdo da sua liberdade

¹⁴³ Asociación Española de Normalización y Certificación.

ou património, podendo concretizar-se na diminuição ou privação de situações activas ou na criação ou ampliação de situações passivas ou desfavoráveis, enquadrando-se nestas últimas as ordens).

De notar que a concretização das chamadas “técnicas da actividade de limitação” mereceu acolhimento legal no direito espanhol na *Ley de Bases de Régimen Local* de 1985, que as prevê sob as formas de regulamentação, de autorização e ainda de ordens, mandatos e proibições.

No que toca às *técnicas de intervenção*, elas são estudadas por Parejo Alfonso, concluindo-se que não houve grandes alterações em relação à tipologia proposta em meados do século¹⁴⁴: são elas a *ordenação normativa de carácter administrativo* (apesar de tal não ser pacificamente admitido na doutrina espanhola, Parejo Alfonso aceita a possibilidade de existirem normas regulamentares a estabelecerem limites a actividades e direitos, citando exemplos das normas ambientais), o *controlo preventivo* de direitos ou actividades (com destaque para a *autorização*) e a *limitação através de ordens, mandatos e proibições* (salientando que a ordem em sentido estrito se dirige a cidadãos na situação ordinária de sujeição geral ao poder público). De grande interesse para os propósitos que nos movem afigura-se a autonomização que Parejo Alfonso leva a cabo da *actividade administrativa de prevenção e preservação*¹⁴⁵ — sendo assinalada como primeira razão para a sua relevância actual o “constante incremento da sensibilidade em matéria de integridade dos equilíbrios ecológicos”, apesar de se reconhecer simultaneamente o facto de ela contar com uma tradição muito anterior, por exemplo em relação à segurança na prossecução de certas actividades. Está em causa a actividade que a “Administração desenvolve com a finalidade de protecção preventiva de bens de especial valor”, contando entre as suas manifestações a protecção de bens de interesse cultural, a tutela do meio ambiente e a segurança na construção ou nas actividades industriais.

A terminar a análise do direito de ordenação, é mister deixar uma nota sobre uma nova perspectiva que a matéria assume nos anos mais recentes, em especial como forma de resposta às necessidades de tutela do ambiente. Como por exemplo a doutrina espanhola foi pondo em realce¹⁴⁶, se por um lado é verdade que a tradicional polícia administrativa tem adquirido uma renovada vitalidade, nomeadamente ao nível da protecção do ambiente, não é menos certo, por outro, que muitas das actividades situadas no espaço da antiga polícia perderam as suas características, não devendo ser explicadas como tal mas antes como actividade de *gestão de riscos*. Se a *defesa perante perigos* era a justificação da polícia administrativa (com a referência finalista à manutenção ou ao restabelecimento da *ordem pública*, enquanto situação de ausência de perigos), os conceitos centrais de referência são agora outros, estruturando-se em torno da noção de “risco permitido”. Este trânsito da ordem pública para o risco permitido explica-se em virtude da entrada no direito administrativo dos conceitos de insegurança e de incerteza, que fazem com que haja riscos em actividades que cumprem as normas vigentes (também devido ao emergir do *princípio da precaução*).

¹⁴⁴ Cfr. *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 647-655.

¹⁴⁵ Cfr. *Derecho Administrativo...*, cit., p. 657 e seg.

¹⁴⁶ Cfr., por todos, JOSÉ ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *REDA*, n.º 119 (Julio-Septiembre 2003), pp. 323-346, que seguimos no esencial no texto.

Em suma, os conceitos tradicionais do direito de polícia não servem para ordenar os riscos muito diversificados gerados pelas modernas sociedades pós-industriais, nas quais também não faz sentido uma situação de “ordem pública” entendida como ausência de riscos.

Assim, o direito de ordenação ou da defesa de perigos ao nível de alguns sectores especiais dessa defesa — *maxime* da protecção ambiental — vem paulatinamente transitando de uma “simples” defesa de perigos para uma *precaução de perigos* ou de *riscos* (“Gefahrenvorbeugung” ou “Risikovorsorge”, na designação germânica) onde se leva a protecção mais longe: a legislação de alguns desses domínios específicos junta à defesa de perigos a actividade e a finalidade de precaução do bem-comum, alargando-se a obrigação e o âmbito do objecto de protecção¹⁴⁷.

Apesar de a matéria da regulação ser objecto do nosso estudo posterior, enquanto um dos principais reptos à reforma ou renovação do direito administrativo das últimas três décadas¹⁴⁸, é ainda de mencionar a utilização recente, por grande parte da doutrina dos países europeus continentais, do termo *regulação* com um sentido que, em boa parte, ocupa o campo do tradicional direito de polícia ou da mais moderna actividade administrativa de ordenação e intervenção¹⁴⁹. Como veremos, em ligação com outros movimentos que têm afectado profundamente o direito e a actividade administrativa, como a privatização, a auto-regulação, o recurso a instrumentos económicos e de mercado, a desmaterialização dos procedimentos e a globalização, entre muitos outros, emerge a tendência para redesenhar e recalibrar a presença do “público” na relação entre este e o “privado”, exprimindo-se agora a intervenção do Estado em *técnicas de regulação* de sectores mais ou menos vastos da economia e da sociedade¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr., por todos, FRANZ-LUDWIG KNEMEYER (*Polizei- und Ordnungsrecht...*, cit., pp. 236-241) o qual continua a utilizar neste âmbito um conceito (ampliado) de perigo, concretizando-o, na arena ambiental, através da referência ao conceito (relativamente) indeterminado de *schädliche Umwelteinwirkungen* (“efeitos ambientais danosos” ou, talvez melhor, “poluição”); e VOLKMAR GÖTZ (*Allgemeines Polizei...*, cit., pp. 39-42) que se refere especificamente ao direito de protecção da atmosfera o qual, apesar de ter estado durante muitos anos “preso” ao direito de polícia e de ordenação, tem agora também uma *tarifa de precaução* que inclui a defesa de perigos mas que vai para além dela.

¹⁴⁸ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. I., 2.1.

¹⁴⁹ Por todos, cfr. desde já SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, “La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado social de Derecho”, *RAP*, n.º 167 (mayo-agosto 2005), pp. 403-422. Segundo a Autora — e como veremos melhor no ponto citado na nota anterior — o conceito *regulação* alude a duas formas diferentes de intervenção pública: e se uma delas está longe das preocupações que nos guiam neste momento (a *regulação para a concorrência* ou *regulação económica*, centrada no acesso e posterior desenvolvimento de actividades de interesse geral, sendo em regra necessário um título habilitante para o acesso e verificando-se a supervisão administrativa nomeadamente para garantir a efectividade do mercado), o termo é usado também como sinónimo de *polícia administrativa*, traduzindo o controlo levado a cabo pela Administração com vista a evitar danos à sociedade, tipicamente através da regulamentação e da sanção: é um modelo de *regulação externa*, que actua de fora para dentro e que se concretiza no controlo das condições de segurança, salubridade, protecção do ambiente e localização física da actividade, entre outros.

¹⁵⁰ Neste sentido, cfr. VENCHI CARNEVALE, *ob. cit.*, pp. 529-538.

3. O poder de polícia e o modelo de comando e controlo nos Estados Unidos da América

Os fundamentos, o sentido e os pressupostos bastante diferenciados do direito administrativo norte-americano em relação aos seus congéneres europeus continentais — desde logo pela inclusão tradicional dos EUA no sistema de administração jurisdicional, britânico ou anglo-saxónico¹⁵¹ — não prejudicam a existência de algumas afinidades no que toca ao tema da *polícia*, que coabitam com iguais especificidades¹⁵².

Quanto a estas últimas, convém destacar as especificidades terminológicas, que passam pela utilização do termo *police power* para designar aquilo que até agora temos vindo a tratar por “polícia” ou “direito de polícia”¹⁵³. No que se refere às afinidades, elas começam logo pela equívocidade do termo e os diversos sentidos com que ele pode ser e é efectivamente usado: mesmo excluindo os inúmeros sentidos que o termo *policy* tem na língua inglesa e na “política” e práticas inglesa e norte-americana¹⁵⁴ e cingindo-nos apenas ao significado da expressão *police power*, também ela assume múltiplos significados.

Em termos da sua evolução histórica, a expressão refere-se, antes de mais, ao exercício da *função legislativa*, mais exactamente à competência legislativa estadual para regular os direitos privados em benefício dos interesses colectivos — com o que a questão aparece deslocada para o terreno do direito constitucional¹⁵⁵. Neste terreno e com este significado,

¹⁵¹ Contraposto ao sistema de administração executiva, de tipo continental ou francês, tal como ficou caracterizado *supra*, nota 14.

¹⁵² Apesar de alguns autores excluírem em absoluto tais afinidades, ao defenderem que o termo “polícia”, na ordem jurídica norte-americana, é quando muito utilizado para aludir a um sistema altamente descentralizado de manutenção da ordem: cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 393 e seg. Também SIMONE MENDES AMORIM (*Apontamentos acerca da polícia administrativa ambiental e da organização político-administrativa do meio ambiente no Brasil*, relatório de Mestrado, fotocopiado, Lisboa, 2002, p. 8), cita autores brasileiros a sustentarem que o *police power* norte-americano é uma noção “flexível, indefinida e elástica, sendo inevitavelmente casuística”, optando pelo conceito “protecção do interesse público em geral” em detrimento da noção de ordem pública.

¹⁵³ A consulta de simples dicionários ou enciclopédias é elucidativa da proximidade entre o *police power* e a *polícia*, no sentido continental: de acordo com o *Black's Law Dictionary* (Eight Edition, Thomson, West Group, United States of America, p. 1196), a expressão *police power* significa “O poder pleno, inerente ao soberano, para fazer todas as leis necessárias e adequadas para preservar a segurança, a ordem, a saúde, a moral e a justiça públicas”; também em SEYMOUR MARTIN LIPSET (ed.), *The Encyclopedia of Democracy*, vol. III, Routledge, London, 1995, p. 954) o *poder de polícia* é caracterizado como “o poder exercido por todos os Estados para fazer cumprir as regras de conduta formais através da coerção aplicada nos termos da lei ou da ameaça da coerção”, mostrando em seguida a evolução do conceito nos últimos séculos, nos termos que vimos em relação às ordens jurídicas europeias continentais.

Uma noção simples, mas com a “chancela” de dois especialistas em ciência política e administração pública, pode ser vista em DAVID H. ROSENBLUM/ROBERT S. KRAVCHUK (cfr. *Public Administration — Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, Fifth Edition, McGraw-Hill, New York, 2002, p. 606) que definem o *police power* como a “autoridade pública para regular matérias como comportamentos sociais, moral, ética, segurança pública e urbanismo”.

¹⁵⁴ Sobre eles, de forma sintética, cfr. H. K. COLEBATCH, *Policy*, Second Edition, Open University Press, Buckingham — Philadelphia, 2002, que nos mostra (p. 7) como o termo “policy”, apesar do seu uso generalizado, não tem uma definição clara e isenta de ambiguidade, podendo ser utilizado para designar uma orientação genérica, uma prática normal, um compromisso específico ou uma declaração de valores.

¹⁵⁵ Neste sentido, cfr. CAIO TÁCITO, “O poder de polícia e seus limites”, *Revista Forense*, vol. 144, ano 49, Fascículos 593 e 594, pp. 23-28 (p. 25 a 27) — acrescentando tratar-se do “poder atribuído ao legislativo pela Constituição para fazer, ordenar e estabelecer todo o tipo de leis, estatutos e regulamentos (...) com ou sem

o “poder de polícia” norte-americano acaba por ter um sentido ainda mais amplo do que o direito de polícia europeu continental uma vez que, para além da ordem, segurança, salubridade e mesmo moralidade públicas, abarca ainda todas as iniciativas que visam a conveniência pública ou a prosperidade geral e a subordinação de todos os direitos individuais às regras do bem comum.

Em todo o caso, e evitando repetições sobre a evolução histórica, pretendemos centrar a nossa atenção na conotação administrativa do termo e, sobretudo, na sua ligação ao reforço dos poderes da Administração federal norte-americana — corporizada, essencialmente, pelas *agencies*, que traduziremos doravante em termos literais por agências. Essencialmente como consequência do New Deal¹⁵⁶, assistiu-se, desde o início do segundo terço do século xx, a um fortalecimento do intervencionismo público na sociedade e na economia, com o que se constitui o chamado “Estado administrativo”¹⁵⁷.

Com este intervencionismo firmou-se definitivamente um *police power* federal¹⁵⁸ que faz com que o Estado (a Federação) acompanhe a vida dos cidadãos com uma presença pública constante, não apenas na disciplina legal das liberdades individuais mas mesmo na sua conformação administrativa concreta¹⁵⁹. O que se compreende melhor se se tiver presente o alargamento dos poderes das agências administrativas norte-americanas, no sentido de juntarem às suas competências de decisão de casos concretos (*administrative adjudication*) as

sanções (...) para o bem-estar da comunidade” ou o “processo legislativo de limitação dos direitos e liberdades individuais”.

¹⁵⁶ Para uma análise do *New Deal* cfr., entre muitos outros, RICHARD B. STEWART, “Evaluating the New Deal”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, volume 22, number 1, Fall 1998, pp. 239-245 — o qual se centra em algumas das características do *New Deal*, nomeadamente nas que se traduziram no fortalecimento das atribuições do *federal government* (entre outros nos domínios da saúde, da produtividade global da economia ao nível macro-económico, na protecção dos indivíduos e das famílias contra os riscos da economia de mercado industrial, da assistência e segurança social), na abordagem alargada da economia com base no planeamento central, na regulação económica levada a cabo pela *National Recovery Administration* e na intensificação da regulação nacional de sectores da actividade económica (comunicações, energia, transportes e agricultura), bem como de indústrias determinadas; e AKHIL REED AMAR, “The Constitutional Virtues and Vices of the New Deal”, no mesmo número da mesma revista, pp. 219-226, salientando alguns dos aspectos positivos do *New Deal* (com destaque para a redistribuição da riqueza em nome da equidade democrática e para uma visão republicana da cidadania), bem como das suas vertentes negativas (em especial os defeitos resultantes de um poder executivo unitário).

¹⁵⁷ Afirmando nos EUA nos dois primeiros mandatos de Franklin Roosevelt, entre 1933 e 1941, na sequência da Grande Depressão e do New Deal. A expressão “administrative state” é de uso generalizado pelos autores americanos e, apesar de se tratar de um termo plurisignificativo, os seus diferentes significados adaptam-se quase todos à problemática que temos em mente. Assim, DAVID H. ROSENBLUM/ROBERT S. KRAVCHUK (cfr. *Public Administration*, cit., p. 47) depois de mostrarem como “o crescimento do emprego público no século xx e o desenvolvimento de vastos componentes administrativos nos governos de todos os níveis são normalmente designados como «a ascensão do estado administrativo»”, explicam que o termo em apreço “é susceptível de transmitir diversas realidades do *government* contemporâneo: que uma grande parte dos recursos da sociedade flui através das agências públicas; que os administradores públicos são cruciais para o funcionamento do *government* contemporâneo; que, como um todo, eles são centrais do ponto de vista político; e que a Nação decidiu tentar resolver os seus problemas e atingir os seus objectivos por intermédio do uso da acção administrativa”. Concluindo: “O crescimento do poder administrativo é um fenómeno de escala mundial que afecta os governos em virtualmente todos os países”.

¹⁵⁸ Sendo certo que, à partida, o *police power* pertenceria aos Estados, designadamente em face da Emenda X à Constituição dos EUA, nos termos da qual “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”.

¹⁵⁹ Como diz CAIO TÁCITO (cfr. “O poder de polícia...”, cit., p. 26), “a presença constante do Estado na disciplina das liberdades individuais tornou-se não apenas aceite, como desejada”.

de elaboração de normas (*administrative rulemaking*), com um sentido e alcance semelhante aos das normas legais aprovadas pelo Congresso¹⁶⁰.

O fortalecimento dos poderes de “polícia” das agências administrativas norte-americanas — que passaram a compreender a faculdade de regular, dirigir e coordenar as actividades individuais de acordo com o interesse público¹⁶¹ — articula-se desta forma com o crescimento dos poderes públicos nos EUA, no sentido da sua afirmação como Estado administrativo.

Numa ordem jurídica totalmente dominada pelo sistema da *common law*, o direito administrativo é um direito de criação recente nos EUA, sendo generalizadamente aceite a data de 1887 — ano da instituição da *Intersate Commerce Commission* — como a do nascimento do direito administrativo¹⁶². Todavia, como dissemos *supra*, só a partir do *New Deal*, o qual traduziu uma poderosíssima — e bem sucedida! — reacção pública à Grande Depressão de 1929-1933 é que a intervenção pública na sociedade e na economia se generalizou, tendo-se tornado num elemento presente na vida quotidiana dos americanos, num movimento porventura sempre crescente até à Administração Reagan, nos anos oitenta do século XX¹⁶³.

¹⁶⁰ Na verdade, e apesar de aparentemente estas normas corresponderem, no nosso sistema, à elaboração de regulamentos administrativos, os Autores norte-americanos designam este poder como um “poder legislativo”, tendo o Supremo Tribunal norte-americano reconhecido que, quando as agências produzem normas, elas exercem a tarefa de produzir leis da mesma categoria daquelas feitas pelo Congresso (*Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 103 S. Ct. 2764, 77 L.Ed.2d 317 (1983)). Desenvolvidamente sobre o *rulemaking* (regulado no artigo 553.º do APA), assinalando o facto de “Inevitavelmente as agências administrativas serem beneficiárias de uma quantidade maior ou menor de poder legislativo” (poder reforçado no ultra-famoso caso *Chevron*, de acordo com o qual “o poder de uma agência administrativa administrar um programa criado pelo Congresso exige necessariamente a formulação de políticas e a elaboração de normas”), cfr. ALFRED C. AMAN, JR./WILLIAM T. MAYTOR, *Administrative Law*, Second Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 37-62 (p. 37) — estudando também as suas relações com a “rule of law” (pp. 63-73) e desenvolvendo diversos aspectos relativos a este poder administrativo, como o significado de “rule”, as principais regras relativas à sua elaboração, a força de lei, etc. nas p. 74 e segs. Sobre a *administrative adjudication* cfr. a mesma obra, pp. 118-305.

¹⁶¹ Cfr. CAIO TÁCITO (“O poder de polícia...”, cit., p. 27) que fala neste âmbito (numa leitura, quanto a nós, influenciada pela configuração do poder de polícia nas ordens jurídicas europeias continentais, pois como veremos a seguir o poder de polícia é, no Brasil, um resultado da combinação da influência europeia continental com o acolhimento de grande parte dos pressupostos da doutrina e jurisprudência norte-americanas) num *poder de polícia no sentido administrativo*, traduzido no poder regulamentar e na faculdade de ordenar ou executar.

¹⁶² JERRY WALDRON alude mesmo a uma “convenção escolar” no sentido de datar o nascimento do direito administrativo nesse ano: cfr. “Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, n.º 6 (April 06), pp. 1256-1344 (p. 1256). Em todo o caso, ainda em 1905 FRANK J. GOONOW aludia ao facto de o termo “direito administrativo” ser corrente na Europa continental, ao passo que na Inglaterra e nos Estados Unidos esse direito vinha sendo ignorado como um ramo autónomo, embora ele se mostrasse crítico em relação a tal tendência, defendendo que o direito administrativo tinha de existir em qualquer país e em qualquer política — cfr. FRANK J. GOONOW, *The principles of Administrative Law of the United States*, 1905, pp. 1-3.

¹⁶³ Como é do conhecimento generalizado, a Administração Reagan, nos EUA, e o Governo de Margaret Thatcher, na Inglaterra, tiveram repercussões profundas na forma, alcance e intensidade do intervencionismo público, no sentido da afirmação de um neo-liberalismo e de uma postura muito mais distante do Estado em relação ao funcionamento da vida económica e social. No que se refere aos EUA cfr. RICHARD A. HARRIS/SIDNEY M. MILKIS, *The Politics of Regulatory Change — A Tale of Two Agencies*, 2nd ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1996, pp. 97-139, que alude ao programa de desregulação (“regulatory relief”) levado a cabo pela Administração Reagan como responsável por ter *invertido cinco décadas de crescimento dos regulamentos governamentais*, iniciadas com o *New Deal*, que enraizou o moderno Estado administrativo na política americana.

Com o *New Deal* foi introduzido um modelo de regulação (entendido aqui este termo no seu sentido amplo ou genérico) administrativo¹⁶⁴ que passou pela instituição de uma série de novas agências reguladoras com poderes muito amplos, nomeadamente em virtude de leis genéricas, usando conceitos imprecisos.

Assim, nomeadamente seguindo o pensamento de Cass Sunstein¹⁶⁵, um dos autores americanos mais referenciados a este propósito, apesar do nascimento do direito administrativo norte-americano no século XIX só na década de trinta do século XX, com o *New Deal*, é que as agências administrativas se multiplicam, com um correspondente reforço dos seus poderes de intervenção, nalguns casos com bastante autonomia em relação à lei. O *New Deal* representou igualmente um reforço dos poderes da Federação em face dos Estados — com a transferência de poderes destes para o Governo Federal — e um enfraquecimento da *judicial review* feita pelos tribunais¹⁶⁶. Outra das consequências do *New Deal* foi também, novamente

¹⁶⁴ Expressamente neste sentido, cfr. RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, *RTDP*, anno LIV (2004), Fascicolo n.º 1, pp. 1-29 (p. 4 e seg.). Sobre o facto de as agências (na sequência do reforço dos seus poderes, com o *New Deal*) terem sido acusadas de serem um quarto poder não admitido na Constituição, cfr. P. L. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *84 Colum. L. Rev.*, 1984, p. 573 (*apud* RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo...”, cit., p. 5, n. 10) — mostrando em especial os inúmeros esforços para justificar a atribuição (“delegação”) de poderes normativos às agências administrativas.

¹⁶⁵ Cfr., em especial, CASS R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution — Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, pp. 18-24 e 227. O Estado regulatório, caracterizado por Sunstein, iniciou-se com o *New Deal* da década de 30 e culminou na “rights revolution” das décadas de sessenta e setenta, todas do século XX.

¹⁶⁶ Sobre o relevo do *New Deal* e a afirmação do Estado administrativo na perspectiva das relações entre a Administração e os tribunais, mostrando como ficou marcado para sempre o panorama do respeito ou “deferência” dos segundos em relação à primeira — isto é, do reconhecimento pelos tribunais de um espaço de discricionariedade administrativa ou de uma margem de livre apreciação da Administração, em detrimento do seu controlo total pelos tribunais — cfr. REUEL E. SCHILLER, “The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law”, *Mich. L. Rev.*, vol. 106, n.º 3 (December 2007), pp. 399-441. Este estudo mostra como se afirmou na era do *New Deal* a ideia de os tribunais se manterem afastados dos processos administrativos, por os juizes não entenderem os assuntos que as agências tinham de tratar, devendo limitar-se a assegurar que as decisões administrativas não violavam a lei e os direitos constitucionais dos cidadãos e das empresas, sem substituir os seus juízos aos das agências. No final dos anos trinta tinha-se imposto esta mudança dramática nas relações entre a Administração e os tribunais, ficando estes numa posição subserviente em relação àquela — o que se relaciona com a invenção e transformação do direito administrativo durante o *New Deal*. Apesar de esta fase ter durado pouco tempo, marcou profundamente o direito administrativo americano. Em termos de controlo judicial, passou a interessar o resultado alcançado e não os métodos usados: os juizes do *New Deal* recusaram substituir as opiniões especializadas dos administradores pelas suas, tendo-se desta forma criado “o modelo de deferência judicial que seria tanto seguido como afastado à medida que o direito administrativo se desenvolveu durante o resto do século XX”.

A jurisprudência sobre as relações entre a Administração e o Judiciário na interpretação de leis de conteúdo vago e pouco preciso foi retomada, décadas mais tarde, na decisão do conhecidíssimo caso *Chevron*, considerada de forma quase unânime a mais importante, nas últimas décadas, no plano do desenvolvimento do direito administrativo, que teve por detrás de si mais uma vez a ideia de *adaptar um sistema jurídico fundado em princípios da common law às aspirações e patologias do Estado administrativo*. O princípio básico que está por detrás da decisão do caso *Chevron U. S. A., Inc. versus National Resources Defense Council, Inc.* (cfr. *United States Reports*, Government Printing Office, Washington, vol. 467, 1984, pp. 837-866) é o da superioridade das agências, relativamente aos tribunais, na interpretação de leis ambíguas que levantem dúvidas: superioridade fundada em razões tanto *democráticas* (elas respondem a pressões políticas do *executive branch*; a interpretação de estatutos ambíguos deve tomar em conta a mudança dos valores políticos e, por isso, deve ser deixada a órgãos que respondam a pressões políticas) como *tecnocráticas* (têm conhecimentos especializados superiores aos dos tribunais) e ainda para garantir a uniformidade na aplicação da lei (devido à centralização da interpretação numa única agência). Daí a necessidade de os juizes respeitarem as interpretações “razoáveis” das leis feitas pelas agências, na falta de uma intenção clara

segundo Sunstein, o desenvolvimento de direitos sociais (designadamente o direito ao trabalho) e políticos, tendo este Estado regulatório culminado na “revolução dos direitos” (“rights revolution”) dos anos sessenta e setenta do século transacto, que renovou a estrutura constitucional americana, afastando uma ordem social baseada na *common law*¹⁶⁷.

Entre a década de trinta e a de oitenta do século xx, a importância da Administração Pública na vida e nos direitos dos cidadãos e das entidades por eles criadas e geridas — em especial as empresas — não parou de crescer, sendo de assinalar a aprovação do *Administrative Procedure Act*, também mencionado como um dos momentos-chave da evolução do direito administrativo norte-americano¹⁶⁸ e o período em que se fizeram sentir as medidas que, em conjunto, ficaram conhecidas por *Great Society*, que representaram igualmente o alargamento da intervenção pública na economia e na sociedade e determinaram o aparecimento de novos direitos, entre os quais os direitos à saúde, à educação, a cuidados médicos para as populações mais desprotegidas, os direitos dos consumidores e o direito ao ambiente¹⁶⁹.

No entanto, o que queremos sublinhar tem a ver com o facto de a forma de intervenção das autoridades administrativas — em especial, as agências — ter representado um “corte” profundo com a tradicional abordagem flexível, descentralizada e judicial, assente na ordenação privada, típica do sistema da *common law*, uma vez que os instrumentos típicos desta abordagem seriam desadequados para instituir e garantir o cumprimento das políticas e iniciativas públicas nos mais diversos sectores da vida social e económica. O Estado administrativo ou o Estado regulador recorreu, pelo contrário, a um outro tipo de abordagem que é designada nos EUA, de forma praticamente unânime, como *command and control*.

do Congresso em sentido contrário. Para o comentário, quase sempre em sentido positivo, aos princípios contidos nesta decisão cfr., entre outros, JOSEPH A. FAZIOLI, “*Chevron up in Smoke?: Tobacco at the Crossroads of Administrative Law, Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Food & Drug Administration*, 153 F.3d 155 (4th Cir. 1998)”, *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, volume 22, number 3, Summer 1999, pp. 1056-1080; BERNARD W. BELL, “Using Statutory Interpretation to Improve the Legislative Process: Can It Be Done in the Post-Chevron Era?”, *J.L. & Pol.*, vol. XIII, n.º 1, 1997, pp. 105-161; THOMAS W. MERRILL/KRISTIN E. HICKMAN, “*Chevron’s Domain*”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 89, n.º 4, April 2001, pp. 833-921; JONATHAN T. MOLOT, “The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference with the Judiciary’s Structural Role”, *Stan. L. Rev.*, volume 53, number 1, October 2000, pp. 1-110; e CASS R. SUNSTEIN, “Law and Administration After *Chevron*”, *Colum. L. Rev.*, vol. 90, n.º 8, December 1990, pp. 2071-2120 (p. 2119 s.). É de destacar a grande unanimidade que esteve por detrás da decisão (os 6 juízes do Supreme Court que julgaram o caso votaram todos no mesmo sentido, tendo os outros 3 juízes que não participaram na resolução deste caso “confirmado” essa decisão numa sentença posterior).

¹⁶⁷ Cass Sunstein, apesar de reconhecer as falhas de alguns programas regulatórios, defende as “virtudes” deste Estado regulatório, nomeadamente em comparação com o modelo da *common law*. A “revolução dos direitos” passa também pelo desenvolvimento de novos direitos e, ao lado de outros como o direito à não discriminação, os direitos dos pobres e os dos consumidores, Cass Sunstein refere, de forma expressa, o direito à água e a ar limpos, isto é, direitos ambientais. Sobre a matéria desta nota cfr. CASS SUNSTEIN, *After the Rights Revolution...*, cit., p. 74 e segs. e, em termos conclusivos, p. 227 e seg.

¹⁶⁸ O *Administrative Procedure Act* (APA) foi aprovado em 11 de Junho de 1946 (Pub.L. 79-404, 60 Stat. 237), funcionando como lei geral do procedimento administrativo aplicável às agências federais norte-americanas.

¹⁶⁹ O período da “*Great Society*” consubstanciou-se numa série de programas públicos iniciados na Presidência de Lyndon B. Johnson (entre 1963 e 1969) e continuados nas administrações de Richard Nixon (1969-1974) e de Gerald Ford (1974-1977). As suas principais concretizações foram ao nível dos direitos civis (em especial na luta contra a segregação racial), na luta contra a pobreza e ao nível da instrução e da assistência médica. Em relação à sua influência na afirmação do Estado administrativo e na criação dos direitos referidos do texto, cfr. CASS SUNSTEIN, pp. 24-31 e 227.

Com a expressão *command and control*¹⁷⁰ pretende aludir-se a um modelo administrativo de comando, por intermédio do qual as agências administrativas — em aplicação da lei, mas também com um “lastro” significativo de *poderes discricionários* reflectidos tanto em sede geral e abstracta, como ao nível da sua actuação concreta, ou seja, tanto no “rule-making” como na “adjudication”¹⁷¹ — gozam de poderes de determinação ou densificação das exigências legais ao nível da conformação das actividades económicas desenvolvidas pelos indivíduos, exigências concretizadas, em particular, no exercício dos seus poderes de autorização (sendo a autorização administrativa, por intermédio da qual se fixam em concreto os requisitos da actividade do particular ou do funcionamento das suas empresas comerciais ou industriais, um dos actos mais típicos do *command and control*). As actividades administrativas de vigilância, inspecção, fiscalização e controlo são outras peças fundamentais da estrutura desta abordagem de comando, o mesmo se devendo dizer da partilha de informação entre administradores e administrados, bem como da aplicação de sanções destinadas a punir os infractores. Como nem assim o cumprimento pelos administrados e a correlativa execução dos programas e directrizes públicos está garantida, alguns autores incluem ainda no regime os sistemas de responsabilidade que permitem às agências e aos indivíduos lesados obter indemnizações, o que faz com que não se possa subtrair do modelo a existência de mecanismos de controlo judicial, que se obtém nomeadamente pela previsão mais ou menos ampla da possibilidade de serem interpostas acções judiciais (*citizen suits*) para tutela dos interesses e dos direitos eventualmente violados. Desta forma, o *command and control* pode ser definido com um sistema “de sentido único” (“one-way street”) pois as agências, no interesse do Estado, comandam e os destinatários da legislação e das normas administrativas (os particulares, as empresas e as outras entidades públicas) obedecem¹⁷².

¹⁷⁰ Entre nós, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA utiliza uma tradução literal do termo, referindo-se diversas vezes ao “modelo de comando e controlo”: cfr. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 375 e 400 e segs. (neste último local procede-se a uma análise sumária e crítica deste modelo).

¹⁷¹ Muito desenvolvidamente sobre os perigos e problemas levantados pela discricionariedade administrativa e a grande amplitude que ela acabou por assumir na prática das decisões das agências, cfr. RICHARD B. STUART, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harv. L. Rev.*, volume 88, n.º 8, June 1975, pp. 1669-1813. A amplitude dos poderes de que a Administração Pública norte-americana goza — apesar de todas as matizes que tal afirmação comporta, por estarmos num país onde vigora o sistema da *common law* e por o sistema administrativo norte-americano ser de tipo britânico ou de administração judiciária — é bem evidenciada neste trabalho de referência, no qual o Autor demonstra como o modelo tradicional do direito administrativo americano, sempre preocupado em restringir as acções administrativas à actividade autorizada por lei, foi mal sucedido em tal desiderato, pois terá falhado na tentativa de conciliar o poder discricionário das agências com a premissa básica do Estado liberal de que as únicas intromissões legítimas na liberdade e propriedade privadas seriam aquelas consentidas pela lei. Apesar de a longa análise de RICHARD STEWART se centrar primordialmente no problema dos interesses representados pelas (ou corporizados nas) agências e na falha do modelo de representação de interesses do direito administrativo como estrutura geral de legitimação da acção das agências (afastando todas as teorias de acordo com as quais estas exerceriam o seu poder discricionário em favor de interesses organizados e regulados), no que nos interessa o eminente jurista mostra-nos como o modelo tradicional do direito administrativo norte-americano (cfr. pp. 1671-1688), baseado no controlo jurisdicional, por forma a manter a discricionariedade administrativa dentro dos limites legais, exigindo que as agências seguissem processos decisórios concebidos para promover a exactidão, a racionalidade e a revisibilidade da aplicação administrativa das directrizes legais, falhou quanto a tal objectivo. E falhou, segundo STEWART, devido à “expansão inexorável do poder administrativo sobre o bem-estar privado” (p. 1681 e seg.) e também porque as agências não foram bem sucedidas na sua obrigação de proteger os interesses do público em determinadas áreas da administração (pp. 1682-1687).

¹⁷² Neste sentido, definindo o *command and control* como um “one-way street system”, cfr. JEAN O. MELLI-

Na sua configuração mais radical, o *command-and-control* não dá qualquer espaço para considerações de tipo económico, procurando nalguns domínios restringir a discricionariedade administrativa através de leis muito densas e prescritivas, atribuindo a primazia da acção e do controlo ao *government* federal em detrimento dos *governments* estaduais e locais.

Conclui-se, desta forma, que o modelo *command and control* aponta para uma forma de ordenação pública de actividades e acções dos particulares com vista às finalidades mais diversas, desde a manutenção da ordem, segurança e tranquilidade públicas, na fórmula europeia continental tradicional, até à prossecução de actividades económicas, relacionados com o exercício do direito à iniciativa económica privada. Parece claro o forte paralelo entre o modelo norte-americano de *command and control* — por intermédio do qual se impôs, ao longo do século XX, o extraordinário desenvolvimento do âmbito e da intensidade da regulação administrativa norte-americana de que nos fala RICHARD STEWART¹⁷³ — e a abordagem da *polícia administrativa* ou do *direito administrativo de ordenação* que caracterizou (e caracteriza ainda, em boa medida) a regulação de comando levado a cabo pelas administrações públicas europeias continentais entre as quais, como veremos, também a portuguesa.

Estando a referida ordenação pública das actividades económicas essencialmente nas mãos das agências e sendo o direito administrativo o ramo do direito que se ocupa, antes de mais, das agências administrativas, localizadas no poder ou na função executiva (no *executive branch*), sai destacado o papel do *command and control*: atribuir poderes às agências para regularem um dado sector sob um amplo mandato ou “delegação” legal e para autorizarem os particulares a realizar actividades determinadas, fiscalizando e controlando o seu funcionamento quotidiano. Emergindo aqui, como veremos, a *Environmental Protection Agency* (EPA) como uma das agências — se não mesmo “a” agência — que goza de poderes mais amplos e intrusivos na conformação da actividade dos particulares, para garantir o cumprimento das regras e princípios orientados para a tutela ambiental. Reflectiremos sobre este ponto com mais pormenor no capítulo seguinte da dissertação.

4. O direito de polícia no Brasil

Optámos por dedicar algumas linhas ao tratamento do direito de polícia no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro em face de algumas notas particulares que ele

OUS/ROBERT D. THORNTON, “Contractual Ecosystem Management Under the Endangered Species Act: Can Federal Agencies Make Enforceable Commitments?”, *ELQ*, vol. 26 (1999), n.º 3, pp. 489-542 (pp. 490-493).

¹⁷³ Cfr. “Il Diritto Amministrativo nel XXI Secolo”, cit., p. 2 e seg. O Autor mostra como, a partir do momento em que foi demonstrada a inadequação do direito privado e do direito penal para fazer face às ineficiências e falhas do mercado e de outras formas do ordenamento privado (traduzidos em abusos de posição e de poder económico, degradação ambiental, riscos para a segurança, incerteza económica, dependência e outros males sistémicos) o legislador adoptou amplos programas administrativos para prevenir tais males, programas que recorreram ao método de regulação *command-and-control*, com base no qual o poder público impôs aos indivíduos obrigações e deveres específicos, como por exemplo o capital mínimo que um banco deve ter, a quantidade máxima de partículas poluentes que uma central energética pode emitir ou o dever de separar o papel e o metal do resto dos resíduos.

apresenta, nomeadamente por ser fruto da influência recíproca dos seus congéneres europeus continentais — os nomes dos maiores vultos do direito alemão, italiano, francês e português são a este respeito repetidos com bastante frequência — e da teoria norte-americana do *police power*. Assim, para além de ser um sistema misto no sentido em que “conjuga um corpo de direito administrativo material ou substantivo de raiz francesa com a sujeição da Administração aos tribunais comuns”¹⁷⁴ é igualmente misto por misturar “ingredientes” da teoria do direito de polícia europeia continental e do poder de polícia norte-americano¹⁷⁵.

A influência norte-americana é clara até no sentido de ser usada com bastante frequência — em especial pelos autores que trataram a questão em meados do século XX — a expressão “poder de polícia” num sentido muito próximo ao que lhe é dado nos Estados Unidos da América: o *poder de polícia* em sentido amplo é definido como “a actividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-a aos interesses colectivos”, que tanto pertence ao Legislativo como ao Executivo, em correspondência com a expressão norte-americana “police power”, reportada às normas legislativas pelas quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses colectivos”¹⁷⁶.

Compreende-se, desta forma, ser usual a utilização, na doutrina brasileira, da expressão *poder de polícia* para referir as próprias atribuições do poder legislativo concretizadas na limitação dos direitos e das liberdades individuais¹⁷⁷ — à imagem do que aconteceu durante longo tempo nos EUA, onde a questão do “poder de polícia” se configurava mais como um tema de direito constitucional do que de direito administrativo.

¹⁷⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 394.

¹⁷⁵ Essa combinação entre elementos europeus continentais — nomeadamente por intermédio do recurso às obras dos autores germânicos anteriores ao domínio nazi, com destaque para Otto Mayer, mas também à doutrina francesa sobre o tema e aos principais vultos da doutrina italiana — e o sentido dado ao poder de polícia na doutrina e na jurisprudência americanas é uma nota de fundo do artigo de CAIO TÁCITO “O poder de polícia...”, cit., especialmente, pp. 24-27. Também DIOGO MOREIRA NETO, a propósito do sentido actual do poder de polícia, alude expressamente ao facto de essa “actividade específica de restrição e de condicionamento do exercício de direitos individuais” ter o “seu referencial tanto nas instituições do direito norte-americano quanto na doutrina europeia”: cfr. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 11.ª edição revista, ampliada e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 299. Especificamente sobre a influência do direito norte-americano no direito administrativo brasileiro, cfr. CAIO TÁCITO, “Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro”, in: CAIO TÁCITO, *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1.º volume, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 13-25. Neste pequeno trabalho, o insigne jurista brasileiro, sem renegar as origens do direito administrativo brasileiro (sob o signo na influência francesa, desde meados do século XIX, com o “temperamento da limitada recepção de conceitos de direito administrativo italiano”), salienta a grande importância do direito administrativo norte-americano desde a década de trinta do século passado, em especial ao nível do regime das concessões de serviço público, com recepção expressa no Código de Águas de 1934 e, desde essa altura, no próprio plano constitucional, influência que se manteve por todos os textos constitucionais posteriores. De tal forma, que CAIO TÁCITO procede mesmo a uma comparação directa de alguns dos preceitos da Constituição brasileira com a norte-americana (cfr. p. 22 e seg.).

¹⁷⁶ Cfr. CELSO ANTÓNIO BANDEIRA DE MELLO, “Apontamentos sobre o poder de polícia”, *RDP (Br.)*, n.º 9 (Julho-Setembro 1969), pp. 55-68 (p. 57).

¹⁷⁷ Neste sentido, cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 2.ª ed., 1996, p. 145 e seg.

No entanto, para além deste seu sentido amplo, o poder de polícia é também entendido num sentido estrito, correspondente no essencial à concepção europeia continental da *polícia administrativa*, reportada exclusivamente às intervenções do poder executivo dirigidas à consecução da finalidade de prevenir que determinadas actividades particulares possam pôr em causa os interesses colectivos ou, em geral, a prossecução do interesse público. Por intermédio tanto de actuações administrativas com conteúdo geral e abstracto (regulamentos) como com eficácia concreta e individual (actos administrativos, com especial relevo, em consonância com a doutrina europeia continental, para as autorizações, licenças e ordens administrativas).

Em todo o caso, interessa-nos sobretudo pôr em evidência algumas das especificidades da concepção brasileira em relação às tendências dominantes no espaço europeu continental sobre a (ou relativa ao direito da) *polícia administrativa*, que não são tão poucas como se poderia pensar.

Desde logo, parece-nos que mesmo na sua acepção estrita se enraizou na doutrina de meados do século passado uma concepção mais ampla da polícia administrativa, em especial no que toca aos fins que ela serve: Caio Tácito definia o poder de polícia, em 1952, como "o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais", uma vez que "é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da colectividade"¹⁷⁸. Na mesma linha, cerca de 25 anos mais tarde, Celso Bandeira de Mello descrevia a polícia administrativa como "*a actividade da Administração Pública, expressa em actos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante acção ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção («non facere») a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo*"¹⁷⁹. E a própria legislação apontou na mesma direcção, ao consagrar um conceito de *poder de polícia* que ainda hoje faz parte do direito vigente: referimo-nos ao art. 78.º do Código Tributário Nacional (redacção dada pelo Ato Complementar n.º 31, de 28.12.1966) de acordo com o qual o poder de polícia é a "actividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de acto ou a abstenção de facto, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de actividades económicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou colectivos".

Assim, para além das tradicionais finalidades de manutenção da ordem pública, surge-nos ainda em meados do século transacto um elenco de fins justificativos do exercício dos poderes de polícia alargado a um sem número de limitações e condicionamentos da liberdade individual na ordem económica e social, relativos à protecção da *ordem*, da *paz*

¹⁷⁸ Cfr. CAIO TÁCITO, "O poder de polícia...", cit., p. 27.

¹⁷⁹ Cfr. "Apontamentos sobre o poder de polícia", cit., p. 62.

e do *bem-estar sociais*¹⁸⁰. Se bem que salientando tratar-se de um poder primordialmente *preventivo*, procedendo à sua distinção em face da polícia judiciária em termos muito próximos aos que vimos nas doutrinas europeias continentais estudadas, alguns autores aludem também a uma dimensão repressiva da polícia administrativa, na medida em que impõe coercitivamente aos particulares um dever de abstenção de práticas que possam pôr em causa as finalidades públicas assinaladas.

De salientar também o facto de se assinalar normalmente como *fundamento* do poder de polícia administrativa a posição geral de submissão em que o particular se encontra em face do poder público — ou, vista esta relação do prisma oposto, a posição de supremacia da Administração perante o administrado, excluindo-se a sua vigência no âmbito de qualquer vínculo de subordinação especial entre Administração e administrados, isto é, no seio das “relações especiais de poder” ou “de direito administrativo”. Bem como a circunstância de se assinalar aos *actos de polícia* atributos que reforçam o seu alcance potencialmente bastante intrusivo no que toca aos direitos dos administrados: não apenas a *discricionariedade* das decisões de polícia (apesar de poder haver actos de polícia vinculados, em regra a lei deixa espaços de decisão mais ou menos amplos às entidades responsáveis pelo exercício dos poderes de polícia), mas também a sua *executoriedade* (uma vez que as autoridades administrativas com competências policiais têm poderes para executar os seus actos, sem necessidade de pronúncia judicial prévia, mesmo no caso de depararem com a resistência activa ou passiva dos seus destinatários) e a inerente *coercibilidade* (possibilidade de recorrer a meios coercivos para compelir o cumprimento das suas determinações)¹⁸¹.

Nos nossos dias os pressupostos fundamentais em que assenta a doutrina do direito — e, em especial, do “poder” — de polícia ou a polícia administrativa em sentido estrito permanecem fundamentalmente idênticos em relação aos que acabámos de ver. Aliás, a definição legal de polícia administrativa constante do direito positivo brasileiro desde 1966, no citado art. 78.º do Código Tributário Nacional, continua em vigor, o que demonstra essa manutenção.

Passando em revista alguns dos autores que têm tratado o tema nos anos mais recentes, ater-nos-emos com maior desenvolvimento na obra de Moreira Neto, o qual apresenta uma perspectiva bastante próxima das concepções tradicionais da doutrina europeia, introduzindo-lhe no entanto particularidades e matizes dos quais resulta, em nossa opinião, alguma confusão. Assim, divide a actividade da Administração em cinco modalidades por intermédio das quais “o Estado actua na prossecução dos interesses públicos que estão a seu cargo”¹⁸²: são elas as tradicionais actividades correspondentes ao “poder de polícia”,

¹⁸⁰ CAIO TÁCITO é, a este propósito, lapidar: “De simples meio de manutenção da ordem pública ele [o poder de polícia] se expande ao domínio económico e social, subordinando ao controlo e à acção coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada”, considerando-o “um instrumento de defesa social em sentido amplo (...) e dilatando-se na proporção em que se exacerbam as lesões efectivas ou potenciais à ordem pública ou à ordem jurídica”: cfr. “O poder de polícia...”, cit., p. 23 e seg. Salientando ainda, noutro passo do mesmo estudo (p. 27), que este poder consubstancia uma “das faculdades discricionárias do Estado, visando à protecção da ordem, da paz e do bem-estar sociais”.

¹⁸¹ A terminologia usada no texto é transcrita das obras dos autores brasileiros que consultámos, ainda que ela não seja, em nosso entender, totalmente correcta do ponto de vista técnico-jurídico.

¹⁸² Cfr. DIOGO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 299.

aos *serviços públicos*¹⁸³ e ao *fomento público*¹⁸⁴ — às quais junta as de *ordenamento económico*¹⁸⁵ e de *ordenamento social*¹⁸⁶.

Quanto ao *poder de polícia*¹⁸⁷ Moreira Neto considera que, no seu sentido actual, ele configura a “actividade específica de restrição e de condicionamento do exercício de direitos individuais, que tem seu referencial tanto nas instituições do direito norte-americano quanto na doutrina europeia”. Em todo o caso o Autor, depois de realçar o interesse das definições de alguns cultores do direito administrativo nossos conhecidos (com destaque para Marcello Caetano), apresenta a sua própria definição: “Poder de polícia é a actividade administrativa que tem por objecto limitar e condicionar o exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos legalmente definidos, com o fim de permitir uma convivência ordeira e valiosa” (estendendo-se a dimensão axiológica do conceito “a qualquer campo da convivência humana em que certa actividade ou omissão individual possa prejudicar interesses gerais, como a segurança, a salubridade, o decoro e a estética, entre outros que a lei venha a precetar”)¹⁸⁸.

A confusão a que aludimos resulta do facto de, por um lado, Moreira Neto apresentar a *polícia ambiental* — cuja competência é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e

¹⁸³ Definidos como “uma actividade da Administração que tem por fim assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração”; os *serviços públicos no sentido estrito* são os *serviços públicos essenciais*, isto é, aqueles que, “de tão importantes, se constituem num imperativo para a própria sobrevivência do Estado, tais como os de defesa nacional, o policial, o sanitário, o fiscal e o diplomático: atendem a necessidades *essenciais* da colectividade, não lhe restando outra alternativa que executá-los, ele próprio”: *cf. ob. cit.*, p. 323.

¹⁸⁴ Qualificado como “o estímulo da Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecido na forma da lei” ou, mais desenvolvidamente, como “a actividade administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que desempenhem ou estimulem, por seu turno, actividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”. A grande diferença em relação às outras quatro formas de actividade administrativa é a ausência de compulsoriedade desta acção (está-se no campo da administração *consensual*, que se distingue da imperativa). Inserir aqui o “planeamento estatal”, com destaque para o desenvolvimento regional; o fomento social (educação e informação; cultura, lazer e desporto; turismo; meio ambiente; reforma agrária) e o fomento económico. *Cf. ob. cit.*, p. 407 e seg.

¹⁸⁵ A “actividade administrativa que, através de um conjunto de atribuições de carácter ordinatório fiscalizador e sancionador, torna efectiva uma ordem legalmente imposta às actividades privadas no campo da economia, isto é, aos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, visando finalidades de interesse público pela correcta realização dos princípios económicos constitucionalmente adoptados” (p. 344). Abrange o tratamento de *regimes especiais de bens* (recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, florestas, caça, pesca, produtos agrícolas, regime administrativo da propriedade intelectual e restrições de natureza económica a estrangeiros), o *ordenamento financeiro* (regime monetário e creditício, regime de capitais e seguros privados) e a *intervenção económica* (intervenção regulatória, intervenção concorrencial, intervenção monopolista e intervenção sancionatória) — *cf. ob. cit.*, pp. 345-357, 358-365 e 365-376, respectivamente.

¹⁸⁶ A “actividade administrativa que disciplina as relações jurídicas não-económicas, destinadas à preservação da dignidade da pessoa humana pela protecção de valores culturais e da qualidade de vida, segundo os princípios definidos na Constituição ou nela implícitos” (p. 378).

¹⁸⁷ Tratado por MOREIRA NETO no Capítulo XV da sua obra em análise: *cf. pp.* 299-322.

¹⁸⁸ *Cf. ob. cit.*, p. 300. Em termos que não apresentam novidades em relação ao tratamento da matéria pela doutrina europeia, MOREIRA NETO debruça-se sobre os *modos de actuação* do poder de polícia, concretizados na *ordem de polícia* (entendida como preceito legal, de acordo com a reserva constitucional do art. 5.º, II), no *consentimento de polícia* (autorização ou licença), na *fiscalização de polícia* e na *sanção de polícia* — sobre esta matéria, *cf. ob. cit.*, pp. 301-304.

aos Municípios, distinguindo “didacticamente”, no seio desta polícia, os sectores da *polícia da atmosfera*, da *polícia das águas e dos oceanos*, da *polícia da flora*, da *polícia da fauna* e da *polícia rural* — como uma das “espécies” do poder de polícia, por ser sobretudo ao direito administrativo de cada país que cabe estabelecer as suas próprias medidas de tutela ambiental¹⁸⁹; mas, por outro, vai enquadrar no âmbito da *actividade de ordenamento social* — como vimos, uma das outras quatro modalidades da actividade administrativa — a disciplina do meio ambiente, corporizada no *direito administrativo ambiental*, objecto de uma das secções na qual é estudado este outro tipo de acção administrativa¹⁹⁰.

Também Celso Ribeiro Bastos não se afasta, no essencial, das concepções já analisadas, separando o *poder de polícia* e a actividade de *serviço público*¹⁹¹ — estudando ainda, de forma autónoma, a *intervenção do Estado na propriedade* e a *actuação do Estado no domínio económico*¹⁹². Quanto ao poder de polícia, em virtude das raízes norte-americanas que assinala ao instituto, o Autor estende-o aos poderes de conformação do poder legislativo, na sua “prerrogativa de traçar os contornos, os confins do exercício normal do direito” sendo, desta forma, regulado pelo direito constitucional. Em todo o caso, não ignora a utilização da expressão *polícia administrativa*, tratando-se agora de “levar a cabo aquela mesma tarefa de tornar plenamente fruíveis pelos cidadãos os direitos fundamentais. A Administração, ao fiscalizar, ao exigir o cumprimento das leis está exercendo a actividade de polícia”, embora ela por si só não restrinja direitos, limitando-se a explicitar os limites implícitos ou gravados pela própria lei, que confere essa prerrogativa à Administração¹⁹³.

Hely Lopes Meirelles apresenta concepções bastante próximas, desde logo ao definir em termos muito abrangentes o *poder de polícia administrativa* como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, actividades e direitos individuais, em benefício da colectividade ou do próprio Estado”, permitindo que este controle “a actividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional”¹⁹⁴. Assim, a finalidade em nome da qual tal poder é exercido é também muito ampla, consubstanciando-se no “benefício do bem-estar da colectividade e da preservação do próprio Estado” ou numa ainda mais genérica protecção do interesse público no seu sentido mais amplo, tudo con-

¹⁸⁹ Cfr. *ob. cit.*, p. 305 e 310 e seg.

¹⁹⁰ Cfr. *ob. cit.*, p. 378. O direito administrativo ambiental (pp. 391-406), por sua vez, é subdividido em dois ramos, em função da distinção entre o *ambiente natural* e o *ambiente urbano*: o direito ecológico e o direito urbanístico. O *direito ecológico* é delimitado por MOREIRA NETO como “o conjunto de princípios e preceitos jurídicos que tem por fim a disciplina do comportamento humano em relação ao ambiente natural, constituído pelos meios vital e inanimado”, desdobrando-se na *preservação da vida* (protecção do homem, da fauna e da flora contra a poluição e a catástrofe ecológica) e na *preservação dos elementos físicos da natureza* (protecção e reconstituição dos recursos naturais terrestres, hídricos e aéreos) — cfr. *ob. cit.*, p. 392.

¹⁹¹ A qual consiste, no seu entender, “no conjunto de actividades que a Administração presta visando o atendimento de necessidades que surgem exactamente em decorrência da vida social, própria do homem, embora também atendam interesses individuais. Trata-se, portanto, fundamentalmente da satisfação de algo que emerge da vida em sociedade”: cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 158.

¹⁹² Nos pontos 11 (pp. 203-236) e 12 (pp. 237-274) da sua obra, respectivamente.

¹⁹³ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 144-147.

¹⁹⁴ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ª edição actualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 129.

duzindo a uma igual amplitude na *extensão* do poder de polícia que, no entender do Autor, abrange hoje a protecção da moral e dos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controlo de publicações, a segurança das construções e dos transportes e a segurança nacional¹⁹⁵.

De assinalar ainda que a doutrina atribui a competência para o exercício de actividades de polícia administrativa às três entidades que gozam igualmente de competências para o exercício da função política no Brasil: a União, os Estados e os Municípios.

Duas últimas notas se impõem sobre o direito brasileiro. A primeira, para destacar que o direito administrativo do ambiente da primeira geração se constituiu, no Brasil — como veremos com mais pormenor no capítulo seguinte — em boa parte integrado nos poderes de polícia administrativa de que dispõem as competentes autoridades administrativas. A segunda tem a ver com a actual utilização do termo *regulação* — à imagem do que vimos suceder na Europa — para referir a ordenação de matérias que, no direito tradicional, caberiam em grande parte sob a alçada do poder de polícia ou, numa acepção mais neutra, dos poderes administrativos de ordenação e intervenção. No entanto, não nos debruçaremos agora sobre esta matéria, a ser tratada na Parte II¹⁹⁶.

5. O direito de polícia em Portugal

Atendendo ao grande paralelo entre os sistemas europeus continentais onde vigora o sistema administrativo de tipo francês ou de administração executiva no que se refere à caracterização da *polícia* como uma das formas mais relevantes e típicas da actividade administrativa e às linhas fundamentais do *direito de polícia*, não se pode considerar surpreendente que comecemos por destacar a forte proximidade entre a noção de polícia e as grandes questões discutidas a propósito da polícia em sentido funcional ou polícia administrativa no nosso país e nas ordens jurídicas europeias analisadas, com especial destaque para a Alemanha e, sobretudo, para a França¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cfr. *ob. cit.*, p. 130 e p. 132.

¹⁹⁶ Apenas para sublinhar a ligação entre as duas matérias, cfr. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002. Ao abordar a *regulação nas actividades administrativas* (pp. 69-159) este Autor pretende distinguir a função regulatória das funções administrativas tradicionais, começando pela *polícia administrativa*, definida como a competência da administração para “estabelecer, de acordo com a lei, limitações e condicionamentos à liberdade individual em prol do interesse colectivo” (cfr. p. 69 e seg.), abrangendo quatro momentos diferentes (cfr. pp. 70-76): o do *comando*, traduzido na imposição de um limite, por lei ou por outra norma (podendo ser um órgão regulador a estabelecê-lo, explicitando ou integrando o preceito legal com conceitos técnicos, p. ex. através da fixação dos limites de emissão de gases ou resíduos); o do *consentimento*, concretizado na verificação do cumprimento desses limites e consubstanciado em *licenças, autorizações e permissões*; o da *fiscalização* (verificação do cumprimento dos limites definidos no comando); e o da aplicação da *sanção*, em caso de incumprimento.

¹⁹⁷ Esse paralelo resulta bem claro da leitura do trabalho monográfico de SÉRVULO CORREIA sobre o tema (cfr. “Polícia”, cit.): marcando a diferença em relação ao conceito de polícia nos direitos anglo-saxónicos, o Autor considera que nos países ligados, na sua génese, ao modelo francês de origem napoleónica a polícia é entendida (num sentido eminentemente *funcional*) como “uma actividade caracterizada pelo fim de prevenção de danos ilegais e pela restrição da liberdade das condutas individuais que envolvam o perigo de gerar esses danos”.

Desta forma, também em Portugal¹⁹⁸ se viveu a fase histórica correspondente ao culminar do movimento de evolução do Estado moderno, que desembocou no “Estado de Polícia”, no qual a *polícia* — entendida como actividade destinada a elevar a condição material e espiritual do conjunto uniforme dos súbditos, que reconhece no seu “soberano iluminado” o expoente máximo da Razão, aquele que está em contacto directo com “as Luzes”¹⁹⁹ — e o respectivo poder se afirmam como a nota que melhor caracteriza o novo Estado. Assim, a actividade de polícia traduzia-se na *promoção do bem-estar social* (ou, mais exactamente, a forma segundo a qual o Rei entendia que melhor servia essa promoção) e toda a actividade administrativa *concreta* do soberano e dos seus agentes directos destinada a realizar o bem comum dos súbditos se identificava com a actividade de polícia.

No século XIX, apesar das profundas mudanças no relacionamento da Administração com o Direito — nomeadamente em virtude da afirmação do princípio da legalidade da Administração, que marcou a submissão desta ao direito público e o próprio nascimento do direito administrativo — a Administração mantém um largo campo de actuação discricionária, que leva alguns autores a considerarem a polícia como um “processo governativo eminentemente discricionário, subtraído à lei pelas vicissitudes do bem comum e da segurança pública”²⁰⁰. Uma vez que o conceito de polícia praticamente se identificava com o de Administração Pública, fecha-se o círculo e determina-se que a actividade de polícia corresponde, na prática, à (a toda a) actividade administrativa concreta, com exclusão daquela que fosse meramente executiva.

De qualquer modo, a afirmação do princípio da legalidade da Administração e a inerente submissão do Estado à lei não pode deixar de representar mudanças no exercício dos poderes de polícia, a qual deve agora tomar as medidas necessárias para a manutenção da ordem, segurança e tranquilidade públicas, fazendo face aos perigos de perturbação e à violação desses valores. A administração de prestação ainda não se manifesta, o que conduz a uma administração configurada quase exclusivamente como de autoridade, devendo para o efeito ter a necessária habilitação legal.

Em face do paralelo com o quadro histórico já traçado, não faz sentido usar mais linhas na caracterização da evolução histórica do direito de polícia em Portugal, muito próximo dos seus congéneres francês e alemão. Por esta razão, vamos centrar-nos apenas na configuração da polícia no século XX, no que seremos auxiliados pela principal doutrina sobre o tema baseada, antes de mais, no pensamento de Marcello Caetano²⁰¹.

Em face desse paralelo, SÉRVULO CORREIA propõe uma noção de *polícia em sentido funcional* entendida como “a actividade da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica”, noção com a qual pretende abranger os direitos nacionais da Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Itália, Portugal e Suíça (cfr. p. 394).

¹⁹⁸ A breve nota histórica subsequente tem por base, em especial, as obras de ROGÉRIO SOARES (*Interesse Público...*, cit., p. 54), MARCELLO CAETANO (*Manual...*, vol. II., cit., pp. 1145-1199) e CATARINA CASTRO (*A questão das Polícias...*, cit., pp. 21-27).

¹⁹⁹ Segundo ROGÉRIO SOARES foi com o Iluminismo que a expressão “polícia” — juntamente com a de “soberania” — recebeu o seu “reconhecimento oficial”: cfr. *Interesse Público...*, cit., p. 56.

²⁰⁰ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1147.

²⁰¹ Sobre o tema, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., pp. 1145-1199; *id.*, *ibidem*, vol. I, 10.^a ed., 7.^a

Na segunda parte do século xx estabilizou-se o entendimento doutrinal da polícia como acção administrativa interveniente no exercício das actividades individuais que sejam susceptíveis de colocar em perigo *interesses gerais*, conceito que se reconduz a todos aqueles que as leis indiquem como fins a prosseguir pelas diversas actuações administrativas condicionantes da liberdade e do comportamento dos indivíduos. Marcello Caetano²⁰² põe em evidência as circunstâncias de se tratar de um *modo* da actividade administrativa traduzido numa *actuação de autoridade*, de estar em causa a *intervenção no exercício das actividades individuais* (o que pressupõe a existência de normas de conduta dos particulares e a possibilidade da sua violação) que sejam susceptíveis de *fazer perigar interesses gerais*, bem como o facto de o seu objecto próprio se reconduzir à *prevenção dos danos sociais*²⁰³, o que não contradiz o conteúdo discricionário dos poderes de polícia, pois apenas o seu fim é vinculado — sendo neste contexto que ganha sentido a definição proposta de polícia como “o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”. Ou, noutros termos e reportando-se à polícia em sentido lato, a *actividade preventiva* do Estado por intermédio da qual este *acompanha, vigia e fiscaliza* a actividade dos indivíduos com o objectivo de evitar que dela resulte ofensa dos mais importantes interesses sociais protegidos pelo direito, configurando a actividade policial como uma das formas da função executiva²⁰⁴.

O carácter administrativo da *actividade* policial nunca está em causa, uma vez que a sua finalidade é a *prevenção dos danos sociais* perspectivados como prejuízos causados à vida em sociedade ou que, de qualquer forma, ponham em causa a convivência dos seus membros, estando desta forma sempre em jogo *interesse colectivos*.

As ideias predominantes do pensamento de Marcello Caetano em relação à polícia administrativa — o que, permitimo-nos desde já relevar, explica o interesse determinante que os seus instrumentos vão revestir na edificação da primeira geração do direito do ambiente — são as de *prevenção* e de *perigo*: o campo onde a polícia actua é este, com o objectivo de evitar que os perigos se convertam em danos²⁰⁵.

Apesar de se notarem algumas alterações, sobretudo como fruto da afirmação do Estado *social* de direito, o legado de Marcello não vai ser abandonado com a mudança de regime político, em 1974: com ela *multiplicam-se os bens sociais susceptíveis de protecção policial* em face da tendência para considerar como tal todos os bens que a ordem jurídica tutele e que possam ser ameaçados por condutas perigosas dos particulares²⁰⁶.

reimpressão, p. 11; id., *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Brasil, 1977, 2.ª reimpressão portuguesa, Almedina, 2003, pp. 265-282. Cfr. também o já citado estudo de SÉRVULO CORREIA (“Polícia”, cit.) e, do mesmo Autor, *Noções de Direito Administrativo*, cit., pp. 246-251. Também se pode encontrar diversa informação com muito interesse para o tema em ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público...*, cit., p. 54, 57-61 e 66 e segs. Mais recentemente, cfr. o estudo de CATARINA CASTRO, *A questão das Polícias...*, cit., especialmente pp. 21-104 e 393-397.

²⁰² Cfr. *Manual...*, vol. II, cit., pp. 1149-1152.

²⁰³ Numa outra obra (cfr. *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 271) o Autor é um pouco mais preciso, reportando-se à “prevenção dos perigos causadores de danos sociais”.

²⁰⁴ Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, cit., p. 11.

²⁰⁵ De forma expressa neste sentido, cfr. *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 268.

²⁰⁶ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 403. Note-se que, numa das suas últimas obras, Marcello Caetano já

Ao nível da fonte suprema de direito interno — a Constituição — confirma-se este mesmo alargamento e uma *concepção ampla dos fins de polícia* que, no limite, abrange todos os interesses gerais que sejam protegidos por lei e possam ser colocados em cheque (isto é, em risco de dano) por condutas individuais perigosas, que a polícia administrativa tem o fim de controlar²⁰⁷.

E se pensarmos em especial na actuação administrativa policial destinada a controlar — isto é, a *prevenir os perigos*, a evitar que os perigos se transformem em *danos* ou, no limite, a reagir aos danos causados — as actividades particulares com incidências económicas ou resultantes do exercício da livre iniciativa privada (isto é, na *polícia económica*) a realidade não muda: tendo por pano de fundo esta polícia económica, Cabral Moncada mostra-nos como a polícia, no moderno Estado de Direito, “consiste na *interferência unilateral da Administração*, sob o império da lei, no *desenvolvimento da actividade dos cidadãos* de modo a impedir que se verifiquem ou agravem prejuízos que essa actividade é susceptível de desencadear”²⁰⁸. Centrando-nos na análise actual dos problemas da polícia em Portugal, a doutrina continua a salientar a enorme polissemia do conceito, o qual se reporta a realidades e tem utilizações bastante diferenciadas, tanto ao nível da linguagem comum, como da técnica — nomeadamente da técnico-jurídica.

Pondo de lado o conceito *orgânico* ou *institucional* (*grosso modo* reportado aos organismos e serviços administrativos encarregados do exercício da actividade policial e que se reconduz às *autoridades de polícia* e aos *corpos* ou *serviços de polícia*) e o conceito *formal* (a actividade realizada pela polícia em sentido institucional)²⁰⁹, tem para nós interesse centrarmo-nos nos conceitos *material* e *funcional* de polícia. A polícia em sentido material pode ser ligada a alguns dos conceitos chave da doutrina germânica, pois pelo menos alguma doutrina²¹⁰ propõe a recondução do conceito de polícia em sentido material à actividade

intuía as mudanças e, em particular, o aumento do número das normas de polícia, que mostravam que nenhum Estado moderno fugia a ser um Estado policial e que a vida dos cidadãos estava “cada vez mais enleada numa rede vasta e miúda de regulamentos”; e este Estado policial, ao “procurar evitar ao máximo os danos que as actividades perigosas possam causar, também dificilmente deixará de ser paternalista (...); o Estado tem o dever de ajudar os cidadãos a cumprir as leis vigentes, informando-os, avisando-os, condicionando condutas, sinalizando locais, acompanhando vigilante os seus passos — e tudo isto é Polícia”: cfr. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 269.

Nos mesmos termos daquilo que vimos ter sucedido na Europa continental, nalguns domínios específicos do direito da defesa de perigos, nomeadamente no direito do ambiente, o emergir do *princípio da precaução* como princípio jurídico específico ilustra também este alargamento das situações e dos comportamentos que justificam a actuação da polícia, uma vez que não é necessária a existência de um perigo concreto para justificar as medidas de polícia, sendo suficiente que a produção do perigo não esteja excluída (pois o princípio da precaução, ao nível da tutela ambiental, pode ser expresso por intermédio da máxima *in dubio pro ambiente*): neste sentido, cfr. CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 69-71.

²⁰⁷ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 402.

²⁰⁸ Cfr. *Direito Económico*, cit., p. 465; itálicos nossos.

²⁰⁹ Sobre estes conceitos, definidos nos termos apresentados em texto, cfr. CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, pp. 27-36. SÉRVULO CORREIA define *polícia em sentido institucional ou orgânico* como “todo o serviço administrativo que, nos termos da lei, tenha como tarefa exclusiva ou predominante o exercício de uma actividade policial” (cfr. “Polícia”, cit., p. 406).

²¹⁰ Cfr. CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 64-69. Segundo esta Autora quer a actividade administrativa se traduza na *limitação* de direitos quer em actividades de *prestação* (nos termos que veremos em seguida no texto), *o que define a polícia é a ideia de prevenção do perigo*: a natureza da polícia é a *prevenção do perigo*, pois trata-se de uma actividade destinada a afastar as situações de perigo para o interesse público, num

administrativa que visa a *defesa perante perigos* — independentemente de saber qual seja a entidade que a desempenha — conceitos estes que, como vimos, são centrais na abordagem germânica, que reconduz hoje, em grande medida, o tradicional direito de polícia ao *direito da defesa de perigos* (Gefahrenabwehr).

Em relação ao sentido funcional, ele é apresentado por Sérvulo Correia como a noção central nesta matéria, definindo *polícia em sentido funcional* nos termos que vimos²¹¹.

Do que já foi dito resulta, pelo menos em parte, a delimitação material do conceito de polícia. Todavia, pode ir-se um pouco mais longe²¹² e salientar, não apenas que esta noção está muito para lá da polícia de segurança, mas também que é aqui que sobretudo se faz sentir o alargamento do domínio da actividade de polícia: ela não compreende hoje apenas uma dimensão negativa, de actividade de *limitação* ou de *administração agressiva* das posições jurídicas dos administrados, mas também uma *actividade positiva* de satisfação de necessidades colectivas e mesmo de promoção do bem-estar colectivo²¹³. Deve ter-se por base o entendimento de acordo com o qual os direitos fundamentais não são meros direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, mas têm também de ser compreendidos como direitos à protecção, podendo as tarefas de polícia constituir, neste contexto, uma *obrigação*²¹⁴.

Mesmo se pretendêssemos limitar a polícia à tutela da *segurança pública*, tal valor não se destina apenas a proteger bens individuais (relativos à defesa da vida, da integridade física, da honra, da liberdade ou do património dos indivíduos), mas também à defesa de *bens colectivos* que, à imagem do que vimos verificar-se noutras ordens jurídicas, se relacionam com a integridade do ordenamento jurídico ou com a protecção do próprio Estado e das suas instituições.

E quando nos reportamos especificamente aos indivíduos e à tutela dos seus direitos, na actividade material de polícia não está apenas em jogo impor limites, restrições ou condicionamentos aos direitos dos particulares (com a finalidade de afastar os eventuais perigos que do seu exercício resultem para os interesses sociais gerais ou para a sua agregação num conceito unitário de interesse público). A doutrina administrativista e constitucionalista que se tem debruçado sobre estes temas²¹⁵ tem salientado a dimensão positiva desta realidade,

sentido preventivo; o *perigo*, pelo seu lado, consiste numa situação de facto ou comportamento com *probabilidade* suficiente para causar num determinado tempo um dano para bens jurídicos sendo, desta forma, um estado anterior ao provável dano. Também toda a obra de NOGUEIRA DE BRITO (“Direito de Polícia”, cit., *passim*, especialmente p. 357 e segs.) tem subjacente a ideia de basear o direito de polícia no conceito de perigo para um bem jurídico protegido, definindo a noção de *perigo*, subjacente ao controlo ou prevenção de perigos, como a situação ou o comportamento “aptos a causar, com suficiente probabilidade e em tempo determinado, pelo decurso dos acontecimentos, um dano para bens jurídicos protegidos” (*ob. cit.*, p. 306 e seg.).

²¹¹ Cfr. *supra*, nota 197. Em termos muito próximos, cfr. CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., p. 30.

²¹² Como faz CATARINA CASTRO: *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 53-65.

²¹³ Cfr. CABRAL MONCADA, *Direito Económico*, cit., p. 466.

²¹⁴ Seguimos aqui CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 46-53. Em sentido próximo, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 335 e seg. — falando, a propósito do sentido positivo da actuação policial, num “dever constitucional de *prestação vinculada* por parte do Estado”.

²¹⁵ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit. p. 403 e seg. e CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 46-53. Particularmente esclarecedor é aqui o ensino de Vieira de Andrade, a propósito do elenco das posições jurídicas subjectivas substantivas (públicas) de vantagem (ou favoráveis) dos particulares em face da Administração: Vieira de Andrade inclui nos direitos subjectivos a categoria dos *direitos transitivos* ou de *natureza obrigacional*, salientando que eles existem sobretudo no contexto da administração social e que compreendem “direitos a pres-

mesmo na perspectiva dos direitos dos cidadãos, uma vez que estão em jogo *direitos a prestações*, o que releva para a assunção de obrigações por parte das autoridades administrativas responsáveis pelo exercício das funções de polícia (que não pode ser vista como um poder, nem apenas como um *dever jurídico*, mas também como uma *obrigação*, pois do outro lado da relação existe um sujeito que tem um direito à protecção perante perigos) e para a configuração de alguns actos de polícia não como actos restritivos mas, pelo contrário, como actos ampliativos²¹⁶.

Em certos termos, pode-se dizer que existe aqui uma relação biunívoca entre os perigos e os sujeitos ou as posições jurídicas carecidas de protecção: por um lado, é necessário proteger a sociedade e o interesse público dos perigos causados pelos indivíduos e pelos danos em que tais perigos podem degenerar; mas, por outro, é necessário defender cada indivíduo dos perigos causados pela sociedade, pelos seus membros e, nomeadamente na arena ambiental, dos perigos que a natureza pode causar para os indivíduos, ainda que em resultado, directo ou indirecto, da acção humana.

Centrando a nossa análise no estudo da *polícia administrativa*, também em Portugal é corrente a distinção entre a *polícia administrativa geral* e as *polícias administrativas especiais*. Segundo Marcello Caetano, a primeira reconduz-se à actividade policial que visa a *observância* e a *defesa da ordem jurídica globalmente considerada*, destinando-se a garantir genericamente a *segurança pública* e a defesa dos *bons costumes*²¹⁷, o que permite desde logo a sua distinção em relação à polícia judiciária: enquanto esta se destina à *investigação* das infracções, a polícia administrativa tem *carácter preventivo* — sendo a *polícia de segurança* uma parte desta polícia administrativa geral, uma vez que é a actividade de polícia que previne *perigos gerais* que não ocorrem em nenhum domínio específico, pondo apenas em causa a *segurança*. A polícia administrativa (geral ou em sentido amplo) dedica-se, nos termos que vimos também em relação a outros ordenamentos jurídicos, à *prevenção de perigos* e, hoje em dia, também de *riscos* — embora haja autores que caracterizam esta polícia administrativa geral ou em sentido amplo através da prática de *medidas preventivas* e *repressivas* que têm por fim impedir que da actividade dos particulares resultem danos para a sociedade ou para outros particulares, salientando que neste domínio não há uma especialização de fins para além do afastamento de perigos²¹⁸.

A polícia administrativa em sentido estrito — conceito que se reporta às *polícias administrativas especiais*, designação de uso mais corrente — tem por objecto sectores espe-

tações decorrentes do dever estadual de protecção efectiva dos *direitos, liberdades e garantias* dos particulares”, salientando que mesmo os direitos de liberdade, que tradicionalmente se dirigem à *abstenção* da parte do Estado, implicam que este garanta a sua realização em face de terceiros, nomeadamente perante poderes privados. Dentro dos *direitos limitados*, por sua vez, autonomiza a figura dos “*direitos prima facie*” a qual comporta posições subjectivas em que estão em causa interesses próprios de particulares individualizados, mas cujo conteúdo não está totalmente determinado na lei, dependendo da concretização ou densificação administrativa para o seu exercício em concreto, incluindo entre os exemplos de tal categoria o “direito à protecção policial, em face da escolha administrativa dos meios”. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa — Lições*, Almedina, Coimbra, 11.ª ed., 2011, pp. 62-64.

²¹⁶ É isso que acontece, por exemplo, com as autorizações de polícia, “actos essencialmente ampliativos, emobra possam conter cláusulas acessórias de efeito ablativo”: cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 395.

²¹⁷ Cfr. *Manual...*, vol. II, cit., p. 1154; e *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 273.

²¹⁸ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 401.

cíficos da ordem jurídica ou da vida social como a saúde pública, a economia nacional, os transportes, a prestação de trabalho, etc.²¹⁹.

Apesar do seu progressivo alargamento, o sentido hodierno das polícias administrativas especiais não se modificou, considerando por exemplo Sérvulo Correia que se trata das actividades policiais que têm por objecto a observância e a defesa de *certos ramos da ordem jurídica*, apresentando um elenco que não contém grandes novidades: a polícia sanitária, a polícia económica, a polícia dos transportes, a polícia de viação e a polícia do trabalho, numa lista meramente exemplificativa²²⁰.

Como nota Catarina Castro²²¹, a actividade das polícias especiais desenvolve-se em determinados âmbitos específicos (continuando a apresentar os exemplos da saúde, do trânsito e do urbanismo) por intermédio de órgãos e serviços que têm competências de outros tipos, exercendo as suas funções de polícia em relação a um interesse colectivo e a um ramo do direito especiais. Este último ponto tem especial interesse para fazer a "ponte" em relação à alusão que se pode fazer a uma *polícia administrativa do ambiente*, naturalmente como polícia especial, não por existir uma polícia "verde" perfeitamente autonomizada das diversas polícias especiais mas, pelo contrário, diversas polícias especiais com competências dispersas no quadro da protecção ambiental: se por um lado não existe, na grande maioria dos casos, uma polícia do ambiente em termos formais, por outro pode falar-se, em coerência com a transversalidade do direito do ambiente, numa dispersão das polícias ambientais, no sentido de se agregarem às competências de diversas polícias administrativas especiais competências em matéria ambiental²²².

Outro aspecto que tem sido posto em destaque pela doutrina nacional — na linha

²¹⁹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1154. Depois da enumeração destes sectores, o insigne administrativista procede, na mesma obra, ao estudo de algumas modalidades da polícia administrativa especial: da *polícia sanitária* (higiênica, bromatológica ou da alimentação pública e médica); da *polícia económica*, a qual reveste para nós interesse particular, uma vez que se reporta às *limitações da liberdade individual* impostas a fim de assegurar o regular desenvolvimento das actividades tendentes à satisfação das necessidades humanas pela aplicação de bens materiais, com vista a assegurar a produção e circulação dos bens económicos, sendo dividida por Marcello Caetano em quatro domínios específicos, das polícias *rural*, *industrial* (onde assumem relevo a classificação das indústrias em *insalubres*, *incómodas ou perigosas*, bem como disposições relativas a indústrias especiais, como a eléctrica; muitas das indústrias ou modos de laboração ficam dependentes de *licenças*, considerando que o *condicionamento industrial* pertence à alta polícia económica; também estão relacionadas com a polícia industrial as medidas policiais relativas ao *trabalho*), *comercial* e a *polícia de emigração*; por último, trata a *polícia das edificações* e a *polícia de viação*.

Não deixa de ser relevante assinalar o facto de, numa obra posterior (cfr. *Princípios Fundamentais...*, cit., p. 281 e seg.), Marcello Caetano referir (a propósito das polícias especiais) a crescente importância da polícia dos *locais e processos de trabalho*, nomeadamente para defender os trabalhadores das actividades insalubres; e da *prevenção da poluição*, que "é hoje uma importante área da actividade policial que se relaciona com a polícia das indústrias e das águas públicas".

²²⁰ Cfr. *Noções de Direito Administrativo*, cit., p. 249.

²²¹ Cfr. *A Questão das Polícias...*, cit., pp. 93-97.

²²² Expressamente neste sentido, cfr. MARIA ATAÍDE NAMORADO, "Direito do Ambiente e Polícia Administrativa", *RDAOT*, n.º 2, Março 1996, pp. 21-41 (pp. 32-39). A Autora não põe de lado a existência de algumas "polícias do ambiente" (apresentando como exemplos os casos da polícia marítima, dos vigilantes e guardas da natureza e dos guarda-rios), mas coloca o acento tónico, quanto a nós com razão, no exercício de competências ambientais por autoridades que não são unicamente autoridades policiais, uma vez que dispõem de competências de outros tipos, sendo neste contexto que trata a "fragmentação orgânica e funcional da Polícia Administrativa do Ambiente" (pp. 34-36).

daquilo que acontece noutras ordens jurídicas, em especial na alemã — relaciona-se com a grande extensão dos poderes discricionários da polícia, no seu sentido tradicional, alargada a grande parte dos sectores em que hoje se desdobra a polícia administrativa geral e às polícias administrativas especiais. Sem pôr em cheque o carácter *vinculado* dos *fins* de polícia — à imagem do que acontece em todo o domínio do direito administrativo, onde o *fin* e as *competências* são aspectos sempre vinculados da actividade administrativa, nos termos legalmente consagrados no n.º 1 do art. 3.º do CPA, em face do qual os órgãos administrativos actuam “(...) dentro dos limites dos *poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins* para que os mesmos poderes lhes forem conferidos” (itálicos nossos) — o *conteúdo* de grande parte dos poderes de polícia e dos respectivos actos postos é discricionário²²³.

Em termos de direito vigente, a nota da discricionariedade da actuação de polícia tem a sua base na própria Constituição, a qual utiliza cláusulas gerais para a definição das respectivas funções²²⁴: seja em geral, no n.º 1 do art. 272.º, onde dispõe que “A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”, seja no que se refere às polícias municipais em particular, no n.º 3 do art. 237.º (“As polícias municipais cooperam na manutenção da tranquilidade pública e na protecção das comunidades locais”).

A discricionariedade é uma marca de *toda* a polícia administrativa, uma vez que, como assinala Sérvulo Correia, “A pluralidade ilimitada de circunstâncias em que perigos para os interesses públicos exigem acções preventivas por parte da Administração não se compadece com a exigência de uma tipificação normativa de todas as possíveis condutas administrativas”²²⁵. O facto de a polícia — em particular a polícia de segurança — ter intervenções com grande “peso” junto das posições mais dignas e relevantes dos administrados não invalida esta conclusão: a intervenção da actuação policial, designadamente por intermédio de ordens, na esfera dos *direitos, liberdades e garantias* encontra fundamento na lei e é, desta forma, aceite pela doutrina²²⁶.

Quanto ao aspecto formal da actividade de polícia, os regulamentos policiais têm grande importância na densificação das normas legais que definem as *finalidades* e atri-

²²³ Segundo NOGUEIRA DE BRITO (“Direito de Polícia”, cit., p. 442 e seg.) a discricionariedade policial abrange a *discricionariedade de decisão* (saber se a polícia deve actuar ou não) e a *discricionariedade de escolha* (escolha entre várias medidas conformes ao direito, podendo ainda o órgão ou agente completar o conteúdo concreto do acto).

²²⁴ Em termos diferenciados do que acontece no direito comparado: como nota CATARINA CASTRO (*A Questão das Polícias...*, cit., p. 76), “Diferentemente de outros países, em Portugal, apesar da sua utilização constitucional, não resulta desta cláusula a limitação das finalidades de polícia à prevenção de perigos para a ordem ou segurança públicas”. Todavia, apesar desta (aparente) maior amplitude da cláusula constitucional, a Autora interpreta a norma do art. 272.º, n.º 2, da CRP em termos restritivos (cfr. p. 82 e segs., em especial p. 88 e seg.), defendendo que ela *não obsta à necessidade de previsão legal das medidas de polícia*, o que vale mesmo para os casos em que está em causa o exercício de poderes discricionários — nomeadamente tendo em conta o facto, por nós salientado no texto, de a *competência* e o *fin* da actuação administrativa (no caso, da actuação de polícia) serem aspectos sempre determinados pela lei, bem como a concepção de acordo com a qual o exercício dos poderes discricionários deve sempre obediência ao Direito, em sentido amplo, ainda que o conteúdo dos actos não resulte directa e imediatamente da lei.

²²⁵ Cfr. *Noções de Direito Administrativo*, cit., p. 247.

²²⁶ Nesse sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 334 e segs.

buem as *competências* às autoridades administrativas policiais para a prossecução das *tarefas* que permitem a realização daqueles fins (a defesa da legalidade democrática, a garantia da segurança interna e a defesa dos direitos dos cidadãos, nos termos constitucionais)²²⁷. Desta forma, com base na necessária habilitação legislativa, os regulamentos vão desenvolver as restrições colocadas pelas leis de polícia ao livre exercício da iniciativa privada, com o objectivo de prevenir ou evitar que, em consequência de condutas perigosas dos indivíduos, se verifiquem danos para a sociedade ou para o interesse público²²⁸.

Todavia, é por intermédio de actos com conteúdo individual e concreto que sobretudo se exerce a actividade administrativa de polícia. Assim, no que à *actividade material* se refere — embora as actividades a que nos vamos referir, apesar de tradicionalmente serem quali-

²²⁷ A admissibilidade de regulamentos policiais não suscita quaisquer dificuldades na medida em que se trate de regulamentos executivos: este tipo de regulamentos, nomeadamente quando elaborados pelo Governo, são admissíveis em toda a área de reserva de competência absoluta e relativa da Assembleia da República e, mesmo no âmbito do regime dos direitos, liberdades e garantias a sua admissibilidade não é posta em causa, pois a reserva de competência, mesmo quando absoluta, não exclui o contributo do Executivo para a dinamização da ordem jurídica: expressamente neste sentido, cfr. LUÍS CABRAL MONCADA, *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, 2002, p. 1032 e seg. Este Autor considera a função do regulamento executivo, a este nível, “verdadeiramente insuprível”, sublinhando que “A reserva (absoluta) de lei não significa preclusão da função administrativa” (*ob. cit.*, p. 1034). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA são, neste domínio, bastante restritivos em função da forma como interpretam o *princípio da tipicidade legal* plasmado no n.º 2 do art. 272.º da CRP: todos os procedimentos de polícia, incluindo naturalmente os regulamentares, estão sujeitos aos princípios da precedência da lei e da tipicidade legal, o que implica que “além de terem um fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei”: cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. revista, 2010, vol. II., p. 860.

A questão pode revelar especial complexidade a propósito dos *regulamentos de polícia* (nomeadamente polícia de segurança) elaborados por órgãos locais dependentes do Governo: ao tempo, estariam em causa os Governadores Cívicos que, ao abrigo do disposto na al. c) do n.º 3 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro (estatuto orgânico e competência dos governadores cívicos, na sua redacção originária, alterada, quanto a este art. 4.º, pelo Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro), dispunham de competência “no exercício de funções de polícia” para “elaborar regulamentos obrigatórios em todo o distrito sobre matérias da sua competência policial que não sejam objecto de lei ou regulamento geral (...)” (itálicos nossos). Na opinião de CABRAL MONCADA (*ob. ult. cit.*, pp. 1084-1086) tratava-se de uma competência para que os Governadores Cívicos, pelo menos potencialmente, elaborassem *regulamentos independentes*, em face da inexistência de uma lei prévia, interferindo assim no domínio reservado à lei uma vez que “as normas de direito policial interferem sempre no regime dos direitos dos cidadãos, em maior ou menor medida”. O que é fortemente criticado pelo Autor, por se permitir desta forma a um órgão descentralizado do Governo algo que não é permitido ao próprio Governo, isto é, uma interferência autónoma no domínio da reserva de lei, considerando mais do que duvidosa a constitucionalidade da norma em questão, em virtude da susceptibilidade de aqueles regulamentos potencialmente afectarem o âmbito do exercício constitucionalmente protegido dos direitos fundamentais, o que deveria admitir apenas uma intervenção (meramente) executiva e/ou concretizadora da lei. Noutro local da mesma obra (p. 1146) conclui o seu pensamento da seguinte forma: “Os tradicionais regulamentos policiais dos Governadores Cívicos afectam facilmente os direitos fundamentais. Sendo assim, é difícil a respectiva conciliação com a reserva de lei formal em matéria de restrição àqueles direitos”. A confirmar a justeza das críticas, tal redacção foi alterada somente três anos após a publicação da norma, por intermédio do citado Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro.

Estas competências dos governadores cívicos perderam o seu sentido, no momento de conclusão da nossa dissertação, em virtude da publicação da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro, a qual “Transfere competências dos governos cívicos e dos governadores cívicos para outras entidades da Administração Pública em matérias de reserva de competência legislativa da Assembleia da República”.

²²⁸ Em sentido próximo, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 10.ª ed., 7.ª reimpressão, p. 100 — defendendo que os *regulamentos de polícia* “têm por objecto o estabelecimento de restrições à liberdade individual, a fim de prevenir (ou evitar) que em consequência de condutas perigosas dos indivíduos se verifiquem danos sociais” (restrições que devem ser autorizadas por lei formal).

ficadas como “materiais”, terem de ser chamadas para dentro do mundo jurídico, em face da sua regulamentação pelo direito e por poderem determinar, directa ou indirectamente, lesões para os direitos subjectivos e outras posições jurídicas materialmente protegidas dos cidadãos — destacam-se as actividades de vigilância, inspecção, controlo e fiscalização. Se bem que, num certo sentido, todos os actos de polícia se possam caracterizar por levar a cabo actividades de *controlo*, pois pretende fazer-se face a condutas perigosas dos particulares que ponham em causa os direitos dos outros cidadãos, a segurança e a “paz” públicas e o próprio interesse público, no que à actividade material (apenas no sentido de não decorrer directa e imediatamente dum acto administrativo formal) da Administração Pública se refere estão em jogo acções de acompanhamento e vigilância das condutas (especialmente das perigosas) dos cidadãos, o que exige por vezes a realização de acções de fiscalização, com vista a determinar o cumprimento das normas aplicáveis e dos actos jurídicos formais (nomeadamente autorizações) que regulem tal actividade²²⁹.

Quanto aos actos da Administração Pública em matéria policial com o valor formal de *actos administrativos* ganham saliência as *autorizações administrativas* e as *ordens*, com destaque especial, dentro destas últimas, para as proibições. Começando pelos actos com conteúdo negativo ou limitativo dos direitos dos particulares, as *ordens* não assumem entre nós especificidades dignas de nota: são *actos impositivos* que, quando revestem um conteúdo positivo podem ser qualificadas como *comandos* (impõem obrigações de conteúdo positivo, que podem ser de fazer, de dar ou de suportar) e, quando têm um conteúdo negativo (restringindo a liberdade), como *proibições*²³⁰.

Para além destes actos que impõem condutas, positivas ou negativas, existe também uma relevantíssima categoria de actos de polícia que podem genericamente ser designados como *actos permissivos* ou como “autorizações”, ainda que por detrás deste termo aparentemente unitário se esconda uma enorme complexidade da figura, susceptível de ser entendida de múltiplas maneiras.

A autorização será objecto de um capítulo autónomo, a finalizar a Parte I da dissertação. Em todo o caso, cumpre aqui avançar que, em consonância com o que foi visto a propósito do direito europeu continental, também entre nós quando a doutrina se refere à *autorização policial* tem em mente um tipo específico de acto autorizativo: como mostra Marcello Caetano, nem todas as autorizações e licenças têm natureza policial, sendo esta inerente aos actos praticados por uma *autoridade com poderes de polícia no exercício desses poderes*²³¹. Mais do que isto interessa-nos a circunstância, posta em relevo pelo grande Mestre lisboeta ainda antes de entrarmos no último quartel do século XX²³², de haver outras autorizações que, se bem que impostas por razões de polícia, *passaram com o tempo a*

²²⁹ SÉRVULO CORREIA refere, a este propósito, que os actos de polícia se continuam a caracterizar por controlarem condutas perigosas dos particulares, usando a palavra *controlo* no sentido de uma interferência não necessariamente limitativa, mas que traduz uma ideia sempre associada à de *perigo*: cfr. “Polícia”, cit., p. 404.

²³⁰ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 144.

²³¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1167 — dando como exemplos de autorizações e licenças sem carácter policial as autorizações tutelares ou disciplinares e as licenças do superior hierárquico aos seus subalternos. No mesmo sentido de nem todas as autorizações serem actos de polícia, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, cit., p. 250.

²³² Cfr. *Manual...*, cit., vol. II, p. 1167.

justificar-se também por outras razões, dando como exemplos desta realidade a *licença de construção* (entretanto também justificada por motivos relativos à polícia das edificações e de “orientação urbanística activa”) e a *licença de condicionamento industrial* (a qual passou a ser um acto de *polícia económica* e um “instrumento de controlo tecnológico da produção”). Dizemos que esta realidade tem para nós mais interesse pois, como veremos no Capítulo III, é isso que em grande medida aconteceu com as autorizações e licenças do direito ambiental que, se na sua origem remota podiam ter por base fundamentos de “polícia administrativa”, se alargaram muito para lá de tais fundamentos, deixando-se enformar pela teleologia específica subjacente ao direito ambiental.

Os actos autorizativos são ainda actos de *controlo* de comportamentos perigosos dos particulares, ainda que alguns deles possam ser considerados ampliativos²³³, nomeadamente em função das diferenças que tradicionalmente se ligam à *autorização* e à *licença*, quando entendidas em sentido estrito: ao passo que a autorização policial era entendida, entre nós, como um acto de verificação que do exercício de um *direito* ou de uma actividade *lícita* não resultava prejuízo para o interesse público, já a licença permite o exercício de uma actividade relativamente *proibida* ou, pelo menos, *condicionada* por lei (resultando a sua outorga da verificação que de tal exercício no caso concreto por uma pessoa determinada não resulta inconveniente ou risco para os interesses que se pretende acautelar)²³⁴.

De notar que esta tipologia das mais importantes actuações de polícia vigora tanto quanto à polícia administrativa geral como em relação às polícias administrativas especiais, que também se manifestam pela edição de normas regulamentares (que executam ou complementam as regras legais que edificaram o domínio de actividade administrativa em questão), pela vigilância e fiscalização da sua observância e pela prática de actos administrativos, com prioridade para actos de conteúdo preventivo, como o são tipicamente os actos autorizativos²³⁵.

Por último, gostaríamos de mencionar dois aspectos terminológicos de que falámos a propósito do tratamento dogmático da polícia na Europa continental e aos quais voltaremos, com maior atenção, na conclusão deste capítulo — mas que não deixam também de ser pertinentes na ordem jurídica portuguesa.

O primeiro relativo à nossa preferência pelo abandono da utilização dos termos *polícia administrativa*, actividade administrativa *de polícia* ou *direito de polícia* e a utilização, no seu lugar, de expressões porventura mais abertas e com um menor “peso” do legado histórico

²³³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, “Polícia”, cit., p. 395.

²³⁴ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, cit., p. 250; e MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1167. Marcello Caetano assinala como efeito mais importante das licenças policiais o de elas colocarem o seu beneficiário ou o local licenciado *sob a vigilância especial da polícia*. SÉRVULO CORREIA, do seu lado (*ob. cit., loc. cit.*), dá como exemplo de *autorização de polícia* a “licença” camarária para a construção de um imóvel junto da via pública e como tipo da *licença policial* a carta de condução. Em termos análogos quanto à distinção entre *autorização permissiva* e *licença* (“autorização-licença” ou *autorização constitutiva de direitos*), se bem que sem se referir especificamente aos casos das autorizações e licenças de polícia, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., pp. 114-119.

²³⁵ Sobre a manifestação da *polícia económica* por intermédio de tais actuações jurídicas (e materiais), cfr. CABRAL MONCADA, *Direito Económico*, cit., p. 466 e seg.: às normas legais e regulamentares, à actividade de fiscalização da sua observância e aos actos administrativos preventivos (autorizações e licenças), CABRAL MONCADA junta ainda actos de conteúdo *repressivo*.

relativo à “polícia” como *direito administrativo de ordenação* (na linha do “*Ordnungsrecht*” alemão), *actividade administrativa de limitação* ou *de ordenação*, pensando num direito e numa actividade administrativas prioritariamente orientados para a *prevenção de perigos*. Procedendo à *ordenação administrativa* de actividades particulares susceptíveis de pôr em perigo interesses fundamentais como a segurança, a higiene, a ordem, a tranquilidade, o ambiente, o funcionamento dos mercados, etc.

Como a justo título destacou entre nós Carla Amado Gomes²³⁶, com a afirmação plena do Estado Social assistiu-se à “despedida” do conceito material de polícia enquanto actividade dirigida à garantia da *ordem pública*²³⁷ em face do alargamento desmesurado do seu universo de aplicação, aludindo igualmente à substituição da ideia de *ordem pública* por uma “síntese ponderativa dos valores acolhidos pela Constituição”, com a sua abertura aos valores da ordem constitucional aberta e pluralista do Estado de Direito²³⁸.

O segundo aspecto tem a ver com a utilização cada vez mais frequente do vocábulo *regulação*, não apenas no seu sentido estrito, de *regulação económica*, mas também num mais geral de ordenação de actividades privadas, com natural destaque para aquelas com conteúdo ou expressão económica — embora a *polícia* ou a *ordenação administrativas* devam ser vistas apenas como *uma parte* da regulação, que também comporta as medidas prévias de condicionamento da actividade económica, nomeadamente por intermédio de leis — e também no de *regulação social*, sentidos estes que estão mais próximos da realidade que temos em mente²³⁹. A *regulação social* tanto pode visar a protecção da própria actividade regulada como a prossecução de finalidades exteriores à actividade económica, nomeadamente de outras actividades ou profissões ou, ainda, outros interesses, como a *protecção ambiental* ou a segurança e os interesses dos consumidores²⁴⁰.

²³⁶ Cfr. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, 2007, p. 246 e segs.

²³⁷ Sobre a configuração tradicional do conceito de *ordem pública* entre nós, cfr. JORGE MIRANDA, “Ordem Pública”, in: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura* (Lisboa, Verbo, 1963, Vol. XIV, p. 736), definindo-a como o “Conjunto das condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos individuais”, realçando o seu *carácter instrumental* ao permitir “a realização do bem comum, aferido pelo equilíbrio entre liberdade e autoridade que é fonte de paz”. Salientando ainda o facto de a *polícia*, em especial a polícia de segurança, defender preventivamente a Ordem Pública à luz dos princípios da relevância pública das actividades objecto de intervenção policial (não podendo ser afectada a esfera privada das pessoas) e da sujeição dessa actuação, ainda quando discricionária, à lei.

²³⁸ Valores estes por sua vez sujeitos aos critérios da *concordância prática* e da *optimização* dos valores constitucionais (cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 246 e segs.). Na verdade, ainda segundo Carla Amado Gomes, o Estado Social assiste ao crescimento da importância da prevenção, tendo por suporte uma série de *leis especiais* para cada novo domínio da intervenção pública (como sempre teria de ser, em face da necessidade da existência de uma norma concretamente habilitante para legitimar a ingerência da Administração Pública na esfera jurídica dos cidadãos). E quando ao conceito de *perigo* se soma, paulatinamente, a consagração do conceito de *risco* e a precaução perante riscos desconhecidos, o conceito de perigo tem de se abrir às prognoses da probabilidade, o que torna os seus limites mais indefinidos mas notoriamente mais amplos.

²³⁹ Como nos mostra VITAL MOREIRA (cfr. *Auto-Regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43 e seg.) o Estado intervencionista (no qual a actividade administrativa “de polícia” ou “de ordenação” não cessou de aumentar) deu lugar ao *Estado regulador*, tendo o movimento da “desregulação” gerado uma nova regulação, de diferente natureza, sendo significativo o facto de a regulação social não cessar de aumentar em algumas áreas — nomeadamente pelas necessidades de proteger o ambiente.

²⁴⁰ Neste sentido, VITAL MOREIRA, *ob. ult. cit.*, p. 39 e seg.

6. Conclusão

No final deste primeiro capítulo da nossa dissertação cumpre regressar ao princípio²⁴¹ e tentar articular algumas conclusões ou, melhor, certas ideias-força do que foi visto com a análise que se segue (no Cap. II) da abordagem jurídico-administrativa do ambiente, naquilo que designamos como a sua “primeira geração”. E dessa articulação resulta a conclusão — que iremos confirmar, amadurecer e desenvolver no próximo capítulo — segundo a qual o que esteve sobretudo em causa nessa primeira abordagem foram formas, meios, instrumentos e institutos enquadrados na actividade administrativa de polícia ou de ordenação. Com o que pensaremos que resulte mais claro o âmbito material da nossa investigação.

Dissemos no início do Capítulo que era nosso propósito estudar o modo como o direito disciplinava tradicionalmente as actividades dos particulares susceptíveis de fazerem perigar o interesse público e os direitos e interesses legítimos dos outros cidadãos, em especial aquelas acções tomadas no exercício da *liberdade de iniciativa (económica) privada*. Do estudo levado a cabo saiu reforçada a convicção inicial de acordo com a qual tal foi efectuado por intermédio do exercício da *actividade administrativa de polícia*, isto é, da acção administrativa autoritária destinada a controlar preventivamente a ocorrência de perigos (ou a fazer face aos danos) sociais, intervindo dessa forma sobre o exercício de direitos e actividades individuais revestidas do potencial para pôr em perigo interesses públicos e/ou direitos de outros cidadãos, concretizada tanto em actividades essencialmente materiais de vigilância, fiscalização e controlo, como em regulamentos administrativos densificadores das leis que fixam as proibições, os limites e os condicionamentos daquelas actividades e em actos administrativos típicos, com saliência para as autorizações e as ordens, tanto de conteúdo negativo (proibições) como positivo (comandos). De uma actividade que, como em especial a doutrina alemã destaca, se centra hoje, primordialmente, na *defesa de perigos* quando não na sua precaução.

Apesar do extraordinário alargamento dessa actividade — em face do aumento da intervenção administrativa na economia e na sociedade — que determina que os esquemas “da polícia” estejam em boa parte ultrapassados e obrigue a repensar e a reformular muitos dos seus postulados, podemos ainda encontrar as raízes de grande parte da acção limitadora, conformadora, planeadora, autorizadora, ordenadora, reguladora, fiscalizadora e sancionadora das administrações públicas nos conceitos tradicionais da *polícia*, do *direito de polícia* e da *actividade administrativa de polícia*. Havendo também que perspectivar essa actividade numa óptica não meramente negativa ou limitadora, mas também na sua vertente positiva traduzida na promoção da satisfação das necessidades sociais e do bem-estar colectivo.

Sobretudo devido ao alargamento exponencial dos interesses protegidos por esse domínio da actividade administrativa — hoje muito para lá da segurança e ordem públicas, abrangendo outros interesses públicos para além da segurança, da ordem, da tranquilidade e da salubridade ou, então, impondo a interpretação de tais interesses em termos amplíssimos — é mais apropriado falar, em vez de “polícia administrativa”, de “direito de polícia”

²⁴¹ Cfr. *supra*, 1.

ou de “actividade administrativa de polícia”, em direito administrativo de ordenação, em actividade administrativa de ordenação ou de regulação — actividade primordialmente dirigida à *defesa* ou *prevenção* de perigos e, nalguns domínios mais sensíveis como a genética ou o ambiente, à mais radical *precaução* de tais perigos ou riscos.

No direito administrativo do ambiente de primeira geração o que está sobretudo em causa em termos *funcionais* é o desenvolvimento de actividades administrativas que, tradicionalmente, seriam enquadradas na actividade administrativa de polícia e que, na nossa óptica, devem ser subsumidas na actuação administrativa de ordenação: os instrumentos tradicionais da polícia administrativa desempenharam um papel nuclear na disciplina e prevenção desenvolvidas na arena ambiental. Papel que, em nossa opinião — sendo essa uma das teses fundamentais da dissertação — não pode ser afastado no século XXI: ainda que articulado com uma panóplia muito mais rica de instrumentos de comando dos comportamentos com relevância ambiental e com novas dimensões dos meios de acção clássicos, em especial da autorização administrativa — tradutoras de maior flexibilidade, adaptabilidade, dinamismo, atenção a custos, tecnicidade e integração, entre outras notas — estes instrumentos de comando tradicionais continuam a ser decisivos.

Pensamos que os postulados básicos da intervenção do direito — em particular do direito administrativo — no ambiente, sobretudo quanto à sua tutela mas também, pelo menos em parte, tendo em vista a respectiva promoção vão-se encontrar nessa actividade. Assim, as principais características deste núcleo típico da actividade administrativa tornam clara a sua enorme pertinência em termos ambientais, isto é, a forte relação entre os eixos problemáticos da actividade administrativa de polícia no seu sentido clássico ou do mais moderno direito administrativo de ordenação orientado para a defesa de perigos e alguns dos principais aspectos da ordenação jurídico-administrativa do ambiente, de que curaremos no próximo capítulo:

– o carácter *preventivo* da polícia administrativa — ou os fins da actividade policial, traduzidos na *prevenção de danos sociais* — assenta particularmente bem à abordagem jurídica do ambiente, no âmbito da qual emerge como porventura o principal princípio específico da respectiva tutela o *princípio da prevenção*;

– o protagonismo do conceito de *perigo* e da *defesa de perigos* enquanto objecto da polícia administrativa tem também uma relação estreita com a tutela jurídico-administrativa do ambiente, o que é posto em particular evidência pela legislação e doutrina germânicas, onde emerge a obrigação de *defesa contra perigos* como uma das principais dimensões da tutela ambiental — em especial no direito de protecção da atmosfera — e a autonomização do *princípio da defesa contra perigos* como um dos princípios específicos da tutela ambiental²⁴²;

²⁴² A obrigação de defesa contra perigos está consagrada em primeiro lugar no elenco das *obrigações do operador de uma instalação necessitada de autorização* plasmado no § 5 da BImSchG (a Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, de 15 de Março de 1974, conhecida por *Bundesimmissionschutzgesetz* e, de forma abreviada, pelo acrónimo BImSchG), a principal lei do direito do ambiente germânico, espécie de “lei de bases” do ambiente alemão. No inciso 1 do n.º 1 desse § 5 determina-se que “as instalações necessitadas de autorização devem ser construídas e funcionar de tal maneira que, para assegurar um elevado nível de protecção do ambiente no seu todo, não possam ser provocados efeitos ambientalmente danosos (poluição) e outros perigos, desvantagens e danos significativos

— a chamada de atenção que, como vimos, em especial a doutrina alemã faz, para a evolução do tradicional direito de polícia de um direito da *defesa de perigos* para um outro onde está em jogo a *precaução* de perigos e, sobretudo, de *riscos*, o que demonstra tanto que as finalidades de protecção vão agora mais longe, designadamente para sectores onde se faz sentir a entrada da incerteza científica no mundo do direito, como a necessidade de estender a protecção “policial” ou “ordenadora” do direito administrativo a novos interesses públicos e direitos e interesses legítimos dos cidadãos em domínios novos e porventura mais complexos²⁴³ — sendo um desses domínios o do direito do ambiente, onde o *princípio da precaução* emerge como princípio fundamental por intermédio do qual a incerteza científica penetra nos instrumentos e institutos do direito e onde a protecção se alarga cada vez mais, em extensão e intensidade, por força do progressivo acolhimento do princípio²⁴⁴;

— da análise da distinção, comum a todas as ordens jurídicas europeias continentais que abordámos, entre a *polícia administrativa geral* e as *polícias administrativas especiais* resulta sempre que, entre estas últimas (isto é, entre as competências atribuídas, normalmente em leis especiais, a autoridades administrativas especiais, que se tornam responsáveis pela prossecução de tarefas específicas de defesa de perigos²⁴⁵) figuram sempre diversas polícias que visam a prossecução de finalidades directa ou indirectamente ligadas à tutela ambiental; na verdade, mesmo entre as polícias administrativas “clássicas” emergem quase sempre finalidades ligadas à tutela da higiene e da salubridade públicas, da floresta, das águas, das minas, da caça, da pesca, das instalações classificadas e/ou industriais (ligadas

para a colectividade e para a vizinhança” e, em consonância com essa obrigação, a vertente da *segurança contra* ou *perante perigos* e da *prevenção de perigos* é posta em realce pela doutrina jus-ambientalista alemã como um dos aspectos centrais das autorizações (tanto em geral, como no que respeita às *autorizações ambientais* em especial).

Sobre o *princípio da defesa de perigos* (da *protecção*) como um dos princípios fundamentais do direito do ambiente, salientando que, em sede da sua aplicação, quanto maior é o significado do bem protegido menor necessita de ser o grau de probabilidade da sua verificação, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOBKUHLE, *Umweltrecht — Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, p. 69 e seg.

Por último, e apesar de tal matéria ir ser objecto de tratamento desenvolvido no próximo capítulo saliente-se que, no elenco que a doutrina jus-ambientalista alemã faz dos *instrumentos estaduais da protecção do ambiente*, emerge sempre a consideração básica segundo a qual os fundamentos ou o modelo de tais instrumentos é a *defesa de perigos do direito de polícia*: por ora e por todos, cfr. RUDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, in: INGO VON MÜNCH/EBERHARD SCHMIDT-ABMANN (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsgrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 14. Aufl., 2008, pp. 591-774 (pp. 636-671, especialmente p. 636).

²⁴³ Cfr. *supra*, notas 146 e 147 e os Autores e obras aí citados. No mesmo sentido aponta a doutrina espanhola que destaca a perda das características de muitas das actividades situadas no espaço da antiga “polícia” as quais devem agora ser caracterizadas como actividades de *gestão de riscos*, emergindo uma nova realidade que se estrutura em torno da noção de *risco permitido*, salientando o trânsito da “ordem pública” para o “risco permitido” precisamente em virtude da entrada no direito dos conceitos de insegurança e incerteza e com o emergir do princípio da precaução: cfr. em especial JOSÉ ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *REDA*, n.º 119 (Julio-Septiembre 2003), pp. 323-346.

²⁴⁴ Neste âmbito, e como veremos, a distinção entre a *defesa de* (ou *perante*) *perigos* e a *precaução de riscos* é uma nota essencial do direito do ambiente alemão, em especial pela sua positivação no § 5 da BImSchG.

²⁴⁵ Esta é, no essencial, a posição da doutrina germânica; de acordo com a concepção francesa a “especialidade” destas polícias pode também resultar do *objecto* sobre o qual incidem, do tipo de *actividade* que se disciplina e fiscaliza ou do tipo de *procedimento* a que está sujeito o exercício de determinadas actividades dos particulares. Em Portugal a doutrina não diverge destas concepções, apresentado as polícias administrativas especiais como aquelas que têm por objecto a observância e a defesa de determinados sectores da ordem jurídica ou da vida social.

a finalidades de protecção do ambiente, resultando a “classificação” do carácter perigoso, incómodo, insalubre ou potencialmente prejudicial da instalação), dos sítios protegidos, da paisagem, do meio ambiente do trabalho, etc.; e, nas últimas décadas, a “polícia ambiental” assume-se como uma destas polícias administrativas especiais, ainda que nem sempre exista um corpo administrativo *especificamente* orientado para a sua prossecução mas com o aditamento de competências de protecção e promoção do ambiente a diversas das polícias especiais já existentes (como acontece com frequência entre nós), ao lado da criação de órgãos incumbidos, de forma directa, da prossecução de actividades de policiamento no domínio ambiental;

– foi também realçado o alcance particular que os *poderes discricionários da Administração* assumem em sede de polícia administrativa: se bem que esteja há muito superada a compreensão que identificava o conceito de polícia com toda a acção do Príncipe destinada a prover ao bem-estar e à comodidade dos vassallos, traduzida numa actuação que, por estar subtraída à lei, era eminentemente discricionária, a ultrapassagem absoluta desta forma de Estado não invalida que, ainda hoje, os poderes discricionários se revistam de especial sentido no âmbito da polícia administrativa (sobretudo na polícia de segurança, mas também nos outros domínios da polícia) em face da variedade, complexidade e pluralidade dos perigos sociais para os interesses públicos que exigem acções preventivas da Administração; essa acção essencialmente preventiva coaduna-se mal com uma tipificação exaustiva por parte das normas que prevêm os poderes de polícia, pelo que as leis e regulamentos nesta sede continuam a deixar grandes margens de discricionariedade para a Administração²⁴⁶; esta caracterização da polícia como *actividade discricionária de prevenção* assenta que nem uma luva nalguns dos domínios mais típicos do direito do ambiente onde a grande densidade normativa e regulamentar quanto à definição de alguns aspectos — em especial, as exigências tecnológicas, de segurança, de vigilância, etc. — convive com a necessidade de deixar espaços de apreciação administrativos, muitas vezes abertos pela utilização de conceitos indeterminados, que permitam à Administração reagir ou responder às mudanças tecnológicas, à adaptação das instalações em função do seu desempenho ambiental, à reacção do meio e dos componentes ambientais às suas emissões e imissões, aos resíduos produzidos, ao ruído causado, etc.;

– também o elenco dos principais *actos de polícia* demonstra a especial compatibilidade entre os desenvolvimentos da abordagem clássica do direito de polícia e o direito ambiental de primeira geração: como vimos, para além dos poderes regulamentares da administração traduzidos nos *regulamentos de polícia*, assumem-se como *actos administrativos*

²⁴⁶ Na Alemanha, como vimos, assumem enorme relevo prático e teórico as “cláusulas gerais do direito de polícia” (hoje do direito de ordenação) que permitem às autoridades administrativas competentes tomar medidas que, de acordo com a sua discricionariedade “vinculada” lhes pareçam ser necessárias para o cumprimento das suas tarefas, isto é, para a defesa de perigos que ameacem a comunidade, os indivíduos ou a segurança pública — concedendo, assim, uma ampla discricionariedade às autoridades administrativas.

E há outros aspectos que reforçam tal discricionariedade, a começar pela definição dos fins visados pela actividade de polícia, normalmente feita de forma pouco precisa (a “manutenção da ordem pública” é o melhor exemplo dessa fluidez e pouca densidade normativa). Como tal, tem de se compreender a configuração dos actos de polícia — nomeadamente das *autorizações* e das *ordens* de polícia — como actos discricionários ou, pelo menos, actos em que o espaço de apreciação administrativa é frequentemente mais amplo do que o de actos de conteúdo idêntico mas praticados noutros âmbitos da actividade administrativa.

de polícia mais significativos as *autorizações de polícia* e as *ordens de polícia*, naquele que constitui uma nota comum a *todas* as ordens jurídicas por nós percorridas; a que se somam as actividades jurídicas e materiais de *inspecção, vigilância, controlo e fiscalização* que podem dar origem à aplicação de *sanções administrativas* no caso de serem detectadas situações de incumprimento ou violação das disposições de polícia; ora, como veremos nos dois próximos capítulos, nas ordens jurídicas que vamos estudar — com destaque para a portuguesa, como não poderia deixar de ser — são precisamente estes actos e estas tarefas — regulamentação, autorização, comando, proibição, vigilância, fiscalização e aplicação de sanções — que vão emergir como as formas mais típicas da actividade administrativa ambiental, corporizadas muitas vezes em actos com valor formal próprio (regulamentos e actos administrativos), que levam a que nalgumas ordens jurídicas (por exemplo a brasileira) se aluda de forma expressa à *polícia administrativa ambiental* e a que na Alemanha se ponha em evidência a falta de originalidade dos instrumentos do direito de ambiente nesta fase histórica, sendo os conceitos, os institutos e os meios postos ao serviço da *defesa de perigos* pelo *direito de polícia* os mesmos utilizados no *comando directo dos comportamentos* susceptíveis de produzir impactes ambientais, de onde resulta a sua forte impregnação pelo direito de polícia²⁴⁷;

– um outro aspecto que demonstra a proximidade entre a actividade administrativa de polícia e a abordagem administrativa da questão ambiental na primeira fase da sua tutela jurídica nos moldes actuais tem a ver com o facto, que sublinhámos na abordagem que a doutrina portuguesa leva a efeito no tratamento da polícia administrativa, de esta não se circunscrever a uma dimensão negativa — como acontece, em termos praticamente absolutos, com a polícia de segurança — mas de comportar também uma *dimensão positiva*, reflectida não apenas na *regulamentação positiva* de certas actividades económicas e sociais específicas, mas sobretudo no facto de estar em jogo o cumprimento de um *direito a prestações* devido aos cidadãos: para além da dimensão *ampliativa* que certos actos administrativos de polícia, *maxime* as autorizações, podem ter, pelo menos de acordo com algumas abordagens doutrinárias, na perspectiva dos direitos fundamentais está em jogo a *garantia* dos direitos dos cidadãos e, num sentido mais geral, a própria promoção do bem-estar colectivo; ora, no direito do ambiente, os instrumentos administrativos utilizados não podem ser vistos apenas na sua dimensão negativa, enquanto criam proibições, impedimentos, restrições, condicionamentos e outros tipos de limites ao exercício de actividades (muitas vezes direitos e liberdades) dos cidadãos, mas também na medida em que está em jogo a *promoção* de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e a prossecução de tarefas que não se limitam a proteger (negativamente) o ambiente, mas também a promovê-lo e a efectivá-lo sobretudo em ordens jurídicas, como a portuguesa, onde o *direito ao ambiente* goza do estatuto de *direito fundamental* consagrado na Constituição²⁴⁸;

²⁴⁷ A doutrina germânica distingue hodiernamente entre os *instrumentos de comando directo* e os de *comando indirecto* dos comportamentos, destacando de entre os primeiros o instrumentário do *direito da ordenação* (poderes de proibição da Administração, obrigações de comunicação, registo e declaração, autorizações e dispensas, ordens ou decisões posteriores ou supervenientes e poderes de fiscalização e controlo, entre outros). Ou seja: é a *defesa de perigos do direito de polícia* que fornece os fundamentos e o modelo dos instrumentos de comando directo do comportamento: neste sentido, de forma expressa e por todos, cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 636 e 643 e segs.

²⁴⁸ Nas palavras do legislador constitucional português, a *efectivação dos direitos ambientais* constitui uma

— por último, gostaríamos de mostrar um outro paralelo, que tem a ver com a circunstância de a actividade administrativa de polícia estar na fronteira entre uma actividade por um lado dirigida à *defesa de posições jurídicas subjectivas substantivas* (a segurança individual, a integridade física ou mesmo a própria vida das pessoas e os seus direitos de propriedade, de saúde, à tranquilidade, etc.) mas, por outro, orientada para a prossecução de *interesses públicos* decisivos para a vida em comunidade, como sejam a ordem, a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas, para aludir aos interesses clássicos protegidos pela polícia; ora, no direito do ambiente, em particular em países cujas constituições somam a previsão da tutela do ambiente como um *fim*, uma *incumbência* ou uma *tarefa fundamental do Estado* à consagração de um *direito fundamental ao ambiente*²⁴⁹, resulta também evidente a articulação dessas duas dimensões (direito subjectivo — interesse público) a que a actividade administrativa de polícia pretende responder e que, no fundo, traduzem o princípio da *prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

Acreditamos que os tópicos apresentados são suficientes para ilustrar a fortíssima relação entre a configuração clássica da *actividade administrativa de polícia* ou do *direito da polícia administrativa* — perspectivado prioritariamente no seu *sentido funcional* ou *funcional-material* — e os expedientes a que as diversas ordens jurídicas recorreram de forma massiva na ordenação jurídico-administrativa do ambiente nas décadas de setenta, oitenta e, em parte, noventa do século passado e que se fazem ainda sentir, em grande medida, no momento actual. O que se compreende já que os tradicionais *instrumentos de polícia* da Administração Pública se revelaram adequados para a própria actividade de *antecipação de riscos* que, com o desenvolvimento do direito do ambiente e o reforço do seu alcance e da intensidade das limitações que coloca à realização de actividades pelos particulares, se veio juntar à prevenção de perigos tradicional²⁵⁰.

Convém não esquecer, em todo o caso, a diversas vezes mencionada evolução das referências à polícia administrativa ou ao direito de polícia para outras expressões mais abrangentes e mais de acordo com a realidade actual: nomeadamente em face do crescimento verificado ao longo do século xx — pelo menos até à década de oitenta — da intervenção do Estado e da Administração na vida social e económica, multiplicaram-se de forma

das tarefas fundamentais do Estado (cfr. al. *d*) do art. 9.º) — em nosso entender, antes de mais a cargo da Administração Pública. Dispondo-se no n.º 2 do art. 66.º da CRP que a incumbência estadual de *assegurar o direito ao ambiente* se concretiza em diversas tarefas positivas, como a ordenação e promoção do ordenamento do território com vista (entre outros objectivos) a valorizar a paisagem, a criação de reservas e parques naturais e de recreio, a promoção do aproveitamento racional dos recursos naturais, a promoção da qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, entre outros.

²⁴⁹ Como paradigmaticamente acontece com a Constituição portuguesa, tomando em particular em conta as disposições contidas nas alíneas *d*) e *e*) do seu art. 9.º e nos n.ºs 1 e 2 do art. 66.º. Para uma análise muito sintética desta “dupla dimensão” da tutela ambiental na ordem jurídico-constitucional portuguesa, cfr. o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos do CEDOUA, Almedina, 2.ª ed., 2007, pp. 39-42.

²⁵⁰ Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 515-519, mostrando como aqueles instrumentos (em especial a autorização e a sanção administrativas) desempenham um papel central na actividade de antecipação de riscos, em especial em sectores (como o ambiente) em que a Administração desenvolve uma missão de prevenção alargada.

exponencial as formas, os instrumentos, os institutos e os regimes jurídicos da intervenção limitadora mas, antes de mais, ordenadora ou modeladora da Administração Pública, assistindo-se ao que alguns autores designam por *diluição doutrinária do conceito de polícia*²⁵¹. Realidade reforçada pela multiplicação dos bens sociais susceptíveis de protecção policial que correspondem hoje, tendencialmente, a todos os que a ordem jurídica protege e que possam ser lesados ou postos em perigo por comportamentos dos cidadãos e das suas organizações e pela circunstância de a actividade de polícia comportar agora actuações positivas de promoção de interesses públicos (que, por corresponderem à satisfação de necessidades experimentadas por categorias mais ou menos amplas de cidadãos, têm a ver com a satisfação do próprio bem-estar colectivo).

Daí a nossa preferência por essas expressões mais abertas e mais de acordo com a nossa realidade presente, isto é, a *actividade administrativa de limitação* ou *de ordenação*, disciplinada pelo *direito administrativo de ordenação*.

A articulação entre o direito do ambiente da primeira geração e o instrumentário tradicional do direito de polícia ou de ordenação tornar-se-á mais clara depois de efectuarmos um percurso (longo) pela forma como o direito administrativo do ambiente foi erigido em Portugal e nas ordens jurídicas que nos são mais próximas, surgindo a *autorização administrativa* como o expoente máximo desta abordagem jurídica. Daí que o objecto dos dois próximos capítulos seja precisamente o *instrumentário do direito administrativo de ordenação na primeira geração do direito do ambiente* (Capítulo II) e a *autorização administrativa* (Capítulo III).

²⁵¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, "Polícia", cit., p. 400.

O recurso ao instrumentário do direito administrativo de ordenação na primeira geração do direito administrativo do ambiente

“– Mas se não é pelo senhor (...) que seja pela causa da civilização, do progresso.

– O progresso! (...) O progresso! Os senhores, os políticos, estão sempre a falar nele. Como se fosse uma coisa destinada a durar indefinidamente. Mais motores, mais filhos, mais alimentos, mais anúncios, mais dinheiro, mais tudo... e para sempre. O progresso, é boa! (...) O único resultado desse progresso dos senhores (...) será que dentro de algumas gerações há-de vir uma revolução verdadeira... uma revolução natural, cósmica. Os senhores estão a transtornar o equilíbrio. No fim, a Natureza há-de restabelecê-lo. E o progresso será muito desagradável para os senhores. A queda será tão rápida como o foi a ascensão”.

ALDOUS HUXLEY,
Contraponto

Quando em 1968 Garrett Hardin abordou de forma precursora os problemas do crescimento da população, da escassez dos recursos e da deterioração ambiental²⁵² não deixou

²⁵² Num estudo ainda hoje amplamente citado quando se analisam as bases do movimento de tutela ambiental e de controlo do crescimento da população: referimo-nos ao conhecidíssimo ensaio “The Tragedy of the Commons”, publicado em Dezembro de 1968 na Revista *Science* (vol. 162, n.º 3.859, 13 de Dezembro de 1968, pp. 1243-1248).

Não pode deixar de ser sublinhado que, seis anos antes do escrito de Hardin, foi publicada a paradigmática obra de RACHEL CARSON, *Silent Spring* (cuja 1.ª edição, da editora Houghton Mifflin, data de 1962, conhecendo logo no ano seguinte edições em 15 países). No seu livro (consultámos a edição *Silent Spring*, Penguin Books, London, Inglaterra, 1999, prefaciada por Julian Huxley e com posfácio de Linda Lear) CARSON analisa um problema tão prosaico como o da utilização dos pesticidas químicos, com destaque para o DDT (dicloro-difenil-tricloroetano), massivamente usado no combate a pragas, em especial de insectos. Por detrás de uma descoberta de tal forma “prodigiosa”, pelo menos na sua aparência, que valeu a obtenção de um Prémio Nobel ao seu inventor — o suíço Paul Hermann Müller, vencedor do Prémio Nobel da Fisiologia e Medicina em 1948 — residia afinal a prova de uma realidade até então desconhecida ou, pelo menos, ignorada: a de que a natureza era vulnerável à intervenção humana. RACHEL CARSON mostra como esta substância — juntamente com outros pesticidas químicos entretanto postos ao serviço da agricultura nos EUA — penetrava na cadeia alimentar acumulando-se nos tecidos adiposos dos animais e, por seu intermédio, nos do próprio homem, pois foi detectada a presença de DDT no leite humano, com o risco de originar diversas doenças e alterações genéticas. Perigos e riscos potenciados pela resistência extrema dos pesticidas químicos, os quais não matavam apenas os insectos que visavam combater, mas muitas outras espécies animais, para além de permanecerem no ambiente, como elementos tóxicos estranhos, mesmo após a sua diluição na água da chuva.

Para além dos pormenores técnicos e científicos, esta obra foi porventura o primeiro sinal claro de que o

de, logo nesse momento, ao analisar as formas de “legislar a temperança”, isto é, de acolher uma atitude geral de comedimento ou parcimónia como forma de fazer face aos problemas identificados, propor o *aumento do direito legislado* (do *direito administrativo*) como forma de atingir tal objectivo²⁵³.

Tendo em conta que este ensaio foi escrito em 1968, e apesar de o seu Autor ser um biólogo, o futuro imediato veio demonstrar como Hardin estava certo: ao longo das décadas de setenta e oitenta do século passado, não apenas na pátria de Hardin mas em toda a Europa ocidental e em diversos outros países do mundo assistiu-se a um recurso massivo, por parte dos legisladores e administradores, às leis do direito administrativo e aos expedientes, instrumentos e institutos disponibilizados por este ramo do direito para a imposição de um modelo de comando, como forma de proteger e promover o ambiente, quer entendido no seu sentido amplo, quer no que se refere à tutela dos componentes ambientais específicos como o ar, a água, os solos, o som, a fauna, a flora, etc. Daí o reconhecimento doutrinal de

progresso tecnológico constante e sem limites não era, afinal, mais do que um mito, nomeadamente ao demonstrar a interacção entre o homem e o ambiente onde este vive, as teias infindáveis e complexas que se estabelecem entre todos os companheiros da vida na Terra e a acção perniciosa do Homem em relação a estes últimos.

Talvez antevendo as repercussões que a “descoberta” de CARSON teria em termos económicos, sociais e políticos, houve uma enorme resistência por parte dos editores em darem à estampa os resultados das investigações da Autora (segundo rezam as crónicas, logo em 1945 a *Reader's Digest* recusou uma publicação sua sobre o tema), tendo a publicação da *Primavera Silenciosa* provocado, em parte, o que já se antevia: um enorme alarme e apreensão sociais.

No primeiro capítulo do livro (“Uma Fábula para o Futuro”), as palavras da Autora são bastante impressionantes, ao descrever a vida numa cidade americana, a qual tinha sido silenciada pelos efeitos do DDT, relatando CARSON essa fábula em termos quase poéticos: “Era uma vez uma cidade no coração da América em que toda a vida parecia decorrer em harmonia com o que a rodeava... Até que um estranho mal rastejou para a área e tudo começou a mudar. Um feitiço maldito enraizou-se na comunidade: doenças misteriosas aniquilaram os bandos de galinhas; o gado e as ovelhas adoeceram e morreram. Por todo o lado havia uma sombra de morte.

Havia uma estranha quietude. Os pássaros, por exemplo — para onde tinham ido? (...) Os poucos pássaros vistos estavam moribundos: tremiam violentamente e não conseguiam voar. Era uma primavera sem vozes. Nas manhãs em que outrora palpitava com a aurora o coro do chilrear dos pássaros não havia agora qualquer som; apenas silêncio estendido sobre os campos, bosques e pântanos” (cfr. *ob. cit.*, p. 21 e seg.). O seu estudo não foi em vão, o que se demonstra não só, em termos directos e imediatos, pela proibição geral de utilização do DDT na sequência de investigações de outros cientistas mas, sobretudo, por ter representado a primeira “pedra no charco” no mito do desenvolvimento e progresso sem limites e o primeiro passo para inverter tal lógica. RACHEL CARSON foi considerada pela Revista *Time* uma das 100 personalidades mais importantes do século XX, na categoria “cientistas e pensadores” (cfr. <http://www.time.com/time/time100/scientist/profile/carson.html>).

²⁵³ Só através da mediação do direito administrativo seria possível criar *proibições* e, em geral, *legislar a temperança* para reagir aos novos problemas. Nas palavras do Autor, “as leis na nossa sociedade seguem o modelo ético antigo e, como tal, são pouco adequadas para governar um mundo complexo, povoado e em mudança. A nossa solução é aumentar a lei escrita através do direito administrativo. Uma vez que é praticamente impossível decifrar todas as condições sob as quais é seguro queimar lixo no jardim ou conduzir um automóvel sem controlo de fumos, através da lei delegamos os pormenores aos gabinetes. O resultado é a lei administrativa (...). É fácil legislar proibições (embora não necessariamente executá-las), mas como é que nós legislamos a temperança? A experiência indica que tal pode ser melhor conseguido através da mediação do direito administrativo”: cfr. “The Tragedy of the Commons”, cit.

MARTIN MATEO mostra (cfr. *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV (Actualización), Edisofer, Madrid, 2003, p. 58 e seg.) como na sua obra Garret Hardin põe em evidência a *necessidade de uma resposta autoritária* perante as ameaças e os danos ambientais (o *aumento da lei estatutária através do direito administrativo*), descrevendo as consequências hipotéticas negativas que adviriam da aplicação das regras da livre concorrência para o desfrute dos bens comuns: “A ruína é o destino final dos propósitos humanos dirigidos à maximização do seu interesse próprio numa sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns”.

que a *tragédia dos comuns* de Hardin se tornou a parábola central do direito ambiental²⁵⁴.

Ao longo deste capítulo vamos tentar mostrar como foi erigida a primeira geração do direito ambiental, ao abrigo dos tradicionais instrumentos de comando disponibilizados pelo direito administrativo. Isto é, através dos meios (tratados no capítulo precedente) da *defesa de perigos do direito de polícia* ou do direito administrativo de ordenação ou, ainda, na terminologia norte-americana, por intermédio do modelo de *command and control* — sendo assim que ele é, ainda hoje, em grande medida caracterizado. Deve sublinhar-se que esta opção estrutural dos Estados, além de estar de acordo com as suas políticas e práticas então dominantes, esteve em consonância com o princípio 17 da *Declaração de Estocolmo*²⁵⁵ em face do qual “Deve ser confiada às instituições nacionais competentes as tarefas de *planejamento, administração e controlo* da utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do ambiente” (itálicos nossos).

1. O direito administrativo ambiental de primeira geração – ideia geral

Como há vários anos tivemos ocasião de mostrar²⁵⁶ o direito administrativo ocupa, desde que os bens ambientais e ecológicos se converteram em bens dignos de protecção jurídica, a posição de maior protagonismo na disciplina jurídico-normativa do ambiente — sendo antes de mais por intermédio dos meios e instrumentos do direito administrativo clássico, com as devidas adaptações e transformações, que se regularam normativamente os comportamentos relativos ao ambiente no chamado direito ambiental de primeira geração.

Antes de desenvolver esta afirmação deve, todavia, enfrentar-se a questão de saber se a abordagem jurídica do ambiente constitui apenas uma refacção dos termos clássicos da dogmática e da prática jurídicas neste novo campo do saber jurídico ou se, pelo contrário, as especificidades do tratamento jurídico do ambiente e as novidades que trouxe consigo vão ao ponto de legitimar a referência a um novo ramo do direito (o direito do ambiente) problema que, em nossa opinião, não pode ser respondido de forma unívoca²⁵⁷: por um lado

²⁵⁴ Neste sentido, cfr. AMY SINDEN, “In Defense of Absolutes: Combating the Politics of Power in Environmental Law”, *Iowa L. Rev.*, vol. 90, n.º 4 (April 2005), pp. 1405-1511 (p. 1408).

²⁵⁵ Assinada no âmbito da *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento e Ambiente Humano* que decorreu em Estocolmo em 1972 — normalmente assinalada como o primeiro grande marco do direito ambiental o qual, num movimento em parte oposto àquilo que é habitual, se afirmou primeiro nos fóruns internacionais e só depois começou a ser acolhido na grande maioria das ordens jurídicas internas.

²⁵⁶ Cfr. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo (Da legitimidade processual e das suas consequências)*, Studia Iuridica, n.º 29, Coimbra Editora, 1997, em especial pp. 62-76.

²⁵⁷ Desde logo devido à razão que indiscutivelmente assiste a autores, como FUENTES BODELÓN, quando afirmam que as delimitações entre as diversas disciplinas jurídicas e a sua autonomia “têm só um valor didáctico ou [surgem] como meio para facilitar a investigação” e que “todo o direito está interpenetrado e as relações e transferências de técnicas e fórmulas de um campo para outro são constantes e profundas o que demonstra, também neste caso [o do direito do ambiente], a fragilidade das distinções” (cfr. FUENTES BODELÓN, “Planteamientos previos a toda formulación de un derecho ambiental”, *DocAdm*, n.º 190 (Abril-Junho 1981), Madrid, pp. 113-132, p. 113 e seg.).

parece legítimo falar do direito do ambiente como disciplina autónoma, na medida em que ele tem uma teleologia própria por trás de si e uma “filosofia” particular na maneira de encarar as relações entre o homem e a natureza²⁵⁸, o que tem determinado o aparecimento de institutos e regimes próprios do direito ambiental, como a *avaliação de impacte ambiental* ou a *licença ambiental*, esta última no seio do regime da *prevenção e controlo integrados da poluição*. Mas, por outro, a disciplina jurídica do ambiente, além de convocar uma série de ensinamentos das ciências naturais e sociais, coloca questões que exigem o contributo de praticamente todos os ramos clássicos do direito: o direito do ambiente traduz-se antes de mais na revisão, actualização e adaptação à teleologia ambiental dos institutos, instrumentos, meios e postulados dogmáticos de outros ramos do direito, utilizados com vista à protecção e promoção do ambiente; daí as figuras do *crime ambiental*, da *licença* e das *autorizações ambientais*, das *contra-ordenações ambientais*, da *responsabilidade* por danos ao ambiente, entre muitas outras²⁵⁹.

Como tal, em nosso entender, deve-se falar (apenas) de uma *autonomia relativa* do direito do ambiente, que resulta antes de mais da transposição para a tutela ambiental dos institutos e instrumentos desenvolvidos há muito no seio dos ramos tradicionais do direito, procurando dar-lhe um sentido específico e uma vida nova na sua adaptação aos objectivos de defesa e promoção do ambiente²⁶⁰.

²⁵⁸ Bem retratadas nas palavras de Gomes Canotilho e de Freitas do Amaral, em estudos em boa medida pioneiros sobre o direito do ambiente em Portugal: segundo o primeiro, “O direito do ambiente é um típico direito dos modernos, ou, talvez melhor, dos *pós-modernos*, pois ele é a resposta da ordem jurídica às várias problemáticas ambientais e ecológicas geradas pela civilização científico-técnico-industrial dos tempos modernos” (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Público do Ambiente (Direito Constitucional e Administrativo)*, CEDOUA, policopiado, 1995/96, p. 8); para o segundo, o Direito do Ambiente “pressupõe toda uma nova filosofia que enforma a maneira de encarar o Direito”, uma vez que é “o primeiro ramo do Direito que nasce, não para regular as relações dos homens entre si, mas para tentar disciplinar as relações do Homem com a Natureza” (cfr. FREITAS DO AMARAL, “Apresentação”, in: *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 13-17, p. 17).

Também Martin Mateo, em Espanha, sublinha algumas características que legitimam a consideração do direito ambiental como um “sector do ordenamento substantivo”: é isso que se passa com os seus *substrato ecológico e ênfase preventivo* (cfr. MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, 1991, p. 92 e segs.).

²⁵⁹ Não ignoramos as vozes críticas que se fazem sentir a esta compreensão das coisas. É esse o caso, por exemplo, de PAULO MAGALHÃES que, no âmbito da sua concepção rasgadamente inovadora e ambiciosa da questão ambiental, alude à incompatibilidade do direito clássico com as exigências conceptuais do direito do ambiente: o direito clássico, nomeadamente com a transposição efectuada por HOBBS do paradigma cartesiano para o direito, foi “construído sobre o estigma da simplificação e o paradigma da divisão”, tornando o direito “numa arte de estabelecer limites, de fazer a separação das coisas, de determinar o meu e o teu e desenhar fronteiras, mesmo quando elas incidem sobre bens que se regem por outras leis alheias à vontade humana”, tendo sido construído para definir limites e não partes comuns. Ora, a proposta de PAULO MAGALHÃES é a de fazer do planeta Terra um enorme condomínio, em que os Estados tenham um poder partilhado em relação às partes comuns do planeta, pelo que lança o repto de pensar de forma inovadora para poder inovar a própria realidade, valorando negativamente o facto de o direito do ambiente ter sido pensado até hoje como “um mero ajuste técnico ao direito clássico, nunca penetrando na sua estrutura e nos seus fundamentos”. E uma vez que “as normas jus ambientais têm funcionado apenas como um anexo desintegrado da estrutura clássica do direito” sugere uma mudança profunda e a busca das bases comuns de um novo direito que se adapte a um planeta indivisível e interligado, que exige uma administração comum, um novo modelo que trate a biosfera como um organismo único, competindo ao direito “construir um sistema humano adaptado à complexidade da realidade ambiental”. Cfr. PAULO MAGALHÃES, *O Condomínio da Terra — Das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta*, Almedina, 2007, pp. 35-37.

²⁶⁰ No fundo à imagem da análise levada a cabo por ALEXANDRE KISS quando se debruça sobre as relações entre o *direito internacional* e o *direito internacional do ambiente*: as regras deste não se referem a relações jurídicas distintas das reguladas por aquele, verificando-se tão-só que o direito internacional do ambiente é composto por

Tendo por base esta compreensão das coisas, deve salientar-se que os expedientes facultados pelo *direito civil* e pelo *direito penal* se mostraram insuficientes para garantir a defesa e promoção do ambiente. No primeiro caso, por não serem apenas interesses particulares que estão em jogo no movimento jurídico da tutela ambiental, mas sobretudo interesses *colectivos*, convertidos em *públicos* pela intervenção do legislador; no segundo, em especial devido ao carácter de *ultima ratio* do direito penal determinante que ele só deva intervir onde e quando os mecanismos sancionatórios ao serviço de outros ramos do direito não sejam suficientes para prevenir e reprimir a infracção.

Pelo contrário, a abordagem jurídico-administrativa ganhou vantagem na regulação dos comportamentos susceptíveis de produzir efeitos ambientais: o protagonismo do direito administrativo resulta da convicção hoje generalizada de que, mais do que interesses particulares ou mesmo direitos subjectivos privados, tutelados pelo direito civil, estão em jogo no direito ambiental interesses genéricos das diferentes colectividades (locais, municipais, regionais, nacionais e, para além disso, internacionais e mundial) que devem ser protegidos pelo direito público, em especial pelo direito administrativo²⁶¹.

A falta de novidade desta matéria e o seu tratamento exaustivo por parte da doutrina justifica a nossa contenção. Apenas para arrumar as ideias, sintetizaremos alguns dos principais motivos que estão por detrás do indisputado *protagonismo do direito administrativo na tutela do ambiente*:

um conjunto de normas sistematicamente integradas sob este título por visarem todas a *mesma problemática específica*, por terem *unidade de métodos* na procura das soluções e *unidade dos princípios* inspiradores dessas soluções. No entanto, estas especificidades não determinam que o direito internacional do ambiente deixe de fazer parte do direito internacional público. Cfr. ALEXANDRE KISS, *Los principios Generales del Derecho del Medio Ambiente*, Universidad de Valladolid, 1975.

Em sentido próximo ao defendido no texto cfr., entre nós, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito — Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, 2002, pp. 52-54, nas quais reconhece que, apesar da ideia de autonomia do Direito do Ambiente (construída com base num elemento teleológico, numa dogmática própria sustentada pelos princípios do direito do ambiente e com a autonomização de procedimentos administrativos específicos e de formas de actuação próprias deste Direito), estes elementos são “insuficientes para sustentar a autonomia dogmática do Direito do Ambiente, que continua a ser amplamente tributário do estudo das questões ambientais de acordo com a metodologia própria de cada um dos ramos do direito”. Embora reconheça a autonomia pedagógica deste direito, PEREIRA DA SILVA revela sentir-se aliciado pela sua multidisciplinaridade, concluindo que o “entendimento de uma disciplina horizontal — à semelhança de um ‘jardim de condomínio’ —, que engloba um conjunto de matérias provenientes de diferentes ramos do ordenamento jurídico unificadas em razão da finalidade de preservação do ambiente (...) é a via mais eficaz para o progresso do Direito do Ambiente”.

²⁶¹ Fernando Condeso, depois de qualificar o direito do ambiente como um *direito de intervenção pública hiperbólica* (uma vez que se trata de um *direito planetário, global*, que pressupõe uma visão global dos problemas e exige um pensamento global, mas uma acção local, que integra desde normas de direito internacional até normas regulamentares autárquicas, sendo por isso um direito de atribuição de poderes públicos concorrentes), acaba por concretizar que ele é também um direito de intervenção *administrativa* hiperbólica, que usa toda a tipologia da actividade administrativa, “pois embora seja essencialmente *preventivo* e *circunscrito* da liberdade individual (limitando e condicionando através de valores-limites permitidos e autorizações prévias de actividade), também é *correctivo* das poluições e *sancionatório* (...) e *incentivador*”: cfr. FERNANDO CONDESSO, *Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 492 e seg. O facto, referido por Fernando Condeso, de o direito do ambiente pressupor uma visão global dos problemas e exigir um pensamento global, mas com uma acção local, entronca no pensamento sobre a recíproca interpenetração entre os conceitos “global” e “local” de ROLAND ROBERTSON e ULRICH BECK, conducentes ao neologismo “glocalização” que, de acordo com DIAS GARCIA, “reflecte o conceito de globalização tornado cultura concreta do quotidiano de cada um, na sua vivência local”, correspondendo “a uma procura, no local, de cumprimento de princípios modelados na sua dimensão global”: cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., p. 357, nota 742. Sobre o conceito cfr. *infra*, Parte II, Cap. II, 2.1., nota 16.

— a sua consagração, em diversos ordenamentos jurídicos, nos textos constitucionais — quer em normas fim ou normas tarefa, que acolhem um *dever* ou *incumbência* do Estado na protecção do ambiente, quer em normas garantidoras de um direito fundamental ao ambiente — sendo certo que é antes de mais ao direito administrativo que compete concretizar e desenvolver esses preceitos constitucionais²⁶²;

— a transmutação do interesse ambiental num *interesse público*, sendo o direito administrativo que prossegue a satisfação e concretização dos interesses públicos definidos pelos órgãos com funções político-legislativas e, destarte, a realização do interesse público ambiental; salientando-se ainda, a este nível, tanto a estreita ligação do direito administrativo às *políticas públicas* levadas a cabo pelo órgãos competentes, com destaque para o governo (e o desenvolvimento, a este nível, de políticas públicas ambientais suportadas no direito administrativo) como a incumbência prioritária de toda a Administração Pública para prosseguir os interesses públicos ambientais;

— desta forma, a Administração Pública tornou-se o principal agente nas tarefas de protecção e promoção ambiental — se bem que, infelizmente, ainda um dos principais responsáveis por atentados aos bens ambientais e ecológicos —, o que reforçou o protagonismo do direito administrativo, ramo do direito especificamente orientado para disciplinar a actuação dos órgãos das pessoas colectivas públicas, quando investidos de poderes de autoridade²⁶³;

— de entre os *instrumentos jurídicos de protecção do ambiente*, em articulação com alguns dos mais destacados princípios específicos da tutela ambiental, aqueles disponibilizados pelo direito administrativo assumem os papéis principais: é isso que se passa com

²⁶² Como nos mostra MARIA ELIZABETH FERNANDEZ (*Direito ao Ambiente e Propriedade Privada (Aproximação ao Estudo da Estrutura e das Consequências das 'Leis-Reserva' Portadoras de Vínculos Ambientais)*, Colec. *Studia Iuridica*, n.º 57, Coimbra Editora, 2001, p. 27), no que diz especificamente respeito ao *direito fundamental ao ambiente*, o direito constitucional ao ambiente carece de preceptividade, cabendo ao legislador ordinário a sua definição (reserva de função legislativa) — a medida do direito em causa não pode ser procurada na Constituição, mas na lei que é, dizemo-lo nós, antes de mais a lei administrativa.

Em geral sobre as relações entre o direito administrativo e o direito constitucional, a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional, o confronto entre os “paradigmas de Estado” e os “paradigmas de Administração” e a forma como os conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicísticas (flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade, abertura à inovação) perturbam quer o sentido normativo do Estado Constitucional quer a cultura jusadministrativista clássica cfr. GOMES CANOTILHO, “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, *Estudos em Homenagem ao Doutor Rogério Soares*, colec. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, 2001, pp. 705-722, *passim*, especialmente p. 706 e seg.

²⁶³ Havendo alguns “princípios fundamentais do direito do ambiente” que têm directamente a ver com a *Administração Pública*: o princípio da *cooperação*, que reclama a colaboração dos órgãos das diferentes pessoas colectivas públicas entre si e com a sociedade civil na prossecução deste fim; o princípio da *unidade de gestão e acção* que, de acordo com a al. d) do artigo 3º da LBA, aponta para a necessidade de “existir um órgão nacional responsável pela política de ambiente e ordenamento do território que normalize e informe a actividade dos agentes públicos ou privados interventores, como forma de garantir a integração da problemática do ambiente, do ordenamento do território e do planeamento económico, quer ao nível global, quer sectorial (...)” (órgão esse que é o Ministério responsável pela área ambiental, no momento actual o Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território).

o regulamento administrativo²⁶⁴, com o acto administrativo²⁶⁵ e com o contrato administrativo²⁶⁶;

– o procedimento administrativo foi uma das matérias mais aprofundadas nas últimas décadas do século XX pela doutrina jus-administrativista, em virtude do seu desenvolvimento legal e prático, pondo-se cada vez mais o acento tónico no *iter* percorrido para se tomar uma decisão, em vez de na decisão propriamente dita; ora, também ao nível do direito do ambiente se tomou consciência do protagonismo da matéria procedimental, desde logo por a defesa do ambiente nesta sede permitir uma protecção jurídica temporalmente adequada (por oposição ao que acontece, na maior parte dos casos, com o controlo jurisdicional da actividade administrativa)²⁶⁷; a que se soma a previsão e o desenvolvimento de *procedimentos administrativos especiais* em sede ambiental, com destaque para a AIA;

– o ilícito regra no domínio ambiental é, em Portugal, o *ilícito de mera ordenação social* o qual, além de ser aplicado pelas autoridades administrativas é *materialmente ilícito administrativo*²⁶⁸, numa tendência comum aos países pertencentes à nossa família jurídica;

– nesta sequência, os tribunais administrativos e, em geral, os expedientes disponibilizados pelo *contencioso administrativo* são convocados desde a primeira hora para a tarefa de tutela ambiental, o que é fácil de compreender, em virtude de os atentados ao ambiente terem muitas vezes na Administração Pública o seu causador directo (por exemplo através de obras públicas) ou indirecto (com especial destaque para o exercício ilegal dos seus poderes autorizativos e licenciadores);

²⁶⁴ A área do ambiente tem sido um dos principais domínios onde se faz sentir a hiper-actividade do legislador e, em consequência, da Administração na sua tarefa de execução, concretização, desenvolvimento e integração do bloco da legalidade, através de regulamentos. Para a consulta dos inúmeros regulamentos “ambientais” publicados no nosso país, a propósito da organização administrativa do ambiente, das sanções aos comportamentos ambientalmente nocivos, da avaliação de impacte ambiental, da regulação dos principais componentes ambientais (naturais e humanos), da actividade industrial e outras susceptíveis de produzirem efeitos ambientais, cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/JOANA PEREIRA MENDES, *Legislação Ambiental — Sistematizada e Comentada*, Coimbra Editora, 5.ª ed., 2006.

²⁶⁵ O acto administrativo, instrumento por intermédio do qual a Administração Pública dita o direito da forma que lhe é mais típica (ou seja, de forma *unilateral* e dirigida a um *caso concreto*), tem um emprego massivo na arena ambiental: apenas para citar alguns exemplos, pense-se no caso paradigmático das *autorizações e licenças*, bem como em declarações com efeitos jurídicos específicos (por exemplo os actos de classificação de bens culturais, o estabelecimento de *proibições*, actos administrativos de *estímulo* (subvenções, créditos especiais, isenções e outros benefícios fiscais) e ainda os actos *sancionatórios*, de que falaremos já de seguida no texto.

²⁶⁶ Como veremos melhor na Parte II da dissertação (cfr. Cap. II, 6.3.7.). Por ora, e por todos, cfr. na doutrina alemã, ECKARD REHBINDER, “Vertragsnaturschutz: Erscheinungsformen, Rechtsprobleme, ökologische Wirkungen”, *DVBL*, Heft 12 (2000), pp. 859-868; e RUDOLF STEINBERG, DANIEL SCHUETZE, “Umweltvertragliche Technikgestaltung durch Recht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Jahr 81, Heft 3 (1998), pp. 255-284.

²⁶⁷ Deste modo, não é de estranhar que, nos primórdios da década de noventa do século passado, GOMES CANOTILHO pusesse em evidência ser o procedimento administrativo “cada vez mais assumido como *due process* para a tutela dos interesses ambientais”: cfr. “Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente”, *RLJ*, ano 123.º (1990/91), n.ºs 3794 e segs., p. 134 e segs. (n.º 3794, p. 134). O sugestivo título deste artigo demonstra à evidência a importância que o procedimento administrativo tem para o direito do ambiente.

²⁶⁸ O que é evidenciado pelo facto de a *coima* ser a sanção regra no ilícito ambiental, como está plasmado na LBA (cfr. artigo 47.º) desde 1987, com um relevo correlativo das sanções acessórias deste tipo de ilícito. Daí que não se estranhe um recurso constante da legislação ambiental especial às coimas e às sanções acessórias do ilícito de mera ordenação social no momento de prever as sanções a aplicar pelo incumprimento dos preceitos ambientais prescritivos que levou à publicação, em 2006, da lei-quadro das contra-ordenações ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto).

– as questões ambientais configuram-se, em inúmeros casos, como questões de índole predominantemente técnica, com a necessidade de lidar com standards de emissões e imissões, valores limite, requisitos tecnológicos, biótopos naturais e outros tipos de elementos com dimensões técnicas — sendo certo que o direito administrativo é, de entre os ramos tradicionais do direito, aquele que revela maior aptidão para regular questões de índole técnica;

– por último, é suficiente uma breve referência a alguns dos mais relevantes *princípios específicos do direito ambiental* (ou *princípios fundamentais* do direito do ambiente) para pôr em destaque o seu cunho administrativo:

– é isso que se passa com o *princípio da prevenção* que, ao apontar para a preferência por soluções legais que *evitem* danos ambientais ou ecológicos em vez de instrumentos destinados a *reparar* tais ofensas (ou seja, marcando a preferência pela consideração “antecipativa” das “actuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente”, nas palavras utilizadas na al. c) do artigo 3.º da LBA), reforça o protagonismo dos meios e instrumentos de direito administrativo na tutela do ambiente²⁶⁹;

– e também com o *princípio da participação*, que é um princípio de claro cunho administrativo, já que está em causa acima de tudo a *participação no procedimento administrativo*, uma matéria com cada vez maior força no direito administrativo geral²⁷⁰.

Ora bem: partindo deste protagonismo do direito administrativo clássico (pelo menos) na primeira geração do direito ambiental, vamos agora perscrutar as formas como, nos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos e entre nós, foram utilizados esses meios, institutos e instrumentos jurídico-administrativos na tarefa de protecção ambiental.

²⁶⁹ É quase ocioso mencionar os institutos ou instrumentos de direito administrativo adequados à tarefa de *prevenção* de danos ambientais: é isso que se passa, entre muitos outros, com os poderes *regulamentares* da Administração, quando especifica, esclarece, desenvolve e concretiza as prescrições legais (por exemplo ao fixar os standards de emissões que têm de ser respeitados pelos poluidores); com os mecanismos de *planificação* que a Administração tem ao seu dispor; com os poderes administrativos de autorização e licenciamento, que levam a que um inúmero tipo de actividades e/ou direitos dos particulares só possam ser exercida(o)s depois de a Administração se pronunciar nesse sentido; com a criação de obrigações e proibições gerais ou concretas pela Administração; com a actuação administrativa de inspecção e de polícia; com a criação de zonas de protecção especial como, por exemplo, as áreas incluídas na REN, nos Parques e Reservas Naturais ou nas Áreas de Paisagem Protegida; com a catalogação de bens que ficam sujeitos a regime especial, como acontece com o já referido caso da classificação de bens culturais; e, por último, através de um instituto específico do direito do ambiente o qual, no entanto, assume raiz e contornos administrativos: a AIA.

²⁷⁰ O princípio da participação no direito ambiental aponta, à imagem do que acontece em geral, para a necessidade de os cidadãos, individualmente ou organizados em grupos ou associações (em especial por intermédio das organizações não governamentais do ambiente, as quais têm legalmente defendido os seus direitos de consulta e informação, de participação na definição da política e das grandes linhas de orientação legislativa em matéria de ambiente, bem como legitimidade para promover meios administrativos de defesa do ambiente e para iniciar o procedimento administrativo e intervir nele — cfr., respectivamente, os artigos 5.º, n.º 1, 6.º, n.º 1 e 9.º da Lei n.º 35/98, de 18 de Julho), serem consultados na formulação e execução das decisões ambientalmente relevantes, com o direito de nelas participarem. No nosso país é a própria Constituição que garante “o envolvimento e a participação dos cidadãos” no desempenho das tarefas obrigatórias para o Estado com vista a assegurar o direito ao ambiente (cfr. n.º 2 do artigo 66.º da CRP). A participação está umbilicalmente ligada a outro direito reconhecido em termos amplos no nosso ordenamento jurídico-constitucional e legal: o *direito à informação*, garantido em geral nos n.ºs 1 e 2 do artigo 268.º da CRP e nos artigos 61.º e segs. do CPA e, no que diz respeito ao ambiente, pela lei que regula o acesso à informação ambiental (Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho).

Como resultou da conclusão ao Capítulo I, tal utilização foi feita tendo por base os meios fornecidos pelo direito administrativo de ordenação, de comando ou de polícia ou o modelo de comando e controlo do direito norte-americano que procurámos caracterizar nesse mesmo capítulo deste trabalho²⁷¹. O que se afigura lógico, já que estas actividades de ordenação (e de controlo) pretendem conciliar o respeito pela liberdade e pela iniciativa privada com as exigências do interesse geral, nomeadamente com as garantias de *segurança* e com a *protecção de determinados bens colectivos*, como o ambiente²⁷².

Num esforço de síntese para assinalar os contornos mais característicos desta primeira geração do direito ambiental que na esmagadora maioria dos países foi erigida nas décadas de setenta e oitenta do século passado (concretizada na fundação de poderosos “edifícios” de direito e de políticas ambientais) poderemos dizer o seguinte:

– estamos perante uma *regulação de comando* que passa, no essencial, pela promulgação de leis pelo legislador, concretizadas em decisões autoritárias da Administração Pública (seja em via geral e abstracta, através de regulamentos, seja de forma individual e concreta, em especial por intermédio de actos administrativos), leis e decisões essas que se vão impor aos cidadãos e às empresas “de fora para dentro” (fixação externa dos requisitos de funcionamento das fontes de poluição);

– os poderes públicos, antes de procurarem a colaboração e concertação de posições e estratégias com a comunidade regulada, recorrem a formas impositivas, sendo os comportamentos contrários ao estipulado nas normas considerados ilegais, correspondendo-lhes meios impositivos e sanções;

– o papel de maior protagonismo na protecção publicista do ambiente é dado ao direito legislado e às regulamentações administrativas;

– a tendência inicial é marcada no sentido de leis densas e prescritivas, que deixam pouco espaço para a discricionariedade administrativa;

– as proibições legais e regulamentares ocupam um lugar de grande importância no seio de todo o regime, bem como as sanções, injunções e punições, o que confere ao sistema um forte cariz autoritário e “adversarial”;

– para além das proibições, o legislador estabelece igualmente obrigações e deveres ambientais dos cidadãos, tanto do ponto de vista *material* (deveres de precaução, vigilância e segurança) como *formal* (deveres de notificação, comunicação, colaboração ou tolerância);

– a dimensão técnica das normas é enorme, nomeadamente no que se refere aos valores limite e standards ambientais de emissões e de efluentes;

²⁷¹ Uma definição dos *instrumentos regulatórios ou de comando e controlo* ao nível ambiental pode ser encontrada nos relatórios da OCDE citados por PETER H. SAND (cfr. “Sticks, carrots and games”, in: MICHAEL BOTHE/PETER H. SAND (eds.), *La politique de l’environnement — De la réglementation aux instruments économiques*, Académie de droit international de La Haye, 2003, pp. 3-36). Nestes relatórios tais instrumentos são definidos como as “medidas institucionais dirigidas a influenciar directamente a performance ambiental dos poluidores, através da regulação dos processos ou dos produtos utilizados, do abandono ou limitação da descarga de certos poluentes e/ou pela restrição de actividades a certos momentos, áreas, etc., através do licenciamento, estabelecimento de standards, zonamento, etc.” (cfr. p. 5 e seg., n. 15).

²⁷² Neste sentido, cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 622-624. O Autor alude expressamente ao ambiente quando refere que “uma parte cada vez mais extensa dos poderes deste tipo [ordenação e controlo das actividades privadas] que o ordenamento vigente prevê relaciona-se directa ou indirectamente com a tutela ambiental” (p. 623).

– independentemente de curar de saber, por ora, se os cidadãos gozam ou não de verdadeiros direitos ao desenvolvimento de actividades e ao funcionamento de instalações, eles estão dependentes de autorizações para a realização de tais acções sempre que sejam susceptíveis de produzir efeitos no ambiente;

– quando os cidadãos ou as empresas violam os deveres, as proibições ou as normas técnicas protectoras do ambiente estão em regra sujeitos — para além das sanções que lhes possam ser aplicadas — à assunção da *responsabilidade civil* pelos danos causados;

– de entre as maiores dificuldades que os poderes públicos, com destaque para a Administração Pública, enfrentam contam-se as relativas ao controlo e fiscalização do cumprimento das normas, à execução das mesmas e das políticas ambientais e à punição dos infractores;

– em todo o caso, o controlo jurisdicional (seja por parte dos tribunais judiciais ou comuns, seja por intermédio dos tribunais administrativos, nas ordens jurídicas que conhecem esta dualidade de jurisdições) desempenha uma função assinalável no sistema;

– uma das vantagens mais evidentes desta forma de determinação da disciplina pública do ambiente tem a ver com a clareza, certeza e segurança que traz consigo, permitindo aos cidadãos prever com razoável solidez as consequências das suas acções;

– no entanto, e por contraposição, nesta primeira geração do direito ambiental não se valoram considerações económicas, havendo ausência de estímulos económicos ou de outro tipo para melhores índices de cumprimento por parte dos poluidores;

– também o recurso aos chamados mecanismos de mercado é, nesta fase, praticamente desconhecido.

Uma vez mencionadas, de forma tópica, algumas das principais características da primeira geração da regulação pública do ambiente, vamos procurar desenvolvê-las ao longo do capítulo, articulando-as com as conclusões a que chegámos no capítulo precedente. Começaremos por uma análise geral dos principais temas ou problemas que nos interessam, tomando por base os ordenamentos jurídicos alemão, francês, espanhol, italiano, europeu (comunitário) e brasileiro. O direito ambiental de primeira geração norte-americano merecerá tratamento autónomo bem como, logicamente, o português. Este estudo pretende confirmar o recurso a um modelo administrativo de ordenação, ou de comando e controlo, com destaque para as formas administrativas de comando directo dos comportamentos. Para além do tratamento do quadro normativo fundamental, baseado nos textos constitucionais e nas leis materialmente administrativas que os desenvolvem, as poderosas organizações administrativas constituídas merecerão também a nossa atenção. Todavia, o eixo central da nossa investigação centrar-se-á nos *instrumentos jurídico-administrativos* utilizados nesta primeira geração: para além da abordagem normativa, merecerão a nossa atenção as competências postas ao serviço das finalidades de *controlo e prevenção de perigos* ambientais, conferindo poderes alargados aos órgãos administrativos em termos de planificação, de regulamentação, da habilitação para a prática de uma miríade de actos administrativos (onde se salienta a *autorização*, por ora apenas aflorada, sendo o seu tratamento remetido para o capítulo seguinte) e de poderes de inspecção, fiscalização e controlo, entre outras actividades que teremos oportunidade de analisar. Lancemos então as mãos a esse trabalho, com a convicção de termos uma tarefa hercúlea mas não inultrapassável perante nós.

2. Os principais problemas do direito ambiental de primeira geração

O edifício da primeira geração do direito ambiental foi erigido tendo por base os pressupostos do direito administrativo de ordenação, por sua vez desenvolvidos a partir do direito e da actividade administrativa de polícia. Vamos agora centrar-nos nesse edifício, identificando alguns dos principais problemas, com atenção focada nos instrumentos ou formas de acção administrativa utilizados na ordenação, protecção e promoção do ambiente e dos comportamentos susceptíveis de produzir efeitos sobre ele.

Seleccionámos algumas questões que nos parecem mais importantes tanto do ponto de vista da confirmação desse modelo de ordenação, de comando, impositivo e, em larga medida, autoritário, como para os propósitos da nossa dissertação, orientados primacialmente para as formas de acção administrativas reguladoras do ambiente e, dentro delas, para a autorização administrativa.

2.1. Enquadramento: os primeiros passos da tutela jurídica ambiental

Tomando por referência os supra-citados ordenamentos jurídicos, é inegável a forma como a primeira geração do direito do ambiente foi construída tendo por base os conceitos, fundamentos, institutos e instrumentos da polícia administrativa ou, na expressão mais moderna e quanto a nós preferível, do direito administrativo de ordenação orientado para a defesa dos perigos aos valores fundamentais da ordem pública.

Nuns casos tendo por base disposições constitucionais mas, na maioria deles, dispensando tal norma constitucional fundante e assentando de forma directa na legislação ordinária, desde a década de setenta do século passado que se foi trilhando o caminho da tutela jurídica do ambiente que conduziu à instauração de amplas, fortes e abrangentes estruturas jurídicas orientadas para a protecção e promoção do ambiente, aproveitando-se de sobremaneira daqueles conceitos, institutos e instrumentos jurídico-administrativos tradicionais, ao mesmo tempo que lhe ia sendo introduzido sangue novo, permitindo a sua renovação, actualização, diversificação e orientação para a teleologia ambiental específica.

A este propósito afigura-se-nos pertinente citar um estudo precursor e extremamente sagaz de Massimo Severo Giannini, publicado em 1971²⁷³, no qual o Mestre italiano demonstra enorme lucidez e perspicácia quanto à evolução futura do direito do ambiente, marcando como possíveis certos desenvolvimentos que se vieram efectivamente a verificar: depois de assinalar a inexistência, ao tempo, de institutos jurídico-políticos idóneos para as tarefas de tutela do elemento ambiental, assim como dos bens culturais e naturais, analisa a importância dos poderes públicos de *conformação* da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade. Giannini vai mais longe e propõe uma série de remédios possíveis para fazer face às dificuldades, com destaque para a planificação e para a revi-

²⁷³ Referimo-nos ao artigo "Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e cultural", publicado na RTDP de 1971 (Anno xxi, Fascicolo n.º 3, pp. 1122-1134).

são das normas substanciais (com adopção de normas mais precisas nos diversos sectores, por forma a tornar claras as obrigações dos sujeitos privados e públicos e os poderes da Administração Pública), devendo esta última usar *medidas conformativas* que tanto podem ser *autorizações* (modeladoras das actividades dos sujeitos privados, sem esquecer as possibilidades de a Administração intervir posteriormente sobre autorizações e licenças que se tornaram contrárias ao interesse público) como *ordens* (que mantêm os particulares numa situação de sujeição permanente).

Desta forma, Giannini antevê, em 1971, a recondução dos instrumentos jurídicos empregues na tutela do ambiente a algumas tipologias elementares de actos há muito trabalhadas pela doutrina (em especial os actos conformativos do direito de iniciativa económica privada e/ou do direito de propriedade, como autorizações, licenças, ordens ou proibições)²⁷⁴, cujos efeitos poderiam resultar particularmente incisivos, no caso de serem utilizados de forma apropriada. E foi esse o percurso trilhado, tanto em Itália como nas outras ordens jurídicas sob o nosso escrutínio: a convocação dos expedientes clássicos que estudámos no capítulo precedente e a sua colocação ao serviço das finalidades de tutela ambiental.

A Alemanha é um excelente exemplo para evidenciar essa convocatória: de acordo com designação quase unânime da respectiva doutrina, o direito público ambiental alemão centrou-se, na sua primeira geração, nos *instrumentos de comando directo do comportamento*, reportados no essencial aos instrumentos clássicos do direito administrativo de ordenação, originariamente de polícia²⁷⁵. Kloepfer é a este respeito lapidar, ao aludir à “falta

²⁷⁴ MASSIMO SEVERO GIANNINI desenvolve num outro escrito (*Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 177-228) as formas de controlo público sobre as empresas privadas, isto é, os poderes ou actos *conformativos*, de *controlo* e de *programação*, com especial destaque para os actos autorizativos com funções de controlo (autorizações, licenças, permissões, dispensas, aprovações, etc.). A que soma o *controlo inspectivo* que permite verificar a observância dos preceitos e ainda o *controlo de gestão*, embora este já se refira à eficiência da própria empresa.

No mesmo local da mesma obra, trata ainda os “modos estruturais mais usados para tutelar interesses” relativos ao fabrico dos produtos, em nome da tutela *sanitária*, da *contrafacção*, do *ambiente* e do interesse tributário: através do registo do produto; da uniformização (standardização) industrial do produto; da regulação da composição do produto por normas legais ou actos gerais; do controlo do fabrico de máquinas, em especial das mais perigosas; da imposição de indicação controlada (por exemplo através do registo da sua composição). Concluindo que os *actos conformativos* do bem produzido eram, ao tempo, os que tinham maior importância, mencionando expressamente o caso das *indústrias insalubres e perigosas* e as autorizações necessárias para o seu funcionamento (com controlos sucessivos que reflectem os poderes conformativos da Administração, que podia prescrever a adopção de novas medidas para combate ao fumo e à emissão de gases).

²⁷⁵ Refiram-se, por todos, MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004 (de ora em diante, sempre que referirmos esta obra de Kloepfer sem qualquer indicação em contrário, estaremos a reportar-nos a esta 3.ª edição, só sendo mencionada a anterior quando isso for feito de forma expressa), tanto num extenso capítulo — o 5.º — dedicado aos *instrumentos do direito do ambiente* (cfr. pp. 193-378) como a propósito do *direito de protecção da atmosfera*, disciplina do direito especial do ambiente que, na prática, funciona quase como o seu regime geral (cfr. p. 1212 e segs., especialmente pp. 1254-1293); O mesmo Autor, desenvolve noutro local (“Umweltrecht”, in: NORBERT ACHTERBERG/GÜNTHER PÜTTNER/THOMAS WÜRTEMBERGER (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht — Ein Lehr- und Handbuch*, 2. Auflage, C. H. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 338-543) os “instrumentos do Direito do Ambiente” (pp. 380-417), mais uma vez com lugar de destaque para os “Instrumentos de comando directo do comportamento” (pp. 390-396), e, dentro deles, para o “instrumentário do direito da ordenação” (cfr. p. 190).

SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., tratam, no Capítulo II da sua obra, os “instrumentos de protecção ambiental”, com destaque evidente dos instrumentos de “Comando directo do comportamento”, para o que se utiliza o “instrumentário tradicional de direito de ordenação da administração de intervenção ou de comando” (p. 85). Na mesma linha, cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit. que, ao desenvolver os “ins-

generalizada de originalidade” dos instrumentos do direito do ambiente²⁷⁶.

Mas é ainda mais significativo salientar como o *fundamento* ou o *modelo* desses instrumentos públicos de protecção do ambiente é a *defesa de perigos do direito de polícia*. Sem olvidar que na Alemanha, como noutros países, estes instrumentos de comando directo do comportamento vão sofrer transformações, adaptações e actualizações em função da teleologia inerente à sua aplicação na arena ambiental: a tutela dos bens e valores ambientais e ecológicos veio em diversos casos injectar “sangue novo” nos institutos clássicos, numa relação sinérgica que, como veremos na Parte II da dissertação, vai fazer do direito do ambiente em simultâneo o campo de experimentação privilegiado das soluções do direito administrativo geral e o sector de referência que mais novidades e impulsos traz à renovação daquele. Desta forma, as principais leis federais publicadas nas décadas de setenta e oitenta vieram consagrar uma política e um direito de tutela ambiental com as características do modelo de comando que deixámos apresentado no capítulo precedente. O nosso estudo do direito alemão vai-se circunscrever ao direito federal uma vez que o direito do ambiente neste país, pelo menos ao nível legislativo, é um direito com origem sobretudo na Federação²⁷⁷.

Situação análoga foi experienciada em França, naturalmente adaptada às especificidades do respectivo ordenamento jurídico e à evolução própria que este sofreu. Também aqui o poder de *polícia administrativa* foi aplicado massivamente no domínio da tutela ambiental, pertencendo-lhe, ainda hoje, o principal “quinhão” do direito público e das políticas ambientais. É curioso notar como, em face da tradicional ligação da polícia administrativa aos objectivos de *ordem pública* — concretizados na segurança, tranquilidade e salubridade públicas — houve mesmo autores a proporem um conceito aglutinador e sintético que serviria como meta da actividade das múltiplas políticas especiais em matéria de poluição e de protecção da natureza — o conceito de *ordem pública ecológica*²⁷⁸. O progresso do di-

trumentos estaduais da protecção do ambiente” (pp. 636-671) destaca o facto de os fundamentos ou o modelo destes instrumentos serem a *defesa de perigos do direito de polícia* — razão que o leva a centrar-se (p. 643 e segs.) nos “instrumentos de controlo administrativo”, fortemente impregnados pelo direito de polícia. WERNER HOPPE/MARTIN BECKMANN/PETRA KAUCH (*Umweltrecht — Juristisches Kurzlehrbuch für Studium und Praxis*, 2. Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000) afinam pelo mesmo diapasão: no segundo Capítulo da Parte I da sua obra (“Instrumentos Jurídicos para a Protecção do Ambiente”) dão-nos uma visão geral destes instrumentos (cfr. pp. 135-138) centrando-se, a pp. 171-201, nos *instrumentos de comando directo do comportamento* (ordens e proibições ambientais, controlo de abertura jurídico-ambiental, outros controlos jurídico-ambientais e disposições repressivas no direito do ambiente). Por último, *vide* um ensaio específico sobre os instrumentos do direito ambiental de GERTRUDE LÜBBE-WOLFF (“Instrumente des Umweltrechts — Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen”, *NVwZ*, 20. Jahrgang (2001), Heft 5, pp. 481-493), centrado nos instrumentos que podem ser utilizados nas tarefas político-ambientais de *comando*, nas suas vantagens e desvantagens — começando pelos *instrumentos do direito de ordenação*.

Tivemos também já ocasião de tratar a matéria no nosso artigo “A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita, BFDUC*, 2009, vol. 1, pp. 751-781 (cfr., em especial, pp. 753-757).

²⁷⁶ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 222.

²⁷⁷ Nesse sentido, cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 615 e seg. À imagem do que se passa noutros domínios de competência conjunta federal e estadual (cf. art. 74.º, n.º 1 da GG, com destaque, ao nível ambiental, para o inciso 24 e, também, em termos indirectos, para os incisos 1, 11, 11a, 12, 17, 18, 19, 20, 21-23 e 26), o essencial da competência legislativa pertence à Federação e da competência administrativa (a execução das leis) aos Estados, o que origina grandes deficits de execução.

²⁷⁸ Neste sentido, cfr. MICHEL PRIEUR, *Droit de l’Environnement*, cit., p. 56 e seg. O Autor parte do princípio de

reito público francês reflectiu-se de forma muito profunda na conformação da administração pública francesa, conduzindo a que alguns autores falem num *serviço público de ambiente*, apesar de o *Conseil d'État* se ter recusado a reconhecê-lo²⁷⁹.

Os termos podem mudar, mas o pano de fundo é o mesmo, o que tem sido vincado por nós desde o início do capítulo: em Espanha a doutrina mais representativa salienta o *substrato autoritário* da primeira geração do direito ambiental, ainda que aqui e ali reconhecendo que os seus objectivos também pudessem ser atingidos através da transferência para o mercado dos custos resultantes das medidas destinadas a evitar os danos ou da restauração dos prejuízos²⁸⁰, tal como veremos na Parte II da dissertação. Em conformidade, foi erigido na ordem jurídica espanhola, nas últimas três décadas do século passado, um poderoso edifício de instrumentos de intervenção administrativa ao serviço da protecção ambiental²⁸¹.

É interessante convocar neste momento o exemplo brasileiro, nomeadamente por o direito ambiental deste país ser com justiça reconhecido como um dos direitos ambientais mais desenvolvidos do mundo, com diversas notas originais e avançadas²⁸². Também o Brasil

que os múltiplos regulamentos de polícia que visam interditar e controlar as actividades humanas perturbadoras do meio natural devem corresponder à necessidade de assegurar objectivos de ordem pública. Ora, em face da multiplicidade e amplitude das polícias especiais do ambiente, Michel Prieur propõe a sua união, pelo menos do ponto de vista teórico, numa *única polícia administrativa especial* submetida à *ordem pública ecológica*. No fundo porque depois de se ter erigido uma política do ambiente em face do reconhecimento do interesse geral de tal política, assistiu-se à emergência duma ordem pública nova que tem por fim a protecção do ambiente — embora admita que, ao nível do direito positivo, não se lhe encontrem referências expressas, razão pela qual esta “ordem pública” alargada às finalidades de tutela ambiental não constitui em si mesma uma fonte de direito, sendo necessária a edição de medidas concretas de polícia para atribuir certas competências a autoridades determinadas.

²⁷⁹ Nesse sentido, cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité de Droit Administratif*, Tome 3, L.G.D.F., Paris, 6^e Édition, 1997, p. 302; mais desenvolvidamente sobre a questão, W. COULET, *La notion de service publique dans le droit de l'environnement*, in: HENRY ROUSSILLON (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Montané de La Roque*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques, 1986, pp. 357-379. Uma decisão do *Conseil d'État* ficou, a este respeito, célebre: foi a decisão a propósito do caso *Consorts Bolusset*, julgada em 20 de Julho de 1971 pela secção de contencioso, na qual se respondeu negativamente à questão de saber se o ambiente constituía ou não um serviço público administrativo. Em sentido crítico quanto a tal conclusão, admitindo que, de qualquer modo, esta decisão abre as portas a uma posterior inflexão da jurisprudência, cfr. LABETOUILLE/CABANES, “Chronique générale de jurisprudence administrative française”, *AJDA*, n.º de 20 de Outubro de 1971, pp. 527-536 (pp. 527-529).

²⁸⁰ Por todos cfr. RAMÓN MARTÍN MATEO, *Tratado...*, Tomo IV, cit., p. 33.

²⁸¹ Para uma visão panorâmica dessas técnicas cfr., entre muitos outros, CONSUELO ALONSO GARCÍA e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, “Técnicas jurídicas de protecção ambiental: instrumentos de intervenção administrativa”, in: AA. VV. (dir. LUIS ORTEGA ÁLVAREZ), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 3.ª ed., 2002, pp. 119-138.

²⁸² Os autores brasileiros, de uma maneira geral, não são nada modestos na valoração do direito ambiental do seu ordenamento pátrio: a título meramente exemplificativo, veja-se o que sucede com ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN — uma voz com alguma autoridade (também) a este respeito, por ter sido professor visitante de direito ambiental comparado na *Texas School of Law*, com um profundo conhecimento do direito ambiental norte-americano — que salienta o facto de o Brasil estar muito bem servido ao nível da regulação ambiental e de o direito ambiental brasileiro ser “um dos mais desenvolvidos e sofisticados do mundo” (cfr. “A implementação do direito ambiental no Brasil”, *Lusíada. Direito*, Universidade Lusíada, n.º 1 e 2 (2003), pp. 279-311, p. 307); ou ANN HELEN WAINER (*Legislação Ambiental — Subsídios para a História do Direito Ambiental*, 2.ª ed., Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1999), que não tem “dúvida em afirmar que a regulamentação da legislação ambiental brasileira em nível constitucional e infraconstitucional é uma das mais avançadas do mundo, especialmente após o cotejo de nossa Constituição Federal com a de outros países” (p. 93); CARLOS ANDRÉ SOUSA BIRNFELD, pelo seu lado, destaca o facto de a “legislação brasileira (...) ser considerada inclusive uma das mais avançadas do mundo” (cfr. “Do Ambientalismo à Emergência das Normas de Protecção Ambiental no Brasil — Algumas Ilações Necessária”, in: MARCELO DIAS VARELA/ROXANA CARDOSO B. BORGES (Organizadores), *O Novo em Direito Ambiental*, Livraria Del Rey Editora

confirma o recurso massivo aos instrumentos clássicos do direito de ordenação na primeira geração do seu direito ambiental, podendo afirmar-se que o paradigma de regulação neste país foi idêntico, ao assentar nos meios de direito administrativo típicos do direito de ordenação ou modelo de comando e controlo. Como sintetizam Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira ao analisarem a evolução da “gestão ambiental” no Brasil, “o poder público vem conduzindo a política ambiental exclusivamente por meio de *instrumentos de controle e comando*, seja na administração dos recursos naturais, ou mesmo no controlo da poluição ambiental e no planeamento territorial. Trata-se de uma intervenção centralizada, regulamentadora e fiscalizadora”²⁸³.

Em suma: nas diversas ordens jurídicas sob o nosso escrutínio, nas últimas três décadas do século xx a tutela ambiental afirmou-se como um valor de relevância sempre crescente, com o desenvolvimento de políticas ambientais fortes, de um amplo, abrangente e densificado quadro de disposições legais e regulamentares teleologicamente orientado para a tutela ambiental e a expansão sucessiva do conjunto de entes, órgãos, associações e outras organizações dedicadas à protecção do ambiente. Como sintetiza a doutrina italiana — síntese que pode ser transposta, em termos genéricos, para a grande maioria das ordens jurídicas próximas da nossa —, nas décadas de sessenta, setenta e oitenta do século passado emergiram três tendências fundamentais no que se refere aos instrumentos jurídicos de tutela ambiental: a *exigência de uma legislação ecológica específica*; a necessidade de criação de uma *autoridade responsável*, de acordo com o princípio da unidade de gestão e acção e no sentido de racionalizar e otimizar as intervenções públicas na matéria; e a afirmação decisiva da *prevenção* como exigência emergente na tutela do ambiente, determinante de um novo perfil da intervenção pública²⁸⁴. Não é ocioso voltar a sublinhar esta última dimensão, devido à sua transposição do direito de polícia, sobretudo alemão, cada vez mais orientado, ao longo do século passado, para a prevenção de danos sociais, para o direito ambiental, na medida em que o princípio da prevenção se foi assumindo, de forma sempre crescente, como o fundamento básico de grande parte das políticas, das medidas, dos actos e das tarefas administrativas no domínio da defesa ecológica.

Ltdª, Belo Horizonte, 1998, pp. 71-97, p. 91) e qualifica a lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 1981) como “uma das normas mais avançadas do mundo, cuja referência emblemática pode ser encontrada na própria definição de meio ambiente” (p. 91).

Os próprios autores norte-americanos, sempre tão ciosos dos méritos do seu próprio direito, não deixam de reconhecer as qualidades do direito ambiental brasileiro: por todos, cfr. ROGER W. FINDLEY, “Pollution Control in Brazil”, *ELQ*, vol. 15 (1988), n.º 1, pp. 1-68, de acordo com o qual “desde 1973, o Brasil tem vindo a desenvolver um sistema substantivo de leis e regulamentos de controlo da poluição similar, em muitos aspectos, ao dos Estados Unidos” (p. 64).

²⁸³ Cfr. WELBER BARRAL/GUSTAVO ASSED FERREIRA, “Direito Ambiental e Desenvolvimento”, in: WELBER BARRAL/LUIZ OTÁVIO PIMENTEL (Organizadores), *Direito Ambiental e Desenvolvimento*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2006, pp. 13-45 (p. 41) — itálico nosso. Os Autores mostram-se críticos em relação a essa opção, destacando a ineficiência de tais políticas, bem como a actuação seccionada e sem integração do Estado (tendo por base uma visão fragmentada da questão ambiental) e a falta de um planeamento estrutural capaz e eficiente (p. 42).

²⁸⁴ Sobre a emergência das duas primeiras tendências, em Itália, nos anos sessenta e setenta do século xx, cfr. FILIPPO SALVIA, “Gli strumenti giuridici della tutela ambientale”, *RGA*, Anno VIII, 1993, Fascicolo n.º 2, pp. 209-221 (p. 209); sobre o papel (do princípio) da *prevenção* na arena ambiental e a sua influência na afirmação de uma forma diferente de intervenção pública cfr., por todos, PAOLO DELL’ANNO, “Strumenti Giuridici per la Prevenzione dell’Inquinamento: Situazione Attuale e Prospettive”, *RTDP*, 1986, Fascicolo n.º 1, pp. 206-231 (pp. 209-211).

Os objectivos da nossa dissertação, como não escondemos, dirigem-se antes de mais para os instrumentos jurídico-administrativos de tutela ambiental, com protagonismo para a autorização. Daí o nosso interesse em vincar desde já como a orientação do direito ambiental de primeira geração no sentido que temos visto se repercute também na escolha de tais instrumentos: os autores alemães, na análise que efectuam dos *instrumentos de comando directo do comportamento* assinalam como os instrumentos mais severos de protecção do ambiente as *proibições legais*, em muitos casos complementadas ou desenvolvidas por regulamentos, mas sem necessidade de uma concretização ao nível dos casos individuais, acompanhadas da consagração de *deveres e obrigações ambientais dos cidadãos*, concretizadas em deveres formais e materiais que analisaremos *infra*²⁸⁵.

No núcleo da nossa investigação surgem os instrumentos de comando directo que assumem, sem qualquer espécie de dúvida, o principal papel na tutela ambiental: os *instrumentos de controlo administrativo*. E, como veremos, dentro dos instrumentos de controlo administrativo de actividades com relevância ambiental desde o início que a figura principal é a da *autorização administrativa*: são os actos autorizativos que se destacam, em especial quando está em causa o controlo inicial daquelas actividades. O que não é de estranhar já que a Alemanha é a pátria de Otto Mayer o qual é um dos (se não mesmo “o”) principais responsáveis pela autonomização do acto autorizativo e pela fixação do seu sentido, em termos ainda hoje largamente aceites.

Todavia, a gama de instrumentos jurídico-administrativos tradicionais usada na primeira geração do direito do ambiente é muito mais diversificada: tendo por base a tentativa de concretizar as exigências preventivas, abrange, entre outros, instrumentos de planeamento ou planificação, a classificação de actividade e de instalações, declarações administrativas com efeitos jurídicos específicos, a prática de ordens e de outros actos impositivos, actividades materiais de vigilância e fiscalização e a aplicação de sanções administrativas.

Para terminar este enquadramento, há um ponto que merece uma reflexão desenvolvida: a situação da Comunidade Europeia²⁸⁶ onde, apesar de a tutela do ambiente estar ausente dos respectivos tratados constitutivos, ela vai aparecer mais tarde também com base num modelo onde sai realçado, de forma inequívoca, o protagonismo dos instrumentos administrativos e do modelo de ordenação, impositivo e de comando, conduzindo igualmente a um direito ambiental com grande volume, importância e significado, que se viria a tornar o motor de muitas das tendências evolutivas dos direitos ambientais europeus²⁸⁷. Abordagem que se vai manter, no fundamental, até ao início da década de noventa do século passado,

²⁸⁵ Cfr. 2.2.

²⁸⁶ Uma vez que estamos a tratar a primeira geração do direito ambiental, vamos referir-nos diversas vezes à “Comunidade Europeia” e ao “direito comunitário”, apesar da sua posterior evolução para “União Europeia” e “direito europeu” ou, talvez em termos mais rigorosos, “direito da União Europeia”. No entanto, em face do momento histórico da nossa análise, não nos absteremos de utilizar esta terminologia.

²⁸⁷ O relance que pretendemos passar sobre a política e o direito comunitários do ambiente pretende tão-só caracterizar o tipo de abordagem utilizada pelos órgãos da Comunidade Europeia desde que se começaram a interessar pela protecção jurídica ambiental, pondo em larga medida de lado o papel que ele veio assumir na conformação dos direitos ambientais nacionais dos Estados-Membros (uma vez que um dos desígnios principais dessas normas é o de estabelecer um regime mais ou menos uniforme para o direito substantivo, procedimental e processual dos Estados membros).

onde o Quinto Programa de Acção comunitário em matéria de ambiente (“Em direcção a um desenvolvimento sustentável”) vai determinar uma mudança bastante relevante.

É natural que a tutela do ambiente não figurasse entre as matérias previstas nos Tratados que instituíram as Comunidades Europeias, não estando por isso incluídas nas competências dos seus órgãos, em função da data de tais tratados²⁸⁸ e também dos seus objectivos centrais: a instituição, a longo prazo, de um mercado único, que passava antes de mais pela consagração das conhecidas *quatro liberdades*, a liberdade de *circulação de mercadorias*, a liberdade de *circulação de pessoas* (ou, mais exactamente, de trabalhadores “dependentes”, consagrando-se o *direito de estabelecimento* para os trabalhadores independentes), a liberdade de *circulação de serviços* e a liberdade de *circulação de capitais*.

No entanto após a Conferência de Estocolmo sobre o Desenvolvimento Humano, organizada pelas Nações Unidas (5 e 6 de Junho de 1972) e sempre assinalada como o primeiro marco da política e do direito ambiental vai ter lugar em Paris, em 19 e 20 de Outubro do mesmo ano, uma cimeira dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros das Comunidades Europeias da qual emerge uma declaração pública que é vista como o primeiro acto com significado político e jurídico no domínio ambiental no qual a Comunidade expressa a sua determinação em erigir a tutela ambiental como objectivo da sua acção política e dos seus instrumentos jurídicos²⁸⁹.

Foi com base nesta Resolução que o Conselho veio a aprovar, sob a forma de uma Declaração Conjunta do Conselho e dos representantes dos Estados-Membros reunidos no Conselho de 22 de Novembro de 1973 o primeiro *Programa de Acção sobre o Ambiente*²⁹⁰,

²⁸⁸ O “Tratado de Paris”, que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), foi assinado em 18 de Abril de 1951, em Paris, tendo entrado em vigor em 23 de Julho de 1952; e os “Tratados de Roma”, que instituíram a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom) foram assinados em Roma em 25 de Março de 1957, tendo entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1958.

²⁸⁹ Aludindo à reunião de Paris de 1972 como o primeiro acto no qual se “declarou a protecção ambiental como um dos principais objectos da Comunidade Europeia”, cfr. PETER PUGH, “The Battel on Environmental Policy Competences; Challenging the Stricter Approach: Stricter Might Lead to Weaker Protection”, in: RICHARD MACRORY (ed.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law — A High Level of Protection?*, The Avosetta Séries (7), Europa Law Publishing, 2006, pp. 3-16 (p. 3). Sobre o enquadramento histórico desta conferência cfr. LUDWIG KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, Seventh Edition, 2011, p. 4. Na Resolução proveniente da cimeira ficou expressa a convicção de acordo com a qual “a expansão económica não é um fim em si mesma”, devendo em termos prioritários contribuir para atenuar as disparidades entre as condições de vida e para a melhoria da qualidade de vida, sendo decisivo dar “uma particular atenção a valores e bens imateriais e à protecção do meio ambiente, a fim de colocar o progresso ao serviço dos homens” (cfr. *Bulletin des Communautés Européennes*, n.º 10/1972, 5^e année, p. 8).

²⁹⁰ Concretamente em 22 de Novembro de 1973: cfr. JO n.º C112, de 20 de Dezembro de 1973. De acordo com LUDWIG KRÄMER, *os programas de acção são “declarações políticas de intenção que tomam as medidas planeadas para um certo período colocando-as num contexto global, definindo prioridades e, se necessário, introduzindo ou explicando devidamente as mudanças. Não constituem uma base legal para as medidas comunitárias ambientais, mas representam mais do que a vontade do Conselho e dos Estados membros para encararem a concretização dos objectivos propostos nos programas”* (cfr. LUDWIG KRÄMER, *EEC Treaty and Environmental Protection*, Sweet & Maxwell, London, 1990, p. 2).

Os programas de acção fornecem o enquadramento dos diversos actos da Comunidade no sector, pois são planos que estabelecem prioridades políticas e formulam objectivos para os anos seguintes à sua entrada em vigor: descrevem em termos relativamente genéricos medidas e políticas que devem ser desenvolvidas e executadas no seu período de duração, fornecendo uma plataforma para a discussão da política ambiental europeia. Aparecem sob a forma de comunicações da Comissão dirigidas às outras instituições, tendo efeitos essencialmente políticos, uma vez que estão desprovidos de efeito vinculativo, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça: no

estabelecendo os princípios básicos de uma política ambiental europeia. Com ele, inicia-se de forma articulada e sistemática uma política das Comunidades em matéria de ambiente e, por seu intermédio, o direito comunitário do ambiente.

A partir daqui, o ambiente foi tomando o seu lugar no seio da actividade das instituições comunitárias — em consonância com a preocupação crescente que a questão ambiental foi assumindo na opinião pública europeia, na comunidade científica e jurídica e no seio do próprio debate e discurso político dos diversos Estados membros e da Comunidade no seu conjunto —, com a aprovação de diversas directivas em aspectos muito diversos da protecção do ambiente²⁹¹.

Em especial nas primeiras décadas deste movimento salientou-se o papel do Tribunal de Justiça: foi esta instituição que pela primeira vez reconheceu a *protecção ambiental* como um dos *objectivos fundamentais da Comunidade*²⁹² tendo-se afirmado como a instituição

conhecido caso Rovigo (processo C-142/95, acórdão de 12 de Dezembro de 1996) o Tribunal, tomando por base o n.º 12 da síntese do Quinto Programa de Acção em matéria de ambiente considerou que “o quinto programa de ambiente se destina a fornecer um quadro para a definição e a implementação da política da Comunidade no domínio do ambiente, *não contendo*, todavia, *normas jurídicas vinculativas*” (itálico nosso).

O seu relevo, nos primeiros anos de desenvolvimento da política e do direito comunitário do ambiente foi enorme, na medida em que não havia no Tratado base legal para as medidas ambientais, permitindo estes programas, juntamente com o recurso a algumas disposições do Tratado então vigente, suprir tal falta: só com o Acto Único Europeu é que eles passaram a ter base legal nos Tratados comunitários, prescrevendo-se hoje no n.º 3 do art. 192.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que “O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, adoptarão *programas gerais de acção* que fixarão os *objectivos prioritários* a atingir” (itálicos nossos).

Existem até agora 6 programas comunitários de acção em matéria de ambiente, de acordo com a seguinte cronologia: Primeiro Programa Comunitário de Acção em Matéria de Ambiente, que teve início em Novembro de 1973 e vigorou entre 1973 e 1976 (cfr. JO n.º C112, de 20 de Dezembro de 1973); o Segundo Programa teve início em Maio de 1977 e produziu efeitos até 1982 (JO n.º C 139, de 13 de Junho de 1977); o Terceiro Programa começou a produzir efeitos em Fevereiro de 1983 e manteve-se até 1986 (JO n.º C/46, de 17 de Fevereiro de 1983); o Quarto Programa começou a sua vigência em Outubro de 1987 e manteve-a até 1993 (JO n.º C/328, de 07 de Dezembro de 1987); o Quinto Programa, o primeiro a ter um título (“Em direcção a um desenvolvimento sustentável”), vigorou entre Maio de 1992 e o ano 2000 (JO C 150, de 31 de Maio de 1993, p. 292); o Sexto Programa Comunitário de Acção em matéria de Ambiente, finalmente, foi adoptado pela Decisão n.º 1600/2002 (cfr. JO L 242, de 10 de Setembro de 2002, p. 1), sendo o que está actualmente em vigor: intitula-se “Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha” e cobre o período que vai de 22 de Julho de 2002 até 21 de Julho de 2012.

Sobre a matéria desta nota, além da obra citada, cfr. ainda LUDWIG KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., p. 54 e seg.; JAN JANS, *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, 3rd edition, Groningen, 2008, pp. 305-307; CHARLOTTE STRECK/DAVID FREESTONE, “The EU and Climate Change”, in *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law*, cit., pp. 87-106 (pp. 89-92); e ECKARD REHBINDER/RICHARD STEWART, “Legal Integration in Federal Systems: European Community Environmental Law”, *Am. J. Comp. L.*, vol. XXXIII, 1985, n.º 3, p. 371 ss. (p. 384).

²⁹¹ Em relação aos *detergentes*, por intermédio da Directiva n.º 73/404/CEE, do Conselho, de 22 de Novembro de 1973; quanto à *poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade*, através da Directiva n.º 76/464/CEE, do Conselho, de 4 de Maio de 1976; no que respeita à *limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas*, garantida por intermédio da Directiva n.º 76/769/CEE, do Conselho, de 27 de Julho de 1976; no que toca aos *resíduos tóxicos e perigosos*, com a Directiva n.º 78/319/CEE, do Conselho, de 20 de Março de 1978; no que tange ao *nível sonoro admissível e ao dispositivo de escape dos motociclos*, regulados na Directiva n.º 78/1015, do Conselho, de 23 de Novembro de 1978; no que se refere à *conservação das aves selvagens*, levada a cabo pela Directiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril de 1979. Isto apenas para referir alguns exemplos de directivas aprovadas na década de setenta do século passado.

²⁹² No caso *ADBHU* (Caso 240/83 *ADBHU* [1985] ECR 531 — *Recueil*, p. 531, n. 13), em que o Tribunal determinou que “a protecção do ambiente constitui um dos objectivos essenciais da Comunidade” e que, como tal, as medidas prescritas pela Directiva n.º 75/439/CEE, do Conselho, de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos

comunitária mais empenhada na defesa e promoção da política e do direito do ambiente — papel que porventura desempenhará ainda hoje²⁹³.

Quaisquer dúvidas que pudesse haver sobre a legitimidade jurídica da intervenção das instituições comunitárias na tutela ambiental foram dissipadas em meados da década de oitenta do século xx quando, por ocasião da celebração do Acto Único Europeu (AUE)²⁹⁴ se efectuaram modificações ao texto do Tratado de Roma, passando o ambiente a fazer parte do seu elenco. Por tal razão, o AUE é usualmente mencionado como o marco constitucionalizador da política e do direito comunitários do ambiente, não tanto por ter passado a prever, no (então) artigo 100.º-A daquele Tratado, a protecção do ambiente como um dos elementos a ter em conta na harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros²⁹⁵, mas sobretudo devido ao aditamento que fez de um novo Título à Parte III do Tratado que instituiu as Comunidades Europeias (cuja epígrafe era “O Ambiente”, constituído hoje pelos artigos 191.º a 193.º do TFUE).

Em termos de programas de acção em matéria de ambiente, parecem-nos suficientes algumas linhas sobre o Primeiro, na medida em que até ao Terceiro ou mesmo ao Quarto as diferenças não foram de tomo em termos da *abordagem jurídico-política* da protecção ambiental subjacente²⁹⁶. Apenas com o Quinto Programa de Acção há uma alteração de fundo — que, em nossa opinião, é reflexo de um novo paradigma da tutela pública do ambiente, que será desenvolvido na Parte II da dissertação, para a qual remetemos também uma análise mais pormenorizada deste Programa —, com a introdução do conceito chave do

óleos usados, se justificavam desde que não fossem discriminatórias, não indo para lá das restrições necessárias “justificadas pela prossecução do objectivo da protecção ambiental, que é de interesse geral”.

²⁹³ Sobre o papel do Tribunal de Justiça na tutela ambiental *vide* toda a obra de VELASCO VALLEJO, *Aspectos jurídicos actuales de la protección del medio ambiente en la Comunidad Europea, y en especial, la contribución de su Tribunal de Justicia*, Universidad de Granada, Colección Estudios Jurídicos Internacionales y Europeus, Seminario Permanente, 6, 1991, especialmente p. 27 e segs.

²⁹⁴ O processo de ratificação do AUE foi complexo e relativamente longo: depois da sua adopção, em Dezembro de 1985 pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados membros, com base no acordo político alcançado no Conselho Europeu do Luxemburgo de 3 de Dezembro desse ano, foi rejeitado pelo Parlamento Dinamarquês, mas em seguida votado favoravelmente num referendo realizado neste país; o processo de ratificação pelos restantes parlamentos nacionais prolongou-se por 1986 e 1987, vindo finalmente a entrar em vigor em 1 de Julho de 1987.

²⁹⁵ Contemplando-se também, no mesmo preceito (n.º 3), que a “Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de protecção dos consumidores basear-se-á num *nível de protecção elevado*” (itálico nosso), exigência que na revisão do Tratado levada a cabo em Maastricht se passou a reportar a *toda a política da Comunidade no domínio do ambiente*, convertendo-se num dos princípios fundamentais do direito comunitário do ambiente e na “matriz fractal” de todo o regime dos bens ecológicos, de acordo com MARIA ALEXANDRA ARAGÃO (*O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Coleção teses, Almedina, 2006, p. 145). Sobre a história do princípio do nível elevado de protecção ecológica (NEPE) no direito comunitário, cfr. a mesma Autora e obra, pp. 145-150 — cumprindo salientar o protagonismo que Maria Alexandra Aragão concede ao NEPE ao longo de todo este trabalho, qualificando-o como “um princípio de ordem pública ecológica, que corresponde a um grau civilizacional avançado de defesa do direito humano do ambiente, em que a protecção ecológica é um imperativo colectivamente assumido”. O NEPE é “um princípio transpositivo, que perpassa todo o ordenamento jurídico-ambiental, conformando o conteúdo normativo de preceitos que podem ser convocados para a resolução de conflitos jurídico-ambientais concretos” (cfr. *O Princípio do Nível Elevado...*, cit., em termos sintéticos e conclusivos, p. 779).

²⁹⁶ Uma análise condensada mas muito bem sistematizada e explícita dos cinco primeiros programas de acção em matéria de ambiente pode ser vista em PAMELA M. BARNES/IAN G. BARNES *Environmental Policy in the European Union*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 1999, pp. 29-45.

desenvolvimento sustentável, que reflecte uma visão mais optimista daquela que tinha sido adoptada nos anos sessenta²⁹⁷, tratando-se agora de consagrar uma estratégia *dinâmica, flexível* e de *longo-prazo*.

No Primeiro Programa de Acção foi estabelecido o enquadramento para a futura política ambiental europeia, com base no princípio da *responsabilidade partilhada* entre a Comunidade e os Estados membros e na concepção de que não deve haver separação entre a protecção ambiental e os objectivos de crescimento económico.

Em especial da Segunda Parte do Programa (“Descrição pormenorizada das acções a empreender a nível comunitário nos próximos anos”) resulta uma abordagem claramente “sectorial” ou “isolada” da questão ambiental, compartimentada em função dos diversos componentes ambientais ou, na maior parte dos casos, por divisões e questões específicas surgidas a propósito de cada um dos componentes ambientais naturais.

A preferência pela utilização de instrumentos típicos do direito administrativo da ordenação oriundos da polícia administrativa na realização dos objectivos de protecção ambiental a que o Programa se propõe pode ser ilustrada com base em inúmeros exemplos:

– por todo o documento perpassa a ideia chave do *controlo e fiscalização da poluição*, o que pressupõe um substrato autoritário, ou seja, o comando por parte dos organismos administrativos dos diversos Estados-membros²⁹⁸;

– a importância da fixação de *valores limite*, que releva em sede das definições específicas em matéria de protecção do ambiente, como as de “exposição” de um alvo (que deve “ser expressa sob a forma de *valores numéricos de concentração, intensidade, duração ou frequência*”) e de *normas* (já que estas “fixam os níveis de poluição ou perturbações que não devem ser ultrapassados num meio, num alvo ou num produto”²⁹⁹);

– o préstimo dos *instrumentos sancionatórios*, já que para se assegurar eficazmente o cumprimento dos regimes comunitários ou nacionais é necessária “uma sanção suficientemente severa das infracções” a tais regimes, lançando-se mesmo no Programa o repto de se estudar “a criação de um organismo internacional dotado de poderes de sanção e de meios efectivos de controlo”;

– a necessidade de estabelecer limitações e *proibições*, por exemplo no que diz respeito à poluição química (devem prever-se listas das matérias cuja descarga deva ser proibida);

²⁹⁷ Expressamente neste sentido, PAMELA M. BARNES/IAN G. BARNES *Environmental Policy...*, cit., p. 41, que justificam esta sua reflexão com base no facto de a noção de desenvolvimento sustentável ser baseada numa ideia de que algo é possível, em contraste da concepção da década de sessenta de acordo com a qual o crescimento económico conduziria inevitavelmente à degradação ambiental.

²⁹⁸ Apenas para referir alguns exemplos, em sede da redução das poluições e das perturbações salienta-se a necessidade de haver trocas de informações “no que se refere aos *controles efectivos* e às medidas que tiverem sido tomadas pelos Estados-membros para *garantir o cumprimento das regras* relativas às instalações e aos produtos poluentes” bem como a conveniência de se elaborarem “métodos que permitam determinar o *controlo das emissões*” para atingir os objectivos de qualidade das águas; no que toca à poluição dos mares chama-se a atenção para a necessidade de os Estados enfrentarem os problemas de fiscalização e controlo particularmente difíceis que ela levanta — e daí que, ainda ao nível da poluição marinha, a Comissão se proponha iniciar trabalhos de “inventário e estudo crítico comparativo das disposições legislativas, regulamentares e administrativas em vigor ou previstas para controlar e limitar a descarga directa no mar de efluentes industriais e domésticos (...)”.

²⁹⁹ A sua relevância na noção de norma faz-se sentir em relação às *normas de qualidade do ambiente* (fixam os níveis de poluições ou perturbações que não devem ser ultrapassados), às *produtos* (estabelecem limites no que diz respeito aos níveis de poluentes ou perturbações) e às *normas de emissão* (prevêem níveis de poluentes ou perturbações que não devem ser excedidos nas emissões).

– o relevo dos instrumentos de planeamento, seja por se prever no Título II da Segunda Parte um capítulo inteiro sobre “Urbanismo e ordenamento dos espaços” (no qual se propõem acções para fazer face aos problemas de ambiente específicos de diversos locais da Comunidade, como as cidades, os espaços naturais ou as zonas litorais), seja enquanto se estabelece o desígnio mais geral de coordenar e harmonizar os programas nacionais nos domínios da política do ambiente, na base de uma concepção comum a longo prazo.

Em todo o caso, não podemos deixar de salientar que, em 1973, os responsáveis pela elaboração deste Programa de Acção tiveram a argúcia e a inteligência de não deixar de referir a utilização de *instrumentos económicos* na tutela do ambiente, referindo expressamente o papel de “uma *análise dos instrumentos económicos que possam ser utilizados no âmbito de uma política do ambiente*, tendo em conta a aplicação do princípio do «poluidor-pagador», sem prejuízo das regras do mercado comum” (itálico nosso), prevendo um Capítulo próprio sobre as “Acções relativas aos aspectos económicos da luta contra a poluição” (Capítulo 9 do Título I da Segunda Parte). Lançando algumas das sementes que viriam a germinar na segunda geração do direito do ambiente.

2.2. Os edifícios normativos erigidos na primeira geração do direito do ambiente

O protagonismo do direito público na tutela do ambiente é marcado, desde logo, ao nível normativo, com a instituição de fortes edifícios de leis, regulamentos sustentados nalguns casos em normas constitucionais. É de notar que, ao contrário do que aconteceu em Portugal, em grande parte das ordens jurídicas objecto do nosso estudo a constitucionalização da protecção ambiental ocorreu numa fase posterior à fundação de uma tutela ambiental sólida e forte com base em conjuntos mais ou menos amplos de leis e de regulamentos administrativos. Na Alemanha, em França, na Itália e no Brasil as fundações do direito do ambiente dispensaram essa previsão constitucional, cuja inexistência não prejudicou a proliferação de inúmeros dispositivos normativos teleologicamente dirigidos à protecção e promoção do ambiente. Deve ainda sublinhar-se que, no espaço europeu, ao conjunto que depressa se tornou amplo e prolixo de normas se somou a influência directa e indirecta do direito comunitário, em particular através dos seus programas de acção em matéria de ambiente e das directivas elaboradas neste domínio do direito.

Tanto na Alemanha como na França pode-se falar de uma espécie de “pré-história” do direito ambiental moderno. No primeiro dos países há autores que vão buscar as raízes do direito ambiental ao direito prussiano, em cuja *Allgemeine Landrecht für Preußen* (de 1794!) já se estabelecia uma obrigação geral de autorização para as fábricas que continha exigências relativas à protecção da atmosfera; também de acordo com a *Allgemeine Gewerbeordnung* de 17 de Janeiro de 1845 era necessária uma autorização de polícia especial para a construção de instalações industriais que pudessem trazer desvantagens, perigos ou danos significativos para proprietários ou moradores dos terrenos vizinhos ou para o públi-

co³⁰⁰. Em França, é também possível ir buscar as raízes de tal pré-história a alguns regimes legais específicos, em especial o dos *estabelecimentos perigosos, incómodos e insalubres*.

Todavia, o direito do ambiente moderno ou pós-moderno é expressão de uma política posta em marcha a partir do final dos anos sessenta: a Itália terá aqui ganho a dianteira, já que a lei *antismog* de 1966 (Lei n.º 615/1966, de 13 de Julho, sobre poluição atmosférica) é considerada a primeira lei do direito ambiental hodierno, ao estabelecer limites às emissões e imissões das fontes poluentes, na modalidade de standards qualitativos das áreas exteriores aos espaços de localização da indústria nuns casos determinados directamente na lei e noutros pelas autoridades administrativas competentes. Nesta primeira fase de formação do direito ambiental italiano, até meados da década de oitenta, sucedeu-se a publicação de diplomas legais e regulamentares em matéria de poluição atmosférica, hídrica, dos solos e sonora e a regulação cada vez mais minuciosa de actividades, instalações, produtos e processos susceptíveis de afectarem os componentes ambientais, erigindo-se um poderoso edifício de normas e regulamentos ambientais³⁰¹. Foram publicados múltiplos diplomas nesta fase, com um recurso massivo à fixação de standards, uma das notas centrais da legislação ambiental de primeira geração, salientando-se também a Lei que instituiu o Ministério do Ambiente, sobre a qual nos debruçaremos detidamente *infra* (Lei n.º 349, de 8 de Julho 1986).

Em França, o início da invasão das preocupações ambientais que levaram ao seu posterior acolhimento em textos e documentos normativos está ligado ao programa de reflexão lançado em 1969 pelo Primeiro-ministro Chaban Delmas, que tinha por objectivo garantir um maior controlo sobre o ambiente e desenvolver as responsabilidades que incumbiam neste domínio aos vários departamentos ministeriais e às diversas colectividades públicas. Em face do reconhecimento do carácter interministerial da política do ambiente foi aprovado no Conselho de Ministros de 10 de Junho de 1970 o “Programa das Cem Medidas

³⁰⁰ Sobre estas raízes históricas do direito ambiental alemão, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 70 e segs. Apesar destes passos tão precoces, KLOEPFER acaba por reconhecer (p. 77 e segs.) que até 1945 praticamente não existiu uma protecção jurídico-administrativa dos vizinhos, uma vez que as instalações autorizadas gozavam de uma *Bestandschutz* quase ilimitada: ainda que a partir de 1921, na *República de Weimar*, tenha havido importantes medidas de luta contra a poluição atmosférica, o impulso decisivo para o desenvolvimento moderno do direito ambiental foi dado, posteriormente a 1970, pelo FDP, na coligação que constituiu com o SPD, a partir de 69 (p. 94 e seg.). Sobre a história do direito ambiental germânico, cfr. também GERHARD FELDHAUS, “Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 15-43, fazendo o relato da época que denomina de “transição” — a época dos anos da reconstrução, a seguir à II Guerra Mundial, com a publicação de algumas leis (p. ex. das águas e da energia atómica) e as primeiras tentativas de contrariar a poluição atmosférica (p. 22 e segs.).

³⁰¹ FILIPPO SALVIA, “Gli strumenti...”, cit., p. 209 considera que de 1966 a 1982 se cumpre o processo de formação do quadro normativo ambiental em Itália. Sobre a *evolução do direito ambiental italiano*, com a nota comum de levarem a cabo uma tentativa de distinção de diversas *fases* desta evolução, cfr. FILIPPO SALVIA, “Gli strumenti...”, cit., pp. 209-212, que seguimos de perto no texto; FRANCESCO FONDERICO, “La Tutela dell’Ambiente”, in: SABINO CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo — Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, pp. 2015-2107. Este último Autor trata, a pp. 2015-2017, a *evolução das normas ambientais*, assinalando quatro fases de desenvolvimento do direito ambiental italiano: após uma fase, vivida até meados da década de sessenta, caracterizada pela ausência de tutela ambiental, alude a uma segunda fase, entre 1966 e 1985, de maior atenção aos factores ambientais, embora considerados apenas em função de outros interesses públicos como a saúde pública ou o urbanismo e em que se sentia uma grande dispersão das competências públicas; e PAOLO DELL’ANNO, *Manuale di Diritto Ambientale*, CEDAM, terza edizione, 2000, pp. 20-26.

do Ambiente" ("*programme des cent mesures de l'environnement*"), a que se seguiu um programa de acção adoptado em 1978 e uma *Chart de l'environnement* publicada em 1981. Mas o grande passo para o acolhimento no ordenamento jurídico francês do fim público de protecção do ambiente tinha sido dado, em 1976, com a Lei n.º 76-629, de 10 de Julho de 1976, relativa à protecção da natureza, que previa no seu artigo 1.º uma norma de grande alcance, ao dispor que "A protecção dos espaços naturais e das paisagens, a preservação das espécies animais e vegetais, a manutenção dos equilíbrios ecológicos em que estes participam e a protecção dos recursos naturais contra todas as causas de degradação que as ameaçam são de interesse geral". Com esta lei nascia a *obrigação legislativa de tomar em conta o ambiente* que, na ausência de previsão constitucional, surge como uma primeira obrigação *geral* para os poderes públicos franceses protegerem e promoverem as condições ecológicas e ambientais dos seus concidadãos.

Do mesmo modo, na Alemanha a época de partida foi a década de setenta, com a importância crescente do ambiente no governo federal e a constituição de diversas instituições dedicadas à tutela ambiental. O direito ambiental moderno terá começado com a lei de revisão constitucional de 1972, ao criar as bases para a emissão de leis sobre o ambiente (Art. 74, n.º 24 da GG): para além da *Abfallgesetz* (de 1972) e das alterações à *Wasserhaushaltgesetz* (1976), destaca-se sobretudo a *BImSchG*, considerada o *modelo* para o direito ambiental moderno, o que é bem atestado pela circunstância de se ter pensado baptizá-la com o nome de *Bundes-Umweltschutzgesetz*³⁰².

Nestes dois ordenamentos, a *lei* foi a principal responsável pelo arranque e posterior desenvolvimento e aprofundamento do direito ambiental³⁰³, a que se veio juntar, em especial depois do Acto Único Europeu de 1987, o contributo extremamente activo do direito comunitário. Na Alemanha é sintomático o facto de um relevantíssimo número de leis federais ambientais publicadas na década de setenta e na primeira metade da década de oitenta ter tido um período de vigência muito prolongado. Mencionando apenas algumas que projectaram a sua vigência até ao milénio seguinte, poderemos citar a *Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm*, de 30 de Março de 1971 (lei contra o ruído dos aviões), a *Gesetz zur Verminderung von Luftverunreinigungen durch Bleiverbindungen in Ottokraftstoffen für Kraftfahrzeugmotore*, de 5 de Agosto de 1971, designada habitualmente por *Benzinbleigesetz* (lei do chumbo na gasolina), a *Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes*, de 22 de Julho de 1974, uma autoridade superior independente constituída no âmbito das competências do ministério do ambiente, a *Gesetz zur Ehrhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft*, de 2 de Maio de 1975, conhecida simplesmente por *Bundeswaldgesetz* (lei federal da floresta), a *Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden*, de 22 de Julho de 1976, designada abreviadamente *Energieeinsparungsgesetz* (lei da poupança energética) e a *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren*, de 15 de Julho de 1985, conhecida por *Atomgesetz* (lei atómica).

³⁰² Neste sentido, cfr. GERHARD FELDHAUS, "Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland", cit., p. 26 e segs.

³⁰³ A propósito da situação em França, cfr. RAPHAËL ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 4e éd, 2001, Montchrestien, Paris, 2001, p. 59. Para além do papel da lei, Raphaël Romi chama também logo a atenção para o papel dos regulamentos, salientando não apenas como o Conselho Constitucional admitiu desde cedo que problemas fundamentais pertenciam ao domínio regulamentar, mas também (e sobretudo!) o reenvio sistemático do legislador para os textos regulamentares.

Também no Brasil não foi necessário esperar pela recepção do ambiente na Constituição para o legislador criar um quadro ordenatório bastante avançado, por intermédio da promulgação de actos normativos que instituíram uma política ambiental forte e um direito ambiental inovador, arrojado e com alicerces fortes. A Lei n.º 6.938, de 31 de Agosto de 1981 é referida de forma unânime pela doutrina brasileira³⁰⁴ como o diploma pioneiro da tutela ambiental em termos modernos. Esta lei edificou a política nacional do meio ambiente (PNMA), o *Sistema Nacional do Meio Ambiente* (SISNAMA), criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e instituiu o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental. Com ela foram lançadas as bases de uma política e de um direito ambientais de largo alcance, tendo-se iniciado um movimento imparável de publicação de legislação ambiental geral, especial e processual que não cessou de aumentar, seguindo-se também aqui a habitual tendência de proliferação legislativa. Os seus méritos são tão evidentes que, 25 anos após a sua publicação, ela era ainda considerada “a mais importante lei ambiental brasileira”³⁰⁵.

O grande marco normativo seguinte³⁰⁶ é constituído pela Lei n.º 7.347/85, de 24 de Julho de 1985, que “disciplina a *acção civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente* (...)” a qual dá grande protagonismo ao Ministério Público, colocado em primeiro lugar no elenco dos legitimados para propor a acção em causa. A grande novidade da Lei, em nosso entender, traduziu-se na instituição (em 1985!³⁰⁷) de um *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* (CFDD), regulamentado pelo Decreto n.º 1.306, de 9 de Novembro de 1994 e gerido por um *Conselho Federal* — fundo para o qual revertem os montantes pecuniários resultantes da indemnização pelos danos causados, e que tem por *finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente* e aos outros direitos e interesses protegidos pela lei de acção civil pública.

³⁰⁴ O mesmo acontecendo em relação à doutrina portuguesa, na análise que faz do direito ambiental brasileiro. Referimo-nos a CARLA AMADO GOMES que, num seu estudo sobre o tema (cfr. “O *Direito ao Ambiente* no Brasil: um olhar português”, in: *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 273-291) assinala que o citado diploma “foi o pioneiro na abordagem transversal e integrada das questões ambientais” (p. 275).

³⁰⁵ Cfr. WELBER BARRAL/GUSTAVO ASSED FERREIRA, “Direito Ambiental...”, cit., p. 40.

³⁰⁶ Tanto a doutrina brasileira como a portuguesa costumam assinalar *três grandes marcos normativos* na evolução do direito ambiental do Brasil: a citada Lei n.º 6.938, instituidora da PNMA; a Lei de Acção Civil Pública, sobre a qual nos debruçamos neste momento; e a Constituição Federal de 1988. Cfr. CARLOS ANDRÉ SOUSA BIRNFELD, “Do Ambientalismo...”, cit., p. 91; e CARLA AMADO GOMES, “O *Direito ao Ambiente* no Brasil...”, cit., pp. 275-278.

³⁰⁷ Temos conhecimento de um exemplo, no direito comparado, que antecedeu a previsão da acção civil pública relativamente ao *Fundo*: referimo-nos à lei do Québec que consagrou o *recurso colectivo* (L.R.Q., 1978, C. 8; foi concebida como uma reforma do Código de Processo Civil do Québec, comportando 52 artigos, que fazem parte do articulado daquele código, concretamente dos artigos 999.º a 1051.º). Este recurso, se bem que inspirado nas *class actions* norte-americanas, foi mais longe no que respeita à consagração de mecanismos de justiça colectiva, o que leva FRANCIS CABALLERO (cfr. “Plaidons par Procureur! De l’archaïsme procédural à l’action de groupe”, *RTDC*, 84^e année (1985), n.º 2, pp. 247-276, p. 267 e segs.) a considerá-lo o “bastião avançado da acção de grupo no mundo”, mostrando-nos que, ao consagrar o princípio da recuperação colectiva, “a justiça não é mais apenas colectiva, ela torna-se um instrumento de solidariedade entre os cidadãos!”. Para garantir essa recuperação colectiva, o juiz pode afectar discricionariamente uma parte do *reliquat* não reclamado ou não distribuído a usos diversos em benefício da colectividade; no entanto, a lei contém mesmo uma disposição financeira a prever que uma parte desse *reliquat* seja afectada ao Fundo de Ajuda ao Recuso Colectivo, considerando CABALLERO que este Fundo (que foi instituído como um organismo autónomo, destinado a financiar os futuros demandantes) é “a criação mais inovatória da legislação do Québec”.

Uma vez que estamos a falar de diplomas legislativos que, do ponto de vista material, são administrativos, foi com naturalidade que, em todos os ordenamentos jurídicos, este quadro legal foi sendo em larguíssima medida executado, complementado e integrado por um número muito amplo de regulamentos administrativos, contribuindo para adensar a complexidade do quadro normativo do direito do ambiente. Na Alemanha o quadro das fontes normativas será ainda mais complexo em comparação com o das outras ordens jurídicas, pois à existência do plano *legal e regulamentar* — sendo certo que a maioria das leis federais ambientais têm diversos regulamentos de aplicação que, no caso da principal dessas leis, vai já no número de 39³⁰⁸ — acresce ainda a existência de “guias técnicos” (*Technische Anleitung*) da maior importância, que desenvolvem e especificam as leis e regulamentos e aos quais acaba por ser atribuído, ainda que indirectamente, conteúdo jurídico³⁰⁹.

Poderemos destacar algumas das notas mais visíveis do bloco normativo criado nestas primeiras décadas de intensa produção legislativa e regulamentar no domínio ambiental. Em primeiro lugar, a sua articulação com a institucionalização de políticas de protecção e de promoção das condições e, sobretudo, dos diversos componentes ambientais, tratando-se, no essencial, de *políticas públicas sectoriais* de salvaguarda e promoção de componentes e biótopos ambientais (políticas de *protecção da floresta*, de *protecção da montanha*, de *protecção do litoral* e a *política da água*) e de políticas de *reacção* contra comportamentos ou realidades susceptíveis de colocarem em perigo o ambiente e os seus componentes — as políticas das *instalações classificadas para a protecção do ambiente*, de luta contra a *poluição atmosférica* ou de luta contra o *ruído*³¹⁰. A execução de muitas destas políticas passou pela adopção de instrumentos normativos que criaram mecanismos de planificação e gestão dos recursos ambientais e estabeleceram deveres de protecção do ambiente.

Outra nota significativa é a redução da importância da chamada *cláusula geral do direito de polícia*, desenvolvida de uma forma particular no direito alemão, como vimos no Capítulo I, atribuindo um mandado de intervenção para a defesa de perigos concretos sem

³⁰⁸ Referimo-nos, obviamente, à BImSchG, que tem inúmeros regulamentos de execução, justamente chamados de *Verordnungen zur Durchführung des Bundes-Immissionschutzgesetzes*, devidamente numerados. Para a sua consulta, cfr. *Umweltrecht — Wichtige Gesetze und Verordnungen zum Schutz der Umwelt*, cit., pp. 462-642. De acordo com as nossas informações, há já 39 regulamentos de execução, o último dos quais (o “Neunund-dreißigste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionschutzgesetzes”) é o *Verordnung über Luftqualitätsstandards und Emissionshöchstmengen*, de 2 de Agosto de 2010.

³⁰⁹ Destacam-se aqui, no âmbito do direito de protecção do ar, o *TA Luft* (abreviatura para *Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft*, datando o actualmente vigente de 24 de Julho de 2002, em vigor desde 1 de Outubro do mesmo ano) e o *TA Lärm* (que designa o *Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm*, sendo o primeiro de 16 de Julho de 1968 e o vigente de 26 de Agosto de 1998). Estes “guias técnicos” têm ambos por base legal o § 48 da BImSchG e, segundo KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., p. 1231 e seg.), apesar de não serem normas jurídicas nem bases jurídicas no sentido da teoria das fontes do direito, têm enorme importância prática, embora segundo o Tribunal de Justiça não possam ser utilizados como instrumentos de transposição das directivas comunitárias. Kloeffer mostra-nos ainda, na mesma obra (p. 1245 e segs., em especial p. 1249 e seg.), que estes guias técnicos são vistos como “pareceres antecipados de peritos” ou como “preceitos administrativos concretizadores de normas” mas, segundo o BVerfG, os tribunais não estão a eles vinculados, pois os preceitos administrativos não são critério mas objecto do controlo judicial. Salientando a proeminência do *TA Luft* no âmbito da concretização da BImSchG, cfr. ERNST KUTSCHEIDT, “Anmerkungen zum Vorsorgegrundsatz”, in: *Umweltrecht in Wandel*, cit., pp. 437-449 (pp. 442-445).

³¹⁰ Sobre a sistematização das *políticas sectoriais* em França, cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité...*, cit., Tome 3, pp. 315-333.

necessidade da previsão de um poder específico para o efeito. Apesar de terem começado por existir, no direito ambiental alemão, leis que recorriam a esta técnica — falando-se na cláusula geral de polícia do direito das águas ou da cláusula geral de polícia do direito de protecção dos solos³¹¹ — à medida que as bases legais especiais foram aumentando em número e em pormenor foi-se reduzindo o seu papel, na medida em que essas bases especiais “cortam” a aplicação da cláusula geral do direito de polícia, em face do princípio da especialidade, relacionado com o carácter finalístico do direito ambiental (as suas normas devem sempre orientar-se para a *defesa* ou *promoção do ambiente*).

Outra característica notável das leis da primeira geração do direito ambiental é o estabelecimento directo de proibições: *proibições legais*, previstas directamente na lei, que podem ou não ser complementadas por regulamentos administrativos, mas que não necessitam da mediação de actos administrativos de aplicação ou concretização. Está em causa a *proibição repressiva* do ambiente que constitui o instrumento mais severo da tutela ambiental, determinando a prática dos comportamentos proibidos a realização de um acto ilícito civil, administrativo ou mesmo penal. Para a doutrina alemã o estabelecimento destas proibições é uma das formas por intermédio das quais se levam a cabo as tarefas de *auto-execução estadual* (*Staatliche Eingenvornahme*) no domínio do ambiente³¹². No entanto, em face do carácter extremo do estabelecimento de proibições legais puras e simples, é mais comum no ordenamento jurídico-ambiental o legislador estabelecer *limitações* através de normas de comportamento, normas de qualidade, normas de produção e outras restrições a inúmeras actividades ambientalmente perigosas. Essas actividades não são assim proibidas, estando no entanto sujeitas a limitações determinadas³¹³. Esta alternativa enquadra-se melhor no movimento doutrinal que alerta para os perigos de uma “ditadura ecológica” a que um Estado ecológico demasiado forte e interventivo poderia levar, nomeadamente através do estabelecimento de proibições referidas ao ambiente³¹⁴.

O estabelecimento de proibições é também uma nota visível do direito ambiental comunitário de primeira geração, poucas vezes de forma directa, na maioria dos casos delegando tal poder nos Estados-membros, por intermédio de directivas que previam a determinação de actos proibidos ou interditos para salvaguarda do ambiente. É fácil dar diversos exemplos desta técnica contidos em directivas publicadas nas décadas de setenta e oitenta do século transacto: a Directiva n.º 73/404/CEE, do Conselho, de 22 de Novembro de 1973 (aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos detergentes), a qual previa nos seus artigos 2.º e 5.º a proibição pelos Estados-membros da colocação no mercado e da utilização dos detergentes sempre que a biodegradabilidade média dos agentes de superfície neles contidos fosse inferior a 90 %; a Directiva n.º 75/439/CEE, do Conselho,

³¹¹ Sobre elas, cfr. THOMAS WÜRTEMBERGER/DIRK HECKMANN/RAINER RIGGERT, *Polizeirecht in Baden Württemberg*, cit., C F. Müller Verlag, 3. Auflage, 1997, p. 314 e seg.

³¹² Neste sentido, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 414: ao lado do comando directo e indirecto dos comportamentos dos particulares, exigem-se também actividades directas de protecção ambiental por parte do Estado, que passam muitas vezes pelo estabelecimento de obrigações e proibições para os particulares.

³¹³ Nesse sentido, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 85.

³¹⁴ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Eröffnungsvortrag: Das Ladenburger Kolleg Umweltstaat — Resultate und Perspektive”, in: MICHAEL KLOEPFER (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft — Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte*, Economica Verlag, 1994, pp. 3-40 (cfr. p. 3).

de 16 de Junho de 1975 (eliminação dos óleos usados), defere aos Estados o estabelecimento de diversas proibições para esse efeito, nomeadamente de descargas, depósitos e tratamentos (cfr. art. 4.º); a Directiva n.º 76/769/CEE, do Conselho, de 27 de Julho de 1976 (limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas) estabelece uma série de limitações quanto à colocação no mercado e utilização das substâncias e preparações enunciadas no seu Anexo e proíbe directamente algumas utilizações, nomeadamente do cloro-1-etileno (cloreto de vinilo monómero); a Directiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril de 1979 (conservação das aves selvagens) contém uma *proibição geral de comercialização* de determinadas espécies; por último, a Directiva n.º 80/68/CEE, do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979 (protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas) proíbe pura e simplesmente as descargas directas das substâncias constantes da Lista I da Directiva (art. 4.º, n.º 1).

É ainda de notar a instituição, por via legal — ou mesmo constitucional — de deveres e obrigações ambientais dos cidadãos ou, talvez em termos mais genéricos, de um *dever fundamental de protecção do ambiente*³¹⁵. Embora sobretudo nesta fase tenha sido mais comum a incidência de tais deveres sobre um *círculo pessoal determinado*, por exemplo os empresários, as indústrias, sobre os operadores de determinados tipos de instalações ou quanto aos proprietários de terrenos ou bosques de especial sensibilidade ecológica ou com uma riqueza particular em termos dos biótopos naturais que albergam³¹⁶, a verdade é que eles podem incidir sobre *todos os cidadãos*, prevendo-se nalgumas leis da primeira geração um *dever geral de protecção do ambiente*³¹⁷.

Também quanto à sua substância os deveres ambientais podem distinguir-se entre *deveres materiais* — quando impõem uma conduta protectora do ambiente, podendo concretizar-se em obrigações de *precaução*, de *vigilância* e de *segurança* — e *deveres formais* — normalmente concretizados em obrigações acessórias de notificação, comunicação, colaboração ou tolerância.

Na primeira geração do direito do ambiente estes deveres foram especialmente desenvolvidos na Alemanha, em correspondência com o grande protagonismo que aí assumem, em geral, os deveres ou obrigações de “cidadania”. A análise da legislação alemã federal relativa ao ambiente permite dar exemplos da forma como tais obrigações e deveres estão aí positivados³¹⁸:

– *deveres de cuidado ou conservação*: em regra traduzem-se em deveres de abstenção, embora na fronteira com as obrigações de prestação, podendo dar-se o exemplo do dever

³¹⁵ Desenvolvidamente sobre ele, entre nós, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 151-219.

³¹⁶ SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 91) ao falarem nos deveres ambientais, centram-se nos de cariz *material* (que dizem respeito a uma precaução e defesa de perigos dinâmicas, especialmente precaução de recursos), apresentando-nos diversos exemplos de preceitos legais que configuram *deveres de todos* (§ 4 BNatSchG, § 5 WHG, § 4, n.º 1, BBodSchG, §§ 3ª, n.º 7 e § 37, n.º 1, inciso 4 WaldG BW, entre outros) e de normas que reportam os deveres a *círculos de pessoas determinadas* (os §§ 9 e 11 BWaldG, §§ 26, 40 e 91 da WHG e §§ 4 e 7 BBodSchG incidem sobre o proprietário ou o possuidor; os §§ 5 e 22 da BImSchG e o § 6 GenTG referem-se ao operador e o § 11 Kr-W-/AbfG cria deveres para o detentor ou produtor de resíduos).

³¹⁷ Foi esse o caso da citada lei de protecção da natureza francesa de 1976 (Lei n.º 76-629, de 10 de Julho) a qual dispunha, logo no seu art. 1.º: “É dever de todos garantir a preservação do património natural em que vivem”.

³¹⁸ De acordo com a análise proposta por M. KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., pp. 272-279).

que incide sobre todos os cidadãos de se absterem de provocar poluição ou, mais especificamente, do dever de não poluir as águas consagrado no antigo § 1a da *Wasserhaushaltsgesetz* (*Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, abreviadamente WHG), actual § 6;

– *deveres ou obrigações de prestação e promoção*: concretizadas em deveres de cuidado, manutenção, conservação e administração dos recursos ambientais, sobretudo ligados à propriedade de terrenos e águas — cfr. os §§ 11 da *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*, conhecida por *Bundesnaturschutzgesetz*, abreviadamente BNatSchG e 9 e 11 da *Bundeswaldgesetz* (*Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft*, abreviadamente designada por BWaldG);

– *deveres de entrega e transferência*, no âmbito dos resíduos, e de *retirada e restituição*, que incidem sobre produtores e vendedores de bens (com o objectivo de reduzir os produtos lesivos do ambiente);

– *deveres de precaução, vigilância e segurança*, onde assumem enorme relevo os deveres de *auto-controlo* previstos nas leis ambientais: deveres de precaução de acidentes, de embalagem e etiquetagem, de aviso, de “precaução” financeira (por exemplo a obrigação de celebrar seguros para cobrir riscos ambientais) e ainda o dever específico de algumas empresas constituírem um mandatário de protecção ambiental (ou um mandatário de protecção das imissões, de protecção de acidentes, de protecção das águas ou para a protecção de raios)³¹⁹;

– *deveres de colaboração e tolerância no âmbito do controlo estadual*: existem inúmeros deveres das empresas a este nível, como os deveres permanentes de documentação, de divulgação ou revelação de informação, de colaboração (cfr., por exemplo, os §§ 16, 27 e 31 da BImSchG) e os deveres de tolerância e colaboração em relação às acções concretas de inspecção e controlo³²⁰;

– *obrigações de compensação*: obrigações derivadas que resultam da prática de um acto ilícito civil ambiental, o qual faz nascer uma obrigação de reconstituição natural (reposição) ou de reconstituição por equivalente (prestação pecuniária).

A legislação francesa tinha marcado o caminho de forma mais precoce: logo em 1963, com a Lei n.º 63-810, de 6 de Agosto, para o melhoramento da produção e da estrutura fundiária das florestas francesas, instituiu-se o princípio da *responsabilidade dos proprietários pela salvaguarda do equilíbrio biológico* do país, bem como outros deveres e obrigações, nomeadamente medidas de luta contra os incêndios florestais. Caminho que prosseguiu no âmbito da política de protecção da montanha, com a Lei n.º 85-30, de 9 de Janeiro de 1985, criadora de obrigações para os proprietários; ou, por último, quanto à política da água, a qual assentou desde 1964 na Lei n.º 64-1245, de 16 de Dezembro (regime e repartição das águas e luta contra a sua poluição), que se traduziu também em inúmeras medidas relacionadas com a *luta contra a poluição das águas*, passando entre outros elementos pela criação de uma *obrigação de respeito* por parte dos proprietários ribeirinhos e dos utilizadores.

³¹⁹ Sobre estes mandatários cfr. *infra*, Parte II, Cap. II, 2.1. e 6.3.5.

³²⁰ KLOEPFER fala-nos ainda (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 278) de outros dois tipos de deveres de tolerância: o dever de suportar ameaças ambientais, uma vez que não há uma protecção absoluta do ambiente, tendo os cidadãos de suportar um certo nível de ameaça; e outro, de sentido contrário, reportado ao dever de “tolerar” as medidas de protecção ambiental quando está em causa a recuperação ou “cura” do ambiente.

De notar que os deveres ambientais, apesar de primacialmente dirigidos aos cidadãos e às empresas privadas, também podem incidir sobre as entidades públicas, órgãos e seus titulares, havendo *obrigações especiais* relacionadas com a tutela ambiental que são apenas aplicáveis à Administração Pública³²¹. Por esta razão de há muito que é legítimo falar-se de um princípio de *responsabilidade partilhada* que postula a participação de todos os sujeitos que concorrem num processo de produção ou de consumo a suportar os ónus relativos à correcta gestão ambiental³²², princípio esse que é uma variante daqueloutro mais geral da *cooperação*, por sua vez aplicativo do princípio da *solidariedade*, todos jogando no sentido da vigência de um *dever geral de protecção do ambiente* que incide sobre todos e que deve ser em especial concretizado e densificado nas decisões legislativas.

Um último aspecto que gostaríamos de referir em termos da abordagem normativa, por estarem em causa vínculos que se impõem directamente aos seus destinatários, é o recurso massivo pela legislação e regulamentação ambiental de primeira geração a *padrões, standards* e à fixação de *valores limite* de emissões. Tomando por base a legislação e a doutrina transalpinas, os primeiros diplomas teleologicamente orientados, ainda que nem sempre de forma autónoma, para a tutela ambiental, trilharam em geral o caminho da fixação de limites de emissões e imissões para as fontes poluentes, *maxime* pela determinação de *standards* ambientais quantitativos, qualitativos, de tolerância, de admissibilidade — ou, noutros termos, de emissão ou imissão, de qualidade do ar ou da água, de aceitabilidade ou tolerância de certos poluentes. Os standards tornaram-se num dos “porta-estandartes” do direito ambiental da primeira geração o que, no caso italiano, é bem ilustrado pelo facto de a primeira lei italiana do direito ambiental dos tempos actuais (a citada Lei n.º 615/1996, de 13 de Julho) estabelecer limites de emissões e imissões às fontes poluentes, através da fixação de standards qualitativos das áreas exteriores aos espaços de localização da indústria, standards esses que nuns casos resultavam directamente da lei, noutros necessitavam de concretização pelas autoridades administrativas competentes. Daí que haja uma relativa unanimidade doutrinal na consideração dos *standards* — definidos como “critérios e limites de aceitabilidade da libertação de substâncias poluentes no ambiente e/ou como níveis de qualidade do ambiente ou dos seus componentes singulares”³²³ — como uma das caracte-

³²¹ Cfr., no direito alemão, o § 28 da BNatSchG, que cria a obrigação para a Federação, os Estados, os Municípios e suas associações e outras entidades territoriais de colocarem à disposição do público áreas das circunscrições territoriais respectivas apropriadas a finalidades de recreio (nomeadamente propriedades nas margens dos rios e dos lagos, áreas de beleza natural e terrenos que permitam acesso a florestas, lagos e praias que de outro modo seriam dificilmente acessíveis).

³²² Cfr. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 152 e seg.

³²³ Cfr. PAOLO DELL'ANNO, “Strumenti...”, cit., p. 225, onde é assinalada, de igual modo, a previsão de standards em todas as normas ambientais dessa fase histórica. O mesmo Autor informa-nos, na mesma obra (cfr. pp. 193-195) que os *standards*, no direito italiano, podem ser distinguido em diversas categorias: *standards biológicos* (p. ex. sobre a concentração do chumbo no sistema sanguíneo circulatório ou sobre a exposição a radiações por parte de alguns órgãos do corpo humano), *standards de exposição* (p. ex. a fixação de valores limite para substâncias poluentes que não devem ser ultrapassadas numa determinada unidade de tempo ou de lugar), *standards de emissão* (fixação de valores limite de lançamento ou descarga de substâncias poluentes no ambiente que não podem ser ultrapassados, por referência a uma fonte de actividade), *standards de produtos* (relativos à composição ou ao emprego), *standards de exercício* (reportados aos requisitos de rendimento exigidos no emprego de determinados produtos ou materiais, designados em inglês como *standards of performance*) e *standards de qualidade ambiental* (considerado o instrumento mais avançado de tutela, já que a sua função consiste numa situação

rísticas mais comuns às normas ambientais da pós-modernidade. Não obstante, deve ter-se presente que a fixação de valores limite ambientais não é uma nota exclusivamente normativa: como mostra Reinhard Hendler, os valores limites ambientais podem estar contidos em leis, regulamentos, prescrições administrativas ou mesmo preceitos jurídico-privados, razão pela qual apresentam uma natureza jurídica e efeitos vinculativos altamente diferenciados³²⁴.

O recurso a *standards*, traduzidos na fixação de *valores-limite de emissão* e em *normas de emissão* ou no estabelecimento de *objectivos de qualidade* constitui também uma das técnicas reiteradamente utilizadas na ordenação jurídica dos comportamentos com repercussões ambientais na primeira fase de evolução do direito comunitário do ambiente³²⁵. Entre os inúmeros exemplos passíveis de ser citados, mencionamos alguns: a Directiva n.º 76/464/CEE, do Conselho, de 4 de Maio de 1976 (substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade), recorre extensamente à determinação de valores-limite, de normas de emissão e de objectivos de qualidade, articulando-os com as autorizações a emitir pelas autoridades competentes dos Estados-membros ao seu abrigo (em relação aos valores-limite que as normas de emissão não devem ultrapassar, neste caso fixados pelo próprio Conselho, cfr. em especial o art. 6.º) — a qual foi concretizada em relação a algumas substâncias poluentes³²⁶; a fixação de valores-limite ao nível da protecção do ruído (desde a Directiva n.º 70/157/CEE, do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1970, sobre aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes ao nível sonoro admissível e ao dispositivo de escape dos veículos a motor); a Directiva n.º 72/306/CEE, de 2 de Agosto de 1972 usa nos seus anexos a técnica de fixação de valores-limite quanto à *emissão de poluentes provenientes dos motores diesel*; a fixação de valores-limite é ainda utilizada ao nível dos *objectivos de qualidade das águas balneares* (Directiva n.º 76/160/CEE, do Conselho, de 8 de Dezembro de 1975, em especial o seu art. 4.º); a Directiva n.º 80/779/CEE, do Conselho, de 15 de Julho de 1980 fixa valores-limite e valores-guia de qualidade do ar para o dióxido de enxofre e para as partículas em suspensão; a Directiva n.º 85/203/CEE, do Conselho, de 7 de Março de 1985 determina a adopção de valores-limite e valores-guia ao nível das *normas de qualidade do ar* para o dióxido de azoto.

de qualidade do ambiente a preservar ou a atingir, por referência a um receptor ambiental específico, como uma área sensível ou uma zona húmida, ou a um seu determinado uso, como p. ex. uma área natural protegida ou um centro urbano).

³²⁴ Cfr. REINHARD HENDLER, "Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis", *DÖV*, 51. Jahrgang (1998), Heft 12, pp. 481-491.

³²⁵ Sobre a importância das directivas comunitárias que fixam standards directamente aplicáveis nos Estados-membros, em matéria de aceitabilidade de substâncias poluentes na atmosfera, na água, no solo, em relação aos resíduos ou aos produtos, enquanto um dos grupos principais das directivas comunitárias ambientais, cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Principi...*, cit., pp. 129-134. Daí que Dell'Anno considere um dos *princípios fundamentais do direito comunitário derivado* o do "limiar legal da poluição" (cfr. *ob. cit.*, pp. 153-157), que se concretiza na fixação pelo ordenamento comunitário de limites específicos de aceitação da introdução de substâncias poluentes no ambiente, fixados como concentração nas descargas, como limites de exposição das populações ou dos trabalhadores ou enquanto limites de emissão ou standards de qualidade ambiental.

³²⁶ Por exemplo as Directivas n.ºs 82/176/CEE, do Conselho, de 22 de Março de 1982 (valores-limite e objectivos de qualidade para as descargas de *mercúrio*), 83/513/CEE, do Conselho, de 26 de Setembro de 1983 (valores-limite e objectivos de qualidade para as descargas de *cádmio*) e 84/491/CEE, do Conselho, de 9 de Outubro de 1984 (valores-limite e objectivos de qualidade para as descargas de *hexaclorociclohexano*, abreviadamente HCH).

Estes anos de intenso labor legislativo e regulamentar no direito do ambiente conduziram ao excesso e enorme complexidade da teia normativa, sofrendo as ordens jurídicas sobre as quais nos temos vindo a debruçar de um problema congénito, que também se faz sentir em Portugal: a mega proliferação legislativa e regulamentar, “turbo-legislação” ou poluição normativa³²⁷. Na verdade, a abundância de textos neste domínio foi de tal sorte que, em França, ficou célebre a expressão utilizada por Simon Charbonneau para caracterizar esta situação: “poluição regulamentar”³²⁸.

Problema ainda agravado não só pelas inúmeras normas comunitárias que se foram sucedendo no campo ambiental, mas também por estarmos nalguns ordenamentos perante Estados federais, como a Alemanha — onde, apesar da competência estadual, os poderes normativos federais têm sido sempre prevalentes — ou Estados regionais, como a Itália e a Espanha. Em Itália, a citada poluição normativa foi exacerbada pelas dificuldades em compatibilizar os diversos níveis territoriais da administração e pela “invasão” das normas comunitárias sobre o tema³²⁹. Em Espanha, a distribuição de competências entre o Estado (com poderes para a elaboração da legislação básica sobre protecção do ambiente e ainda sobre montes, aproveitamentos florestais e vias pecuárias) e as Comunidades Autónomas (com a faculdade de estabelecerem normas adicionais de protecção, para além da competência de *gestão* em matéria de tutela ambiental) determinou que as leis de protecção ambiental tanto possam ser leis estaduais (tanto de nível geral, como acontece designadamente em relação aos regimes da AIA, da PCIP e do comércio de licenças de emissão, como no domínio sectorial, no que se refere à regulação dos componentes ambientais naturais, aos resíduos, ou à protecção do ambiente atmosférico) como leis emanadas dos órgãos competentes das Comunidades Autónomas, por exemplo em relação à protecção da natureza. Leis a que se somam regulamentos estaduais, autónomos e provenientes dos municípios³³⁰.

³²⁷ RÜDIGER BREUER alude tanto a um excesso de produção normativa como de instrumentos jurídicos no campo do direito ambiental (“Übernormierung und Überinstrumentierung”), alertando para o facto de porem causa a efectividade deste direito: cfr. “Umweltschutzrecht”, cit., p. 597.

³²⁸ Cfr. “L’État et le droit de l’environnement”, *Esprit*, n.º 10, Octobre 1996, pp. 392-407 (p. 399). Sobre os efeitos nefastos da excessiva regulamentação, em especial no domínio das “normas técnicas”, e a constante alteração dos textos normativos em matéria ambiental, geradoras de uma *deslegitimação do direito do ambiente*, cfr. RAPHAEL RÖMI, “Science et Droit de l’Environnement: da quadrature du cercle”, *AJDA*, n.º 6, 1991, pp. 432-438 (em especial p. 437).

³²⁹ Sobre o excesso de regras e leis em matéria ambiental em Itália, cfr. STEFANO NESPOR, “Miti dei nostri tempi: da *deregulation* ambientale e gli Stati Uniti”, *RGA*, Anno XII, n.º 6, Novembre-Diciembre 97, pp. 851-859. O Autor assinala que “também hoje, como há um século atrás, a Itália está aflita por um excesso de normas e de regulamentos, não só difíceis de conhecer por parte dos cidadãos comuns e amiúde por parte dos técnicos do sector, mas também difíceis de aplicar por parte daqueles que têm essa missão” (p. 851). Ainda em Itália, em termos genéricos e não circunscritos à temática ambiental, cfr. MARIO D’ANTONIO, “A crise da legislação em Itália: As orientações correctivas públicas e privadas para uma melhor elaboração técnica das leis”, *CCL*, n.º 7, Abril/Junho de 1993, pp. 73-82: sob o pano de fundo da *proliferação legislativa* que se fez sentir neste país, o Autor aborda (p. 73 e seg.) a enorme *rapidez de alteração das leis*, a sua *fragmentação* e *estratificação*, acompanhadas ainda por ambiguidades na linguagem utilizada, pluralidade de fontes, sobreposição de actos normativos de objecto análogo desacompanhada de dispositivos revogatórios expressos, etc.

³³⁰ Sobre este quadro de distribuição das competências normativas ao nível dos diplomas ambientais mais relevantes, cfr. MENÉNDEZ REXACH, “Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del médio ambiente”, in: AA. VV., *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, BFDUC, colecção *Studia Iuridica*, n.º 81, Coimbra Editora, 2005, pp. 61-85 (p. 66).

A proliferação legislativa no domínio ambiental explica a forte e empenhada tendência da sua *codificação* que, em França, veio a culminar, no final do século (a sua redacção terá tido início em 1989) na publicação do *Código do Ambiente*, por intermédio da Ordonnance n.º 2000-914, de 18 de Setembro de 2000³³¹. Este código é constituído por 7 livros, contendo em sequência as *disposições comuns*, a regulamentação dos *meios físicos* (água e meios aquáticos, ar e atmosfera), dos *espaços naturais* (património natural, litoral, parques e reservas, sítios, paisagens e acesso à natureza), a protecção da *fauna* e da *flora*, a *prevenção da poluição, riscos e outros prejuízos* (instalações classificadas, produtos químicos, resíduos, etc.), disposições aplicáveis aos *territórios de além-mar* e a protecção do ambiente na *Antárctica*³³².

Na Alemanha, a codificação tem sido amplamente discutida, tratada e ensaiada, embora sempre sem sucesso: foram já elaborados por diferentes comissões vários projectos de código de ambiente — diplomas que pretendiam agrupar as regras fundamentais da tutela ambiental e também os principais preceitos respeitantes a cada um dos componentes ambientais em especial — mas nenhum deles veio a entrar em vigor³³³. Em todo o caso, neste país, a BImSchG é a justo título considerada uma espécie de “lei geral de protecção do ambiente”, com regras aplicáveis a inúmeras actividades e em diversos contextos, tendo

³³¹ Posteriormente regulamentado por diversos diplomas administrativos: os decretos n.º 2005-403, de 28 de Abril de 2005, e os decretos n.ºs 2005-934, 2005-935 e 2005-936, todos de 2 de Agosto de 2005, os quais permitiram a codificação de 4 dos 7 livros do código.

Sobre o processo de codificação que culminou na promulgação do Código do Ambiente, cfr. MICHEL PRIEUR, “Pourquoi une codification?”, *RJE*, n.º spécial (“Le code français de l’environnement”), 2002, pp. 9-14. O Autor conta-nos um pouco da história do código, iniciada em 1976 quando o Ministro da Justiça Jean Lecanuet aludiu num seu discurso à necessidade de um Código do Ambiente “para facilitar a acção dos práticos”, tendo os trabalhos da codificação propriamente dita sido iniciados em 1989 e culminado na citada *ordonnance* n.º 2000-914, de 18 de Setembro de 2000. O Autor explica ainda como às duas necessidades a que qualquer codificação responde (conhecer melhor o conteúdo do direito, nomeadamente por permitir o reagrupamento de textos até então dispersos; e torná-lo mais facilmente acessível a todos por forma a ser melhor aplicado) se juntou aqui uma terceira, específica do ambiente: fazer que o direito do ambiente, ao ser consagrado num código, fosse reconhecido como um valor social legítimo e não controverso, dando maior legitimidade às políticas públicas nesta sede.

³³² Para consulta da versão integral do Código, numa edição comentada que contém também a indicação ou reprodução dos textos legais e/ou regulamentares que se mantêm formalmente exteriores ao Código do Ambiente, cfr. CHANTAL CANS/PHILIPPE BILLET (coordenação editorial de EDITH DEJEAN), *Code de l’Environnement — Commenté*, Dalloz, 10e édition (Édition 2007). Sobre o Código do Ambiente francês, efectuando uma análise da situação do direito ambiental anterior à sua aprovação e, depois, a descrição do *processo de codificação*, debruçando-se por fim sobre o *conteúdo* do código e a sua *apreciação*, salientando a existência de inúmeras lacunas e a necessidade da sua regulamentação a diversos níveis, cfr. PASCALE KROMAREK, “Un code ou non? Über den UGB-Wunsch in Frankreich”: in AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 189-211.

³³³ Há inúmeras referências em todos os tratados alemães de direito ambiental a estes projectos. Em termos mais específicos, cfr. KAI VON LEWINSKI, “Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch” (Bericht), *N+R*, 28. Jahrgang, Heft 11, November 2006, pp. 696-698; MATTHIAS SCHMIDT-PREUSS, “Veränderungen grundlegender Strukturen des deutschen (Umwelt-) Rechts durch das «Umweltgesetzbuch I»”, *DVBL*, 113. Jahrgang (1998), p. 857 e segs., sublinhando o extraordinário significado do projecto apresentado pelo Ministério do Ambiente Federal para um Código do Ambiente I; e JÖRN HEIMLICH, “Der Begriff ‘Stand der Technik’ im deutschen und europäischen Umweltrecht”, *N+R*, 20. Jahrgang, Heft 11 (Nov. 98), p. 582 e segs. A última tentativa, da qual falaremos com algum pormenor no Cap. III da Parte II (cfr., por exemplo, I., 3 e II., 3.4.) foi levada a cabo por intermédio do *Regierungsentwurf des Umweltgesetzbuches* (UGB 2009), datado de 20 de Maio de 2008, mas que não teve melhor sorte que a dos seus antecessores.

sido, ao longo dos anos, estudada, anotada e interpretada até à exaustão³³⁴.

No que toca à constitucionalização do bem ambiental e da tutela respectiva, nas ordens jurídicas a que temos vindo a recorrer para contextualizar as primeiras décadas da tutela jurídico-política do ambiente, com excepção da espanhola, ela só aconteceu depois da consagração da protecção ambiental em termos muito amplos pela legislação e normas administrativas. Ou seja: a inexistência de mandatos constitucionais expressos de tutela ambiental não invalidou o estabelecimento de um direito ambiental de raiz publicista de enorme alcance. Em todo o caso, é indiscutível que essa constitucionalização reforçou o protagonismo dos instrumentos jurídico-públicos na tutela do ambiente.

Em Espanha, à imagem de Portugal, a Constituição aprovada em 6 de Dezembro de 1978 foi em boa medida responsável pelo movimento de implantação normativa que se seguiu e pela afirmação da prioridade dos instrumentos jurídico-administrativos na tutela ambiental. Apesar de o seu art. 45.º apontar para a consagração de um direito fundamental “a desfrutar de um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa”, a maioria da doutrina e da jurisprudência manifesta as maiores reservas quanto a tal consagração, seja com base em argumentos sistemáticos (o art. 45.º está inserido no Capítulo III, onde se definem os *princípios directores da política social e económica*) seja devido à dificuldade na definição do seu conteúdo e dos seus limites, pelo que o próprio Tribunal Constitucional considera que a disposição em causa tem como única consequência a de legitimar intervenções processuais dos cidadãos em defesa de um interesse que recai sobre bens colectivos³³⁵.

Assim, o n.º 1 do art. 45.º da Constituição espanhola é subalternizado e o protagonismo atribuído ao n.º 2 (“Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade colectiva”), sublinhando que o sentido da norma constitucional passa pela consagração da protecção do ambiente como uma *tarefa pública*, um *princípio fundamental de actuação do Estado* e uma *obrigação dos poderes públicos* na preservação da qualidade dos componentes ambientais naturais. No fundo, a atribuição de um mandato claro e inequívoco aos poderes públicos de defesa e promoção do ambiente³³⁶.

³³⁴ Cfr., por todos, cfr. HANS D. JARASS, “Zur Systematik des Immissionsschutzrechts”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel*, cit, pp. 381-400, especialmente p. 381 e seg. — mencionando-a como “lei condutora” do direito ambiental alemão, que serve de modelo para outras leis e para os próprios projectos de Código do Ambiente.

³³⁵ Sobre esta discussão em Espanha, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 90 e segs. A Autora reconduz as diversas posições doutrinárias a duas categorias fundamentais: a dos que vêem no n.º 1 a consagração de um *direito subjectivo ao ambiente*, para alguns com carácter fundamental, a que acresce o fim do Estado previsto no n.º 2; e a daqueles que subalternizam o n.º 1 e consideram que a protecção do ambiente é, primariamente, uma *tarefa pública*, complementarmente de *responsabilidade colectiva* (existência de um “direito-dever”), o que os conduz a negar a existência de um direito fundamental ao ambiente. No mesmo sentido, cfr., da mesma Autora, “O Direito ao Ambiente no Brasil...”, in: *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 271-291 (p. 290 e seg.).

³³⁶ Numa das primeiras análises à disposição “ambiental” contida na Constituição espanhola de 1978, Fernández Rodríguez salienta o relevo de tal disposição enquanto “gérmen de uma nova concepção da convivência colectiva”, em que tem de passar a haver uma fórmula de síntese entre desenvolvimento (constitucionalmente corporizado na liberdade de iniciativa económica privada e no sistema da economia de mercado) e ambiente, intuindo precocemente a noção de desenvolvimento sustentável ao aludir à preferência por um *desenvolvimento*

Em todas as outras ordens jurídicas sobre as quais nos temos debruçado a constitucionalização do bem ambiental surgiu numa fase posterior à sua consagração na legislação. Começando pelo Brasil, a Constituição Federal de 1988 é normalmente vista como o *terceiro grande marco normativo* da evolução do direito do ambiente³³⁷, confirmando muitos dos passos já dados no plano da legislação ordinária. A Constituição Federal consagrou um amplo conjunto de normas sobre o ambiente, prevendo um *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, considerado “bem de uso comum do povo” e a *obrigatoriedade da intervenção do poder público no controlo ambiental*³³⁸ densificado através de inúmeras tarefas previstas nos vários números do § 1. No § 3 deste preceito prevê-se a sujeição dos infractores que levem a cabo condutas e actividades lesivas do ambiente a *sanções penais e administrativas*.

Em face do n.º 6 do art. 23.º a protecção do ambiente e o combate à poluição é uma competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Uma pá-nóplia de normas bem sintetizada por Héli- ta Barreira Custódio quando afirma que a Constituição, “além de definir o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, estabelece expressas normas *preventivas, repressivas, ressarcitivas, proteccionais* e de *competência*, impondo ao Poder Público e à colectividade o dever de defender e preservar o património ambiental, tanto o natural como o cultural, para as presentes e futuras gerações”³³⁹.

Na Alemanha, apenas em 1994 o ambiente foi acolhido na *Grundgesetz* o que, como vimos, não impediu que desde a década de setenta do século xx este país se tivesse tornado num dos porta-estandartes das políticas, da administração e do direito ambientais. A recepção do ambiente na *Grundgesetz* deu-se apenas enquanto *tarefa* ou *fim do Estado* e não por intermédio de qualquer norma consagradora de um direito fundamental ao ambiente³⁴⁰: de acordo

qualitativo em vez de um desenvolvimento quantitativo. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El medio ambiente en la Constitución española”, *DocA*, n.º 190, 1981, pp. 337-349 (em especial pp. 342-345).

³³⁷ Cfr. *supra*, nota 306.

³³⁸ Sobre esse princípio, cfr. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira”, in: ANTONIO HERMAN V. BENJAMIM (coord.), *Dano Ambiental — Prevenção, Reparação e Repressão*, Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito Ambiental, vol. 2, São Paulo, 1993, pp. 395-408 — mostrando-nos não apenas que o *princípio da obrigatoriedade da intervenção estadual* já resultava da Declaração de Estocolmo (princípio 17), mas também que o Brasil tem executado tal princípio, primeiro com a criação da SEMA (Secretaria Especial do Meio Ambiente) a seguir àquela Declaração e depois, em 1984, com a instituição do CONAMA (Conselho Nacional do Meio-Ambiente), em 1989, por intermédio da Lei n.º 7.735, com o estabelecimento do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), em 1990, pela Lei n.º 8.028, a geração da SEMA/PR (Secretaria do Meio-Ambiente e da Presidência da República) e em 1992 por intermédio da instituição do Ministério do Meio-Ambiente.

³³⁹ Cfr. HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, “A Questão Constitucional: Propriedade, Ordem Económica e Dano Ambiental. Competência Legislativa Concorrente”, in: ANTONIO HERMAN BENJAMIM, *Dano Ambiental...*, cit., pp. 115-143 (p. 128). Também ANN HELEN WAINER condensa de forma interessante o relevo da CF de 1988 na disciplina do ambiente no Brasil, chamando a atenção para as exigências do estudo de impacto ambiental, para o conceito de ambiente como património público e direito difuso da colectividade, a definição da competência para legislar, a responsabilidade civil do poluidor (objectiva, no caso de danos nucleares), a previsão da acção popular e o tratamento minucioso da questão indígena (arts. 231.º e 232.º), entre muitos outros aspectos: cfr. *Legislação Ambiental*, cit., p. 91 e seg.

³⁴⁰ Sobre a recepção do ambiente nas Constituições e os dois modelos possíveis de tal consagração, enquanto *fim* ou *tarefa do Estado* ou enquanto *direito fundamental dos cidadãos*, cfr. INGO VON MÜNCH, “A Protecção do Meio Ambiente na Constituição”, *RJUA*, n.º 1, Junho 1994, pp. 41-53 (pp. 48-53) e o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos do CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2007, pp. 35-37.

com o artigo 20º-A da GG, "O Estado protege também, assumindo a responsabilidade pelas futuras gerações, as bases naturais da vida, no quadro da ordem constitucional, através de leis, e segundo a medida da lei e do direito, através de actos do poder executivo e actos judiciais".

Deve em todo o caso assinalar-se, no que toca à utilização dos instrumentos clássicos do direito de ordenação no comando directo dos comportamentos susceptíveis de produzir impactes ambientais que, de acordo com a doutrina, do ponto de vista constitucional não existe qualquer prioridade do direito da ordenação no cumprimento das tarefas estaduais, nem sequer uma obrigação por princípio para o Estado cumprir as suas tarefas pelas suas próprias mãos. Como tal, o legislador dispõe de um grande espaço de manobra para a realização destas tarefas por outras formas³⁴¹.

Se descartarmos a previsão, em sede de princípios gerais, da *tutela da paisagem e do património histórico e artístico* por parte da República (artigo 9.º), só em 2001, com a Lei Constitucional n.º 3 desse ano, o ambiente passou a constar da Constituição italiana numa norma com escasso significado, limitando-se a atribuir ao Estado competência legislativa exclusiva em matéria de tutela do ambiente, dos ecossistemas e dos bens culturais (al. s) do art. 117.º), ao passo que faz parte da legislação concorrente, cuja competência pertence às regiões, salvo quanto à determinação dos princípios fundamentais, reservada ao Estado, a "valorização dos bens ambientais e culturais e a promoção e organização das actividades culturais", tudo de acordo com o art. 117.º³⁴². Esta norma não conduziu, naturalmente, à identificação de qualquer direito fundamental ao ambiente, tendo no entanto permitido à doutrina e à jurisprudência constitucional o reconhecimento da tutela ambiental como valor constitucional, como bem público de natureza unitária e imaterial, verificando a existência de uma *tarefa estadual* tendente à sua protecção e promoção: trata-se de uma *tarefa pública* que o Estado, em especial enquanto pessoa colectiva *administrativa*, está incumbido de levar a cabo, salientando-se a configuração do ambiente como *valor constitucional* e a correlativa existência de um *dever público de salvaguarda dos bens ambientais*³⁴³.

Até ao ano de 2004 o ambiente esteve pura e simplesmente ausente do texto constitucional francês. Nesse ano, foi aprovada a *Carta Constitucional do Ambiente* (por intermédio da "Lei Constitucional relativa à Carta do Ambiente", de 28 de Fevereiro de 2005), com 10 artigos de bastante importância³⁴⁴, com realce para o "direito a viver num ambiente

³⁴¹ Neste sentido, HANS-HEINRICH TRUTE, "Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation — Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung", in: *Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz*, [14. Trieter Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 6. bis 8. September 1998, Erich Schmidt Verlag, 1999], pp. 13-52 (p. 18 e seg.).

³⁴² Para análise das disposições da Constituição italiana sobre o ambiente, cfr. GIOVANNI CORDINI, *Diritto Ambientale Comparato*, Terza edizione, CEDAM, Padova, 2002, pp. 87-96. O Autor mostra como a versão originária da Constituição, aprovada em 27 de Dezembro de 1947, continha já uma referência à paisagem e ao património histórico e artístico da nação (art. 9.º), bem como à saúde (art. 32.º) — de cuja articulação logo derivou uma noção jurídica de "ambiente salubre" e o entendimento de que a cura da salubridade do ambiente constituía um dever público. Sobre o tema cfr. também MARCELLO CECCHETTI, *Prinzipi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè Editore, Milão, 2000, *passim*.

³⁴³ Nesse sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 69-76. A questão é amplamente tratada na doutrina italiana: por todos, cfr. a já citada monografia dedicada ao tema de MARCELLO CECCHETTI, *Prinzipi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., especialmente pp. 6-23 e 33-41.

³⁴⁴ Sobre a Carta Constitucional do Ambiente francesa, cfr. os números monográficos da *RJE* (numéro spécial,

equilibrado e respeitador da saúde" (art. 1.º), para a criação de um *dever fundamental* de protecção do ambiente (arts. 2.º a 4.º) e, para nós sobretudo, com a previsão de uma série de incumbências que incidem sobre as autoridades públicas (art. 5.º³⁴⁵) e devem ser acolhidas nas políticas públicas (art. 6.º).

Com a paulatina afirmação do direito do ambiente através da lei, dos regulamentos e da sua consagração constitucional foi também emergindo o acolhimento expresso ou a decantação a partir das disposições normativas em causa de um bloco de *princípios fundamentais do direito do ambiente* que encontram as suas raízes, antes de mais, no direito público e, em especial, no direito administrativo. No espaço jurídico europeu esta matéria conheceu um reforço e uma influência marcada das políticas (em especial dos programas de acção) e das normas comunitárias, nomeadamente com a consagração no Tratado dos princípios do nível de protecção elevado, da precaução, da prevenção, da correcção na fonte e do poluidor-pagador, hoje plasmados no n.º 2 do art. 191.º do TFUE.

Na ordem jurídica francesa estes princípios assumiram, desde cedo, um papel de grande protagonismo, que leva a doutrina a referir-se correntemente aos "grandes princípios jurídicos" em que repousa o ambiente ou aos "grandes princípios fundadores", matéria que ocupa quase sempre um lugar cimeiro nos manuais de direito do ambiente³⁴⁶. Deste modo, compreende-se a conclusão a que chega MORAND-DEVILLER: apesar de o direito do ambiente francês ter cedido rapidamente à tentação do juridicismo e a um excesso de regulamentação técnica (traduzindo o poder exercido pelos gabinetes), a universalidade das preocupações expressas nestes grandes princípios fundamentais conduziu a uma "coabitação eficaz que se estabeleceu entre normas fortemente técnicas, necessariamente complexas e diversificadas, e de princípios unificadores que as sublimam e lhes dão legitimidade"³⁴⁷.

décembre 2005) e da *AJDA* (n.º 21, 6 juin 2005). Nesta última Revista, MICHEL PRIEUR ("Les nouveaux droits", pp. 1157-1163) considera que a Carta "dá valor constitucional a certos direitos, ao ambiente, à participação e à informação, que já tinham valor legislativo", sublinhando que "Reconhecer na Constituição um direito do homem de poder beneficiar de um ambiente de qualidade é provavelmente o contributo mais importante da nova Carta, tanto no plano simbólico como no plano jurídico".

³⁴⁵ Artigo no qual se acolhe, de forma expressa, o *princípio da precaução* que passou, desde então, a ter dignidade constitucional no direito francês. Dispõe este normativo: "Na medida em que a verificação de um dano, ainda que incerta em face do estado dos conhecimentos científicos, possa afectar de maneira grave e irreversível o ambiente, as autoridades públicas velam, por aplicação do *princípio da precaução* e no domínio das suas atribuições, pela realização de procedimentos de avaliação dos riscos e pela adopção de medidas provisórias e proporcionais, a fim de evitar a verificação do dano" (itálico nosso).

³⁴⁶ Cfr. MICHEL PRIEUR, *Droit de l'Environnement*, cit., pp. 49-155, que assinala a sua forte inspiração nos princípios do direito comunitário e do direito internacional, distinguindo duas grandes categorias: a dos *princípios fundamentais e fundadores* (os mais gerais, incluindo no elenco o reconhecimento jurídico de que *o ambiente é de interesse geral*, o *direito do homem ao ambiente*, o reconhecimento dos *direitos das gerações futuras*, a *preservação do património comum* e, ainda, o princípio do *desenvolvimento sustentável e da integração do ambiente*); e a dos *princípios operativos* (princípios da *prevenção*, da *informação*, da *participação*, do *poluidor-pagador* e da *precaução*). Cfr. também JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, 7^e édition, 2006, pp. 9-16 (onde trata os princípios fundamentais da *informação*, da *concertação e participação*, da *prevenção*, do *poluidor-pagador*, da *precaução* e da *gestão integrada*) e 123 (os "grandes princípios fundamentais"); e VÉRONIQUE INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005, pp. 51-115, desenvolvendo sobre os princípios da *informação*, *participação*, *prevenção* e *precaução*.

³⁴⁷ JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Le droit...*, cit., p. 123.

Também em Itália, para além do relevo das exigências preventivas, de precaução, de correcção na fonte, etc., mesmo os Autores que levam a cabo um tratamento de certa forma original desta matéria põem em evidência princípios que encontram as suas raízes, antes de mais, no direito público e, em especial, no direito administrativo³⁴⁸: não podemos deixar de colocar em posição cimeira o princípio da *pluriqualificação jurídica do interesse ambiental*, que levou o Tribunal Constitucional italiano à sua consideração como *bem imaterial unitário* que não pode ser objecto de situações jurídicas de tipo apropriativo.

No Brasil, a Lei do PNMA (Lei n.º 6.938), em especial no seu art. 2.º, estabeleceu como princípios norteadores desta política, entre outros, os princípios da precaução, da prevenção, do usuário-pagador e do poluidor-pagador, da reparação e da informação. No que seria seguida pela Constituição Federal de 1988, seja prevendo-os de forma expressa no seu texto, seja permitindo à doutrina extraí-los e desenvolvê-los a partir das normas constitucionais escritas³⁴⁹.

Em jeito de conclusão sobre os poderosos edifícios normativos construídos na primeira geração do direito do ambiente, aquilo que mais nos interessa neste momento é articular o quadro normativo sinteticamente esboçado com as conclusões a que chegámos no final do Capítulo I, articulação que confirma, uma vez mais, a utilização, com adaptação à teleologia ambiental específica, das formas, meios, instrumentos e institutos enquadrados tradicionalmente na actividade administrativa de polícia ou de ordenação:

³⁴⁸ Seguimos aqui a proposta de sistematização de PAOLO DELL'ANNO para os *princípios fundamentais do direito ambiental nacional* (cfr. *Principi...*, cit., pp. 161-188) — embora sem fazermos uma referência completa aos princípios apresentados pelo Autor, circunscrevendo-nos àqueles cuja base publicista é mais evidente. DELL'ANNO apresenta esta matéria depois do tratamento desenvolvido (pp. 55-127) dos *princípios do direito ambiental europeu*, identificando a este nível, como *princípios ambientais substanciais*, os princípios do *nível de protecção elevado*, do *desenvolvimento sustentável*, da *integração*, da *prevenção*, da *correcção*, *prioritariamente na fonte*, dos *danos causados ao ambiente*, da *precaução*, do *poluidor-pagador* e da *maior protecção* que os Estados podem levar a cabo em relação às medidas adoptadas pela Comunidade; e, também, dos *princípios fundamentais do direito comunitário derivado* (pp. 129-159) onde menciona, entre outros, os do *consenso administrativo prévio*, da *participação* (e *informação*), da *territorialidade*, da *planificação*, da *responsabilidade partilhada* e da *redução da discricionariedade*.

³⁴⁹ Existe ampla doutrina sobre o tema: em termos meramente exemplificativos, cfr. o já citado trabalho de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Princípios Gerais...", onde o Autor analisa uma série de princípios fixados na "Declaração do Rio de Janeiro", confrontando-os com a política ambiental brasileira — analisando o *princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal* e ainda os princípios da *prevenção* e da *precaução*, da *informação* e da *notificação ambiental*, da *educação ambiental*, da *participação*, do *poluidor-pagador*, da *responsabilidade* da pessoa física e jurídica, da *soberania dos Estados* para estabelecer a sua política ambiental e de desenvolvimento, da *eliminação de modos de produção e consumo* e de *política demográfica adequada* e, por último, do *desenvolvimento sustentado*.

Também CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO trata o tema ao nível da Constituição brasileira, centrando-se no estudo dos princípios do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da prevenção e da participação, aludindo ainda a um original *princípio da ubiquidade*, que determina que qualquer actividade sobre qualquer tema ou obra deve tomar em conta a preservação da vida e a sua qualidade (o ambiente exige uma actuação globalizada e solidária, aludindo o Autor à necessidade de se pensar em termos globais, mas de se actuar em termos locais) — cfr. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 6ª edição ampliada, 2005, pp. 26-46. Para uma análise sucinta e recente do princípio da prevenção, considerando que ele está previsto de forma expressa no caput do art. 225.º da CF, cfr. MICHELLE AURELIO DE CARVALHO, "Avaliação de Impacto Ambiental e Licenciamento Ambiental: Instrumentos da Tutela Preventiva do Meio Ambiente", in: MIRIAM FONTENELLE (Coord.), *Temas de Direito Ambiental*, Editora Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006, pp. 39-72 (pp. 41-43).

– a ampla afirmação do *princípio preventivo* ou da *prevenção* nas normas jurídico-públicas de tutela ambiental como exigência central da política e do direito do ambiente, na sequência da configuração do direito de polícia ou ordenação como um direito da defesa ou prevenção de perigos e da actividade de polícia como uma actividade orientada para a prevenção de perigos;

– a abertura, numa fase já bastante posterior, das normas e da sua teleologia num caminho que permite levar a defesa dos cidadãos e do interesse público para além da defesa de perigos, estendendo-a à própria *precaução de riscos* ambientais;

– a criação por este bloco normativo, como veremos no ponto seguinte, de uma série de autoridades administrativas especialmente vocacionadas para a tutela ambiental ou, pelo menos, a atribuição de competências ambientais a organismos públicos já existentes, ao estilo das polícias administrativas especiais do direito tradicional;

– o facto de as disposições em apreço não conterem apenas uma dimensão negativa de evitar e prevenir os atentados ambientais, mas também uma vertente positiva de promoção do ambiente e das posições jurídicas subjectivas com ele conexas;

– as normas jurídico-públicas em análise dirigem-se antes de mais à prossecução do interesse público ambiental, mas não deixam de contemplar a defesa das posições jurídicas subjectivas com ele conexas, tendo designadamente por fundo a teoria da norma de protecção, muito desenvolvida no direito alemão;

– o amplo recurso a disposições densas e pormenorizadas, com fixação de valores limite, standards de emissões atmosféricas e de efluentes e de exigências tecnológicas, reflecte também uma marca do modelo que lhe serviu de base;

– finalmente, como veremos no ponto mais importante deste capítulo³⁵⁰, a utilização em larga escala — praticamente de forma exclusiva — de instrumentos impositivos e autoritários, com proeminência para os regulamentos administrativos, as autorizações e as ordens de polícia, bem como para actividades materiais de inspecção, fiscalização e controlo.

2.3. A organização administrativa do ambiente

Uma das marcas da primeira geração do direito do ambiente que reflecte a regulação de comando que temos vindo a caracterizar traduziu-se na expansão dos entes e órgãos com competências ambientais, tanto através da entrega de tais poderes a autoridades já existentes como por intermédio da criação de novas entidades e organismos dirigidos à prossecução directa das finalidades de tutela ambiental. Assinalámos também que um princípio organizatório de grande importância que se foi afirmando foi o da *unidade de gestão e acção* em sede ambiental, com a exigência da criação de uma autoridade responsável pela centralização da política e do direito do ambiente. Vamos agora ver, com maior pormenor, quais os caminhos trilhados nas ordens jurídicas que temos vindo a utilizar como modelo para a caracterização genérica do direito ambiental de primeira geração.

Não obstante, antes de falarmos especificamente sobre a *organização administrativa* do ambiente exige-se uma palavra mais geral para mostrar que a imposição pública da

³⁵⁰ Cfr. *infra*, 2.4.

prosseção da tutela ambiental por parte dos diversos poderes ou funções do Estado, determinada pela Constituição e pela lei nos ordenamentos em estudo, extravasa o aspecto organizatório, legitimando que se fale na instituição de um autêntico Estado (de Direito Ambiental). Sobre essa questão nos pronunciaremos, com maior profundidade, no Capítulo seguinte³⁵¹.

Quanto à organização administrativa ambiental propriamente dita, o desenvolvimento da primeira geração do direito ambiental fez-se acompanhar pela instituição de uma organização administrativa, na mesma área, forte, complexa e activa, tanto ao nível internacional como regional (no nosso caso, europeu), nacional (incluindo nos Estados federados a Federação e os Estados e, nos Estados regionais, o Estado e as regiões ou entes públicos territoriais menores) e local. Como bem se compreende, resultou daqui um quadro muito complexo: segundo Sparwasser, Engel e Voßkuhle³⁵² “o carácter do direito ambiental como ‘matéria transversal’, bem como a europeização e a internacionalização do direito do ambiente determinam uma certa confusão da organização administrativa ambiental”. Apesar de o direito do ambiente europeu dever ser em princípio executado através dos órgãos dos Estados membros, os autores alemães costumam distinguir a organização administrativa ambiental no plano *europeu*, no plano *federal* e no plano *estadual*, abordando ainda as organizações internacionais e outras instituições internacionais com conexões ambientais e as organizações não-governamentais do ambiente³⁵³.

Centrando-nos nas administrações nacionais, a instituição de estruturas orgânicas amplas e complexas neste domínio é perfeitamente justificada, em função dos mandados constitucionais para a tutela ambiental, isto é, do estabelecimento, nas diversas ordens jurídicas, da protecção ambiental como fim, tarefa ou incumbência do Estado. Apesar do seu sentido mais genérico, abrangendo os poderes públicos responsáveis pela prosseção das funções política, legislativa e jurisdicional, é antes de mais para a função administrativa ou executiva enquanto função de segundo grau vinculada à prosseção das finalidades estabelecidas no plano político-legislativo que o mandado constitucional se dirige e, desta forma, aos poderes públicos administrativos. Ainda que se afirme, no direito do ambiente, um *princípio da cooperação* com o sentido de fixar que a protecção ambiental não é apenas tarefa do Estado, antes reclamando a contribuição de todas as forças afectadas, em especial as forças sociais e económicas na medida em que a legislação ambiental, em termos de responsabilidade, não estabelece diferenças entre privados e poderes públicos, valendo as suas regras para todos, não deixa de ser às entidades e organismos administrativos que cabem as responsabilidades principais de protecção e promoção do ambiente.

Como forma de tentar contrariar um pouco a aludida confusão e complexidade, afirma-se em sede organizatória o *princípio da unidade de gestão e acção*, o qual aponta para a existência de um órgão nacional que centralize as políticas e as medidas jurídicas orientadas para a tutela ambiental e que vai passar, como veremos quando tratarmos as diversas orga-

³⁵¹ Cfr. Cap. III, Secção III, 2.1.2.

³⁵² Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 141.

³⁵³ Cfr., por todos, de forma extremamente sintética e clara, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 141-151; também KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 151-164 e WERNER HOPPE/MARTIN BECKMANN/PETRA KAUCH, *Umweltrecht*, cit., pp. 237-245.

nizações nacionais *de per se*, pela autonomização dos ministérios do ambiente, procurando centralizar os poderes respectivos e reforçar o papel da administração estadual no confronto com os outros níveis ou estratos da administração pública³⁵⁴.

Mesmo em países onde o princípio da unidade de gestão e acção não está legalmente plasmado, como acontece em Espanha, a doutrina defende que a protecção do ambiente exige a concentração das competências ambientais de cada nível administrativo (estatal, autonómico ou local) numa única organização especializada³⁵⁵. Este entendimento conduz ao reforço dos poderes estaduais, resultando igualmente da afirmação, sublinhada por alguma doutrina, do interesse ambiental como *ontologicamente nacional* o que induz a aplicação do princípio da subsidiariedade em direcção ascendente³⁵⁶, bem como da *uniformidade necessária do direito ambiental* em face do carácter unitário destes fenómenos.

No entanto, essa centralização e o reforço dos poderes dos ministérios com atribuições na área do ambiente não desmente o papel fundamental que os outros níveis ou estratos das administrações públicas nacionais desempenham na protecção e promoção do ambiente, facto especialmente notável nos Estados autonómicos onde são reconhecidas competências muito relevantes a entes infra-estaduais como as comunidades autónomas, regiões, províncias, comunas e municípios. O que determina, na maior parte dos casos, uma grande dispersão das competências ambientais, uma organização bastante complexa que legitima a alusão a um verdadeiro “retalho de competências” em sede ambiental³⁵⁷. O papel do nível local ou municipal é relevantíssimo, como se atesta, por exemplo, em documentos com a importância da Agenda XXI o qual resultou da Conferência do Rio, em 1992 e tem um significado muito relevante para a execução das políticas ambientais ao nível local.

À complexidade desta distribuição da prossecução das finalidades ambientais junta-se o carácter horizontal ou transversal das políticas e do direito do ambiente, com a necessidade de integrar objectivos e finalidades de tutela ambiental nas diversas políticas sectoriais — em especial da economia, da energia, da agricultura, das pescas, da indústria, do turismo e do consumo —, tendo como face mais visível a intersecção das atribuições dos ministérios do ambiente com outros ministérios.

Passando agora em revista algumas especificidades das organizações administrativas ambientais nacionais, começaremos por dois Estados federados onde elas assumem contornos particulares. Referimo-nos à Alemanha e ao Brasil.

³⁵⁴ Sobre esta matéria, em França, cfr. MICHEL PRIEUR (*Droit de l'environnement*, cit., p. 157 e segs.).

³⁵⁵ Cfr., por todos, BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, 8ª edición, Dykinson, 2007, p. 124.

³⁵⁶ Referimo-nos em particular à doutrina italiana, que usa diversos elementos no sentido de sublinhar essa proeminência do interesse nacional: a manifestação do fenómeno da poluição por formas difusas que demonstram a insuficiência duma abordagem territorial delimitada; a incidência das medidas ambientais sobre o estatuto das empresas e da propriedade, que pode criar diferenças e discriminações graves quando deixada nas mãos das autoridades regionais, articulada com a exigência comunitária de promover o mercado livre europeu e a responsabilidade unitária pela observância das directivas europeias; e o próprio princípio do desenvolvimento sustentável e a responsabilidade pelas gerações futuras que apontam no sentido da consagração de um dever social e individual complexo que deve ser garantido pelo Estado. Estes e outros elementos foram acolhidos pelo TC italiano como manifestações do “interesse nacional” aqui em jogo. Cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Principi...*, cit., pp. 182-186.

³⁵⁷ PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 60.

Na Alemanha — tomando no essencial por base o estudo de Kloepfer³⁵⁸ — se em termos legislativos os poderes fundamentais são da Federação, já no que toca à execução das leis, isto é, à *competência administrativa*, a repartição das competências constitucionalmente prevista determina que ela seja na parte principal da responsabilidade dos Estados, o que constituirá uma das razões fundamentais para explicar os grandes deficits de execução.

De qualquer forma, um aspecto chave tem a ver com a instituição ao nível federal, em 1986, do Ministério para o Ambiente, Protecção da Natureza e Segurança Nuclear. Apesar das suas competências serem muito vastas, face ao aludido carácter transversal ou horizontal da política e do direito ambientais, outros ministérios dispõem de atribuições ambientais relacionadas com as suas, sendo também de contar com o *Kabinettsausschuss für Umweltfragen* (hoje o *Kabinettsausschuss für Umwelt und Gesundheit*), presidido pelo Chanceler federal e competente para a preparação das decisões governamentais nas questões ambientais mais relevantes e com a *Ständige Abteilungsleiterausschuss für Umweltfragen/Bund* (StALA/Bund), que foi responsável pela coordenação entre as diversas autoridades federais. Para assegurar a coordenação das políticas ambientais da Federação e dos Estados e dos Estados entre si veio também a ser criada a *Umweltministerkonferenz*, autoridade que constitui uma expressão fiel do *federalismo cooperativo*, que caracterizaremos a propósito da organização ambiental brasileira.

Para além dos muito relevantes poderes das autoridades administrativas federais independentes (*selbständige Bundesoberbehörden*) instituídas nos termos do art. 87.º, n.º 3 da GG, não pode ser negligenciado o papel de uma série de organismos e instituições de direito público com graus de autonomia diferenciado em face do Ministério: é o que acontece, em especial, com o *Umweltbundesamt*³⁵⁹, mas também com o *Robert Koch Institut*, o *Bundesinstitut für gesundheitlichen Verbraucherschutz und Veterinärmedizin*, o *Physikalischen-Technische Bundesanstalt*, o *Bundesanstalt für Arbeitsschutz*, o *Bundesanstalt für Gewässerkunde*, o *Bundesamt für Naturschutz* e o *Bundesamt für Strahlenschutz*, entre outros.

Ao nível da *organização da administração ambiental nos Estados*, existem ministérios do ambiente em todos eles, embora nalguns casos ligados a outras matérias (agricultura, ordenamento, urbanismo, energia, etc.), a que se juntam diversas autoridades superiores de protecção ambiental. Quanto àquilo que entre nós se designa por administração territorial autónoma realçam-se competências ambientais das comunas e dos "condados" (*Landkreise*).

No que toca ao Brasil, uma nota muito breve, sobretudo com o intuito de realçar o conceito do *federalismo cooperativo*. Como já mencionámos, a primeira grande lei ambiental brasileira (a Lei n.º 6.938, de 31 de Agosto de 1981) instituiu o SISNAMA, tendo criado o CONAMA³⁶⁰ e o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental. De acordo com o art. 6.º deste diploma normativo, integram o SISNAMA praticamente

³⁵⁸ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 151-164.

³⁵⁹ Entidade instituída em 1974, por intermédio da *Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes*, de 22 de Julho desse ano com competências exclusivamente ambientais de muito relevo, com prioridade para tarefas de consulta e apoio ao Ministério, nomeadamente no acto de coligir dados e documentações, na investigação ambiental e no trabalho de publicitação. Posteriormente, foram também instituídas duas autoridades próximas: em 1989 o *Bundesamt für Strahlenschutz* (BfS) e em 1993 o *Bundesamt für Naturschutz*.

³⁶⁰ O CONAMA está disciplinado nos artigos 7.º e 8.º desta Lei, que determina alguns dos membros que o compõem (representantes dos Governos dos Estados, entre outros) e as suas competências.

todos os poderes públicos da República brasileira: “órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela protecção e melhoria da qualidade ambiental”, sendo o seu órgão superior o CONAMA, que assiste o Presidente da República na formulação das directrizes da PNMA. O SISNAMA é ainda composto por um órgão central (ao tempo a Secretaria Especial do Meio Ambiente, à qual sucedeu posteriormente o IBAMA, nos termos da Lei n.º 7.735/1989, de 22 de Fevereiro, que criou este Instituto), órgãos sectoriais (administração pública federal), seccionais (administrações públicas estaduais) e locais (municipais).

Daqui resulta que toda a estrutura administrativa brasileira, em termos verticais e horizontais, se deixou invadir por preocupações de tutela ambiental numa articulação que, quer em termos gerais quer no que especificamente respeita ao ambiente, viria depois a ser acolhida no texto da Constituição Federal de 1988, consagrando um modelo que os autores brasileiros — na linha de muita literatura dos mais diversos quadrantes do mundo — apelidam de *federalismo cooperativo*³⁶¹. Apesar do âmbito mais genérico, em termos políticos e legislativos, do federalismo cooperativo, ele tem aqui uma conotação administrativa especial, na medida em que a competência para a fiscalização ambiental e, em geral, para o exercício da polícia ambiental, é comum³⁶².

Continuaremos esta nossa ilustração centrando-nos em dois Estados autónomos, onde o tema assume grande complexidade. Começando pela Espanha, também no país vizinho se instituiu um poderoso edifício de entidades e órgãos administrativos com responsabilidades na tutela ambiental, complexificado pela circunstância de estarmos perante um Estado autónomo, no qual a Constituição reconhece verdadeiros poderes autónomos tanto às Comunidades Autónomas como aos municípios. No seu extenso título VIII, dedicado à *organização territorial do Estado*, afirma-se logo à partida (art. 137.º) que o “Estado se organiza territorialmente em municípios, em províncias e nas Comunidades Autónomas”, gozando todas estas entidades “de autonomia para a gestão dos seus respectivos interesses”.

Em termos legislativos, ao Estado compete criar a legislação básica sobre protecção do ambiente e às Comunidades Autónomas o estabelecimento, se o entenderem como jus-

³⁶¹ Em relação ao *federalismo cooperativo* na arena ambiental, cfr. TOSHIO MUKAI, “As Competências dos Entes Federados na Constituição de 1988, em Especial em Matéria Ambiental”, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Dez. 91, pp. 711-716, segundo o qual se trata de um modelo em que “os níveis de governo não se digladiam pelas suas competências, mas se unem para, cada qual, dentro de suas atribuições, darem conta das necessidades dos administrados”. Em geral, para uma caracterização extremamente sintética de algumas das particularidades do *federalismo brasileiro* cfr., por todos, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 11.ª edição revista, ampliada e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, pp. 29-30. Para além de mostrar a sua inspiração no modelo da Constituição dos EUA, salienta a sua adopção desde a primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, e a sua posterior adaptação à realidade nacional nas sucessivas cartas constitucionais, com reforço da competência da União. Depois de mencionar alguns dos institutos e entidades que promovem este federalismo — como as *políticas integradas de desenvolvimento regional*, consagradas nos arts. 43.º e segs. da Constituição brasileira vigente, as *regiões metropolitanas*, as *aglomerações urbanas*, as *microrregiões* e os *pactos de cooperação* e, ainda, o reforço da competência constitucional dos Estados e dos Municípios — conclui que são eles que caracterizam “o que se convencionou denominar *neofederalismo brasileiro*: um federalismo de cooperação distribuído em três graus” (p. 30).

³⁶² Neste sentido, e com diversos apontamentos sobre o sistema de repartição de competências na PNMA, cfr. MIRIAM FONTENELLE, “Política Nacional de Meio Ambiente”, in: MIRIAM FONTENELLE (Coord.), *Temas de Direito Ambiental*, pp. 7-38 (pp. 29-36).

tificado, de normas adicionais de protecção. Todavia, para além de caber a estas últimas a competência sobre os espaços naturais protegidos³⁶³ é ainda mais relevante o facto de disporem de uma competência em princípio exclusiva de *execução* ou *gestão* em matéria ambiental³⁶⁴.

Centrando-nos na administração estadual, é de assinalar que a vontade de cumprir o princípio da unidade de gestão e acção não foi isenta de dificuldades, tendo-se percorrido um caminho tortuoso até à concentração das funções ambientais num único ministério: depois de algumas experiências relativamente mal sucedidas, como a criação da *Comisión Interministerial de Medio Ambiente* (CIMA), em 1972, a prossecução do interesse público ambiente passa a fazer parte das atribuições expressas de um ministério, em 1977, com a integração da *Dirección General de Acción Territorial y Medio Ambiente* (até então adstrita à Presidência do Governo) no *Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo*, passando o ambiente a fazer parte da designação do Ministério a partir de 1993 (*Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente*). Mas só em 1996 se optou pela criação de um departamento ministerial específico, através do Real Decreto n.º 758/1996, de 5 de Maio, que instituiu o *Ministerio de Medio Ambiente*³⁶⁵.

Ao nível da *organização administrativa ambiental autónoma*, apesar das especificidades que existem de umas comunidades autónomas para outras, podem detectar-se algumas linhas comuns, com saliência para a tendência de seguir um *princípio de unidade de acção*, concentrando num órgão as competências ambientais, o que por norma tem passado pela instituição de uma *Consejería* ou *Departamento* responsável pela gestão da política ambiental.

³⁶³ Embora o Tribunal Constitucional tenha admitido a legitimidade da assunção de tal competência exclusiva, a questão tornou-se mais complexa depois da publicação, em 3 de Abril de 2007, da LRPN (Lei n.º 5/2007), que atribui competência ao Estado para a declaração dos Parques Nacionais mas permanecendo incólume a competência das Comunidades autónomas para a sua gestão. Sobre a questão cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 110 e segs.

³⁶⁴ O TC espanhol afirmou já que o conteúdo do conceito de gestão se configura como “competência normal ou habitual das Comunidades Autónomas” e que o Estado só pode participar em tal gestão em casos residuais que são excepcionais. Em especial na Sentença n.º 194/2004, do Pleno, de 4 de Novembro de 2004, sublinhou que a intervenção estadual é sempre limitada, de maneira a que “só residualmente, em certos supostos limite (...) pode participar o Estado” (sendo precisamente o caso dos parques nacionais um desses “supostos limite” em que pode participar nas funções de gestão, cujo “exercício é competência normal ou habitual das Comunidades Autónomas”). Esta concepção foi reiterada, em tempos mais recentes, pelo órgão jurisdicional em questão, designadamente nas Sentenças 33/2005, do Pleno, de 17 de Fevereiro de 2005, e 32/2006, também do Pleno, de 1 de Fevereiro de 2006.

³⁶⁵ O Real Decreto n.º 562/2004, de 19 de Abril, “pelo qual se aprova a estrutura orgânica básica dos departamentos ministeriais” alude, no seu artigo 15.º, ao “Ministerio de Medio Ambiente”, na sequência de idêntica opção seguida no Real Decreto n.º 553/2004, de 17 de Abril, “pelo qual se reestruturam os departamentos ministeriais”. Houve no entanto uma série de avanços e recuos nesta sede, nomeadamente com o Real Decreto n.º 432/2008, de 12 de Abril, que ao levar a cabo a reestruturação dos departamentos ministeriais, suprimiu o Ministerio de Medio Ambiente, criando o *Ministerio de Medio Ambiente, y medio Rural y Marino*, o qual passou a ser “o departamento encarregado da proposta e execução da política do Governo em matéria de luta contra as alterações climáticas, protecção do património natural, da biodiversidade e do mar, água, desenvolvimento rural, recursos agrícolas, pecuários e pesqueiros e alimentação. Para tais efeitos, assume as competências atribuídas aos Ministérios da Agricultura, Pesca e Alimentação e de Meio Ambiente, assim como as que até aqui desenvolve o Ministério de Fomento em matéria de protecção no mar” (art. 11.º). A designação actual do Ministério, na X Legislatura (iniciada em 2011) é a de “Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente” embora no texto nos vamos referir, de forma abreviada, ao “Ministério do Ambiente”.

Apesar da complexidade das relações entre as atribuições desempenhadas pelo Estado central e pelas diversas comunidades autónomas, tem havido a preocupação de assegurar a coordenação e a colaboração entre os dois níveis administrativos, o que levou à criação da *Conferencia Sectorial de Medio Ambiente*, constituída por representantes do Estado e das Comunidades Autónomas. Esta Conferência, presidida pelo Ministro do Ambiente, tem como finalidade uma discussão conjunta e uma troca de pontos de vista em relação aos diversos problemas sectoriais e às medidas projectadas para os enfrentar e resolver³⁶⁶.

No que respeita às atribuições dos *entes locais*, a Constituição espanhola é omissa, o que não significa que estes entes — tanto as *provincias* como os *municipios* — não tenham responsabilidades significativas nos diversos domínios da tutela e promoção do ambiente. Sobretudo os municípios têm um papel importante, nomeadamente competências de *participação* com o objectivo de garantir a efectividade da autonomia constitucionalmente garantida às entidades locais, assegurando-se a todos os municípios o direito de intervir em todos os assuntos que afectem directamente o círculo dos seus interesses (cfr., em especial, os artigos 2.º e 25.º da LBRL — Lei n.º 7/1985, de 2 de Abril, reguladora das bases do regime local). Daí que haja “matéria mínimas” que são reconhecidas como competências próprias dos órgãos municipais e entre as quais se conta a protecção do ambiente. A que acrescem os “serviços ou actividades de exercício obrigatório” por parte dos municípios, previstos no artigo 26.º da mesma Lei, como sejam a protecção da saúde pública, os serviços de limpeza das ruas, a recolha e tratamento de resíduos e de esgotos e tratamento de águas residuais, a prevenção e extinção de incêndios, os parques e jardins, entre muitos outros — sendo a protecção do ambiente um *serviço obrigatório* nos municípios que tenham mais de 50.000 habitantes (al. *d*) do n.º 1).

Também a Itália pode ser vista como um Estado autonómico ou, talvez melhor, regional, um modelo intermédio entre o Estado federal e o Estado unitário: em termos constitucionais, para além do reconhecimento e promoção das autarquias locais e da adequação da legislação da República às exigências da autonomia e da descentralização (art. 5.º), o Título V da Parte II da Constituição é dedicado às *regiões, provincias* e *comunas*, entes autónomos com estatuto próprio, o mesmo se passando em relação às cidades metropolitanas (cfr. art. 114.º). Com este pano de fundo, e sabendo que também em Itália as diversas administrações públicas se assumiram como os actores principais da protecção jurídica do ambiente, adivinha-se à partida a *grande dispersão de competências em matéria ambiental*³⁶⁷.

³⁶⁶ Sobre o regime geral das conferências sectoriais e de outros órgãos de cooperação cfr. o art. 5.º da LPC (Lei 30/192, de 26 de Novembro, sobre o *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, modificada pela Lei 4/1999, de 13 de Janeiro. Existem outros órgãos de coordenação e colaboração entre a administração estadual e a administração autonómica ao nível ambiental, com realce para a *Comisión de coordinación de políticas de cambio climático* (art. 3.º da Lei n.º 1/2005, de 9 de Março, que disciplina o comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa) e para a *Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza*, que tem competências executivas directas, uma vez que aprova instrumentos com valor comum para o ordenamento estadual e para o autonómico (cfr. Real Decreto n.º 2488/1994, de 23 de Dezembro).

³⁶⁷ Especificamente sobre o tema, ainda antes da Revisão constitucional de 2001 que introduziu modificações relevantes nesta sede, cfr. BENIAMINO CARAVITA, “Stato, regioni ed enti locali nelle politiche di gestione dell’ambiente: i problemi del raccordo di competenze”, *RGA*, anno IX, n.º 3-4, pp. 359-380. CARAVITA mostra-se muito crítico quanto às opções constitucionais e, sobretudo, em relação à lei que instituiu o Ministério do Ambiente — que considera “presa de uma lógica que a torna velha e obsoleta pouco mais de três anos depois da sua aprovação” (p. 379).

Ao nível da administração estadual, também aqui houve diversos avanços e recuos: em 1973 foi criada a figura de um Ministro sem pasta para o Ambiente, instituindo-se no ano seguinte o Ministério para os Bens Culturais e Ambientais (*decreto legge* n.º 657, de 14.12.1974). O grande passo foi dado em 1986 com o estabelecimento “definitivo” do Ministério do Ambiente, por intermédio da conhecida Lei n.º 349, de 1986, ainda hoje vigente³⁶⁸.

Apesar do impulso centralizador que a definitiva estabilização do departamento governamental dedicado ao ambiente trouxe consigo, não se institui um modelo de gestão estruturado, sentindo-se a diluição de competências entre os diversos entes territoriais, a nível *vertical*; e, em termos *horizontais*, a unificação das competências, operada com a criação do Ministério do Ambiente, não se traduziu numa redução da complexidade do aparelho organizatório mas sim na valorização e maximização do interesse ambiental no processo decisório público, uma vez que tal instituição não resolveu em absoluto a sobreposição funcional entre os ministérios existentes³⁶⁹.

Ao nível da administração estadual, existem outros órgãos com competências relevantes em sede ambiental, com destaque para as *agências administrativas* as quais, apesar da sua nomenclatura, se devem enquadrar ainda na administração estadual directa, uma vez que por norma são comandadas por um director geral na dependência directa do ministro³⁷⁰: em 1994, a Lei n.º 61/1994, de 21 de Janeiro, institui a Agência Nacional para a Protecção do Ambiente (ANPA), pré-ordenada a servir de suporte de conhecimento e técnico à acção ambiental do Ministério e dotada de competências de consulta, de estudo, de controlo, de proposta de normas técnicas, etc. Esta agência veio a ser substituída pela *agência para a protecção do ambiente e para os serviços técnicos* (APAT), por intermédio do d. lgs. n.º 300/1999, de 30 de Julho. Hoje existe no seu lugar o *Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale* (ISPRA) instituído pela Lei n.º 133/2008, o qual resultou da fusão da APAT, do Instituto Nacional para a Fauna Selvagem e do Instituto Central para a Pesquisa Científica e Tecnológica Aplicada ao Mar, de acordo com o Decreto n.º 123/2010, de 3 de Agosto, sendo orientado pelo Ministério do Ambiente (actualmente denominado “Ministério do Ambiente e da Tutela do Território e do Mar”).

Ainda no âmbito estadual, existem inúmeros órgãos com competências técnicas e/ou de controlo em sede ambiental, que nalguns casos dispõem de personalidade jurídica própria, actuando sobre a orientação do Ministério do Ambiente, destacando-se o *Ente para as Novas tecnologias, a Energia e o Ambiente* (ENEA), previsto no d. lgs. n.º 36/1999, de 30 de Janeiro, com finalidades de pesquisa e experimentação.

Para além da administração estadual, as regiões desempenham, a nível administrativo, um papel muito importante, que se fez sentir de forma especial na fase de arranque do movimento político e jurídico da tutela ambiental, nomeadamente por intermédio do d. p. r. n.º

³⁶⁸ Sobre esta evolução e outros aspectos de distribuição das competências que vão ser referidos no texto, cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 54 e segs.

³⁶⁹ Neste sentido, FILIPPO SALVIA, “Gli strumenti...”, cit., p. 212 e seg.

³⁷⁰ À semelhança do que se passa hoje em Portugal com a Agência Portuguesa do Ambiente (APA), criada pela Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro — cfr. artigos 4.º, n.º 1, al. c), 13.º e 29.º, n.º 1, al. b) e n.º 2, al. a)). Apesar do seu nome ela é dirigida por um director-geral, actuando, na prática, como uma direcção-geral.

616/1977, que baseava o modelo institucional de tutela do ambiente no princípio da integral inserção deste nas competências próprias das regiões — a que acresceu a transferência de atribuições, por delegação de funções estaduais, numa série de domínios sectoriais³⁷¹.

Desta forma, os órgãos das regiões, não apenas ao nível administrativo — tanto os seus conselhos regionais, detentores do poder legislativo, como as suas juntas e os seus presidentes, responsáveis pelos poderes executivo e político — desempenham importantes papéis na tutela jurídica e política do ambiente. Quando o Ministério do Ambiente foi definitivamente instituído, tinham já sido delegadas diversas funções às regiões, o que não invalida que o novo Ministério, na década de oitenta, tenha determinado um certo reforço dos poderes estaduais e o correspondente apagamento do papel das regiões.

Cumpra ainda realçar que também nas regiões existem *agências regionais de protecção do ambiente* (designadas individualmente pela sigla ARPA), as quais estão dotadas de ampla autonomia técnica, administrativa e financeira. Todavia, é muito significativo sublinhar a relação da agência nacional (actualmente um *Instituto* nacional, o ISPRA) com as ARPAs: o organismo nacional exerce funções de orientação e de coordenação técnica em face das agências regionais sendo, no fundo, responsável pela coordenação de toda a *rede*³⁷² formada pelas agências regionais e pelas agências provinciais autónomas com competências no domínio ambiental (as APPA, agências provinciais para a protecção do ambiente).

Tendo por base o reconhecimento e a promoção, pela Constituição italiana, das autonomias locais que levam a que as *comunas*, as *províncias* e as *ciudades metropolitanas* façam parte da República italiana, como entes autónomos com estatutos próprios (cfr. art.º 114.º), impõem-se ainda algumas palavras sobre estes níveis da administração autónoma.

Começando pelas províncias, desde os finais da década de oitenta do século passado que têm existido diversas delegações no sector ambiental a seu favor, seja por intermédio do Governo central (por exemplo no domínio hídrico, em matéria de poluição atmosférica e no da gestão dos resíduos³⁷³), seja por grande parte das regiões, com destaque para as competências autorizatórias em sede de poluição atmosférica e de gestão dos resíduos. Os poderes de que as províncias dispõem não são despiciendos, ao ponto de Paolo dell'Anno falar dum novo quadro organizativo, que vê a Comuna como sujeito gestor dos serviços públicos ambientais (esgotos, saneamento, tratamento de resíduos urbanos, exame/vistoria da poluição atmosférica e acústica urbana), ao passo que a Província aparece novamente constituída como o eixo operativo do governo do ambiente, seja sobre o perfil administrativo

³⁷¹ Em relação às atribuições concedidas às regiões, cfr. em especial os artigos 31.º/c), 82.º, 83.º, 101.º e 103.º do d. p. r. n.º 616/1977; quanto às atribuições que se mantêm nas mãos do Estado, cfr. os seus artigos 71.º, c), 81.º, c) e 102.º; os entes locais (províncias e comunas) não são esquecidos pelo diploma, que lhes atribui as funções administrativas previstas no art. 104.º. Para além deste diploma normativo, também a Lei n.º 319/1976 e, sobretudo, a Lei n.º 382/1975 foram responsáveis pela delegação de outras funções ambientais às regiões.

³⁷² PAOLO DELL'ANNO fala expressamente na constituição de uma "*rede* de agências regionais para a tutela do ambiente" (itálico nosso), que apoia a APAT — actual ISPRA (cfr. *Principi...*, cit., p. 5); FRANCESCO FONDERICO, "La Tutela dell'Ambiente", cit., p. 2034), por seu turno, fala numa função de coordenação da *rede* de agências regionais e das províncias autónomas.

³⁷³ Cfr., respectivamente, o "pacote" de decretos delegados — d. p. r. — do Governo de 1992 (d. p. r. n.ºs 130, 131, 132 e 133); o d. p. r. n.º 203/1988, quanto à poluição atmosférica; e os artigos 27.º e 28.º do d. lgs. n.º 22/1997, quanto aos resíduos.

(autorizações e aprovações) seja sobre o técnico (controlo e análises)³⁷⁴. Desde 1995 que existem *agências provinciais para a protecção do ambiente* (APPA), instituídas como estruturas organizativas das províncias, dotadas de autonomia organização, administrativas, técnica e financeira, tudo segundo a Lei Provincial n.º 11/1995, de 11 de Setembro.

Quanto às comunas, por último, elas merecem atenção especial, desde logo por o art. 118.º da Constituição italiana lhes reservar, em princípio, o exercício das *funções administrativas*: em face desta opção constitucional e da maior proximidade dos seus órgãos perante os cidadãos-administrados, compreende-se a importância destes entes locais, à imagem do que acontece noutros países, ao nível da tutela ambiental. Não obstante, se é verdade que elas durante muito tempo foram consideradas os entes centrais das políticas urbanísticas, sanitárias e ambientais, a evolução — sobretudo por força da publicação de forma massiva das sucessivas leis ambientais — foi no sentido do esvaziamento dos seus poderes em sede ambiental. O que não invalida que tenha havido alguns diplomas normativos posteriores a valorizar o papel das Comunas, em especial o d. lgs. n.º 112/1998, que lhes concede competências centrais na disciplina dos destinos de uso do território, tanto em matéria urbanística como ambiental, sanitária e de segurança, designadamente o título de administração responsável na matéria da localização das instalações industriais.

A que se somam os amplos poderes regulamentares de que as comunas dispõem (relevantes por exemplo no domínio dos resíduos, da laboração insalubre e perigosa, sobre actividades ruidosas, etc.) e as suas obrigações em matéria de serviços ambientais, com destaque para o serviço de recolha diferenciada dos resíduos urbanos e perigosos, da realização e gestão dos serviços hídricos integrados, da disciplina das instalações térmicas de uso civil e em relação ao controlo da poluição sonora.

Em suma: o quadro de distribuição das atribuições ambientais entre os diversos sectores da emaranhada estrutura político-organizativa italiana é muito complexo, com alterações bastante frequentes. Quadro complexo e intrincado tanto entre os entes com competências legislativas (Estado e regiões) como administrativas (aos anteriores juntam-se os entes locais) que se faz sentir também ao nível dos diversos domínios ambientais sectoriais ou especiais, em particular quanto ao regime da poluição atmosférica, no qual se reservam ao Estado as competências de relevância nacional que permitam garantir a uniformidade das intervenções, ficando para as regiões e para os entes locais as intervenções administrativas destinadas a concretizar e adequar as finalidades previstas na lei³⁷⁵.

³⁷⁴ PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 82, apresentando um elenco resumido das atribuições de maior relevo de que dispõem as províncias.

³⁷⁵ Tomando por modelo o regime da *poluição atmosférica* — por consagrar uma forma semelhante ao dos outros domínios ambientais especiais, em particular ao reservar ao Estado as competências de relevância nacional — e reportando-nos ao quadro de distribuição de competências anterior à entrada em vigor dos dispositivos normativos destinados a implementar em Itália o sistema de comércio de licenças de emissão destinado a executar as obrigações assumidas pela Comunidade Europeia no seio do Protocolo do Quioto, reservava-se ao Estado o poder de fixar os valores de aceitabilidade das concentrações poluentes na atmosfera, definindo as directrizes para a limitação das emissões e o estabelecimento dos critérios para a utilização das MTDs — sendo a partir de tais directivas que as autoridades locais desenvolviam a sua *acção administrativa* concretizadora. Em termos *administrativos* o Estado goza ainda de uma competência geral de tutela contra a poluição atmosférica, atribuída ao Ministério do Ambiente; das funções de orientação e de coordenação técnica através de decreto governativo de acordo com a conferência Estado-Regiões; e do exercício de diversas atribuições através de módulos de conexão interministerial.

Também no direito ambiental francês de primeira geração se instituiu uma organização administrativa do ambiente forte e activa, com o desenvolvimento de uma máquina complexa, tanto ao nível da administração estadual como da provincial e autónoma³⁷⁶. Assim, as primeiras medidas políticas e jurídicas destinadas à tutela ambiental rapidamente deixaram de ser tomadas com recurso à coordenação interministerial, aparecendo estruturas autónomas ao nível político e administrativo logo no início da década de setenta.

Em 1970 foi criado o *Haut Comité de l'Environnement* e, no ano seguinte, por intermédio do decreto de 27 de Janeiro de 1971, foi instituído o ministério do ambiente com a designação originária de *Ministère de la protection de la nature et de l'environnement*, tendo R. Poujade como primeiro titular³⁷⁷. Em 1978 funde-se com o Ministério do equipamento, nascendo o *Ministère de l'Environnement et du Cadre de Vie*, "super-ministério" que se manteve com esta nomenclatura até 1981, ano em que o ambiente recupera a sua autonomia. À imagem de outros países, a pasta ambiental vai estando ora separada ora associada a outras atribuições estaduais, como o ordenamento do território, o desenvolvimento sustentável, a energia e os transportes, intitulado-se no actual governo *Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement*.

Em França a forte centralização foi sempre uma marca da política e do direito do ambiente onde, para além do ministério, existem inúmeros organismos centrais com competências ambientais³⁷⁸.

As regiões não ficam desprovidas de poderes relevantes nesta matéria, desde logo ao nível da *planificação*, concretizados na adopção de planos de prevenção e saneamento do ar, bem como na possibilidade de individualizarem zonas de carácter inter-regional nas quais possam ser estabelecidos valores limite de emissão ou da qualidade do ar mais restritivos do que aqueles que vigoram em geral para o conjunto do território nacional. Para além disso, o poder das regiões fixarem os *valores de emissão das instalações industriais* e os *valores-limite da qualidade do ar* dentro das margens estabelecidas pelos valores-limite ou valores-guia determinados pelo Estado tem enorme saliência. Quanto às províncias, tem-se feito sentir a tendência geral de as regiões lhes delegarem poderes de tutela ambiental, nomeadamente no que respeita aos poderes autorizativos sobre instalações industriais e da respectiva vigilância técnica.

As comunas, por último, viram a sua situação nesta matéria radicalmente alterada com a instituição do *balcão* ("*sportello*") único: o d. lgs. n.º 112/1998, ao criar em cada Comuna um "balcão único para as actividades produtivas" (art. 25.º), indica a Comuna como o sujeito responsável pelo procedimento unificado de avaliação dos requerimentos de novos estabelecimentos produtivos, com amplos poderes de coordenação e de direcção da instrução, por forma a levar a cabo o exame contextual dos aspectos urbanísticos, sanitários, ambientais e de segurança. Destarte, a instituição do balcão único representou, nesta como em muitas outras matérias, um reforço significativo do papel das Comunas.

³⁷⁶ Há inúmera literatura em França sobre o tema. As nossas fontes principais foram MICHEL PRIEUR, que dedica a Parte III do seu *Droit de l'environnement* à "Administração do ambiente" (pp. 157-292), dividindo o seu estudo por 3 capítulos, correspondentes à *Administração central*, às relações entre a *Administração territorial* e o *ambiente* e, por último, às *agências de protecção do ambiente*; INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, cit., pp. 14-23; RAPHAËL ROMI, *Droit et administration...*, pp. 149-239; LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité...*, cit., Tome 3, pp. 307-311; e MORAND-DEVILLER, *Le droit...*, cit., pp. 17-23.

³⁷⁷ Um sinal bem claro das dificuldades que tiveram de ser vencidas para que este ministério fosse instituído foi dado pela célebre obra do primeiro titular desta pasta ministerial, publicada 4 anos mais tarde, sugestivamente intitulada *Le ministère de l'impossible*: cfr. ROBERT POUJADE, *Le ministère de l'impossible*, Calmann-Lévy, Coll. Questions d'actualité, 1975.

³⁷⁸ MICHEL PRIEUR fala, a este propósito, de uma *centralização persistente* a qual, pelo menos em 2004, ainda não tinha permitido o aparecimento de um verdadeiro poder local em matéria de ambiente: cfr. *Droit de l'environnement*, p. 157 e segs. Segundo o mesmo Autor, na mesma data, havia 72 organismos *centrais* com competências ambientais: cfr. *Droit de l'environnement*, cit., p. 194. Para uma visão global e sintética dos principais

Apesar da enorme quantidade, diversidade e heterogeneidade do regime jurídico dos estabelecimentos públicos (“établissements publics”)³⁷⁹, aqueles que nos interessam podem ainda ser situados na administração estadual, ainda que indirecta, em virtude da sua sujeição à tutela e orientação exclusiva do Ministro da Ecologia ou partilhada com outros ministros, em especial o da Indústria. Salienta-se aqui o *Institut national de l’environnement industriel et des risques*, disciplinado nos artigos R. 131-35 e segs. do CENV, devendo ser igualmente mencionados o *Conservatoire de l’espace littoral et des rivages lacustres* (artigos L. 322-1 a 14 do CENV³⁸⁰), o *Office national de l’eau et des milieux aquatiques*³⁸¹, o *Office national de la chasse et de la faune sauvage* e diversos outros, com competências ao nível da pesca, do ambiente industrial, etc.

Em relação aos que estão sujeitos à orientação e tutela conjunta ou partilhada, destaca-se o caso da ADEME (*Agence de l’environnement et de la maîtrise de l’énergie*), cuja tutela é partilhada entre o ministro da ecologia e os ministros encarregues da pesquisa e da indústria, de acordo com o art. R. 131-3 do CENV, bem como a *Agence française de sécurité sanitaire de l’environnement et du travail*, criada em 2001, tendo mudado de nome em 2005 (cfr. *Ordonnance n.º 2005-1087*, de 1 de Setembro) para *Agence française de sécurité sanitaire environnementale*³⁸².

Ainda ao nível da administração estadual central existe uma série de conselhos com competências técnicas, em regra de carácter consultivo: apesar de haver alguns com competências mais ou menos genéricas (o *Haut comité de l’environnement*, substituído em 1993 pelo *Conseil pour les droits des générations futures*)³⁸³ a maioria dispõe de competências especializadas³⁸⁴.

desses órgãos, cfr. o esquema apresentado na p. 193 da mesma obra.

³⁷⁹ Sobre eles cfr., de forma sintética e por todos, J. MORAND-DEVILLER, *Cours...*, cit., pp. 495-506.

³⁸⁰ O *Conservatoire* foi criado pela Lei n.º 75-602, de 10 de Julho de 1975, modificada por diversas vezes, a última das quais pela Lei n.º 2006-1772, de 30 de Dezembro de 2006, sobre a água e os meios aquáticos, sendo a sua tutela assegurada pelo ministro responsável pelo ambiente desde 1989. Sobre alguns aspectos da sua história, cfr. RENÉ HOSTIOU, “Protection de l’espace littoral et droit de l’environnement: a propos de la politique d’acquisition foncière du Conservatoire”, *RJE*, 1997, número spécial, pp. 83-89 (p. 83 e seg.).

³⁸¹ Um “estabelecimento público do Estado com carácter administrativo”, que tem por missão “conduzir e apoiar ao nível nacional acções destinadas a favorecer uma gestão global, durável e equilibrada dos recursos em água, dos ecossistemas aquáticos, da pesca e do património piscícola”, nos termos do art. 88.º da Lei n.º 2006-1772, de 30 de Dezembro, sobre a água e os meios aquáticos, preceito hoje codificado no art. L. 213-2 do CENV.

³⁸² Alguns autores autonomizam as *agências de protecção ambiental* no âmbito da estrutura organizatória do ambiente, sendo ténues as fronteiras em relação aos *estabelecimentos públicos autónomos*: MICHEL PRIEUR considera que elas estão organizadas como estabelecimentos públicos autónomos sob a tutela do ministério do ambiente, mas assinala uma tendência recente (não específica do direito do ambiente) para as considerar como “uma forma autónoma de serviços exteriores do ministério do ambiente ou como verdadeiros desmembramentos do ministério, num espírito de desconcentração das actividades” (cfr. *Droit de l’environnement*, cit., p. 265). LAUBADÈRE e VENEZIA parecem afinar pelo mesmo diapasão, considerando que as agências, quer tenham competências nacionais, quer circunscritas do ponto de vista territorial, são estabelecimentos públicos: cfr. *Traité...*, cit., Tome 3, p. 310. Também INSERGUET-BRISSET chama a atenção (*Droit de l’environnement*, cit., pp. 17-19) para a situação peculiar de agências e conselhos: uns são estabelecimentos públicos, com personalidade jurídica, outros não; alguns tinham personalidade jurídica mas deixaram de a ter, de tudo resultando uma situação bastante confusa.

³⁸³ O seu primeiro presidente foi o conhecido Comandante Jean-Jacques Cousteau.

³⁸⁴ São os casos do *Conseil supérieur des installations classées, de la sûreté et de l’information nucléaire*, da

Os principais organismos da administração desconcentrada (administração estadual periférica, entre nós) do ambiente são as *directions régionales de l'environnement* (DIREN), criadas em 1991 por intermédio do D. 91-1139, de 4 de Novembro e as *directions régionales à l'industrie, la recherche et l'environnement* (DRIRE), responsáveis em sede de instalações classificadas, ruído, poluição do ar e da água e resíduos — para além dos poderes dos prefeitos, nos departamentos, de que cuidaremos a seguir.

As atribuições ambientais que têm sido conferidas às colectividades territoriais — isto é, àquilo que em Portugal se designa por *administração autónoma territorial* — não são muito significativas, reforçando-se a ideia inicial da grande centralização e correspondente fraca descentralização da organização administrativa ambiental.

Dentro deste papel de não muito grande protagonismo, há uma gradação entre as três colectividades territoriais comuns no território francês continental, dando maior relevo às atribuições das comunas e, em oposição, um papel mais apagado aos departamentos e às regiões. Vejamos, num rápido relance, alguns desses poderes³⁸⁵:

– Ao nível das *comunas* destacam-se os poderes tradicionais de polícia administrativa geral (segurança, tranquilidade e salubridade públicas) do *maire*, que lhe permitem desempenhar um papel importante na administração do ambiente (cfr. art. L. 2212-2 do *Code général des collectivités territoriales*, abreviadamente designado pela sigla CGCT³⁸⁶). Em conformidade, eles dispõem também de poderes quanto à prevenção das poluições de qualquer natureza (artigos L. 2213-2 e seg. do mesmo código), bem como quanto a *polícias ambientais especiais* (polícia sanitária, das águas, dos portos marítimos, etc.).

– Os *departamentos* exercem poderes especialmente por intermédio dos prefeitos, depositários da autoridade *estadual* nestas circunscrições, nomeadamente no âmbito de algumas polícias ambientais especiais, da protecção da natureza e do regime dos *espacos naturais sensíveis* (criação de parques naturais nacionais, parques naturais regionais, reser-

Commission supérieur des sites, perspectives et paysages, do *Comité national de l'eau*, do *Conseil national du bruit*, do *Comité de prévention des risques naturels majeurs*, do *Conseil national de la protection de la nature*, de *la chasse et de la faune sauvage*. Esta enumeração é meramente exemplificativa: para se ter uma ideia do número de “órgãos consultivos de vocação especializada” em sede ambiental, PRIEUR apresenta uma lista de “órgãos consultivos de vocação especializada” com 41 organismos, 24 no domínio das poluições e dos riscos (*Droit de l'Environnement*, cit., pp. 211-219) e 17 no âmbito da protecção da natureza e das paisagens (pp. 220-226).

³⁸⁵ RAPHAËL ROMI faz um estudo com algum pormenor das “políticas departamentais em matéria de protecção do ambiente”, das “políticas regionais em matéria de protecção do ambiente” e das “competências comunais” nesta sede: cfr. *Droit et administration...*, cit., pp. 183-239.

³⁸⁶ Aprovado pela Lei n.º 96-142, de 21 de Fevereiro, relativa à parte legislativa deste código (com inúmeras alterações posteriores).

Sobre o papel dos *maires* na protecção do ambiente, cfr. a obra monográfica de FRANÇOIS ZIMERAY, *Le Maire et la protection juridique de l'environnement*, Victoires-Éditions, Collection Environnement, LITEC, 1994. Tomando em conta o papel central do *maire* na protecção do ambiente, mas ao mesmo tempo as competências muito amplas que a preservação do ambiente exige (interligando urbanismo, biologia e direito), FRANÇOIS ZIMERAY procede a uma análise pormenorizada dos poderes das comunas para lidarem com as *nuisances* e a poluição (poluição do ar, da água e agrícola e luta contra o ruído), as suas competências em face dos riscos (riscos naturais, riscos tecnológicos e o direito das instalações classificadas nas comunas) e os seus poderes relativos aos resíduos. O Autor conclui (p. 213) que o *maire* “está colocado no coração das questões ambientais” mas “partilha as suas competências com numerosas instituições: desta forma, o Estado (o Prefeito) e os Conselhos Gerais e Regionais são frequentemente chamados a intervir”.

vas naturais, gestão da caça, em matéria de pesca e de gestão dos recursos de água, etc.)³⁸⁷, bem como na gestão dos serviços de incêndio e de socorro, na luta contra os incêndios e prevenção de riscos, sendo também de notar as suas competências para o estabelecimento de planos para caminhadas e passeios pedestres e motorizados e a sua responsabilidade sobre os planos departamentais de eliminação de resíduos domésticos e similares.

– As *regiões*, pelo seu lado, têm atribuições quanto à iniciativa de criação de *parques naturais regionais* e às *reservas naturais*, podendo ainda solicitar ao Estado a transferência da responsabilidade relativa aos *planos de eliminação de resíduos industriais e especiais* (art. L. 541-13 do CENV) e aos *planos regionais para a qualidade do ar* (art. L. 222-1 do CENV).

Deve ainda salientar-se a criação, em 1995, por intermédio da Lei n.º 1995-101, de 2 de Fevereiro, de autoridades com competências específicas de tutela ambiental nos departamentos (os *conseils départementaux de l'environnement*), bem como a possibilidade de criação em cada região de um *comité régional de l'environnement*.

Por último, mencione-se a existência de duas autoridades administrativas independentes com atribuições ao nível da protecção do ambiente: a *Commission Nationale du débat public*³⁸⁸ com funções ao nível da *informação* e da *participação* dos administrados aquando da realização de grandes projectos susceptíveis de produzirem impactes ambientais significativos; e a *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires*, responsável pelas prescrições técnicas aplicáveis aos aeroportos mais importantes, bem como pelo recurso a sanções em caso de incumprimento, dispondo ainda de poderes em sede de controlo do ruído³⁸⁹.

2.4. Os instrumentos jurídico-administrativos de tutela ambiental

Chegámos ao ponto que mais nos interessa, o dos instrumentos de direito público utilizados na primeira geração do direito do ambiente. E não só este é o tema que mais nos interessa em relação aos propósitos da nossa dissertação como ele é, também, o que melhor ilustra aquilo que temos vindo a confirmar neste capítulo: o recurso massivo na primeira geração do direito do ambiente aos expedientes desenvolvidos pelo direito administrativo de ordenação, fundado nos alicerces da polícia administrativa e da respectiva actividade, traduzidos em formas de acção administrativa autoritária e impositiva, do tipo de comando e controlo. Esta forma de actividade escrutinada no primeiro capítulo dirigida à defesa ou prevenção de perigos consubstanciou-se, em sede geral e abstracta, nos regulamentos

³⁸⁷ Sobre a importância dos departamentos nos espaços naturais sensíveis, cfr. RENÉ CRISTINI, "Le département et l'aménagement urbain : les espaces naturels sensibles", *RFDA*, 1986, n.º 3 (Mai-Juin), pp. 304-316; e *RJE*, n.º 2/1997, com diversos artigos relativos a umas Jornadas de Estudos organizadas em Limoges pelo CRIDEAU (*Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement de l'aménagement et de l'urbanisme*) em 9 de Janeiro de 1996 dedicadas ao tema "Les espaces naturels sensibles des départements". Cfr. também RAPHAËL ROMI, *Droit et administration...*, pp. 169-173.

³⁸⁸ Instituída pela lei de 2 de Fevereiro de 1995, embora tenha sido a lei sobre "democracia de proximidade" (hoje incluída no Código do Ambiente, nos artigos L. 121-1 a L. 121-15) a reconhecer-lhe expressamente o estatuto de autoridade administrativa independente. Cfr. também o Decreto n.º 2002-127, de 22 de Outubro.

³⁸⁹ Esta autoridade foi criada pela Lei n.º 99.588, de 12 de Julho de 1999, constando hoje as disposições que a regulam do *Code d'aviation civile*, art. L. 227-1 a 9.

administrativos e no domínio individual e concreto num conjunto de actos administrativos típicos, em especial as autorizações, as ordens de polícia e as sanções administrativas e, ainda, as actividades jurídicas e materiais de vigilância, controlo e fiscalização. Ora, são esses instrumentos ou formas de acção tradicionais da polícia administrativa que desempenharam o papel central na disciplina e prevenção dos comportamentos com efeitos ambientais na primeira geração do direito ambiental.

Partindo sempre do pressuposto indiscutível da prioridade do direito administrativo na disciplina jurídica do ambiente, dissemos na conclusão do capítulo precedente que o elenco dos principais actos de polícia insinuava logo a sua adaptabilidade ao direito ambiental, nos seus primeiros passos. Tanto em relação à dimensão negativa da actividade respectiva, de protecção do interesse público ambiental e das posições jurídicas subjectivas relacionadas com este novo bem jurídico, como no que toca à promoção positiva desses interesse e direitos.

Referimo-nos a instrumentos jurídico-administrativos específicos, mediatizados pela Administração, ficando fora da nossa consideração todos os deveres, proibições, interdições, imposições e outros tipos de vínculos que resultam directamente de normas legais materialmente administrativas e de regulamentos, já por nós sumariamente tratados³⁹⁰.

No ponto a cujo estudo procederemos agora pretendemos confirmar aquela adaptação e a forma como os instrumentos do direito administrativo de ordenação se converteram nos instrumentos ou formas de acção fulcrais da primeira geração do direito do ambiente.

2.4.1. Enquadramento

Tomando sempre por referência as ordens jurídicas que temos vindo a estudar, faz-se sentir nelas o que acabámos de dizer, isto é, a utilização dos instrumentos tradicionais do direito administrativo de ordenação colocada ao serviço dos objectivos de combate, primeiro, e prevenção, depois, da poluição e de outros perigos para o ambiente: não só o protagonismo dos meios tradicionais do direito de polícia administrativa mas também uma utilização massiva de instrumentos de *comando directo* dos comportamentos na ordenação do ambiente. O direito da ordenação, como vimos, centrou-se num direito de defesa e prevenção de perigos, o que vai servir de forma notável a teleologia específica do direito do ambiente, que evoluiu para um marcado protagonismo das ideias de prevenção. Apesar da artificialidade de muitas das arrumações e classificações que vamos efectuar, pois há um enorme imbricamento entre as diversas categorias ou tipos de instrumentos que autonomizaremos, essa panóplia de instrumentos e técnicas de limitação, ordenação e sancionamento das condutas relevantes do ponto de vista ambiental tem o pano de fundo comum dado pelos meios tradicionais da polícia administrativa e do direito de ordenação. Os instrumentos de comando de que nos vamos ocupar podem também ser designados como *instrumentos imperativos*, precisamente por corresponderem ao *modus* de ordem ou de comando³⁹¹.

Uma das principais razões para a sua preferência, na fase de nascimento e afirmação do direito do ambiente, tem a ver com a clareza, certeza e segurança que revelam, apre-

³⁹⁰ Cfr. *supra*, 2.2.

³⁹¹ Como mostra HANS D. JARASS: "Bemerkenswertes aus Karlsruhe: Kooperation im Immissionschutzrecht und vergleichende Analyse von Umweltschutzinstrumenten", *UPR*, 1/2001, pp. 5-10 (p. 8).

sentando-se como a forma por excelência de concretização das tarefas públicas de tutela ambiental.

O extraordinário peso assumido pelas exigências de prevenção, à medida que se foi afirmando o direito do ambiente, com a autonomização do *princípio preventivo* ou *da prevenção* como princípio fundamental do direito do ambiente, se por um lado acentuou a importância dos meios ou instrumentos do direito de polícia ou de ordenação, por outro conferiu-lhes um cunho específico e uma tonalidade muito própria neste campo³⁹². No direito brasileiro esta articulação é também notável: a doutrina e a legislação reconheceram, tendo por base as exigências preventivas do direito ambiental, que os instrumentos de tutela ambiental previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, tinham de se fundar, antes de mais, no princípio da prevenção³⁹³.

Quanto à Alemanha, vimos já como o direito público do ambiente da primeira geração se centrou na adaptação às especificidades da teleologia ambiental dos instrumentos de comando directo do comportamento, reportados às formas de acção clássicas do direito administrativo de ordenação. Ainda que alguma doutrina — confirmando aquilo que dissemos sobre a artificialidade ou, pelo menos, o carácter relativo de algumas das arrumações e classificações aqui feitas — autonomize outro ou outros tipos, como os *instrumentos de organização das empresas*, cuja sistematização separada permite salientar o enorme peso e importância que as exigências do direito ambiental alemão representam para as empresas, conduzindo mesmo a que se fale de um “direito ambiental das empresas”³⁹⁴.

³⁹² Cfr. PAOLLO DELL'ANNO, “Strumenti...”, cit., pp. 215-223: o Autor procede a uma análise do *conceito de prevenção*, chamando a atenção para o facto de ele ter sido relacionado pela doutrina administrativa, desde o início do século XX, com as finalidades da polícia, tanto da administrativa como da de segurança, fazendo a distinção entre *prevenção negativa* (ligada a finalidades de polícia de segurança e antes de mais dirigida a impedir ou limitar danos), *prevenção positiva* (com objectivos que vão desde a polícia administrativa até intervenções de protecção social e orientada para a adopção de medidas de “precaução activa”) e *prevenção/previsão* (relacionada com as actividades da protecção civil e pretendendo levar a cabo um “aviso prévio”), salientando ainda que a tutela do ambiente, entendida pela lei de reforma sanitária de 1978 (Lei n.º 833/1978) como a “identificação e limitação das causas de poluição da atmosfera, das águas e do solo” constitui um outro perfil da prevenção.

No referido estudo, a propósito dos *instrumentos de ordenação para a prevenção da poluição*, o Autor apresenta (pp. 223-228) sete *categorias de instrumentos jurídicos* em que estão presentes *finalidades preventivas* e *previsionais*, a esmagadora maioria dos quais são reconduzíveis a meios ou institutos tradicionais do direito de polícia ou do direito da ordenação: a *planificação*, o *zonamento*, os *standards* ambientais, a *classificação das actividades poluentes*, os *procedimentos autorizativos*, os *seguros* e a *responsabilidade objectiva* e, por último, a AIA.

³⁹³ A importância do *princípio da prevenção* na tutela ambiental tem-se feito sentir tanto ao nível constitucional e legal, como doutrinário. Quanto ao primeiro, depois da determinação, em 1981, na Lei da PNMA, como primeiro dos objectivos desta política, o da “*preservação*, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2.º; itálico nosso), a CF veio prescrever, 7 anos mais tarde, o dever do poder público e da colectividade de defender e *preservar* o ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225.º, *caput*), determinando para o poder público a incumbência, para assegurar a efectividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de “*preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais*” (inciso I do § 1.º do mesmo artigo; itálico nosso).

A doutrina, para além de sublinhar o exercício dos poderes de *polícia ambiental* em termos preventivos (cfr., por todos, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, “Sanções administrativas e meio ambiente”, in: ANTONIO HERMAN V. BENJAMIM (coord.), *Dano Ambiental...*, cit., pp. 346-359, p. 352), tem-se ocupado de explicar e densificar o sentido do princípio da prevenção: entre outros, cfr. PAULO LEME MACHADO, “Princípios Gerais...”, cit., pp. 397-400; e WELBER BARRAL/GUSTAVO ASSED FERREIRA, os quais consideram conjuntamente as dimensões de prevenção e precaução, ambas dissolvidas num “princípio da precaução e da atuação preventiva” (“Direito Ambiental...”, cit., p. 28).

³⁹⁴ É isso que faz MICHAEL KLOEPFER quando destaca, nos *instrumentos do direito do ambiente*, uma categoria formada pelos “Instrumentos de Organização das Empresas” (*Umweltrecht*, cit., pp. 372-397); do mesmo Autor

Em relação à França, é de notar que diferentes autores gauleses, mesmo em obras mais recentes, continuam com bastante assiduidade a subsumir muitos dos instrumentos de ordenação e regulamentação do ambiente na categoria genérica da *polícia administrativa*. No entanto, alguns desses institutos e instrumentos vão ser por nós tratados de forma autónoma, razão pela qual nos limitaremos aqui a uma consideração genérica dos poderes de polícia administrativa, em especial para salientar a multiplicação das “polícias especiais” em sede de protecção ambiental³⁹⁵.

O caminho seguido em França começou por ser o de “forçar” os limites do tradicional conceito de *polícia administrativa* com base num alargamento da finalidade de *ordem pública geral*. Em face da sua insuficiência, optou-se em seguida pela criação de inúmeras *polícias especiais* de protecção ambiental nos mais diversos âmbitos, umas atribuídas a autoridades estaduais (polícia das *instalações classificadas para a protecção do ambiente*, polícia da *água*, polícia das *pedreiras*, etc.), outras partilhadas por autoridades estaduais e descentralizadas (polícia do *urbanismo*, polícia *sanitária*, polícia dos *resíduos*, etc.) e outras ainda sob a alçada do *maire* (por exemplo a polícia marítima)³⁹⁶.

Por último, também ao nível dos instrumentos de ordenação pública do ambiente o Brasil revela um abundante e rico quadro normativo — que não desmente as inúmeras dificuldades quanto à sua execução e cumprimento —, traduzido numa panóplia de meios de tutela ambiental, alguns dos quais bastante inovadores e audaciosos, sobretudo por se tratar ainda da fase de primeira geração do direito ambiental³⁹⁷.

Existe no ordenamento jurídico-legal brasileiro um preceito chave a propósito dos *instrumentos de regulação jurídico-pública do ambiente*: o art. 9.º da Lei da PNMA que contém os “instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”, enumerados nos seus 9 incisos. São eles o “estabelecimento de padrões de qualidade ambiental”, a “avaliação de impactos ambientais”, o “licenciamento e a revisão de actividades efectiva ou potencialmente poluidoras”, os “incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de

e na mesma linha, fazendo a mesma autonomização no mesmo âmbito, cf. “Umweltrecht”, cit., pp. 407-410; no mesmo sentido, *vide*, por último, HEINZ-JOACHIM PETERS (*Umweltrecht*, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010), que analisa, no âmbito dos princípios jurídico-administrativos de comando directo do comportamento, as formas de auto-gestão (pp. 77-82), onde estuda os mandatários de protecção ambiental das empresas e as auditorias ambientais. Os mandatários são novamente referenciados ao nível do direito de protecção da atmosfera (p. 221 e seg.) enquanto “medidas internas da auto-gestão”.

³⁹⁵ Cfr. INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, cit., que dedica um capítulo da sua obra à “polícia administrativa”, analisando, entre outros aspectos, as consequências da especialização dos poderes da polícia administrativa; também MICHEL PRIEUR (*Droit de l'environnement*, cit., pp. 481-484), a propósito dos “instrumentos gerais de luta contra as poluições”, estuda os “instrumentos clássicos”, sendo o da *polícia municipal* aquele que surge em primeiro lugar.

³⁹⁶ Sobre este movimento de alargamento das finalidades da polícia administrativa geral à tutela ambiental, em face das potencialidades demonstradas pela ordem pública geral — e a sua possível conversão em *ordem pública ecológica* — e o posterior surgimento e multiplicação das polícias administrativas especiais do ambiente, as suas consequências e dificuldades, cfr. INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, cit., p. 171 e segs., que seguimos no essencial em texto.

³⁹⁷ Com efeito, existem nos primeiros anos do movimento de tutela política e jurídica do ambiente no Brasil instrumentos que já não reúnem as características típicas do modelo de comando e controlo ou do direito administrativo de ordenação, fazendo parte, na maioria dos ordenamentos jurídicos, daquilo que a doutrina designa e nós designaremos também por “direito ambiental de segunda geração”.

tecnologia”, a “criação de reservas e estações ecológicas, áreas de protecção ambiental e as de relevante interesse ecológico”, o “sistema nacional de informações sobre o meio ambiente”, o “Cadastro Técnico Federal de Actividades e Instrumentos de Defesa Ambiental” e as “penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correcção da degradação ambiental”.

Uma última nota de enquadramento tem a ver com a base legal dos instrumentos e meios de acção que vamos analisar: com a progressiva juridificação da tutela do ambiente e a verdadeira poluição normativa que se enraizou neste domínio, cada vez mais as bases legais específicas passaram a dar o sustento concreto a esses instrumentos, formas de acção e medidas, não sendo na maior parte dos casos necessário recorrer a cláusulas gerais. A *cláusula geral do direito de polícia* alemã permitia — também no direito administrativo de ordenação ambiental — a prática de actos, medidas e instrumentos diversos, no caso de existirem *perigos* concretos para os bens jurídicos protegidos (em geral *a segurança* e a *ordem pública*, abrangendo porventura a “ordem pública ecológica”) mesmo na ausência de uma base legal específica para o efeito. O desenvolvimento de bases legais específicas reduziu o papel das cláusulas gerais também ao nível dos instrumentos, “cortando” ou afastando essa cláusula geral em face do carácter finalístico do direito ambiental, resultante da orientação das suas normas e dos seus instrumentos e meios para a *defesa* e *promoção do ambiente*.

2.4.2. Instrumentos de planeamento ou planificação

Começamos pelos instrumentos de planeamento, planificação ou programação administrativa na medida em que eles ainda partilham, de certa forma, as características dos instrumentos normativos, uma vez que têm em princípio pelo menos uma das notas dos expedientes normativos, a generalidade ou a abstracção³⁹⁸. Mesmo sem pretendermos embrenhar-nos na *planificação económica* em sentido amplo³⁹⁹, não podemos ignorar que o

³⁹⁸ O problema tem sido maioritariamente tratado na doutrina em relação ao planeamento urbanístico e do ordenamento do território. Como veremos mais desenvolvidamente quando tratarmos os instrumentos de planeamento territorial no direito português (cfr. *infra*, 4.5.2.), a maioria da doutrina inclina-se hoje no sentido de defender a natureza normativa da parte regulamentar dos planos urbanísticos com eficácia plurisubjectiva, isto é, susceptíveis de afectar directa e imediatamente a esfera jurídica dos proprietários do solo (seja qualificando-os materialmente como *regulamentos administrativos*, seja considerando-os actos administrativos *gerais*, com conteúdo normativo, preceptivo ou conformativo) em face do carácter de *inovação jurídica* que eles apresentam. A questão tem sido tratada em Portugal por Alves Correia, que há muito defende tal posição, como veremos nesse local da dissertação.

Em Espanha, o Tribunal Constitucional declarou, de forma expressa, o carácter normativo tanto dos planos de ordenamento dos recursos naturais como dos planos directores de uso e gestão, qualificando-os como *instrumentos normativos* e acrescentando: “Trata-se de normas sobre normas que estabelecem a conexão entre elas em função do princípio da especialidade ou, se se prefere, sectoriais, sem incidência alguma no sistema de fontes nem no princípio da hierarquia normativa estabelecido constitucionalmente como um elemento da legalidade”.

³⁹⁹ De acordo com GIANNINI (cfr. “L’Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo” in: G. SANTANIELLO (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, 1988, pp. 135-138), a *planificação económica* teve origem nos Estados socialistas, uma vez que se traduzia em *instrumentos para a direcção pública da economia*, tendo-se discutido nos anos trinta e seguintes do século xx se deviam ou não ser adoptados no que designa por “Estados pluriclasse”, por contraposição aos Estados monoclasse ou socialistas, onde enfrentavam dificuldades jurídicas e, sobretudo, institucionais (a aplicação de um plano económico nacional exige o contributo de inúmeras organiza-

planeamento e a planificação se reportam a um *processo de racionalização* que se pode referir a todas as actuações pelas quais os poderes públicos identificam os objectivos que pretendem atingir num determinado âmbito, fixando os meios para a sua obtenção, através do estabelecimento de um programa de acção em que se integrem e coordenem todas as actuações⁴⁰⁰.

Centrando-nos na *programação ambiental* propriamente dita, ela é considerada por alguns autores “não só a mais significativa expressão dos poderes públicos no governo do ambiente, mas também o terreno mais idóneo para enfrentar essa problemática”⁴⁰¹. O nosso objecto será aqui a programação ambiental, abrangendo os programas de acção comunitários, mas orientada sobretudo para meios ou instrumentos de *planeamento* ou *planificação*, seja em termos ambientais específicos, seja no que tange à inserção da componente ambiental ou de preocupações ambientais noutros tipos de planos públicos, em especial urbanísticos e de ordenamento do território.

Os planos podem aqui ser entendidos como decisões gerais dos poderes públicos que fixam objectivos a obter em períodos de tempo mais ou menos longos, com a finalidade de *racionalizar* a actividade dos poderes públicos⁴⁰².

A integração da planificação ambiental na primeira geração do direito do ambiente deve ser entendida com algum cuidado, uma vez que ela se tem projectado para o direito ambiental de segunda geração, com novas dimensões — em especial a da protecção ambiental integrada e supra-sectorial acolhida nos programas de acção europeus e diversas directivas de finais do século XX e inícios do século XXI⁴⁰³ — levando mesmo a doutrina alemã a falar num *renascimento do planeamento ambiental*⁴⁰⁴.

Em rigor, o planeamento ou planificação ambiental não constitui um instrumento de comando directo do comportamento, como acontece com os que vamos estudar ao longo do elenco abordado neste ponto da dissertação. No entanto, a sua inserção neste local do

ções centrais e periféricas, com recursos adequados, por forma a dirigirem e controlarem as empresas); o que não invalidou a adopção de alguns, nomeadamente nos EUA e na própria Itália, com a *Cassa per il Mezzogiorno*. Todavia, na mesma obra (cfr. “Guardando il futuro”, pp. 139-142), ao mencionar as fraquezas do Estado pluriclasse no que se refere ao facto de o seu pluralismo ser limitado, salienta “dois correctivos introduzidos na experiência recente” deste tipo de Estados, entre os quais “a extensão ao máximo possível da técnica da planificação” (p. 140).

⁴⁰⁰ Cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 368 e segs.

⁴⁰¹ PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 142.

⁴⁰² Cfr. MIGUEL SANCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 626.

⁴⁰³ Acima de todas, a directiva consagradora da estratégia PCIP (Directiva n.º 96/61/CE, do Conselho, de 24 de Setembro de 1996), mas também por exemplo na directiva-quadro das águas (Directiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água) e nas directivas da qualidade do ar (Directiva n.º 96/62/CE, do Conselho, de 27 de Setembro de 1996, relativa à avaliação e gestão da qualidade do ar ambiente) e da AIA estratégica (Directiva n.º 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente).

⁴⁰⁴ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 93. É aqui relevante o estudo de WOLFGANG KÖCK, “Perspektiven integrierter Umweltplanung aus rechtlicher Sicht”, UPR 9/2002, pp. 321-326 que se mostra crítico em relação aos meios de planeamento no direito alemão ao tempo vigente, mas salienta os méritos da abordagem comunitária e também da proposta do “Projecto dos Professores” para um Código do Ambiente (KLOEPFER/REHBI-NDER/SCHMIDT-ABMANN/KUNIG, *Umweltgesetzbuch — Allgemeiner Teil*, UBA-Berichte 7/90).

nosso estudo justifica-se plenamente, em nosso entender, por estar ainda em jogo um *comando do comportamento* que, neste caso, é *orientado a fins*⁴⁰⁵, razão pela qual a doutrina alemã o considera o mais importante elemento da *conformação ambiental de precaução*⁴⁰⁶. O relevo da actividade de planificação num direito em que o *princípio da prevenção* constitui uma das suas regras fundamentais é patente, ainda mais se a articularmos com a gestão e a coordenação das actividades susceptíveis de prevenir danos ambientais e ecológicos. Mas podemos ir mais longe: como vimos no Capítulo I, a evolução do direito de ordenação deu-se no sentido da passagem de um direito de (mera) defesa de perigos para outro onde passaram a estar em causa objectivos mais vastos de *precaução de riscos*, coadunando-se melhor o respectivo princípio da precaução e a complexidade e as incertezas que ele pressupõe com projectos racionais e sistemáticos, como os instrumentos planificadores, do que com decisões individuais e concretas⁴⁰⁷.

No que toca à sua autoria ou, melhor, à sua responsabilidade, a planificação abrange formas de *programação imperativa* (visam submeter a um regime autoritário o sistema de produção, circulação jurídica e uso do bem, reforçando o papel condutor do Estado na actividade económica) e de *programação negociada* (envolvimento activo das entidades públicas, dos diversos operadores e, por vezes, mesmo dos interessados no sector económico em apreço, sendo um modelo muito mais flexível e participado). Apesar do caminho de crescente liberalização económica e social, somos informados por diversos autores italianos⁴⁰⁸ da prevalência da programação autoritária no sector ambiental e da marginalidade da programação negociada. As vantagens da programação como técnica de produção ambiental continuam a ser inegáveis, particularmente pela circunstância de permitir a *articulação da protecção ambiental com outros interesses públicos e privados* que também se fazem sentir sobre o território e os recursos naturais, em especial o desenvolvimento urbanístico e económico, as comunicações ou a defesa nacional, permitindo assegurar a convergência das diferentes acções públicas e privadas no sentido da optimização dos diversos objectivos e interesses concorrentes. Convergência que se revela imprescindível para mitigar o meio ambiente com o desenvolvimento económico, condição necessária para assegurar o *desenvolvimento sustentável* e, ainda, para garantir às actuações públicas de protecção ambiental uma certa estabilidade, permitindo seguir linhas de actuação duradouras e adequadas aos recursos naturais e aos processos biológicos objecto de protecção⁴⁰⁹.

Apesar de a doutrina salientar as inúmeras vantagens que poderiam resultar da *planificação conjunta da protecção ambiental* e, como sua concretização, de um *plano ambiental global*, tal não tem sido possível na esmagadora maioria dos ordenamentos e a tutela am-

⁴⁰⁵ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., que, a propósito do “comando de comportamentos ambientalmente relevantes” separam o “comando directo do comportamento” (pp. 64-92) do “comando do comportamento orientado a fins através do planeamento” (pp. 92-100), entre outras formas de regulação de tal tipo de comportamentos.

⁴⁰⁶ Cfr., por todos, KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 225.

⁴⁰⁷ Sobre a ligação do princípio da precaução a objectivos de planeamento e de prevenção, cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Umweltrecht”, cit., p. 371.

⁴⁰⁸ Cfr., por todos, DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 150 e segs. (especialmente p. 155).

⁴⁰⁹ Cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 368 e segs.

biental tem sido levada a cabo, no essencial, por intermédio de *planos especiais*⁴¹⁰.

A grande maioria dos *planos específicos de protecção ambiental* consta de disposições legais, sendo isso que acontece, na Alemanha, com os planos de paisagem do direito da protecção da natureza (§§ 5 e segs. da BNatSchG), com os *planos de gestão dos resíduos* (§ 29 KrW-/AbfG), com inúmeros planos previstos no direito de protecção das águas (por exemplo no actual § 19 da WHG) e, ao nível do direito de protecção da atmosfera, com a *fixação de áreas ameaçadas* (§ 44 da BImSchG) e através dos *planos de luta contra a poluição atmosférica* (§ 47 da mesma lei) e dos *planos de diminuição do ruído* (§ 47 D)⁴¹¹ — entre outros preceitos da BImSchG referidos ao planeamento, com realce para o princípio geral de planeamento do § 50. No direito alemão não pode ser olvidada a importância que a planificação ambiental assumiu no Projecto de Código do Ambiente (Parte Geral) elaborado por alguns dos mais reputados professores universitários alemães no domínio do direito do ambiente⁴¹²: de acordo com a opinião de Werner Hoppe um dos capítulos mais interessantes deste Projecto era o III, sobre “planificação ambiental”, segmento com o qual se ambicionava agrupar e desenvolver na maior medida possível as planificações ambientais sectoriais

⁴¹⁰ Sobre as “perspectivas de um planeamento ambiental integrado”, cfr. SPARWASSER/ENGEL/ VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 99, pondo em evidência um dos pontos críticos desta matéria, precisamente a ausência de um planeamento ambiental alargado consistente.

⁴¹¹ Em especial quanto aos *planos de luta contra a poluição atmosférica* cfr., entre outros, MARTIN WICKEL, que nos informa sobre a circunstância de tais planos deverem conter, ao nível da *obrigação de protecção*, medidas de saneamento concretas para as instalações existentes, as quais deverão ser *directamente eficazes* contra o operador, sem necessidade de actos administrativos de execução: cfr. MARTIN WICKEL, *Bestandschutz im Umweltrecht — Entwicklung einer einheitlichen Bestandsschutzkonzeption für genehmigte Anlagen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 330 e seg. KLOEPFER, pelo seu lado (*Umweltrecht*, cit., p. 1338 e seg.), distingue as situações em que a sua determinação é *obrigatória* (quando as margens de tolerância dos valores limite de imissão são ultrapassados) ou simplesmente *facultativa* (quando existem indícios de que tais margens possam ser ultrapassadas ou quando sejam de esperar outras poluições na área em questão). RÜDIGER BREUER também trata o tema (cfr. “Umweltschutzrecht”, cit., pp. 741-743), destacando a configuração dos planos de luta contra a poluição atmosférica como planos de saneamento numa área de análise, bem como os objectivos de precaução que eles podem consagrar. Por último, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 792 e segs., mostram-se críticos em relação ao facto de, na prática, tais planos não terem grande eficácia, limitando-se praticamente os preceitos dos §§ 47 e 47 A a disposições de competência.

Sobre as relações entre estes planos e os *valores de imissão* determinados no 22. BImSchV cfr. ECKARD REHBINDER, “Zur Entwicklung des Luftqualitätsrechts”, *N+R*, 27. Jahrgang, Heft 8, August 2005, pp. 493-498 — mostrando-nos a diferente natureza dos planos previstos no n.º 1 do § 47 (planos que visam o cumprimento de valores de imissão duradouros e de longo prazo) e no n.º 2 (*planos de acção* de curto prazo determinados quando os valores de imissão ou de alarme são ultrapassados ou quando existe o perigo de um outro excesso).

⁴¹² Projecto normalmente designado como “Projecto dos Professores” (*Professorenentwurf*), apresentado em 1990, depois de trabalhos preparatórios muito aprofundados desenvolvidos pelos Professores Michael Kloepper (de Trier), Eckard Reh binder (Frankfurt a. Main), Eberhard Schmidt-Abmann (Heidelberg) e Philipp Kunig (Berlin), como resultado de um projecto de investigação elaborado para o Ministro Federal do Ambiente, Protecção da Natureza e Segurança Nuclear, representado pelo Presidente da Agência Federal para o Meio Ambiente. Pretendia-se com este Código proceder a uma harmonização global do direito ambiental, superando a dispersão normativa e levando a cabo o agrupamento sistemático dos inúmeros preceitos dispersos, mas também uma desregulação, através da supressão de exigências e regulações paralelas e repetidas e uma harmonização externa deste direito, através da conformação unitária do direito procedimental ambiental. Cfr. KLOEPFER/REHBINDER/SCHMIDT-ABMANN/KUNIG, *Umweltgesetzbuch — Allgemeiner Teil*, Entwurf; Ergebnis des F + E Vorhabens “Detailstrukturen des Allgemeinen Umweltverwaltungsrecht”, April 1988 — April 1990. A apresentação pormenorizada deste projecto pode ser consultada em KLOEPFER/KUNIG/REHBINDER/SCHMIDT-ABMANN, “Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-AT)”, *DVBL*, 106. Jahrgang, Heft 7, 1991, pp. 339-346.

de protecção do ambiente, regulamentando-se a “planificação directiva” e também a “planificação de melhoria e os programas ambientais” e, ainda, as “condições ambientais dos planos públicos”⁴¹³. A valoração doutrinal deste Capítulo terá sido, ainda de acordo com Werner Hoppe, bastante positiva, destacando o Autor o facto de ele ser bastante realista, ao afastar os modelos de planos globais, os chamados modelos holísticos de planificação ambiental.

Voltando a uma análise mais genérica, para além da verificação da quase impossibilidade de instituir planos ambientais gerais ou globais, muitas vezes a questão é mesmo anterior a essa, não se conseguindo sequer estabelecer uma planificação ambiental específica guiada por finalidades de *protecção* e de *gestão* ambiental, alcançando-se apenas a integração do ambiente ou a sua tomada em conta nos diferentes planos adoptados pelos poderes públicos, nomeadamente nos respeitantes ao desenvolvimento económico, ao urbanismo e ao ordenamento do território. Como assinala a este respeito Otto Schlichter⁴¹⁴, existe uma regra de *ponderação no direito do ambiente* que determina a sua tomada em consideração não apenas ao nível do planeamento especial mas também no *planeamento espacial* orientado transversalmente (ao nível do direito do ordenamento do território, do planeamento regional e do planeamento da construção) “uma vez que cada utilização da superfície é ambientalmente relevante, cada transformação das superfícies conduz a efeitos ambientais positivos ou negativos”⁴¹⁵.

Esta realidade é muito visível no direito francês onde, se por um lado a integração das preocupações ambientais noutros planos se iniciou bastante cedo, por outro o planeamento ambiental sectorial ou específico demorou a concretizar-se: a já diversas vezes citada Lei n.º 76-629 (protecção da natureza) impôs muito precocemente a integração das preocupações ambientais nos *planos urbanísticos*, ao determinar no n.º 2 do seu art. 2.º que “os documentos de urbanismo devem respeitar as preocupações ambientais”. Mas, para além de nunca se ter imposto uma planificação ambiental global⁴¹⁶, a planificação sectorial dos diversos componentes ambientais só parece ter ganho força especial a partir de 1992.

Fazendo agora um percurso sobre os planos ambientais específicos — isto é, a planificação sectorial dos diferentes componentes ambientais — da primeira geração do direito

⁴¹³ Cfr. WERNER HOPPE, “La planificación directiva medioambiental en el proyecto de Código de Medio Ambiente (Parte Geral)”, *DocA*, n.º 235-236, 1993, pp. 249-274 (pp. 249-252).

⁴¹⁴ Cfr. “Abwägung”, in: *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Herausgegeben von OTTO KIMMINICH/HEINRICH FREIHERR VON LERSNER/PETER-CHRISTOPH STORM, Erich Schmidt Verlag, 2., überarbeitete Auflage, I. Band, pp. 49-58 (p. 49 e seg.).

⁴¹⁵ Este Autor faz uma análise curiosa, distinguindo entre planos que, por princípio, são *prejudiciais para o ambiente* (por exemplo o planeamento de estradas, de aeroportos, de canais aquáticos, de caminhos de ferro), planos ambientais especiais (como os já citados planos da Lei Federal da Protecção da Natureza) e planos que, apesar de serem úteis para o ambiente, trazem simultaneamente consigo efeitos ambientais negativos (caso dos *planos de eliminação de resíduos*, que asseguram, no interesse do ambiente, uma eliminação planeada de resíduos, mas que por vezes também sobrecarregam o ambiente, por exemplo ao determinarem uma paisagem com resíduos): cfr. OTTO SCHLICHTER, *ob. ult. cit.*, p. 50.

⁴¹⁶ O direito do ambiente francês de primeira geração sempre privilegiou a abordagem sectorial dos problemas, limitando-se os planos ambientais a tratar um problema específico, em princípio correspondente a um componente ambiental. Neste sentido, cfr. YVES JEGOUZO, “Les plans de protection et de gestion de l’environnement”, *AJDA*, n.º 9/1994, pp. 607-616 (p. 609). Em contraposição, e segundo o mesmo Autor (*ob. cit.*, p. 608), a partir de 1992 assiste-se a uma verdadeira proliferação dos planos ambientais sectoriais.

do ambiente, para além dos já referidos a propósito do direito alemão, vejamos o que há a dizer sobre o direito francês, espanhol, italiano e brasileiro.

No direito francês, dentro da assinalada preferência por planos sectoriais, foi criada a partir de 1992 uma miríade de planos, dos quais poderemos citar alguns dos mais significativos: os estabelecidos no quadro das grandes bacias fluviais ou das sub-bacias que constituem uma unidade hidrográfica⁴¹⁷; inúmeros instrumentos de planificação orientados para a protecção da paisagem e do património cultural, sobretudo com base na Lei n.º 93-24, de 8 de Janeiro de 1993, sobre protecção e valorização da paisagem e do Decreto n.º 94-283, de 11 de Abril de 1994; e, ainda, em matéria de resíduos, com a instituição dos *plans départementaux* ou *interdépartementaux d'élimination des déchets industriels* e de planos nacionais de tratamentos de outros resíduos, tendo por base a Lei n.º 92-646, de 13 de Julho de 1992⁴¹⁸.

Em Espanha é visível a extensão e profundidade da planificação ambiental sectorial, em conformidade com o facto de a própria organização do Ministério do Ambiente compreender diversos órgãos consultivos com *competências de planificação*⁴¹⁹: o *Consejo Asesor de Medio Ambiente* (CAMA), criado pelo Real Decreto n.º 224/1994, de 14 de Fevereiro, sendo hoje regulado pelo Real Decreto n.º 2355/2004, de 23 de Dezembro (alterado pela Lei n.º 27/2006, de 18 de Julho); o *Consejo Nacional del Clima* (Real Decreto n.º 1188/2001, de 2 de Novembro); o *Consejo Nacional del Agua*; e o *Consejo Nacional de Bosques*. Boa parte da actividade destes órgãos consultivos concretiza-se na elaboração e no controlo de instrumentos de planificação ambiental.

Quanto à *planificação ambiental sectorial* no direito espanhol a *planificação dos recursos naturais* ou *planificação ecológica* goza de prevalência sobre a planificação urbanística, tendo sido considerada pelo Tribunal Constitucional espanhol como “um limite para quaisquer outros instrumentos de ordenação territorial ou física”⁴²⁰.

⁴¹⁷ No primeiro caso por intermédio dos SDAGE (“schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux”), elaborados pelos comités de bacia, fixando as orientações fundamentais de uma gestão equilibrada dos recursos aquáticos, bem como os objectivos de qualidade e quantidade; no segundo através dos SAGE (“schémas d'aménagement et de gestion des eaux”), que actuam ao nível da sub-bacia. Sobre eles cfr. o art. 5.º da Lei n.º 92-3, de 3 de Janeiro de 1992 e o Decreto n.º 92-1042, de 24 de Setembro de 1992 e, na doutrina, FRANÇOISE BILLAUDOT, “La planification des ressources en eau”, *RFDA*, 1993, pp. 1152-1165 (pp. 1156-1162).

⁴¹⁸ Ao nível dos resíduos, além dos planos nacionais mencionados no texto, existem hoje, nas regiões, o *Plan regional ou interrégional d'élimination des déchets industriels spéciaux* (PREDIS) e, no âmbito departamental, o *Plan départemental ou interdépartemental d'élimination des déchets ménagers et assimilés* (PEDMA). Sobre eles cfr., respectivamente, o art. L. 541-13 e L. 541-14 do CENV.

Uma arrumação sintética mas bastante clara dos diversos instrumentos de planificação que se encontram nos vários ramos de direito especial do ambiente pode ser vista em CATHERINE ROCHE, CATHERINE ROCHE, *L'essentiel du Droit de l'Environnement*, Gualino éditeur, 2^e édition, 2006, a propósito da protecção da *biodiversidade* (por intermédio da Rede Natura 2000 — pp. 40-42), dos *parques e das reservas naturais* (pp. 65-73), do direito das instalações classificadas e dos grandes riscos industriais (através dos *planos de prevenção de riscos tecnológicos* — p. 81), dos planos nacionais, regionais e departamentais de *eliminação de resíduos* (p. 85 e seg.), da *planificação dos recursos hídricos* (pp. 104-106) e dos instrumentos de luta contra a *poluição atmosférica* (pp. 117-120).

⁴¹⁹ Usando esta exacta terminologia, cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 130.

⁴²⁰ De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional espanhol 102/1995 (Pleno), de 26 de Dezembro. Num outro aresto (Sentença 306/2000, de 12 de Dezembro), considerou este Tribunal que “a posição supra-ordenada dos Planos de Ordenamento dos Recursos Naturais em relação a outros instrumentos de ordenamento territorial ou físico (...) é a consequência lógica da finalidade ambiental que servem”.

Centrando-nos antes de mais na planificação estadual, embora quando tal seja pertinente juntemos instrumentos de planeamento oriundos de outros estratos ou níveis da organização administrativa espanhola, em especial da administração autonómica, começemos pela referência àquele que foi, durante muito tempo, o diploma fundamental neste âmbito: a Lei de Conservação dos Espaços Naturais e da Flora e Fauna Silvestre (LCEN)⁴²¹. Todavia, esta lei foi sendo parcialmente descaracterizada em virtude das sucessivas pronúncias do TC espanhol, tendo-se optado pela sua substituição pela Lei n.º 5/2007, de 3 de Abril, sobre a *Rede de Parques Nacionais* (abreviadamente conhecida por LRPN) substituição que, no entanto, foi apenas parcial, pois a LRPN só revoga parcialmente a sua antecessora⁴²².

Nestes diplomas destacam-se os diversos tipos de *espacios naturales protegidos*: os *Parques*, definidos pelo art. 13.º da LCEN como “áreas naturais, pouco transformadas pela exploração ou ocupação humana que, em razão da beleza das suas paisagens, da representatividade dos seus ecossistemas ou da singularidade da sua flora, da sua fauna ou das suas formações geomorfológicas, possuem valores ecológicos, estéticos, educativos e científicos cuja conservação merece uma atenção preferencial” — dentro dos quais surge a categoria dos *Parques Nacionais*, especificamente sujeita à LRPN, tendo sido criada mais de uma dezena de parques nacionais, os quais formam uma rede⁴²³; as *Reservas Naturais*, definidas pela LCEN (art. 14.º, n.º 1) como “espacios naturales cuja criação tem como finalidade a protecção de ecossistemas, comunidades ou elementos biológicos que, pela sua raridade, fragilidade, importância ou singularidade merecem uma valoração especial”, estando submetidas a um regime mais estrito do que o dos parques; os *Monumentos Naturais*, cujo conteúdo é delimitado pela mesma lei (art. 16.º) como os “espacios ou elementos da natureza constituídos basicamente por formações de notória singularidade, raridade ou beleza, que merecem ser objecto de uma protecção especial”; e, por último, as *Paisagens Protegidas*, “aqueles lugares concretos do meio natural que, pelos seus valores estéticos e culturais, sejam merecedores de uma protecção especial” (art. 17.º).

Mas este ponto do nosso estudo não é dirigido para os espaços naturais protegidos mas antes para os instrumentos de planeamento responsáveis pela sua ordenação. Entre eles podemos mencionar as *directrices para o ordenamento dos recursos naturais* que, de acordo com o art. 8.º da LCEN, são aprovados pelo Governo por via regulamentar, ocupando uma posição no topo da pirâmide normativa dos instrumentos de planificação, o que implica que os planos de ordenamento dos recursos naturais aprovados pelas Comunidades Autó-

A planificação dos recursos naturais levada a cabo pela LCEN constitui o instrumento central da política espanhola de protecção dos espaços naturais, tendo sido qualificada pelo respectivo TC como “*planificación ecológica*”, na mesma Sentença 102/1995.

⁴²¹ Lei n.º 4/1989, de 27 de Março, modificada pelas Leis 40/1997 e 41/1997, ambas de 5 de Novembro e pela Lei 43/2003, de 21 de Novembro.

⁴²² Para a análise destas leis seguimos os contributos de BLANCA LOZANO CUTANDA (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 374 e segs.) e de MENÉNDEZ REXACH (“Protagonismo del Derecho Administrativo...”, cit., pp. 77-80).

⁴²³ De acordo com o Real Decreto n.º 1803/1999, de 26 de Novembro, esta rede constitui um “sistema integrado de protecção e gestão de uma selecção das melhores amostras do património natural espanhol. Está conformada pelos parques naturais que a integram, o quadro normativo, os meios materiais e humanos, as instituições e o sistema de relações necessário para o seu funcionamento” (cfr. Anexo — Plano Director da rede de parques nacionais, ponto 2.1. a)).

nomas se devam ajustar a estas directrizes⁴²⁴.

Em termos mais práticos, os instrumentos fundamentais da planificação ecológica são os *Planos de Ordenamento dos Recursos Naturais* (PORNs), cujo conteúdo mínimo está previsto no artigo 4.º da LCEN. O artigo 5.º estabelece, por um lado, a sua obrigatoriedade, executividade e prevalência sobre todos os outros instrumentos de ordenamento territorial ou físico (n.º 1) e, por outro, o seu carácter (meramente) indicativo em relação a quaisquer outras actuações, planos ou programas sectoriais (n.º 3)⁴²⁵. O objectivo prioritário dos PORNs — elaborados pelos órgãos gestores do Parque e aprovados pela órgão competente da Comunidade Autónoma em causa, em regra por via regulamentar — passa pela sua aplicação aos Parques e Reservas, embora nada impeça que possam abarcar um espaço natural mais amplo.

Ao nível do uso e gestão dos espaços protegidos (em concreto, dos *parques*) são relevantes os *Planos Directores de Uso e Gestão* (PRUGs) os quais são elaborados pelos órgãos gestores dos parques (art. 19.º, n.º 1, da LCEN).

Os planos vistos até aqui são também aplicáveis às zonas integradas na rede ecológica europeia *Rede Natura 2000*: com a introdução de um novo Capítulo à LCEN (Capítulo II *bis*, introduzido pela Lei n.º 43/2003, de 21 de Novembro) criaram-se disposições em face das quais “nas zonas de protecção especial para as aves devem estabelecer-se medidas de conservação adequadas para evitar a deterioração dos seus habitats”, podendo tais medidas ser estabelecidas “mediante *planos de gestão* específicos ou *integrados em outros planos de desenvolvimento ou instrumentos de planificação*” (art. 20.º, n.º 4).

A matéria da planificação ambiental foi profundamente modificada com a Lei n.º 42/2007, de 13 de Dezembro, reguladora do *Património Natural e da Biodiversidade*. Nesta lei reafirma-se o papel central dos Planos de Ordenamento dos Recursos Naturais (cfr. o seu Capítulo III), os quais são vistos como um instrumento para dotar de coerência e conectividade a *Rede Natura 2000*, sendo qualificados, juntamente com as Directrizes para o Ordenamento dos Recursos Naturais, os instrumentos básicos de planeamento destes recursos. As disposições dos Planos de Ordenamento dos Recursos Naturais funcionam como um *limite para quaisquer outros instrumentos de ordenamento territorial ou físico*, prevalecendo sobre os já existentes, sendo ainda os instrumentos específicos vinculativos das Comunidades Autónomas nas suas tarefas de delimitação, tipificação, integração em rede e determinação da

⁴²⁴ Embora o Tribunal Constitucional espanhol tenha “contornado” de forma hábil a questão das relações entre os diversos níveis de fontes do direito relevantes nesta sede: na sua Sentença 102/1995, de 26 de Junho (BOE 181, de 31.07.1995), depois de considerar que as directrizes para o ordenamento dos recursos naturais, previstas no citado art. 8.º, “se configuram como o escalão superior da planificação ecológica e, portanto, dos planos homónimos, cujo âmbito espacial pode ser uma zona concreta ou o território inteiro da Comunidade Autónoma correspondente” e que estas directrizes “são o vértice da estrutura piramidal que termina, por baixo, nos Planos Directores de Uso e Gestão dos Parques Naturais” (previstos no art. 19.º da mesma lei), contrapõe que “sem embargo, a norma analisada (...) não incide no sistema de fontes do Direito nem na sua hierarquia, antes incorpora um valor que temos chamado ingrediente médio-ambiental das demais políticas sectoriais, como a urbanística, cuja orientação se defere ao Governo, titular primário do poder regulamentar (artigo 97.º CE)”. A mesma posição foi seguida, de forma expressa, na sentença do TC 194/2004, de 4 de Novembro de 2004.

⁴²⁵ MENÉNDEZ REXACH considera que esta dualidade é um pouco contraditória, tendo em conta que muitos desses planos sectoriais podem (e devem) estar enquadrados nos instrumentos gerais de ordenamento do território: cfr. “Protagonismo del Derecho Administrativo...”, cit., p. 78.

sua relação com o resto do território, dos sistemas que integram o património e dos recursos naturais de um determinado âmbito espacial.

A *Rede Natura 2000* ocupa uma posição central neste diploma, definindo-a como “uma rede ecológica coerente composta pelos Lugares de Importância Comunitária, até à sua transformação em Zonas Especiais de Conservação, ditas Zonas Especiais de Conservação e Zonas de Especial Protecção para as Aves (...)” (art. 41.º, n.º1).

O papel das Comunidades Autónomas não pode ser omitido: elas têm competência para determinar o alcance, as limitações, as medidas de conservação e a sua inclusão nos planos ou instrumentos de planificação adequados⁴²⁶.

Por último, cumpre mencionar a incorporação na planificação ambiental, efectuada por esta Lei n.º 42/2007, dos *corredores ecológicos*, os quais⁴²⁷ atribuem um papel prioritário às “vias pecuárias” e às “áreas de montanha” e visam permitir às Comunidades Autónomas melhorar a coerência ecológica, a funcionalidade e a conectividade da Rede Natura 2000.

Ainda em termos de direito ambiental especial, existem outros instrumentos de planeamento de carácter sectorial a tomar em consideração, com destaque para os *planos hidrológicos* — categoria que abrange o *Plano Hidrológico Nacional* (PHN) e os *planos hidrológicos de bacia* (PHC)⁴²⁸. A matéria da planificação hidrológica espanhola é, para Portugal, muito relevante, pois os dois países de há muitos anos a esta parte celebram tratados, acordos e convénios na matéria, com particular destaque para a “Convenção Sobre a Cooperação para a Protecção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas”, assinada em finais do ano de 1998 no âmbito da “Convenção de Albufeira”⁴²⁹.

Quanto aos *planos de resíduos*, eles espriam-se pelos diversos níveis administrativos, pois existem planos ao nível *local, autonómico e estadual*: de acordo com o art. 5.º da Lei

⁴²⁶ Devendo a definição dos espaços realizar-se de acordo com os critérios fixados na Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio de 1992, relativa à conservação dos habitats naturais e da fauna e flora silvestres.

⁴²⁷ Desempenhando um papel relevante no estabelecimento da rede europeia e comunitária de corredores biológicos definidos pela Estratégia Pan-Europeia de Diversidade Ecológica e Paisagística (uma Convenção da qual a Comunidade é parte, celebrada em 1995 com o objectivo de estimular a conservação das espécies, dos ecossistemas e dos processos naturais e considerada um dos documentos que serviu como base à criação da Rede Natura 2000) e pela Estratégia Territorial Europeia, de acordo com o que é dito no Preâmbulo do diploma legal espanhol em apreço.

⁴²⁸ De acordo com o disposto na Lei das Águas vigente (o seu texto refundido foi aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2001, de 20 de Julho, alterado pela Lei n.º 42/2007, de 13 de Dezembro).

⁴²⁹ Uma compilação de alguns dos tratados e convénios mais relevantes referidos no texto pode ser consultada em GOMES CANOTILHO (organizador), *O Regime Jurídico Internacional dos Rios Transfronteiriços — RevCEDOUA*, n.º 15/16, Ano VIII, 1/2.05, pp. 527-640. Sobre a história das relações luso-espanholas no planeamento e na gestão da água, cfr., no mesmo número da mesma Revista, PAULO CANELAS DE CASTRO, “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas? — Em Busca da Sustentabilidade”, pp. 75-148 (pp. 77-100); no que toca à “Convenção de Albufeira”, cfr. PAULO CANELAS DE CASTRO, *ob. ult. cit.*, pp. 100-121 e 121-134 (nas quais analisa o significado da citada Convenção, sintetizando-o em três ideias fundamentais, de “amizade ambiental”, “amizade relacional” e “amizade pelo Direito”) e, ainda, no mesmo n.º da mesma Revista, PEDRO CUNHA SERRA, “O Regime de Caudais nas Convenções Luso-Espanholas de Rios Transfronteiriços”, pp. 9-73 (pp. 39-65) e CRUCHO DE ALMEIDA, “O Regime dos Caudais nas Convenções Luso-Espanholas Relativas aos Rios Compartilhados”, pp. 149-194 (pp. 164-186). Mais notas doutrinárias sobre a “Convenção de Albufeira” podem ser compulsadas em ANA BARREIRA, “1998 Luso-Spanish Convention on Iberian Basins: A Framework for Cooperation”, pp. 161-184 (pp. 167-182) — com especial interesse para os *princípios e obrigações fundamentais* emergentes da Convenção que, para a Autora, são os princípios da *utilização equitativa*, da *participação* e do *no-harm*, articulados com uma obrigação básica de *cooperação* (pp. 172-176).

de Resíduos (Lei n.º 10/1998, de 21 de Abril) as entidades locais podem elaborar os seus próprios *planos de gestão de resíduos urbanos*, de acordo com o estabelecido nos planos da respectiva Comunidade Autónoma; a este nível, temos os *planos autonómicos* que estabelecem objectivos de redução, reutilização, reciclagem e outras formas de valorização e eliminação dos resíduos; e, por fim, os *planos nacionais*, aprovados em Conselho de Ministros, que integram os diversos planos autonómicos, prosseguindo os mesmos objectivos.

Itália é igualmente um país onde, desde a década de setenta do século XX, existem planos específicos de tutela ambiental⁴³⁰. Procedendo à sua referência por ordem cronológica, são dignos de registo os seguintes instrumentos de planificação ambiental: os planos de saneamento da água (*piani di risanamento delle acque*), previstos desde a Lei n.º 319/1976, de 10 de Maio (“Normas para a tutela da água da poluição”)⁴³¹, a qual impunha a redacção de um plano geral de saneamento das águas, na base de planos regionais, determinando ainda a incumbência de cada região redigir o seu próprio *plano regional* de saneamento das águas⁴³²; os planos de gestão de resíduos urbanos (*piani di smaltimento dei rifiuti*), instituídos pelo d.p.r. n.º 915/1982, de 10 de Setembro, responsável pela transposição de diversas directivas; os planos para defesa do mar e das costas (*piano per la difesa del mare e delle coste*), regulados na Lei n.º 979/1982, de 31 de Dezembro (“Disposições para a defesa do mar”), atribuindo ao então Ministro da Marinha Mercante (de acordo com as regiões) competência para a redacção de um plano geral de defesa do mar e das costas marinhas contra a poluição e de tutela do ambiente marinho, válido para todo o território nacional; os planos de saneamento do ar (*piano di risanamento dell'aria*), previsto no dPCM de 28 de Março de 1983, sobre os limites máximos de aceitabilidade das concentrações e das exposições relativas a poluentes do ar no ambiente externo, dando competência às regiões para a elaboração de planos adequados à melhoria progressiva da qualidade do ar ambiente.

No que toca à distribuição dos poderes entre o Estado central e as regiões⁴³³ é de notar que foi avançada a possibilidade de instituição de *programas estaduais das intervenções ambientais*, assumidos pela Lei n.º 305/1989, de 28 de Agosto, como eixo da política ambiental. Todavia, tais programas estavam privados de eficácia directa em face dos particulares o que, juntamente com as dificuldades que enfrentaram, veio a determinar a sua supressão e a atribuição às regiões das funções residuais que resultaram dessa supressão (nos termos dos arts. 68.º e 73.º do d. lgs. 112/1998), acabando por sair reforçada a ampla legitimidade de que as regiões já gozavam.

Legitimidade que elas não se coibiram de exercer, com a aprovação de planos ambientais que seguiram dois modelos fundamentais: o da *disciplina sectorial*, com a regulação de objectos singulares, normalmente relacionados com a protecção de um componente am-

⁴³⁰ O que não impede que por exemplo FRANCESCO FONDERICO se pronuncie em termos muito críticos quanto à *programação ambiental* em geral, mostrando-nos as suas graves carências — em especial no que respeita aos instrumentos de nível estadual (cfr. “La Tutela dell’Ambiente”, cit., pp. 2044-2046).

⁴³¹ Posteriormente completada e modificada pela Lei n.º 650/1979, de 24 de Dezembro.

⁴³² O plano geral de saneamento da água foi suprimido, no final da década de noventa, por intermédio do Decreto Legislativo n.º 112/1998, de 31 de Março (art 79.º, c) deixando no entanto em vigor os planos regionais (cfr. artigos 80.º, h) e n) e 81.º, n.º 2).

⁴³³ Analisados desenvolvidamente por DELL’ANNO, *Manuale...*, cit., p. 142 e segs.

biental individual; e o da *disciplina orgânica*, com uma regulação muito mais abrangente que se reflecte sobre todas as vertentes da tutela e gestão dos recursos ambientais⁴³⁴.

Mas a produção normativa neste domínio foi, ao longo das décadas de oitenta e noventa do século passado, incessante. Em termos da sua sucessão cronológica, podem ser mencionados os seguintes diplomas e os respectivos instrumentos de planeamento: o d.P.R. n.º 203/1988, em cujo art. 4.º se previa o *plano de prevenção e saneamento do ar*; a Lei n.º 394/1991, reguladora do *plano do parque natural*; a Lei n.º 183/1999, com o regime do *plano de bacia hidrográfica*; o d. lgs. n.º 285/1992, que disciplinava o *plano urbano de tráfego* no seu art. 36.º; a Lei n.º 431/1985, com o regime do *plano paisagístico-ambiental*; a Lei n.º 447/1995, reguladora do *plano comunal de saneamento acústico* (art. 7.º); o d. lgs. n.º 22/1997, com normas relativas a planos de *gestão de resíduos* (artigos 20.º e 22.º), planos sectoriais para a *redução, reciclagem, recuperação e optimização dos fluxos de resíduos* (art. 18.º), *planos regionais de bonificação de áreas poluídas* (art. 17.º) e ao *programa geral de prevenção e gestão de embalagem e dos resíduos de embalagens* (art. 42.º); os artigos 42.º a 44.º do d. lgs. n.º 152/1999 (planos de *tutela das águas*); o d. lgs. n.º 334/1999, em cujo art. 20.º se estabelecem normas relativas ao *plano de emergência externa para a prevenção de riscos industriais*; e a Lei n.º 353/2000, de 21 de Novembro, cujo art. 3.º alude a planos de *previsão, prevenção e luta contra incêndios florestais*.

É justo que dediquemos ainda algumas linhas à matéria no direito brasileiro, também nesta sede muito precoce. Na verdade, 7 anos antes da publicação da Lei da PNMA — como vimos, o primeiro grande marco do direito ambiental brasileiro dos tempos actuais — foi promulgada a Lei n.º 6.151, de 4 de Dezembro de 1974, a dispor sobre o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento, para o período de 1975 a 1979, que traçava algumas prioridades quanto à preservação do ambiente. Este Plano apontava para uma defesa sistemática e pragmática dos recursos naturais e do património cultural contendo, mais do que um planeamento administrativo dos recursos em causa, uma programação político-legislativa que apontava para metas de desenvolvimento, uso racional dos recursos e para a promulgação de legislação fundamental e de mecanismos de controlo e fiscalização “capazes de assegurar razoável implementação da orientação estabelecida”. Essa política deveria actuar, nos termos do Plano, em três áreas principais: política de meio-ambiente na *área urbana*, política de *preservação dos recursos naturais* do País e política de defesa e protecção da *saúde humana*.

Iniciava-se aqui uma longa história de utilização de instrumentos de planeamento na tutela ambiental, que viria a ter no chamado “zoneamento ambiental” uma das suas armas mais poderosas⁴³⁵. A este propósito é necessário aludir a um outro diploma anterior à Lei

⁴³⁴ DELL'ANNO dá como exemplos dos primeiros, entre outros, o *piano di tutela delle acque*, o *piano di gestione dei rifiuti* e o *piano di prevenzione e risanamento dell'aria*; e dos segundos, o *piano di difesa del mare e delle coste*, o *piano del parco naturale* e o *piano di bacino idrografico*, também entre outros exemplos (cfr. *Manuale...*, cit., p. 147).

⁴³⁵ Sobre a integração do *zoneamento ambiental* nos mecanismos de planificação ambiental, cfr. WELBER BARRAL e GUSTAVO ASSED FERREIRA, “Direito Ambiental...”, cit., p. 41, para quem o zoneamento ambiental “consiste na repartição do território municipal, partindo-se de um planeamento, visando estabelecer a apropriada destinação da terra e o uso do solo”.

Segundo PACHECO FIORILLO (*Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 6ª edição

da PNMA, a Lei n.º 6.803, de 2 de Julho de 1980, a qual determinou as directrizes básicas do *zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição*, prescrevendo que em tais áreas as zonas destinadas à instalação da indústria seriam definidas em esquema de zoneamento urbano “que compatibilize as actividades industriais com a protecção ambiental” (art. 1.º).

Quanto ao património cultural e ao ambiente “construído” foi publicado, já no novo milénio, um diploma de referência incontornável: a Lei n.º 10.257, de 10 de Julho de 2001 (“Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”), a qual permitiu a aprovação do *Estatuto da Cidade* (cfr. o parágrafo único do seu art. 1.º)⁴³⁶.

Um último ponto que nos limitámos a referir de início mas que, em face do seu enorme significado, não poderemos deixar de tratar tem a ver com a penetração das preocupações ou da dimensão ambiental nos outros planos públicos, em especial nos urbanísticos e de ordenamento do território.

No que toca aos efeitos ambientais dos planos urbanísticos e de ordenamento do território, eles são evidentes — se bem que tanto possam ser favoráveis como desfavoráveis — na medida em que um dos objectivos que devem prosseguir é o da protecção do ambiente, alargando a melhoria da qualidade de vida das populações, nomeadamente nas cidades e nos núcleos urbanos⁴³⁷.

Socorrendo-nos novamente, em larga medida, do direito alemão, é desde logo notável o facto de o Código Federal do Urbanismo (*Baugesetzbuch*) dar um enorme relevo aos aspectos ambientais do direito do urbanismo. A título meramente exemplificativo, pois a consideração ambiental revela-se num enorme número de normas, salientemos apenas alguns aspectos: o n.º 5 do seu § 1 exige que os *Bauleitpläne*⁴³⁸ permitam um desenvolvimento urbanístico *sustentável*, realizem a concordância prática entre as exigências sociais, económicas e *ambientais*, contribuindo para assegurar um ambiente digno para as pessoas e para proteger e desenvolver as bases naturais da vida; no estabelecimento destes planos deve dar-se especial consideração aos interesses da protecção ambiental (n.º 6 do mesmo preceito); a necessidade de elaborar um “relatório ambiental” (*Umweltbericht*) para a fundamen-

ampliada, 2005, pp. 97-101) o zoneamento ambiental visa “disciplinar de que forma será compatibilizado o desenvolvimento industrial, as zonas de conservação da vida silvestre e a própria habitação do homem”, constituindo uma limitação de uso do solo particular que incide directamente na limitação da propriedade, podendo haver zoneamento ambiental de três tipos: *zoneamento para pesquisas ecológicas*, *zoneamento em áreas de protecção ambiental* e *zoneamento nos parques públicos*.

⁴³⁶ Cfr. PACHECO FIORILLO, *Curso...*, cit., pp. 271-281. Para uma análise mais pormenorizada do Estatuto da Cidade cfr., do mesmo Autor, *Estatuto da Cidade Comentado — Lei 10.257/2001 — Lei do Meio Ambiental Artificial*, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁴³⁷ É esse o entendimento de MENÉNDEZ REXACH: cfr. “Protagonismo del Derecho Administrativo...”, cit., p. 78. No entanto, parte da doutrina espanhola tem vindo a salientar o fracasso do ordenamento do território como instrumento de protecção ambiental, bem como a convicção de que a fragmentação das competências que incidem sobre o meio ambiente — geradora de parcelas desconexas e cotos autónomos de poder — deveria ser resolvida de forma radical, instaurando a primazia do sectorial (o ambiente) sobre o geral (o ordenamento do território): cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 383, com algumas indicações bibliográficas.

⁴³⁸ Estes planos correspondem aos nossos *planos directores municipais* (PDM), sendo as formas pelas quais se concretiza o direito do planeamento urbanístico (*Bauplanungsrecht* ou *Städtebaurecht*), tendo por base legal, para além do BauGB, o BauNVO (*Baunutzungsverordnung*). Sobre o significado do direito de planeamento urbanístico na tutela ambiental cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 763-792.

tação do projecto de plano, de acordo com o § 2 a e o Anexo 1 do diploma; e, por último, a propósitos do conteúdo dos planos de pormenor (*Flächennutzungsplan*) podem descrever-se especialmente, entre outros, os solos que justificam a protecção contra poluições no sentido da BImSchG (§ 5, n.º 2, inciso 6.).

No que toca à noção mais geral de *ordenamento do território* ela é utilizada no direito alemão como um conceito amplo que abrange todos os planos públicos referidos ao território, incluindo tanto o conceito de plano territorial global (*räumliche Gesamtplanung*) como os planos especiais de ordenamento (*räumliche Fachplanungen*). Em relação ao primeiro, trata-se de um plano que se ocupa do desenvolvimento e conformação estrutural de uma zona ou território e abrange 5 categorias previstas na *Raumordnungsgesetz* (ROG) e no BauGB: o planeamento do território de âmbito federal, de âmbito comunitário e no território europeu, de âmbito estadual, de âmbito regional e, ainda, os planos de afectação (planos de uso da terra ou esquemas directores de ordenamento e urbanismo ou planos de ocupação dos solos, que podem ser planos de pormenor ou planos de urbanização)⁴³⁹. Os planos especiais de ordenamento ocupam-se de um projecto específico, como a expansão ou alargamento de um corpo de água (*Ausbau eines Gewässers*) ou o plano de uma auto-estrada. Estes planos apresentam-se como instrumentos jurídicos especialmente vocacionados para a tutela ambiental e, em termos mais amplos, para a concretização do *princípio do desenvolvimento sustentável*, em face das suas funções de coordenação, de compensação, de serem instrumentos orientados para o futuro e do princípio de ponderação integrativa que comportam⁴⁴⁰.

Não podemos terminar o tratamento dos instrumentos de planeamento sem fazer uma referência à *decisão de aprovação do plano* (*Planfeststellung*). De acordo com a concepção de RAINER WAHL⁴⁴¹, a *Planfeststellung* é um instrumento jurídico por intermédio do qual projectos complexos que, as mais das vezes, têm efeitos prejudiciais ou, pelo menos, modificativos do ambiente são “inseridos” ou “localizados” no seu ambiente espacial, implicando uma decisão definitiva sobre a admissibilidade do projecto planeado, a sua forma e situação espacial. A *Planfeststellung* diz hoje em regra respeito a projectos públicos tais como estradas federais, instalações de caminho-de-ferro, aeroportos, eléctricos e tróleys, canais federais, águas superficiais, instalações de eliminação de resíduos, telefones e linhas de telegrafo dos correios alemães. Desta forma, os requerentes no procedimento são normalmente titulares da administração pública. O âmbito de ponderação da *Planfeststellung* é muito amplo, pretendendo-se reunir nesta decisão de plano autorizadora e conformadora todos os efeitos e interesses afectados pelo projecto. Esses efeitos são, em inúmeros casos, suscep-

⁴³⁹ Sobre esta sistematização do *räumliche Gesamtplanung* cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 743.

⁴⁴⁰ Neste sentido, aludindo tanto aos planos em geral como aos *Gesamtplanungen* em especial, cfr. WALTER FRENZ, “Klimaschutz und Instrumentenwahl — Zum Stand nach der Konferenz von Den Haag und vor der Konferenz in Bonn”, *N+R*, 23. Jahrgang, Heft 6, Juni 2001, pp. 301-310 (p. 305).

⁴⁴¹ Cfr. “Planfeststellung”, in: *Handwörterbuch des Umweltrechts*, cit., II. Band, pp. 1624-1642, que seguimos no essencial no texto. A *decisão de aprovação do plano* está prevista nos §§ 72 e segs. da VwVfG, podendo ler-se no § 75, n.º 1, que através dela determina-se a admissibilidade do projecto em relação a todos os interesses públicos relacionados com o projecto, não sendo necessária qualquer outra decisão administrativa (designadamente autorização ou concessão), já que esta decisão fixa, com efeito constitutivo, todas as relações de direito público entre o responsável do projecto e as pessoas por ele afectadas.

tíveis de influenciar o ambiente, o que mostra a relevância ambiental da *Planfeststellung*, sendo exigida mesmo, em grande parte dos casos, a realização de uma aia.

No entanto, apesar de entendermos dever integrá-la nos instrumentos planificadores, a *Planfeststellung*, enquanto *decisão* de aprovação do plano é um *acto administrativo*⁴⁴², cujo conteúdo é o de tomar uma decisão “definitiva” sobre a admissibilidade do projecto e a sua situação espacial. Daí que, apesar de a considerarmos um instituto de planeamento, ela tem um sentido específico, por não ter nem a nota de generalidade nem a de abstracção — quando os instrumentos de planificação tradicionais contêm pelo menos uma dessas notas. As próprias raízes do instituto, que assentam na “autorização de empresas” do direito prussiano, confirmam este seu carácter de acto administrativo, embora o já aludido facto de o requerente ser, em regra, uma autoridade pública, marque uma diferença significativa em relação aos exemplos típicos de autorização.

Ao contrário de instrumentos de planeamento como planos de ordenamento do território e planos urbanísticos, a *Planfeststellung* é dirigida para a realização de um projecto único: enquanto aqueles ainda estão, em alguma medida, “abertos ao futuro” — uma vez que não atingem todas as determinações em concreto, que ficam subordinadas em muitos casos a autorizações — a *Planfeststellung*, pelo contrário, toma uma decisão definitiva e exacta, em relação a um projecto concreto⁴⁴³.

Tomando especialmente em conta as disposições contidas no § 75 da VwVfG, são de salientar alguns dos efeitos jurídicos produzidos pela decisão de aprovação do plano: um efeito *autorizativo* (através dela, de acordo com o inciso 1 do n.º 1 “é declarada a admissibilidade do projecto, inclusive das medidas consequentes necessárias em outras instalações, no que respeita a todos os interesses públicos por ela afectados”) a que acrescem ainda efeitos de *concentração* (da competência e do procedimento, ficando excluída a necessidade de qualquer acto autorizativo, embora permaneçam aplicáveis preceitos de direito substantivo, por exemplo relacionados com os valores limite de emissão ou de ruído), de *conformação* (regulação, de forma constitutiva, das relações jurídico-públicas entre o titular do projecto e os interessados/afectados pelo plano) e de *exclusão* (após a decisão se tornar inopugnável estão excluídas pretensões jurídico-privadas relativas ao não funcionamento do projecto, à eliminação ou modificação da instalação ou à abstenção da sua utilização).

Em último lugar, uma referência a um documento internacional de grande importância, ao nível do planeamento estratégico local, em diversos ordenamentos de que temos vindo a falar: tendo por base a Agenda XXI, um dos principais resultados da Conferência do Rio de 1992, instituiu-se a Agenda XXI Local (A21L) a qual pode ser definida como “um processo

⁴⁴² RAINER WAHL é, a este respeito, claro, tomando por base a noção contida no § 75 da VwVfG: cfr. “Planfeststellung”, cit., p. 1625. Também Kloepfer salienta a similitude da *Planfeststellung* com o procedimento autorizativo, na medida em que leva igualmente a cabo uma apreciação pontual sobre a admissibilidade de um projecto singular o que o leva a falar, neste âmbito, de uma *equivalência funcional entre Planfeststellung e procedimento de autorização*, embora nos informe que os tribunais alemães a reconduziram ao âmbito do planeamento, com a importante consequência jurídica de não se tratar assim de uma decisão discricionária, mas vinculada: cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 234 e seg., com indicações da jurisprudência do BVerwGE pertinente.

⁴⁴³ No direito atómico e no direito dos resíduos a *decisão de aprovação do plano* refere-se aos projectos que servem directamente a protecção do ambiente: por exemplo locais de armazenamento final de átomos, no primeiro caso, e depósitos de resíduos específicos, no segundo.

participativo, multi-sectorial, que visa atingir os objectivos da Agenda XXI ao nível local, através da preparação e implementação de um Plano de Acção estratégico de longo prazo dirigido às prioridades locais para o desenvolvimento sustentável"⁴⁴⁴. Esta "Agenda" resulta da Carta de Aalborg, elaborada aquando da realização da Convenção de Aalborg, consistindo num processo participativo, de cariz voluntário, através do qual se procura o consenso entre as autoridades locais e os diversos parceiros da sociedade civil, com o objectivo de preparar e implementar um Plano de Acção de longo prazo dirigido aos problemas e prioridades locais, no qual se integrem as preocupações de protecção ambiental, de prosperidade económica e de equidade social da comunidade.

2.4.3. Instrumentos de controlo administrativo

Dentro dos instrumentos jurídico-administrativos de tutela ambiental centrados, como temos vindo a acentuar, no controlo directo das condutas humanas ecologicamente relevantes, os mais importantes, do ponto de vista teórico e prático e, ainda, correspondendo às formas mais típicas da actuação administrativa, por pressuporem a actuação individual e concreta da Administração Pública, são os instrumentos de controlo administrativo directo ou imediato, em regra através de actos de autoridade, mas também por intermédio do exercício de actividades materiais conexas com esses actos. São estes meios, ainda, os que mais relevam no contexto problemático da nossa dissertação.

Em relação à *actuação concreta* das Administrações Públicas é mister tomar em conta uma extensa panóplia de instrumentos, meios e institutos de direito administrativo postos ao serviço das finalidades de tutela e promoção ambiental, com natural evidência para a actuação *preventiva* das administrações públicas.

Como bem demonstraram Peters, Schenk e Schlabach, a missão porventura mais decisiva do direito de ordenação ambiental traduz-se no *controlo de projectos*, que permite à Administração avaliar a conformidade legal de empreendimentos ambientalmente relevantes de cidadãos ou de empresas, os quais podem consistir na construção e funcionamento de instalações (na maior parte dos casos, instalações industriais), mas também no fabrico e comercialização de produtos (como artigos de combustão, carburantes ou artigos perigosos) e ainda noutras actividades humanas como a utilização de águas e o acesso à natureza. O cerne material deste direito é constituído pelas exigências legais colocadas aos respectivos projectos — exigências em princípio objectivas mas que também podem ter componentes subjectivas ou pessoais⁴⁴⁵.

Estamos aqui em face dos meios pelos quais tradicionalmente a Administração Pública regula os comportamentos de sujeitos privados susceptíveis de porem em perigo o interesse

⁴⁴⁴ Definição do *International Council for Local Environmental Initiatives* (ICLEI): cfr. www.agenda21local.info.

⁴⁴⁵ Cfr. HEINZ-JOACHIM PETERS/KARLHEINZ SCHENK/ERHARD SCHLABACH, *Umweltverwaltungsrecht: Grundlagen und praxisorientierte Fallbearbeitung*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, p. 24 — apresentando como exemplos legais, a BImSchG, que no seu § 5 prevê exigências referidas à construção e funcionamento da instalação e no § 20, n.º 3, requisitos referidos ao seu operador; e a AbfG, que prevê exigências da instalação no seu § 7, n.º 3, determinando que certas actividades sejam realizadas por pessoas responsáveis. Na última edição desta obra, apenas da autoria de Peters (cfr. *Umweltrecht*, cit.) a diferente sistematização e organização das matérias não comporta mais esta referência.

público, bem como os direitos subjectivos e os interesses legítimos dos outros particulares, mas nos quais está simultaneamente em causa o exercício de posições jurídicas subjectivas substancialmente protegidas daqueles sujeitos, muitas vezes de *direitos fundamentais* com assento na Lei Fundamental, em especial a liberdade de iniciativa económica privada⁴⁴⁶.

A principal forma do controlo administrativo, em especial de abertura, foi e continua a ser a do *acto autorizativo*, ao qual será dedicado o capítulo seguinte do nosso trabalho. E mesmo tendo a autorização de partilhar esse espaço e essa responsabilidade, hoje em dia, com actos próximos é também a propósito deste acto que, quanto a nós, mais sentido faz estudar as alterações e os ventos de mudança do direito administrativo e do direito ambiental.

Assim, nas linhas que se seguem, vamos recensear os instrumentos de controlo administrativo utilizados no direito ambiental pós-moderno na primeira fase da sua gestação, sendo tecidas a propósito das autorizações administrativas apenas algumas considerações genéricas, na medida em que elas vão ser objecto exclusivo do Capítulo III. Além das autorizações, ocupar-nos-emos dos poderes administrativos consubstanciados noutros tipos de decisões, com destaque para as ordens — salientando, a esse respeito, os poderes de *interdição* ou *proibição* —, mas também às competências para a classificação de actividades, para a prática de declarações com efeitos jurídicos específicos, para a aprovação das associações de defesa do ambiente, às prerrogativas de *controlo* e *fiscalização* da Administração Pública, terminando com uma referência ao sancionamento dos actos ilícitos ambientais.

2.4.3.1. Autorizações – remissão

A autorização administrativa, entendida no seu sentido amplo ou genérico, sem indagar por ora das suas variantes, modalidades e diversas designações, ocupa o primeiro lugar no direito ambiental da primeira geração, no seio dos instrumentos jurídicos de ordenação dos comportamentos ambientalmente relevantes. Como veremos com mais pormenor no capítulo seguinte e na Parte II, apesar de a doutrina maioritária tratar os actos autorizativos a propósito do *controlo de abertura*, eles estendem cada vez mais a sua eficácia muito para além do descerramento de uma unidade de produção ou do início do seu funcionamento, em especial devido à ampla consagração legal de obrigações duradouras e dinâmicas dos operadores de instalações necessitadas de autorização.

Este papel tanto se faz sentir se pensarmos a autorização ambiental em termos genéricos como se a projectarmos ao nível das diferentes disciplinas especiais do direito do ambiente: a título meramente exemplificativo, veja-se o que se verifica em Espanha, com o Regulamento das Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas e Perigosas (RAMINP) — ou, de forma mais abreviada, RAC, alusivo a *Reglamento das Actividades Classificadas*, aprovado pelo Decreto n.º 2414/1961, de 30 de Novembro — vocacionado para estas actividades com repercussões óbvias nos componentes ambientais naturais. O RAMINP, que vigorou de 1961 até 2007⁴⁴⁷, é considerado um dos primeiros diplomas de grande alcance com valên-

⁴⁴⁶ De acordo com KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., p. 239) a origem destes instrumentos de controlo administrativo deve ir-se buscar em parte ao *direito da concorrência* e noutra parte ao *direito geral de polícia*.

⁴⁴⁷ Foi revogado em Novembro de 2007, por intermédio da Lei n.º 34/2007, de 15 de Novembro, da qualidade do ar e protecção da atmosfera.

cia ambiental, aplicando-se a todas as actividades qualificadas como molestas, insalubres, nocivas ou perigosas⁴⁴⁸ e a posição central do seu regime jurídico (previsto no Título II) era ocupada pelo procedimento para a outorga de *licenças* (artigos 29.º a 37.º) que, desta forma, se assumiam como a grande forma de controlo das respectivas actividades e, simultaneamente, como o principal acto administrativo praticado em execução do Regulamento⁴⁴⁹.

É também de notar como no direito ambiental de primeira geração da (então) Comunidade Europeia, datado sensivelmente até meados da década de oitenta, foram adoptadas uma série de medidas, em especial directivas⁴⁵⁰, em diversos domínios sectoriais (*poluição atmosférica, poluição das águas, substâncias químicas e protecção da natureza*, entre muitas outras) que reflectem um recurso muito frequente às *autorizações administrativas* como acto de autoridade destinado a fixar as condições concretas de funcionamento das fontes poluidoras e/ou das actividades susceptíveis de produzirem impactes ambientais significativos — facto que leva alguns autores a aludir ao *princípio do consenso administrativo prévio* como um dos princípios ambientais do direito comunitário derivado⁴⁵¹. A título exemplificativo, foi isso que se passou com as seguintes directivas: a Directiva n.º 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade: a autorização prévia é utilizada tanto em relação às substâncias da Lista I, de acordo com o seu art. 3.º (matérias com um índice muito alto de perigosidade) como às da Lista II (art. 7.º)⁴⁵²; a Directiva n.º 78/319/CEE do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos (artigos 6.º e 9.º); a Directiva n.º 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens (cfr., em especial, o n.º 3 do seu art. 6.º); a Directiva n.º 75/439/CEE, do Conselho, de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos óleos usados (art. 6.º); a Di-

⁴⁴⁸ De acordo com o seu art. 3.º, são *molestas* as “actividades que constituam uma incomodidade pelos ruídos ou vibrações que produzam ou pelos fumos, gases, odores, névoas, pós em suspensão ou substâncias que eliminem”; qualificam-se como *insalubres* as que “dêem lugar ao desprendimento ou evacuação de produtos que possam resultar directa ou indirectamente prejudiciais para a saúde humana”; aplica-se a qualificação de *nocivas* “às que, pelas mesmas causas, possam ocasionar danos à riqueza agrícola, florestal, pecuária ou piscícola”; e consideram-se *perigosas* “as que tenham por objecto fabricar, manipular, expedir ou armazenar produtos susceptíveis de originar riscos graves por explosões, combustões, radiações ou outros de análoga importância para as pessoas ou bens”.

⁴⁴⁹ Sem querer por ora desenvolver o tratamento da licença, cumpre dizer que a doutrina faz uma sua apreciação bastante positiva, havendo mesmo quem considere que se realizava por seu intermédio “uma abordagem integrada de luta contra a poluição *avant la lettre*”: cfr. BLANCA LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 337.

⁴⁵⁰ Para se ter uma ideia do relevo do número e da proporção das directivas “ambientais”, cfr. LUCAS PIRES, *Os Novos Direitos dos Portugueses — Explicação e Súmula dos Nossos Direitos de Cidadania Europeia*, Difusão Cultural, Lisboa, 1994, que nos informa (p. 65) que “em 1987, de 780 directivas comunitárias 198 relacionavam-se com a protecção do ambiente e dos consumidores”.

⁴⁵¹ Cfr. PAOLO DELL’ANNO, *Principi...*, cit., p. 129 e segs.

⁴⁵² Na sequência deste diploma legal comunitário, houve uma série de outras directivas que vieram, posteriormente, regular a poluição causada por substâncias perigosas específicas lançadas no meio aquático da Comunidade, assumindo o acto autorizativo, em todas, um papel de enorme destaque. Foi isso que se passou com a Directiva n.º 82/176/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1982, relativa aos valores-limite e aos objectivos de qualidade para as descargas de mercúrio do sector da electrólise dos cloretos alcalinos, com a Directiva n.º 83/513/CEE, do Conselho, de 26 de Setembro de 1983, relativa aos valores-limite e aos objectivos de qualidade para as descargas de cádmio e com Directiva n.º 84/491/CEE, do Conselho, de 9 de Outubro de 1984, relativa aos valores-limite e aos objectivos de qualidade para as descargas de hexaclorociclohexano.

rectiva n.º 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, sobre protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas (a proibição das descargas de substâncias constante da Lista I pode conhecer excepções, após autorização prévia, nos termos dos artigos 4.º, 5.º e 6.º); e, por último, a Directiva n.º 84/360/CEE, do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais, a qual dá grande protagonismo ao expediente autorizativo (cfr., em especial, o seu art. 3.º).

Afigura-se-nos pertinente avançar com uma noção legal aplicável à licença ambiental de primeira geração. Para o efeito, recorreremos ao direito brasileiro, que também valorava o licenciamento de actividades efectiva ou potencialmente poluidoras como um dos instrumentos da PNMA, previsto desde 1981 no artigo 9.º da respectiva Lei. Assim, no inciso I do art. 1.º da Resolução do CONAMA n.º 237/1997, de 19 de Dezembro (a qual sujeita ao licenciamento ambiental, de acordo com o § 1.º do seu art. 2.º, todos os empreendimentos e actividades previstas no seu Anexo 1) definia-se o *licenciamento ambiental* como o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e actividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

Como veremos na Parte II do nosso trabalho, as autorizações têm vindo a ser, nos últimos anos e sempre de forma crescente, substituídas ou complementadas por formas mais *suaves de controlo das actividades com impactes ambientais* que ainda podem ser consideradas expressão, ainda que adaptada, das formas clássicas do direito de ordenação: referimo-nos a comportamentos declarativos, comunicações, notificações ou registos por parte dos operadores responsáveis pela exploração de instalações com efeitos ambientais. Diremos apenas, por ora, que no direito alemão as obrigações declarativas, de anúncio ou de comunicação (*Anzeigepflichten* e *Anmeldepflichten*) estão previstas tanto como instrumentos do *controlo de abertura* (desempenhando uma função substitutiva em relação às autorizações) como instrumentos do *controlo de execução* ou *de cumprimento* (caso em que o seu papel é *suplementar* ou *complementar* face às autorizações). No entanto, pelo menos do ponto de vista dogmático o seu relevo é superior no primeiro caso⁴⁵³. Apesar de serem uma marca do direito ambiental de segunda geração — na medida em que, ao prescindirem da intervenção *activa* da Administração, traduzem uma diminuição da intervenção administrativa na fase de *abertura* ou *início de actividade* — a sua ampla consagração ocorreu, no direito ambiental alemão, numa fase bastante anterior, pois a própria *Gewerbeordnung* já a previa em geral nos §§ 14 e segs. quanto a actividades não necessitadas de autorização mas ambientalmente relevantes, cujo início ou transformação carecia desta declaração por parte do seu operador⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Embora estes expedientes assentem na participação ou colaboração dos interessados, os autores alemães não deixam de os incluir nas formas de *controlo directo do comportamento* ou nos *instrumentos de controlo administrativo*: cfr., por todos, KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 239 e seg.; SPARWASSER ET ALLII, *Umweltrecht*, cit., p. 90 e seg.; e RÜDIGER BREUER, “*Umweltschutzrecht*”, cit., p. 643 e segs.

⁴⁵⁴ De acordo com o § 14 desta Lei, o início de uma profissão ou ofício, a transferência da empresa, a sua

2.4.3.2. Ordens e outros actos impositivos

No ponto 2.2., ao falarmos da regulação normativa e dos poderosos edifícios construídos nas diversas ordens jurídicas na primeira geração do direito do ambiente, mencionámos a existência de interdições e proibições directamente decorrentes da lei. Como se compreende, não é esse o objecto do presente ponto, mas antes as situações em que a Administração dirige aos privados actos que impõem a obrigatoriedade de seguirem condutas determinadas: coisa diversa das proibições directamente decorrentes dos diplomas normativos é o *poder de proibição* de que a Administração Pública dispõe, para fazer valer o respeito pelas regras legais, regulamentares e decorrentes dos seus próprios actos jurídicos. Também aqui está em causa a protecção repressiva do ambiente mas, desta feita, nas mãos da própria Administração.

De facto, a Administração Pública dispõe de uma panóplia de poderes autoritários — sobretudo de *interdição* e de *proibição* — que, na sequência dos seus poderes de acompanhamento, vigilância e fiscalização das actividades de que nos ocuparemos *infra*⁴⁵⁵, lhe permite reagir contra os comportamentos dos particulares e, sobretudo, contra as práticas e as acções das empresas que exploram instalações que ponham em causa as condições de salubridade do ambiente no seu conjunto e/ou de um ou vários componentes ambientais em particular.

Estes actos destinados à imposição de deveres ou obrigações são *ordens*, actos administrativos que tanto podem ter um conteúdo positivo (comandos) como negativo (proibições), ter carácter singular ou geral e um conteúdo directivo, preventivo ou reparador sendo a resposta administrativa, ao nível do caso concreto, para o incumprimento de obrigações ou para a violação de proibições. Algumas das directivas ambientais da primeira fase deste direito apontavam também para este tipo de abordagem jurídico-administrativa, podendo mencionar-se, a título exemplificativo, a Directiva n.º 76/464/CEE (poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático), em que o desrespeito das normas de emissão fixadas nas autorizações deveria determinar a *proibição* da descarga pelas autoridades competentes, no caso de não serem possíveis ou respeitadas medidas para garantir o cumprimento das condições de autorização (art. 5.º, n.º 4); e a Directiva n.º 78/319/CEE, do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos, a qual dispunha que os Estados-membros deveriam tomar as medidas necessárias para *proibir* o abandono, a descarga, o depósito e o transporte não controlados deste tipo de resíduos (art. 5.º).

É pertinente ligar a sua prática à concretização do *dever fundamental de protecção do ambiente* que impende sobre todos os cidadãos, embora incida de forma especial sobre indivíduos e empresas que explorem actividades ou instalações com potencial lesivo do ambiente. Este dever fundamental é formulado em termos genéricos, nalguns ordenamentos, na própria Constituição, sendo densificado e concretizado pela legislação ordinária. Todavia, essa densificação legislativa está longe de neutralizar a actuação administrativa: para além do seu desenvolvimento por via regulamentar, a concretização dos deveres de protecção

modificação ou alargamento e os trabalhos de funcionamento tinham de ser declarados à autoridade competente.

⁴⁵⁵ Cfr. 2.4.3.6.

ambiental passa em larga medida pela prática de actos administrativos dos quais resultam deveres para os cidadãos. Deveres estes que tanto podem ser meramente negativos ou de *abstenção* (em especial com apoio em normas proibitivas), como *deveres de suportar* ou de *tolerar* (com proeminência para os deveres dos operadores de instalações com impactes ambientais, que têm de tolerar, suportar ou mesmo possibilitar positivamente o desenvolvimento das actividades inspectivas e fiscalizadoras dos órgãos competentes) e, ainda, *deveres positivos* ou *obrigações de facere*, também aqui com saliência dos deveres dos operadores, tanto ao nível formal (deveres de documentação, declaração, informação, publicitação, notificação, registo, certificação, etc.) como material (deveres de monitorizar as suas instalações ou de utilização das melhores tecnologias disponíveis). Embora não se exclua a existência de deveres positivos noutros âmbitos, como por exemplo os referidos pela doutrina espanhola em relação à obrigação de plantar árvores ou espécies vegetais determinadas⁴⁵⁶.

Em termos mais específicos, e recorrendo uma vez mais ao direito alemão e ao regime da BImSchG, são evidentes as possibilidades de a Administração, sob a égide deste diploma legal, *proibir* ou *interditar* total ou parcialmente a construção ou o funcionamento de uma instalação, em particular quando o público em geral ou os vizinhos não possam ser suficientemente protegidos de outra forma. Estas possibilidades estão previstas tanto para a construção e/ou funcionamento das instalações necessitadas de autorização como para as que não a requerem. Para as primeiras valem as normas contidas no § 20 que, sob a epígrafe *interdição, encerramento e eliminação*⁴⁵⁷, prevêm designadamente o seguinte: a *possibilidade* de a autoridade competente proibir ou interditar total ou parcialmente o funcionamento de uma instalação se o seu operador não cumprir um modo, uma decisão posterior ou uma obrigação totalmente determinada relativos ao equipamento ou funcionamento da instalação (n.º 1), havendo possibilidade análoga no caso de o operador não tomar medidas suficientes para evitar acidentes graves ou para limitar os seus efeitos ou não transmitir quanto a ele dados relevantes (n.º 1, al. a)); o *dever* de determinar a paralisação ou eliminação de uma instalação que seja construída, que funcione ou que seja substancialmente modificada sem a autorização necessária (n.º 2). Desta última previsão resulta que, nos projectos necessitados de autorização, a *proibição* ou *interdição* do funcionamento da instalação pode ocorrer mesmo nos casos em que se verifique somente a *ilegalidade formal*, por consideração da irreversibilidade de que os danos ambientais tipicamente se revestem⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Sobre a densificação do dever fundamental de protecção do ambiente por mediação legislativa e a sua tradução em prestações de *non facere* (com base em normas proibitivas), de *pati* (obrigações de suportar ou tolerar) e obrigações de *facere* (imposição de comportamentos positivos), cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 187 e segs.

⁴⁵⁷ Traduzimos "*Untersagung*" por "interdição", "*Stillegung*" por "encerramento" e "*Beseitigung*" por "eliminação". Em relação a este último termo, WICKEL (*Bestandschutz...*, cit., p. 188) adverte que uma ordem de *Stille-gung* contém uma proibição de continuar o funcionamento da instalação que, em princípio, não está temporalmente limitada (ao contrário da *Betriebuntersagung*, aqui traduzida por *interdição*); já a *Beseitigung* consiste na desmontagem da instalação e na sua remoção do terreno da empresa. Sobre estes três conceitos e a aplicação dos diversos poderes conferidos pelo § 20, n.º 2, da BImSchG cfr. a mesma obra de WICKEL, pp. 188-190.

⁴⁵⁸ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 92.

Ainda quanto às actividades ou instalações autorizadas, há um expediente importantíssimo do qual nos ocuparemos com pormenor na Parte II⁴⁵⁹: a emissão ou prática de *decisões posteriores* ou *supervenientes* em relação à autorização (*nachträgliche Anordnungen*). Estas decisões são tomadas como forma de reacção a falhas de cumprimento ou de execução, detectadas pela Administração no âmbito do exercício dos seus poderes de vigilância e fiscalização: não servem para concretizar as exigências colocadas a um projecto em concreto, mas sim como forma do exercício de competências de controlo relativas à manutenção das exigências e às correspondentes obrigações do operador, podendo também ser justificadas por novos conhecimentos, pela alteração da situação de facto, pela modificação do direito aplicável, pelo desenvolvimento do estado da técnica, etc. Desta forma, possibilitam uma grande *flexibilidade administrativa* à ordenação de actividades com efeitos no ambiente. A base legal necessária para o exercício deste poder tanto pode ser a cláusula geral do direito de polícia e ordenação como uma norma específica ao nível do direito ambiental especial, sendo o caso paradigmático desta segunda situação o do § 17 da BImSchG.

No que especificamente tange às actividades sujeitas a autorização, são ainda de mencionar os poderes de *anulação* e *revogação* do acto autorizativo respectivo. Se bem que esta matéria vá ser desenvolvida no capítulo seguinte, ainda assim diremos desde já que, na Alemanha, as leis ambientais, por norma, não contêm regras próprias sobre a *anulação* destes actos — valendo o regime geral da VwVfG para a *anulação de actos ilegais*, contido no respectivo § 48 — mas prevêem regimes especiais quanto à *revogação de actos válidos*.

2.4.3.3. Classificação de actividades e instalações

Uma matéria que, se bem que tenha um sustento normativo evidente, implica também a actuação individual e concreta das administrações públicas competentes é a da classificação de actividades e instalações. Por assumir relevo particular nos ordenamentos direitos francês, italiano e europeu vamos centrar aí a nossa curta exposição.

No direito francês o tema da relação entre as *instalações classificadas* e a *protecção do ambiente* tem longa tradição⁴⁶⁰. Em termos históricos, o regime das instalações classificadas tem uma origem bastante precoce, remontando aos primórdios do século XIX, o que o torna provavelmente no mais antigo regime jurídico de regulação da poluição industrial e no antecedente mais remoto do direito ambiental pós-moderno: através do *décret* de 15 de Outubro de 1810, relativo às manufacturas e ateliers insalubres, já se fazia uma distinção entre três tipos diferentes de instalações para as quais se exigia uma autorização antes da sua abertura; mais de 100 anos depois, a lei de 19 de Dezembro de 1917, de regulamentação dos *estabelecimentos perigosos, incómodos e insalubres*, procedeu a uma regulamentação bastante densa desta matéria; em 1971 foi transferida para o Ministério do Ambiente, criado nesse

⁴⁵⁹ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III, Secção II, 3.3.

⁴⁶⁰ Sobre o direito das instalações classificadas e a sua articulação com o direito do ambiente industrial, cfr. a monografia de JEAN-PIERRE BOIVIN, *Les installations classées: traité pratique de droit de l'environnement industriel*, Le Moniteur, 2003, 2^e edition. Esta obra constitui uma espécie de manual da matéria e, mais do que isso, de direito do ambiente industrial, articulando o direito francês das instalações classificadas com o seu congénere europeu de forma notável. Para além da história do direito das instalações classificadas em França, analisa com rigor o âmbito de aplicação da legislação respectiva, a componente orgânica deste direito e leva a cabo um estudo aprofundado dos dois tipos de instalações, as sujeitas a autorização e as submetidas a declaração.

ano, a tutela dos estabelecimentos classificados, até então nas mãos do titular da pasta da indústria; em 1976 foi consagrada legalmente, através da Lei n.º 76-663, de 19 de Julho, hoje codificada nos artigos L. 511-1 e seguintes do CENV⁴⁶¹, a expressão *estabelecimentos classificados*, estendendo o regime às actividades agrícolas e fazendo uma distinção entre as instalações sujeitas a *autorização* e as que carecem de uma mera *declaração*⁴⁶².

Quanto à *nomenclatura* das instalações classificadas para protecção do ambiente⁴⁶³, ela foi definida em 1953 num decreto do *Conseil d'État* (Decreto n.º 53-578, de 20 de Maio de 1953, relativo à nomenclatura dos estabelecimentos perigosos, insalubres ou incómodos, com inúmeras alterações posteriores, nomeadamente no sentido do alargamento sucessivo das instalações sujeitas a este regime). A partir daqui a ligação entre os dois temas passou a ser mais patente, o que explica a razão pela qual vários autores franceses fazem uma ligação directa entre eles quando se referem à *polícia das instalações classificadas para a protecção do ambiente*⁴⁶⁴.

Ainda no direito francês, deve hoje efectuar-se a distinção entre o *regime geral* das instalações classificadas para a protecção do ambiente e alguns regimes especiais. Quanto ao primeiro, ele está positivado no Código do Ambiente, embora as disposições aí contidas resultem, em boa parte, daquelas previstas na lei de 1976 (Lei n.º 76-663), sujeitas a diversas alterações posteriores⁴⁶⁵ que permitiram a adaptação deste regime a algumas das novas tendências do direito do ambiente, mas sem apagar essa sua "marca" de origem⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ O regime das *instalações classificadas para a protecção do ambiente* (abreviadamente ICPE) forma hoje todo o Título Primeiro do Livro Quinto (*Prevenção de poluições, de riscos e de nuisances*) da parte legislativa do Código, constituída por sete capítulos, dos quais destacamos o segundo (instalações sujeitas a autorização ou a declaração) e o quarto (controlo e contencioso das instalações classificadas).

⁴⁶² Sobre a história do regime das instalações classificadas, cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA, *Traité...*, cit., Tome 3, p. 329. Para uma análise recente de algumas questões da jurisprudência francesa relativas às instalações classificadas, cfr. RAPHAËL SCHNEIDER, "Installations classées (Panorama de la jurisprudence)", *RJE*, n.º 1/1999, pp. 127-152.

⁴⁶³ Segundo INSERGUET-BRISSET as "nomenclaturas ambientais" traduzem-se na submissão ao regime das instalações classificadas ou a outros regimes especiais: cfr. *Droit de l'environnement*, cit., p. 186 e segs. Para uma análise prática das "nomenclaturas ambientais", cfr. ENVIRONNEMENT ENTREPRISE CONSULTANTS (ed.), *Guide des nomenclatures: Manuel pratique — nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, nomenclature eau, nomenclature déchets dangereux*, 2eme édition, 1998.

⁴⁶⁴ Cfr., por todos, MICHEL PRIEUR, *Droit de l'environnement*, cit., p. 487 e segs.

⁴⁶⁵ CHANTAL CANS e PHILIPPE BILLET informam-nos (*Code de l'environnement*, cit., p. 611) de que o Código contém apenas uma dúzia de artigos que retomam artigos ou partes de artigos da versão original da Lei n.º 76-663, de 19 de Julho de 1976, uma vez que todos os outros foram modificados, substituídos ou aditados por novas disposições. As principais modificações e aditamentos foram feitos ou trazidos pelos seguintes diplomas: a Lei n.º 85-661, de 3 de Julho de 1985, que modificou e completou a Lei n.º 76-663, em matéria de sanções penais; Lei n.º 92-646, de 13 de Julho de 1992, relativa à eliminação de resíduos; Lei n.º 92-654, de 13 de Julho de 1992, sobre o controlo de utilização e à disseminação de organismos geneticamente modificados; a Lei n.º 93-3, de 4 de Janeiro de 1993, disciplinadora das pedreiras; a Lei n.º 95-101, de 2 de Fevereiro de 1995, de reforço da protecção do ambiente; e a Lei n.º 2003-669, de 30 de Julho de 2003, da prevenção de riscos tecnológicos e naturais e reparação dos danos.

⁴⁶⁶ Os mesmos CHANTAL CANS e PHILIPPE BILLET salientam (*ob. cit., loc. cit.*) como esta matéria é uma daquelas onde "aparece mais claramente um dos maiores defeitos que apresenta a codificação": a ausência da possibilidade de "rastrear" dos textos codificados, "uma vez que a compreensão de uma disposição exige muitas vezes que a pudéssemos recolocar no seu contexto histórico".

A *nomenclatura* das instalações classificadas está prevista no art. L. 511-2 CENV, embora na prática esteja fixada, em aplicação do art. 44.º do décret n.º 77-1133, de 21 de Setembro de 1977, no anexo I do décret n.º 53-578, de 20 de Maio de 1953, relativo à nomenclatura dos estabelecimentos perigosos, insalubres e incómodos. Esta nomenclatura pode ser definida como “um catálogo exaustivo de projectos, actividades, trabalhos e produtos para os quais se fixa o regime jurídico aplicável”, constituindo, na prática, um importante instrumento de protecção do ambiente, uma vez que da *subsunção* de uma actividade numa determinada categoria resulta a aplicação de um regime específico de tutela ambiental⁴⁶⁷. Esta subsunção não é uma pura operação lógico-dedutiva, revelando a importância da mediação administrativa concreta.

O cerne do regime geral das instalações classificadas passa pela distinção entre as instalações sujeitas a *autorização* e as que estão submetidas a *declaração*, em função da maior ou menor perigosidade e susceptibilidade de provocar poluição, havendo ainda que acrescentar as instalações *Seveso*, isto é, aquelas que apresentam graves riscos de explosão e estão sujeitas ao regime instituído pela directiva comunitária conhecida por “Directiva Seveso”⁴⁶⁸.

O regime das instalações classificadas tem um enorme impacto na actuação administrativa individual e concreta, também quanto à profunda imbricação da autorização nesta disciplina. A autorização de uma instalação classificada é sempre acompanhada de prescrições técnicas, não só a preverem as medidas anti-poluição a tomar nomeadamente em relação aos seus limites, mas também a indicar os métodos de análise e de medição que permitam controlar os efeitos ambientais da instalação, bem como definir as condições de exploração da instalação em caso de disfuncionamento ou paragem momentânea. Estas prescrições são em regra determinadas pelo prefeito, mas o ministro do ambiente dispõe de um poder de fixar regras gerais ou prescrições técnicas por decreto (art. L. 512-5 CENV)⁴⁶⁹.

Os regimes de fiscalização e sancionamento revelam-se decisivos para assegurar o respeito e cumprimento do regime das instalações classificadas, estando previstas regras sobre o assunto e havendo “inspectores das instalações classificadas”.

No que tange aos regimes especiais, além da nomenclatura das instalações classificadas para protecção do ambiente, existem hoje outras nomenclaturas ambientais, ficando os estabelecimentos que nelas se subsumem fora da alçada do regime geral das instalações classificadas para protecção do ambiente. É o que acontece com as actividades classificadas no âmbito do regime da *polícia da água*: a Lei n.º 92-3, de 3 de Janeiro de 1992 (Lei

⁴⁶⁷ INSERGUET-BRISSET, além de fornecer a definição avançada no texto, autonomiza a categoria das *nomenclaturas ambientais*, com grande destaque para a nomenclatura das instalações classificadas para protecção do ambiente no estudo a que procede dos *mecanismos das polícias ambientais*. Cfr. *Droit de l'environnement*, cit., pp. 187-192.

⁴⁶⁸ O nome resulta da cidade italiana de Seveso onde, em 1976, ocorreu uma explosão numa fábrica que provocou danos ambientais gravíssimos, em especial em termos da poluição atmosférica resultante da difusão de dioxina, produto altamente cancerígeno.

⁴⁶⁹ Sobre estas “regras gerais” do ministro, cfr. PRIEUR, que põe em evidência (*Droit de l'Environnement*, cit., p. 499 e seg.) as suas finalidades de homogeneização e uniformização, pois foram uma forma de “pôr fim à desordem dos textos existentes e de fixar regras nacionais mínimas com vista a assegurar um alto nível de protecção do ambiente tendo por base a utilização das melhores tecnologias disponíveis a um custo economicamente aceitável”.

da Água)⁴⁷⁰ submete a autorização ou a declaração prévia as IOTA (“Installations, ouvrages, travaux et activités”) realizadas com fins não domésticos que, sem estarem sujeitas ao regime das instalações classificadas, tenham um impacte sobre as águas superficiais ou subterrâneas ou sobre a fauna piscícola de um dos tipos descrito no art. L. 214-1 e 2 do CENV. Também aqui estão previstos dois regimes diferentes, de submissão a autorização ou a declaração, consoante o grau de perigosidade da instalação.

Além deste regime e respectiva nomenclatura é ainda de realçar a nomenclatura dos *produtos químicos e biocidas*, por remissão para os diplomas comunitários (cfr. artigos L-522-2 e 3 do CENV); e a nomenclatura relativa à *polícia do ruído* (a qual, apesar de estar prevista na Lei n.º 92-1944, de 31 de Dezembro de 1992, relativa à luta contra o ruído, em disposições acolhidas no art. L-571-6 do Código do Ambiente, carece em larga medida dos decretos de aplicação⁴⁷¹).

Também em Itália existe um regime de *classificação das actividades poluentes* com bastantes semelhanças relativamente ao seu congénere francês, aplicável a certas actividades em função da sua especial perigosidade ou dos problemas que podem suscitar em termos de segurança, saúde pública, salubridade, protecção do ambiente, etc.

O regime tem também raízes muito antigas, sendo habitualmente referidos dois diplomas legais da primeira metade do século xx como referências em sede de actividades classificadas, com algumas regras que ainda hoje são válidas e que serviram de modelo para muitas outras que foram entretanto ditadas nesses ou em outros domínios:

– a *lei de segurança pública*, de 1931 (Regio Decreto n.º 337, de 18 de Junho de 1931, que aprova o *texto único da lei de segurança pública*), a qual contém nos seus artigos 63.º a 67.º normas sobre *indústrias perigosas* e profissões ou ofícios (“mestieri”) ruidosos e incómodos sendo de destacar, no art. 63.º, a classificação das substâncias que apresentem perigo de explosão ou de incêndio;

– a *lei sanitária* de 1934 (Regio Decreto n.º 1265, de 27 de Julho de 1934, que aprova o *texto único da lei sanitária*), estabelecendo regras sobre a organização dos serviços sanitários, sobre o exercício de profissões e actividades sujeitas a vigilância sanitária e, no que mais nos interessa, sobre a *higiene do solo e dos aglomerados populacionais* (Título III). O Capítulo III deste título é dedicado aos trabalhos ou *indústrias insalubres*, determinando-se no art. 216.º que “As manufacturas ou fábricas que produzam vapor, gás ou outras exalações insalubres ou que possam resultar de outro modo perigosas para a saúde dos habitantes são indicadas num elenco dividido em duas classes”.

Em termos da actuação administrativa concreta, sublinha-se o papel do acto de *inscrição* de uma indústria insalubre numa das duas classes previstas, através de decisão ministe-

⁴⁷⁰ Regime hoje codificado no art. L. 214-1 e 2 do CENV, sendo também relevantes os decretos n.ºs 92-742, de 29 de Março de 1993, relativo aos procedimentos de autorização e declaração previstos no artigo 10.º da Lei n.º 92-3, de 3 de Janeiro de 1992, sobre a água; e 93-743, de 29 de Março de 1993, que estabelece a nomenclatura das operações submetidas a autorização ou a declaração, em aplicação do artigo 10.º da Lei n.º 92-3 (ambos modificados pelo Decreto n.º 99-736, de 27 de Agosto).

⁴⁷¹ INSERGUET-BRISSET refere a pura e simples ausência de decreto de aplicação do *Conseil d’État (Droit de l’environnement, cit., p. 190)*; todavia, CHANTAL CANS/PHILIPPE BILLET dão-nos conta (*Code de l’environnement, cit., p. 808*) da publicação de alguns decretos de aplicação destas normas.

rial⁴⁷². Acto que se revela de grande significado prático, já que dessa inscrição ou matrícula resultava a submissão ao regime especial previsto naquele art. 216.º e aos preceitos que o vieram a concretizar.

Apesar da antiguidade deste regime, em 2000 Paolo Dell'Anno informava-nos⁴⁷³ de que a jurisprudência administrativa e penal considerava ainda vigente a disciplina sanitária das indústrias insalubres, em relação a aspectos residuais de poluição não regulados em leis especiais. Todavia, com a instituição do balcão único para as actividades produtivas — com a previsão de um único procedimento autorizativo para os perfis urbanístico, ambiental, sanitário e de segurança — todas as suas normas foram paulatinamente ficando sem aplicação, à medida que as regiões e os entes locais foram cumprindo o seu mandato no sentido de racionalizar e unificar todo o sistema regulador das actividades produtivas, para que não existam espaços em branco onde seja ainda necessário recorrer às “velhas” normas.

A partir da década de oitenta do século passado, a matéria da classificação das actividades poluentes vai ser profundamente marcada pela influência comunitária, mais precisamente pela Directiva Seveso I (Directiva 82/501/CEE, do Conselho, de 24 de Maio de 1982, sobre riscos de acidentes graves de certas actividades industriais), a qual teve grandes repercussões em Itália, uma vez que se considerou que ela veio integrar o já velho regime normativo dos estabelecimentos insalubres e perigosos.

Uma vez que estamos centrados no primeiro período do direito ambiental, importamos por ora o primeiro dos diplomas comunitários⁴⁷⁴, deixando de lado a Directiva “Seveso II” (Directiva 96/82/CE, relativa ao controlo dos perigos associados a acidentes graves que envolvem substâncias perigosas).

No que toca à transposição da Directiva Seveso I para o direito transalpino, o primeiro diploma normativo a fazer-lhe referência é o Decreto do Ministério do Ambiente de 27 de Novembro de 1987 (“Averiguação nacional com o fim de avaliar a compatibilidade ambiental das instalações químicas com risco de acidente relevante e das indústrias insalubres de segunda classe”), que recorre expressamente à definição da Directiva de acidente relevante (art. 1.º do Decreto). Todavia, o diploma central de transposição da Directiva Seveso I foi o d.p.r. n.º 175/1998, de 17 de Maio (“Transposição da Directiva CEE n. 82/501, relativa aos riscos de acidente relevante conexos com determinadas actividades industriais (...)”)⁴⁷⁵ que

⁴⁷² Originariamente do Ministro da Saúde, que teria transitado para o Ministro do Ambiente com a criação deste, embora a questão não seja pacífica, já que tanto na doutrina como na jurisprudência se defendeu a manutenção da competência do Ministro da Saúde para tal inscrição, o que foi confirmado com a emissão de actos com tal conteúdo, por este último, muito depois da instituição do ministério do ambiente: na doutrina cfr., por todos, G. AMENDOLA, *Lezioni di legislazione ambientale*, Rimini, 1986, p. 64 (*apud* DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 215, n. 92); na jurisprudência vide o Acórdão TAR Toscana n.º 1016, de 11 de Julho de 1988 (RGA, 1988, p. 686).

⁴⁷³ Cfr. *Manual...*, cit., p. 216.

⁴⁷⁴ Sobre o regime dos acidentes industriais graves e os efeitos do regime comunitário em Itália, cfr. CHRISTIAN KIRCHSTEIGER, “Il rischio industriale nell’Unione europea”, RGA, anno XV, n.º 2, Marzo-Aprile 2000, pp. 227-248. Neste artigo analisa-se a estratégia da UE quanto à gestão do risco industrial, e apesar de o estudo se centrar antes de mais na “nova” Directiva, são também analisados os resultados da aplicação da Directiva Seveso I nos 15 Estados membros de então (p. 246 e seg.).

⁴⁷⁵ Posteriormente modificado por uma longa série de decretos-lei, todos publicados ainda na vigência da Directiva “Seveso I”: n.º 618/94, de 7 de Novembro; n.º 2/95, de 7 de Janeiro; n.º 65/95, de 9 de Março; n.º 160/95, de 10 de Maio; n.º 271/95, de 7 de Julho; n.º 371/95, de 7 de Setembro; n.º 5/96, de 8 de Janeiro; n.º 111/96, de

visa “a prevenção de acidentes relevantes que possam ser causados por determinadas actividades industriais e a limitação das suas consequências para o homem e para o ambiente” (art. 1º).

Quanto à Directiva “Seveso I” é certo que o seu acento tónico, como resulta do próprio preâmbulo, é colocado na prevenção da poluição e de acidentes (“a melhor política consiste em evitar, desde o início, a criação de poluição ou de perturbações” e “as possibilidades de acidente”) e que está por detrás da mesma o objectivo de prestar “uma atenção especial a *certas actividades industriais* susceptíveis de causar acidentes graves”, estando antes de mais na mira do legislador comunitário as “actividades industriais que envolvam ou possam envolver substâncias particularmente perigosas”. Todavia, na medida em que apenas as actividades industriais (e as armazenagens) previstas nos anexos⁴⁷⁶ estão sujeitas ao regime relativo aos riscos de acidentes graves instituído pela Directiva, pode considerar-se que há aqui uma *classificação* de tais actividades para efeitos de as submeter a um regime especial. Que passa, entre outras notas, pela obrigação dos industriais responsáveis por tais actividades tomarem “todas as medidas que se imponham para prevenir os acidentes industriais graves e limitar as suas consequências no homem e no ambiente”.

Em suma e em conclusão, a definição de regimes legais de classificação de actividades e instalações poluentes ou potencialmente causadoras de danos ambientais é a base para a prática de diversos actos administrativos de execução, com destaque para as inscrições e para as autorizações, bem como para actividades materiais de acompanhamento através da inspecção, fiscalização e controlo e, ainda, da aplicação de sanções aos infractores.

2.4.3.4. Declarações com efeitos jurídicos específicos

Outro expediente através do qual as administrações públicas nacionais exercem os seus poderes para prover à tutela do ambiente em relação a situações concretas tem a ver com actos declarativos, produtores de efeitos jurídicos específicos directa ou indirectamente orientados para a protecção do ambiente.

Para além da classificação de actividades e instalações, que passa entre outros actos pela atribuição de uma nomenclatura específica a tais actividades ou instalações, pode referir-se a *dominialização dos recursos naturais* como técnica utilizada com finalidades de tutela ambiental, que tem merecido atenção particular no país vizinho⁴⁷⁷. A titularidade estatal sobre o domínio público não deve ser concebida como uma fórmula estática e vazia de conteúdo, comportando mandados positivos ao nível da defesa da integridade de tais bens, da garantia do seu uso público e da preservação dos valores paisagísticos⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ As indústrias tradicionalmente consideradas mais “pesadas”, como as de produção ou transformação de *substâncias químicas*, de destilação ou refinação de petróleo ou produtos petrolíferos, de transformação de gás produtor de energia, de destilação do carvão e da lenhite, entre outras.

⁴⁷⁷ No direito espanhol, MENÉNDEZ REXACH considera a “declaração como domínio público de determinados recursos” uma *técnica preventiva de ordenação* característica do Direito Administrativo e que pode ter especial relevo na protecção do meio ambiente (“Protagonismo del Derecho Administrativo...”, cit., p. 75 e segs.); BLANCA LOZANO CUTANDA, pelo seu lado, subsume a “dominialização de recursos naturais” nas *técnicas de regulação, limitação e controlo* (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 290 e segs.).

⁴⁷⁸ Neste sentido, cfr. MENÉNDEZ REXACH, “Protagonismo del Derecho Administrativo...”, cit., p. 77.

Num importante aresto nesta matéria, o TC espanhol decidiu — com inteira pertinência, em nosso entender — que a incorporação de um bem no domínio público “supõe não tanto uma forma específica de apropriação por parte dos poderes públicos, mas antes uma técnica dirigida primordialmente a *excluir o bem afectado do tráfico jurídico privado*, protegendo-o desta exclusão mediante uma série de regras exorbitantes das que são comuns no tráfico *iure privato*”⁴⁷⁹.

A pertinência da técnica da dominialização de bens ao nível da tutela ambiental pode ser evidenciada de acordo com as conclusões a que o TC espanhol chegou na mesma sentença: a inclusão de bens no domínio público está vinculada à “satisfação de necessidades colectivas primárias, como, por exemplo, a garantida pelo art. 45.º da Constituição”⁴⁸⁰. E mais: de acordo com o entendimento da jurisprudência e da doutrina, entre as finalidades que podem *justificar* a declaração do bem como público está a garantia do seu aproveitamento racional tendo em vista a sua preservação, sendo esta finalidade uma das prioritárias⁴⁸¹. Este regime de protecção deve ser articulado com a possibilidade do seu *uso* e *desfrute* por todos os cidadãos, pois está-se dessa forma a efectivar o seu direito ao ambiente, constitucionalmente protegido — independentemente das dúvidas quanto ao exacto sentido dessa fórmula.

Na medida em que o principal desiderato da declaração de um bem como fazendo parte do domínio público é, como vimos, a sua subtracção ao comércio jurídico privado, o domínio público configura-se como um título poderoso de intervenção que permite aos poderes públicos um controlo máximo sobre as condutas daqueles que possam ameaçar a qualidade do bem com a sua utilização.

Uma vez que pretendemos circunscrever a nossa análise às formas e instrumentos jurídicos destinados à tutela do ambiente natural abstemo-nos de entrar em considerações sobre as múltiplas declarações com efeitos jurídicos específicos ao nível do direito de defesa do património cultural, comuns a todas as ordens jurídicas que temos vindo a analisar.

2.4.3.5. Aprovação das associações de defesa do ambiente

Em face do extraordinário papel que, no direito ambiental, é desempenhado pelo movimento associativo, em consonância com a incontornável dimensão colectiva e comunitária do interesse ambiental e dos mecanismos legalmente instituídos para a sua tutela, julgamos conveniente deixar uma brevíssima nota sobre a prática de um acto administrativo que, nalguns direitos europeus continentais, assume neste domínio destaque indiscutível: referimo-nos à necessidade da *aprovação* das associações ambientalistas para que elas possam exercer os amplos poderes que a lei lhes reconhece.

⁴⁷⁹ Cfr. Sentença n.º 227/88, de 29 de Novembro, onde se declara a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei das Águas então vigente (Lei n.º 29/1985, de 2 de Agosto).

⁴⁸⁰ Para além desta vinculação, é ainda sublinhado no mesmo aresto: “O bem do domínio público é assim, antes de tudo, *res extra commercium* e a sua afectação (...) pode perseguir diversos fins: tipicamente, assegurar o uso público e a sua distribuição pública mediante concessão dos aproveitamentos privados, permitir a prestação de um serviço público, fomentar a riqueza nacional (...), garantir a gestão e utilização controlada ou equilibrada de um recurso essencial (...)” ..

⁴⁸¹ Cfr., por todos, BLANCA LOZANO CUTANDA (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 291), em comentário à referida Sentença do Tribunal Constitucional.

Tomando o direito francês por modelo para uma curta explicação deste instrumento, diremos que na ordem jurídica gaulesa as associações estão sujeitas a um procedimento prévio de aprovação ("*agrément*"), só podendo aquelas exercer os poderes de que dispõem, em termos jurídicos, se forem associações "*agrées*". O procedimento em causa compreende-se e justifica-se, na medida em que as associações não podem ser vistas como entidades que gozam apenas de poderes, direitos ou faculdades, mas também de deveres, em especial *deveres de colaboração* com a Administração no desenvolvimento da acção pública ambiental e, desta forma, de protecção e promoção do ambiente⁴⁸².

O *agrément*, que traduzimos por *aprovação*, segundo Venezia/Gaudemet⁴⁸³ é um *acto administrativo* (emitido pelo prefeito para as associações locais, pelo prefeito da Região para as associações regionais e interdepartamentais e pelo Ministro da Ecologia, nos restantes casos) que possui uma série de características comuns com a *autorização*, nomeadamente ao reservar um poder de apreciação mais ou menos lato para a autoridade administrativa decidente. No entanto, há três características próprias do *agrément* que permitem distingui-lo da autorização, pelo menos quando esta é concebida no seu sentido clássico: o facto de atribuir *vantagens* que o seu beneficiário não teria sem esse acto (capacidade jurídica, vantagens financeiras e prerrogativas de poder público); a circunstância de permitir à Administração assegurar o concurso do sector privado no exercício das suas funções (reconhecimento administrativo da contribuição de associações privadas na realização do interesse público), ao passo que na autorização está apenas garantida a compatibilidade com o interesse geral; e a possibilidade de ele ser instituído sem a intervenção do legislador.

Desta forma, as associações regularmente constituídas que exerçam as suas actividades estatutárias no domínio da protecção ambiental uma vez aprovadas pelo procedimento de *agrément* participam na acção pública relativa ao ambiente, nomeadamente ao nível da *informação e participação* do público nas decisões com relevância ambiental, do exercício de competências técnicas especializadas, de gestão dos espaços naturais protegidos, sendo-lhes ainda atribuída legitimidade para exercerem os direitos reconhecidos à parte civil em acções por danos ambientais⁴⁸⁴ e, hoje em dia, legitimidade para a impugnação de actos

⁴⁸² O que leva por exemplo INSERGUET-BRISSET a definir o *agrément* como "o reconhecimento administrativo da contribuição de pessoas privadas na realização do interesse geral" (*Droit de l'environnement*, cit., p. 24).

⁴⁸³ *Traité de Droit Administratif*, L.G.D.J., Tome 3, 6^e édition, 1997, p. 27 e seg. Sobre este procedimento ver, na legislação, a Lei n.º 76-629, de 10 de Julho de 1976, relativa à protecção da natureza; a Lei n.º 76-1285, de 31 de Dezembro de 1976 sobre reformas do urbanismo; a Lei n.º 95-101, de 2 de Fevereiro de 1995, relativa ao reforço da protecção do ambiente; e o Decreto n.º 96-625, de 9 de Julho de 1996, relativo às acções em representação conjunta das associações aprovadas de protecção do ambiente. Até à Lei n.º 95-101 havia três regimes diferentes de *agrément*, mas esta lei unificou-os num só, entretanto codificado no art. L. 141-1 do CENV. Um primeiro balanço sobre a lei que criou o procedimento de "aprovação" das associações de protecção do ambiente (a citada Lei n.º 76-629) pode ser visto em MICHEL PRIEUR, "L'Agreement des Associations de Protection de l'Environnement et du cadre de vie, procédure et bilan provisoire", in: JEAN-CLAUDE HELIN/RENÉ HOUSTIQUO (dir.), *Les Associations, l'Environnement et le Droit*, Economica (Travaux et Recherches — Série Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Nantes), Paris, 1984, pp. 41-57. Em 1983 já havia 5.000 associações ambientais em sentido estrito aprovadas e 15.000 de urbanismo.

⁴⁸⁴ Esse direito está hoje acolhido no Código do Ambiente (art. L. 142-2), concretizando-se num direito ao ressarcimento nas acções por danos ambientais. Sobre o tema, com inúmeras referências jurisprudenciais, cfr. CHANTAL CANS/PHILIPPE BILLET, *Code de l'Environnement*, cit., p. 79 e segs.

administrativos⁴⁸⁵.

Como avançámos, as disposições sobre a aprovação das associações de defesa do ambiente constam hoje do Código do Ambiente⁴⁸⁶: o Título IV do Livro Primeiro (“Disposições comuns”), intitulado “Associações de defesa do ambiente” dedica o seu Capítulo I ao *agrément* destas associações, regulando as condições de obtenção da aprovação, o procedimento respectivo e as obrigações das associações aprovadas.

As associações aprovadas não gozam apenas de direitos e prerrogativas, mas também de deveres: têm de entregar à autoridade que concedeu a aprovação, em cada ano, um relatório associativo e um relatório financeiro (art. R. 141-19 do CENV). Para além disso, estão disciplinadas no artigo seguinte da parte regulamentar do código as condições em que a aprovação pode ser revista ou revogada pela Administração, designadamente quando as associações deixem de satisfazer as condições da outorga desse estatuto.

2.4.3.6. Actividades materiais de fiscalização

Para além da prática de actos de autoridade aplicáveis aos particulares, com saliência para os operadores de instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais, a Administração Pública dispõe também de poderes que lhe permitem o acompanhamento das actividades e instalações poluidoras, traduzidos maioritariamente em acções materiais mas que também podem verter-se na prática de actos administrativos. Referimo-nos às actividades de inspecção, vigilância, fiscalização e controlo (em sentido estrito, isto é, controlo *ex post* ou sucessivo), para as quais utilizaremos, no seu sentido genérico, o termo fiscalização⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Tal situação não se verificava até ao ano de 1995, como se pode ver no nosso *Tutela Ambiental...*, cit., p. 230 e seg. Nesse ano, todavia, a Lei n.º 95-101, de 2 de Fevereiro, relativa ao reforço da protecção do ambiente, veio disciplinar — nas “disposições relativas à participação do público e das associações em matéria de ambiente” (Título I) — o “*agrément* das associações de protecção do ambiente” (Capítulo II), atribuindo uma série de direitos e prerrogativas às associações aprovadas, que foram entretanto codificadas no Código do Ambiente francês e a que aludiremos no texto. Quanto à legitimidade de acesso ao contencioso administrativo cfr. o art. L. 142-1 do CENV.

Em relação ao reforço das prerrogativas administrativas e contenciosas das associações aprovadas, cfr. J. MORAND-DEVILLER, “Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique”, *RFDA*, 2/1996, pp. 218-227 (pp. 225-227); sobre o papel das associações ambientalistas ao nível jurisprudencial, cfr. BENOIST BUSSON, “Le mauvais procès des recours des associations: faux arguments et vraies menaces”, *RJE*, n.º 1/2001, pp. 59-71. Entre muitos outros aspectos, o Autor põe em evidência o papel destas associações na ajuda a dar efectividade ao direito do ambiente, “forçando” a sua aplicação por parte dos poderes públicos.

⁴⁸⁶ É de salientar que a grande maioria destas disposições pertence à *parte regulamentar* do Código: cfr. os respectivos artigos R-141-1 e seguintes.

⁴⁸⁷ A doutrina espanhola distingue a actividade de *vigilância* da de *inspecção* considerando que a primeira é uma actividade *material* de observação e de controlo de actividades privadas, ao passo que a segunda assume um carácter formal mais patente, estando subordinada à finalidade de verificar o cumprimento de deveres ou obrigações e de proibições ou limitações, traduzindo a nota do exercício da *autoridade* característica dos instrumentos jurídico-administrativos e, por isso mesmo, estando reservada aos funcionários públicos e subordinada a princípios jurídicos (correspondentes a garantias dos administrados) de observância necessária — como acontece com os princípios da *contradição* e *defesa*, da *proporcionalidade*, da *imparcialidade* ou do respeito pelo *direito à intimidade* e à *inviolabilidade do domicílio*, bem como ao *dever de sigilo*: neste sentido, SANCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 635-638.

Quanto à expressão *controlo administrativo*, e como resulta inequivocamente da linguagem que temos usado, ela tem à partida um sentido mais amplo, abrangendo a maior parte dos instrumentos clássicos do direito de ordenação, sendo também hoje utilizada para referir as formas de auto-controlo desenvolvidas pelas próprias comunidades reguladas, designadamente (ao nível ambiental) os sistemas de gestão ambiental, as auditorias

Por *fiscalização administrativa* entendemos, nestes termos, as acções desenvolvidas pela Administração Pública no sentido de vigiar o cumprimento das normas e respectivos deveres, obrigações e proibições que impendem sobre os administrados, no nosso caso ao nível da protecção do ambiente. No direito do ambiente estas actividades estão, por via de regra, disciplinadas nas leis sectoriais, isto é, ao nível do direito especial do ambiente.

A garantia da execução e da eficácia das estratégias do direito administrativo do ambiente passa, como é evidente, pelo seu cumprimento por parte dos destinatários das normas e dos institutos desse direito, ou seja, pela observância dos deveres e obrigações impostos pelas leis, pelos regulamentos, pelas determinações expressas pela administração nos seus instrumentos de planificação, nas autorizações, nas ordens, pela obediência àquilo a que os próprios operadores se comprometeram nas declarações dirigidas à Administração, no fundo pelo cumprimento de todos os trâmites, vínculos, actividades e exigências estabelecidas no ordenamento jurídico-ambiental.

Assim se compreende como os meios e formas de fiscalização e controlo das acções com relevância ambiental se afirmaram como uma peça fundamental do direito ambiental de primeira geração. De facto, o poder administrativo de fiscalização, ligado aos poderes administrativos de *vigilância* e *inspecção* de que a Administração ambiental está dotada, constitui também uma forma de comando directo de condutas ambientalmente relevantes. Não obstante, a sua função principal acaba por ser uma função de preparação e ajuda, em especial dos controlos de abertura, de funcionamento e de repressão da responsabilidade da Administração ambiental.

Afirmámos já que a matéria em apreço tem a sua regulação nas diferentes disciplinas ambientais sectoriais, não havendo em regra previsão de um regime geral a este nível. Mesmo em França, as normas que encontramos a este respeito ao longo do Código do Ambiente confirmam esta asserção: no Livro Primeiro, contendo as "Disposições comuns", não descortinamos preceitos sobre o tema, mas vamos encontrá-los ao longo de alguns dos outros livros do Código, a propósito da regulação dos *meios físicos* (no Título II do Livro Segundo, sobre "Ar e Atmosfera", cujo capítulo I é dedicado à *fiscalização* da qualidade do ar e, sobretudo, no Capítulo VI, sobre *controlo e sanções*), da *fauna e flora* (no Livro Quarto,

privadas, a certificação e a acreditação tanto por instituições públicas como por entidades privadas.

Desenvolvidamente sobre a *noção de controlo* cfr. GIANNINI, "Controllo. Nozioni e Problemi", *RTDP*, Anno XXIV (1974), Fasc. 4, pp. 1263-1283: depois de definir *controlo em sentido (muito) amplo*, numa noção que serve a diversas ciências, como a "verificação da regularidade de uma função própria ou alheia" entra numa classificação dos diversos sentidos da expressão: controlo no sentido de *manobra* (exercício) *administrativa* (p. 1266 e seg.); no sentido de *direcção* (p. 1267 e seg.); controlo de *polícia*, onde está em causa a observância das prescrições estabelecidas no interesse de todos os elementos da colectividade (p. 1268 e seg.); controlo como acto de *certeza pública*, em relação a instrumentos de peso, de medida, mapas, representação gráfica do solo, etc. (p. 1269 e seg.); como *poder conformativo*, o qual tem a sua base no controlo de polícia mas assume um âmbito mais amplo, orientando-se para o exercício do poder de conformação pública, referindo expressamente os casos do "controlo anti-poliuição" e o "controlo do solo e das habitações" (p. 1270 e seg.); controlo *judicial* (pp. 1271-1273); controlo como *acto de participação procedimental*, com o fim de formação da decisão, ou seja, como momento ou trâmite de um procedimento (pp. 1273-1276); o chamado controlo *substitutivo*, embora para o Autor não seja verdadeiro controlo, mas sim uma forma de satisfação de interesses substanciais (p. 1276), considerações que valem igualmente para o controlo *sobre os órgãos* (p. 1276 e seg.). Concluindo que, no mundo do direito, quando se fala em controlo se pretende aludir ao *controlo como procedimento de verificação*, isto é, ao controlo dirigido à *verificação da regularidade de funções* (pp. 1278-1280).

cujo capítulo I do Título I regula a preservação e *fiscalização* — sendo ainda relevantes a subsecção II da Secção I do Capítulo II e a secção IV do Capítulo III) e, finalmente, na regulamentação da “prevenção de poluições, riscos e outras perturbações”, da qual se ocupa o Livro Quinto (o Título I, sobre instalações classificadas para a protecção do ambiente, contém um capítulo, o IV, disciplinador do *controlo* e contencioso das instalações classificadas; e o Título III, dedicado aos organismos geneticamente modificados, aplica o seu Capítulo V ao tema do *controlo e sanções administrativas*).

Na Alemanha há diversas disposições com atribuição de poderes correspondentes às autoridades administrativas nas diversas leis ambientais: na BImSchG, seja no que toca à determinação das emissões e imissões provenientes de instalações (§§ 26 a 31), no que respeita ao controlo e melhoria da qualidade do ar (§§ 44 a 47) e, ainda, quanto ao controlo “geral” no sector da protecção das imissões (§ 52); na AtG, a fiscalização estadual sobre o uso pacífico da energia nuclear (§ 19); na ChemG, o controlo jurídico das substâncias químicas (§ 21); na KrW-/AbfG prevê-se o controlo no sector do evitamento (prevenção), valorização e eliminação de resíduos (§§ 40 e segs.); e na WHG (§ 21) o controlo jurídico da economia da água⁴⁸⁸.

Também em Espanha, apesar do grande relevo de tais matérias, não existe uma sua regulação básica e geral, apesar de a inspecção e fiscalização ambientais levantarem problemas específicos, *maxime* no que se refere ao acesso às instalações, à informação a disponibilizar pelas empresas e suas instalações, à realização de inspecções, etc.⁴⁸⁹.

Pode dizer-se que Itália foge um pouco a esta disciplina sectorial da fiscalização ambiental, na medida em que a lei orgânica do Ministério do Ambiente (lei n.º 349/1986) contém, no seu art. 8.º, diversas disposições relevantes nesta sede, permitindo que o Ministério se faça valer dos *serviços técnicos do Estado* para o exercício das funções previstas na lei, bem como da *Unità Sanitarie Locali* (n.º 1), dando-lhe igualmente poder para determinar verificações técnicas sobre o estado de poluição da atmosfera, das águas e do solo e sobre o estado de conservação do ambiente natural (n.º 2). O n.º 4 deste art. 8.º determina que para a *vigilância*, prevenção e repressão das violações que se traduzam em danos ambientais o Ministro recorra ao *Nucleo Operativo Ecologico dell’Arma dei Carabinieri* e ao *Corpo Florestal dello Stato*.

⁴⁸⁸ Sobre estas previsões legais sectoriais relativas ao controlo administrativo das actividades ambientalmente relevantes, cfr. BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 649.

⁴⁸⁹ Neste sentido, cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 2005, p. 50. O Autor ressalva (p. 51) a excepção da legislação sobre informação ambiental, uma das matérias mais sensíveis destas actuações administrativas. Especificamente sobre os poderes de *vigilância* e *inspecção* das actividades industriais, cfr. INMACULADA REVUELTA PÉREZ, “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales”, *RDUMA*, n.º 185 (Abril-Mayo 2001), pp. 111-156 — que, depois de sublinhar a grande importância da *inspecção ambiental*, pronuncia-se de forma crítica em relação à sua falta de evolução, a qual tem ocorrido apenas por influência do direito comunitário. A Autora mostra-nos a abordagem tradicional da inspecção a qual, apesar de estar contida nos artigos 34.º a 37.º do RAMINP, se caracterizava, antes de mais, pela sua *dispersão*, em face do seu desenvolvimento através das diversas normas sectoriais. Quanto à *progressiva intervenção do sector privado* na actividade inspectora ambiental, cfr. BERNARD-FRANK MACERA, “La problemática de la asunción de la inspección administrativa por entidades privadas (Especial referencia al sistema de vigilancia ambiental de las actividades industriales)”, in: F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., Tomo II, pp. 1605-1623.

As províncias têm também importantes poderes de fiscalização, nomeadamente os que resultam da Lei n.º 61/94, de 21 de Janeiro, diploma aplicável, de acordo com o seu art. 1.º (entre muitas outras matérias), à recolha sistemática, publicação de dados e monitorização da situação ambiental, ao *controlo dos fenómenos de poluição* e dos factores de risco, ao controlo dos factores físicos, químicos e biológicos de poluição, ao *controlo ambiental* das actividades conexas com o uso da energia nuclear e ao controlo em matéria de protecção de radiações. É sobretudo significativo, para os nossos propósitos, assinalar que a lei atribui importantes funções de controlo e vigilância às províncias, desenvolvidas por intermédio das estruturas técnicas provinciais da agência regional (ARPA) respectiva. O seu art. 3.º alude à prossecução de *actividades técnicas* de prevenção, *vigilância e controlo* ambiental por parte das agências regionais (e das províncias autónomas de *Trento* e de *Bolzano*).

Quanto ao direito europeu nota-se igualmente aí a extensa previsão, nas directivas ambientais dos anos setenta e oitenta do século passado, de *poderes de vigilância, inspecção, controlo e fiscalização* das autoridades competentes dos Estados-membros. A lista poderia ser extensíssima, pelo que nos centraremos, no essencial, em directivas já citadas: a Directiva n.º 75/439/CEE, do Conselho, de 16 de Junho de 1975, relativa à eliminação dos óleos usados, prevê no art. 12.º o *controlo periódico* pela administração competente das empresas autorizadas para a eliminação dos óleos usados, controlo que deve incidir, em especial, no cumprimento das condições da autorização; na Directiva n.º 76/464/CEE a importância dos poderes de vigilância das autoridades nacionais resulta, ainda que de forma indirecta, do art. 13.º: entre as informações que os Estados-membros deverão fornecer à Comissão, a pedido desta, para efeitos de aplicação da Directiva, contam-se “os resultados da vigilância efectuada pela rede nacional”⁴⁹⁰; a Directiva n.º 78/319/CEE, do Conselho, de 2 de Março de 1978, relativa aos resíduos perigosos, dá grande importância aos poderes de controlo e fiscalização das autoridades nacionais, devendo os Estados-membros designar ou estabelecer a ou as autoridades competentes encarregadas da fiscalização das operações de eliminação dos resíduos tóxicos e perigosos (art. 6.º) e controlar as empresas que procedem ao transporte destes resíduos (art. 9.º, n.º 1, *in fine*), prescrevendo ainda o art. 15.º a sujeição ao controlo e fiscalização por parte das autoridades competentes de qualquer instalação, estabelecimento ou empresa que produza, detenha ou elimine resíduos tóxicos e perigosos; a Directiva n.º 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979 (protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas), coloca as actividades de fiscalização e controlo no âmago do sistema de protecção (cfr., em especial, os seus artigos 8.º, 9.º e 13.º); na Directiva n.º 82/883/CEE, do Conselho, de 3 de Dezembro de 1982 (*modalidades de vigilância e de controlo* dos meios afectados por descargas provenientes da indústria de dióxido de titânio) o relevo dos procedimentos em apreço resulta do próprio título do diploma, devendo a imersão, armazenagem, depósito e injeção dos resíduos provenientes desta indústria serem acompanhados de *operações de*

⁴⁹⁰ Nas Directivas que concretizam os valores-limite e os objectivos de qualidade para as descargas de *mercúrio, cádmio* e HCH (respectivamente directivas 82/176/CEE, 83/513/CEE e 84/491/CEE) salienta-se a conveniência da previsão de *procedimentos de controlo específicos* por parte dos Estados-membros para que eles possam provar que os objectivos de qualidade são respeitados, bem como da vigilância do meio aquático afectado por estas descargas, para assegurar a aplicação eficaz das directivas.

vigilância e de controlo dos meios afectados sob o ponto de vista físico, químico, biológico e ecológico, como se pode ler no seu preâmbulo: o objectivo explícito da Directiva é fixar as modalidades de vigilância e de controlo em relação à descarga ou às operações referidas sobre os resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio (art. 1.º), especificando-se nos anexos os parâmetros aplicáveis a esta vigilância e a este controlo, de acordo com o disposto no art. 3.º.

Em jeito de conclusão poderemos dizer que da importância dos meios, instrumentos e actos de fiscalização administrativa sai reforçado, uma vez mais, o protagonismo do direito administrativo na tutela do ambiente pois, também aqui, estamos perante meios que fazem parte das traves mestras da abordagem tradicional de comando ou de ordenação administrativa⁴⁹¹.

2.4.3.7. Aplicação de sanções administrativas

Do ponto de vista formal, poderia não parecer muito correcto subsumir a matéria do sancionamento dos comportamentos ilícitos por violação das normas ambientais num ponto dedicado ao estudo dos instrumentos de controlo administrativo ambiental⁴⁹². No entanto, porque se trata ainda de um expediente a que a Administração recorre para assegurar o respeito e o cumprimento das determinações resultantes das normas legais e regulamentares ou das suas próprias decisões orientadas para a tutela ambiental, achámos justificado o tratamento da matéria nesta sede.

Apesar das prescrições, proibições e deveres que resultam das normas legais e regulamentares para protecção do meio, dos actos praticados pela Administração em concretização de tais normas para definirem em concreto as condições de utilização do mesmo, dos poderes de vigilância, controlo e acompanhamento das instalações e actividades potencialmente danosas para o ambiente, os danos ambientais ocorrem, muitos dos quais traduzindo uma violação daquelas regras em termos tais que justifiquem a sua qualificação como actos *ilícitos*, seja do ponto de vista civil, em termos administrativos ou na sua valoração penal. Como tal, é necessária a previsão de sanções para reagir a estes atentados ao ordenamento jurídico-ambiental, por forma a garantir a efectividade do sistema.

Se bem que as sanções não sirvam, pelo menos em primeira instância, os principais objectivos da tutela ambiental — a *prevenção* ou mesmo a *precaução* de danos ambientais

⁴⁹¹ O que não é desmentido pela circunstância de alguns autores italianos configurarem as funções administrativas de vigilância, inspecção e controlo como *funções técnicas*, devido ao valor instrumental que assumem em relação aos poderes normativos, permissivos e prescritivos da Administração: cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 135.

⁴⁹² Mesmo quanto à sistematização dos tratados alemães de direito do ambiente, a matéria do direito de mera ordenação social (e do direito penal do ambiente) é apresentada em capítulos próprios e não como parte ou secção dos instrumentos do direito do ambiente: cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., que dedica o § 5 do seu tratado aos "Instrumentos do direito do ambiente" (cfr. pp. 210-424) e o § 7 ao "Direito penal do ambiente e direito de mera ordenação social do ambiente" (pp. 531-567); WERNER HOPPE/MARTIN BECKMANN/PETRA KAUCH, *Umweltrecht*, cit., inserem na Parte I ("Direito geral do ambiente") do seu *Umweltrecht* o Capítulo segundo (pp. 135-236), dedicado aos *Instrumentos jurídicos para a protecção do ambiente*, estudando depois no Capítulo quarto o direito privado do ambiente e as *sanções penais* e do *ilícito de mera ordenação social no direito do ambiente* (cfr. pp. 294-339, sendo as sanções do direito ambiental especificamente tratadas nas pp. 326-339). PETERS, pelo seu lado (cfr. *Umweltrecht*, cit.), distingue no estudo das *bases gerais do direito ambiental geral* as bases jurídico-administrativas (pp. 31-89) das bases relativas ao direito sancionatório — direito penal e direito de mera ordenação social (pp. 99-103).

—, nem possam de igual modo contribuir de forma directa para a promoção e optimização das condições ambientais, os meios sancionatórios acabam por desempenhar uma irrenunciável função acessória e de complemento em relação à protecção ambiental no seu conjunto e às diversas leis especiais do ambiente em particular⁴⁹³. É também clara a ligação entre a aplicação de sanções, em especial das administrativas, que estarão no centro da nossa atenção, e os poderes de fiscalização analisados no ponto anterior, pois é o exercício das competências de inspecção, vigilância e fiscalização que conduzirá à detecção de infracções ou ilícitos ambientais e à aplicação das respectivas sanções.

A prática de uma infracção ambiental poderá constituir, desde logo, um ilícito civil conducente à assunção da responsabilidade pelo seu autor e ao respectivo ressarcimento. Um excelente exemplo, a este nível, é-nos dado pela Lei de Acção Civil pública brasileira, a qual é aplicável quando há responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, entre outros direitos e interesses, tendo por objecto a *condenação em dinheiro* ou o *cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*⁴⁹⁴. Ordenamento onde existe igualmente, desde 1981, uma norma ambiental a determinar a responsabilidade civil objectiva, isto é, independente de culpa: o art. 14.º da Lei n.º 6.938.

É hoje uma marca perfeitamente generalizada, no direito do ambiente, a existência de normas a definirem a responsabilidade objectiva em sede de lesões causadas ao ambiente, nomeadamente devido ao seu reconhecimento expresso no direito europeu (cfr. o art. 3.º, n.º 1, em articulação com o Anexo III da Directiva 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).

Mas para além de darem origem a um ilícito civil, as infracções ambientais exigem muitas vezes outro tipo de respostas da ordem jurídica, em termos de sancionamento, disputando o ilícito administrativo e o ilícito penal este terreno. E se bem que, nalguns ordenamentos, tenha havido alguns exemplos iniciais em que se privilegiou o recurso às respostas mais pesadas do direito penal, com a previsão mais ou menos ampla de sanções penais na legislação ambiental⁴⁹⁵, por todo o lado se foi afirmando o protagonismo das sanções

⁴⁹³ Razão pela qual KLOEPFER nos fala de uma função de “flanqueio” e de complemento ou suprimento desempenhada pelo direito de mera ordenação social do ambiente e pelo direito penal do ambiente: cfr. *Umwelterecht*, cit., p. 534.

⁴⁹⁴ Embora mesmo nesta lei se prevejam mecanismos sancionatórios, em especial os que resultam do respectivo art. 11.º, que permitem ao juiz determinar “o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou de *cominação de multa diária* (...)” (itálico nosso).

⁴⁹⁵ Referimo-nos a uma primeira fase de evolução do direito ambiental italiano, com vários exemplos da afirmação feita no texto: desde logo, o caso da ultra-famosa *leggi merli* (Lei n.º 319/76, de 10 de Maio) que, no seu art. 22.º, determina que todo aquele que efectuar ou mantiver uma descarga sem observar todas as prescrições indicadas no acto de autorização é punido com prisão até 2 anos ou com multa até 10 milhões de liras; do d.p.r. n.º 915/82, de 10 de Setembro (transposição de várias directivas sobre resíduos) que, além das sanções administrativas determinadas no seu art. 17.º, previa, no art. 27.º, a aplicação de uma pena de prisão até 3 meses ou de multa até 5 milhões de liras aos titulares das empresas que efectuassem o tratamento de resíduos urbanos e/ou especiais sem observarem as prescrições da autorização (aumentando a pena de prisão para 6 meses no caso de operações de tratamento de resíduos tóxicos e nocivos, pena igualmente aplicável a quem não obedeça à ordem de suspensão determinada pela Região em virtude da inobservância das prescrições da autorização, nos termos do art. 17.º); o próprio d.p.r. n.º 203/1988, de 24 de Maio, prevê nos seus artigos 24.º e 25.º as penas de prisão ou de multa para diversos factos aí previstos — designadamente omissão de comunicação às regiões de dados relativos

administrativas no direito do ambiente. Mesmo em Itália, estes radicalismos iniciais foram ultrapassados de forma rápida, afirmando-se a centralidade do direito administrativo e do seu arsenal sancionatório: a inobservância das normas legais ou regulamentares de protecção ambiental ou o incumprimento de ordens emanadas pelas autoridades administrativas competentes no sentido de exigir tal observância, origina a prática de um *ilícito administrativo* que, em princípio, dará lugar à abertura de um procedimento sancionatório, com vista à aplicação de uma sanção administrativa.

Como tal, também no que toca ao sancionamento o papel principal é desempenhado pelo direito administrativo, sendo as medidas repressivas e sancionadoras baseadas, na maior parte dos casos, nas sanções por ele disponibilizadas. Tudo em consonância, aliás, com a configuração do direito penal e das suas sanções como a *ultima ratio* da repressão jurídica das condutas social e juridicamente desconformes, em face do seu carácter muito mais gravoso para os direitos dos cidadãos. Daí a preferência pelas sanções administrativas como forma de reagir às condutas ilícitas por violação de disposições dirigidas à tutela do ambiente, em especial as sanções pecuniárias (coimas) e as sanções acessórias disponibilizadas por aquilo que entre nós se designa por *ilícito de mera ordenação social*, o qual consubstancia ilícito formal, orgânica e materialmente administrativo⁴⁹⁶.

Socorrendo-nos uma vez mais do direito brasileiro, podemos definir *infração administrativa ambiental*, de forma muito simples, como "toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, protecção e recuperação do meio ambiente" (art. 70.º da Lei n.º 9.605/98, com a epígrafe "Da infração administrativa").

Quanto ao quadro normativo regulador desta matéria é de assinalar que, em dois dos direitos nacionais que temos tido sob a nossa mira a matéria das sanções para reagir contra ilícitos ambientais tem dignidade suficiente para constar do próprio texto das constituições. É isso que acontece em Espanha, cuja Constituição determina, no artigo 45.º, n.º 3, o dever do legislador estabelecer sanções penais ou administrativas a aplicar àqueles que violem a utilização racional dos recursos naturais, subordinada às finalidades de protecção e melhoria da qualidade de vida e de defesa e restauro do meio ambiente. Apesar da redacção da norma constitucional, o papel principal das sanções administrativas não é por ela posto em causa.

Quanto ao Brasil, também aí a regulação das sanções a aplicar às infracções ambientais resulta do mais alto patamar das fontes do direito: a CF determina, no § 3.º do seu art.

às emissões provenientes da instalação, de inobservância das prescrições contidas na autorização ou impostas pela autoridade competente, de desrespeito pelos valores limite de emissão estabelecidos nas normas estaduais e regionais.

⁴⁹⁶ Como é sabido, a expressão direito (ou ilícito) de *mera ordenação social* resulta da transposição para o ordenamento jurídico português do termo *Ordnungswidrigkeitenrecht*, tratando-se de um tipo de actos ilícitos que, se bem que do ponto de vista material ou substancial, bem como no que toca às autoridades competentes para a sua aplicação, seja *materialmente administrativo*, surgiu em virtude dos movimentos de descriminalização e de retirada do direito penal de todos os comportamentos anti-sociais que não tivessem a dignidade ética ou o desvalor social suficientes para justificar a sanção penal. Assim, em vez de um crime pratica-se uma contra-ordenação, a qual não é punida com uma pena, mas antes com uma *coima* ou uma *sanção acessória* (de mera ordenação social). Sobre a importação e transposição para Portugal da categoria e a sua consagração no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (regime geral do ilícito de mera ordenação social, ainda hoje em vigor, modificado pela última vez pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro), cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", in: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, vol. I (1983), pp. 317-336.

225.º, que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Para além da norma constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro tem a nota singular de dispor de uma lei geral sobre a matéria: desde 1998, que a Lei n.º 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998, prevê uma disciplina “sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (...)”. Este diploma é apelidado pela doutrina, de forma reducionista, como “lei dos crimes ambientais”, constituindo um dos principais diplomas da ordem jurídico-legal ambiental⁴⁹⁷.

Na maioria dos ordenamentos não existem leis gerais sobre as sanções administrativas aplicáveis às infracções ambientais — como acontece em Portugal, desde o ano de 2007, com a lei-quadro das contra-ordenações ambientais. Por exemplo na Alemanha, são as diversas leis ambientais especiais que prevêm os tipos legais do ilícito de mera ordenação social⁴⁹⁸, embora haja necessidade de recorrer, para diversos efeitos, à lei geral das contra-ordenações (a *Ordnungswidrigkeitengesetz*).

Também em França se disciplina a matéria ao nível do direito do ambiente especial: o próprio Código do Ambiente o confirma, pois o assunto está ausente do seu Livro Primeiro (disposições gerais), encontrando-se pelo contrário ao longo de alguns dos outros livros, que regulam aspectos do direito do ambiente especial⁴⁹⁹.

Em Itália, por último, existem disciplinas muito desenvolvidas ao nível do direito ambiental especial, com saliência para a poluição atmosférica e a poluição hídrica. No que tange à primeira, o já citado d.p.r. n.º 203/1988 (qualidade do ar e poluição produzida por instalações industriais) prevê no seu art. 10.º a possibilidade de a autoridade regional competente, em caso de inobservância das prescrições autorizativas por parte do seu titular, aplicar diversas sanções, em função da gravidade da infracção⁵⁰⁰. No caso da *poluição*

⁴⁹⁷ Por exemplo MIRIAM FONTENELLE (“Política Nacional de Meio Ambiente”, cit., p. 9) considera que esta lei, juntamente com a Lei n.º 6.938 (PNMA), a Lei de Acção Civil Pública e a Constituição, constitui “um dos pilares do Direito Ambiental”; também SILVANA TEREZINHA WINCKLER e ANDRÉ LUIZ BALBINOTT são de opinião que a “legislação ambiental infraconstitucional tem em seu alicerce um tripé composto pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei da Acção Civil Pública e a Lei dos Crimes Ambientais” (cfr. “Direito Ambiental, Globalização e Desenvolvimento Sustentável”, in: WELBER BARRAL/LUIZ OTÁVIO PIMENTEL, *Direito Ambiental e Desenvolvimento*, cit., pp. 47-76 – p. 57); por último, WELBER BARRAL/GUSTAVO ASSED FERREIRA, colocam este diploma no grupo das 5 leis ambientais brasileiras com maior destaque (cfr. “Direito Ambiental...”, cit., p. 40).

⁴⁹⁸ É isso que se passa, entre outros exemplos, na BImSchG (§ 62), na WHG (§ 103), na BBodSchG (§ 26), na AtG (§ 46) ou na KrW-/AbfG (§ 61).

⁴⁹⁹ Sem a preocupação de sermos exaustivos, destacamos os casos do Livro Segundo (“Meios físicos”), cujo Título I (Água e meios aquáticos) faz incidir o seu capítulo VI sobre as “Sanções” (com duas secções, uma relativa às sanções administrativas e a outra às sanções penais) e o Título II dedica o capítulo VI ao “controlo e sanções”; no Livro Quarto (“Fauna e flora”), mais exactamente no Capítulo III (“Estabelecimentos que detenham animais de espécies não domésticas”) do Título I (“Protecção da fauna e flora”) encontra-se uma secção, a V, sobre “sanções administrativas”, sendo o Capítulo V deste Título integralmente constituído por “disposições penais”; no Livro Quinto (“Prevenção de poluições, riscos e danos”) encontra-se igualmente um capítulo sobre “controlo e sanções administrativas”.

⁵⁰⁰ As sanções previstas são a *intimação* ou *injunção* (“diffida”) com determinação de um prazo dentro do qual a irregularidade deve ser eliminada; a *intimação* ou *injunção* e *suspensão contextual* da actividade autorizada por um tempo determinado (caso haja uma situação de perigo para a saúde e/ou para o ambiente); e a *revogação da autorização* e *encerramento da instalação*, em caso de não adequação às prescrições impostas na intimação e

hídrica merece referência o Decreto Legislativo n.º 152/1999 (disposições sobre a tutela da poluição da água) o qual, além de conter um título específico (o V) sobre sanções, com dois capítulos, o primeiro sobre *sanções administrativas e dano ambiental* e o segundo relativo às sanções penais, tem outras disposições pertinentes ao longo do seu articulado⁵⁰¹.

Em relação ao tipo de sanções administrativas utilizadas para reagir contras os ilícitos ambientais, há um elenco mais ou menos próximo nos diversos ordenamentos que têm merecido o nosso escrutínio, com prioridade para as sanções pecuniárias, isto é, as coimas ou multas administrativas. De qualquer forma, e como já vimos a respeito do direito italiano, com a *diffida*, em regra, antes da aplicação de qualquer sanção há procedimentos de intimação prévia (no direito francês, a “*mise en demeure préalable*”) ou injunção do infractor, a qual funciona como um último aviso que lhe é dirigido, sendo considerada no direito francês uma “*formalidade essencial*” cuja preterição implica um vício de forma. Nessa intimação ou injunção a autoridade competente dá ao infractor um prazo durante o qual ele se pode ainda conformar às suas obrigações, executar os trabalhos ou regularizar a situação⁵⁰². Findo tal prazo, a autoridade com competência para a aplicação das sanções administrativas está em condições de aplicar a sanção.

Quanto ao tipo de sanções disponíveis⁵⁰³, destaca-se, como já dissemos, a coima ou multa administrativa (“*amende*”, em França), que se traduz na obrigatoriedade de entregar às autoridades administrativas um valor em dinheiro que, pelo menos nalguns ordenamentos, pretende reflectir os custos dos trabalhos ou operações necessárias para a restauração dos bens ecológicos violados, tendo sempre como pano de fundo que a restauração natural é o objectivo central dos mecanismos ressarcitórios.

Esse pano de fundo explica a preferência por sanções de tipo repristinatório, em detrimento das sanções pecuniárias, que se faz sentir nalguns ordenamentos: em França deve ser mencionada a execução administrativa oficiosa dos trabalhos de restauração dos biótopos naturais lesados, com a prática de medidas ou operações por conta do infractor, sanção de natureza coercitiva que permite ultrapassar a sua ausência de colaboração ou resistência; e o encerramento provisório da empresa ou a suspensão do funcionamento, que constitui a sanção administrativa mais pesada, estando articulada com a possibilidade de a Administração tomar as medidas provisórias necessárias⁵⁰⁴.

de violações reiteradas que determinem uma situação de perigo e de dano para a saúde e/ou para o ambiente.

⁵⁰¹ Nomeadamente o seu art. 51.º, que prevê a aplicação das mesmas sanções referidas na nota anterior, a propósito da poluição atmosférica (*intimação, intimação e suspensão da autorização por um tempo determinado e revogação da autorização*, cuja graduação é feita em função da gravidade da infracção) para o caso de inobservância das prescrições da autorização de descarga. O art. 54.º, pelo seu lado, prevê a aplicação de uma *multa administrativa* para descargas ou imissões ocasionais que ultrapassem os valores limite de emissão fixados (no próprio diploma ou pela autoridade competente). No art. 59º, por último, estão previstas sanções penais, permitindo-se também às autoridades administrativas (n.º 10) determinar o encerramento das instalações em causa.

⁵⁰² Cfr. INSERGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, cit., p. 246.

⁵⁰³ Ainda no que respeita ao direito francês, cfr. os preceitos do Código do Ambiente onde se consagram estes tipos de sanções: artigo L. 514-1, para o regime das ICPE; artigo L-216-1 para o direito da água; art. L-571-17, em relação ao regime da poluição sonora; e art. L-226-8, no que toca às regras sobre a qualidade do ar.

⁵⁰⁴ Sobre as possibilidades de determinar a *suspensão temporária da exploração* ou, em caso de impossibilidade de remediar esses perigos ou inconvenientes, de ordenar o encerramento da instalação por decreto do

Também em Itália se nota idêntica tendência. Como vimos, para além da *diffida*, as sanções normalmente concebidas como acessórias no contexto do regime do ilícito de mera-ordenação social português são fundamentais: é esse o caso da *suspensão de autorizações* e/ou de *actividades* e da própria *revogação sancionatória* ou *decadência*⁵⁰⁵, que conduzirá ao *encerramento da instalação*.

Em Espanha, ao lado das coimas ou multas administrativas, contam-se a suspensão de actividades e o encerramento de instalações, bem como actos ablativos que se reflectem em algumas privações de direitos, como a exclusão da possibilidade de obter ajudas e/ou subvenções públicas, e ainda sanções rescisórias traduzidas em retirar temporária (suspensão) ou definitivamente (revogação sancionatória) o título administrativo habilitante para a realização da actividade, seja ela uma autorização, uma licença ou uma concessão⁵⁰⁶. A efectividade da sanção é muitas vezes potenciada, no direito ambiental, com a sua publicação e articulada com a obrigação de reposição da situação ambiental alterada.

No direito brasileiro, desde 1981 que a Lei da PNMA prevê, no seu art. 14.º, um elenco de sanções administrativas (“sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal”) entre as quais se contam a *multa simples* ou *diária* (inciso I), a *perda* ou *restrição de incentivos e benefícios fiscais* concedidos pelo poder público (II), a *perda* ou *suspensão de participação em linhas de financiamento* em estabelecimentos oficiais de crédito (III) e a *suspensão de actividade* (IV). Elenco modificado com a Lei n.º 9.605/98, em cujo art. 72.º se prevêm as sanções administrativas de *advertência*, *multa simples*, *multa diária*, *apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, apetrechos, equipamentos ou veículos utilizados na infracção, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades e sanção restritiva de direitos*⁵⁰⁷.

Conselho de Estado, cfr. o art. L-514-7 do CENV.

⁵⁰⁵ Segundo PAOLO DELL’ANNO (cfr. *Manuale...*, cit., p. 128, n. 56) há posições díspares na doutrina a este respeito: ao passo que para SALVIA não se trata de uma revogação mas de *decadência*, que faz parte da categoria das sanções que têm a sua justificação na inobservância das obrigações por parte do titular da autorização ou, talvez melhor, devido à falta superveniente dos pressupostos legais para a emissão do acto administrativo, já GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 1078 e seg., 1125 e seg e 1132) considera estar-se perante uma *revogação*. Em todo o caso, a propósito da *revogação da autorização* prevista no regime da poluição hídrica (na al. c) do art. 54.º do Decreto Legislativo n.º 152/1999), DELL’ANNO considera (p. 367) que “mais do que uma revogação administrativa (da qual parecem faltar as características típicas e a discricionariedade de apreciação dos motivos de oportunidade e de interesse público para a sua adopção), configura-se como uma ‘remoção’, isto é, um acto de segundo grau com eficácia sancionatória, após a superveniência de um vício funcional da *fattispecie*”. Fazendo idêntica análise a propósito da sanção de “revogação” prevista na al. c) do art. 10 do d.p.r. n.º 203/1988, isto é, a propósito do regime da poluição atmosférica: cfr. p. 435.

⁵⁰⁶ Desenvolvidamente sobre as sanções por infracções ambientais cometidas por empresas industriais no direito espanhol, analisando tanto o *papel das sanções na luta contra a poluição* no sector industrial como os *tipos de sanções administrativas* aplicáveis neste âmbito (multa e privação do exercício de direitos industriais), cfr. BERNARD-FRANK MACERA, “Las sanciones por infracciones ambientales cometidas por empresas industriales en el Derecho español: clases y cuestiones polémicas”, *RGA*, Anno XIV, n.º 6, Novembre-Dicembre 99, pp. 823-839.

⁵⁰⁷ Nos diversos §§ desta mesma disposição prevêm-se as circunstâncias que levam à aplicação de cada uma das sanções. É relevante notar, entre outros, o facto de a multa simples poder ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente (§ 4.º), a remissão para o art. 25.º, no que toca à aplicação das penas de apreensão e destruição (§ 6.º) e a previsão do rol das *sanções restritivas de direitos* (a *suspensão de registo, licença ou autorização*, o *cancelamento de registo, licença ou autorização*, a *perda ou*

Conclui-se que as sanções administrativas, em consonância com um dos princípios fundamentais do direito do ambiente, o *princípio da prevenção*, não têm um sentido meramente repressivo (sancionar o incumprimento ou violação de uma obrigação legal ou administrativa pré-existente) e sancionador mas também preventivo, no sentido de evitar a continuação da infracção ambiental, de reafirmar a convicção da comunidade na validade e vigência das normas jurídico-ambientais (prevenção geral de integração) e mesmo de evitar a reincidência do infractor (prevenção especial). Daí a especial importância que têm, no direito do ambiente, discussões como as relativas ao benefício que o infractor retira do cometimento da infracção, que nunca deverá ser superior ao montante da sanção pecuniária, o qual deverá ser aumentado em conformidade, por forma a contrariar a lógica segundo a qual, do ponto de vista económico, vale a pena poluir⁵⁰⁸.

Todavia, assinalámos de início que o campo das sanções é partilhado pelo direito administrativo e pelo direito penal, não se podendo negligenciar o papel deste último, sobretudo à medida que o ambiente se foi afirmando como um bem jurídico fundamental para as condições de vida individual e colectiva na comunidade. Assim, nos casos em que os mecanismos da responsabilidade civil e as sanções administrativas se revelem insuficientes para a repressão dos atentados ao ambiente, impõe-se a previsão da figura dos crimes ambientais, nos casos das constituições espanhola e brasileira por determinação constitucional expressa⁵⁰⁹. O que não invalida a circunstância de ser muitas vezes assinalada a fraca eficácia e a pouca utilização das sanções penais.

Os crimes ambientais não são configurados como crimes de dano, mas antes como crimes de perigo — em regra como crimes de perigo abstracto ou abstracto-concreto⁵¹⁰. Esta

restricção de incentivos e benefícios fiscais, a perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e a proibição de contratar com a Administração Pública, em face do disposto no § 8.º).

⁵⁰⁸ Sobre este problema, tratado de forma assumida pela lei portuguesa, cfr., em Espanha, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 53 e seg., apresentando-nos exemplos (ainda que se mostre crítico em relação a eles) de leis ambientais sectoriais que seguem solução idêntica à da lei portuguesa, elevando o valor da sanção acima do benefício retirado da infracção.

⁵⁰⁹ Para além da insuficiência das sanções civis e administrativas para a repressão da poluição, a doutrina brasileira tem avançado com outras razões que justificam a criminalização de certas condutas para proteger o ambiente, apesar das tendências de descriminalização do direito penal moderno e do princípio da intervenção mínima, como o *efeito preventivo* da ameaça de repressão criminal e o facto de o ambiente ser um bem digno de tutela penal autónoma (cfr. GILBERTO PASSOS DE FREITAS, “Do Crime de Poluição”, in: VLADIMIR PASSOS DE FREITAS (Organizador), *Direito Ambiental em Evolução*, Juará Editora, Curitiba, 1998, pp. 103-149 — p. 105 e seg.). Em sentido crítico, pelo menos no que se refere à consagração da responsabilidade penal das empresas, apresentando algumas “objecções no plano dogmático” (o facto de não haver responsabilidade sem culpa, aos obstáculos em transpor para as pessoas colectivas o princípio da personalidade das penas, a não aplicação a estes entes das penas privativas de liberdade e a impossibilidade de uma pessoa colectiva se arrepender), cfr. SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e o Direito Ambiental”, in: VARELA/BORGES, *O Novo em Direito Ambiental*, cit., pp. 125-140 (pp. 129-135).

⁵¹⁰ Em Espanha eles são designados como crimes de perigo hipotético ou abstracto-concreto, tomando por base o art. 325.º do respectivo Código Penal: para além da questão da acessoriedade administrativa, sobre a qual nos debruçaremos a seguir no texto, a reacção penal não surge da mera contravenção à legislação administrativa, requerendo uma actuação de especial lesividade, exteriorizada pela existência de um *perigo grave* para os sistemas naturais ou para as pessoas — ou seja, a conduta só assume relevância penal quando ocorra tal situação especial de perigo. Neste sentido cfr. MARIA CARMEN GÓMEZ RIVERO, *El Régimen de Autorizaciones en los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (Especial referencia a la responsabilidad*

configuração surge em conformidade com o *princípio da prevenção*, pois basta a simples *possibilidade do dano*, resultante de se ter posto em perigo o bem jurídico protegido, para a realização da conduta típica.

O tema central a propósito do sancionamento penal dos ilícitos ambientais, pelo menos na nossa perspectiva, é o da *acessoriedade administrativa*, uma vez que implica a dependência do direito penal em relação ao direito administrativo: a punibilidade das condutas não resulta apenas das normas penais, sendo necessário convocar normas ou actos administrativos para o efeito. A verificação dos pressupostos da incriminação depende da remissão para prescrições directamente decorrentes das normas legais (materialmente administrativas) ou regulamentares, caso em que estamos perante a *acessoriedade de norma* ou *de direito*, ou então para as próprias decisões das autoridades administrativas competentes (*acessoriedade de acto*). Como é lógico, esta técnica reforça o papel do direito administrativo ao nível sancionatório.

O Código Penal espanhol dá-nos um bom exemplo desta técnica na construção dos respectivos tipos legais de crimes relativos ao *ordenamento do território e à protecção do património histórico e do meio ambiente* (Título XVI do Código Penal): o legislador penal espanhol constrói os delitos respectivos com reenvio para leis e regulamentos administrativos.

O tema da *acessoriedade administrativa* coloca-se na fronteira das relações entre o direito penal e o direito administrativo, postulando uma aproximação entre ambos, bem como a necessidade de uma abordagem interdisciplinar dos problemas suscitados no âmbito dessa fronteira de relações — na medida em que se traduz no *condicionamento da intervenção penal ao incumprimento de regras ou decisões estabelecidas no ordenamento jurídico-administrativo*.

O art. 319.º do Código Penal espanhol, ao definir o tipo legal de crime no domínio do *ordenamento do território*, determina que basta para o efeito levar a cabo uma construção ou edificação *não autorizada*, recorrendo ao que a doutrina⁵¹¹ designa por modelo da *acessoriedade extrema*, que pressupõe a incriminação indiferenciada das condutas que contrariem a norma administrativa (modelo utilizado generalizadamente pelo Código Penal italiano e presente também no § 324 do *Strafgesetzbuch* alemão).

Já nos *delitos contra os recursos naturais e o meio ambiente*, o artigo 325.º do principal diploma do direito penal espanhol faz-se valer do modelo da *acessoriedade limitada* ou *relativa*, que limita o âmbito das condutas penalmente relevantes aos casos em que, para além da infracção às regras administrativas, concorram circunstâncias que a *diferenciem* do mero ilícito administrativo. Nos termos do n.º 1, para que se cometa um crime e se aplique a pena prevista é necessário que o agente actue desrespeitando ou infringindo as leis ou outras disposições de carácter geral protectoras do meio ambiente e que “provoque ou realize directa ou indirectamente emissões, descargas, radiações, extracções ou escavações,

del funcionario concedente), tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 55 e seg.

⁵¹¹ Seguimos aqui a obra de GÓMEZ RIVERO, *El Régimen de Autorizaciones...*, cit., pp. 26-44. Apesar de a Autora ser espanhola e o livro dedicado ao direito espanhol, ele possui referências constantes à penalística alemã, podendo ser considerada uma obra de referência no tema do recurso à técnica da *acessoriedade administrativa* na construção dos tipos legais dos crimes ambientais.

aterros, ruídos, vibrações, injeções ou depósitos, na atmosfera, no solo, no subsolo ou nas águas terrestres, marítimas ou subterrâneas”.

Ao passo que no primeiro modelo se corre um risco sério da punição indiscriminada de comportamentos cuja sanção deveria ser meramente administrativa (com a possível postergação do princípio penal da intervenção mínima), no segundo a exigência de um desvalor especial confere uma identidade própria ao ilícito penal⁵¹².

É também relevante esclarecermos melhor a mencionada distinção entre a acessoriedade *de direito* ou *de norma*, por um lado, e a *acessoriedade de acto*, por outro: ao passo que na primeira situação a norma penal remete para *leis* ou *regulamentos* de direito administrativo, na segunda a inexistência de uma autorização administrativa é um elemento típico do preceito jurídico-penal e pressuposto da punibilidade, tendo por base a ideia de que não é possível sancionar criminalmente condutas permitidas por outros ramos do Direito. Sendo a falta de autorização elemento *típico*, tal significa que a conduta autorizada não é típica, não sendo sequer necessário conceber artificialmente a autorização como causa de justificação. É o primeiro modelo o acolhido no artigo 325.º do Código Penal espanhol, pois a remissão não é feita para actos *concretos* e *individuais* (actos administrativos) mas sim para *regras gerais* e *abstractas*. Preencherá o tipo legal aquele que, ao contrariar disposições gerais e abstractas protectoras do ambiente, crie uma situação de potencial lesão ao ambiente ou às pessoas. Uma vez que a sanção penal está vinculada às normas jurídico-administrativas, mesmo que haja um acto administrativo concretizador de tais normas basta ao juiz verificar a infracção da norma para considerar que o tipo foi preenchido. Ou seja: o facto será típico independentemente da existência ou da validade de um acto administrativo.

As normas mais importantes do direito penal do ambiente alemão estão contidas na *lei de luta contra a criminalidade ambiental*, posteriormente inseridas no texto do Código Penal⁵¹³ — salientando-se, também aqui, o recurso à técnica da *acessoriedade administrativa* na construção da maioria dos tipos legais de crime do StGB⁵¹⁴. Na verdade, muitas das con-

⁵¹² Estando-se perante aquilo que GÓMEZ RIVERO (*El Régimen de Autorizaciones...*, cit., pp. 17-20) designa como *sistema moderado de acessoriedade administrativa*, uma vez que não existe uma remissão pura e simples para a legislação administrativa (a qual conduziria a uma violação ostensiva do princípio da legalidade penal).

⁵¹³ *Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität* (UKG), de 18 de Março de 1980, que foi posteriormente aditada ao Código Penal, cujos preceitos foram entretanto alterados pela *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, de 27 de Junho de 1994 — constituindo hoje o 29.º Capítulo da Parte Especial do StGB (§§ 324-330d). Sobre estas duas leis, cfr. RÜDIGER BREUER, “Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz — Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz”, *JZ*, 49. Jahrgang, 18. November 1994, 22, pp. 1077-1091.

⁵¹⁴ Sobre a noção de *acessoriedade administrativa* no direito alemão, cfr. RÜDIGER BREUER, “Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung”, *DÖV*, 40. Jahrgang, Heft 5, 1987, pp. 169-183. No que respeita à *noção de acessoriedade administrativa*, BREUER considera fundamental (cfr. p. 179) distinguir a acessoriedade do *direito* administrativo (acessoriedade *de norma*) e a acessoriedade *do acto* administrativo, confirmando no essencial o que já foi dito no texto: uma lei penal é acessória do ponto de vista do direito administrativo quando explícita ou implicitamente remete para normas de direito administrativo; e é acessória em relação ao acto administrativo quando remete para um acto administrativo, seja ele um acto permissivo ou autorizativo, uma decisão autoritária de comando ou proibição (ordem, injunção ou proibição) ou um outro tipo de declaração autoritária (por exemplo uma declaração fiscal). Em face do maior potencial de concretização e de vinculação que o acto administrativo eficaz possui, vê na acessoriedade de *acto* uma maior garantia de segurança jurídica, em comparação com a mera acessoriedade de *direito*.

Mais desenvolvidamente sobre o tema da relação entre o direito penal e o direito administrativo no campo

dutas típicas exigem a “violação de deveres ou obrigações jurídico-administrativas” (a fórmula “*unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten*” é usada nos tipos legais dos §§ 324a, n.º 1, 325, n.º 1, 325a, n.ºs 1 e 2 e 326, n.º 3⁵¹⁵) ou, então, a realização de uma conduta sem a autorização necessária (§§ 326, n.º 2), 327, n.ºs 1 e 3 e 328, n.º 1) ou contra uma proibição ou interdição com força executiva (§§ 326, n.º 2, 327, n.ºs 1 e 2 e 328, n.º 1).

Diga-se que, tanto em Espanha, como na Alemanha, como em Portugal — onde, como veremos, o legislador penal recorreu a técnica idêntica — suscita-se a questão de saber se não estaremos, afinal, perante *leis penais em branco*, com a violação de princípios básicos conformadores do direito penal, em concreto os princípios da legalidade e da tipicidade⁵¹⁶.

O acréscimo de importância do direito penal na ordenação jurídica ambiental, no direito europeu, está bem patente no facto de nos últimos anos se discutir mesmo a possível emergência de um direito penal material ambiental ao nível do ordenamento da própria União Europeia⁵¹⁷.

Por último, pensamos justificar-se uma nota sobre o direito ambiental brasileiro, também aqui com um desenvolvimento notável. Desde logo para realçar a previsão de diferentes tipos legais de crime de poluição no Capítulo V da citada Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98): crimes contra a fauna, crimes contra a flora, a poluição e outros crimes ambientais⁵¹⁸, bem como crimes contra o ordenamento urbano e o património cultural e, por último, crimes contra a administração ambiental.

Apesar do tema da *acessoriedade administrativa* não ser normalmente tratado *ex professo* pela doutrina brasileira, a leitura atenta dos preceitos legais conduz à conclusão de que ele está aí presente, com a remissão generalizada para autorizações e outros actos administrativos e para normas de protecção⁵¹⁹.

do direito do ambiente, sobre o conceito de acessoriedade administrativa e sobre a diferença entre acessoriedade de acto e de direito ou de norma no direito penal do ambiente, cfr., do mesmo RÜDIGER BREUER, “Probleme der Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Strafverfolgung auf dem Gebiet des Umweltschutzes”, *AöR*, Band 115, Heft 3, September 1990, pp. 448-488 (pp. 449-460).

⁵¹⁵ Precisando-se no § 330d, n.º 4, que uma “obrigação/dever jurídico administrativo” é uma obrigação que resulte de um preceito jurídico (*Rechtsvorschrift*), de uma decisão judicial, de um acto administrativo executivo (“vollziehbaren Verwaltungsakt”), de uma cláusula modal executiva (“vollziehbaren Auflage”) ou, ainda, de um contrato jurídico-público, desde que a obrigação também pudesse ter sido imposta por acto administrativo e que sirva a protecção de efeitos danosos ou perigosos para o ambiente, em especial para os homens, animais ou plantas, água, ar ou solo.

⁵¹⁶ Neste sentido, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 539.

⁵¹⁷ Cfr. DELL’ANNO, *Principi...*, cit., Prefácio, onde fala na “imminente codificação do direito penal europeu, com a sua projecção no campo dos institutos do direito ambiental”.

⁵¹⁸ GILBERTO PASSOS DE FREITAS faz uma análise pormenorizada dos diversos crimes de poluição passíveis de serem subsumidos na previsão do art. 54.º (cfr. “Do Crime de Poluição”, cit., pp. 123-146): os crimes de *poluição do solo*, *poluição atmosférica*, *poluição sonora*, *poluição hídrica*, *poluição das praias*, *poluição por lançamento de resíduos sólidos, líquidos, gasosos, detritos, óleos e substâncias oleosas* e, por último, o crime de *omissão na adopção de medidas de precaução*. Uma síntese dos diferentes tipos de *crimes contra o ambiente* pode também ser vista em PACHECO FIORILLO, *Curso...*, cit., pp. 420-423.

⁵¹⁹ A descrição da conduta típica inclui a actuação “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente ou em desacordo da obtida” (cfr. art. 29.º), “sem a autorização da autoridade ambiental competente” (art. 30.º), “sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente” (art. 31.º), pescar em período no qual a pesca seja “proibida ou em lugares interditados por órgão competente” (art. 34.º), utilizar a floresta em infracção “das normas de protecção” (art. 38.º), cortar árvores “sem permissão

3. O comando e controlo nos Estados Unidos da América⁵²⁰

3.1. Enquadramento

Embora tenhamos dado um salto que implica não apenas cruzar um oceano, mas também passar para um espaço político e jurídico com diferenças profundas em relação aos seus congéneres europeus, a verdade é que nos EUA também a política e o direito do ambiente da pós-modernidade nasceu na década de setenta do século passado. Todavia, quando falamos do “nascimento” do direito ambiental, no caso americano é com maior propriedade que o termo pode ser exactamente marcado no tempo. Na verdade, no dia 1 de Janeiro do ano de 1970 — ou seja, dois anos antes da paradigmática Conferência sobre o Desenvolvimento Humano que teve lugar em Estocolmo —, o Presidente Nixon praticou o primeiro acto oficial da década que começava: a promulgação do *National Environmental Policy Act* (NEPA) logo por alguns considerado, na discussão no Senado que antecedeu a sua aprovação, “a mais importante e de mais longo alcance de todas as medidas ambientais e de conservação alguma vez emitidas”⁵²¹.

O Presidente norte-americano pretendeu que tal opção fosse revestida de um significado simbólico, intenção que se viria a revelar de grande sagacidade, uma vez que a partir desse momento iria nascer uma década dominada por uma extensíssima produção legislativa em matéria ambiental, com consequências profundas na nova conformação das políticas federais e estaduais norte-americanas e na gestão e funcionamento dos organismos públicos⁵²². A partir daí, e ao longo de toda a década de setenta, o ambiente afirmou-se como a *driving force* do direito administrativo, tendo nascido em consequência dessa lei a mais forte, poderosa, debatida e controversa de todas as agências federais norte-americanas: a

da autoridade competente” (art. 39.º). Em relação ao crime de poluição, nos termos do § 3.º do art. 54.º, também realiza uma conduta típica “quem deixar de adotar, *quando assim o exigir a autoridade competente*, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível” (itálico nosso) bem como quem realize outros comportamentos previstos “sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida” (art. 55.º), “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” (art. 56.º), “sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes” (art. 60.º), havendo ainda inúmeros exemplos similares nos *crimes contra o ordenamento urbano e o património cultural*.

⁵²⁰ No estudo do modelo de direito ambiental utilizado nos Estados Unidos da América (EUA) para a regulação e combate aos problemas ambientais de primeira geração, vamos utilizar muitos elementos retirados da exposição por nós feita, a esse respeito, no artigo “Que Estratégia para o Direito Ambiental Norte-Americano do Século XXI: o ‘cacete’ ou a ‘cenoura’?”, *BFDUC*, vol. LXXVII (2001), pp. 291-375. Nesta fase do nosso trabalho, vai estar em causa a análise daquilo que designamos — na esteira de muitos autores norte-americanos — como o “cacete” (*the stick*), ou seja, a abordagem originária e tradicional da regulação pública do ambiente nos EUA baseada no modelo “*command and control*”, tratada no nosso artigo principalmente nas pp. 293-311.

⁵²¹ Palavras do Senador Henry Jackson, citado por NICHOLAS C. YOST, “The Background and History of NEPA”, in: KARIN P. SHELDON/MARK SQUILLACE (ed.), *The NEPA Litigation Guide*, ed. by SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law) — ABA (American Bar Association), 1999, pp. 1-19 (p. 3).

⁵²² Como salientam DAVID H. ROSENBLUM/ROSEMARY O’LEARY (*Public Administration and Law*, 2nd Edition, 1997, p. 88) as leis ambientais trouxeram novas responsabilidades a praticamente todos os cerca de 87.000 governos americanos. Os Autores destacam (pp. 89-113) a forma como as novidades trazidas pelo direito do ambiente implicaram uma mudança profunda nas práticas da administração pública norte-americana.

*Environmental Protection Agency (EPA)*⁵²³.

O carácter de certo modo pioneiro da opção do Presidente Nixon foi tanto mais relevante quanto as novidades da regulação pública do ambiente trouxeram alterações ainda mais profundas do que nas ordens jurídicas europeias: para além das inovações resultantes da teleologia específica do direito ambiental e da nova ética e filosofia que lhe subjazem, a protecção e promoção do ambiente representou uma verdadeira revolução nos EUA, devido aos constrangimentos que trouxe para os indivíduos (em especial para os agentes económicos privados) e para o “capital”, manietados por uma rede progressivamente mais densa e complexa de regulamentações ambientais, aos problemas específicos que suscitou num Estado federal (tendo representado um reforço dos poderes do governo federal, em detrimento dos estaduais) mas, sobretudo, pelas diferenças que implicou na abordagem jurídica dos problemas: a tradicional abordagem flexível, descentralizada e judicial, assente essencialmente na ordenação privada, típica de um sistema de *common law* foi posta em alvoroço por uma política e um direito que assentaram, nos seus primeiros tempos, na *regulação pública directa* assente em leis ou “estatutos” federais⁵²⁴.

3.2. A regulação jurídica dos problemas ambientais de primeira geração – o modelo *command and control*

A abordagem jurídica dos problemas ambientais feita nos EUA desde o início da década de setenta do século passado prescindiu, em grande medida, dos instrumentos típicos de um sistema fundado na *common law*: sem pôr totalmente de lado a utilização dos meios e formas processuais típicos da *common law* na tutela jurídica do ambiente⁵²⁵, em face das vantagens que em todo o caso apresentam⁵²⁶, a verdade é que a tutela jurídica do ambiente

⁵²³ A EPA é a mais referenciada e estudada de todas as agências e departamentos governamentais norte-americanos, assumindo tanto ela como as suas políticas um enorme protagonismo, bem demonstrado pelo seu tamanho, pela extensão das suas competências e pela constante intersecção das suas políticas com os governos federal e estaduais e com toda a comunidade empresarial.

⁵²⁴ Não é por acaso que a regulação jurídica do ambiente é considerada um dos mais importantes marcos do fortalecimento do Estado regulador nascido com o *New Deal*: cfr., por todos, CASS SUNSTEIN, *After the Rights...*, cit., p. 77 e segs. e 227 e segs.

⁵²⁵ Nomeadamente através da tutela do *direito de propriedade* e da doutrina das *nuisances* (pública e privada), que permitem a protecção dos direitos dos *vizinhos*, usando para o efeito injunções e mandados de redução e extinção; e também por intermédio do *trespass*, instituto que permite reagir contra a violação da propriedade, concretizado em acções reais e medidas de defesa da posse e do expediente da responsabilidade objectiva. Sobre a utilização destes *common law remedies* na tutela ambiental, cfr. ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co, 2000, pp. 84-89.

⁵²⁶ Postas em evidência por inúmeros autores americanos, salientando os benefícios resultantes do facto de este sistema executar as normas da própria sociedade e não as do Estado, de assentar prioritariamente na ordenação privada, de facilitar uma abordagem evolutiva do direito, de revelar uma maior sensibilidade aos custos e uma maior modelação aos factos, o que permite designadamente limitar a “barganha” ambiental e a poderosa influência dos *lobbies*. Sobre essas vantagens cfr., por todos, DAVID SCHOENBROD, “Protecting the Environment in the Spirit of the Common Law”, in: E. MEINERS/ANDREW P. MORRIS (ed.), *The Common Law and the Environment - Rethinking the Statutory Basis for Modern Environmental Law*, Rowman and Littlefield Publishers, Inc., 2000, pp. 3-24 (especialmente pp. 17-20), que não deixa de destacar que a *common law* da poluição necessita de suplementos legislativos, embora o *government* federal só devesse regular as questões ambientais quando os

assentou no essencial, à imagem do que se passou nos ordenamentos jurídicos europeus, em leis materialmente administrativas e numa ordenação de comando baseada no direito administrativo. Daí que, ainda hoje, os autores salientem como a maioria das inúmeras leis ambientais publicadas nos últimos 35 anos são de *natureza regulatória*, pretendendo uma alteração das condutas privadas no sentido da protecção do ambiente e remetendo ou delegando os pormenores dos regimes jurídicos para as agências regulatórias, que estabelecem standards, elaboram regulamentos, outorgam autorizações, asseguram o cumprimento das normas, etc⁵²⁷.

No domínio ambiental a ordenação jurídica do ambiente afastou-se mais ainda do modelo tradicional — nomeadamente pela consciência de que os instrumentos tradicionais da *common law* não permitiriam a instituição de um sistema de larga escala de protecção do ambiente —, o que levou a que os EUA se afirmassem, neste âmbito, como um *Estado regulador ambiental*, instituindo a tutela do ambiente com base no modelo de comando e controlo. No domínio ambiental, a expressão *command and control* implica a regulação e prática administrativas de comando das fontes poluidoras de emissão, concretizadas através da fixação de *standards* ambientais de emissões ou efluentes, de *autorizações* (onde se determinam, entre outros elementos, os requisitos de funcionamento das fontes e os limites de emissões permitidos, na fase embrionária do direito do ambiente sobretudo baseados em exigências tecnológicas, o que implica muitas vezes a própria prescrição das tecnologias a usar), de programas de fiscalização e de controlo, de *sanções* destinadas a punir os incumpridores, de mecanismos de *responsabilidade* e do grande relevo atribuído ao *controlo judicial*, através da previsão da possibilidade de interposição de acções judiciais (*citizen suits*) para tutela do ambiente⁵²⁸.

Estados fossem institucionalmente incompetentes para o fazer. Na mesma obra, cfr. ANDREW P. MORRIS, "Lessons for Environmental Law from the American Codification Debate", pp. 130-157, especialmente pp. 151-154.

A chamada de atenção para as vantagens da *common law* não é, de forma alguma, um fenómeno historicamente esgotado, discutindo-se por vezes o tema no âmbito das complexas relações entre o direito federal e o direito estadual norte-americano. Nesse sentido, em tempos mais recentes, cfr. J. CZARNEZKI/MARK L. THOMSEN, "Advancing the rebirth of Environmental Common Law", *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 34 (2007), n.º 1, pp. 1-36: os Autores põem em evidência as vantagens em recorrer aos expedientes da *common law*, em particular às doutrinas da *private* e *public nuisance*, quando os expedientes da lei federal não resolvem os problemas, havendo uma série de exemplos do renascimento da *common law* e dos resultados que as *claims and remedies* podem ter no contexto ambiental. Depois de analisarem alguns casos de estudo (nomeadamente a *regulação dos gases com efeito de estufa* e a *recuperação de sítios poluídos com lixos tóxicos*) concluem que as agências administrativas federais por vezes actuam como "common law courts", mas que em muitos casos são ineficientes a esse nível, defendendo que os potenciais queixosos devem centrar os seus esforços na *common law* estadual.

⁵²⁷ Neste sentido, cfr. THOMAS O. MCGARITY, "The Goals of Environmental Legislation", *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 31 (2004), n.º 3, pp. 529-554.

⁵²⁸ Cfr. o nosso "Que Estratégia...", cit., pp. 297-299. Uma boa síntese do significado do modelo *command and control* ao nível da tutela ambiental, embora em termos essencialmente críticos, pode ser vista em MICHAEL P. VANDENBERGH, "An Alternative to Ready, Fire, Aim: A New Framework to Link Environmental Targets in Environmental Law", *Kentucky Law Journal*, vol. 85, n.º 4, pp. 803-918. Ao proceder a uma análise das principais questões suscitadas no "debate regulatório" do direito do ambiente, o Autor caracteriza o modelo *command and control* (pp. 824-854), salientando as dificuldades da primeira fase (até 1980), devido às incertezas científicas, às falhas na execução e cumprimento dos *standards* ambientais (verdadeira "pedra de toque" do sistema) e aos problemas resultantes da elaboração das regras ambientais e do uso excessivo de conceitos imprecisos — problemas que não invalidaram o seu reforço na década de oitenta do século xx.

Em termos sectoriais, centrando-se na análise da indústria química, considerada a mais poluente nos EUA e

Foi este o sistema erigido na década de setenta do século XX e que, com algumas pausas (designadamente ao longo da Administração Reagan), foi sendo reforçado nas décadas de oitenta e noventa, também aqui constituindo aquilo que temos vindo a designar por *primeira geração do direito ambiental*⁵²⁹.

Na sua configuração mais radical, o *command-and-control* não dá qualquer espaço para considerações de tipo económico, apresentando ainda uma grande desconfiança no que se refere à discricionariedade administrativa (o que leva a leis muito densas e prescritivas), bem como em relação aos *governments* estaduais e locais, devendo o *government* federal (em princípio, por intermédio da EPA) ter a primazia no controlo.

Foi a este modelo que as leis federais mais relevantes, publicadas ao longo da década de setenta do século passado — prioritariamente dirigidas à regulação dos principais componentes ambientais, em especial o ar e a água — recorreram de forma massiva, decorrendo delas a instituição de um ordenamento jurídico do ambiente de cariz publicista, com um enorme protagonismo atribuído à EPA.

3.3. A legislação federal de protecção do ambiente

Em face da dimensão, complexidade e profundidade do direito do ambiente norte-americano vamos ater-nos a aspectos parcelares desse direito, reduzindo quase sempre a nossa análise ao campo federal — isto é, sem entrar no direito ambiental posto em marcha pela enorme profusão de poderes públicos norte-americanos, ao nível estadual, municipal, local e tribal.

Ao nível federal, não há preceitos constitucionais relevantes, pois a Constituição americana, mesmo com as suas sucessivas emendas, é omissa em relação ao ambiente. O que,

em muitos outros países do mundo, constituindo um sector chave do mundo industrializado, cfr. NEIL GUNNINGHAM, "Environmental Management Systems and Community Participation: Rethinking Chemical Industry Regulation", *UCLA JELP*, vol. 16 (1997/98), n.º 2, pp. 319-439, que nos mostra (cfr. pp. 326-333) também como a *regulação tradicional* desta indústria se baseou no modelo *command and control*, sendo tal "sistema de regulação directa" criticado pelo Autor.

Sobre o relevante contributo das *citizen suits* para o cumprimento do direito ambiental, cfr. LISA J. MORELLI, "Citizen Suit Enforcement of Environmental Laws in the United States: An Overview", *Environmental Liability*, vol. 5 (1997), Issue 1, pp. 19-29.

⁵²⁹ Para além da primeira e segunda gerações do direito do ambiente, há quem se refira, de há uns anos a esta parte, a um *direito ambiental de terceira geração*: é o caso de RICHARD B. STEWART que defende o lançamento das bases de uma "estratégia de terceira geração do direito e da política ambiental" nos EUA. O Autor não negligencia o papel da segunda geração do direito ambiental, nomeadamente a utilização de instrumentos económicos (pp. 94-127) e as estratégias de direito reflexivo (pp. 127-151), que visam a internalização das normas ambientais pelas empresas, apelando à auto-regulação através de técnicas específicas de informação (como a rotulagem ecológica e as declarações de impacte ambiental — pp. 134-143) e de auditorias e sistemas de gestão ambiental (pp. 143-145). Todavia, pretende ir mais longe, com a afirmação dessa *estratégia de terceira geração* (pp. 151-173) que se centra em primeiro lugar na definição dos *objectivos da regulação*, após o que se devem estabelecer a *estrutura legal e institucional* para atingir esses fins e, por último, na *selecção dos instrumentos* regulatórios mais adequados (sistema esse concretizado nas pp. 154-158 e que deve passar por um inventário completo do estado actual dos recursos ambientais e do *stress* antropogénico actual e futuro sobre esses recursos e pelo desenvolvimento de objectivos subsidiários de qualidade dos recursos e de redução dos resíduos e do *stress* sobre os ecossistemas, usando ainda outras medidas com vista a estabelecer um plano ambiental nacional).

em todo o caso, e como justamente demonstra John C. Tucker, não impediu o governo federal de adoptar uma plethora de leis e regulamentos durante os anos setenta e oitenta (do século xx), como veremos a seguir. Apesar do não acolhimento do ambiente na Constituição federal assistiu-se, em contraposição, à proliferação da recepção do ambiente nas constituições estaduais⁵³⁰.

Posteriormente à promulgação do NEPA pelo Presidente Nixon e ao longo de toda a década de setenta, procedeu-se à elaboração de numerosas leis (estatutos) ambientais federais, ou à revisão de antigas leis, de forma tão significativa que equivaleu à redacção de novas leis. Entre 1969 e 1979 foram publicadas 23 leis fundamentais relativas à poluição, sistemas ecológicos e saúde humana⁵³¹, destacando-se também a criação da EPA e da *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA).

Vamos de seguida proceder a uma breve análise daqueles que julgamos serem os aspectos mais relevantes dessas leis ambientais federais, na perspectiva que nos anima nesta parte do nosso trabalho. Limitaremos a nossa exposição às mais relevantes — o NEPA, o *Clean Air Act* (CAA), o *Clean Water Act* (CWA) e o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA ou *Superfund*) —, deixando muitas outras de lado.

Para além do seu carácter precursor, o NEPA é um dos grandes marcos da “história” norte-americana do direito do ambiente, podendo ser visto como a primeira grande lei da nova abordagem jurídica do ambiente⁵³².

O NEPA preencheu, de certa forma, o lugar que os preceitos constitucionais ocupam em inúmeros ordenamentos jurídicos já que concebeu uma política nacional para o ambiente, atribuindo um mandato de protecção ambiental ao governo e às agências federais, o que leva a que alguns o considerem mesmo, de forma expressa, “uma Constituição para

⁵³⁰ Sobre isto, cfr. JOHN C. TUCKER, “Constitutional Codification of an environmental ethic”, *Fla. L. Rev.*, vol. 52, n.º 2 (Abril 2000), pp. 299-327. O Autor explica (p. 301 e seg.) as razões da tendência mundial para receber o ambiente nos textos das leis fundamentais (“as sociedades, pelo mundo fora, estão a elevar a protecção ambiental a um estatuto constitucional”) e analisa a falta de um mandato constitucional de protecção do ambiente, ao nível federal. No domínio estadual, analisa as disposições das constituições dos estados norte-americanos que tutelam o ambiente, centrando-se em especial na Constituição da Florida (pp. 309-311) que, em 1968, previu a primeira “Natural Resources Clause” declarando a “política do Estado de conservar e proteger aos seus recursos naturais e beleza cénica” (art. II, § 7 (a)). Note-se que, no entanto, há autores a defendenderem o poder constitucional do *government* federal para a regulação ambiental, derivado da *commerce clause* (ao passo que a mesma possibilidade, nos âmbitos dos Estados, resulta do seu *poder de polícia*): cfr. CELIA CAMPBELL-MOHN/BARRY BREEN/J. WILLIAM FUTRELL, *Environmental Law from Resources to Recovery*, Environmental Law Institute, Hornbook Series, West Publishing CO., St. Paul., Minn., 1993, p. 10 e seg.

Após salientar o significado do acolhimento do ambiente em disposições constitucionais — em termos de *justiciabilidade* (enforceability), de relevância política e de relevância social (pp. 315-325) — a grande conclusão de John C. Tucker a este respeito é a de que, apesar de o mandato constitucional não ser, na maior parte dos casos, juridicamente necessário, ele é importante porque reflecte o reconhecimento social da importância do ambiente — além de poder ser necessário para forçar a acção política em certas situações onde essa intervenção se revela mais discutível (cfr. p. 303).

⁵³¹ É essa a indicação dada por KEN GEISER, “Establishing a General Duty of Precaution in Environmental Protection Policies in the United States”, in: CAROLYN RAFFENSPERGER e JOEL A. TICKNER (eds.), *Protecting Public Health & the Environment — Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, Washington, D.C., 1999 (p. xxi).

⁵³² Para além de ser, segundo os autores americanos, “a lei mais imitada da história americana”: cfr. NICHOLAS YOST, “The Background and History of NEPA”, cit., p. 1.

o ambiente”⁵³³.

Este seu protagonismo não pode todavia iludir o facto de o NEPA ter por destinatário directo, não os cidadãos e/ou as empresas mas sim as entidades públicas, concretamente as federais: o seu objectivo básico foi o de atribuir a todas as *agências federais* um mandato para executarem uma política nacional de tutela ambiental. A sua previsão mais relevante foi a que impôs a obrigatoriedade de realização de uma *declaração de impacte ambiental* (*Environmental Impact Statement* — EIS) para todos os projectos federais.

Duas outras notas sobre o NEPA, a primeira para mencionar a necessidade que impôs de criação de um órgão incumbido de aconselhar o Presidente sobre assuntos ambientais — o *Council on Environmental Quality* — o qual, no entanto, não viria a assumir um papel relevante na conformação posterior do direito e da política ambientais norte-americanos; e a segunda para pôr em evidência as repercussões que teve na configuração dos regimes comunitário e nacional da AIA⁵³⁴.

Apesar do carácter precursor e emblemático do NEPA, os dois “pesos-pesados” da política e do direito ambientais norte-americanos — e não apenas da sua primeira geração, uma vez que nas suas revisões vieram a ser acolhidas muitas das novas tendências do direito ambiental — são, sem dúvida, o *Clean Air Act* (CAA) e o *Clean Water Act* (CWA). No que respeita ao primeiro⁵³⁵, trata-se de uma lei cujos tamanho, importância, complexidade e vastidão das matérias abordadas são enormes — em paralelo com idêntica natureza do fenómeno que pretende regular, a *poluição atmosférica*, o principal problema ambiental dos EUA —, sendo nosso objectivo tão-só o de chamar a atenção, de forma breve, para alguns aspectos do CAA.

Aquilo que habitualmente se designa por CAA (ou CAA de 1990) é, na verdade, o resultado da revisão da lei original, datada de 1963 — a qual, por sua vez, tinha sido antecederada pelo *Air Pollution Control Act*, de 1955, a primeira lei federal relativa à poluição atmosférica —, com sucessivas revisões⁵³⁶, sendo as de 1990 as mais significativas, com

⁵³³ Cfr. LYNTON K. CALDWELL, “Beyond NEPA: Future Significance of the National Environmental Policy Act”, *HELR*, vol. 22 (1998), n.º 1, pp. 203-239. O papel do NEPA é aqui analisado a par da possibilidade — nunca concretizada — de fazer uma emenda constitucional a consagrar o ambiente na lei fundamental (cfr. pp. 223-228). No entanto, também devido à natureza *política* (e não exclusivamente jurídica) desta lei, LYNTON K. CALDWELL conclui que o NEPA “cria uma fundação para um esforço nacional e legitima os seus objectivos e princípios como política nacional” e que, por isso mesmo, ele “*pode ser visto, de facto, como uma constituição para o ambiente* — princípios que guiam a Nação para uma maior qualidade de vida e um futuro ambiental duradouro” (p. 238 e seg.; itálico nosso).

⁵³⁴ Sobre essas repercussões, cfr. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental — Para uma Tutela Preventiva do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 319-322 (o NEPA como referência obrigatória da Directiva comunitária sobre avaliação de impacte ambiental) e pp. 385-439 (o modelo norte-americano de avaliação de impacte ambiental como “modelo genético” deste instituto).

⁵³⁵ Justamente considerado o “porta-estandarte” da revolução ambiental dos anos setenta, sendo o modelo de eleição da regulação de tipo *command and control*: expressamente neste sentido, cfr. DANIEL RIESEL, “Forecasting Significant Air Act Implementation Issues: Permitting and Enforcement”, *Pace Env'tl. L. Rev.*, vol. 14, n.º 1, Fall 1996, pp. 129-168 (p. 129).

⁵³⁶ Nomeadamente a de 1970, com a qual se passou a usar o nome de *Clean Air Act*, consagrando uma mudança profunda no papel do *government* federal no controlo da poluição atmosférica. A lei foi de novo revista em 1977, através dos *Clean Air Act Amendments of 1977* e depois em 1990 (*Clean Air Act Amendments of 1990*), sempre com o reforço das competências federais em sede de controlo da poluição atmosférica, autorizando a criação de programas de autorizações especialmente em relação às chuvas ácidas. Sobre esta evolução cfr. o artigo,

opções na regulação ambiental que viriam a ser marcadas por um enorme sucesso prático (as alterações posteriores à versão de 1990 foram mínimas). Sendo baseado num modelo de regulação de comando e controlo, não pode surpreender o facto de o CAA de 1990 proceder a uma *regulação directa* da poluição atmosférica, com recurso à fixação de *standards* que os poluidores estavam obrigados a respeitar e com um enorme protagonismo da *autorização administrativa*, o instrumento mais eficaz para execução da lei, sendo ainda hoje o Título V do CAA (programa de autorizações) uma das suas partes mais debatidas.

Para além de baseado no modelo de comando e controlo, o CAA é considerado uma lei de controlo da poluição do tipo *end-of-pipe*, pretendendo com esta expressão aludir-se a uma abordagem de "fim da linha": não está ainda em jogo uma estratégia de *prevenção* da poluição, mas apenas o seu *controlo*, por forma a que os valores de emissões se situem dentro dos limites previstos na lei e concretizados nas autorizações, o que exige das autoridades competentes a fiscalização da poluição emitida no final do processo produtivo (da emissão de gases poluentes e substâncias tóxicas para a atmosfera), por forma a garantir o respeito daqueles limites.

Desta forma, os grandes elementos caracterizadores da abordagem de comando (do direito administrativo de ordenação) estão presentes no CAA: o estabelecimento de *standards* de qualidade do ar, um para cada poluente aí regulado (dióxido de enxofre, óxido de azoto, partículas, monóxido de carbono, ozono e chumbo); o recurso a actos autorizativos para estabelecer em concreto os limites de emissões, o programa de cumprimento, os requisitos de monitorização e comunicação, entre muitos outros deveres acessórios dos operadores; e a atribuição de amplos poderes às entidades administrativas (com destaque claro para a EPA⁵³⁷) de supervisão, inspecção, controlo e aplicação de sanções (tanto aos agentes económicos privados como aos próprios Estados, que podem ser sancionados pela EPA no caso de não cumprirem as suas obrigações).

A fixação dos standards de qualidade merece maior atenção, em face da sua extrema complexidade e da originalidade do sistema construído, com um intrincado envolvimento das autoridades federais e estaduais: ao nível federal, por intermédio da EPA, instituíram-se os *standards nacionais* da qualidade do ar para cada um dos poluentes referidos, através dos *National Ambient Air Quality Standards* (NAAQS), onde se especificaram as quantidades máximas que podem ser emitidas para a atmosfera; no âmbito estadual cumpriu-se a obri-

acessível on-line no sítio da EPA, "History of the Clean Air Act" (http://www.epa.gov/air/caa/caa_history.html). O CAA foi entretanto incorporado no *United States Code* como Capítulo 85 do Título 42.

⁵³⁷ Mas com atribuições igualmente muito relevantes a ficarem nas mãos dos Estados, bem como de outros níveis administrativos, incluindo as próprias tribos índias. Sobre as competências destas tribos na gestão do CAA, cfr. JANA B. MILFORD, "Tribal Authority under the Clean Air Act: How Is It Working?", *Nat. Resources J.*, Winter 2004, vol. 44, n.º 1, pp. 213-242 — que nos mostra tratar-se de competências de *gestão* dos "recursos" atmosféricos respectivos, chamando-nos a atenção para as diversas dificuldades que as tribos enfrentam, nomeadamente ao nível dos recursos técnicos, humanos e financeiros para desenvolver programas abrangentes. No caso de as tribos não exercerem estes seus poderes (ou enquanto não o façam), a EPA assume o controlo e a responsabilidade pela execução do CAA dentro dos limites da reserva tribal respectiva. Para se ter consciência da dimensão destes poderes das tribos, é significativo mencionar que, de acordo com o art. 301 (d) do CAA — aspecto posto em evidência pela citada Autora (p. 213), "(...) no que se refere a esta lei, o Administrador (da EPA) está autorizado a tratar as tribos índias como estados", podendo "promulgar regulamentos que estabeleçam os elementos dos planos e procedimentos tribais de execução, com vista à aprovação ou desaprovação dos planos de execução tribais".

gação de desenvolver programas baseados nos regulamentos da EPA, para cumprir aqueles standards na área sob a sua jurisdição, através dos *State Implementation Plans* (SIPs)⁵³⁸. A complexidade é ainda maior por inúmeras razões, entre as quais avulta o facto de existirem dois tipos de NAAQS — o primário e o secundário —, o primeiro estabelecido pela EPA com vista a especificar a quantidade máxima que pode ser permitida no ar tendo em vista a protecção da saúde pública perante esse poluente e o segundo, mais estrito, representando a proporção do poluente no ar compatível com o bem-estar público, pois a ultrapassagem de tal valor pode implicar lesões às colheitas, árvores e edifícios. Os Estados devem elaborar um SIP adicional relativo a este segundo standard. O conceito de NAAQS é um aspecto do CAA que, de acordo com as informações dadas pela doutrina, quase não mudou desde 1970⁵³⁹.

⁵³⁸ Uma pequena amostra da complexidade do sistema é revelada pela circunstância de os EUA estarem divididos em 247 regiões de qualidade do ar. Os SIP concretizam-se em leis e regulamentos que devem cumprir os NAAQS — para que tal cumprimento seja garantido estão sujeitos a controlo e *aprovação* pela EPA, após a qual os SIP se convertem em direito federal —, especificando os limites de emissão para cada fonte de poluição, contendo também disposições sobre monitorização e garantia do cumprimento. Com base nos SIP, as fontes significativas de poluição obtêm autorizações (em regra válidas por 5 anos), nas quais se especificam os valores de emissão, sendo certo que o conjunto total das emissões autorizadas não pode exceder os níveis previstos nos NAAQS.

Para além dos NAAQS e dos SIPs, há ainda a referir a existência de dois outros programas relativos às fontes móveis: os *New Source Performance Standards* (NSPS) e os *National Emission Standards for Hazardous Air Pollutants* (NESHAPs).

⁵³⁹ Pode ser consultada inúmera bibliografia sobre os NAAQS e a sua execução por intermédio dos SIP estaduais: cfr., entre outros, MARY ROSE KORNREICH, "Setting Natural Ambient Air Quality Standards", in: ROBERT J. MARTINEAU, JR./DAVID NOVELLO (editors), *The CAA Handbook*, SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law) - ABA (American Bar Association), 1998, pp. 11-32; MARTIN FREEDMAN/BIKKI JAGGI, *Air and Water Pollution Regulation — Accomplishments and Economic Consequences*, Quorum Books, 1993; ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law...*, cit., p. 102 e segs.; NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, 3rd edition, Prentice Hall, New Jersey, 2000, p. 165 e segs.; JOEL B. GOLDSTEIN, *The ABCs of Environmental Regulation*, ABS Consulting/Government Institutes, 2003, p. 47 e segs.; JOHN P. DWYER/RICHARD W. BROOKS/ALAN C. MARCO, "The Air Pollution Permit Process for U. S. and German Automobile Assembly Plants", in: ROBERT A. KAGAN/LEE AXELRAD (ed.), *Regulatory Encounters: Multinational Corporations and American Adversarial Legalism*, University of California Press, 2000, pp. 173-221 (pp. 176-179 e 183 e seg.); THOMAS JULIAN PAGE, "The Limits of Devolution in Environmental Law. A Comparison of Regional and Statewide Ambient Air Quality Planning in the United States and Germany", *The University of Chicago Legal Forum*, volume 1997, pp. 527-550 (pp. 532-536).

Na jurisprudência, cfr. a ultra-famosa decisão do *U.S. Court of Appeals for the D. C. Circuit* (tribunal reconhecido como verdadeiro centro da jurisprudência do direito administrativo) no caso *American Trucking Ass'ns v. EPA* (conhecido normalmente por *American Trucking*), no qual se decidiu que a EPA ultrapassara as barreiras constitucionais, tendo usurpado prerrogativas legislativas quando emitiu NAAQS para o ozono e para as partículas sob o CAA — uma vez que, segundo o tribunal, a decisão da EPA não estava limitada por qualquer princípio inteligível. Sobre o caso cfr. SANDRA B. ZELLNER, "The Devil, the Details, and the Dawn of the 21st Century Administrative State: Beyond the New Deal", *Ariz. St. L. J.*, vol. 32, n.º 3, Fall 2000, pp. 941-1049; PATRICIA ROSS MCCUBBIN, "The D. C. Circuit Gives New Life and New Meaning to the Nondelegation Doctrine in *AMERICAN TRUCKING ASS'NS v. EPA*", *Va. Env'tl. L.J.*, volume 19, n.º 1, 2000, pp. 57-86 (pp. 66-86); e MICHAEL N. SCHMIDT, "Delegation and Discretion: Structuring Environmental Law to Protect the Environment", *J. Land Use & Env'tl. L.*, volume 16, n.º 1, Fall 2000, pp. 111-127 — os quais analisam o caso na perspectiva do contributo que deu para reanimar a "*nondelegation doctrine*", isto é, o princípio constitucional de acordo com o qual o Congresso não pode delegar a sua competência legislativa num *branch of government* (correspondente, no direito português, a um outro poder ou função do Estado, se bem que a palavra "Estado" tenha um significado completamente diferente no universo jurídico-político americano): o tribunal rejeitou a interpretação do CAA feita pela EPA, concretizada numa regra que baixava os NAAQS do ozono, regra essa que foi impugnada e anulada pelo Supremo, considerando que a interpretação do CAA feita pela EPA constituía uma delegação inconstitucional de poder legislativo. Segundo o tribunal, a agência federal violou aquele princípio ao estabelecer standards nacionais de qualidade do ar sem se basear num "princípio inteligível" que justificasse a sua decisão. Apesar de reconhecer que a promoção da saúde pública, ao abrigo do CAA, é um trabalho mais talhado para a EPA do que para o Congresso, designadamente em

Há uma quase unanimidade de pontos de vista, nos EUA, quanto aos resultados da aplicação do CAA (tanto do de 1970 como do de 1990): a diminuição da poluição atmosférica atingiu resultados bastante positivos, com a redução das emissões dos poluentes atmosféricos mais significativos a atingir resultados muito encorajadores. Apesar dos altos custos de cumprimento que implicou — tanto para as empresas reguladas como para as autoridades administrativas responsáveis — a verdade é que a abordagem de comando que lhe subjaz não invalidou uma sua notável eficiência em termos da própria performance ambiental⁵⁴⁰.

É evidente que o CAA foi alvo de muitas críticas, tanto por parte dos empresários (invocando, antes de mais, os custos excessivos por ele gerados, raramente ponderados, nesta fase, com os resultados ambientais a atingir) como dos próprios ambientalistas (que alegavam o incumprimento dos prazos fixados pela EPA para atingir determinados resultados e, mais em geral, a vulnerabilidade da agência ambiental às pressões oriundas do mundo empresarial), sem esquecer os apoiantes do poderoso movimento norte-americano da *justiça* ou *racismo ambiental*⁵⁴¹. A adaptação do CAA às críticas e aos novos ventos que têm soprado no direito administrativo do ambiente leva a que, já no novo milénio, esta lei continuasse a ser considerada como *o aspecto mais inovador* do sistema regulador ambiental norte-americano⁵⁴².

Como adiantámos já, a outra grande lei de referência da primeira geração da legislação ambiental norte-americana é o CWA, também ele resultante de revisões à lei anterior: aquilo que é habitualmente designado por CWA é o produto da profunda revisão, em 1977, do *Federal Water Pollution Control Act* de 1972⁵⁴³. À imagem do CAA, também o CWA se baseia numa abordagem de comando, sendo outro exemplo paradigmático do modelo de comando e controlo.

A regulação das fontes poluidoras feita pelo CWA é igualmente de tipo “fim da linha”, já que o esforço central é orientado para o controlo das descargas nos aquíferos, sendo também a fixação de *standards* um aspecto essencial da lei, precedendo a emissão das autorizações de descarga, em cuja outorga desempenham papel principal.

face dos critérios científicos envolvidos, a determinação feita pela EPA foi anulada. O último Autor fala mesmo, a respeito da decisão, no facto de o *Supreme Court* ter com ela “emitido ondas de choque na comunidade ambiental ao reanimar a *nondelegation doctrine* depois de 60 anos de adormecimento”.

⁵⁴⁰ Nesse sentido, cfr. DANIEL H. COLE/PETER Z. GROSSMAN, “When is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection”, *Wis. L. Rev.*, volume 1999, n.º 5, pp. 887-938 — que nos mostram, de forma clara, como os “números” do CAA não confirmam a visão de alegada ineficiência do *command-and-control*, já que os benefícios do CAA entre 1970 e 1990 ultrapassaram substancialmente os custos (os seus “benefícios sociais líquidos” foram enormes).

⁵⁴¹ De forma extremamente sintética e simplificada, este movimento alerta e luta contra a *discriminação de comunidades minoritárias* (designadamente comunidades de cor ou de baixos rendimentos) em termos ambientais, em virtude da localização das instalações mais poluentes e mais danosas para o ambiente e para as condições de saúde pública nesses locais. Para lutar contra estes impactes *dísparos* ou *discriminatórios* os defensores da “justiça ambiental” têm invocado o Título VI do *Civil Rights Act* de 1964, bem como a *Executive Order* do Presidente Bill Clinton sobre o tema (“Federal Actions to Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations” — *Executive Order* n.º 12.898, de 11.02.94).

⁵⁴² Neste sentido, cfr. o interessante debate entre alguns dos principais cultores do direito ambiental norte-americano que nos é narrado por JOEL A. MINTZ: “Whither Environmental Reform?: Some Thoughts on a Recent AALS Debate”, *The Environmental Law Report — News and Analysis*, volume xxxi, n.º 6, June 2001, pp. 10.719-10.725.

⁵⁴³ As fundações do CWA têm uma origem mais remota, concretamente em 1948, quando foi publicada a primeira versão do *Federal Water Pollution Control Act*, significativamente reorganizada e alargada em 1972, passando a designar-se como *Clean Water Act* com as citadas alterações de 1977.

À imagem do que acontece no CAA, a execução do CWA passa por um complexo imbricamento de responsabilidades entre o nível federal e o estadual⁵⁴⁴, com competências importantes a serem atribuídas a outros níveis administrativos, designadamente às tribos índias (as *Native Indian Tribes*): a EPA fixa os standards nacionais através de um programa específico para esse efeito (o *National Pollution Discharge Elimination System* — NPDES), com base no qual são emitidas as autorizações de descarga. Todavia, os Estados (e as tribos índias) podem desenvolver os seus próprios programas de controlo do inquinamento da água, por intermédio dos *State Permitting Discharge Elimination Systems* os quais, no entanto, para que sejam válidos necessitam de ser mais exigentes ou estritos que o programa da EPA e de ser por esta aprovados. Os Estados podem assim tornar-se nas agências reguladoras, embora a EPA tenha o poder de, a todo o tempo, retirar a aprovação para o programa estadual, assumindo ela própria o controlo.

Todas as fontes pontuais ou tópicas de descarga para águas de superfície carecem de autorização a qual se configura como o principal acto administrativo praticado ao abrigo do CWA.

O controlo da poluição das águas foi um dos domínios onde mais se desenvolveram, no direito norte-americano, as exigências tecnológicas impostas aos poluidores e a necessidade da sua constante adaptação ao estado do desenvolvimento tecnológico. Na verdade, o controlo sobre as descargas não se refere apenas à qualidade da água, baseando-se alguns dos requisitos na imposição de tecnologias: requer-se não só o respeito pelas BMP (*best management practices*) como o cumprimento de BPT (*best practicable control technology*), BAT (*best available technology*) ou BCT (*best conventional pollutant control technology* — o método mais suave de todos e o único que implica um teste de razoabilidade de custos) em função da indústria em causa, do tipo de poluente e dos prazos impostos para o cumprimento⁵⁴⁵. A previsão da obrigatoriedade de utilizar estas tecnologias, em face da sua imprecisão,

⁵⁴⁴ Em relação aos problemas de distribuição de competências em sede de regulação ambiental entre o Governo Federal e os Estados — em geral e não especificamente quanto à execução do CWA —, cfr. RICHARD L. REVESZ, "The race to the bottom and Federal Environmental Regulation: A Response do Critics", *MinLR*, vol. 82, n.º 2 (Dec. 97), pp. 535-564; PAUL S. WEILAND, "Federal and State Preemption of Environmental Law: a Critical Analysis", *HELR*, vol. 24 (2000), n.º 1, pp. 237-286, que analisa as relações entre as autoridades federais, estaduais e locais na tutela do ambiente; e, por último, ROBERT R. KUEHN, "The Limits of Devolving Enforcement of Federal Environmental Laws", *Tul. L. Rev.*, vol. 70, n.º 6 — Part B (June 96), pp. 2372-2395, que nos dá conta da repartição de competências ao nível da execução entre as agências federais e estaduais, determinada nas leis ambientais, da evolução de um sistema original de execução ou controlo do cumprimento federal e do trânsito parcial para um sistema de competência estadual, apresentando as principais razões para tal modificação.

⁵⁴⁵ Sobre o uso destes *standards* tecnológicos no CWA cfr., por todos, ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law...*, cit., pp. 125-132 e THEODORE L. GARRETT, "Overview of the Clean Water Act", in: PARTHENIA B. EVANS (ed.), *The Clean Water Act Handbook*, SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law) — ABA (American Bar Association), 1994, pp. 1-7. Quanto à distinção, de entre os *objectivos de redução da poluição*, entre a categoria dos *melhores esforços* (a cláusula BAT), dos *esforços razoáveis* (traduzida na instalação da melhor tecnologia praticável — BPT — ou da *reasonably available control technology* - RACT), cfr. THOMAS O. MCGARITY, "The Goals of Environmental Legislation", *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 31, n.º 3, 2004, pp. 529-554.

Numa perspectiva crítica, integrando os problemas relativos à BAT como um dos "defeitos do sistema americano vigente de regulação ambiental", cfr. RICHARD B. STEWART, "A New Generation of Environmental Regulation?", *Cap. U. L. Rev.*, volume 29, n.º 1, 2001, pp. 21-182 (pp. 27-38); no mesmo sentido, BRUCE A. ACKERMAN/RICHARD B. STEWART, "Reforming Environmental Law", *Stan. L. Rev.*, volume 37, 1985, pp. 1333-1365, que fazem uma crítica severa ao sistema então vigente (pp. 1334-1341), antes de mais por se basear na estratégia BAT, considerada muito dispendiosa, sobretudo por ser uniforme, penalizando desproporcionalmente os novos

abre um grande espaço discricionário à EPA a qual, ainda para mais, deverá na sua falta estabelecer as limitações de efluentes nas autorizações de descarga com base no critério muito pouco preciso do seu “melhor juízo profissional” (“*best professional judgement*”).

Em suma, também ao nível da luta contra a poluição das águas os EUA dispõem há muito de uma lei densa e completa, com base na qual foi erigido um poderoso edifício administrativo, numa abordagem de comando e controlo, com importantes poderes dados aos organismos administrativos na imposição de standards, na emissão de autorizações, na supervisão, controlo, fiscalização e sancionamento dos comportamentos susceptíveis de poluírem o componente ambiental água. E os resultados do CWA — sem serem, sequer de perto, tão significativos como os do seu parceiro CAA — na luta contra a poluição aquática não podem também ser negligenciados⁵⁴⁶.

Entre as outras diferentes leis de controlo da poluição publicadas na década de setenta, com base no modelo *command-and-control*, merecem referência o *Marine Protection, Research and Sanctuaries Act*, de 70, o *Noise Control Act*, de 72, o *Safe Drinking Water Act*, de 74, as Emendas feitas em 76 ao *Solid Waste Act* que constituíram o *Resource, Conservation and Recovery Act*, o *Toxic Substances Control Act*, de 76 e o *Aviation Safety and Noise Abatement Act*, de 79.

Uma lei que se revelou de importância fulcral foi a *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), datada de 1980, a qual todavia tem um objecto um pouco distante das nossas preocupações: trata-se de uma lei sobre *responsabilidade*, tendo determinado que todas as pessoas que contribuíssem para a libertação de substâncias perigosas num determinado sítio ou instalação se tornassem responsáveis pelos respectivos custos de limpeza, criando uma rede muito alargada de responsabilidade, em especial no que se refere aos agentes geradores de resíduos. Para execução do seu objectivo central — conseguir a limpeza voluntária ou coerciva dos solos pelos sujeitos privados poluidores — prevê esta lei casos de responsabilidade objectiva, solidária, conjunta e retroactiva.

Para além destas faculdades atribuídas ao governo federal, as suas implicações publicistas não se ficam por aqui: a lei é também conhecida pelo nome *Superfund*, em virtude de ter criado um fundo (o *Hazardous Substances Trust Fund*) para pagar acções de remoção e de outros tipos, permitindo ao governo federal a limpeza de locais de deposição de resíduos perigosos⁵⁴⁷.

produtos e processos, não incentivando o desenvolvimento de novas e melhores estratégias ambientais, sendo excessivamente centralizada, inconsistente com o estabelecimento de prioridades e fomentando a inércia regulatória; salientando também os enormes custos burocráticos impostos pela BAT à EPA, acabando por gerar a inércia administrativa, como meio de defesa da EPA face aos custos e às dificuldades (cfr. pp. 1359-1364).

⁵⁴⁶ Cfr. CASS R. SUNSTEIN, *After the Rights...*, cit., pp. 77-79, que faz mesmo um “ranking” do resultado das leis ambientais, colocando em primeiro lugar o CAA (com enormes reduções na emissão de poluentes, pois no ano de publicação deste estudo, segundo o Autor, mais de 2.600 dos 3.151 *counties* americanos cumpriam já os objectivos de qualidade do ar) e em segundo o CWA, com resultados menos impressionantes. Também SANDRA B. ZELLMER (“The Virtues of ‘Command and Control’ Regulation: Barring Exotic Species from Aquatic Ecosystems”, *U. Ill. L. Rev.*, volume 2000, nº 4, pp. 1233-1285) evidencia os excelentes resultados atingidos pelo CWA na redução da poluição aquática (pp. 1249-1268).

⁵⁴⁷ Sobre o CERCLA e a sua caracterização como lei reguladora da responsabilidade, cfr. WILLIAM H. RODGERS, *Environmental Law* (Hornbook Series), 2nd Edition, West Publishing Co., 1994, p. 58 e seg. e 680-700; em geral

Fazendo um balanço muito sucinto do quadro legal e regulatório constituído pelas principais leis ambientais americanas, nas décadas de setenta e oitenta do século XX, podemos concluir que, ao arripio da tradição de um sistema de *common law*, foi erigido um enorme edifício de regras e prescrições em muitos casos com bastante minúcia, que leva alguns autores norte-americanos a considerar que a regulação ambiental dos EUA é mais pormenorizada, complexa, imprevisível e onerosa do que a de muitos outros países, designadamente a Inglaterra, a Holanda, a Alemanha ou o Japão⁵⁴⁸.

Talvez por esta razão as críticas às leis ambientais e, em especial, ao recurso ao modelo de comando e controlo, vão-se suceder e agudizar, em especial desde o início da década de noventa do século transacto. A arguição da ineficiência do modelo, dos seus custos excessivos, da sua inaptidão para a execução de estratégias de prevenção da poluição bem como para lutar contra os problemas ambientais de segunda geração vão-se suceder e ser em parte responsáveis pelo emergir de um novo paradigma de regulação ambiental, que analisaremos na Parte II da dissertação.

À complexidade e minúcia do quadro da regulação soma-se também a grande importância das autoridades administrativas responsáveis pela execução, supervisão, controlo, fiscalização e sancionamento das políticas e normas ambientais, com destaque muito particular para a principal agência federal neste domínio: a *Environmental Protection Agency*, sobre a qual nos debruçaremos de seguida.

3.4. A *Environmental Protection Agency* (EPA)⁵⁴⁹

A EPA foi criada em 2 de Dezembro de 1970 como resultado da “fusão” de diversos departamentos federais já existentes⁵⁵⁰, tornando-se a agência federal responsável pelo estabelecimento e coordenação de uma política nacional coerente para o ambiente. O seu protagonismo no contexto das políticas federais e também na relação com os governos esta-

sobre a lei, cfr., por todos, FINDLEY/FARBER, *Environmental Law...*, cit., pp. 205-227.

⁵⁴⁸ Cfr. ROBERT A. KAGAN, “Trying to have it both ways: local discretion, central control, and adversarial legalism in American environmental legislation”, *ELQ*, pp. 718-732. No mesmo sentido, JAMES A. HOLTkamp, “Emissions Trading under the United States Clean Air Act”, *Environmental Liability*, vol. 1 (1993), Issue 6, pp. 125-131, que considera (p. 125) que os Estados Unidos têm um dos esquemas regulatórios de protecção ambiental mais complicados do mundo, com inúmeras *regulations* e *ordinances* federais, estaduais e locais. Para ilustrar a razoabilidade destas análises, saliente-se o facto de a EPA, após a revisão do CAA de 1990, ter criado *milhares* de páginas de regras e orientações para implementar as modificações, como nos informam ARNOLD W. REITZE, JR./RANDY LOWELL, “Control of Hazardous Air Pollution”, *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 28, n.ºs 2 e 3, Winter 2000, pp. 229-362.

⁵⁴⁹ O interesse pela EPA, a sua organização, a sua actuação, o seu controlo, entre muitos outros aspectos, não se tem cingindo aos EUA, sendo de notar, a este nível, o estudo comparativo entre a EPA e a Agência Europeia do Ambiente apresentado por PATRICIA M. BAILEY: cfr. “The Changing Role of Environmental Agencies”, *EELR*, vol. 6, n.º 5 (May 97), pp. 148-155.

⁵⁵⁰ Como se pode ver na *Executive Order* do Presidente Nixon que a instituiu, através da combinação de unidades já existentes de diversos departamentos federais: cfr. o *Reorganization Plan n.º 3* de 1970, transmitido ao Congresso em 9 de Julho de 1970 e que viria a entrar em vigor em 2 de Dezembro do mesmo ano. Sobre os complexos trâmites deste processo cfr. THE UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Legal Compilation (Statutes and Legislative History, Executive Orders, Regulations, Guidelines and Reports)* — *General*, vol. 1, January 1973, pp. 3-406 (especialmente pp. 3-7).

duais rapidamente se estabeleceu, tendo crescido de forma muito significativa nas décadas seguintes em termos tais que — também devido ao tipo de abordagem por ela levada a cabo, durante muito tempo baseada, de forma quase exclusiva, no modelo de comando e controlo — alguns a denominaram já como a “Gestapo do government”⁵⁵¹. O que se explica também pelo facto de as principais leis federais norte-americanas publicadas ao longo da década de setenta terem vindo sempre atribuir vastos e complexos poderes à EPA.

A estrutura da EPA apresenta-se, de certa forma, como um caso particular: ela é considerada como uma agência “híbrida”, pois se por um lado foi criada como agência independente, uma vez que não está localizada em nenhum departamento do ramo executivo, por outro é comandada por um único Administrador (que goza de vastíssimos poderes) nomeado pelo Presidente e na sua directa dependência⁵⁵².

O facto de ser uma agência federal não implica que ela não deva ser articulada com as inúmeras especificidades de um país com um território tão grande, rico e diversificado. Assim, para além dos serviços centrais da EPA — que incluem, desde 1992, um *Environmental Appeals Board*, decisor final da agência em recursos administrativos relativos a leis administradas pela EPA —, existem dez “delegações” regionais (cada uma com um Administrador Regional) que cobrem a totalidade do território dos EUA⁵⁵³.

A finalizar, consideramos feliz a síntese apresentada por Eileen Guana, aquando da celebração do 30.º aniversário da EPA, quando afirmou que “a criança idealista nascida de uma estranha relação entre o fervor popular e a ambição política cresceu, transformando-se numa agência de comando, cujas decisões ressoam através da economia e afectam significativamente as vidas das pessoas”⁵⁵⁴.

3.5. Outros aspectos da abordagem de comando e controlo

Não vamos proceder a uma explicação tão minuciosa como fizemos para os ordenamentos jurídicos europeus que nos são mais próximos ou que se revelam de maior interesse na concepção das formas de combater, controlar e promover as condições ambientais. Em

⁵⁵¹ DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative: Attempting to Revitalize a Floundering Regulatory Reform Agenda”, *Emory L.J.*, volume 50, n.º 1, Winter 2001, pp. 1-100 (p. 17).

⁵⁵² A estrutura das agências nos EUA está longe de ser linear. Por norma, elas são distinguidas em dois grandes grupos: as *agências executivas*, que pertencem ao ramo executivo e estão ao nível dos *departments* (ministérios), sendo controladas de forma quase plena pelo Presidente, que nomeia e destitui os respectivos Directores (“Administradores”); e as *agências independentes* (por vezes na forma de *independent regulatory commissions*) que, como o próprio nome indica, têm uma muito maior liberdade de movimentos, não estando sujeitas a controlo directo presidencial nem sendo chefiadas por um “Administrador” mas por um *board of commissioners*, também nomeados pelo Presidente, mas com um mandato limitado e não podendo ser destituídos sem causa. Qualificando expressamente a EPA como uma agência “híbrida”, cfr. NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., p. 98; sobre a sua difícil inserção no âmbito das categorias clássicas das agências norte-americanas, cfr. SUSAN J. BUCK, *Understanding Environmental Administration and Law*, 2nd edition, 1996, pp. 16-33.

⁵⁵³ Sobre os dez “departamentos” ou “delegações” regionais (*regional offices*) da EPA e as suas áreas de competência territorial, cfr. KUBASEK/SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., p. 104.

⁵⁵⁴ Cfr. EILEEN GUANA, “EPA at 30: Fairness in Environmental Protection”, *Environmental Law Reporter*, volume XXXI, n.º 5, May 2001, pp. 10.528-10.565 (p. 10.528).

todo o caso gostaríamos de salientar alguns dos aspectos do paradigma de comando e controlo também experimentados na regulamentação jurídica do ambiente norte-americana, análise à qual nos dedicaremos de seguida.

Apesar das enormes diferenças entre o direito administrativo dos EUA e os seus congéneres europeus também no espaço jurídico norte-americano os actos administrativos autorizativos assumiram um significado ímpar na tutela jurídico-ambiental, sendo um dos pilares da construção do edifício da estratégia de comando e controlo que temos vindo a analisar.

Em todas as principais leis federais de protecção do ambiente as autorizações surgem como o instrumento que permite a definição e aplicação, em concreto, das exigências, requisitos e *standards* previstos de forma geral e abstracta na lei — uma vez que, se não a totalidade pelo menos a maior parte das actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais estão sujeitas a autorização, sendo muitas vezes necessária a outorga de vários actos autorizativos, a emitir por diferentes autoridades, pelo menos nos primeiros anos do movimento de protecção ambiental caracterizados por uma grande fragmentação e falta de integração do sistema.

Em relação ao *controlo e fiscalização das actividades com relevância ambiental*, as leis representativas deste modelo partem do pressuposto de que os actores económicos — nomeadamente os empresários responsáveis pela exploração de instalações industriais — numa economia capitalista baseada no mercado não tomarão medidas para reduzir a poluição a menos que a tal sejam obrigados (nos anos de nascimento e afirmação do direito do ambiente a “consciência ecológica” não tinha ainda ganho os foros de cidade que entretanto assumiu). Deste modo, a regulação de comando afigura-se como a maneira eticamente mais apropriada e, sobretudo, mais efectiva de assegurar a protecção, nomeadamente através de uma especificação das proibições nas condições de autorização⁵⁵⁵ — pelo que os temas da execução e do controlo de cumprimento da disciplina jurídica ambiental são de abordagem incontornável.

No entanto, para garantir o respeito dos requisitos previstos de forma geral e abstracta nos textos normativos e, no que à instalação ou fonte poluente em concreto diz respeito, na autorização ou acto de conteúdo análogo, é necessário proceder ao acompanhamento, vigilância e fiscalização por parte das autoridades competentes, em especial da EPA. Na verdade, se em termos de adopção e administração das políticas e práticas de protecção ambiental os Estados têm em inúmeros casos uma palavra muito importante a dizer — ao adoptarem as suas próprias versões das leis federais de protecção ambiental e/ou no momento de adaptarem, nos termos previstos naquelas leis, os requisitos ou *standards* à realidade estadual — a supervisão da execução estadual e as actividades de fiscalização do cumprimento ficam geralmente nas mãos da EPA⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Cfr. RICHARD B. STEWART, “United States Environmental Regulation: A Failing Paradigm”, *J.L. & Com.*, volume 15, n.º 2, Spring 1996, pp. 585-597 (p. 585 e seg).

⁵⁵⁶ Sobre esta relação entre as autoridades federais (a EPA) e estaduais na tutela do ambiente, cfr. DAVID L. MARKELL, “The Role of Deterrence-Based Enforcement in a ‘Reinvented’ State/Federal Relationship: The Divide Between Theory and Reality”, *HELR*, vol. 24 (2000), n.º 1, pp. 1-114 (pp. 30-43). O Autor avalia em termos muito deficitários as actividades de fiscalização e de controlo do cumprimento, tanto ao nível da execução estadual como da própria EPA (pp. 43-61). Em relação à competência da EPA para inspecionar e obter informações de fontes reguladas (com direito de entrada nas instalações), cfr. JOHN S. RUDD, “Civil Enforcement”, in: *The CAA Handbook*,

É curioso notar como as ideias de *prevenção*, tão caras ao direito do ambiente, se fazem sentir, no direito norte-americano, ao nível do controlo da conformidade, chamando a doutrina a atenção para a preferência da EPA, a este nível, por estratégias de execução baseadas num sistema preventivo⁵⁵⁷ — só entrando em jogo o sistema punitivo, das sanções, caso não seja possível prevenir a ocorrência de atentados.

O não cumprimento de exigências legais ou impostas pela administração não importa, em todos os casos, uma aplicação imediata de sanções administrativas ou penais. Pelo contrário, é muito frequente a prática de actos administrativos pela EPA a este nível: as “ordens administrativas de cumprimento” (*administrative compliance orders*), que estão previstas na generalidade das leis ambientais e são usadas com bastante frequência por aquela agência federal⁵⁵⁸. A violação ou não cumprimento destas ordens dá origem, de forma automática, à imposição de sanções civis e/ou criminais.

No caso de todo o sistema de imposição de obrigações ou deveres destinados à tutela do ambiente — quer fixados em sede geral e abstracta pela lei ou pelos regulamentos, quer determinados em concreto pelas autoridades administrativas — não funcionar, é necessário assegurar a sua efectividade através do sancionamento ou punição dos prevaricadores. Daí que a *aplicação de sanções aos infractores* seja uma das notas mais destacadas do modelo de regulação de comando e controlo⁵⁵⁹.

O papel de maior protagonismo neste domínio é, sem sombra de dúvidas, da EPA, a qual tem poderes para aplicar sanções não apenas aos cidadãos e empresas violadores dos comandos ambientais, mas também aos próprios Estados incumpridores! Como vimos, em diversos domínios a EPA é responsável pelo desenho básico dos programas ou pela fixação de standards e valores limites nacionais, ficando depois o desenvolvimento desses programas e o desenho dos pormenores da regulação para os Estados os quais, no campo das autorizações, são também, em inúmeras situações, os responsáveis pela sua modelação

cit., pp. 487-532.

⁵⁵⁷ Apenas a título de exemplo, veja-se o que se passa com os “guias de cumprimento para pequenas empresas” que, ao abrigo do *Regulatory Compliance Simplification Act* são elaborados por agências como a EPA, destinados a colocar pelo menos as regras mais relevantes numa linguagem acessível, e fornecendo a estas pequenas empresas afectadas um *estoppel* limitado contra sanções. Sobre esta lei e estes guias, cfr. JAMES T. O'REALLY, “EPA Rulemaking After the 104th Congress: Death from Four Near-Fatal Wounds?”, *The Environmental Lawyer*, vol. 3, n.º 1, September 96, pp. 1-35 (pp. 21-24).

⁵⁵⁸ Sobre as *Administrative Compliance Orders*, cfr. JASON D. NICHOLS, “Towards Reviving the Efficacy of Administrative Compliance Orders: Balancing Due Process Concerns and the Need for Enforcement Flexibility in Environmental Law”, *ALR*, vol. 57, n.º 1, Winter 2005, pp. 193-227 — caracterizando-as como um instrumento típico da abordagem *command and control*.

⁵⁵⁹ Sobre os dois sistemas de “enforcement” que as agências norte-americanas usam para executar os regimes regulatórios contidos nas leis e regulamentos, cfr. ASHUTOSH BHAGWAT, “Modes of Regulatory Enforcement and the Problem of Administrative Discretion”, *Hastings Law Journal*, volume 50, number 5, July 1999, pp. 1275-1332: o Autor mostra-nos a preferência por regimes de regulação *ex ante* (*ex ante regulatory regimes*), que se traduzem nos poderes de licenciamento, aprovação, certificação, desalfandegamento, etc. e que permitem a prevenção de lesões sociais irreversíveis, tendo igualmente a vantagem de reduzir os encargos da actividade de investigação e de reparação das agências. Todavia, quando tais regimes não evitem a ocorrência de danos, existem também regimes de *ex post enforcement*, que atribuem poderes às agências para a perseguição e penalização de violações regulatórias. Nestes últimos, ao contrário dos primeiros, o “peso da inércia” fica nas agências, pois a sua não actuação vai-se traduzir em lesões ambientais, não havendo, obviamente, um impulso por parte dos regulados, que assumem aqui as vestes de infractores.

concreta. A respeito desta divisão de tarefas, há situações em que os Estados podem não cumprir ou mesmo violar as exigências nacionais ou gerais fixadas pela agência federal, a qual detém não apenas poderes de supervisão e controlo da actuação estadual, mas também poderes para aplicar as sanções respectivas⁵⁶⁰.

É isso que acontece, por exemplo, no que toca ao complexo processo de estabelecimento dos standards de qualidades do ar o qual, como vimos, acarreta uma complexa articulação entre o nível federal, onde a EPA determinar os NAAQS e o escalão estadual, onde os Estados conformam os SIP.

Em sede sancionatória, quando a EPA tem conhecimento da violação de um SIP ou de um (ou vários) requisito(s) concretizados na autorização ela tem várias possibilidades ao seu dispor: emitir uma ordem de cumprimento, aplicar uma sanção administrativa ou propor uma acção jurisdicional com vista a obter uma injução e/ou a aplicação de sanções administrativas. Nas situações de emergência ela pode requerer a um tribunal federal uma ordem ou injunção ou ser ela própria a emitir tal ordem⁵⁶¹.

No que respeita aos reflexos dos poderes públicos sobre as actividades dos particulares, ao papel representado pelos programas de execução, de fiscalização e de controlo vem juntar-se a possibilidade de punição dos infractores, prevendo as leis ambientais em regra a cominação de injunções, sanções administrativas ou mesmo criminais. No que se refere às *sanções pecuniárias*, há um certo consenso sobre a necessidade de elas serem elevadas, subindo os custos do não cumprimento por parte das empresas, de forma a impedir uma lógica puramente economicista do tipo de que, afinal, “vale a pena poluir” — ou seja, desrespeitando as normas e determinações dirigidas à protecção do ambiente por ser mais barato pagar a multa (administrativa) do que os custos do cumprimento⁵⁶².

⁵⁶⁰ Tomando por exemplo o caso da poluição atmosférica, o CAA atribui aos governos locais e estaduais as principais responsabilidades na prevenção ou minimização da poluição atmosférica, o que não desmente o facto de a EPA manter amplos poderes, designadamente de supervisão, aprovação (dos programas locais e estaduais) e de aplicação de sanções aos Estados incumpridores: neste sentido, cfr. MATTEW J. CANAVAN (publisher), *Summary of Pennsylvania Jurisprudence — Environmental Law*, vol. 24, Lawyers Cooperative Publishing, 1996, sections 1:8-8:298. Sobre os poderes da EPA para supervisionar os projectos estaduais e aplicar sanções aos Estados que não submetam à sua aprovação os programas de autorizações — poderes que também podem ser exercidos no caso de a agência federal considerar que o Estado não está a executar ou aplicar o programa adequadamente — cfr. DAVID P. NOVELLO, “Overview of the Title V Operating Permit Program”, in: MARTINEAU/NOVELLO, *The CAA Handbook*, pp. 444-474.

Também no NEPA se prevê tal poder: como já salientámos, os destinatários desta lei são os decisores públicos (em especial as agências), que estão obrigados a avaliar os efeitos ambientais das suas decisões de maior relevo quando elas sejam susceptíveis de produzir impactes significativos no ambiente. Quando não o façam (isto é, quando não avaliarem os efeitos ambientais de uma sua decisão antes de ela ser praticada), uma vez que o NEPA não fornece meios processuais para as violações ao seu articulado, as *injunções* (aquilo que os Autores e tribunais americanos designam por *injunctive relief*) adquirem um relevo muito significativo, podendo designadamente impedir que aqueles titulares de funções públicas tomem decisões finais antes daquela avaliação, conseguindo-se assim evitar a violação do NEPA. Sobre estas possibilidades e o seu tratamento jurisprudencial, cfr. SARAH W. RUBENSTEIN, “Injunctions Under NEPA After *Weinberger v. Romero-Barcelo* and *Amoco Production Co. v. Village*”, *Wis. Environ. Law J.*, volume 5, n.º 1, Winter 1998, pp. 1-22.

⁵⁶¹ Quando se trata da violação de um requisito ou de uma proibição de um plano estadual de execução (SIP) ou de uma autorização por um cidadão ou empresa, a sanção só pode ser aplicada depois de o responsável (e o Estado no qual se aplica tal plano) serem notificados para cumprirem o SIP e de terem decorridos 30 dias após a emissão dessa “notice of a violation”. Sobre estas sanções previstas no CAA, cfr. PHILIP WEINBERG/KEVIN A. REILLY, *Understanding Environmental Law*, Mathew Bender & Co., Inc., 1998, p. 100 e segs.

⁵⁶² Sobre esse “raciocínio” das empresas reguladas, de comparação dos custos do cumprimento com os pro-

As autoridades públicas norte-americanas — com enorme destaque para a EPA — dispõem de uma assinalável panóplia de instrumentos sancionatórios para reagir contra as violações das normas ou dos comandos destinados à tutela ambiental.

Tomando como exemplo a principal lei federal norte-americana de tutela ambiental — o já nosso conhecido CAA —, a sua secção 113 disciplina o “Federal enforcement” quanto à qualidade do ar e limites de emissões, sendo uma disposição paradigmática nesta sede. Nos seus termos, em caso de violação das proibições ou exigências contidas nas autorizações ou nos planos estaduais de execução (os SIP) ou de outras exigências previstas no CAA (tanto em relação aos cidadãos como aos próprios Estados), o Administrador da EPA tem o poder para, em geral, seguir um de 4 caminhos possíveis⁵⁶³:

– emitir uma ordem a exigir o cumprimento das exigências ou proibições que estão a ser violadas (*administrative compliance order*)⁵⁶⁴;

– emitir uma sanção administrativa pecuniária (*administrative penalty order*), que pode ir até ao montante de \$ 25,000 dólares por dia, não podendo em caso algum ultrapassar o valor de \$ 200,000 dólares — sendo de referir, neste âmbito a possibilidade de o Administrador da EPA implementar um programa de intimações para pequenas infracções, no âmbito do qual pode aplicar sanções não superiores a \$ 5,000 dólares por dia;

– intentar uma acção judicial com vista a obter uma injunção temporária ou permanente e/ou a determinar uma sanção pecuniária;

– requerer ao *Attorney General* a prossecução de uma acção criminal a qual, nos termos do título 18 do *Unites States Code*, pode vir a determinar a aplicação de uma pena de prisão e/ou de multa. Nos casos mais graves — a emissão para a atmosfera de poluentes perigosos ou de substâncias extremamente perigosas, com a consciência de se estar, dessa forma, a pôr outra pessoa num perigo iminente de morte ou de lesão física grave — a pena de prisão pode atingir um máximo de 15 anos.

Na secção 309 do CWA, sob exactamente a mesma epígrafe da secção 113 do CAA (“Federal Enforcement”), encontramos sanções idênticas a punir idênticos tipos de comportamento.

No direito administrativo americano também se utiliza aquilo que na doutrina europeia se qualifica como actos administrativos de segundo grau, com finalidades sancionatórias. Estamos a referir-nos aos actos de revogação — concretamente à *revogação de actos com conteúdo autorizativo* — os quais, no direito do ambiente, podem muitas vezes revestir um

váveis custos do não cumprimento e a correspondente reacção, por parte dos reguladores, de *maximizar os custos do não cumprimento*, estabelecendo sanções pecuniárias elevadas e de fixar sanções nunca inferiores ao benefício económico da infracção, cfr. DAVID B. SPENCE, “Can the Second Generation Learn from the First? Understanding the Politics of Regulatory Reform”, *Cap. U. L. Rev.*, volume 29, n.º 1, 2001, pp. 205-222 (pp. 207-209).

⁵⁶³ Para uma análise dos poderes de aplicação de sanções pela EPA em execução do CAA, cfr. JOHN S. RUDD, “Civil Enforcement”, cit., pp. 495-504; o autor refere ainda a possibilidade de aplicação de “*subpoenas* administrativas” e de ordens de emergência para anular a fonte de perigos.

⁵⁶⁴ Sobre as *administrative compliance orders* cfr. o estudo de JASON D. NICHOLS, “Towards Reviving the Efficacy of Administrative Compliance Orders...”, cit., onde o Autor analisa estas ordens como instrumento típico do modelo de *command and control*, traduzidas num comando de cumprimento das exigências substantivas, neste caso do CAA — cuja violação conduzirá automaticamente à imposição de sanções administrativas e criminais.

conteúdo sancionatório, considerando alguns autores que as revogações podem, nalgumas situações, revestir uma natureza simultaneamente reparatória, punitiva e preventiva⁵⁶⁵.

Para além do sancionamento administrativo, praticamente todas as leis federais de tutela ambiental prevêem casos de *responsabilidade criminal* para determinadas violações dolosas — alguns casos mesmo para as negligentes — dos standards de emissão, dos limites e requisitos de autorizações ou licenças e das exigências legalmente previstas.

Tudo somado, acabamos por deparar com um sistema idêntico ao previsto nos ordenamentos jurídicos europeus, uma vez que existem sanções administrativas e penais a punir os infractores das normas e dos comandos jurídico-ambientais, estando naturalmente as segundas reservadas para as violações mais graves. Marcas idênticas que não escondem algumas especificidades a que já aludimos e outras que gostaríamos ainda de pôr em realce.

Uma delas tem a ver com a colaboração dos cidadãos no sistema sancionatório, que se faz sentir a vários níveis. Desde logo no âmbito das “*citizen suits*” amplamente previstas na legislação ambiental norte americana, em regra sem necessidade de satisfazer requisitos específicos de legitimidade — isto é, configurando-as como correspondentes das “acções populares” do direito europeu continental⁵⁶⁶.

Tomemos uma vez mais como exemplo o CAA, onde as *citizen suits* estão disciplinadas no respectivo artigo 304.º, que confere legitimidade a qualquer pessoa para propor uma acção em nome próprio contra qualquer pessoa (incluído os Estados Unidos ou qualquer outro órgão ou agência pública) que alegadamente tenha violado (ou esteja a violar) um standard ou limite de emissão, uma ordem emitida pelo Administrador da EPA ou por um Estado relativo a tal standard ou limite — bem como em relação a violações de outro tipo, por exemplo a construção de uma instalação sem autorização ou em violação da autorização.

Nos termos do mesmo preceito, os tribunais distritais têm competência para aplicar quaisquer sanções administrativas que se mostrem apropriadas, determinando-se ainda que esta norma não proíbe, exclui ou restringe a possibilidade de qualquer organismo estadual,

⁵⁶⁵ Cfr. JANIS MARY GOMEZ, “The Potential Double Jeopardy Implications of Administrative License Revocation”, *Emory L.J.*, volume 46, n.º 1, Winter 1997, pp. 329-362. Apesar de ser fora do campo do direito ambiental, neste interessantíssimo estudo — também debruçado sobre a possibilidade, prevista em 39 Estados americanos, de *suspensão* e de *revogação* administrativa da *licença de condução* de condutores que falhem ou recusem a realização de um “teste químico de sobriedade” — a Autora analisa a forma como a revogação administrativa das licenças de condução serve (também) objectivos de prevenção (*deterrence*), havendo quem considere esta revogação como a prevenção mais efectiva contra a condução com excesso de álcool no sangue (p. 345 e seg.); o que não invalida a existência de algum consenso nos tribunais sobre a natureza *reparatória* (*remedial*) da revogação das licenças profissionais e de exercício de actividades económicas, quando se destina a proteger a segurança pública (p. 347). A Autora conclui (pp. 353-355) que a revogação administrativa da licença serve simultaneamente objectivos de *punição* (onde se incluem, naturalmente, finalidades *preventivas*) e de *reparação*.

⁵⁶⁶ Sobre a convicção do Congresso norte-americano de que o papel das *citizen suits* seria decisivo para suprir as lacunas e para auxiliar a EPA no controlo do cumprimento das exigências ambientais formuladas na lei e concretizadas por aquela agência federal, cfr. STEVEN D. SHERMER, “The Efficiency of Private Participation in Regulating and Enforcing the Federal Pollution Control Laws: A Model for Citizen Involvement”, *J. Envtl. L. & Litig.*, volume 14 (2), 1999, pp. 461-493. A este nível é de mencionar a obra de DAVID ELSHORST, *Bürgervollzugsklagen: Die Durchsetzung von Umweltrecht gegenüber Anlagenbetreibern durch Private in den USA und Deutschland*, Schriften zum Umweltrecht, Band 119, Duncker und Humblot, Berlin, 2002 que trata as *citizen suits* do direito norte-americano (pp. 19-171), centrando-se em especial na sua consagração no CWA (pp. 69-98) e no CAA (pp. 99-119) e a execução da lei que elas, no fundo, forcem. Todavia, o maior interesse deste estudo é, em nossa opinião a comparação ou confronto que o Autor leva a cabo entre as normas norte-americanas consagradoras da possibilidade de interposição de acções judiciais pelos cidadãos com o direito ambiental alemão (pp. 213-221).

local ou interestadual tomar acções dirigidas à obtenção do cumprimento da(s) norma(s) ou ordem(ns) violada(s) ou de reclamar qualquer acção ou sanção judicial num tribunal local ou estadual ou, ainda de tomar medidas destinadas a obter o cumprimento ou a aplicação de sanções por parte de qualquer Estado, agência ou departamento administrativo local no que respeita ao controlo e diminuição da poluição atmosférica.

Já no CWA, contrariamente ao que se passa no CAA, apesar destas acções (previstas no respectivo Título V) serem também muito relevantes, exige-se a satisfação de requisitos específicos de legitimidade: o autor tem de demonstrar ser titular de um interesse legalmente protegido que seja afectado ou que possa vir a ser afectado pelo comportamento contestado; e, ainda que a lesão é concreta, particular, actual e iminente.

4. As primeiras décadas do direito público do ambiente em Portugal

O estudo das primeiras décadas do direito público do ambiente português afigura-se-nos particularmente difícil, em face da vastidão da tarefa. Vamos por isso empenhar-nos ao máximo no sentido de circunscrever a análise aos traços que, em nosso entender e para os nossos propósitos, mais relevantes se mostram para a sua caracterização.

4.1. A Constituição

Apesar de haver algumas medidas públicas anteriores à promulgação da Constituição da República de 1976 — nomeadamente em termos organizatórios⁵⁶⁷ — vamos tomar como ponto de partida da nossa análise a CRP de 1976 a qual, de forma relativamente precursora em termos de direito comparado (nos países da Europa ocidental, apenas a Grécia precedeu Portugal, ao acolher a protecção do ambiente na Constituição de 1975)⁵⁶⁸, abriu as portas para uma tutela ambiental de grande alcance, a efectuar pelos diversos poderes públicos, ao nível político, legislativo, administrativo e judicial.

⁵⁶⁷ Foi o que se passou com a criação, em 1971, da *Comissão Nacional de Ambiente* (no seio da Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica), a qual teve como primeira missão a intervenção de Portugal na Conferência de Estocolmo; e, imediatamente após o 25 de Abril de 1974, por intermédio da instituição do *Ministério do Equipamento Social e Ambiente*, que incluía uma *Subsecretaria de Estado do Ambiente* (cfr. al. g) do n.º 1 do art. 1.º e n.º 2 do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 203/74, de 15 de Maio, que definiu o programa do I Governo Provisório e estabeleceu a respectiva orgânica), a qual posteriormente assumiu a configuração de *Secretaria de Estado do Ambiente*, organizada pelo Decreto-Lei n.º 550/75, de 30 de Setembro, exercendo (nos termos do n.º 1 do art. 3.º) poderes de superintendência sobre diversos organismos (Comissão Nacional do Ambiente, Serviço Nacional de Parques, Reservas e Património Paisagístico, Serviço de Estudos do Ambiente e comissões regionais do ambiente).

⁵⁶⁸ A prioridade da Grécia e o carácter precursor da Constituição portuguesa em termos da consagração constitucional da protecção do ambiente são mencionados por RUI MEDEIROS: cfr. "O Ambiente na Constituição", *RDES*, 1993, pp. 377-400 (pp. 377-381). O Autor informa-nos ainda das importantes referências ao ambiente que se encontram em algumas constituições de países de leste anteriores a 1976 (casos das constituições da República Democrata Alemã, da Bulgária e da Polónia).

O texto da CRP de 1976, como tem sido evidenciado de forma massiva pela doutrina nacional, acolheu a tutela ambiental em termos muito amplos, erigindo o ambiente não apenas numa das *tarefas fundamentais do Estado* mas também na categoria dos *direitos fundamentais* dos cidadãos⁵⁶⁹. Apesar de no direito comparado se debater muitas vezes a *alternativa* entre a consagração de uma forma *ou* de outra o legislador constituinte, desde a redacção originária da CRP de 1976, teve a ousadia e a sagacidade de acolher a tutela ambiental em termos objectivos (tarefa, fim ou incumbência do Estado) e subjectivos, neste último caso no patamar mais alto da protecção subjectiva, aquela levada a cabo por intermédio dos direitos fundamentais e ainda com a previsão da acção popular para defesa deste direito, embora em nosso entender aqui degradado nas vestes de mero interesse difuso. Normas e princípios estes que explicam a existência de autores a aludirem à “pujança do quadro constitucional” no tratamento do ambiente, contraposto a um quadro legal que revela sérias lacunas e a uma prática social, jurídica e judicial deficiente que, juntamente com o défice fiscalizador, tornaram letra morta muitas das prescrições e deixaram sem sanção muitas infracções⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ O tratamento doutrinal da “Constituição do Ambiente” (GOMES CANOTILHO usa esta expressão referindo-se ao conjunto formado pelas normas-fim e normas-tarefa sobre o ambiente e pelas normas consagradoras do direito ao ambiente e qualidade de vida existentes na Constituição, que constitui “uma verdadeira ‘*constituição do ambiente*’ no ordenamento jurídico-constitucional português” — cfr. GOMES CANOTILHO, “Procedimento Administrativo...”, cit., *RLJ*, n.º 3.802, p. 8) é vasto e exaustivo entre nós. As nossas principais fontes no texto que se segue foram GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, vol. I, cit., em especial as anotações às alíneas d) e e) do art. 9.º (p. 278 e seg.) e ao art. 66.º (pp. 844-853); os nossos *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., pp. 35-42 e *Tutela Ambiental...*, cit., pp. 31-38 e 77-94. Uma boa síntese das posições defendidas na doutrina (e na jurisprudência) a propósito do *direito ao ambiente*, incluída a nossa própria, pode ser vista em CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 102-110 — após o que a Autora apresenta o sentido que ela própria dá a esta fórmula (pp. 111-131) e que será por nós abordado de seguida.

⁵⁷⁰ Cfr. JOSÉ MAGALHÃES, “Ambiente de Perdição, Acções de Salvação: a Acção Popular Ecológica e o Direito às Compensações por Prejuízo Ambiental no Horizonte Português de 1992”, *RDP (Pt.)*, ano IV, n.º 8, Jul.-Dez. 1990, pp. 9-41 (em especial p. 14 e 27 e segs.). No mesmo sentido, cfr. o interessantíssimo estudo conduzido por JOSÉ MANUEL PUREZA (*Tribunais, Natureza e Sociedade: o Direito do Ambiente em Portugal*, Cadernos do CEJ, Gabinete de Estudos Jurídico-Sociais do Centro de Estudos Judiciários, 1996) no qual se parte (cfr. p. 9) de uma hipótese de trabalho (“a de que, em Portugal, se verifica uma discrepância acentuada entre a afirmação normativa do Direito do Ambiente e a sua assimilação nas práticas dos actores sociais e do sistema judicial”, isto é, a de que há uma contraposição entre a abundante produção de instrumentos legislativos vocacionados para a defesa do ambiente e a sua colocação à margem do núcleo de direitos experimentado como imprescindível pela maioria dos cidadãos e fora das prioridades garantísticas e da especialização funcional dos tribunais portugueses). Na Parte II do livro, ao estudar-se o caminho do direito do ambiente entre a lei e a prática (cfr. pp. 45-160), o perfil da litigância ambiental em Portugal (pp. 49-99) leva à confirmação da hipótese que guiou a investigação: trata-se de um direito escasso, dependente, tradicional e reactivo, problemas agravados devido à insuficiência de meios procedimentais e processuais disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a aplicação prática do direito do ambiente substantivo (o que chama de “factores condicionantes da oferta de tutela judicial”) e por uma procura de tutela judicial para o ambiente diminuta e pouco afirmativa, que traduz uma deficiente mobilização social para esta tutela judicial, com a valoração superior dos direitos económicos e sociais por comparação com os interesses ambientais (“factores condicionantes da procura de tutela judicial”). E também os cinco estudos de caso apresentados e discutidos (pp. 101-140) confirmam a hipótese de trabalho de que se partiu. Compreende-se assim a conclusão (cfr. p. 163) de que o trabalho empírico confirmou o afastamento entre a *law in action* e a *law in the books*, “entre um direito legislado generoso no acolhimento da legitimidade comunitária e associativa para a tutela judicial e um direito efectivo com uma incipiente concretização jurisprudencial”, “entre um direito legislado dotado duma projecção normativa crescente e um direito efectivo com escassa capacidade sancionatória”.

Assim, em 1976 a Constituição da República abriu as portas à exigência de protecção do ambiente por parte da ordem jurídica considerada na sua globalidade, quer na medida em que, na linha de uma pré-compreensão antropocêntrica do direito do ambiente, consagrou um *direito fundamental* de todos os cidadãos a um “ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado” (n.º 1 do art. 66.º), quer porque assinalou desde logo uma série de incumbências do Estado nesta sede (n.º 2 do mesmo preceito), bem como o dever de “promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses” (n.º 4)⁵⁷¹.

Como é sabido e nos absteremos de discutir, os direitos fundamentais são um dos eixos axiomáticos da Constituição, elemento densificador do princípio do Estado de Direito, estando o seu respeito e garantia indelevelmente ligados à própria noção republicana de Estado (cfr., em especial, o art. 2.º da CRP). É importante não olvidar a dupla dimensão dos direitos fundamentais, os quais não são pensados exclusivamente na perspectiva dos indivíduos, tendo validade também como *valores* ou *finis* que a própria comunidade se propõe prosseguir⁵⁷². Todavia, a dimensão subjectiva dos direitos, se deve ser articulada com a objectiva, nunca pode passar para segundo plano, uma vez que é essa a dimensão principal do direito fundamental, que abrange todas as faculdades susceptíveis de referência individual⁵⁷³.

No entanto, parece ganhar cada vez mais adeptos a orientação doutrinal que tende a “menorizar” a consagração constitucional do direito ao ambiente, acusando tal fórmula de resultar de uma “ilusão de óptica”, ser “falha de sentido jurídico”, de não ter as características de determinabilidade, quantitativa e qualitativa, típicas de um direito, ser fonte de equívocos, não tendo as respectivas situações jurídicas natureza pretensiva; e, simultaneamente, tende a pôr sob as luzes da ribalta o *dever fundamental de protecção do ambiente*, acentuando as suas potencialidades e tornando-o no aspecto central do art. 66.º da CRP⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Referimo-nos aqui, em qualquer dos casos, à redacção originária das normas constitucionais em questão.

⁵⁷² Sobre este ponto cfr., em especial, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2010, pp. 107-111 — que nos refere estar aqui em causa a “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo carácter” ou “dupla função” (“em qualquer dos casos, subjectiva e objectiva, individual e comunitária”) dos direitos fundamentais. As dimensões objectivas dos direitos fundamentais são desenvolvidamente tratadas pelo Autor, na mesma obra (pp. 134-150).

⁵⁷³ Neste sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 117, que conclui dever a dimensão objectiva ser reduzida “a uma pura «dimensão objectiva», em que só têm lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”.

⁵⁷⁴ Referimo-nos, em concreto, a CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit. Ao longo da obra (em especial na sua Parte I e, dentro desta, particularmente nas pp. 111-134) Carla Amado Gomes faz uma crítica contundente às virtudes e potencialidades do “direito ao ambiente”, procurando mostrar que tanto ao nível internacional como interno não se consegue preencher este conceito em tudo o que extravase a sua subsunção em direitos de personalidade ou em direitos patrimoniais. No âmbito do direito constitucional português a Autora procede à mesma crítica, concluindo que o direito ao ambiente, em virtude da sua imprecisão estrutural, não corresponde a qualquer pretensão exigível do Estado, rejeitando pura e simplesmente a locução “direito ao ambiente” que considera ser “fruto de pura retórica constitucional” (p. 131).

A crítica de Carla Amado Gomes, no entanto, não pode ser considerada puramente “negativa”: ainda no Capítulo I da Parte I da sua obra (pp.135-148) e ao longo do Capítulo II da mesma Parte (pp. 151-219) põe em evidência aquilo que considera ser “a única dimensão subjectiva operativa” da fórmula constitucional, a do *dever de protecção do ambiente*. O conceito do direito fundamental é reconstruído, desvendando a sua *verdadeira essência de dever fundamental*: tendo por base e fundamento o *princípio da solidariedade* inerente ao Estado Social

Apesar destas divergências doutrinárias profundas, temos para nós que a consagração autónoma de um direito fundamental ao ambiente na Lei Fundamental, para além do seu valor simbólico, não deixa de ter consequências relevantes na ordem jurídica considerada na sua totalidade, não podendo a dimensão subjectiva da tutela ambiental ser sacrificada em nome do significado comunitário ou social do ambiente ou de outros valores ou interesses⁵⁷⁵. Trata-se de um *direito subjectivo*⁵⁷⁶ tutelado directa e autonomamente (e não

(no caso do ambiente reforçado pela solidariedade intergeracional, embora o princípio deva valer sobretudo em relação à solidariedade intrageracional devido aos obstáculos práticos, jurídicos, científicos e sociais que a primeira não consegue ultrapassar na íntegra), todos os membros da comunidade são convocados para uma gestão racional dos bens naturais, implicando o exercício responsável da cidadania a necessidade de uma colaboração activa do cidadão com os poderes públicos na preservação do ambiente. Carla Amado Gomes desenvolve o tratamento deste dever, que se caracteriza por ser pluriforme, composto (por um feixe de vinculações), heterogéneo (inclui posições favoráveis, de direitos) e tendencialmente perfeito (em face da sancionabilidade das suas condutas), coexistindo nele tanto deveres materiais como funcionais; em termos estruturais, como vimos (cfr. *supra*, 2.4.3.2), ele é composto por diversas dimensões ou “feixes de vinculações” como obrigações de *non facere* (estabelecidas por normas proibitivas), de *pati* (obrigações de suportar ou tolerar) e de *facere* (nível máximo de deverosidade ambiental traduzido na imposição de comportamentos positivos em especial aos sujeitos que desenvolvam actividades especialmente perigosas). No que toca ao seu regime, ele norteia-se pelos princípios da universalidade, da igualdade, da proporcionalidade e da reserva da lei.

A discussão em torno da articulação entre a *solidariedade intergeracional* e a *solidariedade intrageracional* está também muito presente ao longo da magistral lição de MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA (*O Lugar do Direito...*, cit., *passim*), considerando a Autora, no mesmo sentido de AMADO GOMES, que não faz sentido reclamar a protecção das gerações vindouras sem tentar simultaneamente resolver os problemas dos que sofrem actualmente de fome, subnutrição, doenças endémicas, etc. — embora o seu pensamento passe pela harmonização das duas dimensões, designadamente quando afirma (cfr. p. 410) que a justiça inerente às normas ambientais se deve traduzir na responsabilização das gerações presentes pelos impactes das suas acções nos seus contemporâneos (justiça intrageracional) e nas gerações vindouras (justiça intergeracional).

⁵⁷⁵ Sem pôr nunca de lado que, como bem lembra GOMES CANOTILHO, “o *direito ao ambiente* de cada um é também um *dever de cidadania na defesa do ambiente*”, com a consciência de que “de uma certa euforia em torno do *individualismo dos direitos fundamentais*” (traduzida na “insistência em prol da densificação de um direito fundamental ao ambiente”) se passou para uma situação em que se fala “de um *comunitarismo ambiental* ou de uma *comunidade com responsabilidade ambiental* assente na participação activa do cidadão na defesa e protecção do ambiente”, a um pequeno passo da “insinuação de deveres fundamentais ecológicos”: cfr. GOMES CANOTILHO, “Estado Constitucional e Democracia Sustentada”, *RevCEDOUA*, n.º 8 (Ano IV, 2.01), pp. 9-16 (p. 11 e 13).

⁵⁷⁶ O simples facto de ele estar previsto na Constituição como direito fundamental poderia ser suficiente para esta conclusão, pois “a CRP parece apontar (...) para o *princípio da prevalência do carácter subjectivo individual*” dos direitos fundamentais (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almeida, Coimbra, 2003, p. 1258; e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 129, ao assinalarem que “os direitos sociais são *autênticos direitos fundamentais dos cidadãos* (...) que devem (...) ser concebidos como direitos subjectivos”): os direitos fundamentais são em primeira linha direitos individuais, pelo que a sua protecção se efectua sob a forma de direito subjectivo. Em todo o caso, é imperioso afastar objecções como a colocada por VIEIRA DE ANDRADE, não especificamente a respeito do direito ao ambiente, mas quando trata, em geral, dos *direitos fundamentais sociais* (o Autor designa abreviadamente os “direitos económicos, sociais e culturais” por “direitos sociais”): VIEIRA DE ANDRADE considera (*Os Direitos Fundamentais*, cit., p. 362) que estes direitos, para se tornarem *direitos subjectivos certos*, necessitam de “uma actuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos, o carácter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do próprio princípio democrático”; ou seja: estes preceitos constitucionais não são directamente aplicáveis sem intervenção legislativa. No entanto, tal legislação desde 1987 existe, uma vez que o nosso ordenamento jurídico dispõe de uma *lei de bases* do ambiente que, de acordo com parte da doutrina, se orientou para dotar o direito fundamental ao ambiente de um certo grau de preceptividade de que constitucionalmente carecia (cfr. ELIZABETH FERNANDEZ, *Direito ao Ambiente...*, cit., p. 45) e tem vindo a ser reforçada, com o fortalecimento de muitas dimensões da tutela jurídica subjectiva do ambiente, tanto de forma directa como pelo reconhecimento de “direitos-função”, direitos procedimentais ou direitos instrumentais em relação à tutela ambiental. Quanto à primeira, veja-se

apenas como meio de efectivar outros direitos com ele relacionados, como o direito à vida, à saúde, de propriedade, etc.)⁵⁷⁷, concretizado e desenvolvido na legislação ordinária⁵⁷⁸, que deve ser configurado como *direito ecológico*, isto é, como direito — ainda que dotado de dimensões económicas, sociais e culturais — relacionado antes de mais com o conjunto dos elementos naturais básicos, isto é, com o ambiente natural⁵⁷⁹.

Diga-se ainda, a terminar este ponto, que a positivização constitucional do direito ao ambiente, no art. 66.º, lhe confere, em simultâneo, uma faceta ou vertente *negativa* (direito à abstenção, por parte do Estado e de terceiros, de acções ambientalmente danosas) e *positiva*, por se tratar de um direito a uma acção do Estado no sentido da defesa e promoção das condições ambientais, ao nível político, legislativo, administrativo e penal⁵⁸⁰. Não sendo ainda de negligenciar a estrita ligação que o direito subjectivo mantém, enquanto direito fundamental, com o *direito à tutela jurisdicional efectiva*⁵⁸¹ e a circunstância de, em termos

em tempos muito mais recentes, é certo, o *regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais*, estabelecido no Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, o qual, embora retire aos lesados (no art. 10.º) a possibilidade de exigir reparação ou indemnização pelos danos na medida em que tais danos sejam reparados nos termos do Capítulo III (o qual define a “responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais”), lhes garante a reparação dos danos resultantes da ofensa de direitos ou interesses por via da lesão de um qualquer componente ambiental, seja em termos de responsabilidade subjectiva com dolo ou mera culpa (art. 8.º), seja num regime de responsabilidade objectiva ou sem culpa (de acordo com o disposto no art. 7.º). No que toca aos direitos instrumentais, procedimentais ou direitos-função, pense-se no *direito à informação*, hoje especificamente disciplinado na Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que “Regula o acesso à informação sobre ambiente (...)”, com o *direito de participação procedimental* (o qual, para além de consagrado em inúmeras leis especiais, é reconhecido em geral a todos os cidadãos e às ONGA pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto) e com o *direito de acesso aos tribunais* para tutela do ambiente (para o qual valem considerações idênticas, garantindo a mesma lei o *direito de acção popular* a todos os cidadãos e associações e fundações defensoras de interesses ambientais).

⁵⁷⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Procedimento Administrativo...”, cit., *RLJ*, n.º 3.802, p. 9 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (Direitos Fundamentais), Coimbra Editora, 3.ª ed., 2000, pp. 538-542 (se bem que este último Autor sublinhe não só a sua previsão constitucional como um direito autónomo, mas também a sua inserção no âmbito de outros direitos: cfr. p. 538).

⁵⁷⁸ Desde logo, ainda que em termos relativamente genéricos, pela Lei de Bases do Ambiente, que repete no seu art. 2.º a fórmula constitucional do direito de todos os cidadãos a um “ambiente humano e ecologicamente equilibrado”, concretizado nos artigos 40.º e seguintes da mesma Lei. Neste sentido, cfr. PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente — Anotada e Comentada — Legislação Complementar*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992 que, não obstante as críticas dirigidas à redacção pouco feliz do artigo 2º (já que “a não reprodução integral do texto constitucional poderia originar dúvidas de interpretação” — p. 9), conclui (p. 40 e segs.) que “o n.º 4 do artigo 40º consagra um verdadeiro direito subjectivo ao ambiente”, porquanto abrange situações que “patenteiam uma tutela jurisdicional própria dos direitos subjectivos”, reforçando tal compreensão das coisas na anotação ao artigo 42.º (cfr. especialmente p. 90).

⁵⁷⁹ Nesse sentido se pronuncia GOMES CANOTILHO, “Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente”, cit., n.º 3.802, p. 10.

⁵⁸⁰ Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, vol. I., p. 845 e seg. Na dimensão negativa o direito ao ambiente é um dos “direitos fundamentais de natureza análoga” aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP), sendo-lhes aplicável o específico regime da categoria mais nobre dos direitos fundamentais; na vertente positiva, sai evidenciado o seu estatuto de *direito social*.

⁵⁸¹ Sobretudo se tivermos presentes as palavras de INGO VON MÜNCH (“A protecção do meio ambiente na Constituição”, cit.) quando põe em evidência que a diferença fundamental entre a consagração constitucional do ambiente como fim do Estado ou como direito fundamental consiste no facto de as regras sobre os fins do Estado não garantirem, ao contrário do que acontece no caso dos direitos fundamentais, o direito subjectivo individual de acção ou de reclamação: “A intensidade da protecção do indivíduo através de direitos fundamentais é, *por causa do direito de acção que se lhes liga*, muito maior do que a protecção dada pelos preceitos enunciadores dos fins do Estado. Por isso é que, em princípio (teoricamente), a protecção do meio ambiente está melhor consagrada num

de protecção jurisdicional, estar dotado de um meio suplementar de tutela relativamente a outros direitos e interesses legítimos dos cidadãos que possam ser lesados por condutas (ilegais) da Administração Pública ou de outros particulares: o *direito de acção popular*⁵⁸² — ainda que o expediente da acção popular não sirva, quanto a nós, a tutela directa do *direito fundamental ao ambiente*, mas antes a defesa de meros interesses difusos ambientalmente relevantes.

No entanto, neste trabalho, é muito mais significativo evidenciar a outra dimensão pela qual a tutela ambiental é acolhida no texto constitucional: enquanto uma das *tarefas fundamentais do Estado*, representando a defesa e promoção do ambiente um fim ou incumbência para as diversas funções estaduais, tanto em termos da pura e simples protecção “objectiva” do ambiente (al. e) do art. 9.º), como enquanto forma de garantir e efectivar o direito (subjectivo) ao ambiente (al. d) do mesmo preceito e, em especial, n.º 2 do art. 66.º) como ainda, ao nível do desenvolvimento económico-social (al. a) do art. 81.º) e, dentro deste, da *política energética* (al. m) do mesmo artigo) e dos objectivos da *política agrícola* (al. e) do n.º 1 e n.º 2 do art. 93.º).

O ambiente tem, desta forma, ao nível da Constituição, o estatuto de bem jurídico de toda a comunidade, não podendo a eventual titularidade do direito subjectivo ao ambiente trazer consigo a subversão deste valor e interesse público como bem jurídico colectivo. Resulta do texto constitucional uma imposição para todos os poderes públicos protegerem e promoverem as condições ambientais — em nossa opinião, o conceito jurídico de ambiente deve ser entendido em sentido estrito, tendendo a identificar-se, pelo menos em relação ao seu núcleo duro, com os componentes ambientais naturais, isto é, com o ambiente natural —, imposição ou incumbência essa que, em nosso entender, é dotada de particular força normativa em relação aos órgãos incumbidos de exercer a *função administrativa* uma vez que a tutela constitucional implicou há muito a sua conversão em *interesse público*, uma das metas que o legislador assinala como objectivos da acção administrativa⁵⁸³.

direito fundamental do que numa norma definidora de um fim do Estado” (p. 50; itálico nosso).

⁵⁸² Sobre os meios de tutela jurisdicional do ambiente em Portugal cfr., de forma sintética, o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., pp. 67-85; e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “O Novo contencioso administrativo em matéria de ambiente”, *RJUA*, n.ºs 18/19, Dezembro/2002, Junho/2003, págs. 113-132; e “Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental”, in: MÁRIO DE MELO ROCHA (coord.), *Estudos de Direito do Ambiente — Actas*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 77-96.

⁵⁸³ A noção de *interesse público* é de importância capital para a Administração Pública a qual, nos termos da CRP (art. 266.º, n.º 1) e do CPA (art. 4.º) visa sempre a *prosecução do interesse público* (no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos). Estes interesses não são seleccionados nem determinados pela Administração, mas sim num nível superior, no plano político-legislativo, o que acarreta que aquela esteja sempre colocada perante *interesses públicos heteronomamente definidos*: a lei tem de individualizar esses interesses e de os atribuir como metas da actividade administrativa, ao definir as *competências* dos órgãos administrativos incumbidos da sua prossecução.

Desenvolvadamente sobre a noção de interesse público, cfr. ROBERT UERPMANN, *Das öffentliche Interesse — Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999. Apesar de se tratar de uma obra debruçada prioritariamente sobre a remissão nos tipos legais para o conceito de “interesse público” e a utilização do mesmo conceito como critério decisório pela jurisprudência e pela doutrina (por exemplo com grande importância ao nível da *doutrina da norma de protecção*), procurando determinar-se o seu sentido quando é utilizado desta forma, na Parte Primeira do seu trabalho Robert Uerpmann dá-nos notícia de algumas das posições teóricas fundamentais sobre a noção de interesse público (cfr. pp. 5-22): da *teoria democrática do interesse público* de Günter Dürig (pp. 5-9); do *interesse “verdadeiro”* de Hans J. Wolff (o qual distingue

Em suma: as diversas normas constitucionais que se debruçam sobre o ambiente permitem afirmar que este se configura como bem jurídico à luz do ordenamento constitucional. No que toca aos poderes públicos, eles estão não apenas impedidos de actuar de maneira a comprometer o ambiente, mas também obrigados a pautar positivamente o seu comportamento por uma actuação favorável à sua preservação e recuperação. Mais: existe um *dever constitucional do Estado proteger o ambiente*, do qual se deduz uma *obrigação de regulação* que ele não pode contornar, concretizando-se a sua margem de manobra apenas na *escolha da estratégia* para levar a cabo o cumprimento de tal dever.

Nesta linha, não surpreende que, também entre nós, se defenda a configuração do Estado de direito nos nossos dias como *Estado de direito do ambiente*: é isso que tem acontecido, na linha de diversa doutrina estrangeira no mesmo sentido, com Gomes Canotilho⁵⁸⁴,

entre interesses factuais e interesses verdadeiros, correspondendo os primeiros aos interesses subjectivos que um sujeito tem num objecto determinado, ao passo que os segundos são separáveis dos seus sujeitos, na medida em que também podem ser determinados em relação a outros sujeitos), da *teoria representativa democrática do interesse público* de Wolfgang Martens; e, por último, da "indicação jurídico-empírica sobre um princípio normativo democrático-teórico" de Peter Häberle.

Parte da doutrina nacional, com destaque para ROGÉRIO SOARES (cfr. *Interesse Público...*, cit., pp. 99-135, especialmente p. 102 e seg. e 107 e seg.) e VIEIRA DE ANDRADE (cfr. *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 10; mais desenvolvidamente, cfr. "Interesse Público", in: *DJAP*, vol. V, Lisboa, 1993, pp. 275-282, especialmente p. 277), distingue entre as noções de *interesse público primário* (noção correspondente aos valores básicos que orientam uma comunidade politicamente organizada, em estreita ligação com as condições indispensáveis à manutenção e desenvolvimento dessa comunidade: o *bem comum* ou a *salus pública*, traduzida nos valores essenciais de paz, justiça e bem-estar) e *interesses públicos secundários* ou *instrumentais* (que são pretensões secundárias da comunidade que se individualizam a partir do interesse público primário, isto é, necessidades colectivas cuja satisfação é atribuída aos órgãos do aparelho executivo e assumida por estes como encargo seu).

Apesar de a tese essencial da dissertação de doutoramento de PEDRO GONÇALVES (cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit.), segundo o próprio Autor, ser a de que "a acção pública deve, em princípio, ser confiada a entidades que se encontrem exclusivamente ao serviço do interesse público", para viabilizar a convicção social de que a máquina administrativa trabalha apenas em função do bem comum (cfr. p. 1100 e seg.), o Autor demonstra (*ob. cit.*, pp. 140-149) como no quadro actual das relações entre Estado e Sociedade aquele perdeu o monopólio do público e do *interesse público*, em face das inúmeras *tarefas privadas de interesse público* que hoje se perfilam diante nós, tanto ao nível de actividades privadas que pertencem à esfera da Sociedade e não do Estado (partidos políticos, imprensa, sindicatos, grupos e associações religiosas), como de outras que têm a ver com o exercício de actividades de interesse público e utilidade colectiva, desenvolvidas por entidades privadas que podem ser objecto de reconhecimento oficial, concretizado na atribuição do estatuto de pessoas colectivas de utilidade pública (por exemplo ao nível do ensino) e, ainda, em relação a profissões privadas (liberais) sujeitas a sistemas públicos de controlo específico quanto ao acesso e ao exercício da profissão (profissões liberais auto-reguladas). Em suma, segundo o Autor, neste *Estado activador o particular é um actor que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público* (p. 150 e seg.).

Daqui se conclui que a qualificação de uma necessidade colectiva como interesse público não significa a instauração de um monopólio, uma vez que pode aceitar-se a manutenção de meios privados concorrentes ou deixar-se mesmo uma função meramente subsidiária para os serviços públicos, que deverão nesse caso intervir apenas onde os particulares claudiquem.

⁵⁸⁴ Um dos primeiros momentos em que Gomes Canotilho enfrentou a questão de forma autónoma e específica foi na Oração de Sapiência proferida a propósito da abertura do ano lectivo de 1995/96, na Universidade Autónoma de Lisboa (cfr. GOMES CANOTILHO, "Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito", *RJUA*, n.º 4, Dezembro de 1995, pp. 69-79, especialmente pp. 73-79). Canotilho situa a questão problemática no plano da conformação jurídico-política do Estado, devendo o conceito do "Estado de ambiente" ser preenchido com base nas regras e princípios informadores do Estado de direito, rejeitando compreensões e instrumentos "totalizantes" (seja com base no modelo capitalista, seja tendo por base as experiências colectivistas tentadas nos Estados do Leste europeu durante a segunda metade do século XX) para a edificação de um Estado de direito de ambiente. Do ponto de vista *material* a proposta de CANOTILHO é audaz, defendendo que este Estado tem de ser conformado

como *Estado de justiça ambiental* (exigência de justiça ou equidade ambiental que torna indispensável uma *carta de princípios de justiça ambiental*).

GOMES CANOTILHO retoma o tema num outro escrito mais recente (cfr. “Estado Constitucional e Democracia Sustentada”, cit.), no qual procura detectar “as novas agitações em torno da construção do Estado Constitucional Ecológico”. Este artigo tem por base a articulação dos tópicos do Estado Constitucional Ecológico e da *democracia sustentada*: o Estado constitucional, além de ser um Estado de Direito democrático e social, deve também ser regido por princípios ecológicos; e o Estado ecológico reclama formas novas de participação política que se podem condensar na expressão “democracia sustentada”. A “aproximação jurídico-constitucional” ao Estado Ecológico é feita, em termos mais específicos, com base em 4 pontos (as “dimensões concertadas do Estado Ecológico”): a *concepção integrada ou integrativa do ambiente*, vincando-se a necessidade de uma protecção global e sistémica que não se reduza à defesa isolada dos componentes ambientais; a *institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos*, com saliência para o *comunitarismo ambiental* ou uma *comunidade com responsabilidade ambiental*; o *mandado de injunção ecológico*, conceito com o qual se procura saber se é possível reconhecer um direito à emanação de normas concretizadoras quando as normas ambientais apresentam inequívocos défices de exequibilidade; e o *agir integrativo da Administração*, com abertura à comparticipação dos cidadãos nos procedimentos e processos ambientalmente relevantes.

Saliente-se, por último, como o aditamento da alocação “direitos ambientais” na al. d) do art. 9.º da CRP — efectuado na Revisão Constitucional de 1997 — é valorado por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA como um *reforço do princípio do Estado de direito ambiental*, vincando a sua dimensão objectiva e a vinculação do Estado à prossecução de políticas ecologicamente auto-sustentadas e garantidoras e realizadoras de direitos ambientais (cfr. CRP *Anotada*, cit., vol. I, p. 279).

⁵⁸⁵ Por detrás do magnífico trabalho de DIAS GARCIA sobre o lugar do direito na protecção do ambiente (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit.) está um novo paradigma do direito que rege o Estado e que aponta para um Estado “*souple*” que, em vez de impor comportamentos, informa, publicita, aconselha, sugere, alerta, negocia, transige, etc. — baseado em especial no pensamento de PIERRE MOOR e na sua concepção das tarefas estaduais (cfr. *Droit Administratif*, vol. I, 2.ª ed., Staempli+Cie SA, Berne, 1994). No entanto, em especial a propósito do estudo das relações entre a *política e a protecção do ambiente* (cfr. pp. 251-366), Dias Garcia, analisa o *confronto do Estado de Direito com a questão ecológica*: depois de mostrar (pp. 270-277) as dificuldades de “casar” a tutela ambiental com os elementos mais característicos do *Estado moderno* (território, povo e poder), Dias Garcia debruça-se (cfr. pp. 278-300) sobre o confronto do Estado de Direito com a questão ecológica em relação a três aspectos: à assimilação do ambiente como *bem jurídico fundamental* (dimensão global do ambiente e aprofundamento da justiça intergeracional); compreensão político-jurídica do risco como fenómeno inerente à decisão (com a necessidade de uma “justiça do risco”, isto é, de uma justiça distributiva conexionada com coisas não desejadas, que são os riscos, sendo também mister encontrar vias de legitimação política para a decisão do risco); e a tentativa de tornar o futuro num significativo político, integrando o “tempo longo” no discurso da justiça. Apesar das dificuldades do Estado de Direito em responder à questão ecológica aqueles três aspectos forçam a consideração do Estado Ambiental como Estado de Direito, obtendo a análise de Dias Garcia um apoio fundamental na obra de Christian Calliess sobre a relação de tensão entre Estado de Direito e Estado Ambiental (cfr. CHRISTIAN CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Mohr Siebeck, 2001, *apud* DIAS GARCIA, *ob. ult. cit.*, pp. 296-300).

Uma vez que o Estado Ambiental tem de ser um Estado Social, na “equação” de Dias Garcia entra também o Estado social (pp. 300-317): a partir do momento em que a *sustentabilidade ambiental* passou a assumir-se como tarefa estadual, a “questão ecológica” sucede à “questão social”, tendo a resposta política a esta realidade de se basear numa ética pessoal de futuro que concilie o desenvolvimento económico com a preservação ambiental (a responsabilidade pelo futuro é uma dimensão fundamental da nova forma de Estado). É esta articulação com a dimensão social que permite a configuração do Estado Ambiental como um Estado de *justiça social*, pois a comunidade e o Estado estão “condenados” a um destino comum. Dias Garcia conclui, a este respeito (pp. 361-366), que *o modelo tradicional do Estado de Direito não responde aos desafios da realidade contemporânea e, por isso mesmo, lança o repto da necessidade de refundação do Estado também devido à exigência ética de dar respostas à questão ecológica*.

A dimensão do Estado de direito do ambiente como *Estado de Justiça Ambiental* é retomada pela Autora a propósito do estudo das relações entre o direito e a protecção do ambiente (p. 369 e segs.): a renovação do direito como sistema normativo conduz também a que o “novo dever ser do homem” (a responsabilidade pelo futuro) e a nova ética que renova a axiologia do direito (o futuro do homem), conduzam a uma compreensão mais funda e alargada da justiça, consubstanciada no Estado de Justiça Ambiental (cfr., em especial, pp. 376-379).

Como tal, pode-se afirmar que na ordem jurídica portuguesa, foi a Constituição que, de forma muito clara, abriu as portas à protecção do ambiente pela ordem jurídica no seu conjunto e, no que mais nos interessa, à tutela jurídico-pública do ambiente, a levar a cabo antes de mais por instrumentos jurídico-administrativos.

⁵⁸⁶ PAULO CASTRO RANGEL, no seu *Concertação, Programação e Direito do Ambiente* (Colecção *Argumentum* 17, Coimbra Editora, 1994), inclina-se igualmente para a hipótese do Estado de Direito Ambiental, cujas linhas mestras são definidas nas pp. 10-22: para a sua conformação, estão em causa as novas tarefas de defesa do ambiente e promoção da qualidade de vida que o Estado vê inscritas no catálogo dos seus fins e que se vão repercutir na modelação das relações entre a Sociedade e o Estado; tratar-se-á de um “Estado da quinta dimensão” que perseguirá “a realização de uma *democracia politicamente participada, economicamente livre, socialmente justa e ambientalmente equilibrada*”. PAULO RANGEL salienta (pp. 20-22) a preferência pela fórmula do Estado de Direito Ambiental em relação à de Estado Ambiental, pois esta pressuporia uma pré-compreensão ecocêntrica, indiciadora de um “totalitarismo ecologista” ou “fundamentalismo ambientalista” que rejeita: com a fórmula do Estado de Direito Ambiental os valores ambientais e ecológicos são assumidos como valores que não são exclusivos nem excludentes, mas antes tarefas prioritárias plasmadas em normas constitucionais. Nas pp. 22-46 PAULO RANGEL procura demonstrar como a CRP de 1976 aponta para este “modelo pós-social do Estado de Direito Ambiental”, em face da refracção da matéria ambiental ao nível dos *direitos fundamentais, dos objectivos fundamentais* do Estado e dos *planos*.

⁵⁸⁷ Há dois nomes cujas obras merecem, quanto a nós, ser a este título referenciadas. O primeiro é o de PAULO MAGALHÃES (cfr. *O Condomínio da Terra...*, cit., especialmente pp. 77-110), que apresenta uma proposta bastante ousada e relativamente original: depois de demonstrar a evidência da crise ambiental e a impossibilidade de manter a vida na Terra com o modelo de desenvolvimento que vem sendo seguido, principalmente por a Sociosfera (“o sistema artificial de instituições desenvolvido pelo ser humano, para gerir as relações da comunidade com os outros sistemas”) funcionar com regras diferentes da Biosfera (sistema que compreende “uma fina zona da terra, na qual se incluem as camadas baixas da atmosfera, estratos superiores da litosfera e hidrosfera, e os seres vivos, incluída a espécie humana, interagindo entre si e com o ambiente” — cfr. p. 16) e de salientar aquilo que designa (p. 62 e segs., em especial p. 68) por “implosão da visão clássica da soberania”, uma vez que “o aquecimento global veio, em definitivo, acabar com as fronteiras tradicionais da soberania dos estados”, Paulo Magalhães propõe a utilização de um instituto jurídico complexo para tratar esta questão: o instituto do *condomínio*, aplicado aqui à casa comum que é o Planeta Terra. Um pouco à imagem do “postulado globalista” de que nos fala GOMES CANOTILHO (“Estado Constitucional e Democracia Sustentada”, cit., p. 10 e seg.) — de acordo com o qual a protecção do ambiente não deve ser feita ao nível dos sistemas jurídicos isolados mas antes de sistemas internacionais e supranacionais que visem a obtenção de um *standard* ambiental razoável em todo o planeta e que se assegure uma responsabilidade global em face das exigências de sustentabilidade ambiental — a Terra é pensada por Paulo Magalhães como um imenso condomínio, sendo este instituto que permite construir um sistema de compatibilização entre biosfera e sociosfera. Este condomínio é ordenado com base num conceito de *soberania complexa*, que traduz um poder soberano e independente dos Estados sobre os seus territórios, articulado com um poder partilhado em relação às partes comuns do planeta (atmosfera e hidrosfera) — permitindo, desta forma, ultrapassar a situação presente em que o interesse individual dos Estados (soberania sobre o seu território) tem prevalecido sobre os interesses públicos colectivos do planeta. O “condomínio da Terra” só pode funcionar partindo da premissa base de encarar o planeta como *bem único e indivisível*, o que obriga a manter como comum aquilo que é necessariamente colectivo.

A concepção de Paulo Magalhães reflecte-se forçosamente na compreensão do modelo vigente do Estado de direito, nomeadamente ao supor a planetarização da sociedade internacional e a existência de uma entidade juridicamente organizada (a “Casa Comum da Humanidade”) para a gestão das partes comuns do nosso planeta — embora tal reflexo não seja estudado pelo Autor, pelo menos *ex professo*.

O outro nome é o de JOSÉ MANUEL PUREZA (*Tribunais, Natureza e Sociedade...*, cit., pp. 26-28), que sublinha a inadequação do Estado social (assente no intervencionismo tendo em vista o pleno emprego e o contínuo desenvolvimento dos sectores produtivos) para atingir a compaginação do desenvolvimento com a qualidade de vida, razão que o leva a propor também a utilização da expressão “Estado de Direito Ambiental”, com a qual pretende adicionar à protecção dos direitos fundamentais, à realização de uma democracia política participada, à disciplina da actividade económica pelo poder político democrático e à realização de objectivos de justiça social o imperativo da salvaguarda do equilíbrio ambiental. Ainda segundo Pureza, para este Estado a questão decisiva é a do primado do princípio do destino universal dos bens no espaço e no tempo (assunção do património natural e do ambiente como bens públicos, objecto de utilização racional e planeada).

4.2. O protagonismo do direito público na tutela do ambiente

Já tivemos há muito oportunidade de expor a nossa posição sobre o contributo decisivo do direito público⁵⁸⁸ — e, dentro deste, do direito administrativo — na regulação dos comportamentos susceptíveis de produzir efeitos no ambiente. Não obstante a natureza marcadamente horizontal ou transversal da questão ambiental, que implica que sejam convocadas para a sua resolução praticamente todas as disciplinas clássicas do direito, também em Portugal o direito administrativo assume o protagonismo na tutela jurídica do ambiente.

Também em Portugal, sem negar o relevo do direito constitucional, do direito penal e do direito civil na ordenação interna da protecção ambiental, o direito administrativo assume inegavelmente o protagonismo, sendo certo que, ao mesmo tempo, o ambiente tem surgido, nas últimas décadas, como a “pedra de toque” para a sua renovação dogmática⁵⁸⁹ ou como verdadeiro “laboratório” do direito administrativo, “obrigando à reavaliação e ao reequacionamento de conceitos tradicionais e à criação de noções e estruturas novas para realidades novas”⁵⁹⁰.

O facto de, no nosso país, como vimos no ponto anterior, a protecção do ambiente ser um *fim*, uma *tarefa* ou uma *incumbência do Estado* reforça ainda esta compreensão das coisas: apesar de a Constituição não concretizar, no art. 9.º, nenhuma dimensão específica da noção de Estado e de se dever entender, à imagem do que faz a Constituição alemã, que qualquer uma das suas funções (política, legislativa, administrativa ou executiva e jurisdicional) está vinculada à prossecução desta finalidade, consideramos ser inegável que a incumbência estadual de protecção do ambiente deve ser antes de mais levada a cabo pela *função executiva* dirigindo-se prioritariamente às entidades administrativas e aos respectivos órgãos⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Pela primeira vez no nosso *Tutela Ambiental...*, cit., pp. 44-50 e 62-76. Mais recentemente no *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., p. 16 e 27-33. Os traços principais da nossa posição não sofreram alterações significativas, razão pela qual remetemos para estes nossos trabalhos os aspectos fundamentais da discussão, bem como as referências à doutrina nacional e estrangeira sobre ela.

⁵⁸⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Procedimento Administrativo...”, cit., *RLJ*, n.º 3.802, p. 10..

⁵⁹⁰ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 48. Pereira da Silva salienta que esta “dimensão laboratorial” se faz sentir tanto ao nível substantivo (com destaque para a figura da relação jurídica multilateral que, tendo começado por ser estudada no Direito do Ambiente, se transformou num conceito central do Direito Administrativo), como procedimental (com os exemplos das regras da legitimidade ou da participação, bem como de procedimentos específicos como a avaliação de impacte ambiental) e processual (todos os meios processuais administrativos podem ser colocados ao serviço das relações de ambiente).

Em sentido próximo, cfr. COLAÇO ANTUNES, “O Direito do Ambiente como Direito da Complexidade”, *RJUA*, n.º 10, Dezembro 1998, pp. 39-58. De acordo com Colaço Antunes (p. 56 e seg.) “um dos méritos do direito do ambiente é ou deve ser, antes de se ‘emancipar’, a renovação de alguns problemas clássicos do direito administrativo: a legitimidade, a discricionariedade, a reformulação do acto e respectiva impugnabilidade, o problema da plena jurisdição, etc.”.

⁵⁹¹ Esta convicção sai sobretudo reforçada da leitura do n.º 2 do art. 66.º da CRP onde o legislador constituinte especifica as incumbências que incidem sobre o Estado para assegurar o direito de todos os cidadãos a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. E essas incumbências cabem, antes de mais, aos organismos próprios das entidades administrativas com atribuições nesta sede: são eles que mais facilmente estão em condições de “prevenir e controlar a poluição”, pois trata-se de tarefas tipicamente administrativas (al. a)); de “ordenar e promover o ordenamento do território” em condições de respeito pelo ambiente, pois também esta é uma atribuição que pertence, antes de mais, às entidades administrativas (al. b)) e no âmbito da qual também

A própria análise dos *princípios fundamentais do direito ambiental* reforça a conclusão de que é sobretudo através da adaptação, transformação e actualização dos institutos e instrumentos do direito administrativo clássico, em especial do direito administrativo de ordenação, que se regulam normativamente os comportamentos relativos ao ambiente — sendo paradigmáticos os exemplos fornecidos pelo *princípio da prevenção* e pelo *princípio da participação*, ambos acolhidos na nossa Constituição, na Lei de Bases do Ambiente e numa plétora de diplomas normativos sectoriais e que só podem ser eficazmente concretizados por intermédio do direito administrativo⁵⁹².

Por todas estas razões, afigura-se-nos como bastante pertinente (além de sugestiva) a imagem a que recorre Vasco Pereira da Silva, para quem as obrigações e deveres de actuação e de fiscalização que decorrem para os poderes públicos, *em especial para a Administração*, do Estado de Direito do Ambiente, “tendem a ‘transformar’ (qual ‘toque de Midas’) em administrativas a maior parte das relações jurídicas ambientais”⁵⁹³.

As evoluções recentes da doutrina jus-publicística portuguesa vão no mesmo sentido, isto é, defendem o protagonismo do direito administrativo e dos meios e instrumentos deste ramo do direito na tutela do ambiente. Para ilustrar o que pretendemos dizer, mencionaremos apenas dois casos.

Um deles reporta-se a Carla Amado Gomes que, depois de já ter analisado o assunto em vários escritos anteriores numa perspectiva um pouco diferente daquela que aqui defendemos⁵⁹⁴ retoma o tema, ainda que de forma relativamente incidental, na sua dissertação

se pode inserir a criação de reservas e parques naturais e de recreio e a classificação e protecção de paisagens e sítios (al. c)); a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana deve ser promovida “em colaboração com as autarquias locais”, isto é, com as entidades administrativas locais (al. e)); será sobretudo ao governo, enquanto órgão de condução da política geral do país e órgão superior da administração pública (art. 182.º da CRP) que cabe a “integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial” (al. f)).

Também o preenchimento das incumbências prioritárias do Estado no *âmbito económico e social*, previstas no art. 81.º da CRP — entre as quais se contam, de acordo com as als. a), m) e n), respectivamente, a promoção do “aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas (...) no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”, a adopção de “uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico (...)” e a adopção de “uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos” — segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (CRP *Anotada*, cit., vol. I, p. 972 e seg.) são “incumbências que requerem do Estado o uso das suas faculdades planificadoras, fiscais, reguladoras, incentivadoras (de fomento), fiscalizadoras, etc.”, concluindo-se que “o que sobressai neste artigo é essencialmente a intervenção indirecta do Estado, como Estado regulador (*latu sensu*)”. A intervenção do Estado como regulador passa prioritariamente pelo exercício da *função administrativa*, como se pode ver na obra de SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., os quais demonstram (cfr. p. 68 e seg., especialmente p. 72) a retracção das funções em que o Estado aparece como *empresário* (*produtor* ou *distribuidor* de bens ou de serviços) e a expansão daquelas em que ele assume as vestes de regulador (condicionando, fiscalizando, planeando e promovendo as actividades de terceiros e que são *actividades típicas da função administrativa*).

⁵⁹² Para uma análise desta relação, cfr. os nossos *Tutela Ambiental...*, cit., pp. 50-58 e *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., pp. 18-26.

⁵⁹³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 56.

⁵⁹⁴ Reportamo-nos ao artigo “O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente”, *RJUA*, n.º 11/12, Junho/Dez. 99. pp. 43-68, especialmente pp. 60-64 — no qual Carla Amado Gomes leva a cabo uma tentativa, que merece o nosso aplauso, de reduzir o objecto do direito do ambiente em função de uma noção restrita e operativa de ambiente, correspondente à noção de *recursos naturais* (procura “centrar o objecto do conhecimento” do direito do ambiente no “núcleo duro dos recursos naturais”). Todavia, vai mais longe — e aqui já não a acompanhamos — ao considerar que as especificidades dos recursos naturais justificam a sua consideração como objectos de um *ramo do Direito autónomo*, defendendo assim a autonomia do direito do ambiente enquanto

de doutoramento. Para além de “cerrar fileiras” contra o direito fundamental do ambiente — designadamente no sentido de negar a sua natureza pretensiva em tudo o que vá para além da sua subsunção em direitos de personalidade ou em direitos patrimoniais — e de reconstruir o conceito por forma a desvendar o que considera ser a sua verdadeira essência de dever fundamental, Amado Gomes põe em evidência a protecção do ambiente enquanto tarefa do Estado ao sublinhar a responsabilidade primeira que este tem na prossecução das finalidades de tutela ambiental⁵⁹⁵. Abordando, noutra local da mesma obra⁵⁹⁶, o crescimento da importância da prevenção no Estado Social, prevenção essa que se sustenta em *leis especiais* para cada novo domínio da *intervenção pública*: como a legitimidade da ingerência da Administração na esfera jurídica dos cidadãos depende da existência de uma norma concretamente habilitante, estas leis especiais — que são, como facilmente se intui, *materialmente administrativas* — vêm conferir a base legal necessária para a actuação administrativa.

O outro tem a ver com um dos reptos lançados por Glória Dias Garcia quando estuda as relações entre o direito e a protecção do ambiente: o de *realizar o direito público do ambiente*, analisando vários caminhos para atingir tal desiderato, que vão dos *princípios gerais de direito*, à convocação e articulação entre *direitos de liberdade, deveres de agir e tarefas estaduais*, passando pelo protagonismo conferido aos *direitos de participação política, políticas públicas ambientais e construção da justiça e do direito* ou pela relação e apoio na *Constituição*, no *princípio da separação de poderes* e na *governança*⁵⁹⁷.

4.3. A organização administrativa do ambiente

Conforme vimos já, as preocupações organizatórias precederam em Portugal, ao nível ambiental, o lançamento das bases do direito do ambiente dos tempos actuais, uma vez que

direito dos recursos naturais.

⁵⁹⁵ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., pp. 131-134. A própria noção de direito do ambiente apresentada pela Autora, a p. 132 (“o conjunto de normas que regulam as intervenções humanas sobre os bens ecológicos, de forma a promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa”) permite, em nosso entender, pôr em lugar de destaque o direito administrativo como aquele que goza de uma maior importância na tutela jurídica do ambiente, de entre os ramos clássicos do direito.

⁵⁹⁶ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., pp. 246-252, onde trata “A prevenção do perigo como tarefa do Estado”.

⁵⁹⁷ Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 476-496. Está subjacente a todas estas tentativas a centralidade dos meios e instrumentos de direito público, em especial administrativo, na tutela ambiental. Trata-se de aspectos não excludentes mas complementares, sendo de salientar em especial as notas sobre a *governança* (pp. 490-496), conceito que traduz um *novo tipo de intervenção estadual*, por intermédio do qual o Estado coordena articuladamente vários movimentos (uns oriundos de comunidades mais vastas, como a europeia ou a mundial, outros de comunidades sectoriais, como os peritos de química, física ou biologia, outros ainda dos membros de organizações não governamentais, de grupos informais, etc.), definindo *políticas públicas ambientais*. Todavia, mesmo tratando-se de uma intervenção estadual nova, a governança não deixa de se suportar no direito (público): é a “atribuição legal de tarefas à Administração, de competências aos seus órgãos, de uma discricionariedade para agir e definir no concreto uma política pública ambiental (que) permite ao Estado exercer juridicamente a sua função de *governança*, nos limites e sob orientação dos direitos fundamentais e no quadro dos princípios jurídicos, sujeita ao controlo dos tribunais. Com o que a *governança* se assume como realização do direito, reinventando o Estado e o seu poder”.

em 1971 foi instituída, no seio da Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, a *Comissão Nacional de Ambiente*.

E mesmo que esta Comissão seja vista como um acto isolado sem grande significado, a verdade é que depois da revolução de Abril de 1974 o ambiente passou a fazer parte das atribuições governamentais. Esquecendo os dois conturbados anos que se seguiram à revolução de Abril e centrando-nos apenas nos governos constitucionais⁵⁹⁸, devemos começar por sublinhar que não foi por eles esquecida a ampla consagração que a Constituição da República aprovada em 1976 havia dado ao ambiente⁵⁹⁹: na verdade, em todos houve departamentos governamentais responsáveis pela protecção do ambiente, ainda que em diversos casos articulados com outras atribuições, algumas das quais relativas a componentes ambientais específicos. No entanto, o caminho foi relativamente longo até que o ambiente passasse a fazer parte das atribuições de um ministério e não de uma secretaria de Estado⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Embora se possa mencionar, no que aos governos provisórios que comandaram os destinos da nossa Administração Pública entre 1974 e 1976, que os I, II, III, IV e V Governos Provisórios dispuseram todos de um “Ministério do Equipamento Social e do Ambiente”, nos três primeiros coadjuvados por um Subsecretário de Estado do Ambiente, que ascendeu à categoria de Secretário de Estado no IV Governo Provisório tendo desaparecido no V Governo Provisório. O VI Governo Provisório passou a dispor apenas de uma Secretaria de Estado do Ambiente, integrada na Presidência do Conselho de Ministros e na dependência directa do Primeiro-Ministro.

⁵⁹⁹ E se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA assinalam hoje que no “vasto elenco de fins constitucionais do Estado não existe a mais leve sugestão de uma ideia de Estado subsidiário (...) segundo a qual o Estado só deve actuar lá onde a ‘sociedade civil’ não seja capaz de realizar por si mesma um nível aceitável de bem-estar, de justiça social e de igualdade”, sendo “a própria Constituição a assinar um conjunto de missões ao Estado, pelas quais ele fica responsável” e que “no fim, a responsabilidade constitucional pela realização dos referidos objectivos permanece com o Estado” (cfr. *CRP Anotada*, vol. I., p. 282), tal asserção seria ainda mais verdadeira à luz da versão originária da Constituição, de sentido muito mais programático e ideologicamente mais próximo de uma sociedade e um modelo de Estado socialistas, em que os poderes do Estado na economia e na sociedade eram muito mais relevantes. De notar, em todo o caso, que apesar de a incumbência do Estado de “Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente e preservar os recursos naturais” só ter passado a fazer parte do elenco do art. 9.º da CRP após a primeira revisão constitucional (1982), na versão originária já se estabeleciam várias tarefas do Estado no preceito onde se garantia o direito de todos a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado (art. 66.º).

⁶⁰⁰ O I Governo Constitucional (que tomou posse em Setembro de 1976) dispunha de uma *Secretaria de Estado do Ambiente*, integrada na Presidência do Conselho de Ministros (art. 1.º, n.º 6, al. d) do Decreto n.º 683-A/76, de 10 de Setembro).

O II Governo Constitucional passou a dispor de uma *Secretaria de Estado do Ordenamento Físico e Ambiente*, integrada no Ministério da Habitação e Obras Públicas (cfr. al. c) do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 41-A/78, de 7 de Março, que estabeleceu a estrutura orgânica deste Governo, tendo procedido à extinção expressa da Secretaria de Estado do Ambiente, no n.º 1 do seu art. 18.º).

O III Governo Constitucional contava na sua estrutura orgânica (estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 300-A/78, de 30 de Setembro) com o Ministério da Habitação e Obras Públicas, o qual continuou a compreender uma Secretaria de Estado com atribuições ambientais, agora designada por Secretaria de Estado do Ordenamento Físico, Recursos Hídricos e Ambiente (al. c) do art. 14.º) — situação que se manteve, sem qualquer alteração, no IV Governo Constitucional (cfr. al. c) do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 448/78, de 30 de Dezembro, sobre a Secretaria de Estado do Ordenamento Físico, Recursos Hídricos e Ambiente).

O V Governo Constitucional, entre Julho de 1979 e Janeiro de 1980, criou na sua estrutura orgânica (estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 386/79, de 19 de Setembro) a *Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente*, na dependência do Ministro da Habitação e Obras Públicas.

Por intermédio do Decreto-Lei n.º 3/80, de 7 de Fevereiro, aprovou-se a Lei Orgânica do VI Governo Constitucional. Este Governo tinha tomado posse em 3 de Janeiro de 1980, tendo terminado o seu mandato a 9 de Janeiro de 1981, tendo voltado a integrar a secretaria de Estado responsável pelo ambiente (denominada *Secre-*

Na verdade, só com a alteração da Lei Orgânica do XI Governo Constitucional (através do Decreto-Lei n.º 94/90, de 20 de Março) foi criado o Ministério do Ambiente e dos Recursos Naturais (cfr. a alteração feita ao art. 1.º do Decreto-Lei n.º 329/87, de 23 de Setembro, que tinha sido responsável pela aprovação da Lei Orgânica do XI Governo Constitucional, concretizada no aditamento da nova al. r)), cujo primeiro titular foi Fernando Nunes Ferreira Real. De acordo com o novo art. 21.º-A, o Ministro do Ambiente e dos Recursos Naturais é coadjuvado pelo *Secretário de Estado do Ambiente e Defesa do Consumidor*, ficando integrados no novo Ministério (designado pela sigla MARN) uma série de serviços e organismos até aí inseridos no ou dependentes do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, com destaque para a Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente, a Direcção-Geral dos Recursos Naturais, o Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza, o Instituto Nacional do Ambiente e a Comissão Interministerial do Ambiente e dos Recursos Naturais, entre outros (cfr. o n.º 3 desse mesmo art. 21.º-A). A Lei Orgânica do novo Ministério seria aprovada por intermédio do Decreto-Lei n.º 294/91, de 13 de Agosto, salientando-se no preâmbulo o objectivo do Governo, ao criar o MARN, de “dar corpo às preocupações ambientais inerentes ao acelerado processo de desenvolvimento económico que o País vem atravessando nos últimos anos”. Em face da sua alargada missão de levar a cabo a prossecução das políticas do ambiente, dos recursos naturais e da defesa do consumidor (art. 1.º), foi dotado de um vasto elenco de atribuições, definido no art. 2.º, e de uma estrutura orgânica bastante complexa, com destaque para alguns dos seus serviços de orientação e coordenação previstos no art. 5.º (a Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente e a Direcção-Geral dos Recursos Naturais) e para algumas das entidades sob a tutela do

taria de Estado do Ordenamento e Ambiente) na Presidência do Conselho de Ministros, de acordo com a al. f) do art. 6.º daquele diploma legal.

O VII Governo Constitucional (Janeiro a Setembro de 1981) viu a sua orgânica ser aprovada pelo Decreto-Lei n.º 28/81, de 12 de Fevereiro, em cujo preâmbulo logo se assinalava a crescente importância dos problemas ligados ao ordenamento e ambiente e à ocupação dos tempos livres, que explicam a criação do novo Ministério da Qualidade de Vida. Este Ministério passou a integrar a *Secretaria de Estado de Ordenamento e Ambiente*, que mantém a sua nomenclatura (al. c) do art. 18.º).

O VIII Governo Constitucional (Setembro de 1981 a Junho de 1983) procedeu à criação de dois lugares de Ministro de Estado, destinando-se o primeiro deles (Ministro de Estado e da Qualidade de Vida) a “valorizar o tratamento dos problemas de ordenamento do território, da protecção do ambiente (...) e, em geral, da qualidade de vida” (cfr. preâmbulo da sua lei orgânica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 290/81, de 14 de Outubro). A *Secretaria de Estado do Ordenamento e Ambiente* mantém a sua nomenclatura, dependendo do Ministério da Qualidade de Vida (al. a) do art. 6.º).

Esta dependência do Ministério da Qualidade de Vida conserva-se no IX Governo Constitucional (esteve em funções entre Junho de 1983 e Novembro de 1985), apesar de a secretaria de estado em causa se passar a chamar apenas de *Secretaria de Estado do Ambiente* (cfr. al. b) do art. 20.º e al. c) do art. 31.º do Decreto-Lei n.º 344-A/83, de 25 de Julho, que aprovou a Lei Orgânica deste governo).

No X Governo Constitucional (Novembro de 1985 a Agosto de 1987), houve alterações tanto no que se refere ao nome da secretaria de estado como ao ministério de que depende. De acordo com a nova Lei Orgânica (contida no Decreto-Lei n.º 497/85, de 17 de Dezembro), a *Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais* estava compreendida no novo Ministério do Plano e da Administração do Território (al. c) do art. 13.º), no qual foi também integrada a *Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente* (al. a) do n.º 2 do mesmo preceito) e o novo *Gabinete de Estudos do Ordenamento do Território e do Ambiente* (n.º 4 do art. 13.º).

O XI Governo Constitucional procedeu a uma ligeiríssima alteração da designação do Ministério no qual se manteve inserida a *Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais*, que se passou a chamar Ministério do Planeamento e da Administração do Território (art. 11.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 329/87, de 23 de Setembro, que aprovou a sua Lei Orgânica).

Ministro, previstas no art. 9.º (Instituto Nacional do Ambiente e Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza) — bem como para a Comissão Consultiva do Ambiente, órgão de consulta do Ministro (art. 6.º) e para as “delegações regionais do MARN”, serviços desconcentrados e dotados de autonomia administrativa, que actuam a nível regional, prosseguindo na respectiva área geográfica competências relativas à execução das políticas do ambiente, dos recursos naturais e da defesa do consumidor (cfr. n.º 1 art. 17.º).

Com a tomada de posse, em 31 de Outubro de 1991, do XII Governo Constitucional (que se manteve em exercício de funções até Outubro de 1995), a autonomização do MARN como Ministério directamente responsável pela prossecução das tarefas de protecção ambiental contínua (cfr. al. q) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 451/91, de 4 de Dezembro, responsável pela aprovação da orgânica do XII Governo). Nos termos do n.º 1 do art. 21.º o seu titular é agora coadjuvado pelo *Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Ambiente e Recursos Naturais* e pelo *Secretário de Estado dos Recursos Naturais*. É ainda de destacar que transitaram para este novo Ministério a Comissão e as competências relativas à Reserva Ecológica Nacional, à Comissão Nacional contra a Poluição do Mar e as competências e o pessoal da Divisão do Domínio Público e Concessões que fossem necessários à prossecução da política de valorização e defesa do litoral (n.ºs 2 a 4 do mesmo art. 21.º).

Uma vez que o citado Decreto-Lei n.º 294/91, de 13 de Agosto, foi considerado apenas um diploma de transição, no dia 24 de Maio de 1993 o XII Governo Constitucional publica um extenso “pacote” legislativo, contendo a Lei Orgânica do MARN (Decreto-Lei n.º 187/93), da sua Secretaria-Geral (Decreto-Lei n.º 188/93), da Direcção-Geral do Ambiente (DGA — Decreto-Lei n.º 189/93)⁶⁰¹, das direcções regionais do ambiente e recursos naturais do Norte, do Centro, de Lisboa e Vale do Tejo, do Alentejo e do Algarve (DL n.º 190/93)⁶⁰², do Instituto da Água (Decreto-Lei n.º 191/93)⁶⁰³, do Instituto de Meteorologia, com atribuições estendidas ao domínio da qualidade do ar (Decreto-Lei n.º 192/93), do Instituto de Conservação da Natureza (ICN — Decreto-Lei n.º 193/93)⁶⁰⁴ e do Instituto de Promoção Ambiental (IPAMB — Decreto-Lei n.º 194/93)⁶⁰⁵ — todos os diplomas com a data de 24 de Maio.

Desta forma, pelo menos desde o início dos anos noventa do século XX Portugal passou a estar dotado de uma fortíssima máquina administrativa responsável pela prossecução desta ingente tarefa à escala nacional. A partir do XII Governo Constitucional não mais o interesse público ambiental deixou de fazer parte de um Ministério incumbido da respec-

⁶⁰¹ Em face do disposto no art. 1.º deste diploma, a DGA assume-se como o serviço central de coordenação do MARN, dotada de autonomia administrativa e com o vasto e relevante elenco de competências definido no art. 2.º.

⁶⁰² Que são designadas pela sigla DRARN: DRARN do Norte, do Centro, de Lisboa e Vale do Tejo, do Alentejo e do Algarve.

⁶⁰³ De acordo com este diploma, o Instituto da Água (INAG) configura-se como pessoa colectiva pública dotada de autonomia administrativa e financeira com a responsabilidade pela prossecução das políticas nacionais no domínio dos recursos hídricos e do saneamento básico.

⁶⁰⁴ Também o ICN surgiu, em face do diploma citado, como pessoa colectiva pública com autonomia administrativa e financeira, responsável pelas actividades nacionais nos domínios da conservação da natureza e da gestão das áreas protegidas.

⁶⁰⁵ Em face deste texto normativo, o IPAMB surge igualmente configurado como pessoa colectiva pública sujeita à superintendência do MARN, com atribuições no domínio da formação e informação dos cidadãos e apoio às associações de defesa do ambiente. As suas atribuições vir-se-iam a revelar de particular significado no âmbito da informação e participação pública na *avaliação de impacte ambiental*.

tiva prossecução, embora a sua designação e a articulação com outras atribuições governamentais — correspondentes aos respectivos interesses públicos — tenha sido sempre alterada: no XIII Governo Constitucional passou a ser apenas *Ministério do Ambiente*⁶⁰⁶; no XIV Governo Constitucional converteu-se em *Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território*⁶⁰⁷; no XV Governo Constitucional sofreu nova alteração, com a criação do *Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente*⁶⁰⁸; no XVI Governo Constitucional regressou-se à nomenclatura *Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território*⁶⁰⁹; no XVII Governo Constitucional, os destinos do ambiente são comandados, ao nível da administração estadual, pelo *Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional*, designado pela sigla MAOTDR⁶¹⁰; no XVIII voltámos à designação *Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território*⁶¹¹ e hoje em dia, no XIX Governo Constitucional, os destinos do ambiente passaram a ser confiados, ao nível governamental, ao Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território⁶¹².

O ministério responsável pela prossecução das atribuições relacionadas com a tutela ambiental foi sempre acompanhado por uma complexa rede de organismos directamente dependentes do Ministro — em especial a Direcção-Geral do Ambiente e o Instituto de Promoção Ambiental, os quais no XIV Governo Constitucional se viriam a fundir, dando

⁶⁰⁶ Cfr. arts. 2.º, al. p) e 25.º do Decreto-Lei n.º 296-A/95, de 17 de Novembro, que continha a Lei Orgânica do XIII Governo Constitucional. O Ministro do Ambiente era coadjuvado no exercício das suas funções pelo *Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Ambiente* e pelo *Secretário de Estado dos Recursos Naturais*.

⁶⁰⁷ No preâmbulo do diploma responsável pela aprovação da orgânica deste Governo (Decreto-Lei n.º 474-A/99, de 8 de Novembro) é referido, de forma expressa, o ensejo de “experimentar pela primeira vez a concepção política profundamente moderna da integração num só ministério das áreas do ambiente e do ordenamento do território”. O Ministério estava disciplinado no art. 25.º daquele diploma, passando a ser constituído (de acordo com o n.º 2) pela *Secretaria de Estado do Ambiente* e pela *Secretaria de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza* e a ser integrado por uma série de serviços e organismos enumerados nos n.ºs 3 e 4.

⁶⁰⁸ Nos termos da al. r) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 120/2002, de 3 de Maio (Lei Orgânica) e do art. 25.º. Em face do alargamento das suas atribuições, o novo Ministério passou a contar com um *Secretário de Estado Adjunto e do Ordenamento do Território*, com um *Secretário de Estado do Ambiente* e com um *Secretário de Estado da Administração Local* (n.º 2 do art. 25.º), transitando para ele os serviços e organismos até aí compreendidos no extinto Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território (n.º 3), tutelando desde aí as comissões de coordenação (n.º 4), bem como as entidades do sector empresarial do Estado nos domínios das águas, resíduos e reabilitação urbana (n.º 6).

⁶⁰⁹ O Ministério fazia parte do elenco do art. 2.º (cfr. al. q)) do Decreto-Lei n.º 215-A/2004, de 3 de Setembro, onde se continha a orgânica do Governo, estando a sua disciplina compreendida no art. 25.º, onde se destacava a coadjuvação do Ministro por um único *Secretário de Estado Adjunto* (n.º 2) e o trânsito para o novo Ministério de serviços e organismos provenientes do extinto Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente.

⁶¹⁰ A Lei Orgânica do XVII Governo foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 79/2005, de 15 de Abril, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 11/2006, de 19 de Janeiro, 16/2006, de 26 de Janeiro, 135/2006, de 26 de Julho, 201/2006, de 27 de Outubro, 240/2007, de 21 de Junho e 44/2008, de 11 de Março. A Lei Orgânica do MAOTDR, por seu lado, constava do Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro.

⁶¹¹ Cfr. Decreto-Lei n.º 321/2009, de 11 de Dezembro.

⁶¹² Apesar da criação, no XIX Governo Constitucional, do Ministério da Agricultura, Mar, Ambiente e Ordenamento do Território (MAMAOT), a Lei Orgânica do Governo (Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de Julho) continua a remeter para a citada Lei Orgânica do MAOTDR (Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro) quanto aos serviços, organismos, entidades e estruturas com competências ambientais (cfr. o n.º 2 do seu art. 17.º), não tendo ainda sido aprovada a Lei Orgânica do MAMAOT.

origem a um “mega” Instituto do Ambiente⁶¹³, que por sua vez foi substituído pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA)⁶¹⁴.

Para além da administração estadual directa (central e periférica⁶¹⁵) e indirecta (com inúmeros institutos⁶¹⁶), também os órgãos com competências consultivas desempenharam sempre um papel relevante do âmbito da prossecução das atribuições do membro do Governo responsável pela área do ambiente⁶¹⁷.

⁶¹³ O Decreto-Lei n.º 8/2002, de 9 de Janeiro, ao alterar o Decreto-Lei n.º 120/2000, de 4 de Julho, que havia aprovado a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, procedeu à fusão da DGA e do IPAMB num novo organismo, o Instituto do Ambiente (IA), com o objectivo (expresso no preâmbulo do diploma) de “rentabilizar recursos e (...) obter ganhos de eficácia, promovendo sinergias entre funções próximas ou complementares, até aqui confiadas a organismos distintos”. Como é evidente, em face do enorme alcance de que as competências e atribuições dos seus antecessores já se revestiam, o IA tornou-se num “mega instituto”, com atribuições relativas a inúmeros sectores da política e do direito do ambiente (cfr. o art. 12.º-A aditado ao Decreto-lei n.º 120/2000 pelo citado Decreto-Lei n.º 8/2002).

⁶¹⁴ A APA foi criada pelo citado Decreto-Lei n.º 207/2006, com a orgânica do MAOTDR (cfr. arts. 4.º, n.º 1 d) e 13.º), integrando as atribuições do Instituto do Ambiente e do Instituto dos Resíduos (art. 29.º, n.º 2, al. a)). A sua orgânica está estabelecida no Decreto Regulamentar n.º 53/2007, de 27 de Abril.

⁶¹⁵ Desde a citada criação das DRARN que elas assumiram o desempenho das atribuições ambientais ao nível regional, sob a direcção do Ministério. Deve aqui notar-se que as DRARN foram substituídas pelas direcções regionais do ambiente (DRA), de acordo com o Decreto-Lei n.º 230/97, que reviu a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente (cfr. arts. 6.º e 14.º), tendo dado depois origem às Direcções Regionais do Ambiente e Ordenamento do Território DRAOT, com o Decreto-Lei n.º 120/2000, de 4 de Julho, que aprovou a orgânica do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território (cfr. arts. 2.º e 12.º). Todavia, em 2003, o Decreto-Lei n.º 104/2003, de 23 de Maio, extinguiu as comissões de coordenação regionais e as direcções regionais do ambiente e do ordenamento do território, criando as *comissões de coordenação e desenvolvimento regional* (CCDR), superintendidas pelo Ministro responsável pela área do ambiente. Na medida em que as CCDR sucederam às direcções regionais do ambiente e do ordenamento do território (cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 104/2003), passaram a ser elas os organismos responsáveis pelo desenvolvimento das políticas ambientais e pela aplicação do direito do ambiente no âmbito da administração estadual directa periférica. Em qualquer das soluções organizatórias experimentadas pelo legislador, os departamentos regionais mantiveram sempre os seus limites territoriais, com a existência de direcções regionais (e hoje comissões de coordenação e desenvolvimento regional) do Norte, do Centro, de Lisboa e Vale do Tejo, do Alentejo e do Algarve. Esta divisão territorial corresponde à da *nomenclatura das unidades territoriais para fins estatísticos* (NUTS), elenco comunitário criado para fins estatísticos que estabelece uma nomenclatura “constituída por três níveis de agregação para unidades territoriais (níveis I, II e III), cuja fixação concreta em cada Estado-membro corresponde quer a características específicas nacionais, quer às condicionantes e objectivos espaciais das políticas nacionais de desenvolvimento regional” (cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46/89, de 15 de Fevereiro, que estabeleceu as NUTS). Esta nomenclatura foi transposta para a legislação portuguesa por este diploma legal, fixando em Portugal que o nível I corresponde ao território nacional (Continente e Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira), o nível II reporta-se ao nível regional e é constituído por sete unidades (cinco unidades no Continente vinculadas à área de actuação das cinco comissões de coordenação e desenvolvimento regional e duas unidades correspondentes aos territórios das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira), sendo o nível III constituído por trinta unidades de âmbito sub-regional. Em suma, os limites territoriais de competência das comissões de coordenação e desenvolvimento regional correspondem às áreas das NUTS II.

⁶¹⁶ Desde há muito que há uma série de institutos públicos superintendidos pelo ministro responsável pela área do ambiente — portanto na área da *administração estadual indirecta* — como o Instituto da Água, o Instituto de Meteorologia, o Instituto da Conservação da Natureza, o Instituto de Promoção Ambiental, o Instituto dos Resíduos e o Instituto Regulador de Águas e Resíduos. Apesar da reestruturação do Instituto do Ambiente na APA, a qual voltou a ser integrada na administração estadual directa, funcionando na prática como uma Direcção-Geral, existem ainda hoje uma série de institutos no domínio da administração estadual indirecta ambiental, em relação aos quais o Ministro responsável pela área do ambiente mantém poderes de superintendência, com destaque evidente para o Instituto da Água, I. P. e para o Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (ICNB).

⁶¹⁷ Também no domínio da administração consultiva ambiental se tem sucedido uma série de órgãos. Os actualmente previstos no Decreto-Lei n.º 207/2006 são o Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento

No contexto da administração estadual são ainda de mencionar os organismos especificamente incumbidos de prosseguir tarefas de vigilância, controlo e inspecção: ao instituir o Ministério do Ambiente, sucessor do Ministério do Ambiente e dos Recursos Naturais, o Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto, criou a Inspeção-Geral do Ambiente (IGA) como serviço de inspecção do Ministério (cfr. art. 5.º), serviço este dotado de autonomia técnica e administrativa e ao qual foram atribuídas as competências previstas no n.º 2 do art. 13.º (garantir o cumprimento de leis, regulamentos, instruções e outras normas de natureza ambiental, proceder ao levantamento de autos, instruir processos de contra-ordenação e instruir processos de averiguações, de inquérito e disciplinares)⁶¹⁸.

Por último, cumpre não olvidar que o ambiente tem sido sempre uma relevante atribuição da *administração autónoma territorial*, tanto ao nível *regional* como *local* ou *autárquico*⁶¹⁹. Ao nível autárquico, também em Portugal não podem ser negligenciadas as oportunidades abertas pela Agenda 21 Local para a melhoria das práticas públicas autárquicas relacionadas com a tutela do ambiente⁶²⁰.

Sustentável e o Conselho Nacional da Água, a Comissão de Acompanhamento da Gestão de Resíduos, a Comissão para as Alterações Climáticas e a Comissão Nacional da Reserva Ecológica Nacional. Sobre a importância das “instâncias da *administração consultiva*” na organização ambiental, nomeadamente em função da dimensão científica e técnica dos problemas ambientais e da correspondente importância dos pareceres de especialistas, cientistas e técnicos, cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 494.

⁶¹⁸ A IGA manteve-se como “serviço central de inspecção, controlo ambiental e apoio técnico do MAOT” (Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 120/2000, de 4 de Julho), embora se note um alargamento substancial das suas competências, previstas no n.º 2 do respectivo art. 7.º. Com a instituição do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente (Decreto-Lei n.º 97/2003, de 7 de Maio) ela continua a ser o serviço central de inspecção do Ministério, visando a sua actuação garantir “o cumprimento das normas jurídicas nas áreas do ambiente, ordenamento do território e conservação da natureza” (n.º 1 do art. 13.º), passando a existir no mesmo ministério a Inspeção-Geral da Administração do Território (IGAT), incumbida das competências inspectivas dos processos no âmbito da tutela verificativa da legalidade do Governo sobre as autarquias locais e entidades equiparadas (n.º 1 do art. 12.º). Com o re-estabelecimento do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território (operado por intermédio do Decreto-Lei n.º 53/2005, de 25 de Fevereiro) procede-se a um novo “baptismo” do órgão central de inspecção, agora denominado de Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAOT), legalmente incumbido do “controlo, auditoria e fiscalização” nos domínios compreendidos nas atribuições do MAOT (arts. 3.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1) — situação que não é substancialmente alterada pelo Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro (Lei Orgânica do MAOTDR), como resulta da leitura do seu art. 11.º. A orgânica da IGAOT está regulada no Decreto-Lei n.º 276-B/2007, de 31 de Julho, onde é confirmada a sua natureza de serviço central da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa (cfr. art. 1.º).

⁶¹⁹ Não pode surpreender a importância básica da prossecução de actividades de defesa e promoção ambiental ao nível autárquico. Para além do papel atribuído pela LBA às autarquias, a Constituição alude hoje, de forma expressa, à incumbência do Estado, com vista a assegurar o direito ao ambiente, de “promover, *em colaboração com as autarquias locais*, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana (...)” (al. c) do n.º 2 do art. 66.º; *italico* nosso). Sobre as atribuições e competências das autarquias locais em sede de ambiente, tocando de forma especial a sua consagração na legislação especial reguladora deste entes públicos descentralizados, cfr. JOSÉ EDUARDO DIAS/PAULO BRAGA, “Atribuições e competências das autarquias locais em matéria de ambiente”, in: AMBIFORUM (Centro de Estudos Ambientais, Ld.ª), *Anuário de Direito do Ambiente*, 1995, pp. 59-81.

⁶²⁰ Neste sentido, cfr. TERESA FIDÉLIS/SARA MORENO PIRES, “Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: Desafios para a Sustentabilidade Local”, *RevCEDOUA*, n.º 21 (Ano XI, 1-08), pp. 59-78 — Autoras que, ao procurarem determinar a forma como a implementação desta Agenda em Portugal está ou não a contribuir para uma governação local apoiada num modelo de desenvolvimento sustentável, concluem (cfr. p. 77) que “em Portugal a AL21 está genuinamente enraizada em iniciativas locais voluntárias”, salientando o seu carácter descoordenado, o facto de serem os municípios mais pequenos os que mais aderem mas sem deixarem de mencionar as oportunidades que a AL21 pode dar para o reforço e melhoria da governação local entre nós. Sobre a Agenda 21 local,

4.4. A regulação normativa pública do ambiente

A abordagem normativa portuguesa mostra, de forma absolutamente cristalina, o recurso generalizado a um modelo de comando e controlo, baseado nos instrumentos tradicionais do direito administrativo da ordenação, no âmbito da tutela publicística do ambiente.

O direito ambiental português de primeira geração passou em larga medida por uma intervenção baseada na definição e imposição de normas⁶²¹, umas de sentido geral por serem aplicadas a diversas acções humanas incidentes sobre o ambiente e às suas consequências junto de vários componentes ambientais, outras de carácter sectorial, isto é, destinadas à tutela do ar, da água, do solo e do sub-solo, da fauna e da flora (ou de espécies determinadas de uma delas), do som⁶²², etc.

Assim, pelo menos durante as décadas de setenta e oitenta e a maior parte da década de noventa do século passado, a regulação pública do ambiente traduziu-se quase sempre num modelo de hetero-regulação, como uma função própria dos poderes públicos. No que se refere aos *métodos de regulação*, eles passaram — e continuam ainda hoje a passar, em larga medida, se bem que agora articulados com novas abordagens e métodos — pela definição e imposição de normas, pelo controlo e fiscalização administrativa das fontes de poluição, nomeadamente através de autorizações e do exercício das competências inspectivas e fiscalizadoras da Administração Pública e pela aplicação de sanções, pela Administração (coimas e sanções acessórias), ou pelos tribunais (penas)⁶²³.

Em termos de legislação geral, deve ser mencionada em primeiro lugar a *Lei de Bases do Ambiente* (LBA): apesar de publicada em meados da década de oitenta, mais de 10 após a aprovação da CRP, esta lei assumiu-se como verdadeira “lei geral” que — apesar dos seus diversos defeitos, entre os quais se destacam a necessidade de regulamentação de boa parte das suas normas, que só ocorreu muito posteriormente ou nem sequer ocorreu ainda e a referência a institutos mais ou menos enigmáticos, como por exemplo os “embargos administrativos” do seu art. 42.º ou o “direito às compensações” do art. 40.º — mostrou uma série de méritos e qualidades, como o demonstra o facto de ter resistido à passagem dos

em Portugal, cfr. ainda LUÍSA SCHMIDT/JOAQUIM GIL NAVE/JOÃO GUERRA, *Autarquias e Desenvolvimento Sustentável — Agenda 21 Local e novas estratégias ambientais*, Ed. Fronteira do Caos, 2005, *passim*.

⁶²¹ Todo o Capítulo II da Parte I (pp. 57-159) da obra de ELIZABETH FERNANDEZ citada (*Direito ao Ambiente...*) é reservada ao estudo da *lei* como *instrumento privilegiado* de prossecução ambiental, sendo particularmente importante, para os propósitos que nos animam, o estudo das leis teleologicamente orientadas para a protecção do ambiente, nomeadamente ao nível da *protecção da natureza* (pp. 88-105) e da *planificação* (pp. 105-117). No entanto, a Autora vai mais longe, e apresenta as leis que instituíram os regimes jurídicos da *reserva ecológica nacional* (REN) e da *reserva agrícola nacional* (RAN) como exemplares na ilustração da sua tese segundo a qual “a lei pode, em si mesma, constituir *instrumento directo, imediato e independente de prossecução ambiental*” (cfr. *ob. cit.*, p. 118).

⁶²² Em regra referem-se aqui as normas relativas ao *ruído*; todavia, e como é óbvio, não é o ruído que é tutelado pela ordem jurídica, mas sim a sua ausência ou, pelo menos, a sua limitação em níveis toleráveis para a saúde e qualidade de vida dos cidadãos: nessa medida, é o *som* que surge como componente do direito ao ambiente e, do ponto de vista objectivo, da protecção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Neste sentido, cfr. JOSÉ EDUARDO DIAS/JOANA PEREIRA MENDES, *Legislação Ambiental...*, cit., p. 285 e seg. (nas quais justificamos a opção por intitular o Capítulo respectivo por “Som/Ruído” e explicamos o facto de ser o *som* e não o *ruído* o componente ambiental que o direito visa proteger).

⁶²³ Em sentido próximo ao do texto, cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 474 e seg.

anos e aos novos ventos do direito ambiental, com todas as modificações e inovações que têm trazido consigo, estando em vigor, com poucas modificações, mais de 20 anos passados sobre a sua publicação⁶²⁴.

A análise da sistemática da LBA, em termos sintéticos⁶²⁵, permite obter uma visão geral dos principais aspectos desenvolvidos pela legislação ambiental portuguesa, na sua primeira fase: logo no seu Capítulo I, para além de ser reafirmado o *direito fundamental ao ambiente* (art. 2.º), consagram-se os *princípios fundamentais do direito do ambiente* no seu art. 3.º. No Capítulo II são disciplinados alguns aspectos do regime dos *componentes ambientais naturais* e no III dos *componentes ambientais humanos*. O Capítulo IV da Lei é dedicado aos *instrumentos da política* (e do direito) *do ambiente* e o V ao *licenciamento e situações de emergência* (com o estabelecimento de um muito relevante princípio geral de *licenciamento* da construção, ampliação, instalação e funcionamento de estabelecimentos e do exercício de actividades efectivamente poluidoras, no n.º 1 do seu art. 33.º, em articulação com a al. h) do n.º 1 do art. 27.º). A matéria da organização administrativa não foi esquecida, estando regulamentada no Capítulo VI, concretizando o Capítulo VII alguns dos *direitos e deveres dos cidadãos* em sede ambiental. O Capítulo VIII trata o tema das penalizações (dividido, como veremos melhor, pelas contra-ordenações ambientais e pelos crimes ambientais), ocupando-se o IX e último Capítulo das disposições finais.

Para além de outras leis gerais do ambiente (como por exemplo a Lei n.º 10/87, de 14 de Abril, com o regime das *associações de defesa do ambiente*, que reconheceu a estas associações, de forma assaz aberta, uma série de direitos instrumentais a serem exercidos em prol da defesa do ambiente⁶²⁶), os primeiros anos do direito ambiental português ficam

⁶²⁴ Daí que, em nosso entender, sejam justificadas as palavras de Pereira Reis quando diz que "(...) parece inquestionável que a Lei de Bases do Ambiente veio marcar profundamente a nossa ordem jurídica (...) pelas 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", concluindo que esta lei, à imagem do que já fizera a Constituição, marcou decididamente o conteúdo, a filosofia e os princípios orientadores de um vasto leque de diplomas que actuam sobre os componentes ambientais: cfr. JOÃO PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente — Anotada e Comentada — Legislação Complementar*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 5 e seg. Sobre a LBA como "primeiro patamar legislativo de intervenção" para dotar o direito ao ambiente de preceptividade, cfr. ELIZABETH FERNANDEZ (*Direito ao Ambiente...*, cit., pp. 45-55): para a Autora esta Lei é mais do que uma lei de bases da conservação da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural, uma vez que contém diversos preceitos que extravasam a intensidade inerente às bases gerais, isto é, estabelece a vários propósitos "um regime semi-completo de protecção do ambiente". A Autora alude ainda à multiplicidade de funções desempenhadas pela LBA (em face do seu carácter composto ou complexo), com realce para o funcionamento como *elemento de uniformização e harmonização* da regulação sectorial operada posteriormente por legislação especial e para a função de *autorização legislativa* (assegurando a constitucionalidade orgânica da legislação ambiental ulterior de autoria governamental). Aguarda-se, a todo o momento, a publicação de uma nova Lei de Bases do Ambiente, cujos trabalhos preparatórios foram há muito iniciados, nomeadamente com uma proposta de lei do XVIII Governo Constitucional, mas cuja iniciativa legislativa caducou entretanto em Junho de 2011.

⁶²⁵ Cfr. JOSÉ EDUARDO DIAS/JOANA PEREIRA MENDES, *Legislação Ambiental...*, cit., p. 53 e seg.

⁶²⁶ Entre outros o *direito de participação e intervenção* na definição da política do ambiente e nas grandes linhas de orientação legislativa (art. 4.º), o *direito de consulta e informação* (art. 5.º), de *promoção de todos os meios administrativos* de defesa do ambiente (art. 6.º) e uma *legitimidade processual* alargada para propor diversas acções e recursos contenciosos (art. 7.º). Sobre os relevantes poderes atribuídos às associações de defesa do ambiente, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Público do Ambiente...*, cit., pp. 33-34, onde nos fala sobre "a centralidade deste associacionismo na democracia do ambiente", dizendo que as associações de defesa do ambiente se configuram como "instrumentos de *democracia directa*, promotores de referendos sobre questões ambientais, como

marcados pela publicação de uma extensa legislação sectorial, a tocar todos os componentes ambientais:

– em relação ao componente ambiental *água*, ainda antes de 1976, foram publicados o Decreto-Lei n.º 90/71, de 22 de Março (“Poluição das águas do mar, praias e margens”), o Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro (“Regime Jurídico dos Terrenos do Domínio Público Hídrico”) e o Decreto-Lei n.º 502/71, de 18 de Novembro (classificação, protecção e exploração das albufeiras de águas públicas); já depois da LBA, foi publicado um importante “pacote” legislativo constituído pelos Decretos-Lei n.ºs 70/90, de 2 de Março (regime de bens do domínio hídrico do Estado) e 74/90, de 7 de Março (normas de qualidade da água)⁶²⁷;

– quanto ao componente *ar*, ele não foi objecto de muitos diplomas, nesta fase, sendo em todo o caso de referir o Decreto-Lei n.º 476/82, de 21 de Dezembro (que estabelece normas sobre hidrocarbonetos clorofluorados (HCF)) e o Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar);

– houve inúmeros diplomas legais dirigidos à ordenação do componente ambiental solo e também, muitas vezes de forma articulada, da protecção da fauna e/ou da flora: entre eles, podem mencionar-se o Decreto-Lei n.º 343/75, de 3 de Julho (“Adopta medidas para disciplinar certas actuações na utilização dos solos e da paisagem”), o Decreto-Lei n.º 357/75, de 8 de Julho (medidas de protecção ao relevo natural, ao solo arável e ao revestimento vegetal), o Decreto-Lei n.º 613/76, de 27 de Julho (com o regime de protecção da natureza e de criação de parques nacionais), o Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro (Lei dos Solos), o Decreto-Lei n.º 451/82, de 16 de Novembro (instituiu a Reserva Agrícola Nacional, tendo sido integralmente revogado 7 anos mais tarde, por intermédio do Decreto-Lei n.º 196/89, de 30 de Maio, que estabeleceu o novo regime da RAN), o Decreto-Lei n.º 321/83 de 5 de Julho (criou a Reserva Ecológica Nacional, cujo regime jurídico foi substancialmente alterado 7 anos depois, através do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março), o Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro (“Regulamenta a aplicação da convenção da vida selvagem e dos habitats naturais na Europa”), o Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março (regulamento de pedreiras⁶²⁸), o Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro (medidas de protecção das aves que vivem no estado selvagem em território nacional) e o Decreto-Lei

grupos de pressão sobre o legislador e sobre os poderes públicos locais e regionais (...), como *gestores directos do ambiente* (compra de terrenos, arrendamento) e como *polícias do ambiente*”, salientando ainda a relevância da sua legitimidade processual.

⁶²⁷ Já em meados da década de noventa, mais precisamente em 1994, foi publicada extensa e relevante legislação nesta sede: os Decretos-Lei n.ºs 45/94 (processo de planeamento de recursos hídricos e elaboração e aprovação dos respectivos planos), 46/94 (regime de licenciamento da utilização do domínio hídrico, sob jurisdição do Instituto da Água), e 47/94 (regime económico e financeiro da utilização do domínio hídrico, sob jurisdição do mesmo Instituto), todos datados de 22 de Novembro. A que se juntaram, no mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 207/2004, de 6 de Agosto (regime de concepção, instalação e exploração de sistemas públicos e prediais de distribuição de água e drenagem de águas residuais) e o Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro (regime jurídico da construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público, quando atribuídas por concessão).

⁶²⁸ Sobre este diploma, embora sobretudo numa perspectiva crítica, comparando-o com o diploma que lhe sucedeu (o Decreto-Lei n.º 270/2001, de 6 de Outubro) e chamando a atenção para algumas das suas deficiências que foram corrigidas pelo seu “sucessor”, cfr. AMPARO SERENO, “A protecção do solo e do subsolo — o diploma das pedreiras”, *RJUA*, n.º 17 (Junho 2002), pp. 9-33.

n.º 19/93, de 23 de Janeiro (Rede Nacional de Áreas Protegidas) — a que se podem juntar inúmeros diplomas legais (e regulamentares) sobre o grande flagelo ambiental, económico e social que são os incêndios florestais;

– no que se refere ao som, limitar-nos-emos a mencionar o Decreto-Lei n.º 251/87, de 3 de Junho (“Regulamento Geral sobre o Ruído”);

– uma matéria que não constitui um componente ambiental mas que é uma das actividades humanas (provavelmente “a” actividade humana) com mais e maiores impactes no ambiente é a *actividade industrial*, tendo-se generalizado a publicação de diplomas a regular a actividade industrial (tomando também em conta, no regime respectivo, as consequências dessa actividade no ambiente e a prevenção e controlo de danos ambientais) ou alguns efeitos específicos de que essa actividade se reveste, em termos ambientais, desde meados da década de oitenta do século xx; foi isso que se passou, por exemplo, com o Decreto-Lei n.º 224/87, de 3 de Junho (prevenção dos riscos de acidentes graves que possam ser causados por actividades industriais e limitação das suas consequências para o homem e o ambiente), o Decreto-Lei n.º 280-A/87, de 17 de Julho (medidas relativas à notificação de substâncias químicas e à classificação, embalagem e rotulagem de substâncias perigosas) e o Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março (exercício da actividade industrial)⁶²⁹;

– no âmbito dos *resíduos* foram também publicados inúmeros diplomas, com destaque para o Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de Novembro, que “estabelece normas sobre os resíduos sólidos”, procurando, de acordo com o respectivo preâmbulo, “lançar as bases de um sistema de registo obrigatório de resíduos e definir competências e responsabilidades no domínio da sua gestão”, sendo de realçar, entre outras normas, a que prevê entre as competências do ministro do ambiente nesta sede as de *definir a política nacional no domínio dos resíduos sólidos urbanos e estabelecer planos de carácter nacional e regional e directivas de carácter geral* para a remoção, tratamento e destino final desses resíduos (n.º 1 do art. 3.º).

No início dos anos noventa começam a surgir diplomas normativos que vão trilhar o caminho para uma certa inflexão de rumo da política e do direito do ambiente: se bem que só mais tarde se comece a assistir, de forma mais intensa, à consagração nas normas de métodos que traduzem um mais forte recurso à utilização de instrumentos económicos e de mercado na tutela ambiental, surgem nesta fase institutos que começam a traduzir uma perspectiva mais integrada da protecção ambiental no seu conjunto e não uma regulação autónoma e isolada dos componentes ambientais. Referimo-nos em especial ao instituto da *avaliação de impacte ambiental*, recebido no nosso direito por intermédio do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho, concretizado e desenvolvido pelo Decreto Regulamentar n.º 38/90, de 10 de Dezembro⁶³⁰. Outra lei publicada nesta altura que, sem ser materialmente de direi-

⁶²⁹ Este diploma (integralmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril) “Estabelece normas disciplinadoras do exercício da actividade industrial”; todavia, as preocupações ambientais do legislador são evidentes, como resulta da leitura do seu preâmbulo e dos seus arts. 1.º, 4.º, 5.º, 9.º, 12.º e 13.º, entre outros.

⁶³⁰ Para uma análise crítica a este regime e a algumas das propostas da sua revisão que viriam a ser acolhidas no Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (o qual revogou inteiramente o regime anterior, de acordo com o respectivo art. 46.º), cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/MARIA ANA BARRADAS, “Presente e Futuro da AIA em Portugal: ‘notas sobre uma reforma anunciada’”, *RevCEDOUA*, n.º 2 (ano I, n.º 2.98), pp. 89-110.

to do ambiente, continha uma norma “ambiental” específica de grande relevo, foi a Lei n.º 65/93, a regular o acesso aos documentos da Administração⁶³¹.

Como se depreende dos simples exemplos que apresentámos — e que ilustram apenas uma parte muito pequena dos diplomas legais e regulamentares dedicados à protecção do ambiente, publicados ao longo das últimas três décadas do século xx entre nós — assistiu-se em Portugal à implantação de um fortíssimo edifício normativo, num movimento (não exclusivo do direito ambiental) normalmente designado por “proliferação” ou “poluição” legislativa, ou mesmo “turbo legislação” e que caracteriza, como temos vindo a ver, as ordens jurídicas que nos são mais próximas, nestes anos da primeira geração do direito ambiental⁶³².

Cumpre fazer a “ponte” entre o que dissemos antes deste ponto e aquilo que se segue: foi demonstrado o protagonismo do direito administrativo na tutela do ambiente e pretendemos em seguida debruçar-nos sobre os instrumentos que, em concreto, aquele direito disponibilizou para se proceder a essa tutela — com o reforço claro, no direito ambiental de primeira geração, dos poderes da Administração Pública. Ora bem: a regulação legislativa pública do ambiente, como demonstra Carla Amado Gomes, era, por um lado, absolutamente necessária para conferir uma base legal à actuação administrativa, num domínio no qual a ingerência na esfera jurídica dos cidadãos é intensa e extensa (o que explica a proliferação de *leis especiais* para cada novo domínio da intervenção pública); mas, por outro, implicou uma degradação da substância da lei, que teve de prescindir num cada vez maior número de casos da sua determinabilidade *a priori* (pelo próprio legislador) para apostar na sua determinação *a posteriori* pela Administração. O que levanta problemas de separação de poderes, porventura nos limites da divisão constitucional entre os diversos poderes do Estado, mas também em relação aos próprios técnicos, uma vez que o legislador lhes delega partes fundamentais das decisões, não estando eles necessariamente inseridos na Administração Pública⁶³³.

⁶³¹ Referimo-nos ao seu art. 22.º que, sob a epígrafe “informação ambiental”, operava uma remissão genérica para a Directiva n.º 90/313/CEE, de 7 de Junho, a qual procedia a um reconhecimento muito amplo e extenso do direito de acesso a documentos em matéria de ambiente.

⁶³² Sobre o fenómeno entre nós (em geral e não no campo específico do direito do ambiente), cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Proliferação legislativa: Que hipóteses de superação?”, *CCL*, n.º 7, Abril/Junho de 1993, pp. 83-95. De acordo com o Autor, as consequências imediatas da proliferação ou poluição legislativa (fenómeno que caracteriza a generalidade dos sistemas jurídicos da actualidade) são a complexidade, obscuridade, incerteza e incoerência do Direito, que para serem ultrapassadas conduzem ao imperativo da especialização, que por sua vez põe em causa a unidade do saber jurídico.

Também neste contexto, tivemos já oportunidade de aludir ao problema da *crise da legislação* e, mais concretamente, da *crise da lei*, que não conseguiu resistir incólume à evolução do princípio da legalidade, desde a sua afirmação, na época liberal, até aos nossos dias (cfr. JOSÉ EDUARDO DIAS, “O Procedimento Legislativo”, in: *Formação Jurídica e Judiciária — Colectânea*, Tomo I, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2006, pp. 213-250, pp. 219-231): como aí dissemos, porventura de forma um pouco excessiva, “transitámos de um quadro, estabelecido nos finais do século XVIII (sob o manto do Iluminismo), de culto na certeza do direito (tendo por base a grande codificação, concretizada depois sobretudo na codificação napoleónica) para um modelo onde se sente uma enorme *profusão*, *massificação*, *perda do valor* e *difusão da lei*, em virtude da proliferação legislativa, da dispersão normativa, da complexidade do quadro legal e regulamentar, tudo se reflectindo na obscuridade, incerteza e incoerência do direito” (p. 231).

⁶³³ CARLA AMADO GOMES aborda estas questões em diversos momentos da sua dissertação de doutoramento: cfr. *Risco e Modificação...*, cit., em especial pp. 250-252 (nas quais reforça as ideias que já traduzimos no texto

4.5. Os instrumentos jurídico-públicos de tutela ambiental

Com base no protagonismo do direito administrativo na tarefa de protecção do ambiente e no tipo de regulação normativa apresentado vai assumir preponderância nesta tarefa vital uma série de instrumentos jurídico-públicos, muitos deles há muito desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência jus-administrativa e acolhidos na legislação, outros nascidos ou, pelo menos, ampliados e aperfeiçoados à luz de considerações ambientais específicas.

Também em Portugal a regulação pública do ambiente na primeira geração do direito ambiental se fundou em instrumentos típicos do direito administrativo de ordenação, correspondente a um modelo administrativo de comando⁶³⁴.

Em face da importância e do carácter pioneiro da protecção constitucional do ambiente, as normas da “constituição ambiental” são uma boa base de trabalho para o estudo dos instrumentos jurídico-públicos de tutela do ambiente: sobretudo aquelas que plasmaram incumbências ou tarefas do Estado nesta sede e que, na versão originária da Constituição, estavam no essencial contidas no n.º 2 do art. 66.º e também no n.º 2 do art. 91.º.

4.5.1. Limitações e condicionamentos normativos

Na sequência do que foi visto no ponto anterior, cumpre começar por analisar, em termos de instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico-público para tutela do ambiente, as imposições, limites, proibições e condicionamentos que decorrem directamente das normas legais e regulamentares para os cidadãos e suas organizações.

Num quadro normativo de relações cada vez mais complexas e origens cada vez mais variadas — em termos das fontes normativas do direito, desde meados da década de oi-

quando diz que “a lei deixa de ser um *espartilho* e adquire uma função de impulso e orientação da acção administrativa, a qual ganha espaço de construção dos quadros de exercício da competência em termos finais. A Administração, intérprete privilegiada do sentido do(s) ‘interesse(s) público(s)’, apoiada em normas de programação final, vai proceder à adaptação situacional da norma habilitante, a qual se vê investida de uma nova flexibilidade, mas também de uma nova variabilidade”) e p. 465 e segs., onde discute em que termos é ou não legítimo ao legislador, essencialmente do ponto de vista constitucional, delegar partes fundamentais da decisão nas mãos dos técnicos.

De notar que, em relação à degradação da substância da lei e aos perigos resultantes de atitudes extremas tendentes a desvalorizar o papel da constituição, já em 1969 ROGÉRIO SOARES, no seu magistral *Direito Público e Sociedade Técnica* (livro que conheceu em tempos recentes nova edição, prefaciada por Gomes Canotilho: *Direito Público e Sociedade Técnica*, Colec. Itinerários, edições Tenacitas, Coimbra, 2008), aludia, no contexto da explicação das atitudes extremas tendentes a desvalorizar a Constituição, ao perigo de capitulação do normativo perante o empírico, “por força duma atitude de elevação das leis sociais e prevalentemente económicas a instrumentos exclusivos da modelação do mundo” (cfr. p. 30). Esta última questão é retomada, sob outras formas, ao longo da obra, nomeadamente quando se refere a um dos medos que mais angústias trazia aos cidadãos nos finais da década de sessenta do pretérito século: “o de que através de poderosos meios de constrangimento e aliciação se consegue no jogo das forças sociais, e não apenas no domínio das políticas, encontrar aceitação e obediência e, mais do que isso, adesão e entusiasmo para quadros que desconhecem os imperativos da racionalidade e, sobretudo, não se preocupam em manter a dignidade fundamental do homem” (p. 47).

⁶³⁴ Nesse sentido, cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 476. Estes Autores desenvolvem a sua ideia mostrando como a regulação pública do ambiente em Portugal, passou por alguns *métodos de intervenção* em grande parte enunciados na LBA (como o *planeamento*, o exercício da *função normativa* e da *função fiscalizadora*, de *auxílio* e de *fomento*) que mostram a *preferência pelos métodos normativo e administrativo*, sem excluir o recurso a instrumentos que apelidam de “mistos”, por envolverem directamente o agente económico na cobertura dos encargos.

tenta do século xx que, ao quadro internacional, constitucional, legal e regulamentar se tem de acrescentar o das fontes de direito comunitário, tão relevantes ao nível do direito do ambiente — vão ser estabelecidas normas no domínio do tradicional direito de polícia administrativa, que prevêem proibições, limites e condicionamentos às actividades e direitos dos cidadãos, no nosso caso com vista à protecção do ambiente.

Em face da natureza técnica e especializada de inúmeros aspectos do direito ambiental, mesmo que tais proibições e condicionamentos devam ter sempre a sua base na lei, muitos deles são concretizados pela Administração no exercício do seu poder regulamentar externo. O que é facilmente apreensível, em face da miríade de regulamentos administrativos a especificarem, densificarem, desenvolverem e tornarem operativos os limites fixados pelo legislador.

Estas restrições e limitações são fixadas, como dissemos, para defesa do ambiente. O que, em termos da dogmática jus-administrativa, pode representar uma de duas coisas (ou, na maioria dos casos, as duas em simultâneo): a protecção do interesse público de tutela ambiental e/ou a protecção dos direitos ao ambiente ou dos interesses legalmente protegidos com ele conexos de terceiros, que surgem nessa relação jurídica como vizinhos, conceito hoje entendido em sentido muito amplo.

Ao falarmos de proibições, restrições, condicionamentos e limitações torna-se necessário densificar o seu objecto: a nossa economia de mercado assenta fundamentalmente no direito de *propriedade* e na *liberdade de iniciativa económica privada*, sendo sobre eles que fundamentalmente incidem aqueles vínculos. Ora, como nos mostram SANTOS, GONÇALVES e MARQUES, são cada vez mais relevantes as restrições e condicionamentos que visam a *protecção de valores ambientais*, nomeadamente as acolhidas nos sistemas de licenciamento industrial, configurando-se o *direito ao ambiente* como um dos direitos e deveres fundamentais com incidência na ordem económica e, dessa forma, como um dos *limites constitucionais ao livre exercício da actividade económica*⁶³⁵.

⁶³⁵ Cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., pp. 42-52. Os Autores consideram que a configuração constitucional da *propriedade* e da *iniciativa económica* são os "pressupostos básicos da economia de mercado", demonstrando igualmente que, apesar das conexões entre ambos, se trata de direitos independentes, que gozam de idêntica protecção. De acordo com a jurisprudência do TC, as restrições à iniciativa privada têm de passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), devendo ser apenas aquelas que se mostrem *necessárias* e *adequadas* à protecção de outros valores constitucionais, respeitando igualmente a *proporcionalidade* em sentido estrito e devendo ter carácter geral e abstracto, não podem ser retroactivas (o que, como veremos, não deixa de ter de ser interpretado e aplicado em termos específicos quando estiver em causa a protecção do ambiente) e devem respeitar o conteúdo essencial do preceito constitucional.

Sobre o entendimento do *direito fundamental à iniciativa económica privada* na CRP cfr. também o estudo de VASCO MOURA RAMOS ("O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (Art. 61.º, n.º 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português", *BFDUC*, vol. LXXVII, 2001, pp. 833-871, especialmente pp. 866-869), apresentando a posição originária da Constituição em relação à liberdade de iniciativa privada como uma das "pedras de toque para a compreensão da orientação da sua Constituição Económica", que reflecte as opções tomadas neste âmbito, tendo sido fortemente moldada pelas sucessivas revisões constitucionais, em especial pela primeira (1982), ao determinar que o direito à iniciativa económica privada deixasse de ser apenas um princípio com um âmbito restrito à organização económica do Estado para passar a ser configurado como direito fundamental, ainda para mais de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias. Todavia, o Autor mostra-se bastante crítico em relação à doutrina (que não tirou dessa qualificação todas as conclusões que se impunham) e à própria jurisprudência do TC, à qual não cabia averiguar se o legislador podia ou não abrir sectores à actividade económica privada mas apenas ou antes se os podia manter vedados.

De qualquer modo as limitações erigidas em nome da tutela ambiental não se cingem ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa económica privada: desde a sua versão originária que a Constituição, além de reconhecer a todos o direito ao ambiente, consagra na mesma norma o *dever de o defender*. E se bem que esse dever tenha particular incidência sobre categorias determinadas de cidadãos — em especial os exploradores de instalações ou aqueles que desenvolvem actividades susceptíveis de pôr em perigo o ambiente — todos os membros da comunidade estão por ele vinculados, podendo o dever assumir contornos e características bastante diversificadas, em função da concretização que o legislador, no uso das suas prerrogativas constitucionais (e a Administração, no exercício do seu poder de fazer os regulamentos necessários à execução uniforme das leis), entenda levar a cabo⁶³⁶.

Em estreita articulação com os limites e condicionamentos legais está a fixação normativa (por leis e, mais frequentemente, através de regulamentos administrativos) de padrões ou standards ambientais, nomeadamente em termos de valores-limite de emissão de substâncias poluentes para a atmosfera ou de lançamento de efluentes para o meio aquático (rios, lagos, mar, etc.). A colaboração entre legislador e administrador é aqui de enorme significado, pois para além de o segundo poder desenvolver e concretizar os valores fixados pelo primeiro ainda em sede geral e abstracta (ou seja, através de regulamentos administrativos), essa concretização é em muitos casos feita ao nível do caso concreto, particularmente quando se trata de especificar os limites de emissões atmosféricas⁶³⁷ e/ou de lançamento de efluentes a que uma determinada instalação está vinculada, por exemplo através de um acto administrativo autorizativo.

Para além disso, o recurso a valores limite para as emissões que provêm das instalações emitentes — por norma instalações industriais — supõe uma fiscalização mais ou menos apertada, a desenvolver por intermédio do exercício dos poderes administrativos de vigilância, inspecção e controlo, de que falaremos mais adiante. Na verdade, apesar de esta matéria ter sofrido alterações muito significativas, numa fase posterior de evolução do direito do ambiente⁶³⁸, a Administração teve de reforçar muito as suas acções e os seus poderes de fiscalização, através por exemplo da criação e manutenção de estações de monitorização, da realização de inventários de emissões e de muitas outras actividades.

⁶³⁶ Como vimos, tem particular importância entre nós, a este respeito, o trabalho de CARLA AMADO GOMES (*Risco e Modificação...*, cit.) que, em especial ao analisar a natureza das posições jurídicas acolhida no art. 66.º, n.º 1, da CRP (ao longo da Parte I, do seu trabalho: cfr. pp. 25-219) acentua a tónica do dever e degrada o direito subjectivo em mero interesse de facto: ao nível do direito constitucional português em concreto (pp. 98-148) considera que o direito ao ambiente não tem natureza pretensiva, devendo o conceito ser reconstruído e "anular-se perante a *única dimensão subjectiva operativa*: a de *dever de protecção do ambiente*", configurado como dever fundamental.

⁶³⁷ Sobre a definição de *valores limite* e *valores guia* para as emissões contínuas de poluentes atmosféricos provenientes das instalações industriais e a configuração da definição desses valores como um dos *instrumentos da política de gestão da qualidade do ar*, no âmbito do Plano Nacional da Política do Ambiente (PNPA, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, de 21 de Abril), cfr. FERNANDO CONDESSO, *Direito do Ambiente*, cit., pp. 420-425. Noutra local da mesma obra (cfr. p. 561 e seg.), Fernando Condeosso qualifica os *standards* ou *padrões ambientais* como "regras essenciais de protecção, num aspecto qualitativo mínimo (...) visando a medição dos riscos em termos que permitam o controlo dos objectivos ambientais e a repressão de comportamentos inadimplentes".

⁶³⁸ Que analisaremos na Parte II da dissertação e que tem a ver com a assunção de inúmeras responsabilidades pelos particulares, seja dos próprios operadores, seja de organizações ou técnicos privados com tais funções.

O já citado Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar), em articulação com a Portaria n.º 286/93, dos Ministérios da Indústria e Energia e do Ambiente e Recursos Naturais (que, em execução daquele Decreto-Lei, fixou os valores limites e os valores guias no ambiente para o dióxido de enxofre, partículas em suspensão, dióxido de azoto e monóxido de carbono, o valor limite para o chumbo e os valores guias para o ozono), é um bom exemplo para demonstrar o recurso do legislador português a esta abordagem⁶³⁹. Este diploma legal, ao concretizar o objectivo de adoptar medidas legislativas para salvaguarda da qualidade do recurso "ar" através da redução e do controlo das emissões de contaminantes para a atmosfera, determina como um dos objectivos fundamentais do sistema de protecção e controlo da qualidade do ar o "estabelecimento de medidas obrigatórias (...) para assegurar que os níveis dos poluentes atmosféricos não ultrapassem os valores máximos das normas de qualidade do ar" (itálicos nossos)⁶⁴⁰. Este diploma legal, como acontece com bastante frequência no domínio ambiental, contém uma extensa remissão da sua regulamentação para portaria.

4.5.2. Instrumentos de planificação ou planeamento

Depois de analisados os vínculos e imposições impostos pelas normas jurídicas para tutela do ambiente tem sentido, em nosso entender, continuar o tratamento dos instrumentos de tutela pública do ambiente analisando a matéria do *planeamento*. Como põe em evidência Maria Elizabeth Fernandez⁶⁴¹, para além de os planos serem *instrumentos constitucionalmente privilegiados de protecção ambiental*, pode falar-se de uma "equiparação entre instrumentos legislativos e administrativos (*maxime*, os planificatórios)" e na complementaridade entre eles. Isto é: de entre os instrumentos administrativos de tutela ambiental os planificatórios têm uma especial proximidade aos legislativos, razão pela qual nos vamos agora dedicar a eles.

⁶³⁹ Não sendo por isso de surpreender que a doutrina, tomando por base o regime do Decreto-Lei n.º 352/90, assinala que a protecção e controlo da qualidade do ar passa sobretudo (para além do estabelecimento e funcionamento de estruturas institucionais de avaliação e gestão em áreas especiais, do processo de licenciamento e do desenvolvimento de tecnologias menos poluidoras) pela definição de normas fixando valores-limites e limiares de alerta de concentrações de contaminantes na atmosfera: cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 485.

⁶⁴⁰ Definindo no seu art. 4.º noções que aqui nos interessam destacar: as de *valor guia da qualidade do ar* ("concentração no meio receptor de um determinado poluente atmosférico, a qual serve como ponto de referência para estabelecer regimes específicos em determinadas zonas, com vista à protecção, a longo prazo e com uma suficiente margem de segurança, da saúde humana, do bem-estar das populações e de qualidade do ambiente"), de *valor limite de emissão* ("concentração ou massa de poluentes contidos nas emissões provenientes das instalações, que não deve durante um período determinado ser ultrapassada") e de *valor limite de qualidade do ar* ("concentração máxima no meio receptor para um determinado poluente atmosférico, cujo valor não pode ser excedido durante períodos previamente determinados, e nas condições que são especificadas no presente diploma, com vista à protecção da saúde humana e preservação do ambiente"). Sendo também relevante destacar a norma do art. 9.º, de acordo com a qual os valores limites de emissão "visam a protecção do ambiente e da saúde humana, aplicam-se a todas as emissões de poluentes atmosféricos emitidos por fontes fixas de qualquer estabelecimento industrial" (n.º 1). De acordo com o n.º 4 do art. 5.º os *valores guia* têm como objectivo a protecção da saúde e do ambiente, a longo prazo, e são considerados como valores limites nas áreas classificadas.

⁶⁴¹ Cfr. *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada...*, cit., p. 24 e seg.

Quando se fala em plano alude-se em primeiro lugar aos “planos de desenvolvimento económico e social” mencionados no art. 90.º da CRP (desde a revisão constitucional de 1989 que a Constituição deixou de se referir a uma figura unitária e singular do “plano”, para passar a usar o termo no plural), sendo em relação a eles que faz sentido dizer que o *planeamento* constitui o principal instrumento da orientação pública da economia⁶⁴², em face do lugar de destaque que os planos ocupam na *constituição económica*.

Entendido neste sentido como acto jurídico que “define e hierarquiza objectivos a prosseguir no domínio económico-social durante um determinado período de tempo, estabelece as acções destinadas a prosseguir-los e pode definir mecanismos necessários à sua implementação”⁶⁴³, o *plano* é um instituto que conheceu especial desenvolvimento nos países socialistas, o que não invalida que ao longo do século xx tivesse vindo a ser usado com bastante frequência nos países ocidentais, como modo de produção da vida económica capitalista, instrumento de racionalização e coordenação das actividades dos Estados e forma de orientar os operadores económicos privados em sentidos determinados, não para substituir o mercado mas para o complementar — permanecendo por norma como meramente indicativo e não vinculativo para as empresas privadas, mas permitindo-lhes uma previsão de médio ou longo prazo sobre as intenções do Estado em relação à sua política económica⁶⁴⁴.

Antes de mais convém deixar bem vincada a importância singular da planificação como técnica ou instrumento jurídico-administrativo de prossecução das incumbências públicas de protecção e promoção do ambiente⁶⁴⁵.

A nossa Constituição é extremamente rica quanto a esta matéria, ao que não pode ser alheio o facto de ela possuir, na sua versão originária, um sentido e um conteúdo de

⁶⁴² Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, cit., vol. I, p. 1032.

⁶⁴³ Cfr. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, volume 1, Lisboa: AAFDL, 1982-83, p. 310 — recorrendo a esta definição especificamente no *plano económico-social*. CABRAL MONCADA dá uma definição de *plano económico* próxima desta: “o acto jurídico que define e hierarquiza objectivos de política económica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução” (cfr. *Direito Económico*, cit., p. 665).

Apesar de estarmos a usar como sinónimos os termos *planeamento*, *planificação* e *plano*, este último deve ser distinguindo em relação aos outros dois (que continuaremos a utilizar como sinónimos): de acordo com ALVES CORREIA (*Manual de Direito do Urbanismo*, Almedina, vol. I, 4.ª ed., 2008, p. 346) “*planificação* ou *planeamento* é uma *actividade* que tem como fim a emanação de um *plano*, ao passo que este é o *produto* da referida actividade”. ALVES CORREIA salienta (*ob. cit.*, pp. 347-349) o carácter *procedimental* daquelas actividades e o facto de traduzirem uma ideia de acção (trata-se de um processo complexo que abrange também a gestão, sendo “uma actividade tão antiga como a vida do homem em sociedade”), ao passo que o plano é um *instrumento* utilizado pela Administração Pública para programar racionalmente a sua intervenção nos mecanismos sociais.

⁶⁴⁴ Neste sentido, SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 226. De entre os exemplos dados pelos Autores a este nível, destacaremos, pela sua importância e notoriedade pública, o *New Deal* e o *Plano Marshall*: tanto um como outro representam uma planificação pública forte da economia, mas que não pretendeu pôr em causa os alicerces fundamentais do capitalismo — que, aliás, os Estados Unidos visariam exactamente preservar, nos países da Europa ocidental, de acordo com uma das leituras mais correntes das verdadeiras intenções que presidiram ao Plano Marshall.

⁶⁴⁵ MARIA ELIZABETH FERNANDEZ analisa (cfr. *Direito ao Ambiente...*, cit.) a planificação como “técnica administrativa” de prossecução ambiental e o relevo da sua *função preventiva* leva-a a concluir (p. 296) que se trata da “técnica predilecta de prossecução ambiental cuja concretização a lei comete à Administração”. Ideia também resultante da análise que faz das leis teleologicamente orientadas para a protecção da natureza, conservação da paisagem e do património histórico, artístico e cultural a qual a leva a concluir que todas elas acolhem a *elaboração de planos* entre os instrumentos administrativos mais idóneos de protecção ambiental (cfr. *ob. cit.*, pp. 88-105, especialmente p. 104 e seg.).

pendor mais programáticos e mais próximos de uma sociedade e de um modelo de Estado socialistas, em que os poderes do Estado na economia eram muito mais relevantes e em que o “Plano” se assumiu como um instrumento fundamental⁶⁴⁶ — papel que veio a ser progressivamente diluído ao longo das sucessivas revisões constitucionais⁶⁴⁷.

Nas tarefas assinaladas pela versão originária da Constituição como *incumbências do Estado* para efectivar o direito ao ambiente (n.º 2 do art. 66.º), salientavam-se, como vimos já (cfr. *supra*, 4.5.), as de *ordenar o espaço territorial* de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas e de *criar reservas e parques naturais* e *classificar e proteger paisagens e sítios*, com o objectivo de garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico — estabelecendo-se nessa versão como um dos objectivos do Plano o da *preservação do equilíbrio ecológico e defesa do ambiente* (art. 91.º, n.º 2)⁶⁴⁸.

Também o n.º 2 do art. 91.º da CRP, na versão original (mantida sem alterações em 1982 e que na versão actual constitui o art. 90.º, tendo o n.º 1 do preceito sido suprimido) incluía entre os objectivos do Plano a *preservação do equilíbrio ecológico*, a *defesa do ambiente* e a *qualidade de vida* do povo português, com o que fazia do planeamento *um dos princípios fundamentais da organização económica*, que justificava a autonomização do seu regime num título autónomo⁶⁴⁹.

Em face destas normas e princípios constitucionais é forçosa a conclusão de que os *planos* se assumem como *instrumentos privilegiados de protecção ambiental*, tanto no que à sua ligação com a tarefa pública de ordenamento do território se refere, como na medida em que eles são, à luz da Constituição, peças essenciais do desenvolvimento económico e social⁶⁵⁰.

Em termos de legislação ordinária, as linhas mestras do sistema de planeamento económico e social estão estabelecidas, entre nós, na Lei n.º 43/91, de 27 de Julho (“Lei Quadro do Planeamento”), de acordo com a qual (art. 2.º) integram a estrutura do planeamento nacional as *grandes opções dos planos* (aprovadas pela AR sob proposta do Governo), os

⁶⁴⁶ SANTOS/GONÇALVES/MARQUES mostram-nos (*Direito Económico*, cit., p. 227) como a CRP (na sua versão originária) atribuiu grande importância ao *plano* como instrumento de coordenação e direcção geral da economia e como ele tinha, originariamente, funções de *orientação*, *coordenação* e *disciplina* da actividade económica — embora a prática, mesmo nos anos subsequentes ao 25 de Abril de 1974, tenha revelado a subalternização do plano ao Orçamento de Estado.

⁶⁴⁷ Sobre a desvalorização do relevo constitucional do plano económico, na revisão constitucional de 1982, e a acentuação de tal desvalor nas revisões constitucionais posteriores, cfr. LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, cit., pp. 560-562 e p. 581 e seg.

⁶⁴⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, CRP *Anotada*, 3ª edição, de 1993, p. 348 e seg., isto é, em anotação à versão da Constituição modificada apenas pela primeira Revisão Constitucional (de 1982), que deixou inalterados os n.ºs 1, 2 e 4 do art. 66.º, só alterando o seu n.º 2 (com a consagração do direito de acção popular). Em todo o caso, cumpre salientar que as modificações introduzidas pelas sucessivas revisões constitucionais não alteraram o sentido geral da norma, quanto ao que aqui nos interessa, como se depreende também da manutenção, no essencial, da anotação que os mesmos Autores fazem ao art. 66.º, na sua redacção vigente (cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, CRP *Anotada*, 4ª edição, 2007, vol. I, p. 846 e seg., na qual se fala da sujeição do direito de propriedade a *medidas planeadoras* de protecção do ambiente).

⁶⁴⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, CRP *Anotada*, 3ª edição, p. 428.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, cfr. MARIA ELIZABETH FERNANDEZ, *Direito ao Ambiente...*, cit., p. 24 e seg., que acompanhamos inteiramente, no que a esta conclusão se refere.

planos anuais e os planos de desenvolvimento económico e social de médio prazo. As CCDR continuam ainda hoje a assumir um papel decisivo na preparação e execução dos planos.

A Lei n.º 10/76, de 31 de Dezembro (Aprova as grandes opções correspondentes ao Plano para 1977) não tem qualquer referência ao ambiente ou à ecologia, sendo apenas referido, no seu ponto 5., que o investimento do sector empresarial do Estado deve “obedecer a critérios conjugados de efeito positivo sobre a correcção da estrutura produtiva, dependência económica externa, *emprego de recursos humanos e naturais* e desequilíbrios regionais” (itálicos nossos). Já na Lei n.º 26/78, de 8 de Junho (grandes opções do Plano para 1978) encontra-se uma referência, ainda que muito genérica, à problemática ambiental: dentro da rubrica dos *objectivos imediatos* a prosseguir pelo Governo no âmbito do Plano para 1978 reconhece-se que, apesar de não se encontrarem “ainda aprovadas as grandes opções correspondentes a um plano de médio prazo que melhor oriente, coordene e discipline a organização económica e social do País com vista ao desenvolvimento mais harmonioso dos sectores e regiões, garantindo (...) a *preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português*, nos precisos termos da Constituição” (itálico nosso), o Governo afirma ir procurar concretizar uma política económica que articule a estabilização com a recuperação da economia e com a visão de que o crescimento “encontra o seu sentido último na satisfação das necessidades sociais e na melhoria do nível de vida da população”.

A Lei n.º 9/80, de 28 de Maio (“Sobre as Grandes Opções do Plano para 1980”), por sua vez, passou a conter um ponto específico (o 44.) dedicado ao *ordenamento físico e ambiente*, acolhendo uma série de opções e directrizes gerais neste domínio⁶⁵¹.

Em 1981 foi publicada a Lei n.º 4-A/81, de 4 de Maio, que não só aprovou as *Grandes Opções do Plano Anual* (n.º 2 do seu artigo único), como também as *Grandes Opções do Plano a Médio Prazo (1981-1984)* — n.º 1 do mesmo preceito. As *Grandes Opções do Plano a Médio Prazo*, fixadas na Parte II (“Os anos 1981-1984 para Portugal”) tomam em conta a questão ambiental em várias vertentes, no seu Capítulo III (“As Grandes Opções do Médio Prazo”), sobretudo no ponto 3.5 (“As orientações gerais da política económica e social — Domínios horizontais”), *integrada* noutras preocupações e políticas sectoriais⁶⁵² ou de

⁶⁵¹ Entre as quais se contam as de “manter os processos ecológicos vitais como factores de regulamentação do clima, de manutenção da produtividade agrícola e de protecção contra catástrofes e contra a erosão”, “preservar as paisagens não degradadas, criar factores de correcção de áreas degradadas ou desprotegidas”, “estabelecer normas de utilização no uso de recursos naturais”, “avaliar previamente o impacte dos grandes empreendimentos a executar, designadamente instalações, parques industriais e outros complexos”, “defender o património histórico-cultural e o património natural e desenvolver a política de criação de parques naturais, reservas e sítios classificados e de conservação da natureza”, “intensificar a participação das populações em todos os processos de conservação e melhoria da qualidade do ambiente” e, por último, “manter e desenvolver as relações internacionais bilaterais e multilaterais no domínio do ordenamento do território e do ambiente”. Na sua sequência e em harmonia com estas Grandes Opções, o Decreto-Lei n.º 340-A/80, de 30 de Agosto, aprovou o *Plano para 1980*, constando do seu Capítulo VI (“Políticas relativas aos sectores sociais”) o ponto 6., sobre *ordenamento físico e ambiente*, onde se repetem os mesmos desideratos.

⁶⁵² Por exemplo quando se considera uma das *prioridades do investimento* (3.5.1) seleccionar projectos que atinjam determinados objectivos “satisfazendo requisitos de (...) preservação do ambiente” ou quando se determina que o “Plano procurará assegurar ao longo dos anos de 1981 a 1984 uma correcção da estrutura sectorial e regional do PIDDAC (Programa de Investimentos e Despesas de Desenvolvimento da Administração Central), de modo a reforçar a posição relativa da (...) defesa do ambiente, energia, infra-estruturas, investigação científica e

forma directa. Assim, o ponto 3.5.9 é integralmente dedicado à orientação de “preservar a natureza e combater a poluição”, chamando-se a atenção para intervenções que conduziram ao “consumo irreversível dos recursos naturais e à degradação do ambiente”, com alusões ao facto de tais recursos serem um património das gerações futuras e à necessidade de integrar a conservação e o desenvolvimento, por forma a promover um desenvolvimento regional equilibrado e a melhoria da qualidade de vida⁶⁵³.

Ainda em termos de planeamento económico e social, não podemos ignorar a elaboração, pelo Governo, de relevantes instrumentos com repercussões nacionais e, em especial, no que às nossas relações com a Comunidade Europeia se refere. O momento da sua elaboração mostra a importância que os instrumentos de planificação têm mantido, projectando-se a sua vigência para o século XXI. Temos aqui em mente o Plano de Desenvolvimento Regional 1994-99, o Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social (PNDES) e o Plano de Desenvolvimento Regional 2000-2006, no qual as preocupações ambientais e a articulação da questão ambiental com a do desenvolvimento económico e social são patentes⁶⁵⁴.

Para além desta modalidade constituída pelo planeamento económico e social, vem assumindo cada vez maior importância, nas últimas décadas, um tipo específico de planeamento técnico: o *planeamento territorial*. Várias têm sido as tentativas doutrinárias de distinguir as duas formas de planeamento, nomeadamente aquela que evidencia o facto de os planos económicos e sociais serem a concretização de uma *actividade planificada-estratégico-temporal*, ao passo que os planos territoriais resultariam de uma actividade

tecnológica e modernização administrativa”.

⁶⁵³ O que não deixa de ser revelador de uma atenção precoce para a *dimensão intergeracional da tutela ambiental* e para uma primeira abordagem, ainda que incipiente, ao conceito do *desenvolvimento sustentável*.

⁶⁵⁴ O *Plano de Desenvolvimento Regional 1994-99*, define a estratégia de desenvolvimento portuguesa até ao final do século XX (para a sua consulta, cfr. SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEAMENTO E DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL, *Quadro Comunitário de Apoio*, PDR: *Plano de Desenvolvimento Regional 1994-99*, Lisboa, Fevereiro de 1994; sobre as relações entre este Plano e a política de defesa do ambiente cfr. FERNANDO CONDESSO, *Direito do Ambiente*, cit., pp. 154-161), sendo visível a consideração da problemática ambiental logo ao nível das *grandes opções estratégicas* (entre outras, “preparar Portugal para o novo contexto europeu, promovendo um *desenvolvimento sustentável*” e “preparar Portugal para uma vida de mais qualidade, *melhorando o ambiente na perspectiva de um desenvolvimento económico sustentável*, promovendo a qualidade de vida urbana (...)” — itálicos nosso).

O *Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social* (PNDES), aprovado posteriormente, tem bem presente a problemática ambiental, em particular nos seus capítulos II (“Desenvolvimento e políticas económicas”, no qual se dedica o ponto 5.4. à problemática energética e ambiental) e V (“O desenvolvimento regional, os transportes e o ambiente”). Sobre este Plano, cfr. o Parecer do CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL (*Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social* — PNDES — *Parecer*, aprovado nos Plenários de 21 de Junho e 12 de Julho de 1999, Lisboa, 1999).

Finalmente, o *Plano de Desenvolvimento Regional 2000-2006* (cfr. MINISTÉRIO DO PLANEAMENTO, *Portugal — Plano de Desenvolvimento Regional 2000-2006*, Lisboa, Dezembro 1999) constitui “a proposta portuguesa de enquadramento, orientação estratégica, sistematização operacional, programação financeira e estrutura organizativa que dará origem ao estabelecimento do Quadro Comunitário de Apoio 2000-2006, na sequência do processo negocial comunitário” (cfr. a sua Introdução). Este Plano não esquece a problemática ambiental, maxime ao aflorar o conceito de *desenvolvimento sustentável* através da articulação da prosperidade económica e da equidade social e ambiental, baseando o modelo de desenvolvimento preconizado nos princípios da *sustentabilidade ambiental* e da sustentabilidade económica e financeira (cfr. pontos 5. e 7.). O tema da *sustentabilidade ambiental* é desenvolvido no Capítulo IV do PDR (“Sustentabilidade da estratégia de desenvolvimento”), sobretudo no seu ponto 2. (“sustentabilidade ambiental”). Para uma análise crítica deste PDR, cfr. CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL, *Parecer sobre o Plano de Desenvolvimento Regional* — PDR, Série “Pareceres e Relatórios”, Lisboa, 1999.

planificadora estratégico-espacial, que tem o território como conteúdo, visando agir directamente sobre ele⁶⁵⁵. No entanto, não podemos deixar de exprimir a nossa concordância com Alves Correia quando defende⁶⁵⁶ que a distinção entre a planificação territorial e a económica passa pelo facto de elas se reportarem, em termos directos, a diferentes elementos da realidade: a primeira tem o *território* como objecto, intervindo sobre ele directamente, e incorpora elementos de planificação económica apenas na medida em que eles estejam conexos com a planificação do território. Já o plano económico consagra objectivos a serem prosseguidos no âmbito económico-social durante um período determinado de tempo e as formas e acções necessária para a sua prossecução e concretização.

A razão de tratarmos o instrumento constituído pelo planeamento logo a seguir aos limites e condicionamentos estabelecidos pela lei mostra, a propósito da *planificação territorial*, o seu sentido de forma lapidar: os planos urbanísticos são ao mesmo tempo instrumentos de criação de vínculos urbanísticos e de programação e coordenação de decisões administrativas, aparecendo, na sua localização sistemática entre as leis e os actos de aplicação, como actos simultaneamente de *criação* e de *aplicação* do direito⁶⁵⁷.

Ao meditarmos sobre a relevância dos planos enquanto instrumentos de protecção do ambiente convém destacar um aspecto básico, que tem a ver com a *dupla relevância* — ou, de forma porventura mais correcta, a *relevância ambiental* num *duplo sentido* ou *dimensão*. Assim, tanto se verifica a relevância, em termos ambientais, de planos que não são directamente estabelecidos com finalidades de tutela ambiental — e referimo-nos tanto aos planos económicos e sociais como aos planos urbanísticos e de ordenamento do território — como se descortinam, na ordem jurídica portuguesa, planos especificamente ambientais⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Cfr. FERNANDO CONDESSO, *Direito do Ambiente*, cit., p. 162. Com base nestes pressupostos, o Autor concretiza que o planeamento territorial é um planeamento físico, enquanto que o planeamento económico-social é uma actividade definidora de objectivos e de meios que visam o desenvolvimento económico e social. Esta posição vem na linha de algumas propostas alemãs para esta distinção, apresentadas criticamente por ALVES CORREIA (*Manual...*, cit., p. 349 e seg.): ao passo que a planificação económica teria a ver com o factor *tempo* e seria por isso *estratégica*, a planificação territorial referir-se-ia ao *espaço* sendo, desta forma, *estacionária*.

⁶⁵⁶ Cfr. *Manual...*, cit., p. 352 e seg.

⁶⁵⁷ De acordo com SCHMITT GLAESER (*Verwaltungsprozessrecht*, 14.^a ed., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1997, p. 108, *apud* VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 179) os planos são actuações administrativas que obedecem ao esquema “fim/meio” (“Zweck-Mittel-Schema”), constituindo actuações finalísticas ou normas finalmente programadas (“final programmierte Norm”), que permitem à Administração uma ampla liberdade de escolha dos meios utilizados para alcançar esses fins. No mesmo sentido, ALVES CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., p. 355 e seg., aditando a natureza dos planos urbanísticos enquanto instrumentos de *programação* e de *coordenação* de decisões administrativas individuais com incidência na ocupação do solo: eles são simultaneamente instrumentos *vinculativos* da actividade urbanística da Administração Pública, constituindo uma barreira à ilegalidade e ao arbítrio administrativos e um factor de previsibilidade, para os particulares, das decisões de gestão urbanística.

⁶⁵⁸ De acordo com PAULO CASTRO RANGEL (*Concertação, Programação e Direito do Ambiente...*, cit., p. 38 e seg.) a relevância da tutela dos valores ambientais projecta-se também na obrigação estadual de ordenar e promover o ordenamento do território. Todavia, o Autor põe em saliência o facto de, na sua opinião, não ser o ambiente que constitui uma das dimensões da política de ordenamento do território, mas sim o *ordenamento* que é *uma das vertentes da política do ambiente*, o que o leva a concluir que os instrumentos planificatórios de que se serve a política de ordenamento do território são ainda instrumentos de *programação ambiental*. No mesmo sentido MARIA ELIZABETH FERNANDEZ (*Direito ao Ambiente...*, cit., p. 47) defende que a consideração dos instrumentos planificatórios do ordenamento do território como meios ou formas de intervenção e prossecução do direito do ambiente traduz a “funcionalização do ordenamento do território em relação a uma teleologia ambiental” a

Quanto à primeira dimensão, e pensando especificamente nos planos do ordenamento do território e do ambiente, eles assumem-se de há muito como *fontes de direito do ambiente*, qualidade posteriormente reforçada no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente com a consagração da *avaliação ambiental estratégica*, por intermédio do Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho (estabelece o regime a que fica sujeita a avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente)⁶⁵⁹.

Em suma: o estudo da planificação como técnica de prossecução ambiental — e dos seus instrumentos como instrumentos públicos aptos a levar a cabo esta tarefa estadual — exige que se tenha presente os planos económico-sociais, os planos urbanísticos e de ordenamento do território e os *planos ambientais* em sentido estrito.

Nesta sede, é obrigatório chamar à colação o n.º 1 do art. 27.º da LBA, onde se prevê o elenco dos *instrumentos da política de ambiente* (e do ordenamento do território), não deixando de ser notável o facto de constarem das primeiras cinco alíneas outros tantos instrumentos de *planificação* ou *planeamento*: a *estratégia nacional de conservação da natureza* (al. a)⁶⁶⁰, o *plano nacional* (al. b)⁶⁶¹, o *ordenamento integrado do território* a nível regional e municipal, incluindo a classificação e criação de áreas, sítios ou paisagens protegidas sujeitos a estatutos especiais de conservação (al. c)⁶⁶², a *reserva agrícola nacional* e a *reserva*

qual “faz, inevitavelmente, com que aquele constitua uma dimensão intrínseca e inseparável do direito em causa”. VASCO PEREIRA DA SILVA, por seu lado, estuda a questão (cfr. *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 180 e seg.) numa perspectiva mais próxima daquela que nos interessa neste momento, considerando que os planos no domínio do ordenamento do território e do urbanismo, apesar de constituírem objecto específico de estudo autónomo no quadro do Direito do Ordenamento do Território e do Direito do Urbanismo, relevam também enquanto importantes fontes de Direito do Ambiente (qualificando-os como “modalidades de regulamentos administrativos em matéria ambiental”), o que justifica com a naturalidade decorrente da ligação indissociável, no nosso ordenamento jurídico, dos domínios do ambiente, do ordenamento do território e do urbanismo.

Sobre o caminho relativamente longo da penetração da componente ambiental na planificação territorial, cfr. M. BASSOLS COMA, “Ordenación del Territorio y Medio Ambiente”, *RAP*, n.º 95, 1981, pp. 41-88 (pp. 43-50).

⁶⁵⁹ Sobre a *avaliação ambiental estratégica dos planos* entre nós, à luz do regime do Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho (embora seja o RJGT, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, que contém a *disciplina procedimental* da avaliação ambiental dos planos em relação aos quais ela deve ser feita), cfr. ALVES CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 414-444. Alves Correia põe em evidência o facto de a avaliação ambiental de planos e programas vir colmatar as insuficiências da AIA de projectos, uma vez que esta tem lugar numa fase na qual, em grande parte dos casos, as opções determinantes já foram tomadas, restando poucas alternativas de desenvolvimento (cfr., em especial, p. 416). De sublinhar que, noutra local da mesma obra (cfr. nota 321, p. 623), somos informados por Alves Correia de que a revisão do RJGT operada em 2007 (por intermédio do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro) “veio acentuar o *carácter estratégico* dos PDM, os quais devem reflectir uma *visão integrada* do território municipal”, considerando-os “instrumentos privilegiados para operar a *coordenação* entre as várias políticas municipais com incidência territorial” (caso da política municipal do ambiente, acrescentamos nós) “e para operar a *coordenação externa* entre as políticas municipais e as políticas nacionais e regionais com incidência territorial” (uma das quais é, também aqui, a política ambiental).

⁶⁶⁰ A *conservação da natureza* é definida na al. f) do n.º 2 do art. 5.º da LBA como “a gestão da utilização humana da Natureza, de modo a viabilizar de forma perene a máxima rentabilidade compatível com a manutenção da capacidade de regeneração de todos os recursos vivos”, sendo objecto específico e exclusivo do art. 28.º da mesma Lei, no qual se determinava a elaboração pelo Governo, no prazo de um ano, da *estratégia nacional de conservação da natureza*, a aprovar pela AR (n.º 1).

⁶⁶¹ Cfr. o que já foi dito sobre o “plano nacional” e a sua conversão em *planos* de desenvolvimento económico e social.

⁶⁶² Para além do papel dos instrumentos do ordenamento do território como meios ou formas de intervenção e prossecução do direito do ambiente, destaca-se aqui a matéria das *áreas protegidas, lugares, sítios, conjuntos e objectos classificados*, disciplinada no art. 29.º da LBA. De acordo com PEREIRA REIS (*Lei de Bases do Ambiente*,

ecológica nacional (al. d))⁶⁶³ e os planos regionais de ordenamento do território, os planos directores municipais e outros instrumentos de intervenção urbanística (al. e))⁶⁶⁴.

De entre os planos especificamente ambientais, assumiu grande importância entre nós a aprovação do Plano Nacional de Política do Ambiente (doravante PNPA), a qual, apesar de

cit., p. 70) o conceito de *área protegida* abrange todas as parcelas do território, todas as zonas naturais que sejam submetidas a um regime especial de protecção, independentemente de haver ou não um acto formal de demarcação ou delimitação.

Nesta sede, tem assumido enorme importância, nos tempos mais recentes, a instituição do instrumento comunitário de conservação da natureza conhecido por *Rede Natura 2000*, prosseguindo objectivos parcialmente coincidentes com os da *rede nacional de áreas protegidas* (e com localização geográfica das respectivas áreas também em larga medida semelhante). A transposição das directivas comunitárias responsáveis pela Rede Natura 2000 foi levada a cabo por intermédio do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, o qual revê a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril (relativa à conservação das aves selvagens) e da Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio (relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens), tendo sido posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro. O regime da *Rede Natura 2000* concretiza-se na classificação de áreas como *zonas especiais de conservação* (ZEC) e *zonas de protecção especial* (ZPE). A efectivação da Rede Natura 2000, traduzida num *plano sectorial*, e a constituição da respectiva comissão mista de coordenação foi levada a cabo pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2001, de 6 de Junho.

O regime jurídico da *rede nacional de áreas protegidas* assentou, durante vários anos, no citado Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, com diversas alterações posteriores. Sobre o quadro evolutivo desse regime na legislação nacional e uma caracterização mais desenvolvida da disciplina estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 19/93 (entretanto revogado pelo art. 53.º do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, que contém o regime jurídico vigente da conservação e da natureza e da biodiversidade), cfr. ELIZABETH FERNANDEZ, *Direito ao Ambiente...*, cit., pp. 88-94; para a descrição do regime actualmente vigente, cfr. ALVES CORREIA, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 280-294.

⁶⁶³ A REN e a RAN são dois importantíssimos instrumentos de planificação do território com uma forte valência ambiental, especialmente no primeiro caso. A caracterização que fizemos do regime de planificação como estando a meio do caminho entre os instrumentos legislativos e administrativos, ressaltando a complementaridade entre ambos, é aqui especialmente notada: como evidenciou MARIA ELIZABETH FERNANDEZ (cfr. *Direito ao Ambiente...*, cit., pp. 118-159) as leis instituidoras dos regimes jurídicos da RAN (Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho, modificado pelos Decretos-Lei n.ºs 274/92, de 12 de Dezembro, e 278/95, de 25 de Outubro — hoje constante do Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março) e da REN (Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, ao tempo da elaboração daquele trabalho modificado pelos Decretos-Lei n.ºs 316/90, de 13 de Outubro, 213/92, de 12 de Outubro e 79/95, de 20 de Abril — hoje contida no Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, que revogou toda a legislação anterior), para além do facto já aludido de constituírem, em si mesmas, instrumentos directos e imediatos de protecção ambiental, são configuradas como “leis-plano”, uma vez que é a própria lei a classificar e definir as áreas em relação às quais prevê um regime específico de uso, ocupação e transformação. Segundo Elizabeth Fernandez estamos perante um regime legal vinculado através do qual o Governo auto-planifica ou auto-programa a sua actuação ambiental: é a própria lei que classifica os solos ou áreas e que fixa os condicionamentos, apresentando uma *intenção normativa-preceptiva* que apenas carece de ser completada por actos de execução para poder exercer a sua função de modo perfeito.

Para uma descrição sintética do regime da RAN e da REN cfr. ALVES CORREIA, *Manual*, vol. I, cit., pp. 263-267 e 267-280, respectivamente. Em termos também sintéticos, sobre algumas das novidades introduzidas pelo novo regime jurídico da RAN, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março, que revogou o regime anterior (art. 49.º) e passou a conter o regime jurídico da RAN, cfr. CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, “Breves notas a propósito do novo regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 1, Maio de 2009, pp. 9-15 (http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_1.pdf).

⁶⁶⁴ Esta última referência não pode surpreender, seja pela enorme proximidade entre a matéria do ambiente e do ordenamento do território ao longo de todo o articulado da LBA, seja pela necessária consideração, já por nós evidenciada, do direito, valor e interesse público ambiental no planeamento urbanístico e do ordenamento do território. Para além de que entre aquilo que, na linha de parte da doutrina, se pode qualificar como instrumentos planificatórios de carácter ambiental *stricto sensu* (ou planos ambientais propriamente ditos) se encontram tipos de *planos territoriais especiais*, como veremos *infra* no texto.

ocorrida já em meados da década de noventa do século xx (foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, de 21 de Abril) é no essencial um instrumento de tutela ambiental de primeira geração, na medida em que veio “sistematizar as múltiplas iniciativas previstas ou em curso no domínio do ambiente e dar maior alcance a uma visão estratégica e global do conjunto dessas iniciativas”⁶⁶⁵ — embora articulada com algumas notas do direito de segunda geração, como por exemplo a grande importância dada à noção de desenvolvimento sustentável.

Para além do PNPA cumpre-nos terminar a análise dos *instrumentos planificatórios de carácter ambiental* stricto sensu ou *planos ambientais especiais* com a sua distinção em relação aos instrumentos planificatórios do ordenamento do território e de carácter urbanístico⁶⁶⁶. A lei hoje qualifica aqueles planos, de forma expressa, como *instrumentos de gestão territorial*, na modalidade de *planos especiais de ordenamento do território*: de acordo com a al. d) do art. 8.º da LBOTU os instrumentos de natureza especial são os que “estabelecem um meio supletivo de intervenção do Governo apto à *prossecução de objectivos de interesse nacional, com repercussão espacial (...)*” (itálico nosso), estipulando no n.º 4 do art. 9.º da mesma lei que os planos especiais de ordenamento do território são instrumento de natureza especial. Nos termos do n.º 3 do art. 42.º do RJGT vigente (Decreto-Lei n.º 380/99) são subsumidos no elenco deste tipo de planos “os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, os planos de ordenamento da orla costeira e os planos de ordenamento dos estuários”.

Assim, quanto ao elenco destes planos especiais com finalidades de tutela ambiental, começamos pelos *planos de ordenamento das áreas protegidas*, originariamente previstos no Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Setembro que estabeleceu normas relativas à Rede Nacional de Áreas Protegidas e determinou (no seu art. 14.º) a obrigatoriedade de o *parque nacional*, a *reserva natural* e o *parque natural* disporem de um *plano de ordenamento*, cujo

⁶⁶⁵ Palavras do Primeiro-Ministro Cavaco Silva na Introdução ao PNPA. Sobre este Plano vide FERNANDO CONDESSO, que leva a cabo uma sua análise extremamente desenvolvida, na qual se podem colher notas pormenorizadas sobre alguns dos aspectos a seguir mencionados no texto: cfr. *Direito do Ambiente*, cit., pp. 372-439; e também, de forma extremamente resumida, mas pondo em evidência “o enorme interesse do documento, que concentra a problemática em causa nas suas inúmeras vertentes e permite o esclarecimento (...) sobre os variados problemas suscitados por uma política do ambiente da hora actual para o nosso País”, AUGUSTO FERREIRA DO AMARAL, “Plano Nacional da Política de Ambiente”, *RDAOT*, Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente, n.º 2, Março 1996, pp. 131-132. Para uma consulta da versão impressa do programa vide duas publicações do MINISTÉRIO DO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS (MARN): *Plano nacional da política de ambiente: versão preliminar para discussão pública*, Lisboa, 1994; e *Plano nacional da política de ambiente*, Lisboa, MARN, 1995.

⁶⁶⁶ Cfr. MARIA ELIZABETH FERNANDEZ, *Direito ao Ambiente...*, cit., p. 114 e segs. Todavia (como Elizabeth Fernandez não ignora, ao sustentar que os planos ambientais propriamente ditos se integram, por imposição legal, nos instrumentos planificatórios do ordenamento do território e de carácter urbanístico — *ob. cit., loc. cit.*) estes *planos ambientais especiais* têm a ver com a utilização do solo ou com a gestão territorial, razão pela qual se devem integrar ainda na categoria mais abrangente dos planos territoriais. Nesse sentido, cfr. a sistematização utilizada por ALVES CORREIA (*Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo — Legislação Básica*, Almedina, Coimbra, 9.ª ed., 2011), que integra os regimes jurídicos da RAN, da REN, da Rede Nacional de Áreas Protegidas, da Rede Natura 2000 (na medida em que os dois últimos constam hoje do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho — Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade) e o regime das áreas florestais no Capítulo relativo às “normas legais sobre utilização do solo” (pp. 29-98 e 352) e o regime dos planos de ordenamento da orla costeira no dos instrumentos de “planeamento territorial” (p. 353). Acrescente-se que hoje em dia os planos ambientais são qualificados pelo RJGT (desde a alteração produzida a este diploma pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro) como *planos sectoriais*, nos termos da al. a) do n.º 2 do seu art. 35.º.

regulamento era aprovado por Decreto Regulamentar⁶⁶⁷ — obrigatoriedade que se estende às áreas protegidas de âmbito regional e local, de acordo com o art. 28.º. Este diploma, com as suas sucessivas alterações, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, que integra as áreas protegidas da Rede Nacional respectiva no Sistema Nacional de Áreas Classificadas (art. 5.º, n.º 1, al. a)), regula a Rede Nacional de Áreas Protegidas nos arts. 10.º a 24.º, com a disciplina dos planos de ordenamento de áreas protegidas no seu art. 23.º.

Em seguida devemos mencionar os planos de *ordenamento de albufeiras de águas públicas*: na sequência do Decreto-Lei n.º 502/71, de 18 de Novembro, que continha disposições relativas à classificação, protecção e exploração das albufeiras de águas públicas, foi publicado o Decreto Regulamentar n.º 2/88, de 20 de Janeiro, o qual procedeu à *classificação das albufeiras de águas públicas de serviço público*. As albufeiras de águas públicas são classificadas em *albufeiras protegidas, condicionadas, de utilização limitada* e de *utilização livre* (cfr. art. 1.º), sendo também relevante a fixação, no art. 7.º, de *zonas de protecção das albufeiras* de águas públicas classificadas como *protegidas, de utilização limitada* e de *utilização livre*. No entanto, aquilo que nos interessa, neste momento, é a previsão no art. 9.º deste Decreto Regulamentar (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Regulamentar n.º 37/91, de 23 de Julho) de um *plano de ordenamento* para cada albufeira classificada, o qual define “os princípios e regras da utilização das águas públicas e da ocupação, uso e transformação do solo da respectiva zona de protecção”, sendo originariamente competente para a sua elaboração a Direcção-Geral dos Recursos Naturais. O regime específico destes *planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas* consta hoje do Decreto-Lei n.º 107/2009, de 15 de Maio, que estabelece o regime de protecção das albufeiras de águas públicas de serviço público e das lagoas ou lagos de águas públicas (cfr., em especial, o seu Anexo II quanto aos planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas).

Ainda na primeira metade da década de noventa do século xx foram instituídos, no nosso ordenamento jurídico, os *planos de ordenamento da orla costeira* (POOC) por um diploma especificamente destinado a regulamentar a elaboração e aprovação destes planos: o Decreto-Lei n.º 309/93, de 2 de Setembro (alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 218/94, de 20 de Agosto, 151/95, de 24 de Junho, e 113/97, de 10 de Maio). Reconhecendo a elevada sensibilidade ambiental e a grande diversidade de usos do litoral português optou-se por introduzir estes planos como “planos sectoriais que definem os condicionamentos, vocações e usos dominantes e a localização de infra-estruturas de apoio a esses usos e orientam o desenvolvimento das actividades conexas” (n.º 1 do art. 2.º). Os princípios a observar pelos POOC (n.º 1 do art. 4.º) evidenciam bem a valência ambiental destes planos: está em causa a *protecção da integridade biofísica* do espaço, a *valorização dos recursos* existentes na orla costeira e a *conservação dos valores ambientais e paisagísticos*. A competência para a promoção da sua elaboração pertence ao Instituto da Água. Também os POOC estão hoje disciplinados na Lei da Água, concretamente no seu art. 21.º, onde se define o seu objecto

⁶⁶⁷ O n.º 1 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 19/93 foi revogado pelo art. 16.º do Decreto-Lei n.º 151/95, de 24 de Julho, o qual por sua vez foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT). Assim, no direito actualmente vigente a disciplina dos planos de ordenamento de áreas protegidas — na medida em que estes são configurados pelo legislador como *planos especiais de ordenamento do território* — está contida nos artigos 42.º a 50.º do RJIGT.

(no n.º 1) e teleologia (“estabelecem opções estratégicas para a protecção e integridade biofísica da área envolvida, com a valorização dos recursos naturais e a conservação dos seus valores ambientais e paisagísticos”, em face do n.º 2).

No domínio da *protecção da floresta* destacam-se os planos de ordenamento florestal criados pelo Decreto-Lei n.º 151/95, de 24 de Junho, diploma com o qual se pretendeu harmonizar o regime jurídico dos planos especiais de ordenamento do território, fixando regras uniformes quanto ao procedimento de formação, à natureza jurídica e à hierarquia dos PEOT. De acordo com o n.º 3 do seu art. 1.º são considerados PEOT os planos previstos no seu anexo, em cujo ponto 1. se referem os *planos de ordenamento florestal*. Em todo o caso, um ano depois, a Lei de Bases da Política Florestal (Lei n.º 33/96, de 17 de Agosto, abreviadamente LBPF) veio determinar que o ordenamento e a gestão florestal se passassem a fazer por intermédio de *planos regionais de ordenamento florestal* (PROF). Em conformidade com o *princípio da criação de conhecimento* (um dos “princípios orientadores” definidos no art. 3.º, de acordo com o qual “o conhecimento gerado pela intervenção científica constitui um elemento estratégico para a tomada de decisões sobre o planeamento da actividade florestal”⁶⁶⁸) determina-se, no n.º 1 do art. 5.º, que a “organização dos espaços florestais faz-se, em cada região, através de planos de ordenamento florestal (...) de forma articulada com os planos regionais e locais de ordenamento do território”⁶⁶⁹. A mesma LBPF criou também a figura do *plano de gestão florestal* (PGF), configurando-o como o instrumento básico de ordenamento florestal das explorações, com vista à produção sustentada dos bens ou serviços originados em espaços florestais (art. 6.º/1)⁶⁷⁰. Diga-se, no entanto, que os planos florestais são *hoje* qualificados pelo legislador como *planos sectoriais*: à imagem do que acontece, em geral, com os planos ambientais, desde a alteração ao RJIGT produzida pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro que se consagrou tal sistematização na al. a) do n.º 2 do seu art. 35.º.

Os exemplos de planos ambientais poderiam suceder-se⁶⁷¹, mas pretendemos ape-

⁶⁶⁸ CARLA AMADO GOMES baptiza este princípio de *princípio da investigação (científica)*, assinalando o contributo que pode dar para a descoberta e concepção de medidas preventivas da política florestal e considerando mesmo que ele teria dignidade suficiente para estar consagrado na LBA: cfr. “Princípios Jurídico-Ambientais e Protecção da Floresta: considerações assumidamente vagas”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 9, 2006, pp. 141-167 (pp. 158-161).

⁶⁶⁹ O Decreto-Lei n.º 204/99 de 9 de Junho, veio regular o processo de elaboração, de aprovação, de execução e de alteração dos planos regionais de ordenamento florestal a aplicar nos espaços florestais, nos termos deste art. 5.º

⁶⁷⁰ Para uma breve análise histórica dos instrumentos de planeamento enquanto “medidas de ordenamento florestal com incidência territorial”, com algumas notas sobre diversos tipos de planos orientados para o ordenamento da floresta, cfr. DULCE LOPES, “Regime Jurídico Florestal: A Afirmção de um Recurso”, *RevCEDOUA*, n.º 11 (Ano VI, 1.2003), pp. 59-88 (pp. 72-74).

⁶⁷¹ Nomeadamente no *direito da água*, muitos outros exemplos poderiam ser referidos, em especial o *Plano Nacional da Água*, que estando previsto no Decreto-Lei n.º 45/94, de 22 de Fevereiro (diploma entretanto revogado pela Lei da Água) como plano de recursos hídricos que cobre todo o território nacional (al. a) do n.º 1 do art. 4.º) veio a ser aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 112/2002, de 17 de Abril, com a duração máxima de 10 anos (art. 2.º). O Decreto-Lei n.º 45/94 criou igualmente (al. b) do n.º 1 do art. 4.º) os *planos de bacia hidrográfica* (PBH) abrangendo as bacias hidrográficas do Minho, do Lima, do Cávado, do Ave, do Douro, do Leça, do Vouga, do Mondego, do Lis, das ribeiras do Oeste, do Tejo, do Sado, do Mira, do Guadiana e das ribeiras do Algarve. Com a revogação deste diploma pela Lei da Água, transitaram os PBH para o articulado desta última, agora com a designação de *planos de gestão de bacia hidrográfica*, sendo especificamente disciplinados no art. 29.º. A mesma

nas dar uma exemplificação relativamente abrangente dos mesmos para demonstrar como, também em termos de instrumentos especificamente orientados para a tutela ambiental, o planeamento ou a planificação — e a concretização ou corporização de tal actividade em planos — se revelaram um instrumento jurídico-público de grande protagonismo na tutela ambiental.

4.5.3. As autorizações administrativas – remissão

Como resulta em grande parte das considerações tecidas ao longo deste ponto, e à imagem do que se passou nos outros ordenamentos jurídicos já por nós abordados, o acto autorizativo assumiu, desde o despertar da tutela jurídica do ambiente, um papel único na regulação dos comportamentos humanos susceptíveis de produzir efeitos ambientais. A autorização administrativa adequa-se de forma singular a todo o quadro do direito público do ambiente português, uma vez que confluem neste acto uma série de elementos por nós passados em revista, com destaque para a protecção e promoção do ambiente previstas ao nível constitucional e desenvolvidas ao nível legal, com o estabelecimento de proibições e condicionamentos ao exercício de direitos e ao desenvolvimento de actividades correspondentes a esses direitos e a concretização desses condicionamentos e o levantamento dessas proibições, efectuadas ao nível do caso concreto pela Administração Pública, por forma a garantir que os componentes ambientais não sejam danificados de forma irreversível e que sejam assegurados os direitos dos cidadãos a um ambiente de vida sadio e ecologicamente equilibrado.

Desta forma, não surpreende a previsão, na LBA, do “*licenciamento prévio de todas as actividades potencial ou efectivamente poluidoras ou capazes de afectarem a paisagem*” como um dos instrumentos da política de ambiente (cfr. al. *h*) do n.º 1 do art. 27.º; itálicos nossos) — regra desenvolvida no art. 33.º da mesma Lei, no qual se reafirma o princípio⁶⁷².

Lei da Água passou também a prever, no seu art. 31.º, os *planos específicos de gestão das águas* como planos complementares dos planos de bacia hidrográfica, que levam a cabo uma gestão mais pormenorizada ao nível da sub-bacia, sector, tipo de água ou sistemas aquíferos.

Ainda no domínio do direito da água, existem hoje outros *planos especiais de ordenamento do território*: os *planos de ordenamento dos estuários*, aos quais a al. *c*) do n.º 2 do art. 19.º e o n.º 3 do art. 98.º atribuem o estatuto de PEOT. De acordo com o art. 22.º estes planos “visam a protecção das suas águas, leitos e margens e dos ecossistemas que as habitam, assim como a valorização social, económica e ambiental da orla terrestre envolvente”, sendo o seu regime remetido para legislação especial, entretanto publicada: o Decreto-Lei n.º 129/2008, de 21 de Julho, que “Aprova o regime dos planos de ordenamento dos estuários”.

Também as preocupações sentidas no domínio da *protecção da floresta* e da luta contra os incêndios florestais se continuaram a repercutir em instrumentos planificatórios, como se demonstra pela aprovação do *Plano Nacional de Defesa da Floresta contra Incêndios* (PNDFCI), por intermédio da Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2006, de 26 de Maio.

De salientar ainda a existência de *planos ambientais* mais específicos e, como tal, com um âmbito de aplicação menos abrangente: a título meramente exemplificativo, cfr. o Plano Estratégico para os Resíduos Sólidos Urbanos (PERSU), publicado em Julho de 1997 pelo Instituto dos Resíduos, ao qual se seguiu o Plano Estratégico para os Resíduos Sólidos Urbanos 2007-2016 (PERSU II), aprovado pela Portaria n.º 187/2007, de 12 de Fevereiro. Desde 2006 que está prevista a aprovação do Plano Nacional de Gestão de Resíduos (cfr. art. 14.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de Setembro) a qual, todavia, ainda não teve lugar.

⁶⁷² De acordo com PEREIRA REIS (*LBA Anotada*, cit., p. 74 e seg.) este dispositivo apontava já para a criação de um *regime específico* de licenciamento dos estabelecimentos e actividades poluidoras: “No espírito do legislador

A que acresce a previsão expressa do expediente autorizativo para protecção de componentes ambientais específicos: a título de exemplo, veja-se o que acontece com o n.º 1 do art. 11.º, com o art. 24.º (n.ºs 2 e 5) ou, ainda, com a al. f) do art. 22.º, n.º 2.

Daí que não surpreenda a extensa previsão da figura da autorização na legislação ambiental especial de primeira geração, utilizando-se de forma promíscua e como sinónimos os termos “autorização”, “licença”, “licenciamento” e até “aprovação” — no diploma que consagrou pela primeira vez entre nós o regime de avaliação de impacte ambiental.

Passando em revista as leis sectoriais da primeira geração do direito do ambiente já por nós mencionadas⁶⁷³, encontramos na grande maioria delas o recurso mais ou menos vasto a actos com conteúdo autorizativo como instrumentos de prossecução e concretização das tarefas de protecção ambiental visadas por esses diplomas:

– no Decreto-Lei n.º 90/71, de 22 de Março (“Poluição das águas do mar, praias e margens”) criou-se uma *proibição geral* de lançamento ou despejo numa série de águas, portos, docas, praias, margens, etc. de águas nocivas, substâncias residuais e de substâncias ou resíduos que pudessem poluir as águas, praias ou margens a qual, todavia, é estabelecida “salvo licença especial” (cfr. art. 1.º);

– no Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro (“Regime Jurídico dos Terrenos do Domínio Público Hídrico”) determina-se que o uso privativo de qualquer parcela dominial só pode ser atribuído mediante *licença* ou concessão (art. 18.º);

– no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 502/71, de 18 de Novembro (“classificação, protecção e exploração das albufeiras de águas públicas”) prevê-se a competência do Ministério das Obras Públicas para emitir *autorizações* para o aproveitamento recreativo das albufeiras de águas públicas (n.º 1);

– no Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março (regime de bens do domínio hídrico do Estado) estabelece-se o princípio da necessidade de *licenciamento* de (qualquer) utilização do domínio público hídrico do Estado (art. 8.º, n.º 1)⁶⁷⁴, definindo-se no n.º 2 do mesmo preceito os pressupostos gerais necessários para qualquer forma de licenciamento;

– no Decreto-Lei n.º 74/90, de 7 de Março (normas de qualidade da água) o n.º 1 do art. 41.º sujeita todas as descargas de águas residuais na água e no solo ao *licenciamento* pela Direcção-Geral dos Recursos Naturais (DGRN);

– o Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar) prevê entre as “medidas de política da qualidade do ar” (art. 2.º) o *licenciamento prévio* dos estabelecimentos poluentes (al. e));

haveria que consagrar um novo tipo de licenciamento, cujo processo administrativo seria autónomo em relação aos regimes de licenciamento de actividades já em vigor e que culminaria com a emissão de uma licença por parte dos departamentos que tutelam o ambiente”, embora saliente igualmente as dificuldades que tal suscitaria, em face da “trama complexa de autorizações e aprovações” a que a maioria das actividades poluidoras já se encontrava sujeita. O problema mereceria uma resposta do legislador português — na sequência do cumprimento de uma obrigação de transposição de uma directiva comunitária —, dizemo-lo nós, cerca de 13 anos mais tarde, com a instituição do regime da *prevenção e controlo integrados da poluição* (PCIP) e, no seu âmbito, como principal acto administrativo responsável pela concretização de tal regime, da *licença ambiental*: cfr. Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto.

⁶⁷³ Cfr. *supra*, 4.4.

⁶⁷⁴ Reafirmado no n.º 1 do art. 15.º em relação às acções de fomento hidráulico, as quais devem ser sempre precedidas de uma licença para utilização do domínio público hídrico.

– o Decreto-Lei n.º 343/75, de 3 de Julho (“Adopta medidas para disciplinar certas actuações na utilização dos solos e da paisagem”) determina que o *licenciamento das edificações urbanas* tome sempre em conta a protecção do ambiente (art. 2.º);

– no Decreto-Lei n.º 357/75, de 8 de Julho (medidas de protecção ao relevo natural, ao solo arável e ao revestimento vegetal), a proibição de todas as práticas de destruição do revestimento vegetal que não tenham fim agrícola (bem como das operações de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas de solo arável) pode ser afastada por “prévia autorização das câmaras municipais das áreas afectadas” (art. 1.º);

– o Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro (Lei dos Solos) determina a possibilidade de o Governo estabelecer medidas preventivas que podem “consistir na proibição ou na *sujeição a prévia autorização*, eventualmente condicionada” de uma série de actos ou actividades previstas (art. 8.º, n.º1; itálico nosso), dispondo ainda que em cada zona de defesa e controlo urbanos “vigorará o regime de proibições, *autorizações e outros condicionamentos* que forem estabelecidos dentro do quadro previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º” (art. 16.º; itálico nosso);

– no regime jurídico da RAN também se nota a importância dos actos autorizativos, seja no Decreto-Lei n.º 451/82, de 16 de Novembro, que o instituiu (art. 4.º), seja no Decreto-Lei n.º 196/89, de 30 de Maio, que estabeleceu o então novo regime da RAN (arts. 9.º, n.º 1 e 10.º)⁶⁷⁵;

– o mesmo se verifica no regime jurídico da REN, tanto no diploma que a criou (art. 4.º do Decreto-Lei 321/83, de 5 de Julho), como no que reviu esse regime (arts. 4.º e 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março);

– o Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro (“Regulamenta a aplicação da convenção da vida selvagem e dos habitats naturais na Europa”) proíbe uma série de actividades e acções “salvo licença” (arts. 2.º, n.º 1, 4.º, n.º 1, 5.º, n.º 1 e 8.º, n.º 1);

– no Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março (regulamento de pedreiras) prevê-se igualmente a concessão de *licença de estabelecimento* para os diferentes tipos de exploração dos recursos geológicos (art. 18.º), sendo as licenças de estabelecimento concedidas pela Direcção-Geral de Geologia e Minas ou pelos municípios (arts. 18.º a 20.º);

– o Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro (medidas de protecção das aves que vivem no estado selvagem em território nacional) permite que, verificados que sejam os pressupostos previstos nas diversas alíneas do art. 4.º, seja concedida *autorização* para abate, captura ou detenção das aves que vivem no estado selvagem;

– no Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro (Rede Nacional de Áreas Protegidas) atribui-se à comissão directiva da área protegida em questão (com destaque para o *parque nacional*, a *reserva natural*, o *parque natural* e o *monumento natural*, as quatro categorias de áreas protegidas de interesse nacional) competência para *autorizar* actos ou actividades condicionadas na área protegida (cfr. al. d) do n.º 3 do art. 18.º);

⁶⁷⁵ Impondo a necessidade de parecer favorável das comissões regionais da reserva agrícola para a outorga de quaisquer licenças, concessões, aprovações e autorizações administrativas relativas a utilizações não agrícolas de solos integrados na RAN (art. 9.º, n.º 1) e de *autorização* dessas mesmas comissões para todas as utilizações não estritamente agrícolas de solos integrados na RAN que não dependam de licença, concessão, aprovação ou *autorização*” (art. 10.º).

– o Regulamento Geral sobre o Ruído (Decreto-Lei n.º 251/87, de 3 de Junho) estabelece (em sede dos “princípios gerais” do Regulamento) a *necessidade de autorização ou licenciamento prévio* das actividades geradoras de ruído previstas no art. 2.º (cfr. art. 3.º);

– os expedientes autorizativos desempenham um papel chave no diploma sobre “normas disciplinadoras do exercício da actividade industrial” (Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março), estabelecendo-se o princípio da *obrigatoriedade de licenciamento* da instalação, alteração e laboração dos estabelecimentos industriais (art. 8.º);

– o Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de Novembro (normas sobre resíduos sólidos) acautela o destino a dar pelas empresas aos resíduos industriais, ao determinar que ele “*deve constar do processo de licenciamento*, devendo ser indicada a previsão da natureza e da quantidade dos resíduos produzidos” (n.º 2 do art. 4.º; itálico nosso);

– a instituição em Portugal do regime da *avaliação de impacte ambiental* (operada pelo Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho) apareceu articulada com os procedimentos de “aprovação”⁶⁷⁶, estipulando-se no n.º 1 do art. 2.º que “*A aprovação de projectos (...) susceptíveis de provocar incidências significativas no ambiente fica sujeita a um processo prévio de avaliação de impacte ambiental*” (itálico nosso), terminando o procedimento de AIA com um parecer que deve ser tomado em consideração pela entidade competente para a aprovação do projecto, fundamentando as razões da sua não adopção caso esta se verifique (art. 6.º);

– um último mas desenvolvido exemplo pode ser dado pelo Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro: ao disciplinar o *regime de licenciamento da utilização do domínio hídrico*, sob jurisdição do Instituto da Água, este diploma legal contém inúmeras normas a este respeito pertinentes⁶⁷⁷. Na verdade, distinguem-se no seu articulado 13 utilizações do domínio hídrico que necessitam de ser *tituladas por licença* (ou contrato de concessão): *captação de águas superficiais ou subterrâneas* (art. 19.º), *pesquisa e captação de águas subterrâneas* (art. 23.º), *captação de água para consumo humano* (arts. 24.º, n.º 4 e 25.º), *captação de água para rega* (art. 27.º) e de mais uma variedade de utilizações possíveis do domínio hídrico, incluindo a construção, alteração, reparação ou demolição de infra-estruturas hidráulicas (art. 41.º), a limpeza e desobstrução de linhas de água (art. 45.º) ou a realização de construções em terrenos do domínio hídrico (art. 55.º).

Pretendemos apenas, com este elenco exemplificativo de algumas leis ambientais sectoriais da primeira geração do direito do ambiente português, demonstrar o recurso massivo ao acto autorizativo, que confirma ser este, porventura, o principal instrumento jurídico-público de tutela do ambiente.

⁶⁷⁶ A designação aqui dada ao acto autorizativo: nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 1.º a *aprovação* é definida como “a decisão da autoridade ou das autoridades competentes que confere ao dono da obra o direito de realizar o projecto”.

⁶⁷⁷ Sobre “a introdução do princípio do *licenciamento* e da condição da obtenção de um título para um conjunto de utilizações privativas do domínio hídrico, anteriormente livres”, qualificando-o como um dos aspectos mais inovadores do regime das águas interiores estabelecido pelos três diplomas de 1994 (Decretos-Lei n.ºs 45/94, 46/94 e 47/94, todos de 22 de Fevereiro), cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 483.

4.5.4. Ordens e outras decisões autoritárias

Para além dos actos administrativos com um conteúdo autorizativo, a Administração Pública, no cumprimento da sua missão constitucional e legal de protecção do ambiente, pratica inúmeros actos administrativos com a finalidade directa ou indirecta, imediata ou mediata, de tutela do ambiente no seu conjunto ou de protecção ou promoção de um componente ambiental específico. De entre a vasta panóplia de decisões administrativas autoritárias — em princípio com o estatuto de *acto administrativo*, pois temos em mente as decisões com um conteúdo *individual e concreto* ou, pelo menos, que satisfaçam um desses dois atributos — gostaríamos de destacar aquelas com efeitos mais intrusivos na esfera jurídica dos cidadãos, pois o mandato constitucional e legal atribuído à Administração no sentido de defender o ambiente vai muitas vezes ao ponto de pôr nas mãos dos órgãos administrativos poderes fortemente limitadores dos direitos individuais.

Como pretendemos ter demonstrado ao longo de todo o capítulo, o direito ambiental de primeira geração recorreu de forma massiva aos instrumentos do direito de polícia: na sugestiva expressão de Gomes Canotilho, “o direito administrativo (...) parece ser obrigado a reabilitar o direito de polícia por amor ao ambiente”⁶⁷⁸. Ora, a actividade de polícia, com o objectivo de preservar a ordem, a segurança e a salubridade públicas, recorre a medidas que se traduzem em restrições às liberdades ou ao exercício dos direitos dos cidadãos, restrições essas que, nalguns casos, podem atingir graus de forte intensidade: nomeadamente para concretizar e assegurar o cumprimento de proibições e obrigações legalmente plasmadas⁶⁷⁹, a Administração Pública pode praticar *actos impositivos*, que se consubstanciam em *ordens*, que tanto podem impor obrigações de conteúdo positivo (comandos), como de conteúdo negativo (proibições).

As ordens são actos nos quais aparece especialmente reflectida a supremacia da Administração, uma vez que acarretam para o seu destinatário um *dever de obediência* cujo cumprimento está, muitas vezes, garantido pela cominação de uma sanção. Os exemplos no direito do ambiente são inúmeros, sendo os mais significativos dados pelas ordens de suspensão da laboração de instalações que provoquem danos ambientais graves, o encerramento de instalações, a proibição de cultivar determinadas espécies da flora, a obrigação de utilizar técnicas, métodos, equipamentos ou instrumentos na realização de actividades com incidências ambientais, a proibição da realização de actividades especificadas, a declaração da extinção de usos privativos, intimação para demolições de construções ilegais, etc.. A LBA não esquece este importante domínio do direito administrativo do ambiente, prevendo entre os instrumentos da política do ambiente (art. 27.º) a “redução ou suspensão de laboração de todas as actividades ou transferência de estabelecimentos que de qualquer modo sejam

⁶⁷⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, “Juridicização da Ecologia...”, cit., p. 77.

⁶⁷⁹ O art. 26.º da LBA erigiu uma *proibição (geral) de poluir* ao determinar no seu n.º 1 a interdição de “lançar, depositar ou, por qualquer outra forma, introduzir nas águas, no solo, no subsolo ou na atmosfera efluentes, resíduos radioactivos e outros produtos que contenham substâncias ou microorganismos que possam alterar as características ou tornar impróprios para as suas aplicações aqueles componentes ambientais e contribuam para a degradação do ambiente”. PEREIRA REIS considera-o (cfr. *LBA Anotada*, cit., p. 65) um dos preceitos mais relevantes e significativos da LBA, por consagrar o que considera ser “um princípio geral de ilicitude em matéria de poluição”, extraíndo daí as óbvias consequências em termos de responsabilidade civil.

factores de poluição” (al. i))⁶⁸⁰.

Como é evidente e resulta do que dissemos, podemos já estar aqui perto da actividade *sancionadora* da Administração, uma vez que o regime do ilícito de mera ordenação social reserva para esta a aplicação de coimas e sanções acessórias. Todavia, esta matéria será por nós abordada de forma autónoma (cfr. *infra*, 4.5.6.) — sendo em todo o caso de destacar um preceito da recente lei quadro das contra-ordenações ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto) que vem reforçar a importância e a eficácia das *ordens* das autoridades administrativas no direito ambiental, ao dispor que constitui contra-ordenação grave o incumprimento de ordens ou mandados legítimos de autoridade administrativa transmitidos por escrito aos seus destinatários, passando a contra-ordenação a ser qualificada como muito grave no caso de, uma vez verificado o incumprimento, o destinatário ser novamente notificado para cumprir a ordem ou mandado e persistir no não cumprimento (cfr. os n.ºs 1 e 2 do art. 25.º).

4.5.5. Controlo, fiscalização, inspecção e vigilância

Sempre com base na ideia de que as incumbências do Estado constitucionalmente fixadas de protecção e promoção do ambiente não exigem a sua intervenção directa mas passam, as mais das vezes, pelo exercício de poderes de regulação, autorização, incentivo, etc., também o desempenho da actividade de *controlo* e *fiscalização* por parte dos organismos administrativos competentes se encaixa no cumprimento da tarefa constitucional de protecção ambiental. A inclusão, no elenco dos instrumentos de política do ambiente fixado no n.º 1 do art. 27.º da LBA, do “sistema nacional de vigilância e controle da qualidade do ambiente” enquadra-se neste exercício do dever de fiscalização.

Não obstante, tal *sistema nacional* de controlo da qualidade ambiental nunca foi como tal instituído, o que não invalida a referida existência de órgãos integrados no ministério competente na área do ambiente com funções específicas a este nível: como vimos (cfr. *supra*, 4.3.), com a instituição do Ministério do Ambiente, sucessor do Ministério do Ambiente e dos Recursos Naturais (cfr. Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de Agosto), foi criada a IGA como serviço de inspecção do Ministério (cfr. art. 5.º) dotado das competências previstas no n.º 2 do art. 13.º (garantir o cumprimento de leis, regulamentos, instruções e outras normas de natureza ambiental, proceder ao levantamento de autos, instruir processos de contra-ordenação e processos de averiguações, de inquérito e disciplinares), mantendo-se como serviço central de inspecção e controlo do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 120/2000, de 4 de Julho) e até com um alargamento significativo das suas competências (n.º 2 do mesmo preceito). Como também vimos, este serviço foi depois baptizado de Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território, denomi-

⁶⁸⁰ Esta norma é concretizada nos arts. 35.º e 36.º da mesma Lei: no primeiro regula-se a possibilidade de os organismos competentes determinarem a “redução ou suspensão temporária ou definitiva das actividades geradoras de poluição” (consistindo a “suspensão definitiva”, naturalmente, no encerramento da respectiva instalação); no segundo abre-se a porta à imposição da transferência de local dos estabelecimentos que alterem as condições normais de salubridade e higiene do ambiente, possibilidade que será de muito difícil execução na prática. Daí a nossa concordância com PEREIRA REIS quando alude, para além da necessidade de regulamentação do preceito, ao facto de se tratar de uma medida excepcional, com carácter residual (cfr. *LBA Anotada*, cit., p. 78).

nação que ainda hoje se mantém, à luz do Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro (cfr. art. 11.º, que define no seu n.º 1 as competências da IGAOT — concretizadas no n.º 2 como competências de *apreciação*, de *auditoria*, de *controlo*, de *inspecção*, de *averiguação* e ainda de *investigação* e competências relacionadas com a instauração, instrução e decisão dos processos de contra-ordenação, de desenvolvimento da acção disciplinar e de colaboração.

Na ausência de um tal *sistema nacional de controlo da qualidade do ambiente* a técnica normativa usada, ao longo dos anos, foi a de prever na profusa legislação sectorial do ambiente mecanismos, instrumentos, meios e formas de executar as acções de fiscalização e controlo, por vezes articulados com actividades de inspecção. A maior parte dos diplomas ambientais especiais contém normas sobre o tema, em diversos casos reunidas em capítulos próprios.

Assim, tomando por base parte dos diplomas ambientais a que temos vindo a recorrer para ilustrar algumas das tendências ou características do direito do ambiente português de primeira geração, poderemos mencionar diversos exemplos.

Um dos mais elucidativos é dado pelo Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar): o seu art. 7.º determinou a criação de uma *rede de vigilância da qualidade do ar*, a qual é constituída por *postos* ou *estações de medida* localizados em zonas determinadas, criados pela Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente (DGQA), que determina a “malha” desses postos (cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 27.º) — sendo também instaladas *redes locais de vigilância da qualidade do ar* em áreas de forte desenvolvimento industrial e urbano, em áreas urbanas com problemas especiais de poluição atmosférica e ainda em redor das grandes unidades industriais (n.º 3 do mesmo preceito), cabendo à DGQA *inspeccionar* as condições de funcionamento destas redes locais.

Apesar da importância do autocontrolo das emissões sujeitas a valores limites (o qual é obrigatório, de acordo com o n.º 2 do art. 10.º), tal não inibe a DGQA de efectuar, a todo o tempo e por sua iniciativa, *controlo analítico para efeitos de inspecção* (cfr. art. 15.º/2). Ainda no âmbito do Decreto-Lei n.º 352/90 as emissões de poluentes atmosféricos por estabelecimentos industriais ficam sujeitas à *fiscalização da entidade coordenadora*, da DGQA e da CCR territorialmente competente, ao passo que a *fiscalização das emissões* de poluentes atmosféricos por *fontes móveis* compete aos organismos policiais e à CCR da área em questão, cabendo a fiscalização das emissões da queima a céu aberto também às autarquias locais (cfr. os diversos n.ºs do art. 33.º).

De forma mais tópica, analisemos alguns diplomas desta fase do nosso direito do ambiente com normas relevantes em termos de controlo, fiscalização e inspecção. Em termos meramente exemplificativos, poderemos referir os seguintes exemplos, apresentados pela sua ordem cronológica:

— o Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro (regime jurídico dos terrenos do domínio público hídrico), sujeita as parcelas privadas de leitos ou margens públicos a uma servidão de uso público, subordinando as mesmas parcelas à “*fiscalização da polícia das águas* pelas autoridades competentes” (n.º 1 do seu art. 12.º; itálico nosso), submetendo igualmente a execução de obras pelo interessado no uso privativo dos terrenos públicos objecto deste diploma (possível nos termos do seu art. 17.º) à *fiscalização das entidades competentes*, a cujos agentes era concedido livre acesso ao local dos trabalhos (n.º 2 do art.

22.º); a disposição do n.º 3 do art. 23.º sujeitava os titulares de licenças e concessões de uso privativo “à fiscalização que as entidades com jurisdição no local entendam dever realizar para vigiar a utilização dada aos bens dominiais e para velar pelo cumprimento das normas aplicáveis e das cláusulas estipuladas”;

– o Decreto-Lei n.º 451/82, de 16 de Novembro (RAN) continha uma norma de competências, ao nível da fiscalização do cumprimento das disposições do diploma (cfr. n.º 1 do art. 18.º), atribuindo-a às direcções regionais de agricultura (as quais contavam com a colaboração de diversos organismos;

– o Decreto-Lei n.º 224/87, de 3 de Junho (prevenção dos riscos de acidentes graves que possam ser causados por certas actividades industriais) já se insere naquilo que viria a ser uma tendência muitas vezes seguida nos diplomas sectoriais de tutela do ambiente, com a inclusão de um Capítulo (neste caso, o V) sobre “Fiscalização e sanções”, encarregando da fiscalização dos estabelecimentos industriais abrangidos pelo diploma os “organismos que superintendem na respectiva área, nos termos do RILEI”⁶⁸¹ (n.º 1 do art. 18.º), concedendo à ATRIG⁶⁸² competência para solicitar às entidades fiscalizadoras que procedam às inspecções consideradas necessárias para o cumprimento do diploma;

– o Regulamento Geral sobre o Ruído (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho) dedicava todo o seu Capítulo VIII ao tema da fiscalização, atribuindo a respectiva competência às autoridades policiais e às entidades com superintendência técnica em cada sector (art. 33.º), abrindo a possibilidade de estas autoridades recorrerem ao *apoio técnico* de quaisquer organismos públicos ou particulares “de reconhecida competência técnica” (art. 34.º);

– também o Decreto-Lei n.º 280-A/87, de 17 de Julho (notificação de substâncias químicas e classificação, embalagem e rotulagem de substâncias perigosas) subordinava o seu Capítulo V ao título “Fiscalização e sanções”, atribuindo à (então) Direcção-Geral da Inspeção Económica a competência para a investigação e instrução dos processos de contra-ordenação respectivos (n.º 2 do art. 21.º);

– o Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro, ao regulamentar a aplicação da convenção da vida selvagem e dos habitats naturais na Europa, contém diversas normas sobre fiscalização, com prioridade para a competência geral do SNPRCN (Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza) para fiscalizar o cumprimento da Convenção e deste diploma (al. e) do art. 11.º)⁶⁸³;

– o Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março (regime de bens do domínio público hídrico

⁶⁸¹ O RILEI era o Regulamento de Instalações e Laboração dos Estabelecimentos Industriais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46.923 e pelo Decreto n.º 46.924, ambos de 28 de Março de 1966, e pela Portaria n.º 24.233, de 4 de Agosto de 1969.

⁶⁸² Autoridade Técnica de Riscos Industriais Graves, organismo criado por este mesmo diploma, na dependência do membro do Governo responsável pela área do ambiente (cfr. art. 4.º).

⁶⁸³ No entanto, especificava-se no art. 16.º, n.º 1, que tais funções de fiscalização competem especialmente aos funcionários e agentes do SNPRCN, da Direcção-Geral das Florestas, da Guarda Nacional Republicana e demais autoridades policiais. O art. 8.º deste diploma legal concretiza as funções de fiscalização dos mesmos funcionários, agentes e organismos em relação à fiscalização das actividades realizadas ao abrigo das licenças *excepcionalmente* atribuídas pelo SNPRCN para os actos ou actividades proibidos pelos artigos 2.º, 4.º e 5.º e para a utilização dos meios proibidos no art. 7.º.

do Estado), depois de especificar que as funções de autoridade do domínio público hídrico (nomeadamente de licenciamento e de *fiscalização*) são desenvolvidas ao nível da bacia ou região hidrográfica (al. *b*) do art. 4.º), atribui a competência para a fiscalização do cumprimento das normas dele constantes ao (então) INAG (Instituto Nacional da Água), através da região hidrográfica territorialmente competente (art. 29.º);

– o regulamento das pedreiras, contido no Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março, compreende igualmente um capítulo relativo à *fiscalização das pedreiras* (Capítulo VII), no qual a competência para a *fiscalização administrativa* (art. 46.º) é atribuída à Direcção-Geral de Geologia e Minas e às autoridades municipais e policiais⁶⁸⁴, ao passo que a *fiscalização técnica* quanto à preservação do ambiente e recuperação paisagística cabe à comissão de coordenação regional competente ou ao SNPRCN (art. 47.º)⁶⁸⁵;

– como facilmente se compreende, o Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março (exercício da actividade industrial) comportava inúmeros dispositivos normativos sobre fiscalização, com destaque para os contidos no Capítulo III (“Fiscalização e medidas cautelares”): o art. 12.º, sob a epígrafe “Fiscalização”, atribuía a respectiva competência especialmente à entidade coordenadora e aos serviços regionais do respectivo ministério, sem prejuízo das competências de outras autoridades intervenientes no processo de licenciamento (n.º 1)⁶⁸⁶, previa a obrigação de o industrial facilitar a entrada nas suas instalações e fornecer informações e apoios às entidades fiscalizadoras (n.º 3) e determinava o levantamento de um auto da ocorrência pelas entidades fiscalizadoras quando detectassem incumprimentos às medidas por elas prescritas, outo que instruirá o respectivo processo de contra-ordenação (n.º 4);

– de acordo com o Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro (Rede Nacional de Áreas Protegidas) incumbia ao presidente da comissão directiva da área protegida a *fiscalização da conformidade do exercício de actividades na área protegida* com as normas aplicáveis (al. *d*) do art. 18.º, n.º 2) apesar de, um pouco contraditoriamente, atribuir nos n.ºs 1 e 2 do art. 21.º o exercício das funções de fiscalização ao SNPRCN, às autarquias locais, à Guarda Fiscal, à Guarda Nacional Republicana e às demais autoridades policiais;

– o Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho (regime da avaliação de impacte ambiental) remetia a matéria da “instituição de mecanismos de acompanhamento e fiscalização” (entre muitas outras) para o decreto regulamentar de execução (art. 7.º, n.º 2). No Decreto-Regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro (“Regulamenta o regime das avaliações de impacte ambiental”), previa-se em geral o desempenho das funções de fiscalização pelos serviços competentes do (então) Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (art. 7.º) e, mais especificamente, determinava-se para os casos em que o parecer de impacte ambiental não

⁶⁸⁴ Com o extenso rol de competências fiscalizadoras previsto nos diversos n.ºs do art. 48.º.

⁶⁸⁵ Entre os poderes dos órgãos responsáveis pela fiscalização técnica contam-se os de intimar o explorador a suspender imediatamente os trabalhos, a título provisório, em caso de ameaça de perigo iminente (n.º 4 da mesma norma) e de visitar o local onde ocorram acidentes, procedendo à realização do respectivo inquérito (procurando determinar as circunstâncias e as causas do acidente) e concluindo com a elaboração do competente relatório (art. 52.º, n.º 3).

⁶⁸⁶ As *entidades fiscalizadoras* são definidas pela al. *h*) do art. 2.º como as “entidades a quem compete a fiscalização do cumprimento das regras disciplinadoras do exercício da actividade industrial, em especial as entidades intervenientes no processo de licenciamento da instalação e alteração de um estabelecimento industrial”.

fosse adoptado a inclusão, no licenciamento, de obrigações de controlo sobre os impactes ambientais do projecto e de mecanismos de acompanhamento, realização de auditorias, controlos e monitorizações para avaliar os efeitos sobre o ambiente da realização do projecto — cabendo o “acompanhamento e controlo” igualmente aos serviços competentes do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 6.º).

Por último, compete fazer uma referência a um diploma muito mais tardio mas que veio concretizar, no essencial, directrizes e tendências típicas do direito ambiental de primeira geração: referimo-nos à já citada lei quadro das contra-ordenações ambientais, que também contém disposições importantes em sede de fiscalização, em especial nos arts. 18.º e 19.º. O primeiro garante às autoridades administrativas, no exercício de funções inspectivas, de fiscalização ou vigilância, no seu n.º 1, o *direito de acesso* (“entrada livre”, nas palavras da lei) aos estabelecimentos e locais onde se exerçam as actividades a inspecionar, prevenindo em conformidade a obrigação dos responsáveis por tais espaços de facultarem a *entrada* e a *permanência* das autoridades e ainda de lhes *apresentarem documentos, livros, registos* e quaisquer outros elementos que lhes sejam exigidos (n.º 2), podendo ser solicitada a colaboração das forças policiais para garantir estas acções de fiscalização (n.º 3). O segundo preceito mencionado prevê que as autoridades administrativas determinem, no exercício dos seus poderes de vigilância, fiscalização ou inspecção, o “embargo de quaisquer construções em áreas de ocupação proibida ou condicionada” (n.º 1), podendo para este efeito consultar integralmente e sem reservas, junto das câmaras municipais, os projectos respeitantes às construções em causa (n.º 2).

4.5.6. Sancionamento das actividades ambientais ilícitas

Desde os primórdios da ordenação jurídica do ambiente em Portugal, na sua forma hodierna, que a matéria das sanções aplicáveis em virtude de infracções às normas ambientais está dividida entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: para afastar quaisquer dúvidas que pudesse haver a este respeito, basta citar a lei de enquadramento do ordenamento jurídico-ambiental português, que reflecte inúmeras das marcas do direito ambiental de primeira geração (a LBA), a qual estabeleceu, no seu art. 47.º, a *contra-ordenação* como a sanção-regra no direito do ambiente, não deixando todavia de prever no art. 46.º a figura dos *crimes contra o ambiente*, remetendo a matéria para o Código Penal e para legislação complementar⁶⁸⁷ — sendo certo que só passados quase 8 anos viriam a ser introduzidos no Código Penal os tipos legais de crimes de “Danos contra a natureza” (art. 278.º), de “Poluição” (art. 279.º) e de “Poluição com perigo comum” (art. 280.º), por intermédio do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ A inclusão destas duas normas no Capítulo VIII (“Penalizações”) da LBA tem por detrás de si a previsão das “sanções pelo incumprimento do disposto na legislação sobre o ambiente e ordenamento do território” como instrumento de política do ambiente e do ordenamento do território na al. p) do seu art. 27.º, n.º 1.

⁶⁸⁸ Estes preceitos foram entretanto modificados, com alguma amplitude, por intermédio das Leis n.ºs 59/2007, de 4 de Setembro e 56/2011, de 15 de Novembro, sobre as quais diremos algumas palavras no fim deste ponto. Todavia, vamos referir-nos à redacção originária dos preceitos em questão, uma vez que foi com ela que se consagrou pela primeira vez tal tipo legal de crime, num momento histórico que tem sido o privilegiado ao longo do presente capítulo, isto é, na primeira geração do direito do ambiente.

Antecipando a nossa ideia sobre este “condomínio” do direito (ilícito) penal e do direito (ilícito) administrativo ou de mera ordenação social no terreno do sancionamento das infracções ambientais, diremos que ao falar-se em condomínio se toma de imediato consciência de que nenhum tem o exclusivo na fixação de sanções para reagir à violação ilícita das regras do direito do ambiente, antes se fazendo notar uma articulação entre eles, embora o ilícito de mera ordenação social acabe por ganhar vantagem, seja na medida em que — na sequência da citada fixação pela LBA da contra-ordenação como a infracção regra em sede ambiental — *a maioria* das leis especiais do ambiente lhe dão esse predomínio, seja porque, na definição dos tipos legais de crime — em especial do crime de *poluição* do art. 279.º do Código Penal — se recorre à técnica da *accessoriedade administrativa*⁶⁸⁹. Vejamos com mais pormenor as diversas questões aqui afloradas.

As razões que presidiram, entre nós, à instituição do *ilícito de mera ordenação social* — “importação” da categoria das *Ordnungswidrigkeiten* alemã — assentam que nem uma luva nos propósitos que subjazem ao sancionamento das condutas ambientalmente ilícitas⁶⁹⁰. Na verdade, a concepção do legislador da LBA de acordo com a qual deveria

⁶⁸⁹ A idêntica conclusão chega VASCO PEREIRA DA SILVA (cfr. *Verde Cor de Direito...*, cit., pp. 275-285): depois de passar em revista as vantagens e inconvenientes de uma tutela sancionatória pela via penal e os benefícios e dificuldades da resposta sancionatória aos ilícitos ambientais realizada através da via administrativa, Pereira da Silva exclui as perspectivas meramente exclusivistas de tutela sancionatória do ambiente, defendendo a combinação, de forma equilibrada, entre os dois tipos de sanções. O que, em todo o caso, não impede o Autor de concluir que o modelo preferencial de tutela sancionatória do ambiente assenta na via administrativa, reservando o Direito Penal do Ambiente para os casos mais graves de comportamentos anti-jurídicos, tudo confluindo para uma reacção sancionatória plena, adequada e efectiva contra comportamentos delituosos lesivos do ambiente levada a cabo no ordenamento jurídico português.

⁶⁹⁰ Sobre esta matéria cfr., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, 1983, pp. 317-336 (pp. 317-320). O Autor enquadra este (então) novo tipo de ilícito no contexto do movimento da descriminalização, movimento que surgiu como resposta ao estado de coisas resultante da afirmação do Estado de direito social — e, no seu seio, de uma Administração conformadora —, no âmbito do qual as *penas* foram sendo utilizadas para ameaçar a violação de zonas cada vez mais alargadas da ordem jurídica, fazendo-as intervir inclusive como forma de dotar os imperativos estaduais de carácter administrativo de uma particular força de vigência (o que originou uma *hiper criminalização*). Após a II Guerra Mundial, no entanto, começou a reagir-se a tal orientação, em especial na República Federal da Alemanha, sob a influência de Eberhard Schmidt, reacção que veio a culminar na publicação da *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, figura jurídica com a qual se pretendeu responder às exigências de retirar do direito penal um larguíssimo número de infracções de nula ou duvidosa relevância ética, guardando o conteúdo ético das sanções penais para comportamentos moralmente relevantes, distinguindo estes das infracções que não deveriam ser sancionadas com penas criminais, mas com meras advertências sociais, coimas ou sanções ordenativas (*Geldbüsse*, na terminologia alemã), permitindo inclusive que estas sanções fossem aplicadas pelas autoridades administrativas. Ainda segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (*ob. cit.*, pp. 320-324), ao pressupor a desqualificação de uma conduta como crime e a sua qualificação como contra-ordenação, punível com coima (eventualmente cumulada com uma sanção acessória) e não com uma pena, a criação do ilícito de mera ordenação social serve os objectivos do movimento da descriminalização, que passam também pelo reforço da função do direito penal como direito de protecção de *bens jurídicos* (tendo como referência a ordem axiológica jurídico-constitucional) e da ideia de que a intervenção do direito penal constitui a *ultima ratio* da política social, que não deve abranger condutas neutras do ponto de vista ético-social.

Apesar de se mencionar sempre o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, como o diploma responsável pela “criação” do direito das contra-ordenações, ao instituir o ilícito de mera ordenação social, tal não é totalmente verdade: foi o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho (“Institui o ilícito de mera ordenação social”), o responsável pelo nascimento deste direito/ilícito entre nós. O que sucede é que este diploma foi muito rapidamente objecto de um outro texto legal (o Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro) o qual, em face dos “problemas vários de aplicação prática” e das “dúvidas sobre a sua constitucionalidade” (cfr. o seu preâmbulo) determinou a revogação

ser este o ilícito regra em sede ambiental insere-se perfeitamente no entendimento de um ilícito destinado a tutelar interesses públicos essencialmente a cargo da Administração e cuja violação, se bem que muito relevante, não teria na maioria dos casos conotação ética, guardando as reacções penais apenas para os casos mais graves, em que estivesse em causa a violação do bem jurídico ambiental. E se bem que a consciencialização posterior da gravidade dos atentados ambientais e da exacta dimensão das suas possíveis consequências tenha justificado um movimento contrário de “neo-criminalização” — com o aditamento ao Código Penal dos crimes de *poluição* e de *danos contra a natureza* — a verdade é que esse modelo originário se justifica ainda no essencial.

Há uma categoria que foi em parte uma antecessora do ilícito de mera ordenação social: a das *contravenções* a qual, de acordo com o legislador e a doutrina, deveria ter sido extinta com a instituição do ilícito de mera ordenação social⁶⁹¹ mas que, não obstante, perdurou ainda durante vários anos.

Assim, ilustrando a utilização destas espécies sancionatórias no âmbito do direito especial do ambiente, poderemos começar por um exemplo do ano de 1971, que nos é dado pelo Decreto-Lei n.º 90/71, de 22 de Março (protecção contra a poluição das águas, praias e margens), o qual cominava as infracções ao disposto nos seus arts. 1.º e 2.º com “multa até 1000000\$00, aplicável ao respectivo armador ou proprietário” (n.º 1 do art. 3.º), qualificando todavia tal sanção como pena, a graduar em função da gravidade da infracção cometida, do grau de culpabilidade do agente e da gravidade das consequências que da infracção adviessem para as águas, praias e margens e para a flora e fauna marítimas (n.º 2 do mesmo preceito). No entanto, ao atribuir no art. 4.º a competência para aplicação da multa à autoridade marítima ou à autoridade sanitária conclui-se estarmos perante uma *contravenção* a qual, apesar de punida com uma *pena* (de multa), podia ser sancionada

dos n.ºs 3 e 4 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 (que determinavam a equiparação às contra-ordenações de todas as contravenções e transgressões previstas pela lei então vigente), destituindo-o, na prática, de qualquer eficácia jurídica.

⁶⁹¹ Em termos legislativos, cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro (o qual alterou o citado Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), no qual se alude à “transformação em contra-ordenações de muitas infracções anteriormente qualificadas como contravenções” (ou como crimes); em termos doutrinários, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento da descriminalização...”, cit., p. 325 e seg., que considera “contraditória e sem sentido” a persistência, a seguir à instituição do regime das contra-ordenações, de uma categoria penal de contravenções, a par deste novo ilícito, porque das duas uma: ou o comportamento possui dignidade penal e deve ser configurado como *crime* ou não possui dignidade penal e deve ser descriminalizado, passando eventualmente a constituir uma contra-ordenação punível com coima. Em todo o caso, o Autor considera que a manutenção em vigor das normas relativas às contravenções, operada pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprovou (então) novo Código Penal, era *temporariamente* tolerável e até compreensível, em face dos eventuais efeitos práticos nocivos que poderiam resultar de uma transformação global e automática das contravenções em contra-ordenações — desde que, entre outras condições, o legislador futuro não criasse nem mais uma contravenção, o que não se viria a verificar.

Sobre a categoria das contravenções no direito penal anterior a 1982 (ano da aprovação do Código Penal e do regime das contra-ordenações) cfr., por todos, EDUARDO CORREIA (com a colaboração de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, Volume I, reimpressão, Almedina, 2004, chamando a atenção para o facto de elas não configurarem um ilícito criminal de justiça *de grau menor*, mas antes um *ilícito criminal administrativo* materialmente idêntico ao ilícito constituído pela violação da ordem policial ou da ordenação externa da vida comunitária (p. 23); mais desenvolvidamente sobre a distinção entre *crimes e contravenções* (e entre *ilícito criminal de justiça e ilícito criminal administrativo*) cfr. pp. 213-229.

pelas autoridades administrativas⁶⁹².

No mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 502/71, de 18 de Novembro (classificação, protecção e exploração das albufeiras de águas públicas) não levanta sequer este tipo de dúvidas, ao qualificar expressamente como *contravenções* as violações ao disposto no seu articulado, punidas com multas de 100\$00 a 100000\$00 (elevadas ao dobro em caso de reincidência), cuja aplicação cabia à Direcção-Geral dos Serviços Hidráulicos (cfr. art. 7.º). Já em relação ao Decreto-Lei n.º 343/75, de 3 de Julho (utilização dos solos e da paisagem) é necessário levar a cabo uma interpretação análoga à feita quanto ao Decreto-Lei n.º 90/71: o seu artigo 6.º determina a punição com *multa* de 10000\$00 a 100000\$00 dos factos ilícitos previstos nas suas alíneas, embora no corpo do preceito se preveja igualmente o pagamento na tesouraria da câmara municipal, não havendo qualquer norma no diploma sobre competências ou poderes jurisdicionais, também por aqui se concluindo estarmos na presença de uma *contravenção*.

A confirmar a “crítica por antecipação” de Jorge de Figueiredo Dias a que aludimos⁶⁹³, logo no ano de 1982 — no mês seguinte ao da publicação do regime do ilícito de mera ordenação social — o Decreto-Lei n.º 451/82, de 16 de Novembro, ao instituir a RAN, continuou a prever contravenções, se bem que com a contradição de aludir expressamente à punição dos infractores que utilizassem de qualquer forma os solos da reserva agrícola em violação das disposições do diploma “com *coima* de 500\$00 a 50000\$00, por metro quadrado de área afectada” (art. 17.º, n.º 1). No mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 476/82, de 21 de Dezembro (normas sobre hidrocarbonetos clorofluorados), limita-se a determinar a punição com coima de 10 a 100 contos (elevada a 200 contos em caso de reincidência), a processar pelo Ministério da Qualidade de Vida (art. 6.º).

No ano de publicação da LBA iniciou-se a prática, que passou a ser seguida por diversos diplomas ambientais, de incluir capítulos exclusivamente dedicados às *sanções* ou, na maior parte dos casos, subordinados à epígrafe “*fiscalização e sanções*”. Foi isso que se passou com o Decreto-Lei n.º 224/87, de 3 de Junho (prevenção dos riscos de acidentes graves causados por certas actividades industriais), cujo capítulo V tinha essa epígrafe. No seu art. 19.º determina-se que a violação às prescrições do diploma constitui contra-ordenação sancionada com coima, prevendo-se no art. 20.º a possibilidade de serem ainda aplicadas diversas sanções acessórias (suspensão de subsídios ou benefícios, cessação de licenças ou autorizações ou interdição de exercício de uma profissão ou actividade).

Já no Regulamento Geral sobre o Ruído (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho) o capítulo que nos interessa, o IX, intitula-se “Sanções e processo”, prevendo igualmente que constituem contra-ordenações puníveis com coimas as infracções ao preceituado no seu articulado, com muitas disposições que regulam depois a matéria com maior pormenor (estipulando a aplicação subsidiária do regime geral das contra-ordenações).

⁶⁹² A natureza não criminal do ilícito em causa é reforçada pelo facto de se garantir a audiência do presumível infractor não pela autoridade judiciária mas pela entidade (administrativa) que determinasse o montante da multa (cfr. n.º 3 do art. 5.º) e pela circunstância de o juiz só intervir em sede de recurso (art. 6.º, n.º 2) — havendo inclusive decisões que não eram passíveis de recurso (aquelas que apliquem multas de valor não superior a 100.000\$00, de acordo com o n.º 1 do art. 6.º).

⁶⁹³ Cfr. *supra*, nota 691.

E os exemplos sucedem-se, sensivelmente dentro da mesma tendência⁶⁹⁴:

– o Capítulo V do Decreto-Lei n.º 280-A/87, de 17 de Julho (notificação de substâncias químicas e classificação, embalagem e rotulagem de substâncias perigosas) tem o título de “Fiscalização e sanções”, prevendo contra-ordenações puníveis com coimas (art. 20.º) e sanções acessórias (art. 22.º);

– o Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro, ao regulamentar a aplicação da convenção da vida selvagem e dos habitats naturais na Europa, determina igualmente que as infracções ao seu dispositivo são contra-ordenações puníveis com coimas, remetendo de forma expressa para o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (cfr. art. 14.º), prevendo a possibilidade de aplicação, cumulativamente com as coimas, das sanções acessórias de interdição do exercício da profissão ou da actividade ou de apreensão das espécies que estejam na origem da infracção, bem como do equipamento utilizado na sua captura (art. 15.º);

– o Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março (domínio público hídrico do Estado), ao regulamentar a “fiscalização e punição das infracções”, pune com coimas diversas contra-ordenações (num total de 18) definidas no seu art. 23.º, possibilitando também a aplicação de diversas sanções acessórias (arts. 24.º e 25.º);

– o Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março (regulamento de pedreiras) dedica o seu capítulo VIII ao tema “Das sanções”, tipificando como contra-ordenações puníveis com coimas o exercício da exploração de pedreiras sem a necessária licença de estabelecimento e a inobservância de outras disposições, bem como a apreensão de objectos utilizados nos trabalhos no caso de a suspensão dos mesmos não ser acatada pelo destinatário (art. 53.º, n.º 1);

– o Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho (sujeição a AIA de planos e projectos com incidências significativas no ambiente) determina igualmente no n.º 1 do seu art. 10.º que a execução de projectos sujeitos a esta avaliação sem a necessária aprovação ou em violação do conteúdo da decisão constitui contra-ordenação punível com coima, podendo ainda ser aplicável uma das sanções acessórias prevista nas diversas alíneas do n.º 4;

– o Capítulo VIII do Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar) disciplina a matéria da “Fiscalização e sanções”, prevendo no art. 34.º (sob a epígrafe “Ilícito de mera ordenação social”) a cominação com uma contra-ordenação, punível com coima dentro dos limites mínimo e máximo fixado na lei geral, da violação a alguns dos seus dispositivos, entre os quais os que fixam os valores limites de emissão, estipulando igualmente a possibilidade de determinar diversas sanções acessórias (no n.º 3):

– o Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março (exercício da actividade industrial), por seu lado, dedica o Capítulo IV às “Contra-ordenações”, prevendo a sua punição com coimas (art. 16.º) e sanções acessórias (art. 17.º), regulando ainda as entidades competentes para a sua aplicação e a distribuição da receita das coimas (art. 18.º);

– a Secção IV do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro (Rede Nacional de Áreas Protegidas), por último, ao disciplinar a “Fiscalização e contra-ordenações” continha diversas normas sobre a matéria em apreço: o art. 22.º procede a uma extensa

⁶⁹⁴ Como já resulta do cotejo de leis feitas e se vai notar nas que vamos citar a seguir, utilizamos aqui o mesmo bloco de legislação sectorial a que temos recorrido para ilustrar diversas tendências do direito ambiental português de primeira geração.

tipificação dos actos e actividades cuja prática constitui contra-ordenação, determinando a sua punição com coimas (n.º 2) e sanções acessórias (art. 23.º)⁶⁹⁵.

Dos exemplos apresentados ressalta claramente o protagonismo do ilícito administrativo no sancionamento das condutas ambientalmente ilícitas, o que se explica tanto por razões teóricas como práticas. Em relação às primeiras está já dito o essencial: está em causa a tutela de interesses públicos cuja prossecução compete, antes de mais, às entidades administrativas — embora nunca se possa esquecer a circunstância, evidenciada entre nós de forma convincente e exaustiva por Carla Amado Gomes⁶⁹⁶, de a consagração constitucional de um *dever fundamental de protecção do ambiente* conduzir à assunção de deveres fundamentais por todos os cidadãos, em especial daqueles em condições particulares de atentarem com a sua actividade contra as bases naturais do ambiente — não correspondendo a sua violação, em grande parte dos casos, a acções que ponham em causa a subsistência do bem ambiental e que correspondam, por isso, à violação de um *bem jurídico* nem a uma conduta com uma forte valoração negativa do ponto de vista ético-social.

Em termos práticos, salienta-se o facto de os órgãos administrativos estarem num contacto muito mais próximo com as actividades e instalações susceptíveis de lesar o ambiente, o que justifica o recurso a um ilícito de aplicação mais célere e, porventura, mais eficaz e simplificado do qual deverá resultar uma maior eficiência no sancionamento das condutas — combatendo assim as dificuldades ligadas ao habitual “défice de execução” das normas penais.

Outra razão prática prende-se com a circunstância de, no ilícito ambiental, as mais das vezes serem organizações, em especial empresas, as responsáveis: e apesar dos passos que têm vindo a ser dados no tocante à *responsabilização penal das pessoas colectivas* — a qual veio a ser consagrada de forma expressa, bastante mais tarde, com a revisão do Código Penal operada em 2007, por intermédio da Lei n.º 59/2007, de 31 de Agosto, a qual deu nova redacção ao art. 11.º (“Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas”), passando a prever no seu n.º 2 uma série de crimes pelos quais as “pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado” e outras pessoas colectivas públicas e organizações internacionais passam a ser responsáveis (entre os quais os crimes de *danos contra a natureza* e de *poluição*) quando os crimes sejam cometidos “em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança” (al. a)) ou por quem aja sob a autoridade de tais pessoas “em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” (al. b))⁶⁹⁷ — a verdade é que não apenas tal

⁶⁹⁵ NUNO SALAZAR CASANOVA/CLÁUDIO MONTEIRO apresentam-nos uma listagem de diplomas ambientais em vigor em que são expressamente previstas contra-ordenações (considerando a respectiva quantidade “verdadeiramente assustadora”): cfr. “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 16, 2007, pp. 56-73 (p. 57 e seg.).

⁶⁹⁶ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 151 e segs. (em síntese, cfr. pp. 217-219).

⁶⁹⁷ Desta forma, é compreensível a opinião dos serviços do Ministério da Justiça (MJ) a propósito da Reforma operada por esta Lei de 2007, ao considerarem que “um dos aspectos mais importantes da revisão é a previsão da responsabilidade penal de empresas, sociedades civis e comerciais, associações, entre outras, face a um vasto conjunto de crimes previsto neste código”; ainda, segundo o MJ, trata-se de “uma inovação que vem ao encontro da realidade contemporânea, em que ganha importância a ‘criminalidade de empresa’, sobretudo em fenómenos como (...) os crimes contra o ambiente (...)” — cfr. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, “Código Penal reforça combate a fenómenos criminais” (<http://www.portugal.gov.pt/Portal>). Assinale-se ainda que a previsão da responsabilidade

consagração é recente, como continuam a subsistir em relação a ela grandes dificuldades. Para todos os efeitos, durante todo o período que temos especialmente em mente neste capítulo não havia, pelo menos em princípio, possibilidade de responsabilização criminal das pessoas colectivas o que poderia determinar, se o regime do ilícito ambiental fosse exclusivamente penal, a impossibilidade de sancionar atentados cujos autores (em especial empresas operadoras de instalações industriais) se escudariam no manto da irresponsabilidade penal das pessoas colectivas. Esses atentados que constituem, sem dúvida, a maior parte das infracções ao direito do ambiente.

O sancionamento baseado em coimas e sanções acessórias, isto é, estruturado em termos de *ilícito administrativo* na sua modalidade de ilícito de mera ordenação social, permite também ultrapassar esta dificuldade: uma das ideias-chave do regime deste ilícito foi a da *punibilidade das pessoas colectivas*, prevista no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 433/82, o qual, para além de prever a aplicabilidade das coimas tanto às pessoas singulares como às colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica (n.º 1), determina mesmo que as pessoas colectivas são responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções (n.º 2)⁶⁹⁸.

A circunstância de a legislação especial do ambiente — na linha daquilo que o legislador estabeleceu genericamente no n.º 4 do art. 47.º da LBA⁶⁹⁹ — prever em muitos casos, em termos expressos, a *punibilidade da negligência* e também da *tentativa* das contra-ordenações⁷⁰⁰ é uma nota mais a revelar a justeza e as vantagens de sancionar com coimas e sanções acessórias as infracções ao normativo ambiental e a correspondente realização de acções danosas para o ambiente⁷⁰¹.

penal das pessoas colectivas implicou o aditamento de um novo capítulo (o VI) ao Livro I do Código Penal, capítulo com a epígrafe “pessoas colectivas” onde se regulam as penas a estas aplicáveis: de acordo com os artigos 90.º-A e segs., as *penas principais* de multa e de dissolução e as *penas acessórias* de injunção judiciária, interdição do exercício de actividade, proibição de celebrar contratos, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, encerramento de estabelecimento e publicidade da decisão condenatória.

⁶⁹⁸ A possibilidade de aplicação de coimas às pessoas colectivas e a responsabilização destas pelas contra-ordenações praticadas, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores no exercício das suas funções está também prevista no art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da recente lei quadro das contra-ordenações ambientais (Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto).

⁶⁹⁹ Nesta disposição estatui-se que “A negligência e a tentativa são puníveis”, devendo daqui retirar-se que as regras contidas nos arts. 8.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 433/82 (de acordo com as quais, respectivamente, a negligência só é punível nos casos especialmente previstos na lei e a tentativa só pode ser punida quando a lei expressamente o determinar) estão afastadas no campo do direito do ambiente. A punibilidade expressa da negligência e da tentativa nalguns diplomas sectoriais (cfr. nota seguinte) afasta quaisquer dúvidas que pudesse haver nesse domínio, mas a regra da LBA seria, em princípio, suficiente. De qualquer modo, a entrada em vigor da lei quadro das contra-ordenações ambientais passou a determinar, no n.º 2 do seu art. 9.º, que “*Salvo disposição expressa em contrário*, as contra-ordenações ambientais são sempre puníveis a título de negligência” (itálico nosso) e que a tentativa é punível em todas as contra-ordenações qualificadas de graves e de muito graves (art. 10.º).

⁷⁰⁰ Cfr., por exemplo, o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 280-A/87, de 17 de Julho (notificação de substâncias químicas e classificação, embalagem e rotulagem de substâncias perigosas), o art. 27.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março (regime de bens do domínio público hídrico do Estado), o art. 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro (vida selvagem e habitats naturais) e o art. 22.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro (Rede Nacional de Áreas Protegidas) — todos a determinarem a punibilidade da negligência e da tentativa.

⁷⁰¹ Embora com a revisão de Novembro de 2011 ao Código Penal (cfr. a Lei n.º 56/2011) este tenha passado também a prever a punibilidade da *negligência* tanto no crime de *danos contra a natureza* (cfr. o novo n.º 6 do art. 278.º) como no crime de *poluição* (novos n.ºs 4 e 5 do art. 279.º).

Uma razão que pode ainda ser aduzida no sentido de justificar o protagonismo do ilícito de mera ordenação social na tutela repressiva do ambiente tem a ver com a grande operatividade e especial significado das *sanções acessórias* deste ramo do ilícito, devendo aqui mencionar-se tanto as sanções acessórias previstas no regime geral (artigos 21.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 433/82), como as contidas no elenco do n.º 3 do art. 47.º da LBA, as estatuídas na legislação especial do ambiente e, por último, as actualmente reguladas na “lei quadro das contra-ordenações ambientais” (cfr. arts. 29.º e segs.). Com a lei quadro das contra-ordenações ambientais pretendeu criar-se um regime tendencialmente exaustivo do ilícito de mera ordenação social no campo do direito do ambiente⁷⁰².

No que ao sancionamento penal se refere — apesar de a doutrina jus-penalística ter começado a pronunciar-se no sentido da previsão de um tipo legal de *crime ambiental* vários anos antes⁷⁰³ — ele foi introduzido na nossa ordem jurídica, como vimos já, pelo Decreto-

⁷⁰² Sobre este regime cfr. NUNO SALAZAR CASANOVA/CLÁUDIO MONTEIRO, “Comentários à Lei-Quadro...”, cit. Os Autores, passam em revista as principais inovações da lei no que toca ao seu regime substantivo, contido na Parte I (pp. 59-66) e ao regime adjectivo, plasmado na Parte II (pp. 66-72), fazendo uma valoração bastante negativa das mesmas, considerando-as de legalidade e constitucionalidade duvidosa, excessivamente onerosas e atentatórias dos direitos de defesa dos arguidos — para além de as inovações terem muito pouco a ver com as especificidades próprias das matérias ambientais.

⁷⁰³ Merece aqui referência especial o estudo — que julgamos ter sido precursor entre nós em relação ao tema — de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, publicado na *RDE* no ano de 1978 (Ano IV, n.º 1, Jan.-Jun. 1978, pp. 3-23) intitulado “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”. Neste momento histórico, apesar da generalidade dos códigos penais não conterem ainda tipos legais de crime *directamente* dirigidos à protecção do ambiente (resultando a protecção jurídico-penal apenas dos tipos de crime destinados a defender a vida e a saúde das pessoas, portanto de forma indirecta ou mediata), o Autor aludia já ao largo consenso que ia emergindo sobre a insuficiência de uma tal tutela indirecta e, depois de apresentar as razões contrárias e favoráveis à intervenção *directa* do direito penal na protecção do ambiente (pp. 6-10), acaba por afastar as primeiras, concluindo que “a intervenção do direito penal na manutenção e na restauração de um ambiente sadio se justifica precisamente à luz da específica função de protecção de bens jurídicos que a este ramo do direito compete”. Isto porque Figueiredo Dias afasta o argumento de acordo com o qual o movimento da não intervenção e da descriminalização seria contrário à criação de novos delitos ecológicos, uma vez que as teses em que ele se apoia “radicam na convicção de que ao direito penal compete primariamente (ou deve competir exclusivamente) uma específica função de *protecção* dos valores fundamentais da comunidade”, de que “ao direito penal compete uma *exclusiva* função de protecção de *bens jurídicos*” (p. 8), constituindo um meio de vida são um bem jurídico em sentido próprio, que reclama a intervenção protectora do direito penal (tratando-se de uma protecção imediata de valores ambientais essenciais à plena realização da personalidade de cada homem). No fundo, considera a intervenção do direito penal no domínio do ambiente justificada à luz da específica função deste ramo de direito de protecção contra condutas que lesem de forma intolerável interesses socialmente relevantes. Saliente-se, em todo o caso, que Figueiredo Dias considerava, ao tempo — embora sem dar excessiva importância à questão — ser porventura preferencial que a protecção jurídico-penal do ambiente constasse de legislação penal extravagante e não do Código Penal, em face da distinção perfilhada entre direito penal clássico ou de justiça e direito penal secundário ou administrativo, categoria em que se deveriam inserir os delitos ecológicos — integração essa que “em nada afecta o seu indiscutível relevo e desvalor ético-social” (p. 15).

Já depois da inclusão do tipo legal de crime de poluição no Código Penal, em 1995, ANABELA MIRANDA RODRIGUES (Anotação ao artigo 279.º do Código Penal, in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II (Artigos 202.º a 307.º), Coimbra Editora, 1999, pp. 944-978) reforça a validade destes argumentos ao fazer assentar a justificação da punibilidade penal dos delitos ambientais na relação necessária entre o bem jurídico protegido por uma incriminação e a ordem axiológica jurídico-constitucional: e se bem que o “nível constitucional” do direito do ambiente não imponha por si só a criação dos crimes contra o ambiente, ele legitima tal intervenção, especialmente à luz dos pressupostos do movimento da descriminalização que sublinham a ideia de que o direito penal tem a função exclusiva de protecção de bens jurídicos, apresentando-se o ambiente como bem jurídico individual; em todo o caso, devem ser critérios político-criminais de *necessidade* a decidir da criminalização dos atentados ao ambiente, articulados com razões de subsidiariedade e eficácia, sem

Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com especial saliência para os tipos legais dos artigos 278.º (“Danos contra a natureza”) e 279.º (“Poluição”)704.

Tomando como modelo o tipo legal de crime contido no art. 279.º705, a sua estruturação reforça a ligação entre o direito penal e o direito administrativo, acabando por sair destacado, uma vez mais, o papel deste último na ordenação jurídica dos comportamentos susceptíveis de afectar o ambiente. E tal acontece, essencialmente, por duas razões.

A primeira tem a ver com a construção jurídica do crime de poluição: a doutrina desde cedo salientou as dificuldades e problemas em defini-lo como *crime de dano*, como *crime de perigo comum* (na modalidade de *perigo concreto*) e como *crime de perigo abstracto*, defendendo que o legislador penal deveria erigi-lo como *delito de desobediência* às entidades administrativas encarregadas de fiscalizar os agentes poluentes e competentes para lhes concederem autorizações ou imporem limitações ou proibições às suas actividades, devendo o desrespeito por tais prescrições constituir a ilicitude típica dos delitos ecológicos706.

pôr de parte o protagonismo do direito administrativo na tutela do ambiente e o seu contributo ao nível sancionatório (cfr. pp. 947-954).

704 O art. 280.º, apesar de aparentemente também introduzir um crime ambiental (a epígrafe do artigo é “Poluição com perigo comum”) não se pode considerar um tipo legal de crime ambiental, uma vez que estão em causa condutas que criem “perigo para a *vida* ou para a *integridade física* de outrem, para *bens patrimoniais* alheios de valor elevado” (itálicos nosso) — se bem que tal perigo também possa ser para “monumentos culturais ou históricos”. Em anotação a este artigo, ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*ob. ult. cit.*, pp. 979-987) chama precisamente a atenção para o facto de este preceito não constituir “um crime ecológico ‘puro’”, uma vez que o ambiente não é o bem jurídico directamente protegido com a incriminação. Os bens jurídicos aqui tutelados, ainda segundo Anabela Rodrigues, são a vida, a integridade física de outrem ou bens patrimoniais alheios de valor elevado e só indirectamente é que o bem jurídico ambiente é protegido.

705 Até porque, e de acordo com informações que nos são dadas pelo Presidente da Comissão Revisora do Código Penal que esteve na base da sua revisão de 1995, só o art. 279.º foi da responsabilidade de tal Comissão, ao passo que o art. 278.º foi introduzido pela revisão ministerial do anteprojecto apresentado pela Comissão: no entendimento desta, o crime de *poluição* (art. 279.º) trazia consigo uma tutela penal suficiente dos bens jurídicos ecológicos que se pretendia proteger. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — Um quarto de século depois”, in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/IRENEU CABRAL BARRETO/TERESA PIZARRO BELEZA/EDUARDO PAZ FERREIRA (organ.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, 2001, pp. 371-392 (p. 372); e MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Lisboa, 1993, p. 359 e seg., 516 e seg. e 633. Também por esta razão, a nossa análise circunscrever-se-á praticamente ao art. 279.º.

706 Neste sentido, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o papel do direito penal...”. Segundo este Autor (cfr. pp. 15-17) a construção dos delitos ecológicos como *crimes de dano* enfrenta a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de os definir através de uma descrição detalhada e esgotante da “matéria proibida”, que conduziria à sua inaplicabilidade prática ou a uma aplicação extremamente frequente, difusa e indiscriminada; a sua estruturação como *crimes de perigo comum (perigo concreto)*, por seu lado, obriga a que os próprios tipos limitem a sua aplicabilidade pela obtenção da prova de que uma concreta conduta criou um perigo real (conduzindo a necessidade de alcançar a prova requerida à sua prática inaplicabilidade); na edificação dos delitos ecológicos como *crimes de perigo abstracto* a punibilidade resulta da presunção legal de que certas condutas são adequadas à produção de certos perigos, o que acarretaria facilmente que tais delitos perdessem a sua dignidade penal e que a sua relevância ético-social fosse descaracterizada. Já a sua construção como crimes de desobediência permite reforçar a protecção *directa e imediata* dos bens jurídicos ambientais, determinando que se considere punível “toda a pessoa — física ou colectiva — que, no exercício da sua actividade, desobedeça às exigências e prescrições que lhe foram dirigidas validamente (...) pela instância de tutela em matéria de protecção do ambiente, ou aos condicionamentos ou proibições que por aquela instância foram postos ao exercício da sua actividade” (p. 18 e seg.). Em sentido próximo, cfr. também ANABELA MIRANDA RODRIGUES (“Anotação ao art. 279.º”, cit., p. 960 e seg.) que afasta a consagração de um crime de *perigo abstracto* devido ao inadmissível alargamento da punibilidade que ele representaria, com possível violação dos princípios da culpa e da legalidade; põe de parte a configuração do crime ecológico como delito de *perigo concreto* em face das dificuldades em fazer a prova de causalidade; e

Foi precisamente este o caminho trilhado pelo legislador penal, configurando o tipo legal do *crime de poluição* (art. 279.º) como um crime de desobediência: depois de determinar no n.º 1 que realiza a conduta típica deste crime quem poluir águas, poluir o ar ou provocar poluição sonora nas formas aí previstas e o fizer *em medida inadmissível*, prescreve no n.º 3 que a poluição ocorre em medida inadmissível “sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes *contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente* em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo” (*italico nosso*). Desta forma, a realização da conduta ilícita típica (a *poluição em medida inadmissível*) ocorre quando o agente provoque poluição e o faça *desobedecendo* às prescrições ou limitações impostas pela autoridade administrativa competente a qual, por sua vez, determinou tais prescrições ou limitações “em conformidade com disposições legais ou regulamentares” (de direito administrativo) e “sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo”. Sai reforçada desta técnica legal a coerência do ordenamento jurídico, a certeza e segurança do direito e a possibilidade de uma aplicação efectiva dos comandos normativos penais teleológica e directamente dirigidos à protecção dos bens jurídicos ambientais.

Por outro lado, os perigos que poderiam resultar de uma *dependência absoluta* do direito penal face ao direito administrativo — e as dúvidas colocadas sobre a constitucionalidade da norma, nomeadamente por se poder tratar de uma “norma penal em branco” — são afastados por se tratar de uma *desobediência qualificada*, no sentido de esta implicar um *dano para o ambiente*⁷⁰⁷. Não basta, desta forma, a mera desobediência administrativa para o sancionamento jurídico-penal, pois estão sempre em causa *condutas danosas para o ambiente*, também daqui emergindo a conclusão clara de que estamos (apenas) perante uma *dependência relativa* do direito penal face ao direito administrativo.

E com isto é mister evidenciar a segunda das duas razões referidas que estão na base da conclusão de acordo com a qual a forma como foi positivado o tipo legal de crime de poluição destaca, ainda uma vez, o papel do direito administrativo na ordenação jurídica do ambiente: tem ela a ver com o tema da *acessoriedade administrativa*. A opção por se ter consagrado esta dependência relativa, considerando punível quem desobedeça a prescrições ou limitações da autoridade competente, torna necessária a definição normativa das agressões ao ambiente consideradas intoleráveis, sendo tal definição (geral e abstracta) e a imposição (concreta, em especial através de autorizações e de proibições) aos agentes potencialmente poluidores pressuposto da aplicação do art. 279.º.

Vislumbra-se desta forma a interligação entre a configuração do crime de poluição como delito de *desobediência* e a problemática da acessoriedade: o delito ecológico foi construído, do ponto de vista substancial, como um *delito contra bens jurídicos ecológicos*,

exclui a opção do crime de *dano* por tal representar uma intervenção demasiado tardia do direito penal.

⁷⁰⁷ Expressamente neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao art. 279.º”, cit., pp. 961-963, que esclarece ainda, no sentido de reforçar o afastamento das dúvidas sobre a constitucionalidade da norma: “Pode dizer-se, sem margem para dúvidas, que a norma penal ‘orienta suficientemente os destinatários’ quanto ‘às condutas que são efectivamente proibidas’ e que a segurança daqueles ‘não é afectada pela indeterminação’ da referida norma, pois ‘existe uma imediata possibilidade de orientar a consciência ética para o desvalor do direito quando se realiza a conduta prevista na norma legal incriminadora’”. As citações da Autora referem-se ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 427/95, de 6 de Julho (DR II Série, n.º 260.º, 10-11-95, 13.509).

mas do ponto de vista formal ele é um delito de *desobediência* às prescrições oriundas do direito administrativo e/ou dos seus agentes⁷⁰⁸.

A acessoriedade administrativa do crime de poluição resulta da dependência do tipo legal de normas não penais (materialmente administrativas) e de decisões, também elas administrativas, praticadas em execução dessas normas. Daqui já sai indiciado que o legislador penal, na redacção do n.º 3 do art. 279.º do Código Penal, optou por uma consagração simultânea das duas formas de acessoriedade administrativa: tanto se verifica a *acessoriedade relativamente à norma* ou *acessoriedade de direito* — nos termos da qual a punição criminal do comportamento ilícito está vinculada às *normas jurídico-administrativas* materiais — como a *acessoriedade relativamente ao acto* ou *de acto* — para a qual a punição criminal está dependente dos comandos positivos ou negativos da autoridade administrativa competente. E também aqui a opção parece ser de aplaudir, uma vez que tal permite ultrapassar as dificuldades e insuficiências que cada um dos modelos, se consagrados isoladamente, suscitaria: por um lado, a *incerteza* e a *insegurança* que uma pura acessoriedade de acto traria consigo, sendo insuportável para um direito onde os valores da certeza e da segurança são decisivos uma dependência absoluta de decisões individuais e concretas; por outro lado, em face das constantes alterações dos interesses em jogo e da rapidíssima evolução técnica que se verifica neste âmbito, a concretização dos mandamentos normativos por actos individuais e concretos é indispensável para uma execução das normas, ultrapassando-se assim as insuficiências e o défice de execução de uma pura acessoriedade de direito⁷⁰⁹.

Por tudo isto se conclui que a forma como o legislador penal erigiu o tipo legal de crime de poluição pareceu, ao tempo, adequada quer do ponto de vista estritamente jurídico-penal (ao servir uma protecção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos, em atenção ao carácter de *ultima ratio* do direito penal no sancionamento dos comportamentos ilícitos e à salvaguarda do “mínimo ético” das sanções criminais mas, simultaneamente, estendendo a punição penal aos comportamentos lesivos de bens jurídicos, em especial conexão com a ordem axiológica constitucional, na qual o ambiente se perfila há muito como bem digno de protecção), quer no que se refere à coerência e integração da ordem jurídica no seu todo (salientando a necessidade de uma articulação entre as normas jurídico-penais e as regras gerais e abstractas de direito administrativo e as decisões concretas que permitem a sua aplicação) quer, por último, no sentido de reforçar a posição do direito administrativo e, em especial, do ilícito contra-ordenacional (materialmente administrativo) na tutela jurídica do ambiente.

Foi este o estado da questão após a consagração do crime ambiental no Código Penal português, como aspecto culminante da evolução da primeira geração do direito do ambiente, em termos sancionatórios. Já na segunda parte da primeira década do séc. XXI houve alterações relativamente profundas às normas penais sobre as quais nos debruçámos, com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro e, mais recentemente, com a Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro. Para além de uma certa aproximação entre as redacções dos arts. 278.º e

⁷⁰⁸ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, cit., p. 379.

⁷⁰⁹ Sobre este ponto cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente...”, cit., pp. 385-389.

279.º, até então bastante diferenciadas, há alterações de algum significado a registar. No que tange à *accessoriedade administrativa*, se bem que ela tenha sido modificada, continua a estar presente no tipo legal, na medida em que o art. 279.º prevê, de forma idêntica nos seus n.ºs 1 e 2, que realiza a conduta típica quem “não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições”. No entanto, existe agora uma profunda diferença em termos de desobediência, aproximando-se o tipo legal de um *crime de dano* referido, na maior parte das hipóteses, a bens jurídicos pessoais e a pessoas concretas (cfr. as alíneas *a*) a *c*) do novo n.º 6) e não unicamente a bens ambientais em sentido estrito ou a bens ecológicos (isto é, independentes da saúde, da vida ou da integridade física das pessoas). Agora, em primeira linha parece tratar-se de um *crime de dano* e não de desobediência, na medida em que é preciso demonstrar um *dano a interesses individuais* (alíneas *a*) a *c*) ou meta-individuais (alíneas *d*) e *e*) previstos no n.º 6 do art. 279.º⁷¹⁰.

Não nos cabe a nós, mas à doutrina penal, dilucidar os problemas que resultam destas alterações legislativas. Em todo o caso, sempre diremos, acompanhando Flávia Noversa Loureiro, que a opção do legislador pode ter “não só comprometido a limpidez do tipo, do ponto de vista dogmático, como tornado ainda mais inoperante e ineficaz o crime de poluição, de uma perspectiva prática”⁷¹¹.

⁷¹⁰ Como nos mostra FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO (“Estudo breve do art. 279.º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, col. *Studia Iuridica*, n.º 100, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 455-482 — especialmente p. 477 e segs.), apesar de a desobediência não ter deixado de constar do tipo, ela passou a constituir apenas uma das hipóteses do seu preenchimento, falando por isso no “abandono, ainda que parcial, do carácter de desobediência no crime de poluição” e mesmo ser “seguro poder afirmar-se que a desobediência cedeu lugar no *novo* crime de poluição, já não podendo falar-se de um tipo construído a partir dela, sem a qual ele não poderia verificar-se”, acabando por defender tratar-se de agora um *crime de dano ou lesão*.

⁷¹¹ Cfr. “Estudo breve...”, cit., p. 482.

As autorizações administrativas e o direito do ambiente

“Affrontare lo studio dell’autorizzazione significa dunque, in primo luogo, assecondare lo stimolo rappresentato dall’analisi dell’evoluzione della dottrina che si è occupata di tale provvedimento, evoluzione che ha riflesso nei vari momenti, con una evidenza tutta particolare, lo stato, la maturità ed inizialmente anche il grado di autonomia della scienza pubblicistica”.

FABRIZIO FRACCHIA,

Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive

O último Capítulo da Parte I da nossa dissertação terá por objecto a autorização administrativa — entendida no seu sentido amplo, correspondente a qualquer acto administrativo destinado a possibilitar o exercício de actividades ou direitos que correspondam a domínios de acção próprios dos particulares, em especial as relativas ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada, sem curar por ora de saber se tal poder ou direito preexiste ao acto autorizativo ou só é por este constituído — ainda que numa dupla perspectiva, que por razões sistemáticas devemos seguir em atenção aos dois capítulos precedentes e que, em face à sua autonomia, dividiremos em secções: na primeira secção, debruçar-nos-emos sobre o acto autorizativo em geral, como acto administrativo que emergiu no seio da Administração de polícia ou de ordenação, assumindo-se como porventura o principal acto administrativo por intermédio do qual a Administração Pública levou a cabo essas funções, ao longo do século passado, permanecendo hoje com um protagonismo claro em tal âmbito. Em face da importância que reveste, para os nossos propósitos, o tema e as possibilidades de revogação da autorização administrativa, deter-nos-emos depois sobre o regime da sua revogação, merecendo o tema geral da revogação administrativa uma averiguação autónoma na Secção II, ainda que dominada pelas suas possibilidades em relação aos actos autorizativos. Por fim, e na medida em que, ao estudarmos as formas administrativas de actuação mais características no chamado direito do ambiente de primeira geração, ficou já fortemente indiciada (no Capítulo II) igual preponderância da autorização, dedicaremos a última secção do presente capítulo ao estudo específico da *autorização ambiental*, analisando algumas das feições específicas que este acto administrativo assumiu nesta fase de desenvolvimento do direito do ambiente. Também aqui avançaremos já algumas pistas no sentido de um eventual regime próprio a que estas se devam subordinar no que toca à sua revogação, em face da importância e da especificidade suscitadas pelos valores da tutela ambiental a este nível.

Tomando como ponto de partida a circunstância de a actividade de ordenação e intervenção administrativa, quando baseada num modelo preventivo, assentar na regulação normativa do sector em questão e na sua concretização através de mecanismos administrativos de comprovação da conformidade da actividade projectada com aquela regulação, logo emerge a figura da *autorização* como arquétipo deste tipo de actividade e deste modelo⁷¹².

Como vimos ao longo do Capítulo I, o pano de fundo onde surgiram e foram desenvolvidas doutrinal e funcionalmente as autorizações administrativas foi o direito de polícia ou, numa designação mais abrangente, o direito de ordenação, ou seja, no âmbito de actividades que requerem a verificação prévia por parte da Administração Pública da sua compatibilidade com o interesse público, em especial para prevenir a criação de *perigos* para a comunidade e para o(s) interesse(s) público(s) que o órgão responsável pela sua outorga esteja incumbido de curar.

No âmbito dessa actividade administrativa de *polícia administrativa* ou de *ordenação* emergiu a categoria da *autorização de polícia* em relação à qual a doutrina foi procurando “afinar” os seus elementos caracterizadores, salientando em especial o *carácter pessoal e intransmissível* da autorização, funcionalizada ao *controlo de actividades privadas* relacionadas com os interesses públicos atinentes à polícia de segurança e também às polícias dos costumes, sanitária, do comércio, etc.⁷¹³.

Em todo o caso, e apesar deste vastíssimo campo de aplicação dos actos autorizativos, utilizados em inúmeras actividades, comportamentos e direitos dos cidadãos administrados, vamos ter em mente a sua aplicação no domínio das actividades económicas — no fundo, a configuração da autorização como *acto administrativo económico*⁷¹⁴ — e, dentro da actividade económica, sobretudo nas actividades susceptíveis de produzirem impactes ambientais significativos, com proeminência para a *autorização de projectos industriais*.

Passemos então ao estudo das autorizações administrativas, incidindo a nossa investigação quase exclusivamente sobre a doutrina alemã e italiana, em virtude de os dois grandes nomes que se ligam ao desenvolvimento originário do acto autorizativo e à sua fixação em termos que constituíram a base do desenvolvimento da doutrina ao longo do século XX serem os de Otto Mayer, na Alemanha, e de Oreste Ranelletti, em Itália.

⁷¹² Neste sentido, cfr. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., p. 643. PAREJO ALFONSO mostra-nos ainda (*ob. cit.*, pp. 642-647) que a intervenção administrativa se pode concretizar num controlo *prévio* (em que se salienta, uma vez mais, a autorização, podendo também tratar-se de actividades sujeitas a formas de controlo mais aligeirado, com destaque para a comunicação prévia), *simultâneo* (inspecção, investigação e vigilância; este controlo produz-se por todo o tempo que dure a actividade do particular) ou *sucessivo* (aprovações, validações e revogações por incumprimento de deveres).

⁷¹³ Por todos, cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 636.

⁷¹⁴ De acordo com a proposta por E. R. HUBER (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953-54, vol. 1, p. 55, *apud* RICARDO VILLATA, *Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata — Profili Generali*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 3, n. 1) o *acto administrativo económico* pode ser definido como “uma decisão autoritária editada por um órgão da Administração Pública com base numa lei que declara ou conforma relações jurídicas económicas com conteúdo jurídico-público ou jurídico-privado com efeito directo para um caso concreto ou para um número limitado de casos concretos”.

1. As raízes doutrinárias do acto autorizativo – em especial as obras de OTTO MAYER e de ORESTE RANELLETTI

1.1. ORESTE RANELLETTI

Um dos autores decisivos na conformação originária do acto de autorização foi o italiano Oreste Ranalletti, através de alguns escritos fundamentais datados da última década do século XIX⁷¹⁵. Todavia, antes de abordar a sua obra, não é despendendo notar alguns aspectos genéricos relativos à situação italiana: desde logo o facto de, como assinala a doutrina dos nossos dias, a autorização ter sido, juntamente com a concessão, o primeiro acto administrativo estudado pela ciência moderna do direito administrativo italiano⁷¹⁶ — o que revela bem o seu protagonismo no desenvolvimento dogmático e prático do direito administrativo transalpino, sendo uma nota mais a justificar a importância que, nesta sede, vamos atribuir a este ordenamento jurídico.

Ao longo do século XIX, e antes da obra cardeal de Ranalletti, o conceito de autorização era utilizado com um sentido bastante lato, sendo por exemplo ténues as diferenças

⁷¹⁵ Sobretudo as obras emblemáticas “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giurisprudenza italiana*, XLVI (1894), IV, pp. 7-83; “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Riv. it. scienze giur.*, XVII (1894), pp. 3-100 e 315-372; “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Riv. it. scienze giur.*, XIX (1895), pp. 3-107; XX, pp. 255-337; XXI (1896), pp. 77-172 e 350-379; e XXII, pp. 177-277. Os mesmos artigos foram republicados na obra dirigida por E. FERRARI/B. SORDI, *O. Ranalletti, Scritti giuridici scelti*, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, Napoli, 1992, vol. III, pp. 35-653. Sobre o tema cfr. ainda O. RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, settima edizione, riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1945. Nesta última obra, no Capítulo sobre a classificação dos actos administrativos (Cap. II, pp. 17-35), o Autor autonomiza a categoria dos *actos que produzem uma modificação no estado jurídico existente a favor de um sujeito de direito*, dentro da qual insere as *autorizações* (p. 21 e seg.), as *concessões* (pp. 22-25), as *dispensas* (p. 26) e as *admissões* (id.); já as *aprovações* são subsumidas na classe dos *actos administrativos que dão eficácia jurídica a outros actos perfeitos* (cfr. pp. 26-28).

De acordo com ORTOLANI (“Autorizzazione e approvazione”, in: *Scritti Giuridici in onore di Santi Romano*, Volume II (Diritto amministrativo), CEDAM, Padova, 1940, pp. 249-283, p. 252) praticamente todos os autores que até então (1940) se dedicavam ao estudo da autorização repetiam mais ou menos as mesmas palavras e os mesmos conceitos, citando os casos de DONATI (*Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, *Arch. Giur.*, 1903, p. 3 e segs.), UGO FORTI (“I Controlli”, in *Orlando*, p. 754 e segs.), R. RESTA (“Natura ed effetti dell’atto amministrativo di controllo”, *Giur. It.*, 1935, I, p. 276), SANTI ROMANO (*Corso di Diritto Amministrativo — Principi Generali*, terza edizione riveduta, CEDAM, Padova, 1937, p. 248), ERICO PRESUTTI (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, I, p. 184, n. 82) e GUIDO ZANOBINI (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1936, I, p. 284 e segs.). O que se demonstra ser verdade mesmo para além dos meados do século XX, uma vez que os Autores posteriores a Ranalletti que se dedicaram ao estudo das autorizações administrativas lhe prestam invariavelmente uma reverência extrema, construindo as suas próprias ideias sobre este acto administrativo a partir da reprodução, aceitação, crítica ou reconstrução da posição do grande jurista italiano, o que se verifica não apenas em Itália mas também noutras ordens jurídicas. As nossas principais fontes sobre a doutrina ranallettiana das autorizações foram as obras de FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1996, pp. 73-103; FLAMINIO FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l’amministrazione e i privati*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957, especialmente pp. 5-16; e GIOVANNI ORTOLANI, (“Autorizzazione e approvazione”, cit., especialmente pp. 251-259).

⁷¹⁶ Expressamente neste sentido, cfr. ELIO CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, quinta edizione riveduta ed aggiornata, Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 298.

entre autorização e aprovação. De acordo com a lição de Ortolani⁷¹⁷, a doutrina desse período histórico classificava os actos administrativos de controlo inter-administrativo em *visto*, *aprovação ordinária* e *aprovação extraordinária*, sendo tradicional a utilização do vocábulo *autorização* para os actos administrativos de polícia e também para disposições com um conteúdo mais genérico que atribuíam uma competência ordinária ou extraordinária ou uma delegação extraordinária de poderes. Em termos legislativos, autonomizavam-se quatro tipos de autorizações: *de polícia*, *de controlo administrativo*, autorizações *atributivas de competências, funções e direitos especiais* (as quais, por serem conferidas directamente pela lei, eram baptizadas de autorizações *gerais* ou *legislativas*) e, por último, autorizações *processuais*.

Em todo o caso, ao longo de grande parte — da quase totalidade — do século XIX a autorização não se assume como acto com um papel fundamental no âmbito da actuação administrativa, não só devido ao escasso âmbito de manobra da função administrativa, mas também porque as autorizações são actos muito mais típicos de um Estado de tipo intervencionista (no qual a maioria dos direitos individuais são *direitos condicionados*, necessitando de uma intervenção administrativa prévia que os liberte do letargo constituído pelos limites legalmente estabelecidos, limites esses que podem ir ao ponto de pura e simplesmente retirar o direito do património jurídico dos cidadãos): na verdade, o modelo subjacente aos actos autorizativos, pelo menos em parte, repugnava ao Estado liberal, que mostrava preferência pela via repressiva⁷¹⁸.

À medida que se caminhou para o final do século e que foram sendo paulatinamente postas a nu as contradições e fraquezas do modelo liberal, a intervenção administrativa na sociedade e na economia foi-se fortalecendo e, com ela, o protagonismo da autorização administrativa aumentando. Isto é: na transição do Estado de direito liberal para o Estado de direito social, as formas e meios de concretização da intervenção administrativa fortaleceram-se, garantindo que o exercício de actividades privadas fosse conforme às exigências do interesse geral, que competia à Administração proteger e concretizar.

É neste contexto que a obra de Oreste Ranelletti vai surgir, marcando uma compreensão inovadora no contexto do direito administrativo italiano, com uma projecção que, como avançámos já, foi muito para lá das fronteiras transalpinas. A doutrina italiana do direito administrativo caracterizava-se, até aos finais do século XIX⁷¹⁹, por um escasso interesse teórico pelo tema do acto administrativo e pela adopção de uma noção de direito subjectivo muito ampla. Os postulados básicos em que assentava o panorama jurisprudencial da auto-

⁷¹⁷ Cfr. GIOVANNI ORTOLANI, "Autorizzazione e approvazione", cit., pp. 249-283 (pp. 260-262).

⁷¹⁸ Naturalmente que esta consideração não é específica da Itália, valendo para a generalidade dos países e ordens jurídicas que temos sob apreciação, incluindo a portuguesa. Sobre ela cfr. GARRIDO FALLA, "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", *RAP*, Año X (1959), n.º 28, pp. 11-50 (p. 25).

⁷¹⁹ Isto é, até que as obras de três grandes juspublicistas italianos determinaram uma profunda alteração dos quadros explicativos e científicos do direito administrativo: em particular VITTORIO EMANUELE ORLANDO (considerado o fundador do direito público italiano, optando depois pela carreira política, tendo vindo a ser Primeiro Ministro de Itália entre 1917 e 1919), mas também Oreste Ranelletti e Santi Romano, este último um discípulo de Orlando. Vamos seguir em texto, no essencial, as considerações claras e esclarecedoras de FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., a propósito das tendências doutrinárias anteriores à obra de Ranelletti (baptizada por "doutrina preorlandiana": cfr. pp. 35-52) e do panorama jurisprudencial até ao ano de 1894, data da publicação do primeiro dos estudos de Ranelletti sobre a autorização (pp. 55-71).

rização passavam pela ausência de um direito preexistente à sua emissão (que conduzia a conferir um *carácter constitutivo* ao acto, reforçado pela concepção segundo a qual o facto de ter de se requerer uma autorização excluía a ideia de direito). Por se tratar de um acto amplificador da esfera jurídica do privado, o efeito central da autorização era a permissão do exercício de uma actividade privada, não se podendo contar entre direitos verdadeiros e próprios o exercício de uma profissão, indústria ou comércio se esse exercício não é mais que um interesse de quem o exerce (o que explica o facto de o privado ser titular de um mero interesse perante a Administração responsável pelo exercício do poder autorizativo)⁷²⁰. Do cotejo da jurisprudência resultava ainda o entendimento segundo o qual a autorização produzia também efeitos conformativos da modalidade do exercício. Deve por fim assinalar-se que a autorização ainda não tinha assumido uma configuração autónoma, sendo muito difícil distingui-la rigorosamente em face da concessão.

Passando à análise da concepção de Ranelletti, é mister começar por avançar o aspecto porventura mais relevante da concepção deste Autor: a função e o efeito central da autorização traduzem-se na *remoção de um limite ao exercício de um direito preexistente* do particular, com a finalidade de controlar a sua compatibilidade com a ordem pública. Isto é: o particular requerente da autorização é *titular* de um *direito preexistente* verdadeiro e próprio (sendo este o “momento estático” da análise da sua posição jurídica), o qual todavia preexiste num estado meramente potencial, carecendo da autorização (ou estando *condicionado* à sua outorga) para poder ser exercido — sendo este o *momento dinâmico* da relação jurídica subjacente à autorização, que constitui uma *faculdade*: o exercício encontra um limite no ordenamento jurídico geral, a autorização remove tal limite criando a faculdade de realização do próprio direito⁷²¹.

Em face da titularidade prévia do direito, é com naturalidade que, de acordo com a concepção ranellettiana, o acto autorizativo assume carácter ou *natureza declarativa*, uma vez que ele está pré-ordenado à remoção dos obstáculos ao exercício de uma actividade a que o particular tem direito mas que a lei, por razões de interesse público, submete a um controlo prévio titulado num acto administrativo⁷²².

⁷²⁰ Desta forma, a circunstância de a autorização ser emitida só a favor de quem já disponha de um direito, depois evidenciada por Ranelletti, não era sublinhada.

⁷²¹ Devendo naturalmente distinguir-se a posição jurídica subjacente à autorização — o direito preexistente de que o particular (já) é titular e que quer exercer — da posição ou situação jurídica do mesmo particular, enquanto requerente, à outorga da autorização, posição pretensiva que é reconduzível à figura do interesse legítimo. Em todo o caso, e abrindo a porta à distinção — especialmente cara à doutrina germânica — entre autorizações discricionárias e autorizações vinculadas, Ranelletti reconhece que, quando as condições a que o ordenamento jurídico subordina a concessão da autorização são tão determinadas e de existência tão certa, exclui-se qualquer poder discricionário da Administração e o particular é titular de um autêntico direito subjectivo.

⁷²² O que não invalida, em todo o caso, que Ranelletti abra a porta a uma concepção diferente da autorização — no sentido da sua dupla natureza, nuns casos declarativa noutros constitutiva — ao admitir que ela pode também permitir a *aquisição* de direitos. No seu *Teoria degli Atti...* (cit., p. 21 e seg.) o Mestre transalpino define as autorizações como os actos que “em casos concretos *permitem* a determinada pessoa o *exercício* ou a *aquisição* de um direito” (itálicos nossos), distinguindo dois tipos de casos: por um lado, aqueles em que a lei subordina o exercício dos direitos de liberdade civil do indivíduo face ao Estado a uma permissão ou licença da autoridade administrativa, com vista a que esta possa tutelar no caso concreto o interesse geral (que pode ser a defesa do país, a segurança pública, a sanidade pública, a economia nacional, etc.) contra a actividade eventualmente danosa ou perigosa do indivíduo (dando como exemplos desta modalidade de autorizações as relativas ao porte de arma

Se bem que o aspecto do trabalho de Ranelletti que nos interessa assenta na figura dos actos autorizativos, é evidente que o relevo da sua obra vai muito para lá da concepção em torno de tais actos. E um dos pontos mais significativos do seu pensamento entronca na recusa em empregar as categorias de direito privado na análise do ordenamento jurídico-administrativo, o que ajuda a compreender o facto de ele ter sido um dos primeiros juristas a afrontar o tema do *acto administrativo imperativo* com autonomia em relação aos institutos do direito privado, contrapondo-o à liberdade económica e à autonomia contratual dos particulares e recusando-se a um emprego acríptico das categorias do direito privado (nomeadamente a impossibilidade de reconduzir o acto administrativo ao contrato)⁷²³.

No que se refere à autorização, o juspublicista italiano reconduziu o acto à actividade do Estado dirigida à tutela do direito, concretamente à realização de uma *função de prevenção*. E considerou que ela desempenhava a função de remover os limites colocados por uma *proibição relativa*, uma vez que determinado acto era vedado, mas subsistia a possibilidade de ser concedida a permissão de o realizar.

No plano das relações entre o direito privado e a autoridade própria da Administração Pública, é relevante aludir à concepção de Franchini⁷²⁴ que permite compreender outros aspectos do pensamento de Ranelletti: partindo do pressuposto segundo o qual o *sistema de autorização*⁷²⁵ é o *sistema intermédio* entre o da *proibição absoluta* e o da *liberdade plena*, a autorização assume-se como um acto que faz a *composição entre autoridade e liberdade*, tendo uma função de verificação da não perigosidade para um determinado interesse público do exercício do direito, confirmando no caso concreto uma situação de normalidade. Sendo no seio desta concepção que se compreende a ideia segundo a qual a actividade autorizativa da Administração Pública se deve subordinar ao imperativo de “como poder permitir o uso da liberdade do cidadão sem sacrificar o interesse público”⁷²⁶. Este *favor libertatis* no que toca à ponderação entre a liberdade do particular que pretende exercer um direito sujeito a autorização e a garantia da satisfação do interesse público pela qual a Administração se responsabiliza no momento de decidir pela emissão ou recusa da autorização, demonstra-se também no facto de o requerente da autorização, segundo Ranelletti,

ou à instalação de uma fábrica ou depósito insalubre ou perigoso e, ainda, a subordinação do exercício do direito “a uma licença da autoridade de polícia”); por outro, todas as situações em que “a lei, para tutela do interesse público e também de terceiros, veta ao sujeito (...) a *aquisição* de um direito, até que ele obtenha a permissão (autorização) da autoridade administrativa. Esta, por isso, ao conceder a autorização, *remove o limite* que a lei colocou *condicionalmente* ao exercício ou aquisição do direito” (itálicos nossos).

⁷²³ A esta “nova” perspectiva não pode ser alheio o enquadramento da obra de Ranelletti na sua época, em especial na criação, em 1889, da IV Secção do Conselho de Estado italiano, a quem foi confiado o poder de anulação dos actos administrativos ilegais — que determinou o início da sindicabilidade do poder administrativo, em especial a partir da decisão “Laurens”, de 24 de Junho de 1891, que marca a configuração do Conselho de Estado como juiz que exerce aquela sindicabilidade. Neste sentido, FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., pp. 74-77.

⁷²⁴ Cfr. FLAMINIO FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative...*, cit., pp. 15-33.

⁷²⁵ No âmbito mais geral de um *regime preventivo* erigido com base em proibições relativas, que podem ser removidas pela Administração Pública, por oposição a um *sistema* ou *regime repressivo*, em que o Estado estabelece proibições taxativas.

⁷²⁶ Cfr. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative...*, cit., p. 27 — avançando tal ideia em concordância com o pensamento de Ranelletti, que afirmava que “na autorização a Administração Pública tutela o interesse público por ocasião da satisfação do interesse privado”.

ter apenas de demonstrar a capacidade “de não fazer mal” (*capacità a non far male*), ao contrário do que acontece a propósito das concessões, cujos requisitos para a respectiva outorga são muito mais exigentes, tendo o peticionário de revelar capacidade “de fazer bem” (*capacità a far bene*)⁷²⁷.

Revela-se também de grande significado a distinção entre *autorização* e *concessão* empreendida por Ranelletti, a qual repousa na contraposição entre *função de conservação e actividade social*⁷²⁸: a autorização, como vimos, situa-se no âmbito da actividade do Estado dirigida à tutela do direito (sendo, por isso, uma actividade jurídica) numa função de prevenção ou de conservação, com o objectivo de impedir que as acções dos indivíduos tragam perigos ou prejuízos para os interesses públicos, nomeadamente da ordem, da segurança, da salubridade, etc. — sendo em atenção à realização de tais interesses que o ordenamento cria limites ou barreiras (proibições relativas) ao exercício de algumas faculdades ou possibilidades inerentes a direitos individuais, limites esses levantados no momento da outorga da autorização. A *concessão*, pelo contrário, reporta-se à actividade social do Estado, favorecendo e estimulando o desenvolvimento das actividades individuais, mas implicando a *atribuição de um novo direito*: estamos fora do campo das actividades próprias dos indivíduos e em sectores que o Estado decide abrir à titularidade dos particulares, de onde naturalmente resulta uma muito maior discricionariedade da Administração concedente em comparação com a Administração autorizante. Na comparação entre autorização e concessão resulta muito mais clara a configuração do primeiro acto como acto de natureza declarativa — em comparação com o carácter constitutivo da concessão — o que, como vimos, nem sempre é claro noutros passos da obra de Ranelletti.

Por último, gostaríamos de abordar a forma como o Mestre italiano distingue a autorização de outros actos próximos: se bem que numa primeira fase da sua obra a *distinção entre autorização e aprovação* seja bastante ténue ou mesmo inexistente⁷²⁹, a verdade é que, em estudos posteriores⁷³⁰, Ranelletti vem a diferenciar os dois actos, incluindo a autorização, como vimos, na categoria dos actos que produzem uma modificação do estado jurídico existente a favor de um sujeito de direito — existindo uma autorização em todos os casos em que “a lei, para tutela do interesse público e também de terceiros, veta ao sujeito o *exercício* de um direito na realização de um acto ou de uma actividade ou a *aquisição* de um direito, até que ele obtenha a permissão (autorização) da autoridade administrativa. Esta, por isso, ao conceder a autorização, *remove o limite* que a lei colocou *condicionalmente* ao exercício ou aquisição do direito” (itálicos nossos). Já as aprovações são subsumidas numa outra categoria, concretamente a dos *actos administrativos que dão eficácia jurídica a outros actos perfeitos*, caracterizando-as como actos da administração de controlo, em relação a actos que antes de serem executados são sujeitos a tal controlo (eventualmente a um reexame) por uma autoridade superior, podendo estar em causa tanto um *controlo de*

⁷²⁷ Expressamente neste sentido, em referência ao pensamento de Ranelletti, cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa*..., cit., p. 93 e seg.

⁷²⁸ Cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa*..., cit., pp. 83-87, que seguimos no fundamental em texto.

⁷²⁹ É essa a opinião de FRACCHIA (*Autorizzazione Amministrativa*..., cit., p. 115), citando expressamente um dos estudos pioneiros de RANELLETTI (“Teoria generale delle autorizzazioni... – Parte I”, cit., p. 46) nesse sentido.

⁷³⁰ Cfr. RANELLETTI, *Teoria degli Atti*..., cit., p. 21 e seg. e 26-28.

legitimidade (conformidade ao direito; conduz à aposição de um *visto*) como um *controlo de mérito* (boa administração; leva à sua *aprovação*), adquirindo o acto eficácia jurídica e executoriedade⁷³¹.

Na mesma categoria das autorizações inserem-se as *dispensas*, caracterizadas por serem actos administrativos que exoneram uma pessoa da obrigação de cumprir uma prestação ou de observar uma prescrição⁷³².

Daí a sua distinção face às autorizações: estas *permitem* que uma pessoa desenvolva uma actividade (ou adquira um direito), removendo um limite que a lei, para tutela do interesse público, põs condicionalmente ao desenvolvimento da actividade do sujeito, limite esse que é eficaz até ao momento em que a autoridade, ao reconhecer que a acção pretendida não é contrária às exigências do interesse público, dê permissão; já as dispensas, pelo contrário, isentam o indivíduo do cumprimento de uma obrigação ou da observância de uma prescrição que a lei pôs, em geral, de forma absoluta.

1.2. OTTO MAYER

O direito alemão tem uma tradição muito antiga em relação à necessidade de as *instalações* — é este o conceito que hoje se usa para designar o tipo de projectos sujeitos à exigência de um controlo administrativo paulatinamente alargado muito para lá do momento da abertura — necessitarem de uma autorização antes de iniciarem o seu funcionamento. Na verdade, desde a *Allgemeine Gewerbeordnung* do direito prussiano, de 1845⁷³³, que está estabelecido o princípio da necessidade de autorização para a construção de todas as instalações industriais que possam trazer desvantagens, perigos ou danos significativos para os proprietários ou moradores de terrenos vizinhos ou para o público em geral.

Centrando-nos no desenvolvimento dogmático da autorização, a situação na Alemanha revela um forte paralelismo com a da Itália, tanto em termos do momento histórico que vamos analisar, como no que se refere aos resultados substanciais a que a investigação doutrinal conduziu como, ainda, ao protagonismo assumido por um grande juspublicista, que marcou profundamente o posterior estudo do acto autorizativo, dividindo com Ranalletti a paternidade da investigação teórica sobre a autorização administrativa: Otto Mayer⁷³⁴.

⁷³¹ Ao passo que o *visto* se limita a declarar a existência dos requisitos de legitimidade do acto, a *aprovação*, para além desse efeito declarativo, é um *acto de vontade* do órgão de controlo, vontade de que o acto aprovado adquira eficácia jurídica e possa produzir os efeitos para que tende — sendo, por isso, um *acto administrativo negocial*.

⁷³² Cfr. RANELLETTI, *ob. ult. cit.*, p. 26.

⁷³³ Sobre a *Allgemeine Gewerbeordnung*, datada de 17 de Janeiro de 1845 e a previsão da necessidade de autorização referida no texto, bem como quanto à sua configuração como *autorização de polícia especial*, cfr. MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 75 e p. 1214 e seg.

⁷³⁴ Para uma análise tanto dos resultados principais do trabalho de Mayer como do seu percurso académico e profissional cfr. SOSA WAGNER, *Maestros Alemanes del Derecho Público*, vol. I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid/Barcelona, 2002, *passim*, especialmente pp. 204-225. Para além de muitos aspectos da vida privada de Mayer — nomeadamente a forte ligação à religião, à família e o seu arreigado espírito patriótico — Sosa Wagner põe em evidência o facto de os estudos do Autor alemão terem começado pelo direito privado, sendo considerado, à imagem de Laband, um grande renovador do estudo do direito privado (tanto a sua tese

É igualmente nos finais do século XIX e nos primórdios do século XX que Otto Mayer se debruça sobre o acto autorizativo, em termos que não se afastam demasiadamente dos do seu congénere italiano⁷³⁵, embora o acento tónico seja agora colocado não no direito (alegadamente) preexistente à emissão do acto, mas no *acto administrativo* propriamente dito.

Otto Mayer centra-se na *autorização de polícia*, definindo-a como um acto administrativo que levanta a proibição previamente estabelecida pela norma de polícia, após comprovação de que o exercício da actividade inicialmente proibida não causa, no caso concreto,

de doutoramento como a habilitação como *Privatdozent* são no domínio do direito civil e do direito internacional privado), bem como os seus profundos conhecimentos do direito francês que, de alguma forma, procura transportar para a explicação do direito administrativo alemão. Os Autores com maior influência na obra de Otto Mayer terão sido FRIEDRICH FRANZ MAYER (em especial por intermédio da obra *Grundzüge des Verwaltungs-rechts und -Rechtsverfahren*, de 1857) e GEORG MEYER (com destaque para o *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, de 1883). Apesar do seu interesse pelo direito privado, Otto Mayer — à semelhança de Oreste Ranelletti — defende que o direito administrativo deve construir um sistema de instituições pensado em termos jurídico-públicos a partir da realidade do poder público e da desigualdade dos protagonistas, o Estado e o cidadão, destacando-se nesta sede a sua concepção do *acto administrativo* como a mais típica manifestação da autoridade do Estado. Merece ainda um grande destaque, na obra de Otto Mayer, a “obsessão” pela independência do direito administrativo face ao direito constitucional, sendo célebre a sua frase de acordo com a qual “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece” (“Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”), sendo neste contexto que JELLINEK afirma, a propósito do *Deutsches Verwaltungsrecht* de Mayer (obra cujo primeiro tomo é publicado em 1895 e o segundo no ano de 1896, sendo a edição subsequente datada de 1914 e 1917, respectivamente para o I e II tomos e a 3.ª é dada à estampa no ano da morte do Autor, 1924), que se trata “de uma contribuição importante e original da nova literatura jurídica que se afasta quanto à sua construção e quanto aos seus fins de todos os livros precedentes” (cfr. SOSA WAGNER, *ob. cit.*, p. 193) e que GERHARD ANSCHÜTZ atesta: “até então o Direito Administrativo era um apêndice do Direito de Estado ou do Direito Constitucional. Com Mayer esse apêndice adquire autonomia e categoria científica, dotando-o de uma sistemática e um método próprios” (cfr. SOSA WAGNER, *Maestros Alemanes del Derecho Público*, vol. II, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid/Barcelona, 2004, p. 142). SOSA WAGNER faz uma apreciação excepcional da figura e da obra de Mayer, considerando-o um “homem de sentida religiosidade, excepcional jurista, grande advogado, escritor de boas maneiras e estudioso da teologia” (*Maestros Alemanes...*, cit., vol. I, p. 225) e “um prodígio de actividade, um mago da sistematização e um canal pelo que fluiu até ao direito alemão o grande modelo francês, enriquecendo aquele com as águas deste” (*id.*, p. 231).

No que toca à *autorização administrativa* — ainda hoje “uma figura dogmática central do direito administrativo alemão” (cfr. ATHANASIOS GROMITSARIS, “Die Lehre von der Genehmigung”, *VerwArch*, 88. Band, Heft 1, Januar 1997, pp. 52-88, p. 52) — para além das obras de OTTO MAYER (a construção dogmática da autorização administrativa surge-nos no seu *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. Band, Duncker & Humblot, Berlin, 3. Auflage, 1924, pp. 239-256) recorreremos na exposição à sua análise em diversos estudos posteriores: ao trabalho acabado de citar de ATHANASIOS GROMITSARIS e também a FRITZ FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Vierte Auflage, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919, pp. 377-384 e a FRANK SCHREIBER, *Das regelungsmodell der Genehmigung im integrierten Umweltschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 24-27.

⁷³⁵ É curioso notar que alguns autores oriundos de países diferentes da Alemanha e da Itália aludem ao “impulso dogmático” dado por Ranelletti e Mayer, reforçando a circunstância de serem eles os responsáveis pelo processo de configuração dogmática da autorização como categoria jurídico-administrativa específica, salientando a *ampla coincidência* entre a sua obra. Entre outros, cfr. LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, cit., pp. 112-120 (especialmente p. 113); GARCÍA DE ENTERRÍA/ RAMÓN FERNÁNDEZ, pelo seu lado, aludem ao *conceito clássico de autorização* formado nos finais do século XIX “a partir de duas construções dogmáticas de origem distinta” (as obras de Ranelletti e de Mayer), “que surgem quase simultaneamente no tempo e que a doutrina posterior acabou por fundir num conceito unitário com pretensões de explicar a múltipla gama de intervenções autorizatórias da Administração” (cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8.ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 135). RAMÓN PARADA (*Derecho Administrativo*, I., cit., p. 380 e seg.), apesar de reconhecer que entre as duas concepções “as diferenças não são irreduzíveis”, valora especialmente o facto de Mayer, ao contrário de Ranelletti, não enfatizar a existência prévia do direito à actividade autorizada, o que o leva a distinguir as duas posições.

prejuízos ao interesse público⁷³⁶. Nesta medida, também aqui a autorização emerge como um instrumento do *controlo preventivo* da actividade dos particulares, pois está em causa o exercício de *actividades* previstas pela norma como *próprias dos cidadãos*. Ao remover o obstáculo ao exercício de tal direito (que parece preexistir ao acto, embora tal não seja assumido de forma expressa) o acto em apreço traz consigo o *restabelecimento da liberdade*, fazendo cessar os efeitos da proibição geral para aquele caso concreto.

Desta forma, um dos eixos cardiais do pensamento de Mayer é a situação jurídica prévia à autorização, caracterizada pela existência de uma *proibição policial com reserva de autorização* (a *Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt* ou, na versão francesa da sua obra, a *défense de police avec réserve de permission*): a lei proíbe o início do exercício de certas acções — as quais pertencem ao indivíduo, como decorrência da sua personalidade ou da sua propriedade — até que seja outorgada uma autorização de polícia, em virtude dos danos que aquelas podem produzir — tendo assim em vista a prevenção da verificação de situações ilícitas⁷³⁷. No entanto, e porque estão em causa manifestações da vida individual que não são consideradas em absoluto como perturbadoras da boa ordem da coisa pública, a proibição não é absoluta, dando-se às autoridades policiais a possibilidade de a levantar ou afastar. Esta proibição configura-se como uma *proibição formal obrigatória* em geral, que estabelece um impedimento uniforme ao exercício de uma actividade, justificada pela existência de um *perigo abstracto* que a previsão da proibição pressupõe⁷³⁸. Apesar da evolução dogmática posterior vir a distinguir, na Alemanha, a *proibição preventiva com reserva de autorização* e a *proibição repressiva com reserva de dispensa*, a proibição policial de Mayer abrangia as duas categorias⁷³⁹.

Analisando as palavras de Otto Mayer sobre a *autorização de polícia*⁷⁴⁰, o Autor explica-nos que, ao estabelecerem a ordem de polícia, a lei e o regulamento podem permitir às

⁷³⁶ Cfr. OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 239 e seg.

⁷³⁷ Cfr. FRITZ FLEINER, *Institutionen...*, cit., p. 377. FLEINER alude expressamente ao baptismo deste tipo de situações, por Otto Mayer, com a designação de *Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt*, apresentando vários exemplos (pp. 378-380): a "concessão" da actividade económica (*Gewerbekonzession*), as autorizações urbanísticas, a aprovação de profissionais médicos, a censura do teatro, as autorizações para as empresas de espectáculos, relativas à caça, ao uso de armas, etc. FRITZ FLEINER segue muito de perto a posição de Otto Mayer, tendo publicado este seu livro pouco mais de uma vintena de anos após a edição do *Deutsches Verwaltungsrecht*, sendo um bom Manual para análise das posições de Mayer e da forma como elas foram entendidas e reproduzidas na doutrina.

⁷³⁸ Sobre a concepção de Otto Mayer da *proibição policial com reserva de autorização*, cfr. ATHANASIOS GROMITSARIS, "Die Lehre...", cit., p. 53 e seg..

⁷³⁹ Expressamente neste sentido, ATHANASIOS GROMITSARIS, "Die Lehre...", cit., p. 53. Como veremos, é a Richard Thoma que se deve tal distinção.

⁷⁴⁰ Cfr. o já citado *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., pp. 239-256. De notar que, na edição francesa do mesmo livro (cfr. *Le Droit Administratif Allemand*, II, cit.), a qual, como se pode ler no prefácio do Tomo I, foi traduzida pelo próprio OTTO MAYER (cfr. Tomo I, com o mesmo título e editor, embora datada de 1903, p. xv; o Autor informa que introduziu algumas modificações que permitem exprimir melhor ou mesmo rectificar o seu pensamento), o grande Mestre alemão traduz o termo "Erlaubnis" por "permission", servindo-se igualmente, *com o mesmo sentido*, das expressões *Ermächtigung* ("autorisation", na versão francesa), *Genehmigung*, *Zustimmung* e *Konsens* (traduzido genericamente por "consentement" na edição francesa) e sublinhando que estes diversos tipos de expressão são, na maior parte dos casos, inocentes. Como veremos, a nossa ideia é a mesma, razão pela qual utilizaremos no texto o termo *autorização* ou *acto autorizativo* para aludir a este tipo de actos que, por detrás de um idêntico conteúdo autorizativo, assumem nomenclatura diversa (cfr. p. 239, nota 1, na versão alemã, e p. 57, nota 1, na edição francesa).

autoridades de polícia que, no caso concreto, lhe façam uma excepção, sendo por isso que se fala na proibição de polícia com reserva de autorização. Estão em causa manifestações da vida individual que não se consideram absolutamente prejudiciais à boa ordem da coisa pública mas que, em todo o caso, têm a potencialidade de implicar uma perturbação para a comunidade — possibilidade essa relacionada com a *pessoa* donde emanam ou da maneira como a *empresa* é instalada, organizada ou dirigida. Em face desse potencial de perigo, é necessário um exame prévio concretizado num acto de autoridade: a autorização que, dessa forma, afasta a proibição.

O facto de a proibição policial de Mayer abranger os dois tipos de proibições que viriam depois a ser autonomizados pela doutrina e que ainda hoje marcam a construção dogmática germânica do acto autorizativo revela-se pela circunstância de o Autor reconhecer que *a reserva de autorização pode assumir formas muito diversas* em função do diferente grau de perigosidade tacitamente pressuposto pela lei e da maior ou menor margem de apreciação deixada à autoridade administrativa, no momento de ponderar aquela perigosidade ao nível do caso concreto⁷⁴¹.

O efeito da proibição com reserva de autorização prevista na lei é duplo⁷⁴²: por um lado, institui uma *proibição formal* na medida em que é levantado um obstáculo para a empresa ou actividade em causa, o que acarreta uma desobediência em caso da sua violação; todavia, na medida em que tal proibição está sob reserva de autorização, atribui-se uma competência à Administração para afastar a proibição ao nível do caso concreto. Afastamento que, nos termos da lei, tanto pode ficar no âmbito da livre apreciação administrativa (caso em que o requerente não goza de um direito), como ser obrigatório, caso em que estamos perante um acto vinculado e em que o requerente tem um direito subjectivo à outorga da autorização, situação que será a regra, só exceptuada quando se verificar um obstáculo ou impedimento previsto na lei ao exercício da actividade — abrindo assim a porta à diferenciação acentuada pela doutrina, numa tendência que ainda hoje perdura, entre autorizações discricionárias e autorizações vinculadas.

Um outro aspecto directamente abordado por Otto Mayer⁷⁴³ tem a ver com a necessidade de a autorização ser *requerida* pelo interessado, podendo a atitude da Administração perante tal requerimento⁷⁴⁴ variar entre a *recusa*, o *deferimento* ou *concessão* da autorização e a *outorga da autorização subordinada a condições determinadas*. Ao passo que na primeira situação a proibição legal se mantém vigente para o caso concreto, se houver *outorga*

⁷⁴¹ Construção que tem apoio legislativo expresso uma vez que, nos § 55 e segs. da *Gew. Ord.*, o legislador consagra, em relação à venda ambulante, diferentes formas de determinar a autorização que, nuns casos, *deve* ser concedida, noutros *pode* ser concedida e noutros, ainda, *não deve* ser concedida: cfr. OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, II., cit., p. 59, nota 3 (com uma explicação um pouco mais desenvolvida em comparação com a edição alemã, que se limita a uma referência ao preceito citado).

⁷⁴² Cfr. *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., pp. 241-243.

⁷⁴³ *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., pp. 243-251.

⁷⁴⁴ Requerimento cujos elementos não dependiam em absoluto da intenção ou opções do requerente, uma vez que a lei disciplinava já, ao tempo, aquilo sobre o que ele devia incidir: em especial as qualidades pessoais do requerente, a sua reputação, os meios materiais a serem empregues na actividade requerida, ou seja, simultaneamente sobre a pessoa do requerente e a coisa objecto do requerimento/autorização ou sobre a necessidade pública na construção de uma nova empresa daquele tipo — cfr. F. FLEINER, *Institutionen...*, cit., pp. 380-382.

ou concessão da autorização tal proibição ficará neutralizada (sem efeito), restabelecendo-se a liberdade do interessado e sendo-lhe garantido um certo grau de segurança jurídica, em função da maior ou menor estabilidade da autorização⁷⁴⁵. Por último, a autorização pode ser subordinada a condições determinadas, isto é, ser emitida acompanhada por cláusulas particulares, aludido Mayer ao *termo*, à *condição* e ao *modo* ou *encargo*, sendo esta última considerada a mais importante. Não podem ser aditadas cláusulas particulares à autorização no caso de existir um direito à sua outorga, sendo todavia a possibilidade de oposição daquelas disposições uma forma de obstar à recusa — que se apresenta como uma hipótese muito mais severa — nos casos em que a autoridade policial disponha de margem de apreciação discricionária na decisão de deferir ou não o pedido de autorização⁷⁴⁶.

Afastando-nos da obra do Autor germânico mas continuando a sua análise, recorrendo nomeadamente às interpretações e considerações que autores posteriores sobre ela fizeram, deveremos desde logo sublinhar o paralelo com Ranelletti: também aqui estão em causa acções dos indivíduos relativamente proibidas pela lei — proibição que vigora enquanto não for emitida a competente autorização —, realçando-se igualmente a ideia do direito preexistente. No fundo, à imagem do que já vimos, está subjacente ao terreno pisado pelos actos autorizativos a composição entre autoridade e liberdade, uma vez que não estamos perante um sistema repressivo com proibições absolutas mas em face de um *sistema preventivo* de proibições relativas, havendo mesmo autores italianos a reconhecerem a fórmula de Mayer da *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* como a *mais idónea para dar a ideia da função da autorização na sua globalidade*⁷⁴⁷.

Também em Otto Mayer a autorização assume uma *natureza declarativa* ou, pelo menos, parcialmente declarativa: com este acto, a autoridade policial limita-se a confirmar a inexistência de obstáculos ao exercício da acção requerida, não fundando nem cedendo nenhum direito, nem havendo tão-pouco qualquer renúncia da parte da Administração⁷⁴⁸. A autorização é “apenas a declaração da autoridade de que não se opõe qualquer impedimento de direito público à actividade” ou, melhor dito, de que “se opõe um impedimento mas que ela removeu”⁷⁴⁹ — ditando autoritariamente o direito do caso concreto o que,

⁷⁴⁵ Sendo ainda sublinhada a diferença entre os casos em que as qualidades pessoais do empresário (uma vez que é esta a situação destacada por Mayer) foram determinantes para a emissão da autorização e em que, por tal razão, tal acto vai produzir efeitos apenas em relação àquela pessoa determinada, dos outros em que relevam os meios por intermédio dos quais a empresa vai ser explorada, em que tal limitação não se verifica. Havendo ainda um terceiro grupo de situações em que contam ambos os pontos de vista.

⁷⁴⁶ F. FLEINER é a este respeito um pouco mais restritivo, defendendo que o estabelecimento de condições só é possível quando estas se destinem ao cumprimento das exigências legais (cfr. *Institutionen*..., cit., p. 381).

⁷⁴⁷ Cfr. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative*..., cit., p. 20 e segs., especialmente n. 47, p. 25. Note-se, todavia, que Franchini se afasta do pensamento de Mayer quando defende que a intenção da norma não é criar um direito contemplando a sua excepção mas, pelo contrário, considerar admissível uma actividade só depois de ter constatado que ela não seja nociva no caso concreto para um interesse público (cfr. p. 27 e seg.).

⁷⁴⁸ Neste sentido, cfr. F. FLEINER, *Institutionen*..., cit., p. 382 — o qual nos fala sobre a distinção entre a autorização e a concessão preconizada por Mayer, seguida depois pela quase unanimidade dos autores germânicos.

⁷⁴⁹ Cfr. OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 245, nota 10. ATHANASIOS GROMITSARIS, em referência a esta parte do pensamento de Mayer, põe parcialmente em causa aquilo que dizemos em texto (cfr. “Die Lehre...”, cit., p. 61): a autorização não é puramente declarativa, na medida em que suprime a proibição. Ela é mais um testemunho ou certificado de que as reservas de direito público não se opõem à actividade ou à empresa. Apoiado numa decisão do BVerwG (de 24.4.1959 — VI C 91.57 — E 8), ATHANASIOS GROMITSARIS considera que

acrescentamos nós, não constitui uma particularidade da autorização por ser uma nota comum ao próprio (à própria noção de) acto administrativo.

Daí também a sua distinção em face da concessão⁷⁵⁰: a autorização, na medida em que confirma a inexistência de obstáculos para o exercício da acção requerida, não funda nem cede qualquer direito, limitando-se a restabelecer a liberdade “natural” do cidadão, sem lhe atribuir nada que ele não tivesse já, ao passo que através da concessão, pelo contrário, é-lhe cedido ou confiado um pedaço da administração pública, o que implica que o concessionário adquira algo de novo, que a sua esfera jurídica seja ampliada⁷⁵¹.

Com base nos alicerces deixados por Otto Mayer a doutrina alemã vai evoluir, devendo assinalar-se o grande protagonismo da distinção desenvolvida por Richard Thoma — na sua crítica à construção do Mestre germânico em relação à posição jurídica do requerente da autorização⁷⁵² — entre a *proibição preventiva com reserva de autorização* (“präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt”) e a *proibição repressiva com reserva de dispensa* (“repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt”): ao passo que no primeiro grupo de casos a lei não quer vetar um comportamento, havendo apenas uma *restrição provisória e preventiva* à

“também os actos administrativos declarativos podem melhorar e ‘favorecer’ as posições jurídicas dos afectados através da concretização dos preceitos legais”, acrescentando ainda (“Die Lehre...”, cit., p. 61 e seg.): “Cada declaração é uma concretização jurídica vinculativa, um acto decisório autónomo, cujo efeito constitutivo consiste em que a sua legalidade, anulabilidade e o seu efeito prejudicial podem ser reavaliados nos procedimentos administrativos subsequentes”.

Saliente-se que um dos vultos maiores do direito público germânico de meados do século passado tinha já inflectido o caminho trilhado por Otto Mayer a este propósito. Referimo-nos a ERNST FORSTHOFF que, em 1950 (data da 1.ª edição do seu *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*; a obra por nós compulsada foi *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 10. Auflage, 1973, sendo a este propósito pertinentes as pp. 207-211, especialmente a p. 209), inclui na categoria dos *actos conformadores ou criadores de direitos (gestaltende Verwaltungsacte)* os diversos tipos de actos autorizativos, i. é, as permissões, autorizações, licenças e também as aprovações, ao lado por exemplo das concessões, também aqui subsumidas. Ou seja: as autorizações são consideradas actos que criam ou modificam uma situação jurídica ou uma relação jurídica concreta, no caso uma situação de direito particular em proveito do seu beneficiário, dando assim um passo mais no sentido do reconhecimento de um *efeito constitutivo* ao tipo de actos objecto da nossa investigação.

⁷⁵⁰ Embora se deva ter aqui presente a “queixa” expressa por ATHANASIOS GROMITSARIS (“Die Lehre...”, cit., p. 63), que lamenta o facto de, ao tempo de Otto Mayer, não haver ainda razões que justificassem uma separação rigorosa entre os institutos jurídicos, usando-se a palavra *concessão* (“Konzession”) com o mesmo significado da autorização de polícia (aludindo ao já citado exemplo da “Gewerbekonzession”), sendo usado um outro termo (“Verleihung”, que pode também ser traduzido por concessão) para mencionar a “autêntica” ou “genuína” concessão, a que nos reportamos no texto.

⁷⁵¹ Cfr. OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 244 e seg. e FRANK SCHREIBER, *Das regelungsmodell der Genehmigung...*, cit., p. 25.

⁷⁵² Crítica essa exposta nas suas obras *Der Polizeibefehl im badischen Recht*, Tübingen, 1906 e “Bemerkungen zu ProVG III A 6.25, Entscheidung vom 29.10.1925”, *VerwArch* 32, 1927, pp. 247-250 — *apud* FRANK SCHREIBER, *Das regelungsmodell der Genehmigung...*, cit., p. 26. Desenvolvidamente sobre a questão, cfr. MING-SHIOU CHERNG, *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Rechte der Ordnungsverwaltung*, Juristische Schriftenreihe, Lit Verlag, Münster, 2001: ao tratar o *desenvolvimento da doutrina da proibição com reserva de autorização* (pp. 9-62), MING-SHIOU CHERNG debruça-se, em particular, sobre as diferentes possibilidades de regulamentação da administração de ordenação, contrapondo a proibição com reserva de autorização a outros modelos, constituídos pela obrigação de declaração, autorização com reserva de proibição, *proibição repressiva com reserva de dispensa* (“Befreiung”) e, ainda, a proibição absoluta (cfr. pp. 13-25). Todavia, o aspecto para nós neste momento mais relevante é constituído pelas páginas escritas pelo Autor (cfr. pp. 26-31) a propósito da concepção de Otto Mayer (“a proibição de polícia unitária com reserva de autorização”) e a *diferenciação proposta por Richard Thoma entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de isenção/libertação*.

liberdade geral de actuação, responsabilizando-se a Administração pela reposição da liberdade originária e sendo o particular/requerente titular de um direito subjectivo à outorga da autorização quando a sua emissão seja vinculada (sublinhando-se, nestes termos, o *carácter declarativo* da autorização, uma vez que o sujeito autorizado não recebe nada que, em rigor, não tivesse já antes da prática do acto pela Administração), no segundo o comportamento é em geral proibido, podendo *excepcionalmente* neutralizar-se tal proibição, através de uma *dispensa* a qual, nestes termos, tem o carácter de uma autorização excepcional — a terminologia usada, na língua alemã, para aludir a este segundo tipo de situações varia entre *autorização excepcional* (*Ausnahmebewilligung*), *dispensa* (*Dispens*) ou *dispensa/libertação* (*Befreiung*) da proibição.

No fundo, está em jogo a diferença entre formas de comportamento socialmente valiosas ou desejadas (ou, ao menos, neutras) e acções socialmente danosas e/ou indesejadas, dela resultando que a *Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* se reporte a actividades sujeitas a uma *proibição meramente formal, provisória e preventiva* à liberdade geral de actuação dos particulares, ao passo que na *repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt* a proibição é *simultaneamente formal e material*. Assim, no primeiro caso, a autorização restabelece a liberdade de acção geral do indivíduo, enquanto no segundo produz um alargamento da esfera de direitos do cidadão, sendo um acto administrativo favorável não só do ponto de vista formal mas também material⁷⁵³.

Esta distinção conheceu uma adesão e uma vitalidade enormes por parte da doutrina e da jurisprudência alemãs, que dura até hoje, sendo também reconhecida — ainda que normalmente de forma implícita — pelo legislador⁷⁵⁴. Tal diferenciação permite pôr de um

⁷⁵³ As referências doutrinárias sobre a questão são inúmeras. Seguimos essencialmente no texto HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 209-213 — o qual nos informa ainda sobre a circunstância de a autorização de controlo ser emitida quando não resultarem dos elementos recolhidos no procedimento quaisquer *causas legais de recusa*, dando como exemplo paradigmático deste tipo a *autorização de construção* (que tem uma parte declarativa — declaração da compatibilidade do projecto com o direito vigente — e uma parte dispositiva — autorização da execução do projecto) e também a *autorização do direito de protecção da atmosfera*. Em relação à *dispensa excepcional* o exemplo apresentado é o das corridas de automóveis em estradas públicas. Cfr. também, de forma sintética e bastante esclarecedora — se bem que apoiado, em larga medida, no ensinamento de Maurer — ATHANASIOS GROMITSARIS, “Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt”, *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 10 (Mai 1997), pp. 401-409 (p. 401 e seg.).

Como sublinha F. SCHREIBER (*Das Regelungsmodell der Genehmigung...*, cit., pp. 24-27) em referência directa à obra de Richard Thoma, não se pode dizer que sejam verdadeiramente proibidas muitas actividades sujeitas a autorização, estando apenas proibido o início da actividade sem que a legalidade do projecto seja examinada e controlada num procedimento autorizativo e como tal declarada pela autoridade administrativa falando Thoma, a tal propósito, numa regra da “solicitação de autorização com finalidade de prevenção” (*Erlaubniseinholungsgebot zum Zwecke der Prävention*) e não numa ampla proibição com reserva de autorização. Situações das quais se devem distinguir as verdadeiras ou puras reservas de autorização, designadas como *dispensas* ou *autorizações excepcionais*, cuja recusa ou emissão com modos está na discricionariedade da Administração (ao passo que, nas outras, a adição de modos só poderia ser válida quando fosse expressamente prevista pela lei).

⁷⁵⁴ O que não invalida que se façam cada vez mais críticas mais ou menos contundentes e mais ou menos certas a tal distinção. Bastante interessante, a este propósito, é a análise de ATHANASIOS GROMITSARIS, cujo artigo citado em último lugar (“Die Unterscheidung...”, cit., *passim*) tem por ideia base precisamente um sentido crítico à diferenciação em apreço: enquanto que a afirmação da diferença entre a proibição preventiva e a proibição repressiva, contemporânea da República de Weimar, reflectia a posição dominante da doutrina *no âmbito do direito de polícia*, verifica-se hoje, para GROMITSARIS, uma aproximação ou mesmo união entre os dois tipos de proibição, concluindo que tal diferenciação se, por um lado, apresenta um resultado classificatório insusceptível de ser posto

lado as acções, actividades, comportamentos, empresas, empreendimentos, etc. que a lei não quer vetar em absoluto, sujeitando-os todavia a um *controlo preventivo* por parte das autoridades administrativas e, do outro, as acções que, em face da maior perigosidade ou danosidade potencial que implicam ou do maior melindre, dignidade, escassez ou natureza dos interesses públicos em jogo e dos bens jurídicos protegidos, são submetidas a uma proibição repressiva mas em relação às quais pode mesmo assim haver uma “libertação” de tal proibição, que deve todavia ser concebida como excepção a um dever geral⁷⁵⁵.

2. Evolução do tratamento dogmático da autorização administrativa – a “crise” da autorização

Tendo por pano de fundo as obras de Oreste Ranelletti e de Otto Mayer, a doutrina jus-administrativa sobre o acto autorizativo evoluiu ao longo do século XX, devendo começar por assinalar-se um dado incontornável: depois da fundação da análise teórica da autorização administrativa em bases dogmáticas sólidas e robustas, a evolução da realidade social e económica e a adaptação da dogmática jurídica aos novos tempos deixou no ar a ideia geral da *crise da autorização administrativa*.

Antes de analisar os desenvolvimentos teóricos que na Alemanha e sobretudo em Itália originaram uma vasta e consistente doutrina sobre este acto, é relevante avançar uma

em causa, por outro não pode (mais) orientar a obtenção (“Normgewinnung”) das normas ao nível do caso concreto, não dependendo a questão de saber se o requerente goza ou não de um direito à emissão da autorização da qualificação jurídica do tipo legal de proibição como preventiva ou repressiva.

⁷⁵⁵ Para além das críticas mencionadas na nota anterior há que referir que, na actualidade, alguns dos autores que se têm destacado na análise do acto autorizativo, no espaço alemão, fogem um pouco a esta distinção rigorosa ou, pelo menos, a tornam mais matizada, jogando com outros factores para a distinção. Destacá-riamos RAINER WAHL, por ter um trabalho monográfico dedicado à figura da autorização (cfr. “Erlaubnis”, cit., especialmente p. 529) que, apesar de reforçar a ideia de que existe nas actividades sujeitas a autorização um *limite de tipo formal* (proibição geral de realizar a acção correspondente sem autorização; a acção em causa não é materialmente proibida nem qualificada como juridicamente indesejada) e uma *proibição provisória*, prefere à designação tradicional (proibição com reserva de autorização) uma outra que, de acordo com o próprio, põe em evidência o aspecto material: *procedimento de autorização com reserva de proibição*. Desta forma, a autorização exprime vinculativamente que o projecto ou comportamento requeridos não se opõem, na data do controlo de abertura, a preceitos jurídicos (efeito declarativo), suspendendo simultaneamente o limite da proibição formal, com o que autoriza o projecto ou o comportamento (efeito de autorização). Pelo contrário, no instrumento mais radical da proibição repressiva com autorização excepcional a acção em causa é qualificada como socialmente indesejada ou perigosa em geral e, por isso, em princípio proibida. Esta autorização excepcional, normalmente discricionária, dá ao requerente uma excepção ou a dispensa de uma proibição (que seria imperativa) para um caso concreto.

Também HARTMUT MAURER usa uma terminologia um pouco diferente (cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 44 e segs.), distinguindo entre *autorizações de controlo* e *permissões* ou *dispensas excepcionais*. As autorizações de controlo suprimem no caso concreto uma proibição legal, autorizando uma acção ou um projecto determinados — sendo evidente que nestas situações a *proibição não é absoluta* mas está sob reserva de emissão da autorização, que acontecerá quando não resultarem do procedimento quaisquer causas legais de recusa. Já nos casos de *dispensa excepcional* (proibição repressiva com reserva de dispensa) o legislador proíbe em geral um comportamento (considerado socialmente danoso ou indesejado), permitindo no entanto que em casos excepcionais possa ser emitida uma “libertação” dessa proibição. Em suma: ao passo que no primeiro grupo de casos a autorização restabelece a liberdade de actuação geral (que tinha sido limitada em nome de um controlo preventivo), no segundo o acto autorizativo alarga a esfera jurídica do cidadão.

nota comum a todas as ordens jurídicas: a autorização emergiu e foi pensada como acto *de polícia* dirigido à tutela da *ordem pública* na sua tripla dimensão compreensiva de tranquilidade, segurança e salubridade públicas. Ora, a sua transposição para o campo complexo das actividades económicas e a necessidade de adaptação a uma vida económica e social progressivamente mais complexa, dinâmica, diversificada e intensa⁷⁵⁶, em que passa a desempenhar um papel que não se reduz ao simples controlo negativo do exercício de direitos, mas que se estende a campos diversos e heterogéneos, desde a regulação e orientação do mercado à tutela do ambiente⁷⁵⁷, levou a que o esquema tradicional da *autorização de polícia* deixasse de ser suficiente para apreender o sentido da maior parte das autorizações administrativas praticadas nos tempos hodiernos. Na verdade, na maioria das actividades económicas que carecem de autorização para o seu exercício são muito mais do que meros interesses de polícia (mesmo entendido este conceito em sentido muito amplo) que estão em jogo, o que é particularmente verdade ao nível das autorizações industriais e, dentro destas, autorizações para o funcionamento das indústrias mais perigosas e complexas, com fortes componentes tecnológicas e profundos efeitos no emprego, no ambiente, no ordenamento do território, no desenvolvimento económico do país, etc.

Ora, é neste contexto que vai emergir a “crise da autorização”, realidade para a qual os Autores dos mais variantes quadrantes e ordens jurídicas chamam a atenção, desde meados do século transacto, crise que, nas últimas décadas, ganhou novos contornos e um novo sentido.

O tratamento teórico e os diversos planos da análise da autorização administrativa impressionam sobretudo — ou, pelo menos, impressionaram-nos a nós de sobremaneira — no ordenamento jurídico italiano, razão pela qual centraremos aqui as considerações subsequentes. A doutrina italiana sobre a autorização é copiosa e bastante eloquente ao longo do século XX, destacando-se, entre outras, as reflexões levadas a cabo por autores como Santi Romano, Giovanni Ortolani, Ugo Forti, Guido Zanobini, Gustavo Vignocchi, Massimo Severo Giannini, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Aldo Sandulli, Flaminio Franchini, Ricardo Villata e Fabrizio Fracchia, apenas para citar os nomes mais representativos e/ou sobre os quais a nossa atenção vai primordialmente incidir.

Apesar da manutenção dos pressupostos fundamentais do legado de Ranelletti, há sobretudo um aspecto da sua concepção que vai estar sujeito à crítica e suscitar algumas clivagens na doutrina, o que também se explica pela citada transposição do acto autorizativo para campos mais ou menos afastados da originária autorização de polícia: a circunstância de a autorização se reportar a actividades em relação às quais o interessado disporia de um

⁷⁵⁶ Tendo por detrás de si os postulados cartesianos e o mito do desenvolvimento económico e social sem limites, do progresso constante, num caminho de crescente domínio da Natureza pelo Homem (caminho esse aparentemente sem retorno), ao qual só se viria a pôr travão a partir da década de sessenta do século XX, antes de mais na própria comunidade científica, nomeadamente por intermédio da citada obra de RACHEL CARSON, *Silent Spring*, de 1962.

⁷⁵⁷ Seguimos aqui, de perto, as palavras de GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, Tomo II, cit., p. 138 e seg. — os quais, em todo o caso, deixam fora da sua consideração a questão ambiental.

No mesmo sentido cfr., entre nós, de forma sintética, ROGÉRIO SOARES, mostrando que o âmbito da figura geral das autorizações “tem sido alargado de modo a abranger categorias que primitivamente se procurava contrapor ao núcleo central das autorizações, criando problemas que eram dificilmente solúveis” (cfr. *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 111 e seg.).

direito preexistente e, interligado com ela, a *natureza declarativa* do acto em apreciação. Nem sempre tais características foram postas em causa em termos genéricos mas, pelo menos em boa parte da doutrina, elas foram afastadas como uma característica *essencial* do acto autorizativo, valendo apenas para alguns tipos de autorizações e/ou em situações determinadas.

No panorama geral da doutrina dos primórdios do século xx⁷⁵⁸ destaca-se a notória influência de Ranelletti, o qual constitui sempre a referência dos diversos autores que, neste período, não se afastam demasiadamente da obra do grande Mestre — o que não pode surpreender, na medida em que, ainda nos dias de hoje se põe em destaque a actualidade e sustentabilidade da teoria de Ranelletti⁷⁵⁹.

Assim, e seguindo por ora fundamentalmente o ensino de Fabrizio Fracchia⁷⁶⁰, a evolução nos anos subsequentes à obra de Ranelletti articulou-se com o enorme desenvolvimento da investigação em torno do *acto administrativo*. O estudo da autorização constituiu um poderoso estímulo para a análise das situações jurídicas subjectivas dos particulares em face da Administração: no entanto, e apesar das incertezas e reflexões quanto à demarcação do direito subjectivo em face do interesse legítimo e à teorização da categoria dos direitos subjectivos públicos, o efeito da autorização continua a ser pacificamente visto como o da remoção de um limite ao exercício do poder contido no direito ou das faculdades que constituem o seu conteúdo.

Desta forma, as definições dadas pelos diversos autores que se debruçaram sobre esta temática reconduzem-se, no essencial, à de Ranelletti, salientando a *preexistência da situação jurídica* e a *remoção de um limite ao exercício de um direito* pela autorização. Destes Autores, salienta-se o nome de Santi Romano, o qual define a autorização como o *acto que remove um limite, pelo qual é impedido o exercício de um direito já existente, ou que transforma este de potencial em actual*⁷⁶¹.

No seu *Corso di Diritto Amministrativo*, cuja primeira edição data de 1930⁷⁶², o Autor

⁷⁵⁸ Sobre ele, cfr. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., o qual se debruça autonomamente sobre as reflexões da *doutrina* deste período histórico (cfr. pp. 123-132) e o tratamento *jurisprudencial* contemporâneo (cfr. pp. 133-144). Este trabalho de Fracchia foi decisivo nesta fase do nosso estudo, uma vez que é dedicado ao tema da relação entre as *situações jurídicas subjectivas* e a *autorização administrativa*, sendo neste contexto e com este pano de fundo que estuda autonomamente a primeira fase dos estudos publicistas anteriores a Ranelletti (pp. 35-71), a teoria de Oreste Ranelletti (pp. 73-103), a relação entre as autorizações, os limites ao exercício do direito e o conteúdo das situações jurídicas subjectivas (pp. 105-144), o esvaziamento progressivo do conteúdo das situações jurídicas e o efeito constitutivo das autorizações (pp. 145-211) e o imbricamento entre as autorizações e o consentimento do exercício de situações de vantagem preexistente (pp. 213-266) — o que demonstra, sem necessidade de ulteriores referências, a importância do seu trabalho no contexto do estudo que estamos agora a levar a cabo.

⁷⁵⁹ Cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., *passim*, especialmente pp. 98-103. Também ELIO CASSETTA reafirma, já no século em curso (cfr. *Manuale...*, cit., pp. 297-301), a tese do efeito jurídico da autorização de *remoção dos limites* postos pela lei ao *exercício de uma situação de vantagem preexistente*, depois de verificada a sua compatibilidade com o interesse público — embora afirme que a autorização não se limita em muitas situações a consentir o exercício de uma situação de vantagem preexistente, pois de forma cada vez mais frequente *conforma a acção do autorizado* com vista à prossecução do interesse público, o que legitima os (e é consequência dos) poderes de controlo e vigilância de que a Administração dispõe.

⁷⁶⁰ Cfr. *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., pp. 105-144.

⁷⁶¹ Cfr. SANTI ROMANO, *Principii...*, cit., p. 51 *apud* FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 110.

⁷⁶² A edição por nós consultada foi a 3.^a edição revista: cfr. SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*

preocupa-se fundamentalmente em salientar as diferenças entre as diversas modalidades de *manifestações de vontade constitutivas* ou *inovativas*, categoria no seio da qual distingue as *admissões* (de pessoas numa instituição ou empresa pública, numa categoria determinada ou entre os participantes num concurso), as *concessões* (actos de conteúdo discricionário que ocorrem quando a Administração transmite a outrem um seu poder ou direito, implicando uma perda ou limitação da Administração cedente e uma aquisição do sujeito cessionário) e as *autorizações*, pondo agora em evidência o facto de a Administração atribuir ao sujeito autorizado a faculdade de exercer um direito ou um poder próprio, que preexiste à autorização num estado potencial dando-se, desta forma, a “*remoção, para uma pessoa ou para um caso determinado, do dever geral* que a lei estabelece para certos actos, embora consentindo que tal dever não seja absoluto e possa por isso ser derogado”. Explicando ainda tratar-se de um acto mais ou menos discricionário com que se permite uma futura acção material que, de outra maneira, seria ilícita, ou um futuro acto jurídico que, sem aquele, seria inválido.

Também Ugo Forti⁷⁶³, inclui as autorizações na categoria dos *actos que influem sobre o exercício de direitos* (ao passo que os *vistos* e as *aprovações* se subsumem na categoria das verificações), considerando que elas não representam uma excepção perante um sistema geral de proibição, destacando que o seu *efeito jurídico* se projecta sobre o momento do exercício de qualquer direito sujeito a tal regime: não há uma proibição geral, mas apenas uma *proibição condicionada*, um limite ao exercício do direito do indivíduo que pode ser removido, caso a caso, pela autoridade administrativa, depois de ter verificado que os actos de exercício do direito não trazem danos para os interesses públicos por cuja prossecução a autoridade em questão seja responsável, aderindo por isso à fórmula de Ranalletti da “remoção de limites” — considerando que, nos casos em que o requerente tenha direito à autorização, se trata afinal de uma *admissão*, sem carácter negocial, uma vez que a Administração se limita a confirmar a existência dos requisitos previstos na lei, sem margem para qualquer avaliação discricionária.

De qualquer modo, a doutrina procura, neste período, ser mais rigorosa nas distinções e classificações, salientando tanto a diferenciação entre a autorização propriamente dita e a aprovação, unitariamente consideradas por Ranalletti (ao passo que a primeira condiciona a possibilidade do exercício de um poder ou direito, a *aprovação* condiciona os efeitos de um acto produzido no âmbito de um poder *já exercitado*), bem como a demarcação da autorização em face de outros actos administrativos que consentem o exercício de uma faculdade preexistente do sujeito — como vimos em relação a Santi Romano.

A jurisprudência italiana seguiu, no essencial, as tendências doutrinárias, “confirmando” em diversos arestos o consentimento, pela autorização, do exercício de um direito preexistente⁷⁶⁴. São também de salientar as controvérsias relativas à extensão do poder dis-

— *Principi Generali*, terza edizione riveduta, CEDAM, Padova, 1937. Em relação ao que vai ser referido no texto, cfr. as pp. 238-244.

⁷⁶³ Cfr. *Diritto Amministrativo – Parte General*, Volume II, Terza Edizione Inalterata, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937, pp. 149-153.

⁷⁶⁴ Cfr., por exemplo, o caso citado por FRACCHIA (*Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 137, nota 91), no qual o Tribunal de Apelo de Génova afirmava, em 1908, que “o *direito de propriedade* e o *direito de laboração* em

cricionário da Administração, nomeadamente em articulação com os limites do direito ao ressarcimento do particular em caso de indeferimento ilegal da autorização, reconhecendo-o a jurisprudência só em casos determinados. Mas a nota mais saliente parece mesmo ser a fidelidade jurisprudencial à tese da remoção dos limites, reafirmando a preexistência do direito em relação à autorização.

Como é sabido, no segundo quartel do século xx vai-se instaurar em Itália, pelas mãos de Benito Mussolini, o regime fascista, o qual teve também repercussões significativas no desenvolvimento das autorizações administrativas⁷⁶⁵. Destaca-se a publicação e entrada em vigor da Lei n.º 141/1933, de 12 de Janeiro, que introduziu, de forma generalizada, a *autorização de instalações*⁷⁶⁶: esta lei limitou-se praticamente a estabelecer o princípio geral da necessidade de autorização, atribuindo ao Governo a possibilidade de determinar a necessidade de autorização para a instalação e ampliação de novos estabelecimentos industriais, devendo assim ser articulada com alguns decretos régios nos quais se previam as normas de execução que procederam à individualização dos diversos sectores industriais que caíam no âmbito de incidência da lei, iniciados com a publicação do *regio decreto* n.º 590/1933, de 15 de Maio⁷⁶⁷. A Lei n.º 141/1933, por detrás do objectivo formal de adequar a indústria italiana às condições económicas existentes, pretendia na verdade dificultar o acesso ao mercado e, em geral, as novas iniciativas, por forma a eliminar a concorrência, numa lógica corporativa e de intervencionismo público bem conhecida. Esta lei — que consagrava também um regime sancionatório, onde se incluía a possibilidade de o Ministro ordenar o encerramento dos estabelecimentos disciplinados — acabou por obter um grau insuficiente de aplicação, sendo em todo o caso um marco na evolução do direito autorizativo italiano.

Desta forma, ao longo da primeira metade do século xx, o panorama doutrinal da autorização administrativa em Itália foi evoluindo, tendo sempre como pano de fundo a obra de Ranelletti, embora com a introdução de alguns aspectos novos e, sobretudo, com uma distinção mais rigorosa perante outros actos de conteúdo e sentido apenas relativamente

terreno próprio *preexiste a qualquer regolamento*, tendo a autoridade apenas o poder de vigiar e de impedir que tal direito degenera e traga danos públicos” (itálicos nossos). O que não invalida que, noutros arestos contemporâneos, se reconhecesse simultaneamente à Administração Pública o *poder de revogação* fundado no mesmo interesse público ao qual a actividade do privado deve ser conforme para que a autorização seja concedida (cfr. os acórdãos referidos por FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 141).

⁷⁶⁵ A nossa referência ao regime fascista é deliberada, uma vez que a doutrina italiana alude expressamente à ligação entre o regime autorizatório que vamos analisar e o governo fascista da Itália desses anos. Por todos, cfr. ALBERTO MASSERA, “La nuova legge per il mezzogiorno e le norme sulla autorizzazione agli impianti”, *RTDP*, Anno XXIII, 1973, pp. 336-359 (pp. 342-346) e GIULIANO AMATO, “L’autorizzazione agli impianti industriali — una cronaca”, *RTDP*, Anno XXIII, 1973, pp. 319-335 (pp. 319-325) — que vamos seguir no texto imediatamente subsequente.

⁷⁶⁶ Lei fundada em anteriores textos legais emitidos já no período fascista: a Lei n.º 413/1926, de 11 de Março, relativa à autorização para a constituição de sociedades e aumento de capital; o *regio decreto legge* n.º 207/1927, de 3 de Novembro, sobre autorização de novos estabelecimentos nos centros urbanos; e, sobretudo, o *regio decreto legge* n.º 2488/1929, de 18 de Novembro, sobre autorização para a implantação e ampliação das indústrias fundamentais para a defesa nacional.

⁷⁶⁷ Este Decreto Régio foi apenas o primeiro de uma longa série que veio a compreender a regulamentação de quase todas as instalações industriais: a indústria metalúrgica e mecânica, a química, a cinematográfica, a têxtil, a alimentar, a da goma, do frio, do vidro, do cimento, da porcelana, da produção do papel e de lapidação das pedras preciosas.

próximo (actos que consentem o exercício de uma faculdade pré-existente do sujeito como as aprovações, as admissões, as habilitações e outros actos de consentimento). Distinções que levam a doutrina a aludir a um processo de “erosão” da categoria autorização ou mesmo à *crise* da autorização, termo que foi ganhando em Itália foros de grande protagonismo.

Uma das vozes que mais se fez ouvir a este nível foi a de Aldo Sandulli, o qual nos dá um excelente retrato da situação e das dúvidas reinantes em meados do século⁷⁶⁸. Por um lado, põe em evidência a *crise conceitual* que a autorização atravessava, nomeadamente devido ao aumento do número de casos que se subsumem na categoria e da impropriedade da terminologia usada na legislação⁷⁶⁹ e também em face da dificuldade de a distinguir de alguns actos de conteúdo próximo, como as *licenças* e as *habilitações*⁷⁷⁰. Não obstante, defende que o resultado de tal crise pode precisamente confirmar a validade dos conceitos inspiradores e dos ensinamentos tradicionais, razão pela qual, pelo menos numa primeira fase dos seus trabalhos, continua a defender a preexistência de um direito subjectivo nas situações sujeitas a autorização, salientando todavia a impossibilidade do seu exercício concreto, que vem a determinar a exigência da autorização e a sua característica de acto atributivo de uma *vantagem*, embora tal vantagem não signifique a ampliação da esfera dos direitos subjectivos do destinatário do acto: os direitos permanecem os que eram, só o seu *exercício* é possibilitado⁷⁷¹. Um pouco contraditoriamente⁷⁷², no entanto, Sandulli reconhece *força constitutiva* à autorização, na medida em que os direitos subjectivos são situações jurídicas estáticas, que são o pressuposto e o substrato das posições dinâmicas de poder e faculdade, sendo no campo destas últimas que a autorização opera, como um elemento em todo o caso “acessório” em face do elemento principal, o poder ou faculdade a exercer, preexistente ao acto.

Esta ambivalência da posição de Sandulli — provavelmente expressão da crise em que o acto autorizativo se encontraria mergulhado — não deixa de se sentir num seu trabalho posterior⁷⁷³ em que, se num momento se apresenta com uma posição crítica em relação à fórmula clássica que qualificava a autorização como acto de mera remoção de limites — na

⁷⁶⁸ Apoiamo-nos fundamentalmente em três escritos de ALDO SANDULLI sobre o tema: “Notazioni in Tema di Provvedimenti Autorizzativi”, *RTDP*, Anno VII, 1957, pp. 784-803 (artigo também publicado, com o mesmo título, na obra AA. VV., *Studi in Onore di Emilio Crosa*, Tomo II, Milano, Giuffrè Ed., 1960); “Abilitazioni — Autorizzazioni — Licenze”, in: AA. VV., *Studi in Onore di Francesco Messineo per il suo XXXV Anno d’insegnamento*, volume terzo, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, pp. 349-362; e *Il Procedimento Amministrativo*, Ristampa inalterata (à ed. De 1940), Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, pp. 66-68 (nota 16).

⁷⁶⁹ Cfr. “Notazione...”, cit., pp. 784-786.

⁷⁷⁰ Cfr. “Abilitazioni...”, cit., p. 351. De salientar que, no artigo citado na nota anterior (cfr. “Notazione...”, cit., p. 797 e seg.) SANDULLI defende, para lutar de alguma forma contra este estado de coisas, o *carácter unitário da autorização* que, para ele, não é posto em causa pelas suas diversas modalidades, permitindo esse carácter unitário reforçar a sua distinção em face da *concessão* (a qual determina o nascimento de direitos novos), da *delegação* (pela qual são atribuídos poderes não inerentes a uma posição jurídica preexistente), da *admissão* (dá lugar a um novo *status* ou a uma nova posição de sujeição especial) e da *dispensa* (que consente uma actividade “institucionalmente” proibida).

⁷⁷¹ Cfr. “Notazione...”, cit., pp. 791-793; resulta daqui a filiação na matriz “ranelletiana” do pensamento de SANDULLI, pelo menos nesta fase dos seus estudos.

⁷⁷² Seguimos aqui o mesmo estudo acabado de citar: cfr. “Notazione...”, cit., pp. 793-795.

⁷⁷³ Cfr. *Il Procedimento Amministrativo*, cit., pp. 66-68 (nota 16).

medida em que não explicaria como e porque é que a autorização incidia sobre o exercício do poder que condicionava, limitando-se a mostrar qual a consequência da autorização sem precisar de que forma o ordenamento lhe ligava tal consequência, isto é, porque é que o agente antes da autorização não podia exercer o direito e depois dela já podia —, no momento seguinte acaba por reconhecer que a resposta para resolver tal problema é muito próxima da de Ranelletti: antes da autorização, o sujeito estava legitimado para todas as situações subjectivas relacionadas com o direito de que já dispunha, com uma única excepção, precisamente o poder de o exercer. A faculdade de exercer o direito só é gerada com a autorização, a qual confere ao titular de um direito a faculdade e o poder de o exercitar em relação a um determinado objecto, não agindo sobre o acto mas sobre o sujeito.

As distinções operadas por Sandulli permitem compreender um pouco melhor a sua concepção, designadamente quando confronta a autorização com a habilitação e, sobretudo, com a licença⁷⁷⁴: sempre que a lei, constitucional ou ordinária, atribui um direito a um sujeito, não pode uma fonte inferior (a lei ordinária em relação à lei constitucional ou o regulamento, em relação a ambas) “degradar” tal posição jurídica, prevendo uma licença, já que este acto, ao contrário da autorização e da habilitação, não é compatível com o direito subjectivo⁷⁷⁵.

No mesmo ano da primeira obra citada de Sandulli, também Flaminio Franchini se vai evidenciar nas críticas à concepção tradicional da autorização enquanto acto de remoção de limites, salientando a *grande indeterminação* em relação aos actos que se subsumem naquela categoria — nomeadamente em face dos registos, das inscrições, das admissões e das condecorações —, o que dificulta a tarefa, para ele fundamental, de destacar as características particulares da *autorização de polícia*⁷⁷⁶. Franchini atribui grande relevo à composição entre autoridade e liberdade realizada pelo acto autorizativo, enquanto modelo típico do sistema intermédio entre o da proibição absoluta e o da liberdade plena, considerando a fórmula de Otto Mayer da *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* a mais idónea para dar a ideia da função da autorização na sua globalidade, embora se afaste do pensamento deste Autor quando defende que a intenção da norma não é a de criar um direito contemplando a sua excepção mas, pelo contrário, considerar admissível uma actividade só depois de se ter verificado que ela não é nociva no caso concreto para um interesse público — razão que o

⁷⁷⁴ Cfr. “Abilitazioni...”, cit., p. 361 e seg.

⁷⁷⁵ Embora reconheça simultaneamente que, em casos como os do art. 41.º da Constituição Italiana, no qual se protege a *iniciativa económica privada*, a Constituição acaba por deixar ao legislador ordinário a faculdade de introduzir limites muito amplos; assim, e apesar de se reconhecer e proteger o direito, em face da amplitude da possibilidade de introdução de limites, a norma acaba por não ser incompatível com a figura da licença.

Um outro Autor que demonstra, igualmente em meados do século transacto, as mesmas dúvidas ou ambivalência em relação à teoria clássica, baseada em Ranelletti, é FLAMINIO FRANCHINI, o qual, se por um lado reconhece que a fórmula da remoção de limites peca por uma certa indeterminação, em virtude da qual se demonstra a necessidade de reexaminar certos resultados a que tal orientação conduziu, defendendo que tal reexame deve ter por base um ponto de vista diferente — não o do sujeito autorizado mas o da Administração que autoriza — por outro continua a defender que, em virtude da subordinação da faculdade de exercício à autorização, o acto autorizativo se traduz numa remoção de limites e não na atribuição de direitos ou na capacidade de prover: a autorização remove, permite, não transmite nem cria nada, limita-se a tornar plena e completa a possibilidade de agir do sujeito autorizado. Cfr. *Le autorizzazioni amministrative...*, cit., pp. 5-16.

⁷⁷⁶ Cfr. FLAMINIO FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative...*, cit., especialmente p. 8.

leva a considerar a outorga de uma autorização como uma acção sempre discricionária, não admitindo a figura da autorização vinculada.

É ainda de notar a importância que assume na obra de Franchini⁷⁷⁷ uma modalidade de autorizações administrativas nas quais está em causa a tutela de interesses públicos específicos de tal significado que justificam uma *ingerência activa* da Administração Pública sobre a actividade autorizada, com o objectivo de poder adequar, a todo o tempo, a actividade do privado ao interesse público em causa. A propósito destas autorizações estabelecem-se vínculos ou relações de *supremacia especial*, onde emerge com protagonismo a actividade administrativa de *controlo* e *directão* — com a finalidade de controlar, ordenar, proibir e modificar modalidades específicas do exercício do direito, actividade que pode ser levada a cabo também por intermédio de disposições normativas, sejam elas instruções, regulamentos ou estatutos — exercida sobre os sujeitos e a actividade autorizados e a correspectiva obrigação do particular autorizado de se sujeitar a todas as prescrições administrativas, presentes e futuras, que sejam emitidas para tutela do interesse público. Seguindo-se a conclusão, racionalmente fundada, de que (pelo menos) nestes casos *não se pode reconhecer à autorização apenas o efeito jurídico de “remoção de um limite”* ao desenvolvimento de uma actividade, devendo pelo contrário atribuir-se ao acto a inserção do indivíduo numa relação que representa para este uma sujeição não apenas às normas e disposições presentes mas também às futuras e a um poder administrativo de *directão* e *controlo* — tendo, por isso, um *efeito constitutivo*.

Como resulta da análise destas duas posições, não se verificou no espaço jurídico transalpino uma unanimidade doutrinal quanto aos contornos da autorização, especialmente ao nível que tem estado no centro das nossas atenções, isto é, quanto à preexistência do direito em relação à autorização e ao efeito principal deste acto, traduzido na remoção de limites ao exercício de um tal direito. Assim, para além destes dissídios ainda mais ou menos compatíveis com a concepção ranellettiana da autorização, autores houve que foram mais longe na crítica à teoria clássica, emergindo nesta sede os nomes de Giovanni Ortolani, nos finais do primeiro terço do século, e de Ricardo Villata, à entrada para o último quartel da centúria transacta.

Giovanni Ortolani, sem deixar de reconhecer enorme importância aos postulados da doutrina tradicional, que descreve e analisa com minúcia⁷⁷⁸, ocupa-se no mesmo estudo a rebater sistematicamente tal doutrina, mostrando as suas (alegadas) contradições, incongruências e equívocos com base em argumentos literais, de direito comparado (ao nível da

⁷⁷⁷ Cfr. *Le autorizzazioni amministrative...*, cit., pp. 67-78.

⁷⁷⁸ Especialmente no seu trabalho “Autorizzazione e approvazione”, cit., no qual elenca o grande número de autores e obras italianos que mostraram adesão praticamente incondicional aos postulados da doutrina ranellettiana, sintetizando as linhas fortes de tal doutrina, em especial no que se refere à *distinção entre autorização e aprovação*, distinção essa que passava pela configuração da autorização como acto que se limita a *eliminar os limites fixados pela lei ao exercício do poder e da capacidade que preexistem* a tal acto e da aprovação, pelo seu lado, como acto atributivo de eficácia a actos (já) completos e perfeitos. Concretiza ainda outros aspectos da doutrina tradicional, nomeadamente os relativos ao *carácter preventivo da autorização* (a sua concessão, do ponto de vista cronológico, ocorre antes da prática de qualquer acto de exercício de um determinado poder), ao facto de ser suficiente para a outorga da autorização um exame genérico da verificação dos requisitos previstos na lei e ainda a possibilidade de a autorização respeitar ao exercício de actividades materiais (caso paradigmático da *autorização de polícia*) ou à realização de negócios jurídicos (cfr. pp. 251-256).

doutrina e da legislação estrangeira, em especial as alemãs⁷⁷⁹), da tradição jurídica italiana e da disciplina jurídica do instituto vigente no momento em que expôs as suas opiniões sobre o tema⁷⁸⁰.

Ortolani é especialmente enfático quanto ao argumento literal, mostrando que o termo *autorização* — cujo significado é comparado ao da *aprovação* — pressupõe que falta ao sujeito a autoridade, o poder ou o direito que são por ela conferidos, concluindo que a doutrina tradicional, ao ensinar que tais posições jurídicas preexistem à autorização e que esta se limitava a remover um obstáculo colocado ao exercício do direito atribuiu um significado jurídico ao acto autorizativo que é *precisamente o reverso do seu significado literal*.

Quando faz incidir a sua atenção sobre os textos legais onde o termo “autorização” é utilizado⁷⁸¹ — com destaque para o tantas vezes citado *texto único sobre segurança pública*⁷⁸², em concreto o seu art. 8.º — Ortolani confirma os pressupostos da sua análise literal, ao concluir que o legislador utiliza o termo quando pretende conferir um poder novo ou um domínio de acção normalmente proibido ou negado e, assim, não preexistente, só excepcionalmente o utilizando em casos onde o poder preexiste com limites a verificar e a remover caso a caso.

A grande novidade da concepção do Autor que agora seguimos passa assim pela afirmação de que não há direito — ou, pelo menos, não há direito perfeito — antes da autorização, podendo quando muito existir as condições para o conseguir ou para integrar o direito imperfeito preexistente. Em qualquer caso, é a *autorização que confere ou integra*, directa ou indirectamente, aquele direito, sendo neste contexto que fornece a sua *própria noção de autorização administrativa*⁷⁸³: “o acto pelo qual um órgão da administração pública, investido de poderes de supremacia, atribui, confere, integra num determinado sujeito

⁷⁷⁹ Sublinhando que, para a doutrina alemã sobre a *autorização de polícia*, se é verdade que com este acto se remove um impedimento que a lei colocava ao exercício de uma actividade, já não é todavia certo que a tal actividade correspondesse sempre um direito: há actividades sujeitas a autorização em relação às quais o sujeito dispõe de um verdadeiro direito subjectivo, mas tal só acontece *em alguns casos*, verificando-se no grupo de situações mais frequente que a actividade é *proibida com reserva de autorização*, concretizando-se numa reintegração da capacidade natural limitada no caso concreto por uma norma especial, situação que conduz a que não se possa dizer que o sujeito autorizado já dispunha de um direito subjectivo antes da emissão da autorização. Cfr. “Autorizzazione e approvazione”, cit., p. 260.

⁷⁸⁰ Concluindo, a pp. 281-283, que *a teoria dominante não parece corresponder à realidade jurídica* do ponto de vista da tradição, da filologia, da terminologia ou do conteúdo na medida em que defende que existe uma capacidade jurídica ou um direito específico antes da autorização, concepção afastada por ORTOLANI.

⁷⁸¹ Cfr. “Autorizzazione e approvazione”, cit., pp. 263-266.

⁷⁸² O *testo único delle leggi di Pubblica Sicurezza*, Lei n.º 773/1931 — texto também citado pelo próprio Ranelletti, num seu trabalho tardio, a propósito da noção de autorização, quando passa a admitir (citando, para o efeito, os artigos 43.º e segs., 46.º e segs., 68.º e segs. e 86.º e segs. deste texto legal) que esta consubstancia actos que, em casos concretos, tanto podem permitir a determinada pessoa o *exercício* como a *aquisição* de um direito: cfr. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli Atti...*, cit., p. 21 e seg.

⁷⁸³ Noção apresentada na p. 282 da obra citada e que, no pensamento de ORTOLANI, é em boa medida influenciada pelo objectivo, sempre presente, de mostrar que, ao contrário do que propugnava a doutrina tradicional, *não existe diferença substancial entre a autorização e a aprovação* (cfr. “Autorizzazione e approvazione”, cit., pp. 269-281): apesar de a autorização respeitar a actos materiais e jurídicos tanto de privados como de pessoas públicas, ao passo que a aprovação se refere apenas a actos da Administração Pública, quando a autorização incide sobre actos desta última ela não é substancialmente diferente da aprovação, sendo a sua função e os seus efeitos iguais. Afirmando mesmo (cfr. p. 281) ser uma “abstracção insustentável” utilizar os termos autorização e aprovação como coisas diversas.

(pessoa singular ou colectiva, privada ou pública) um direito substancial ou um poder ou uma situação jurídica que antes não tinha, após a verificação de que o sujeito está nas condições previstas na lei para o poder obter e exercer e que se verificam as condições de interesse público de que depende a atribuição ou integração daquele direito, poder ou situação jurídica". Sublinhando que tal conceito corresponde ao conteúdo da *autorização de polícia* (chame-se ela licença, permissão ou de outra forma) e da *autorização legislativa* ou *geral*. Emerge assim como característica central do conceito de autorização de Ortolani o seu *alcance constitutivo*, o que não prejudica a sua distinção em face da *concessão*, já que esta confere um direito subjectivo sobre um bem público ou um poder que, por lei, respeita à Administração Pública que fica dele despojada, ainda que temporariamente, ao passo que a autorização confere ao privado ou a uma pessoa colectiva poderes e direitos novos que não pertencem à Administração.

Quase meio século depois, um outro Autor transalpino vai-se salientar na crítica à doutrina tradicional, fundada no pensamento de Ranelletti: referimo-nos a Ricardo Villata que se destaca tanto pelo tratamento que dá às especificidades do regime da *autorização de instalações*, em particular ao nível da ponderação que pressupõe com o direito fundamental de *livre iniciativa (económica) privada*, e à defesa do efeito conformativo e *constitutivo* da autorização administrativa, em especial da relativa ao exercício de actividades económicas privadas.

Apesar de já ter decorrido quase um século desde a primeira obra de Ranelletti, na qual este Autor fixou os contornos fundamentais da sua concepção sobre o acto autorizativo, a base doutrinal continua a entroncar no seu pensamento e na configuração da autorização como *remoção de limites ao exercício de um direito subjectivo preexistente* num estado meramente potencial, fórmula considerada por Villata como "pouco satisfatória", necessitando de contínuas precisões, concluindo a sua análise crítica a esta posição defendendo que tal fórmula é demasiado genérica, servindo para realidades muito diferentes e demonstrando a "contradição insanável" de considerar uma actividade como o exercício de uma situação jurídica subjectiva favorável mas, ao mesmo tempo, contrária ao ordenamento jurídico se faltar a autorização; contradição também presente na "ideia gravemente equívoca" de um direito somente potencial, uma vez que qualquer situação jurídica apenas se concretiza no momento em que concorrem todos os elementos requeridos pelo ordenamento para a sua realização; e, por último igualmente em termos da resolução prática de problemas concretos a definição tradicional não convence, tudo conduzindo à conclusão de Villata de acordo com a qual se trata de uma "noção teoricamente débil e além disso de escassa utilidade prática"⁷⁸⁴.

Daí se compreender que Villata explore novos caminhos, propondo a reconstrução dogmática das autorizações administrativas, excluindo as diversas propostas doutrinárias que se sucederam ao longo do século fundadas na posição de Ranelletti⁷⁸⁵. E o aspecto decisivo

⁷⁸⁴ Cfr. RICARDO VILLATA, *Autorizzazioni Amministrative...*, cit., p. 33 e seg. e 47-51.

⁷⁸⁵ Cfr. *Autorizzazioni Amministrative*, cit., pp. 51-57; o Autor ora examinado menciona, entre outras, as propostas já por nós sumariamente recensadas de Flaminio Franchini e de Aldo Sandulli. Como vimos, a primeira passa pelo reconhecimento de que muitas das autorizações projectam a sua eficácia para lá da sua emissão, desenvolvendo-se uma ingerência administrativa activa e constante na actividade autorizada, traduzida num poder

da sua concepção é, precisamente, o da *natureza constitutiva da autorização* a qual, para o Autor, *cria* sempre pelo menos a possibilidade de uma certa actividade, ainda que em alguns casos possa já haver um direito por detrás dela⁷⁸⁶. Ao reconhecer carácter constitutivo ao acto autorizativo em sentido estrito, por ser este o seu *efeito típico*, na medida em que é criada sempre no destinatário uma *situação subjectiva nova*, Villata articula expressamente a sua concepção com a de Ortolani, tanto quanto aos aspectos substanciais que caracterizam a autorização como no que toca à sua diferenciação perante a concessão, referida a bens que não podem ser objecto de actos de autonomia privada, por estarem reservados aos poderes públicos.

O trabalho de Villata é para nós de interesse especial em face do relevo que nele assume a disciplina normativa relativa à *autorização de instalações industriais*, reintroduzida no ordenamento italiano em 1972, depois de um período em que vigorou um regime de comunicação prévia⁷⁸⁷. Ao confrontar este tipo de autorização com a concepção defendida, em geral, sobre a autorização administrativa, confirma as suas teses: o empreendedor privado de um projecto industrial não tem direito a proceder sem mais à construção de instalações superiores a uma dimensão determinada, sendo o *acto administrativo* (a autorização) que lhe *atribui tal poder* — o mesmo se passando em relação a outras actividades económicas sujeitas a actos permissivos, por exemplo a abertura de instituições de crédito⁷⁸⁸.

O *efeito conformativo da autorização* traduz-se na *objectivação* da gestão da empresa, que se torna idónea à satisfação de interesses públicos: o empreendedor acaba por alcançar fins de utilidade geral por intermédio dessa objectivação, uma vez que a gestão da empresa é feita de acordo com os modos indicados pela Administração⁷⁸⁹. Daí que não se trate apenas do efeito conformativo da *situação jurídica subjectiva* inerente aos procedimentos

de controlo e direcção por parte da Administração e da correspondente obrigação de sujeição por parte do sujeito autorizado; e apesar de ser verdade que o conceito de remoção de limites não consegue explicar a relação assim nascida, Villata não se basta com a construção desta tese, na medida em que ela se reporta apenas a uma modalidade ou tipo de acto autorizativo, não permitindo alicerçar uma teoria geral dos mesmos. A proposta reconstrutiva de Sandulli, pelo seu lado, baseada na distinção entre autorização, habilitação e licença, não permitiria igualmente superar a perspectiva criticada.

⁷⁸⁶ Cfr. *ob. cit.*, pp. 51-75, em especial p. 67.

⁷⁸⁷ VILLATA faz logo no início do seu trabalho (cfr. *Autorizzazioni Amministrative*, cit., pp. 10-20) um excuro sobre a “história” de tal autorização (bem como da autorização para actividades comerciais e para serviço de distribuição de gasolina), mostrando como a autorização de instalações industriais foi introduzida no direito italiano pela nossa já conhecida Lei n.º 141/1933, de 12 de Janeiro, regime “interrompido” a seguir à Segunda Guerra Mundial, com o d. l. lgt n.º 211/1946, de 12 de Maio, que prescrevia a obrigação de comunicação ao Ministro da Indústria e Comércio da intenção de proceder à construção de qualquer estabelecimento ou instalação industrial, bem como à sua ampliação, transferência, reactivação ou transformação ou reconstrução de um existente (sem previsão de qualquer autorização em termos formais e positivos). Só em 1971, através da Lei n.º 853/1971, de 6 de Outubro — mais exactamente por intermédio do seu art. 14.º, integrado pelo d. p. r. n.º 322/1972, de 10 de Maio — é que o acto autorizativo é reintroduzido como “instituto de vasta aplicação”, num regime teleologicamente orientado, antes de mais, para a problemática da *localização* das indústrias. Nas p. 167 e seg. VILLATA retoma o tema das *autorizações de projectos industriais*, nos termos que se seguem no texto.

⁷⁸⁸ Alargando a sua concepção na p. 176 e seg., onde defende não haver dúvidas quanto à aplicabilidade do esquema proposto quando se está perante verdadeiras autorizações e, ainda quanto a alguns actos qualificados erradamente como “concessões”, que são reconduzíveis à proposta do Autor: todas as situações em que o desenvolvimento de uma actividade económica vem a ser consentido a operadores privados têm idêntica estrutura, de constituição e conformação da situação subjectiva, que se reporta à situação típica das autorizações.

⁷⁸⁹ Cfr. *Autorizzazioni Amministrative*, cit., pp. 189-191.

permissivos relativos a actividades económicas mas do efeito conformativo da própria *actividade económica privada* a levar a cabo.

Da mesma forma, a configuração doutrinal da autorização como um *acto constitutivo* — e não meramente declarativo de um direito preexistente anterior — vai ganhando adeptos ao longo do século passado, se não como uma característica essencial ou absoluta destes actos, pelo menos como uma nota própria de um tipo de actos autorizativos, nomeadamente dos praticados no âmbito de actividades económicas privadas, *maxime* das autorizações de instalações industriais, que são agora configuradas não como (meras) autorizações de abertura mas como *autorizações de funcionamento*, para as quais a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação vão reconhecendo um regime próprio⁷⁹⁰.

Esse regime próprio passa, antes de mais, pela aludida necessidade de assegurar a compatibilidade permanente entre a actividade exercida e os interesses públicos em jogo, o que é dificultado pela constante mutação destes últimos. Para que a Administração possa atingir um tal desiderato, tem-se reconhecido com crescente amplitude a possibilidade de ela impor correcções e adaptações aos requisitos fixados na autorização, *modificando* o seu conteúdo (por intermédio de decisões ou “modos” posteriores) ou mesmo procedendo à sua *revogação*, nuns casos com necessidade de indemnizar o seu titular, noutros mesmo sem tal dever.

Estamos aqui caídos no cerne das preocupações que guiam a presente dissertação, uma vez que está em jogo a necessidade de disciplinar o futuro e a pressão para a *actualização* das exigências plasmadas na autorização e para a *flexibilização* do acto, limitando enormemente a sua força jurídica e a *Bestandschutz* do seu titular. Não sendo também de surpreender a importância que estas autorizações assumem no contexto dogmático, sendo em relação a elas que se refere a maior parte dos desenvolvimentos teóricos e práticos do instituto da autorização administrativa.

No que concerne àquela que foi porventura a principal questão discutida ao longo do século xx a propósito da autorização administrativa — a preexistência ou não de um direito e o carácter declarativo ou constitutivo deste acto administrativo — é forçoso assinalar que, pelo menos em relação a este tipo de autorizações, é necessário reconhecer um *efeito constitutivo* ao momento da outorga da autorização. Daí que, mesmo autores que propugnam em geral, nos nossos dias, a manutenção da concepção clássica da autorização, fundada no direito preexistente e na sua natureza declarativa — nomeadamente em defesa do princípio *pro libertate* — são obrigados a reconhecer que a autorização industrial, ao colocar o seu titular numa situação de vantagem efectiva, como um “colaborador qualificado” da Ad-

⁷⁹⁰ Em todo o caso, a figura oposta, em termos de regime jurídico, à *autorização operativa* ou de *funcionamento* não é tanto a autorização de abertura mas a autorização normalmente apelidada de “simples”, diferenciação a que a doutrina espanhola tem dedicado particular atenção (cfr., por todos, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 633). A *autorização simples* refere-se a uma operação singular e isolada (como por exemplo a construção de um edifício, o lançamento de fogo-de-artifício ou a realização de uma queimada), ao passo que a *autorização de funcionamento* diz respeito ao exercício de uma actividade continuada, originando uma relação permanente entre o sujeito autorizado e a administração autorizante (nos termos bem caracterizados por Franchini, como vimos *supra*), sendo seus exemplos paradigmáticos a instalação e exploração de uma indústria ou de uma actividade comercial — e o *direito do ambiente* um dos domínios emergentes do direito que mais se têm interessado por ela, como veremos *infra*.

ministração Pública, não constitui uma simples remoção de limites, pois não se pode dizer que ele goze de um direito subjectivo antes da outorga da autorização mas apenas de um interesse legítimo à *aquisição futura do direito*⁷⁹¹.

A assunção da autorização de funcionamento como *autorização constitutiva*, quando referida, nos termos que acabamos de ver, a instalações industriais, vem levantar problemas no tocante à sua diferenciação em face da concessão: o reconhecimento do carácter constitutivo traz consigo que, através da outorga da autorização, se está a conceder ao particular um

⁷⁹¹ Cfr. LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, cit., pp. 105-164, especialmente p. 125 e seg., fundando-se na obra de RAMON FERNANDÉZ sobre a legislação industrial e mostrando como, neste domínio, é o *interesse público* que passa para primeiro plano, em detrimento da liberdade. Sendo certo que, no caso de estarmos perante *actividades classificadas* ou de *autorizações ambientais* dúvidas não restam sobre a negação da preexistência do direito e sobre a necessidade de se superar tal “dogma”, estando nós aqui perante aquilo que o Autor designa por *autorização constitutiva de direitos temporalmente limitada*. LAGUNA DE PAZ apoia-se nos trabalhos de dois grandes vultos do direito público espanhol elaborados pouco depois de dobrada a metade do século. Referimo-nos a RAMÓN MARTÍN MATEO (“Silencio positivo y actividad autorizante”, *RAP*, n.º 48, Sep-Dic. 1965, pp. 205-239), que assinala a forma como a doutrina espanhola e estrangeira tem sempre qualificado, na senda de Ranelletti, a autorização como a remoção, pela Administração, dos obstáculos de direito público que se opunham ao exercício de um direito ou poder próprio (p. 211), propondo todavia a *reconsideração da tese tradicional* (pp. 212-215), nomeadamente em face da ausência de significado prático da titularidade prévia do direito, que não releva sem o concurso da Administração. Assim, e uma vez que é a Administração que, ao emitir uma autorização que precisa condições, estabelece imperativamente modalidades de exercício, sujeita as actividades futuras à disciplina administrativa, regula o uso de bens públicos e realiza contribuições administrativas indispensáveis para o desenvolvimento das actividades autorizadas cria o contexto em que os direitos subjectivos se podem exercer, vê-se obrigado a reconhecer que a autorização “pode ter uma certa transcendência constitutiva”. E também TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (cfr. “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *RAP*, n.º 52, Enero-Abril 1967, pp. 421-446), depois de destacar o “carácter essencialmente circunstancial e histórico das elaborações doutrinárias anteriores” que é necessário ter presente sempre que se aborda o estudo de qualquer instituição jurídica com uma certa antiguidade, põe em evidência a *crise da autorização*, resultante da sucessiva tentativa de adaptar a construção clássica de Mayer e de Ranelletti — erigida sobre um dogma em que se constituiu o binómio “direito preexistente — remoção de limites” — a realidades novas que só formalmente poderiam ser explicadas por aquele esquema. É particularmente valorizada pelo Autor a circunstância de, em virtude de uma Administração cada vez mais interventora e, sobretudo, conformadora da ordem social e económica, o núcleo isento de vinculações da liberdade de indústria e de comércio ser cada vez mais reduzido e esta liberdade ser agora um mero “princípio de valor informador que não pode funcionar isoladamente, se não engrenado com aqueles que, juntamente com ele, presidem à vida económica” (cfr. p. 425). Na sequência do regime instituído pelo Decreto n.º 157/1963, de 26 de Janeiro, pelo qual se autoriza a instalação, ampliação e transferência de indústrias no território nacional — e em especial o regime das “dimensões mínimas” para as novas indústrias, com vista a evitar a acentuação do minifúndio, para além da previsão das condições técnicas da instalação — RAMÓN FERNÁNDEZ confirma a sua ideia inicial no sentido de na política económica espanhola daquele período, em especial na industrial, a liberdade ser apenas uma ideia geral, um princípio básico, cuja tradução jurídica não pode significar mais do que uma declaração geral de capacidade, por as demais consequências que derivam de tal princípio terem sido limitadas e recortadas previamente, de tudo resultando que a nova autorização (inscrição) industrial não pode ser vista como um acto de remoção de limites, pois o industrial é agora um “colaborador qualificado da Administração”, o que aproxima o acto da técnica concessória (cfr. p. 439 e segs.).

A construção de GIANNINI é a este propósito peculiar, merecendo igualmente referência: por um lado, insere a “autorização de actividade” (de que dá como exemplo, precisamente, a autorização de implantação de uma indústria classificada como perigosa ou insalubre) na categoria das *autorizações permissivas* — correspondentes ao entendimento clássico das autorizações, enquanto actos em que há uma remoção de impedimentos ao exercício de direitos; mas, por outro, considera que nestes casos o poder prescriptivo da Administração vai ao ponto de determinar que se deva entender a autorização como um *acto regulativo de uma actividade*, uma vez que as regras fixadas na autorização se tornam cláusulas do exercício do direito de livre iniciativa económica privada, havendo aqui uma cisão entre a *titularidade* e o *exercício* de uma situação subjectiva. Daí que esta autorização relativa às instalações industriais deva ser configurada como *autorização de conteúdo prescriptivo com funções de programação*. Cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., pp. 633-638, especialmente p. 635.

direito que antes dela ele não detinha, à imagem do que acontece na concessão, o que leva alguns autores a mencionar a *relativização da diferença entre autorização e concessão*⁷⁹².

No entanto, na concessão, ao contrário do que sucede com a autorização — que confere ao sujeito privado poderes ou direitos novos os quais, todavia, não pertencem à Administração Pública, fazendo sentido na esfera jurídica própria do destinatário da autorização —, o direito subjectivo criado tem por objecto uma *coisa pública* ou um *poder que*, por lei, *respeita à Administração Pública* que fica assim dele, pelo menos temporária e parcialmente, despojada: os bens que são transmitidos por intermédio das concessões translativas não podem fazer parte da autonomia privada e a criação de direitos operada pelas concessões constitutivas refere-se a bens ou situações que não podem ser objecto de actos de autonomia privada, por estarem reservados aos poderes públicos. É evidente que, no plano do direito europeu têm-se agravado as dificuldades em distinguir os dois tipos de actos, na medida em que por vezes a autorização é equiparada à concessão e noutras ao tema do serviço público⁷⁹³. A que acresce a diferença da intangibilidade do momento inicial de escolha do indivíduo, que determina a impossibilidade de a Administração prescindir do impulso particular no que toca às actividades sujeitas a autorização — ao passo que na concessão, pelo menos na de serviços públicos, o impulso inicial cabe à Administração, sendo também o sujeito público a garantir o resultado final, para o que impõe vínculos peculiares a isso destinados.

No fundo, continuam-nos a parecer inteiramente válidas as considerações a este propósito tecidas, entre nós, por Rogério Soares⁷⁹⁴: as concessões são configuradas como *actos que*

⁷⁹² Seguimos novamente aqui FRACCHIA, que esgrime argumentos no sentido de sustentar a manutenção da diferença entre os dois actos em vários pontos da obra citada (cfr. *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., pp. 145-150, p. 182 e seg. e pp. 324-326) — cujas posições perfilhamos, no essencial, o que se repercutirá no texto subsequente.

⁷⁹³ As dificuldades agudizam-se ainda mais em face da enorme amplitude da noção comunitária de *empresa pública*, a qual é hoje definida pela al. b) do art. 2.º da Directiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira de certas empresas, como “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam”, determinando ainda que se presume “a existência de influência dominante quando os poderes públicos, directa ou indirectamente, relativamente à empresa: i) Tenham a maioria do capital subscrito da empresa; ii) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa, ou iii) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa”. Sendo ainda relevante a noção de *poderes públicos* contida na al. a) da mesma disposição: “todas as autoridades públicas, incluindo o Estado, as autoridades regionais e locais e todas as outras pessoas colectivas de carácter territorial”. Este conceito foi, no essencial, transposto para a legislação nacional, como resulta da definição de *empresa pública* plasmada no art. 3.º do RJSEE (Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) e das noções de *empresas municipais*, *intermunicipais* e *metropolitanas* acolhidas no art. 3.º do RJSEL (Regime Jurídico do Sector Empresarial Local, aprovado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro). Sobre estas noções cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 20 e 35-37; e, do mesmo Autor, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 399-402.

Em relação à questão tratada no texto, saliente-se que a empresa (simplesmente) autorizada não pode, todavia, ser considerada empresa pública e, nos casos em que o ordenamento comunitário impõe “obrigações de serviço” ao operador, é provável que se caia no âmbito da empresa pública, mas deve então considerar-se que o acto passa a assumir natureza concessória.

⁷⁹⁴ Cfr. *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., pp. 107-111.

conferem direitos, seja transmitindo-os, como acontece nas concessões translativas ("actos pelos quais a Administração transmite a um particular poderes de uso especial sobre bens públicos (...) ou o investe na situação de titular dum serviço público"), seja criando e simultaneamente transmitindo direitos cuja disposição lhe está reservada, como se verifica nas concessões constitutivas ("actos pelos quais a autoridade confere a um particular a possibilidade de utilizar em proveito próprio, com compressão dos direitos da Administração, bens pertencentes ao elenco dos bens dominiais"). Já nas autorizações, pelo contrário, estamos perante actos administrativos referidos a actividades excepcionalmente retiradas à disponibilidade de um sujeito (por poderem potencialmente entrar em conflito com um interesse público) mas que se podem desenvolver depois de uma manifestação dum agente administrativo nesse sentido (o qual vai ponderar o conflito, garantindo que a satisfação do interesse privado só terá lugar se for possível equilibrá-lo com a realização das finalidades públicas).

Se bem que não desejemos, neste momento, aproximar-nos demasiado nem da "questão ambiental" nem do enquadramento da autorização na problemática do risco, da incerteza científica, da globalização e de outras questões bem actuais, não poderemos deixar de aludir, ainda que de forma sumária, às considerações certas de Carla Amado Gomes a propósito da *refundação do conceito de autorização*⁷⁹⁵: a "vocaçãõ de regulaçãõ duradoura" da autorização, agora utilizada como forma de aliciar os particulares para a realizaçãõ de fins públicos, aproximam o acto autorizativo da concessãõ, o mesmo se verificando com a crescente apositãõ de cláusulas acessórias, também com a finalidade de assegurar poderes de fiscalizaçãõ que permitam à Administração garantir a realizaçãõ daquelas finalidades — marcando a Autora a diferençã entre os dois tipos de actos precisamente com base no critério já por nós invocado da *iniciativa pública* nos actos de concessãõ, em contraste com a *iniciativa privada* nas autorizações.

3. Os múltiplos critérios para a distinçãõ dos actos autorizativos

Em face desta evoluçãõ, a homogeneidade do acto autorizativo foi seriamente posta em causa: independentemente da resposta a dar à questãõ de saber se é ou não legítimo falar hoje num conceito unitário de autorizaçãõ administrativa — pergunta que, em princípio, merece para nós uma resposta positiva — a verdade é que é necessário fazer múltiplas distinções para apreender as especificidades de umas autorizações em relaçãõ a outras.

Tal diferenciaçãõ tinha sido já em larga medida levada a cabo pela doutrina alemã, tanto no que se refere à destriçãõ das situações sujeitas a *proibiçãõ preventiva com reserva de autorizaçãõ* e a *proibiçãõ repressiva com reserva de dispensa*⁷⁹⁶ como à distinçãõ entre *autorizações vinculadas* e *autorizações discricionárias*⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificaçãõ...*, cit., pp. 529-554, especialmente p. 532 e 537 e segs.

⁷⁹⁶ Cfr. o que vimos *supra* sobre tal distinçãõ, cuja "paternidade" é normalmente atribuída a Richard Thoma.

⁷⁹⁷ Esta última com uma adesãõ que foi muito para lá das fronteiras da ordem jurídica alemã e que se mantém hoje ainda, em larga medida. A distinçãõ entre *autorizações vinculadas* e *autorizações discricionárias*, nos termos

No entanto, as reflexões doutrinárias, as decisões jurisprudenciais e as opções legislativas incidentes no direito autorizativo — tendo por pano de fundo a relação triangular que se entretence entre a lei, a actividade privada sujeita a autorização e o acto administrativo de conteúdo autorizativo — vieram a demonstrar a necessidade de fazer novas distinções e a autonomizar diferentes categorias de autorizações em função das suas particularidades e especificidades. O “processo de erosão” sofrido pela autorização administrativa ao longo do século transacto conduziu a tal resultado, sendo nomeadamente de destacar a diferenciação, corrente na doutrina italiana — e seguida entre nós por Rogério Soares⁷⁹⁸ e por Vieira de Andrade⁷⁹⁹ —, entre *dispensas*, *autorizações constitutivas* ou *licenças* e *autorizações propriamente ditas* ou *permissivas*.

Pondo de lado as autorizações inter-administrativas — nomeadamente a figura das *aprovações*, que deve em princípio ser subsumida na última das três categorias referidas — e centrando-nos, como tem sido sempre nosso propósito, nas autorizações praticadas nas relações entre a Administração e os particulares, a distinção entre dispensas, licenças e autorizações permissivas toma como ponto de partida o *tipo de vinculação estabelecido pelo legislador* em relação ao desenvolvimento de uma actividade que é própria do particular mas que lhe foi retirada, proibida ou limitada por lei⁸⁰⁰.

As dispensas referem-se a domínios para os quais a lei prevê uma actividade estritamente proibida ou imposta a que não corresponde um direito da Administração. No entanto, a norma legal que estabelece o dever prevê igualmente — ou, segundo alguma doutrina,

em que era inicialmente feita pela doutrina alemã, passava em boa medida pela diferença entre as actividades sujeitas a proibições preventivas ou a proibições repressivas: no primeiro caso, na medida em que a proibição era meramente formal e relativa, uma vez que se verificasse o preenchimento dos pressupostos legais exigidos para a outorga da autorização o requerente disporia de um *direito à autorização*, existindo uma correspondente *vinculação* da Administração à sua emissão — situação reforçada nos casos em que a pretensão do particular correspondesse, como em regra acontecia, ao exercício de uma posição jurídica com estatuto jurídico-constitucional. Já nas situações em que a lei estabelecia proibições repressivas a outorga da autorização estaria, em princípio, na *discricionariedade* da Administração, não tendo o particular requerente qualquer direito à emissão da mesma, mas apenas ao exercício sem vícios dos poderes administrativos discricionários de avaliação da correspondência entre a actividade requerida e os interesses públicos que a autoridade administrativa autorizadora estivesse incumbida de prosseguir. De acordo com RAINER WAHL (cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 530) as acções ou comportamentos que carecem de autorização estão, em regra, no âmbito dos direitos fundamentais e, por isso, o requerente tem um *direito à emissão* da autorização (autorização vinculada). No caso de a actividade estar fora do âmbito de protecção de um direito fundamental, já não haverá esse direito mas, tão-só, o direito a um exercício sem vícios dos poderes discricionários de que a Administração goza. Em todo o caso, deve sublinhar-se que estamos perante uma construção doutrinária, feita a partir da forma como a lei estabelece os limites ao exercício de determinadas actividades e como prevê os requisitos respectivos, razão pela qual permanecem muitas vezes dúvidas sobre se uma decisão é vinculada ou discricionária, dúvidas agravadas pela utilização ampla de conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados que, não raramente, fazem desaparecer a diferença entre as duas formas de autorização dada a margem de apreciação mais ou menos extensa de que a Administração goza na aplicação dos preceitos respectivos.

⁷⁹⁸ Cfr. *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 111 a 122.

⁷⁹⁹ Cfr. *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 145.

⁸⁰⁰ Seguiremos, no essencial, as referidas propostas de Rogério Soares e Vieira de Andrade (cfr. *supra* as duas notas anteriores) e alguns dos autores italianos que sobre tal distinção se debruçaram: ALDO M. SANDULLI, “Notazioni...”, cit., p. 790 e 796 e seg.; ID., “Abilitazioni...”, cit., pp. 355-360; ID., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1, XV Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 623 e seg.; e MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, pp. 310-317; ID., *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, pp. 617-641.

admite uma *derrogação* a tal proibição⁸⁰¹ — a faculdade de os órgãos incumbidos de levar a cabo este poder do Estado, uma vez verificadas em concreto as circunstâncias em que a lei o admite, desobrigar o sujeito do cumprimento de um ou de vários desses deveres especiais que sobre ele incidem⁸⁰². No fundo, são actos a que, na literatura alemã, corresponde a *proibição repressiva com reserva de libertação*, sendo tradicionalmente configurados como actos com um conteúdo discricionário muito amplo, compreendendo a sua livre revogabilidade. As dispensas distinguem-se das *isenções* na medida em que nestas últimas é a lei que directa e imediatamente exonera o particular duma obrigação em face da Administração, sem necessidade de mediação administrativa.

No que se refere à distinção entre as outras duas categorias ela é um pouco mais subtil, resultando da necessidade experienciada pela doutrina de acompanhar a sucessiva adaptação do acto às novas realidades a que foi sendo aplicado e, em especial, ao reconhecimento do *efeito constitutivo* que a autorização — ou, pelo menos, alguns tipos de autorizações — passou a assumir⁸⁰³. Apesar da mencionada subtileza da distinção, os seus efeitos jurídicos práticos são bastante relevantes.

As *autorizações permissivas* ou *autorizações propriamente ditas* correspondem ao modelo clássico das autorizações que analisámos, fundado no pensamento de Ranelletti (e de Mayer, na Alemanha), tratando-se de actos administrativos pelos quais a Administração vai permitir o *exercício* pelos particulares de uma actividade correspondente a um *direito preexistente*, mas que foi condicionado pela lei, procedendo a Administração à *remoção dos obstáculos* ou *impedimentos* colocados pela lei ao exercício de direitos⁸⁰⁴. O exercício de tal direito pelos particulares pode importar prejuízos para os interesses públicos de cuja

⁸⁰¹ É essa a construção de GIANNINI (cfr. *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., pp. 617-620), embora por exemplo Rogério Soares não concorde em que se fale aqui de uma “derrogação à lei”, por considerar que “o que é exacto é que a dispensa só é possível quando a lei a prevê e comete ao agente o encargo de verificar num caso concreto a inexistência do interesse público que o dever visava acautelar” (cfr. *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 112 e seg.).

⁸⁰² Um exemplo de escola deste tipo de actos é o da (erradamente chamada) “licença” de uso e porte de arma: sobre os cidadãos impende o dever geral de resolver os seus conflitos de forma pacífica, isto é, sem recurso a armas, pelo que a faculdade da sua utilização deve ser reconhecida como excepcional. Só quando motivos ponderosos o justifiquem pode a Administração *dispensar* os particulares do dever de transitarem desarmados.

⁸⁰³ Em termos históricos, como vimos, sobretudo com o pensamento de Franchini, mais tarde retomado e desenvolvido por SANDULLI (cfr., em especial, “Abilitazioni...”, cit., p. 357 e seg.) — expressamente neste sentido, salientando que o primeiro destes autores entreviu a categoria das autorizações constitutivas e o segundo a elaborou posteriormente, cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 628.

⁸⁰⁴ Entendendo por isso alguma doutrina estarmos perante *condiciones juris*, o que implica que as autorizações operem como factos jurídicos e não como actos: cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 633. Assinale-se todavia, em relação a este Autor italiano (cfr. *ob. cit., loc. cit.*), que ele distingue no seio das autorizações permissivas o que denomina como “modelo puro”, no qual a Administração se limita a avaliar a incidência sobre um determinado interesse público do desenvolvimento de um poder privado (por exemplo a licença de caça ou a autorização de reunião num local público, em que o máximo que a Administração pode fazer é apor cláusulas particulares à autorização, influiu assim sobre o conteúdo do acto emitido), dos casos em que ganha relevância o *poder prescriptivo* da Administração, a qual dispõe de poderes de direcção e controlo, subsistindo uma amplíssima discricionariedade técnica, sendo neste âmbito que surge a *autorização de actividade* a que já nos reportámos, configurada por GIANNINI como *acto regulativo de uma actividade*, em que as regras fixadas se tornam cláusulas do exercício do direito de iniciativa económica privada (cfr., especialmente, p. 635). É neste âmbito que nos surge a autorização de estabelecimentos industriais, configurada como *autorização de conteúdo prescriptivo com função de programação* (p. 637). Sobre esta questão cfr. também, do mesmo Autor, *Istituzioni...*, cit., pp. 310-317.

cura a Administração está incumbida, analisando esta se, no caso concreto submetido à sua apreciação, o particular vai ou não pôr em causa tais interesses. Daí que, pelo menos em via de princípio, quando o indivíduo pretende exercer *direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente protegidos* estar-se-á perante autorizações permissivas. A construção teórica desta autorização pressupõe, naturalmente, a cisão entre a *titularidade* e o *exercício* de uma dada situação jurídica subjectiva, cujos poderes e faculdades não podem ser exercidos se e enquanto não intervier um acto autorizativo, sendo este o modelo que corresponde à caracterização da tradicional *autorização de polícia*, à qual era reconhecido ainda um carácter “pessoal e intransmissível” em face da relevância das qualidades e requisitos subjectivos do sujeito autorizado⁸⁰⁵.

Já nas *autorizações constitutivas de direitos* ou *licenças* estamos perante actos administrativos que, contrariamente à configuração tradicional ou clássica da autorização administrativa, vão *constituir direitos* a favor dos particulares em áreas de actuação sujeitas pela lei a proibição preventiva. Com a evolução social e económica e o aumento do intervencionismo estadual a que se assistiu ao longo do século xx, cuja caracterização nos limitámos a esboçar, a lei passou a estabelecer em alguns domínios derrogações ao sistema comum que confere certos direitos ou faculdades (contidas nos direitos) aos particulares, tendo por base os perigos para a realização de interesses públicos que, em áreas mais relevantes ou mais melindrosas, o exercício de actividades particulares pode suscitar. No entanto, apesar da existência de uma proibição, a lei não deixa de admitir que, depois de uma ponderação das circunstâncias específicas do caso, a Administração possa atribuir ao sujeito privado o direito em causa, desde que fique acautelada a integridade do interesse que justificou a proibição legal. O acto pelo qual a Administração o faz é uma *autorização constitutiva de direitos* ou *licença*⁸⁰⁶. Neste tipo de actos, e uma vez que estamos perante actividades que “naturalmente” pertenceriam à esfera própria dos indivíduos, estamos perante excepções às regras civilísticas da atribuição de direitos, decorrendo todavia a sua admissibilidade jurídica do fundamento constitucional ou legal da derrogação⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ SANDULLI (cfr. *Manuale...*, 1., cit., p. 623 e seg.) e ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 118 e segs.) procedem à distinção, no seio destes actos que desempenham a função permissiva de consentir o exercício de actividades inerentes a direitos preexistentes, entre aqueles que são habilitadores (as *habilitações*) e os que são autorizativos (as *autorizações*), podendo uns e outros ser emitidos *ob personam* (quando as razões da eventual lesão do interesse público têm a ver com a possível perigosidade do agente, sendo esse o caso paradigmático das autorizações de polícia) ou *ob rem* (o perigo de lesão provém agora das coisas que são objecto ou instrumento da actividade, sendo esse o caso do livrete de veículo automóvel ou do certificado de segurança e idoneidade dos navios) — sendo ainda aqui que subsumem as *aprovações* as quais, todavia, por serem autorizações permissivas praticadas no âmbito das relações inter-administrativas vão ficar fora da nossa investigação.

⁸⁰⁶ Mais uma vez, centrando-nos nas autorizações emitidas no âmbito das relações entre a Administração e os particulares, as quais são designadas por *autorizações constitutivas de direitos*, por oposição às *autorizações constitutivas da legitimação para agir* ou *da legitimação da capacidade de agir*, que ficam fora da nossa consideração. É esta uma distinção corrente, feita pela maioria da doutrina, a propósito das autorizações constitutivas estando em jogo, na categoria referida em segundo lugar, as autorizações emitidas a propósito de actividades administrativas sujeitas a controlo preventivo: o órgão cujo acto está sujeito a autorização já goza da competência, estando todavia necessitado da autorização para adquirir a legitimação para agir.

⁸⁰⁷ De acordo com alguma doutrina italiana, em face dos limites colocados pelo art. 41.º da Constituição ao exercício do direito (da liberdade) de *iniciativa económica privada* — e daqueles cujo preenchimento ele remete para a legislação ordinária — deve considerar-se que, pelo menos em relação a certos sectores de actividade, tal direito foi pura e simplesmente retirado aos particulares, razão pela qual a autorização a ser emitida, se e nas

Assim, as licenças expandem a esfera jurídica do sujeito para lá das posições originárias de que ele dispunha, conferindo-lhe faculdades estranhas a posições jurídicas preexis-

condições em que a lei a admitir, terá a natureza de autorização-licença ou autorização constitutiva: por todos, cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 623 e seg., afirmando expressamente que o direito de iniciativa económica privada só nasce com a autorização, a qual simultaneamente cria uma *relação de controlo* entre a Administração e o empresário, caracterizada por vínculos de “vigilância inspectiva” e por poderes repressivos na titularidade da Administração, que levam a que a autorização seja simultaneamente *constitutiva e conformadora* da actividade privada.

A este propósito é também curioso notar a questão, muito bem sintetizada por Rogério Soares, de saber se as licenças de construção teriam um carácter simplesmente permissivo — na medida em que o *ius edificandi* seria uma faculdade ou um poder compreendido no direito de propriedade de terrenos urbanizáveis — ou se as modificações nas necessidades de urbanização e a presença de interesses públicos cada vez mais complexos neste âmbito (planificação, construção de vias de acesso, estabelecimento de redes de água ou energia, constituição de serviços de transporte, etc.) não teriam implicado a “negação de um direito originário à construção”, o qual só decorreria de uma autorização, nestes termos dotada de uma *eficácia constitutiva* (cfr. *Diritto Amministrativo*, Coimbra, cit., p. 116 e seg.). Solução que é igualmente preconizada por GIANNINI (*Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 631 e seg.), pondo em evidência que a “concessão” de construção, apesar de ter tal denominação, é na verdade uma autorização constitutiva, nascendo o *ius aedificandi* com a outorga da licença. Diremos apenas que, se esta construção poderia ainda suscitar algumas dúvidas há poucas décadas atrás, parece-nos que deve ser hoje assumida sem tergiversar, em virtude da complexidade, exigências e requisitos da mais variada índole que é necessário cumprir para se poder exercitar tal faculdade do direito de propriedade.

Esta última questão está directamente conexonada com o tema da *relevância social* da propriedade e, dentro dele, da *vinculação situacional da propriedade do solo*, desde há várias décadas especialmente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs. No caso alemão, a Constituição refere de modo expreso, no seu artigo 14.º, que o conteúdo e os limites do direito de propriedade são determinados na lei (n.º 1), acrescentando (n.º 2): “A propriedade obriga. O seu uso deve servir ao mesmo tempo o bem comum”. Apesar de não existir norma idêntica na CRP, existem dois preceitos que permitem uma leitura análoga: o n.º 1 do artigo 61.º, ao dispor que a *iniciativa económica privada* se exerce *tendo em conta o interesse geral*; e o n.º 1 do artigo 62.º, quando estabelece que o direito à propriedade privada é exercido *nos termos da Constituição*. Normas que demonstram à saciedade que “o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos *limites* e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição possa para ela remeter ou quando se trate de revelar limitações constitucionalmente implícitas)” — cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, cit., vol. I, p. 801. Os limites inseridos na Constituição que levam a *negar o carácter absoluto* do direito de propriedade tanto são explícitos como *imanescentes*, contando-se entre estes últimos a defesa do ambiente: desta forma, também no ordenamento jurídico português não restam dúvidas sobre o acolhimento de uma concepção que destaca a *relevância social da propriedade*, tal como tem reconhecido o nosso Tribunal Constitucional. O carácter *relativo* do direito de propriedade que resulta desta concepção e a referência e função sociais deste direito (sublinhadas entre nós, de forma particular, por ALVES CORREIA: cfr. *Manual...*, vol. I, cit., pp. 810-816) determinam igualmente a impossibilidade de conceber o direito de propriedade como algo de fixo ou imutável, revestindo-se de contornos especialmente fortes no que respeita à *propriedade do solo*, que está sujeita a uma vinculação social mais forte. Daí o desenvolvimento pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão do conceito da *vinculação situacional* (“*Situationsgebundenheit*”) da propriedade do solo como subespécie da vinculação social.

Em sentido crítico em relação à *tese publicista* sobre a natureza do *jus aedificandi* (para a qual este “seria um direito autónomo, desintegrado do direito de propriedade privada, concedido pela autoridade pública a alguns proprietários através de acto jurídico, circunstâncias e pressupostos regidos pelo Direito Público”) e defendendo a *natureza de jusfundamentalidade do jus aedificandi*, a qual lhe “advém da sua associação natural e histórica à propriedade privada do solo e, conseqüentemente, ao direito de propriedade privada”, cfr. JORGE REIS NOVAIS, “Ainda sobre o *jus aedificandi* (... mas agora como problema de direitos fundamentais)”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, cit., vol. II, pp. 493-521 (p. 493 e 496). A inadequação dogmática da tese publicista é desenvolvida pelo Autor (pp. 507-516), criticando a “*inspiração publicista*” do nosso legislador ordinário quando trata o problema do direito e dos critérios de indemnização neste domínio (p. 513) e concluindo que só a concepção jusfundamental do *jus aedificandi* fornece um tratamento adequado, do ponto de vista constitucional, do dever de indemnizar nesta sede e permite uma avaliação crítica e interpretação constitucionalmente conforme das soluções adoptadas pelo legislador ordinário (p. 521).

tentes, que as aproximam das próprias concessões constitutivas⁸⁰⁸. E uma vez que o particular requerente não dispõe, nas licenças, de qualquer direito subjectivo antes da outorga da autorização, a margem de discricionariedade ou de apreciação administrativa da verificação dos pressupostos que permitem a sua emissão é, naturalmente, mais alargada por comparação com a autorização permissiva: recorrendo uma vez mais ao esclarecido pensamento de Aldo Sandulli⁸⁰⁹, nas licenças existe discricionariedade em relação à própria *oportunidade* do exercício do pretense direito, avaliação esta (*Bedürfnisprüfung*, na terminologia alemã a que o próprio Autor italiano recorre) que reforça a proximidade da licença com a concessão constitutiva.

Conclui-se, assim, que a distinção entre autorizações constitutivas e autorizações permissivas passa pelo maior (no primeiro caso) ou menor (no segundo) constrangimento que a lei estabelece à actividade do particular.

Como dissemos, o relevo desta última distinção não deixa de ser notável em termos práticos: a jurisprudência italiana tradicionalmente atribui direito ao ressarcimento aos particulares a que tenha sido ilegalmente negada a outorga de uma autorização permissiva, uma vez que o particular já gozava do direito, estando apenas o seu exercício subordinado à obtenção do competente acto permissivo. Indemnização que já não se poderá verificar no caso da recusa ilegal de emissão de uma autorização constitutiva, uma vez que o requerente não goza de qualquer direito antes dessa emissão.

Em termos de outras distinções habitualmente feitas pela doutrina releva nomeadamente a diferenciação entre *autorizações simples* e *autorizações operativas* ou *de funcionamento*: as primeiras reportam-se a operações singulares e isoladas (como a construção de um edifício, o lançamento de fogo-de-artifício, a realização de uma queimada) usando-se também o termo para caracterizar as autorizações com meras funções de controlo, que visam verificar *negativamente* uma actividade, ao passo que as autorizações operativas ou de funcionamento respeitam ao exercício prolongado no tempo de uma actividade, do que resulta que a autorização fique condicionada à manutenção dos requisitos e dos motivos que justificaram a sua outorga, originando uma relação permanente entre o sujeito autorizado e a administração autorizante (por forma a levar a cabo o controlo, a vigilância e a inspecção da actividade autorizada)⁸¹⁰, constituindo seu exemplo paradigmático a autorização de instalação e exploração de uma indústria ou de uma actividade comercial⁸¹¹ — e sendo quanto a elas que surgem os mais delicados e debatidos temas do direito autorizativo, com

⁸⁰⁸ Neste sentido, de forma expressa, ALDO M. SANDULLI, "Notazioni...", cit., p. 790.

⁸⁰⁹ Cfr. "Abilitazioni...", cit., p. 358; cfr. também, do mesmo ALDO SANDULLI, *Manuale...*, 1, cit., p. 623 e seg.

⁸¹⁰ Relação esta que leva alguns autores a considerar que tais autorizações seriam *actos híbridos*, entre autorização e concessão: em sentido crítico relativamente a tal configuração, cfr. LAGUNA DE PAZ (*La Autorización Administrativa*, cit., pp. 60-66) — que rejeita a própria distinção entre as autorizações simples (que também qualifica como negativas) e as autorizações operativas (regulamentares ou positivas), por considerar que existe uma *identidade substancial* entre todas as autorizações e que, apesar de as normas sectoriais poderem ser mais exigentes, tal não modifica a natureza da intervenção, a posição jurídica do particular, nem permite à Administração Pública a direcção de uma actuação privada.

⁸¹¹ Como ficou já indiciado, a maior parte dos desenvolvimentos teóricos e práticos do acto autorizativo das últimas décadas tem por objecto este tipo de autorização, em especial em novos domínios do direito administrativo especial, como o direito do ambiente.

destaque para a necessidade de compatibilizar a livre iniciativa económica privada que tais actividades concretizam e a protecção dos interesses públicos em jogo e a respectiva relação de tensão entre as exigências de estabilidade (no sentido de fortalecer a posição jurídica e os eventuais direitos adquiridos do empresário) e flexibilidade (a apontar para a necessidade de impor correcções e adaptações ao conteúdo inicial da autorização, quando não mesmo à sua revogação, em nome das flutuações do interesse público que o acto deve sempre servir de forma dinâmica e actual) do acto autorizativo.

Outra distinção habitual é a que se faz entre *autorizações pessoais e reais*, em que as primeiras (das quais a tradicional autorização de polícia era um exemplo de escola, referindo-se hoje os actos cujo conteúdo se traduz em *habilitações e creditações*) são outorgadas em função da pessoa do requerente e das características próprias que reúne, sendo a valoração relativa a tais qualidades pessoais que determina o deferimento ou indeferimento da autorização⁸¹²; nas autorizações reais, pelo seu lado, não está em causa a pessoa que vai exercer a actividade ou o direito, relevando outrossim a actividade que se pretende exercer (sendo esse o caso da autorização para a realização de obras de edificação ou para a homologação de um produto). Todavia, na maioria das situações, a autorização é *mista*, relevando tanto as qualidades do requerente como as do bem ou actividade que se pretende exercer, sendo isso que acontece em relação ao exercício da maioria das actividades que são concretização da liberdade de iniciativa económica privada, em especial daquelas com um conteúdo técnico ou científico especializado, como por exemplo a autorização para instalação de uma farmácia⁸¹³.

Uma outra distinção, que assume especial protagonismo no direito alemão do ambiente, em particular nas autorizações emitidas ao abrigo da BImSchG — e cujo desenvolvimento, por essa razão, deixaremos para o Cap. III da Parte II (cfr., em especial, 3.4.2.) é a que resulta da existência de diversos tipos de procedimento na outorga das autorizações. Distingue-se assim, *grosso modo*, entre o procedimento de *aprovação do plano (Planfeststellung)*, o qual constitui um procedimento autorizativo especial para projectos que requeiram espaço ou que influenciem o espaço, com efeitos conformadores e de concentração muito amplos⁸¹⁴; o procedimento de *autorização formal*, que funciona como procedimento regra no direito do ambiente (cfr., p. ex., o § 10 da BImSchG); e o procedimento de *autorização simples ou simplificado*, que aparece como o procedimento comum na lei federal do procedimento administrativo, a VwVfG, sendo também aplicável às instalações com um menor grau de perigosidade ambiental (cfr., a título exemplificativo, o § 19 da mesma BImSchG). É ainda

⁸¹² O facto de a autorização ser pessoal tem relevo no respectivo regime, nomeadamente quanto à necessidade de ser o titular da autorização a exercer a actividade autorizada, colocando também limites especiais relativos à transmissão da autorização — nestes casos, tal transmissão equivale à outorga *ex novo* da autorização: expressamente neste sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, Tomo II, cit., p. 142.

⁸¹³ Em que aos requisitos subjectivos do requerente (*v. g.* licenciatura em farmácia ou, pelo menos, direcção técnica por um licenciado em farmácia) acrescem os requisitos objectivos da instalação, bem como muitos outros relativos ao exercício da actividade propriamente dita.

⁸¹⁴ Sobre ele cfr. RAINER WAHL, "Planfeststellung", cit., p. 1625 e seg., que nos informa como a *Planfeststellung* nasceu historicamente a partir da "autorização de empresas" do direito prussiano para linhas de caminho de ferro exploradas por privados, dizendo hoje respeito a projectos públicos (estradas federais, instalações de caminho de ferro, aeroportos, eléctricos e tróleys, canais federais, águas superficiais, instalações de eliminação de resíduos, telefones e linhas de telégrafo dos correios).

de mencionar, neste âmbito, a existência de *procedimentos graduados* — a estudar *infra*, no local citado — com decisões interlocutórias como as *pré-decisões* e as *autorizações parciais*, bem como a possibilidade de haver lugar à prática de uma *autorização de um começo antecipado*.

4. Ponto da situação. Principais problemas em aberto

Apesar da amplitude e heterogeneidade que o acto autorizativo adquiriu ao longo do século XX, fruto mormente da sua aplicação a realidades, matérias e domínios que estavam materialmente mais ou menos distantes do seu figurino originário, pensamos que é ainda possível operar com um conceito unitário de *autorização em sentido amplo* o qual, com VIEIRA DE ANDRADE, pode ser utilizado em relação a todos os actos “que, por iniciativa ou candidatura do interessado, visam *remover um limite imposto pela lei* ao exercício de uma actividade *fora do domínio administrativo da entidade autorizante* (isto é, uma actuação própria da esfera do destinatário da autorização (...))” e que é à partida dividido em duas grandes categorias, só a primeira nos interessando: a das “*autorizações nas relações entre a Administração e os particulares* (na sequência de normas legais que limitam as liberdades, com maior ou menor intensidade, fazendo depender a actuação do particular de uma intervenção administrativa”) e a das autorizações nas relações entre órgãos administrativos⁸¹⁵.

Procurando sintetizar as características comuns a todas as autorizações entre a Administração e os particulares — ou, o que significa dizer o mesmo, as notas de que se pode lançar mão para caracterizar a autorização como figura unitária — diremos, com GIANNINI⁸¹⁶, que os procedimentos autorizativos têm todos uma estrutura lógica que se compõe de três elementos: um *poder* de um particular, o qual constitui manifestação material (física,

⁸¹⁵ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 145. Em Espanha, SÁNCHEZ MORÓN adopta uma definição de autorização bastante próxima: partindo da noção legal contida no art. 1.º, n.º 2, do *Reglamento de los procedimientos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones* (Real Decreto n.º 1.778/1994, de 5 de Agosto) — segundo a qual “Para os efeitos deste Real Decreto são autorizações todos os actos administrativos, qualquer que seja a sua denominação específica, pelos quais, no uso de um poder de intervenção legalmente atribuído à Administração, se permite aos particulares o exercício de uma actividade, depois da comprovação da sua adequação ao ordenamento jurídico e valoração do interesse público afectado” — e depois de abordar a *vexata quaestio* do carácter meramente declarativo ou constitutivo da autorização, reconhecendo a existência dos dois tipos de casos, conclui que *qualquer decisão administrativa através da qual se permite aos particulares o exercício de uma actividade não reservada à Administração é uma autorização*, independentemente da sua denominação específica (*permisos, licencias, habilitaciones, homologaciones, acreditaciones*): cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 631 e seg. LAGUNA DE PAZ, no seu estudo monográfico sobre a autorização administrativa (cfr. *La Autorización Administrativa*, cit.) parte de idêntico postulado ao fazer a delimitação do estudo (levada a cabo no Cap. I do seu trabalho, a pp. 31-104): anunciando que o problema base deste capítulo é o de determinar se a autorização é ou não uma *categoría unitária*, afirma peremptoriamente que, pondo de lado as autorizações inter-administrativas (tal como acontece no nosso estudo), é possível reconhecer tal categoria unitária, caracterizada pelo *controllo preventivo do exercício de uma actividade por outro sujeito* (cfr. *ob. cit.*, especialmente, pp. 35-37) — distinguindo neste âmbito as *autorizações de policía* (relativas às actividades que requerem que a Administração Pública verifique previamente a sua compatibilidade com o interesse geral) e as *autorizações dominiais*, que incidem sobre bens do domínio público.

⁸¹⁶ Cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 611 e seg.

económica, etc.) da actividade de um sujeito; uma *conotação jurídica* do poder feita pela norma (podendo tratar-se de um poder de facto ou da manifestação de uma liberdade ou de um direito fundamental ou, ainda, de uma faculdade compreendida num direito ou num poder ou mesmo num interesse legítimo), norma essa que delimita e individualiza tal poder; e um *acto* que administra aquela conotação jurídica, podendo a autoridade administrativa conferir maior ou menor âmbito ao poder do particular, comprimi-lo ou expandi-lo.

A autorização deverá sempre ser qualificada como um *acto administrativo* com um conteúdo *favorável*, uma vez que a sua prática se traduz em desencadear benefícios para o seu destinatário. Ligando o conteúdo do acto ao seu significado originário, deve também salientar-se estarmos perante uma técnica de *intervenção administrativa* destinada a garantir que o exercício de actividades privadas seja conforme ou, pelo menos, não ponha em causa a realização do interesse público (em face nomeadamente do *perigo* ou *potencial de dano* que tais actividades podem representar), levando a cabo o *controlo preventivo* do *interesse público específico* tutelado pela norma, por cuja prossecução a Administração autorizante é responsável. Apesar de, com tal sentido, o acto ter conhecido grande expansão na transição do Estado liberal para o Estado social a verdade é que, apesar do afrouxamento da intervenção pública que se faz sentir desde os finais do século xx tal não representou uma perda de importância da autorização acto que, pelo contrário, até viu ampliado o seu campo de aplicação⁸¹⁷.

Outra nota comum à autorização em sentido unitário, que simultaneamente mostra as dificuldades na afirmação de tal sentido, tem a ver com a profusão e confusão terminológica que, nos diversos ordenamentos jurídicos e nas línguas correspondentes, se faz sentir: para além da própria confusão com actos estrutural, funcional e materialmente diversos, com realce para a *concessão*, o legislador, a jurisprudência e a doutrina utilizam muitas vezes sem o rigor terminológico que seria exigível os termos autorização, licença, dispensa, aprovação, permissão, habilitação, etc.⁸¹⁸.

De assinalar também a circunstância de as autorizações pressuporem sempre um requerimento de um particular, sendo uma das tendências mais recentes do direito autorizativo a de se colocar uma muito maior responsabilização e exigência sobre o peticionante, em larga medida responsável pela posterior conformação da autorização, precisamente em função dos elementos por ele fornecidos e dos requisitos peticionados — como decorrência do também crescente protagonismo do título habilitante na definição do regime jurídico respectivo.

Não obstante, tal protagonismo do requerimento e do peticionante na sua conformação não pode obscurecer o papel incontornável que a *lei* aqui assume: a sujeição das autori-

⁸¹⁷ Neste sentido, LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, cit., p. 31.

⁸¹⁸ Como dissemos, é um fenómeno comum às diversas ordens jurídicas: na Alemanha tal acontece, entre outros, com os termos *Genehmigung, Erlaubnis, Ermächtigung, Befreiung, Autorisation, Bestätigung, Bewilligung, Lizenz, Zustimmung, Zulassung* e *Konsens* (ou a própria *Planfeststellung*); em Itália designadamente com as expressões *autorizzazione, licenze, approvazione, abilitazioni, permesso* e *nulla osta*; em Espanha com as palavras *autorización, permiso, licencia, aprobación*, etc.; em França é isso que se verifica com a terminologia *autorisation, permission, approvation* e *consentement*; mesmo na língua inglesa, são muitas vezes usadas com alguma promiscuidade expressões diversas, como *authorisation, allowance, permit, approval, permission, consent* ou *endorsement*. Também no Brasil LEME MACHADO (cfr. *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 271 e seg.) refere a utilização dos termos “licença” e “autorização” sem rigor técnico, bem como a utilização do termo “licenciamento ambiental” como correspondente a “autorização ambiental”.

zações ao *princípio da legalidade* revela-se desde logo quanto à sua génese, na medida em que só a lei pode impor a sujeição de uma actividade à obtenção prévia de uma autorização administrativa, indo todavia muito para além desse momento, na medida em que deve ser a lei que define as *características, condições e limites* da autorização — sem prejuízo da sua posterior execução, desenvolvimento ou até integração por regulamentos administrativos⁸¹⁹. A vigência do princípio da legalidade pode ser articulada com a visão de alguns autores de acordo com os quais, apesar de as autorizações se configurarem como actos favoráveis, elas não visam tanto a composição de interesses públicos e privados mas sim a subordinação destes àqueles, em face do carácter dominante dos interesses públicos⁸²⁰.

Resumidas, desta forma breve e superficial, algumas das características comuns aos actos autorizativos que justificam que se continue a falar na autorização administrativa como uma categoria jurídica unitária, é hora de avançar, abordando alguns dos principais problemas em aberto que, como veremos na Secção III, assumem enorme protagonismo no campo ambiental.

O longo processo de erosão da autorização, ao longo do século xx, que legitima a alusão, por parte de muitos autores, à crise deste acto administrativo — e a verdadeira “desconstrução” do conceito a que conduziu, nomeadamente em face da sua aplicação a novas e complexas realidades — resulta de algumas das dúvidas maiores que giram em seu torno: para além da *vexata quaestio* da preexistência ou não de um direito nas actividades sujeitas a autorização é sobretudo o que se passa com a questão de saber se a autorização pode funcionar como um *escudo de protecção* para o seu titular e, no caso de tal pergunta merecer uma resposta positiva, de determinar até onde é que vai tal protecção. E relacionada com ela, as perplexidades sentidas a propósito da relativização do efeito de protecção da autorização, em função da sua flexibilização e diminuição da força de caso decidido, em comparação com a de outros actos administrativos, que nos remetem para o regime da *revogação* dos actos administrativos, concretamente dos actos autorizativos. Abordemos de seguida tais questões.

5. A autorização como “escudo de protecção”

A tensão entre liberdade e autoridade subjacente aos actos autorizativos, entre estabilidade e flexibilidade, entre os interesses na manutenção da posição jurídica de vantagem por parte do particular autorizado e o interesse da Administração em eventualmente adaptar o conteúdo do acto às flutuações e variações do interesse público por cuja prossecução é responsável, sempre determinou a existência de dúvidas sobre se e em que termos é que

⁸¹⁹ Sobre as exigências do *princípio da legalidade* nas autorizações administrativas, cfr. LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, cit., pp. 67-69. Apesar de sublinhar tal aplicação, LAGUNA DE PAZ não deixa de salientar que as exigências do princípio da legalidade não são comparáveis com as que valem por exemplo no âmbito sancionatório, onde vigora um princípio de tipicidade.

⁸²⁰ Cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, cit., p. 613 e seg. Apesar daquele carácter dominante, o sacrifício do interesse privado deve conter-se no mínimo indispensável para a prossecução do ou dos interesses públicos em jogo.

a autorização funciona como um “escudo de protecção” para o seu titular, no sentido de ele estar salvaguardado em relação ao exercício da actividade ou comportamento possibilitado pela autorização, designadamente face às possibilidades de modificação ou mesmo de revogação por parte da Administração Pública.

Desta forma, a problemática ora em análise tem sobretudo a ver com os eventuais limites colocados à Administração em relação a uma intervenção sobre o acto autorizativo posteriormente à sua outorga, tanto em termos de o alterar, modificar ou adaptar às flutuações do interesse público (resultantes da posterior publicação de normas, de modificações da situação de facto, nomeadamente perturbações sentidas por terceiros, ou ainda de uma alteração dos conhecimentos técnicos e científicos ou da “filosofia de segurança” da Administração em relação àquele tipo de actividades), como de proceder à anulação ou à revogação do acto emitido.

A questão assume um relevo muito particular ao nível das autorizações jurídico-ambientais onde, como veremos, a sua limitação tem funcionado a favor da protecção ambiental⁸²¹: ao passo que no século XIX havia uma ampla protecção do adquirido e das actividades autorizadas, sendo o estado da problemática, no essencial, “amigo do operador” (e, por oposição, contrário aos interesses dos vizinhos e do interesse público)⁸²², nas últimas décadas e, em especial em domínios como o do direito do ambiente, a história da *Bestandschutz* tem sido a história da sua limitação, onerando-se muito mais os operadores com o risco da modificação ou mesmo da extinção das suas actividades e beneficiando-se a satisfação do interesse público, mormente da protecção ambiental⁸²³. Uma vez que as autorizações am-

⁸²¹ A propósito da eventual configuração da autorização como um escudo de protecção, o mesmo é dizer, em relação à questão de determinar o âmbito e o alcance da *Bestandschutz* das autorizações no direito do ambiente é incontornável a obra de KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild? Die rechtsstellung des Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung — Schriften zum Umweltrecht*, Bd. 44, Duncker & Humblot, Berlin, 1994), o qual se centra antes de mais nos efeitos de protecção das autorizações do direito de protecção das imissões face a exigências posteriores colocadas em termos jurídico-administrativos (cfr. p. 95 e segs.), mas também quanto a pretensões jurídico-civilísticas (p. 195 e segs.) e jurídico-criminais (p. 244 e segs.) ambientais. SACH põe em contraposição, também neste âmbito próprio, a *função de estabilização* da autorização, referida ao proprietário, e a *função de protecção*, por sua vez referida à comunidade (p. 44 e segs.). Como veremos na Secção III e como é destacado por este Autor, o efeito de estabilização da autorização do direito de protecção das imissões é sobretudo limitado pela dinamização das obrigações legais (nomeadamente das consagradas no § 5 da BImSchG) e também pelos expedientes das *decisões posteriores* ou *supervenientes* (plasmadas no § 17), da *interdição* (*Untersagung*), encerramento (*Stillegung*) e eliminação (*Beseitigung*), previstas no § 20 e pelas possibilidades de *revogação da autorização* (§ 21) — todos da BImSchG. Em face destas limitações, SACH reconhece que o efeito de protecção desta autorização não pode ser absoluto, mas simplesmente graduado.

⁸²² Afirmação que, em todo o caso, não pode deixar de ser feita com algumas reservas e algum cuidado, na medida em que na “primeira geração” dos grandes autores alemães que se debruçaram sobre o acto autorizativo, não deixa de haver indicações em sentido contrário. Vide, por exemplo, FRITZ FLEINER, para quem (*Institutionen...*, cit., p. 383 e seg.) o particular titular de uma autorização de polícia não possui qualquer “fortaleza” contra intervenções futuras, devendo suportar as alterações legislativas reportadas à actividade autorizada, mesmo que agravem as suas obrigações em relação ao que estava originariamente previsto na autorização, correndo os eventuais danos por sua conta — uma vez que só existiria um direito de indemnização quando a lei o previsse de forma expressa. Estando também o particular autorizado obrigado a adaptar a sua acção à modificação das circunstâncias e a Administração autorizada a determinar novos modos para esse fim e a estabelecer novas exigências, embora a lei pudesse contrariar este princípio jurídico, garantido o titular de uma autorização de polícia contra modos singulares supervenientes.

⁸²³ Cfr. HORST SENDLER, “Von Nutzen und Nachteil der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für den Umweltschutz”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven*

bientais vão ser analisadas na Secção III e no Cap. III da Parte II, deixaremos grande parte do tratamento desta questão para esses momentos da investigação⁸²⁴.

Em todo o caso, sempre cumpre dizer que o tema, em geral, tem sido sobretudo objecto de discussão na Alemanha, nomeadamente em articulação com o conceito da *Bestandschutz* (em termos literais protecção do existente ou, talvez melhor, *protecção do adquirido*, com alguma proximidade em relação à noção de *acquis*, no direito francês, traduzindo no fundo a ideia de *manutenção de uma dada situação* ou de *situações jurídicas adquiridas*), o qual pode ser definido, com Horst Sendler⁸²⁵, como a protecção juridicamente garantida, através da Constituição ou do direito ordinário, da existência disponível de direitos ou de outras posições, consistindo no direito de poder manter e utilizar sem alteração aquilo que foi adquirido (*Bestand*), não obstante as eventuais modificações na situação jurídica ou de facto ou conferindo o direito de, em caso de alteração por parte de uma autoridade, receber uma indemnização. Discute-se, desta forma, se aos efeitos declarativo (resultante de a Administração declarar, no momento em que concede a autorização, que o projecto está de acordo ou, pelo menos, não se opõe aos preceitos jurídicos aplicáveis, eliminando-se ou neutralizando-se a proibição formal que pendia sobre o seu exercício) e autorizativo (em que a Administração admite a realização do projecto ou actividade requerido, exprimindo a concordância do projecto com os pressupostos legais) acresce ou não um efeito de estabilização

aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 975-996 (especialmente pp. 982-986).

⁸²⁴ Deixaremos por ora apenas uma alusão à obra de referência de MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., — na qual o Autor nos mostra as relações de tensão que se entrecruzam, a propósito da *Bestandschutz*, entre os interesses privados na manutenção das situações adquiridas e os interesses opostos do Estado na conformação das actividades autorizadas e na intervenção, salientando que no direito do ambiente tal conflito se torna particularmente significativo no âmbito da relação entre a indústria e o ambiente, ou seja, entre a protecção dos investimentos e a protecção do ambiente (cfr., em especial, p. 27). Tudo isto na medida em que defende a concepção, tendencialmente unânime, de que o conceito de *Bestandschutz* nunca poderá ser visto como um conceito absoluto mas apenas relativo.

⁸²⁵ Cfr. HORST SENDLER, "Bestandsschutz", in: *Handwörterbuch des Umweltrechts*, I., cit., Band, pp. 268-278 (p. 268). SENDLER chama a atenção para o facto de a *Bestandschutz* ter as suas raízes no direito constitucional, tanto por intermédio da consagração do princípio da *protecção da confiança* (enquanto dimensão do princípio do Estado de Direito) como pela defesa do direito de *propriedade*. O que não invalida, todavia, que ela esteja em larga medida aberta à conformação pelo legislador ordinário o qual, historicamente, a modela de maneira diferenciada nos diversos domínios do direito administrativo especial, articulando-a nomeadamente com a teleologia específica dos interesses públicos em jogo. Em termos puramente conceptuais, saliente-se ainda a distinção, proposta por alguns autores (cfr., por todos, HEINZ-JOACHIM PETERS, *Umweltverwaltungsrecht*, C. H. Müller Verlag, Heidelberg, 2. Aufl., 1996, p. 146 e seg. — o tratamento da questão foi abandonado nas edições subsequentes da obra de Peters) entre uma *Bestandschutz* "simples" ou "passiva" (que abrange a protecção contra alterações posteriores da situação jurídica criada com a autorização) e uma *Bestandschutz* "activa" ou "sobre-eficaz" (que se estenderia às alterações da instalação, as quais deveriam ser autorizadas, inclusive nos casos em que a situação pudesse ser contrária às normas jurídicas vigentes).

Sobre o papel da *protecção da confiança* como base em que assenta a *Bestandschutz* — papel reconhecido pela jurisprudência do BVerwG e que pode ir ao ponto de implicar a manutenção de actos administrativos favoráveis ilegais, se e na medida em que o beneficiado invoque e se possa prevalecer da protecção da confiança — cfr. HARTMUT MAURER, "Das Vertrauensschutz prinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten", in: WALTER SCHMITT GLAESER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren — Festschrift zum 50-Jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1977, pp. 223-257 (p. 229 e seg.); e também, do mesmo Autor mas traduzido para português, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, pp. 65-86.

e de protecção daquilo que foi autorizado, no sentido de a actividade e/ou a instalação poderem funcionar duradouramente, com a inerente limitação dos poderes de intervenção posterior da Administração⁸²⁶.

Como já dissemos, a tendência geral — nomeadamente no direito alemão, onde o tema tem sido discutido com muita profundidade — vai hoje no sentido de limitar a *Bestandschutz*, continuando todavia muito vivo o debate em torno da questão de saber se, além dos *efeitos conformativos* das relações jurídicas subjacentes às autorizações é legítimo continuar a reconhecer entre os efeitos jurídicos destes actos o *efeito de estabilização* — eventualmente reforçado por um *efeito vinculativo*, este último com o sentido de os resultados do exame dos pressupostos da decisão se reflectirem sobre decisões posteriores. Efeito *de estabilização* da relação jurídica ou *de protecção* do titular da autorização traduzido no facto de, enquanto a autorização se mantiver eficaz, ela manter a sua obrigatoriedade ou vinculatividade não apenas para o seu beneficiário mas também perante a Administração, podendo durante tal vigência o operador manter a instalação autorizada em funcionamento, o que legitima a configuração do efeito de protecção como a declaração, contida na autorização, da legalidade do projecto autorizado⁸²⁷.

Assim, o instituto da protecção do adquirido exprime uma *função de equilíbrio* e de *repartição* levada a cabo pela autorização, enquanto acto concretizador da lei, devendo ponderar-se a *protecção da confiança* e a *segurança do investimento* do operador a quem foi outorgada uma autorização com as exigências de *flexibilidade e adaptação* às flutuações do interesse público⁸²⁸, particularmente significativas em domínios específicos da actividade económica, em especial, como veremos, naqueles susceptíveis de produzirem efeitos ambientais danosos, sobretudo num momento em que a forma mais adequada de caracterizar o mundo em que vivemos parece cada vez mais ser o modelo da *sociedade do risco*, idealizado por Ulrich Beck.

A *Bestandschutz* encontra-se radicada no seio de um conflito entre interesses opostos, pretendendo exprimir o equilíbrio possível: o promotor ou operador de uma instalação autorizada tem um interesse digno de protecção à “existência” (manutenção) da instalação como forma de *garantir o seu investimento* (razão pela qual a garantia de uma efectiva *Bestandschutz* é uma condição indispensável para o funcionamento do sistema económico); mas há uma série de interesses públicos, hoje com protagonismo para o ambiente, que

⁸²⁶ E sem alargar, pelo menos por agora, o nosso olhar à problemática do eventual efeito legalizador dos actos autorizativos no plano das relações jurídico-privadas (no sentido de qualificar como lícita uma actividade que, em princípio, seria civilmente ilícita) — na medida em que fosse possível reconhecer uma eficácia externa, conformadora ou irradiante na ordem jurídica privada de actividades dos particulares, exercidas ao abrigo de actos jurídico-públicos autorizativos. Sobre a questão cfr. *infra*, Secção III, 2.4.

⁸²⁷ Cfr. STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichen Recht — Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin Verlag, 1997, p. 124 e seg.

⁸²⁸ Sobre esta relação de tensão, cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung zwischen Bestandschutz um Flexibilität”, in: RAINER WAHL (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge — Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten*, Economica Verlag GmbH, Bonn, 1995, pp. 217-261, *passim*, especialmente p. 218. Os Autores analisam depois, com mais profundidade (cfr. pp. 233-237) a relação de tensão entre os interesses dignos de protecção dos indivíduos na certeza ou firmeza (radicados no princípio da protecção da confiança), de um lado, e a necessidade do Estado à adaptação a uma realidade modificada, do outro.

exigem que as instalações autorizadas não sejam providas com uma garantia eterna, não se podendo dificultar de forma insuportável a adaptação à modificação dos interesses públicos, nomeadamente à alteração das condições ambientais. Ora, a função da *Bestandschutz* é precisamente proceder ao equilíbrio adequado e à concordância prática, na medida do possível, entre estes interesses em conflito⁸²⁹.

A extensão do âmbito de eficácia do efeito de protecção pode ser levada mais longe, na medida em que as autorizações se assumem, em grande parte dos casos, como actos que irradiam a sua eficácia para lá do plano das relações entre Administração e autorizado, sendo actos de efeitos duplos ou junto de terceiros ou, numa designação mais actual, actos com efeitos múltiplos a propósito dos quais se entretecem relações jurídicas poligonais ou multipolares⁸³⁰ — os quais, por essa razão, exigem a ponderação entre os riscos de danos, que a ocorrerem acarretarão prejuízos para terceiros e para o interesse público, e o risco de frustração dos investimentos, a onerarem o operador autorizado⁸³¹. Ora, o efeito de protecção determinará também a estabilização na relação com os terceiros, nomeadamente a partir do momento em que, com o expirar do prazo para a sua impugnação contenciosa, o acto se tornar inopugnável, conferindo solidez à garantia do direito subjectivo do empresário ao exercício do seu direito ou liberdade de iniciativa económica privada, quando for esse o caso⁸³².

Assim, no caso das autorizações de projectos, estes actos transmitem aos seus titulares, no estrito âmbito da actividade autorizada e nos termos autorizados, uma certa estabilização dos direitos e dos termos fixados para o seu exercício: o projecto estabelecido em concordância com os preceitos jurídicos vigentes no momento da outorga da autorização permanece admissível enquanto não houver alteração legislativa, dependendo todavia os exactos contornos e a extensão de tal admissibilidade das expressões específicas do direito

⁸²⁹ Neste sentido, de forma certa e sagaz, cfr. MARC RÖCKINGHAUSEN, "Der Bestandsschutz von immissions-schutzrechtlichen Genehmigungen — u. a. im Lichte der geplanten IPPC-Richtlinie", UPR, 2/96, Februar, pp. 50-54 (p. 51).

⁸³⁰ Teremos oportunidade de estudar estas relações de forma mais pormenorizada, em função da sua enorme operacionalidade no direito do ambiente. Mas podemos avançar desde já, com VASCO PEREIRA DA SILVA (cfr. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 273-281), algumas notas para o seu entendimento em geral: o alargamento dos direitos subjectivos públicos com base nos direitos fundamentais implicou a reformulação do conceito de relação jurídica, em função da necessidade de considerar sujeitos de tais relações privados diferentes daqueles a quem se aplicam normas de cariz subjectivo ou que são os destinatários imediatos de actos administrativos. Estes particulares deixaram de ser, neste sentido, "terceiros", sendo antes *sujeitos autónomos de uma relação multilateral*, surgindo estas relações multipolares como manifestação da moderna Administração prestadora e constitutiva contribuindo, segundo o Autor, para a confirmação do "fracasso dogmático da doutrina do acto administrativo" na compreensão dos fenómenos jurídico-administrativos (por si só ele não consegue justificar a existência de direitos e deveres que lhe são anteriores ou posteriores), apresentando a *autorização administrativa* como acto que, apesar da sua eficácia dupla, não permite a compreensão global dos direitos e deveres dos diversos sujeitos envolvidos. Só a relação jurídica multipolar permite a compreensão de todos os direitos subjectivos públicos, independentemente da sua fonte, abrindo a porta para uma consideração mais ampla e integradora da relação jurídica, sendo ainda muito significativas as suas consequências ao nível do procedimento, enquanto sede para a participação e representação de interesses dos diversos sujeitos envolvidos.

⁸³¹ Sobre a distribuição ou partilha destes riscos, no âmbito da questão da *Bestandschutz*, cfr. WAHU/HERMES/SACH, "Genehmigung...", cit., p. 245. Os Autores consideram que a situação deve ser comparada com aquela que existiria sem a autorização, no seio da qual vale a obrigação geral de não perturbação, em que o causador do dano suporta todo o risco do investimento (cfr. pp. 245-248).

⁸³² Cfr. STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., pp. 126-129.

positivo⁸³³. Essas expressões específicas do direito positivo tendem a variar bastante em função do tipo de interesses que estejam em jogo e dos perigos específicos que haja necessidade de acautelar, como veremos melhor na Parte II⁸³⁴.

Na Alemanha, a doutrina aponta pacificamente para a margem de manobra do legislador ordinário estabelecer tais limites de protecção das posições resultantes dos actos autorizativos, tendo como pano de fundo a *conformação constitucional* de tal realidade, sobretudo resultante, por um lado, do art. 14.º da *Grundgesetz* — o qual garante o *direito de propriedade*, com o conteúdo e os limites fixados na lei, funcionando a favor da protecção do operador — e, do outro lado, do art. 2.º — consagrador dos direitos à vida, à integridade física, à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual “joga” a favor do interesse público e dos interesses dos terceiros⁸³⁵.

Desta forma, na concepção da doutrina alemã a nota decisiva é a da *liberdade de conformação do legislador ordinário*, tendo o BVerwG⁸³⁶ cimentado o entendimento de acordo com o qual é das leis ordinárias que resulta a determinação do conteúdo do direito de propriedade, bem como o objecto e o âmbito exacto da *Bestandschutz* concedida pelo artigo 14.º da *GrundGesetz* — não havendo nenhum princípio absoluto segundo o qual as posições jurídicas conferidas ao requerente são de manter apesar de alterações ao direito, nem de que elas só podem ser retiradas contra indemnização.

Em função das dúvidas em torno do alcance da *Bestandschutz* e da fixação dos seus exactos contornos⁸³⁷, parece-nos que devemos desde já assentar na conclusão segundo a qual é hoje totalmente ilegítimo falar num escudo de protecção universal, na medida em que não há nem pode haver um efeito de estabilização geral, podendo as suas manifestações mais ou menos amplas resultar apenas do regime previsto em lei especial.

⁸³³ Neste sentido, cfr. R. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 534.

⁸³⁴ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III, 3.7.

⁸³⁵ Sendo também convocados outros preceitos, em função do âmbito específico dos interesses que estejam em jogo. É isso que acontece ao nível da tutela ambiental, em relação à qual se chama à colação o art. 20.º-A da Constituição alemã, no qual se prevê o dever estadual de protecção das bases naturais da vida, isto é, a tarefa estadual de protecção do ambiente. Desenvolvidamente sobre a relação de tensão entre as normas constitucionais citadas a propósito do exacto alcance da *Bestandschutz* no direito alemão, em especial ao nível do direito do ambiente, cfr. MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., pp. 30-52.

⁸³⁶ Citado por MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., p. 37, n. 43. Sobre o entendimento exposto no texto em relação aos problemas suscitados pelo art. 14.º da *Grundgesetz* e com inúmeras referências à jurisprudência do BVerfG, cfr. também HEINZ-JOACHIM PETERS, *Umweltverwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1996, cit., p. 146 (nota 73).

⁸³⁷ Um trabalho que revela bem estas dúvidas é o de CHRISTOPHER ENGEL (*Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992): apesar de ser comumente citado como um dos autores que pretende “remar contra a maré” ao defender a atribuição de uma maior força estabilizadora à autorização — nomeadamente como forma de garantir a segurança do investimento do operador, em nome dos princípios jurídico-constitucionais da protecção da confiança, da segurança jurídica ou da reserva de lei e da maior “força de caso decidido” (*Bestandskraft*) do acto administrativo, da protecção constitucional da actividade empresarial e da própria existência da empresa (cfr. pp. 4-58) —, a verdade é que também ENGEL é obrigado a reconhecer (cfr. *ob. cit.*, pp. 59-149) que o potencial de protecção dos actos favoráveis se altera no âmbito de *alguns direitos administrativos especiais*, nos quais há maiores possibilidades de intervenção por parte da Administração que reduzem aquela protecção, possibilidades essas que tanto podem decorrer da lei como de poderes próprios da Administração, nomeadamente daqueles resultantes da aposição de cláusulas acessórias, tendo sobretudo a ver com a fixação (legal) de regimes especiais de revisão, da prática de decisões posteriores e de outros tipos possíveis de intervenção administrativa no exercício da actividade ou na exploração da instalação, apesar da autorização concedida.

6. Sequência

Se situarmos a nossa análise no direito autorizativo depois de grande parte das alterações resultantes da sua “desconstrução” ao longo do século XX, emerge como uma nota clara de tal direito a *relativização do efeito de protecção* da autorização, em especial devido às necessidades de adaptar o seu conteúdo às flutuações e exigências do interesse público, que apontam para a sua flexibilização.

É quanto a este ponto que surgem porventura as maiores dificuldades e o ponto fulcral do regime dos actos autorizativos na actualidade: o de fazer a ponderação ou o equilíbrio entre as razões de *segurança jurídica* e de *protecção da confiança* que fundamentam a estabilização, por um lado; e a necessidade de proteger os terceiros, o público e o interesse público (nomeadamente o interesse à protecção do ambiente) em relação aos eventuais efeitos nocivos do funcionamento de instalações autorizadas, que também reclamam tutela e segurança.

Todavia, antes de dirigirmos o nosso estudo para os contornos que a questão assume nos anos mais recentes, é mister abordar a maneira como ela se desenhava tradicionalmente, centrando pois a nossa análise no regime clássico da revogação dos actos administrativos ou, mais concretamente, dos actos autorizativos (Secção II). Para depois efectuarmos um roteiro sobre alguns dos aspectos mais controvertidos que a utilização do expediente autorizativo suscitou na primeira geração do direito do ambiente (Secção III).

SECÇÃO II

O REGIME DA REVOGAÇÃO DAS AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS

1. Âmbito da investigação – a questão terminológica

À imagem do que vimos suceder em relação à autorização, também as dúvidas e incertezas em torno da questão conceptual são aqui inúmeras, embora provavelmente adquiram contornos particulares no direito português, em virtude das opções legislativas que, por exemplo no CPA, não escapam às críticas — em nosso entender, certas — que boa parte da doutrina lhes dirige.

De qualquer forma, gostaríamos de antecipar o relevo de tal questão para os propósitos do nosso estudo: ao usarmos aqui o termo *revogação* pretendemos, em princípio, reportar-nos à *revogação propriamente dita* ou *revogação abrogatória* a qual pode ser definida, com Pedro Gonçalves⁸³⁸, como o “*acto administrativo, dotado de eficácia ex nunc*,

⁸³⁸ Cfr. “Revogação (de actos administrativos)”, in: *DJAP*, vol. VII, pp. 303-325, p. 303.

através do qual uma autoridade administrativa, depois de ter apreciado a oportunidade ou conveniência para o interesse público dos efeitos actuais de um acto administrativo prévio, decide extinguir esses efeitos, prescindindo de disciplinar a relação jurídica administrativa regulada por esse acto, por supor que desse modo serve mais adequadamente o interesse público actual". Salientando também, com Robin de Andrade⁸³⁹, tratar-se de um acto administrativo que tem por conteúdo a extinção de efeitos jurídicos do acto anterior, por objecto imediato o efeito ou efeitos produzidos pelo acto revogado e por objecto mediato o próprio acto revogado cujos efeitos são extintos. Em suma, e de uma forma mais sintética, está em causa "um acto que se dirige a fazer cessar os efeitos doutro acto, por se entender que não é conveniente para o interesse público manter esses efeitos produzidos anteriormente"⁸⁴⁰.

Seguindo no essencial aquilo que parte da doutrina nacional tem defendido sobre o tema⁸⁴¹, diremos que a revogação em sentido estrito — a qual corresponde, no direito francês, à *abrogation*⁸⁴², no direito alemão ao conceito de *Widerruf*⁸⁴³, no direito italiano à *revoca* e, no direito espanhol, à *revocación*⁸⁴⁴ — é um tipo de acto que se subsume numa classe mais ampla, constituída pelos actos de *revisão* (correspondente à categoria que, em alemão, se designa por *Aufhebung* ou por *Beseitigung*⁸⁴⁵) e que se distingue, antes de mais, da *anu-*

⁸³⁹ Cfr. *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2ª ed., Coimbra Editora, 1986, especialmente p. 14.

⁸⁴⁰ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 187 e seg.

⁸⁴¹ Para além dos trabalhos de Pedro Gonçalves, de Robin de Andrade e de Vieira de Andrade citados (cfr. as três notas anteriores; em relação aos trabalhos de ROBIN DE ANDRADE e de VIEIRA DE ANDRADE vide especialmente pp. 13-44 e pp. 187-193, respectivamente), destacam-se outros escritos de VIEIRA DE ANDRADE sobre o tema: cfr. "Revogação do acto administrativo", *D&J*, volume VI, 1992, pp. 53-63; e "A «revisão» dos actos administrativos no direito português", *CCL*, INA, n.º 9/10, Janeiro-Junho 1994, pp. 185-202. Na doutrina nacional mais recente, cfr. também o contributo de FILIPA URBANO CALVÃO: "Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo", *CJA*, n.º 54 (Novembro/Dezembro 2005), pp. 33-43; IDEM, *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo — Da sua aposição aos actos administrativos e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos*, Faculdade de Direito de Coimbra, 2008, inédito, pp. 368-383.

⁸⁴² Sobre as dúvidas e dificuldades terminológicas no direito francês, mostrando preferência pelo termo "abrogation" para os casos de revogação em sentido estrito ("existe abrogação de um acto administrativo quando um acto administrativo (ou legislativo) ulterior faz desaparecer esse acto sem atentar contra os efeitos jurídicos que ele já produziu"), mas referindo-se à utilização, em geral, dos termos "révocation" e mesmo "retrait" (à partida correspondente à anulação e, como tal, pressupondo a destruição *ab initio* do acto, isto é, em termos retroactivos), cfr. J.-M. AUBY, "L'Abrogation des Actes Administratifs", *AJDA*, 20 Mars 1967, pp. 131-139 (p. 131).

⁸⁴³ Na doutrina alemã a questão terminológica é tratada com especial clareza pela doutrina, em conformidade com a distinção legal rigorosa e objectiva, levada a cabo nos §§ 48 e 49 da *VwVfG*, respectivamente sobre a anulação de actos administrativos *ilegais* e sobre a revogação de actos administrativos *legais*, sendo de citar, por todos, os trabalhos de HELMUT BRONNENMEYER (*Der Widerruf rechtsmäßiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, especialmente p. 30 e seg.) e de HARTMUT MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 272-280).

⁸⁴⁴ Embora a doutrina do país de Cervantes também utilize o termo *revocación*, em sentido amplo (correspondente a revisão), pois tanto alude à *revocación* por motivos de legalidade (subsumindo aí as diversas formas de revisão oficiosa, tanto de actos nulos como de actos anuláveis, incluindo o caso especial do "recurso de lesividade", o qual consiste na impugnação contenciosa do acto feita pela própria Administração), como à *revocación* baseada em razões de oportunidade, isto é, a revogação administrativa propriamente dita — por todos, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid, 11ª ed., 2002, pp. 651-668.

⁸⁴⁵ A maioria da doutrina opta pelo conceito de *Aufhebung* como "super-conceito" que abrange a eliminação da eficácia de um acto através de uma *decisão da administração* ou de um *tribunal* e que tem como principais espécies a *anulação* e a *revogação*: cfr., por todos, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 274 e seg. Já por

lação administrativa, embora também seja necessário proceder a outras distinções⁸⁴⁶.

Por ser uma decisão de revisão estamos perante um acto administrativo secundário ou de segundo grau — isto é, um acto que incide sobre um acto administrativo anterior —, implicando uma reapreciação *negativa* ou *divergente* em relação a essa primitiva pronúncia.

No entanto, e salientando em particular as diferenças em face da *anulação administrativa* — diferenças essas que, por exemplo, o nosso CPA deixa quase em absoluto na sombra, usando apenas o termo “revogação” que, nalguns casos, deve ser entendido como *revogação propriamente dita*, *abrogatória* ou *revogação de actos válidos*, noutros como *revogação anulatória*, *revogação de actos inválidos* ou *anulação administrativa* —, diremos que a revogação é um acto que determina a *cessação* dos efeitos de um acto anterior, o que determina a sua *eficácia ex nunc* (a eficácia prospectiva do acto revogatório ajuda a compreender o facto de o efeito abrogatório, isto é, a extinção da operatividade do acto revogado, ser a sua principal consequência jurídica) por oposição à anulação, que tem eficácia *ex tunc*, isto é, os efeitos são destruídos desde o momento da prática do acto ou desde que este se tornou ilegal, no caso de a ilegalidade ser superveniente⁸⁴⁷; as razões ou motivos que estão por detrás da revogação são o juízo da Administração que considera que a manutenção dos efeitos do acto revogado deixou de ser conveniente ou oportuna para a satisfação do interesse público em apreço (o seu fundamento é a inconveniência actual para o interesse público da eficácia do acto revogado, procurando a Administração manter uma adequação constante das relações jurídicas administrativas às exigências do interesse público⁸⁴⁸), ao

exemplo HANS J. WOLFF/OTTO BACHOFF/ROLF STÖBER usam “Beseitigung” como super-conceito: cfr. *Verwaltungsrecht* — Band 2, Verlag CHBeck, München, 6. Auflage (2000), p. 135 e segs., especialmente p. 137.

⁸⁴⁶ O esquema apresentado por MAURER (cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 274) é particularmente esclarecedor, mostrando como o conceito de “revisão” (*Aufhebung*) abrange a sua fiscalização jurisdicional, num processo contencioso (em relação a actos ilegais) e a sua anulação (actos ilegais) e revogação (actos legais ou válidos) administrativas.

⁸⁴⁷ Daqui resulta uma outra diferença: ao passo que a *anulação administrativa* — à semelhança do que acontece quanto à anulação contenciosa de um acto administrativo — para além do efeito anulatório propriamente dito, tem também um efeito *represtinatório*, *conformativo* ou *reconstitutivo*, do qual resulta a obrigação de a Administração colocar a situação de facto de acordo com a situação de direito, reconstituindo a *situação hipotética actual*, isto é, a situação que existiria caso o acto anulado não tivesse sido praticado ou tivesse sido praticado sem a ilegalidade, tal efeito não se verifica, naturalmente, em relação à revogação, que apenas produz efeitos para o futuro. Sobre o efeito reconstitutivo, reconstutivo ou represtinatório da sentença de anulação de um acto administrativo — o qual constitui um dos “efeitos ultraconstitutivos da sentença anulatória”, a que se soma o efeito conformativo, preclusivo ou inibitório, que determina a proibição de a Administração praticar no futuro um acto idêntico, com os mesmos vícios e que também não faz sentido em relação ao acto de revogação — cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, cit., pp. 334-345 (especialmente p. 335).

⁸⁴⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES (“Revogação...”, cit., p. 306), que salienta ainda o relevo do *interesse público* que constitui tanto a *causa* como o *fim* do acto de revogação (p. 318 e seg.). VIEIRA DE ANDRADE alude, a este propósito, a uma *reavaliação actualizada do interesse público* efectuada pela Administração, motivada pela *alteração das circunstâncias de facto ou de direito* ou pela *configuração administrativa* daquele interesse (cfr. “A «Revisão» dos actos administrativos...”, cit., p. 187).

RAFFAELE RESTA, no seu estudo monográfico sobre a revogação dos actos administrativos (*La Revoca degli atti amministrativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1935) tem, a este propósito, uma construção interessante (cfr. pp. 117-122, especialmente p. 120), defendendo que a justificação objectiva da revogação no direito administrativo é constituída pelo “princípio interesse público *sic stante*” e pelo conceito de superveniência: só uma modificação no estado objectivo das coisas, que perturbe o equilíbrio entre a causa e a base do acto, pode justificar o acto de revisão; todavia, enquanto nos outros ramos do direito só uma *mudança objectiva* do estado material das coisas pode justificar a revogação (com base na cláusula *rebus sic stantibus*), tal critério objectivo é atenuado

passo que a anulação se baseia na *invalidade* do primitivo acto; daqui resulta, de forma imediata, a circunstância de a anulação incidir necessariamente sobre actos inválidos ao passo que a revogação, pelo menos em princípio, tem por objecto *actos válidos*⁸⁴⁹; como tal, enquanto a revogação implica o exercício de uma função da administração activa (de uma competência dispositiva, ou seja, do mesmo tipo da função exercida para a prática do

no direito administrativo: é necessário que a mudança material produza uma *mudança na avaliação concreta do interesse público*, isto é, a superveniência de uma divergência é juridicamente relevante *em exclusiva função do interesse público* dependendo, assim, de uma *avaliação subjectiva* já que a mudança por si só não tem força reactiva, a qual depende da *avaliação administrativa do interesse público*.

⁸⁴⁹ Dizemos “em princípio” porque, apesar de a regra do n.º 1 do art. 141.º parecer indicar o contrário (ao dispor que “Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade”), o facto de o acto ser inválido não deve excluir, por si só, a possibilidade da sua *revogação*, não com fundamento na sua ilegalidade mas antes na sua inconveniência ou, mais exactamente, na inconveniência da manutenção dos seus efeitos. Neste sentido, cfr. VIEIRA DE ANDRADE “A «Revisão» dos actos administrativos...”, cit., p. 192 e seg. Na mesma direcção, no direito alemão, H. MAURER (cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 279) mostra que, apesar de a revogação estar orientada para actos administrativos legais, ela não pressupõe necessariamente um acto legal: desde que exista uma causa de revogação o acto pode ser revogado, mesmo que seja ilegal. Apresentando como fundamento para tal solução a circunstância de a ilegalidade não poder ser uma limitação mas antes uma ampliação da revisibilidade do acto, fornecendo razões suplementares para tal revisibilidade. A questão é abordada com especial desenvolvimento por BRONNENMEYER (*Der Widerruf...*, cit., pp. 33-39) o qual defende a aplicação do § 49 da VwvFG a actos administrativos ilegais, apesar de a letra do preceito se referir expressamente a actos legais, com base em dois tipos de razões: por um lado, apesar de na revogação a ilegalidade do acto não ser a razão para a revisão, o § 49 não menciona a legalidade do acto como pressuposto da revogação nem como característica “limitadora” mas apenas no sentido de clarificar que *também* um acto legal pode ser retirado sob os pressupostos do § 49, o que é particularmente visível no caso da *reserva de revogação* ou de *incumprimento do modo*, em que o facto de o acto ser legal ou ilegal não tem qualquer importância para a sua revisão; o outro argumento resulta das diversas lacunas que o preceito do § 48, sobre anulação, contém. Daí a sua conclusão segundo a qual os melhores argumentos mandam aplicar o § 49 também a actos ilegais, o que faz com que o *conceito de revogação* no sentido deste preceito abranja também a revisão de actos ilegais.

Na doutrina nacional, para além da defesa da possibilidade de revogação de actos administrativos inválidos, com fundamento em inconveniência, sustentada por VIEIRA DE ANDRADE (“A «Revisão» dos actos administrativos...”, cit., p. 192 e seg.), Filipa Urbano Calvão, pelo seu lado, com apoio na doutrina germânica, mostra-nos como a possibilidade de revogação deve mesmo valer em relação a *actos nulos*, designadamente pelo reconhecimento da possibilidade de tais actos produzirem *efeitos putativos* (com apoio na lei, uma vez que o n.º 3 do art. 134.º do CPA admite tal produção de forma expressa): tal será a forma de extinguir tais efeitos putativos, devendo admitir-se tanto a revogação de actos que já tenham sido objecto de declaração de nulidade (quando em tal declaração se ressalve a produção de efeitos putativos) como de um acto cuja nulidade não tenha sido ainda constatada: cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, “Revogação...”, cit., p. 34 e seg.

No seu estudo citado sobre a revogação de actos administrativos, R. RESTA considera a distinção entre *actos válidos* e *actos inválidos* o critério chave para diferenciar a revogação da anulação: a propósito da diferença entre estes dois actos, o Autor começa por afastar (cfr. *La Revoca...*, cit., pp. 63-66) a *teoria subjectiva* defendida por Kormann, Jellinek e Fleiner, segundo os quais haveria revogação quando o acto fosse retirado pelo mesmo autor que o havia emanado e anulação quando fosse eliminado por um sujeito diferente, bem como a *teoria objectiva* devida essencialmente à doutrina italiana e segundo a qual a distinção se faria consoante o acto fosse retirado por razões de oportunidade ou conveniência (mérito) ou por motivos de legitimidade e, ainda, a *teoria eclética* que considera revogação a revisão do acto por razões de mérito e de legitimidade por parte do autor do acto revogando e anulação a revisão por motivo de ilegitimidade por parte de um sujeito diferente e que o autor também rejeita (pp. 63-66). Ao expor a sua posição sobre o problema (cfr. pp. 66-69), Resta informa-nos que atribui um valor puramente processual à distinção entre legitimidade e mérito, conferindo apenas carácter substancial à *distinção entre validade e invalidade*, conceitos com base nos quais estabelece a distinção entre revogação e anulação: a primeira é a revisão de um acto válido e a anulação revisão de um acto inválido; um acto com um vício originário (inválido) é passível de anulação, ao passo que um acto válido é revogável. A estas diferenças acrescem as derivadas dos *poderes* de revogação e de anulação e dos *efeitos*, seja em termos temporais (*ex tunc* e *ex nunc*), seja quanto à estrutura do acto (acto declarativo na anulação, acto constitutivo na revogação).

acto revogado, não estando em causa uma faculdade de fiscalização mas uma competência para disciplinar a situação material), já a anulação significa o exercício de uma função de controlo ou fiscalização; esta diferença traz consigo a divergência entre os órgãos competentes para praticar um e outro acto, já que se exige, para a revogação, que o órgão goze de competência dispositiva sobre a matéria em causa no acto revogando (ou seja, e como acabámos de ver, de poderes para a prática do tipo de acto em questão), o mesmo não sendo reclamado para a prática de actos de anulação, os quais podem ter por autor não apenas um órgão com competência dispositiva sobre a matéria mas também autoridades que disponham apenas de poderes de controlo ou fiscalização; não apenas a competência difere, mas também o tipo de actos que pode ser objecto de revogação e de anulação, uma vez que a primeira apenas pode incidir sobre actos de eficácia duradoura que ainda sejam eficazes ou actos de eficácia instantânea que não tenham ainda sido executados, podendo a anulação incidir sobre quaisquer actos administrativos; ainda quanto ao tipo de actos que podem ser objecto de revogação e de anulação⁸⁵⁰ deve sublinhar-se a circunstância de, pelo menos em via de princípio, apenas estarem sujeitos a revogação actos que tenham sido praticados no uso de poderes discricionários e estar excluída a revogação de actos legalmente devidos; finalmente, em termos temporais, a revogação pode ser praticada a todo o tempo, ao contrário da anulação a qual, tanto à luz do direito tradicional como do direito vigente, apenas pode ser efectuada no prazo para impugnação contenciosa do acto que se pretende anular ou até resposta da entidade administrativa demandada (cfr., no direito vigente, o artigo 141.º, n.º 1 do CPA).

Uma outra diferença que não assume relevo para a caracterização substancial do acto de revogação mas que devemos em todo o caso mencionar, tem a ver com o facto de só se poder falar em *revogação* quando a revisão do acto é levada a cabo pela Administração, enquanto a anulação pode também ser determinada por uma sentença judicial — apesar de nós nos estarmos aqui a referir, de forma específica, à *anulação administrativa*⁸⁵¹.

São estas as principais diferenças entre os dois tipos de actos, que permitem compreender melhor os fundamentos, o objecto, os efeitos e o sentido do acto de revogação — não

⁸⁵⁰ E sem entrarmos, por ora, em outros limites à revogação (ou, pelo menos, à livre revogabilidade dos actos), alguns dos quais estão expressamente previstos no CPA, com destaque claro para os *actos constitutivos de direitos* (ou de interesses legalmente protegidos, na opção do CPA). Todavia, estes limites são um ponto fundamental da presente Secção, razão pela qual serão analisados *infra* com maior pormenor.

⁸⁵¹ Por isso é que temos em conta as regras previstas no CPA e não quaisquer normas ou princípios jurídicos previstos na legislação contenciosa administrativa, em relação à anulação jurisdicional de um acto administrativo. A doutrina alemã é, a este propósito, especialmente cuidadosa, pondo em realce o que dissemos no texto: só se pode falar em revogação no sentido do § 49 da VwVfG se a revisão for decidida pela Administração, uma vez que esta lei vale apenas, à imagem do nosso CPA (que tem com esta lei uma similitude substancial, pelo menos no que se refere às matérias tratadas), para a actividade administrativa. Assim, quando a revisão é feita por um tribunal ela nunca determinará a revogação, já que os tribunais não estão sujeitos à VwVfG mas sim, a este nível, aos §§ 113 e 114 da VwGO, segundo os quais não se considera a cassação de um acto administrativo válido ou regular. Neste sentido, de forma expressa, *vide* BRONNENMEYER, *Der Widerruf...*, cit., p. 31. O Autor salienta ainda o facto de *não haver revogação* em caso de *impugnação administrativa* (*ob. cit.*, pp. 40-43), por não ser defensável, do ponto de vista dogmático, incluir a decisão de revisão em processos de impugnação, em face das importantes diferenças de regime que se verificam, o mesmo acontecendo no processo pré-contencioso do direito federal-alemão. Assim, a decisão sobre uma impugnação não pode ser vista, em qualquer circunstância, como revogação no sentido do § 49 da VwVfG.

sendo relevante para a sua caracterização, por exemplo, o facto de tanto a revogação como a anulação incidirem sobre actos administrativos anteriores e serem elas próprias *actos administrativos*, como tal sujeitas ao regime respectivo, a circunstância de ambas terem de incidir sobre actos eficazes (no caso de o acto ser nulo, bastará a declaração da sua nulidade para servir qualquer dos intentos do agente administrativo, seja ele revogatório ou anulatório) e o facto de os procedimentos respectivos tanto poderem ser de iniciativa oficiosa como particular.

Todavia, em relação aos objectivos que nos guiam, não nos interessa fixarmo-nos num conceito de revogação em sentido estrito: desde logo porque é possível que tanto o acto revogatório como o anulatório o sejam apenas em termos *parciais*, aproveitando parte do conteúdo do acto sem o fazer cessar ou sem o destruir na totalidade, respectivamente. No que à revogação respeita, apesar de o seu efeito principal ser o abrogatório, a verdade é que em muitos casos não tem necessariamente de se criar um vazio jurídico, podendo ocorrer uma revogação por modificação ou substituição⁸⁵². Aliás, como há muito destacava Ranelletti — se bem que num quadro em que a distinção entre revogação e anulação não era ainda tão rigorosa, mas centrando-se antes de mais na revogabilidade de *actos válidos* — a revogação verifica-se quando circunstâncias supervenientes tornam o acto (ilegítimo ou) inoportuno, *estando compreendido no poder de revogação o poder de modificação*, que para o Autor se traduza numa revogação parcial⁸⁵³, construção suportada pela doutrina italiana maioritária.

Assim, pondo de lado a mera rectificação — que não se traduz numa eliminação substancial, mas apenas de erros em que o acto propriamente dito ou a sua prática tenham incorrido, destinando-se a eliminar tais irregularidades que poderiam vir a determinar a anulação ou modificação do acto — entra também no universo dos conceitos que se integram no conjunto de actos que vamos ter em mente, ao longo desta secção e, em geral, de toda a dissertação, os actos secundários que se traduzam numa *eliminação parcial* que se pode ou não articular com a sua substituição ou modificação — na medida em que, ao lado da

⁸⁵² Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, cit., p. 305. De notar que no § 49 da VwVfG alemã a possibilidade de a revogação ser total ou parcial está prevista em qualquer um dos seus três primeiros números, isto é, em relação a actos administrativos desfavoráveis (n.º 1), a actos favoráveis (n.º 2) e a actos que atribuam prestações pecuniárias ou em espécie (n.º 3) — embora nos segundo e terceiro casos sob pressupostos mais estritos e com a necessidade, em algumas das situações previstas, de indemnizar os beneficiários da autorização, se estes o quiserem. A *revisão parcial* é autónoma e desenvolvidamente tratada por MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 275 e seg.), o qual, tendo como pano de fundo os preceitos em causa, assinala que tanto a *anulação* como a *revogação* podem ser totais ou parciais (em relação ao acto sobre que incidem), o que torna possíveis tanto uma diferenciação em termos *materiais* como no aspecto *temporal*. Ao contrário do que acontece na anulação contenciosa, em que o âmbito da revisão é determinado pelo âmbito da ilegalidade, não sendo possível ao tribunal fazer tais distinções ou mitigações, quanto à anulação e à revogação administrativas (sobretudo da segunda, em nossa opinião, pois pensamos que a obediência ao princípio da legalidade não deixará grande margem de manobra à Administração, no primeiro caso) fica na discricionariedade da Administração determinar a exacta medida em que o acto administrativo deve ser retirado. Maurer salienta ainda (cfr. p. 276) que, ao passo que a *limitação material* ou *objectiva* da revogação pressupõe a divisibilidade do acto e traduz-se, na prática, numa *modificação deste*, já a *limitação temporal* se refere à possibilidade que nalguns casos a Administração tem de retirar o acto desde um momento anterior à sua prática — mas, naturalmente, posterior à prática do acto revogado.

⁸⁵³ Cfr. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli Atti...*, cit., p. 131 e seg. Em face de a distinção entre a revogação e a anulação não ser feita, Ranelletti esclarece que, no caso da *revogação parcial*, o acto terá apenas eficácia *ex nunc* — o que, para nós e como vimos, é uma característica essencial do acto revogatório.

revogação pura e simples, que produz apenas efeitos destrutivos, se compreende a revogação ou supressão parcial (o acto deixa de produzir alguns dos seus efeitos), a *revogação por modificação* e a *revogação por substituição*, pressupondo estas duas últimas uma nova regulamentação material⁸⁵⁴.

Em termos técnico-jurídicos, à revogação acompanhada ou traduzida na modificação do conteúdo do acto administrativo anterior é habitualmente dado o nome de *reforma*, assinalando a doutrina que, nos casos em que é possível a revogação, também o é a reforma (modificação total ou parcial) do acto⁸⁵⁵. Outro acto conceptualmente autonomizado, a este nível, é o da *conversão*, o qual visa garantir e aproveitar alguns dos efeitos práticos de um outro acto⁸⁵⁶, sendo também de mencionar o caso da *suspensão* que, ao determinar a *paralisação temporária* dos efeitos do acto representa, à sua maneira, uma sua revogação temporalmente parcial.

Note-se que as figuras da revogação parcial e da revogação por modificação e por substituição podem ter um interesse muito particular quando estejam em causa actos não livremente revogáveis (designadamente actos constitutivos de direitos) uma vez que, no caso de a revogação parcial não se reportar às cláusulas protegidas por esses limites, será admissível sem mais.

Além das modalidades de revogação já vistas — especialmente a da revogação *tout court*, da revogação por modificação e da revogação por substituição — interessa também mencionar a chamada “revogação-sanção” ou “revogação-sancionatória”, que produz em princípio também efeitos abrogatórios (cessação para o futuro dos efeitos de um acto an-

⁸⁵⁴ Sobre a necessidade de distinguir as três hipóteses, apesar de a revogação por modificação também ter por efeito a revogação parcial do acto, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, cit., p. 306 e seg. (mostrando como nos casos da *revogação por modificação* e da *revogação por substituição*, ainda que esteja implícito um efeito revogatório, “a Administração pretende agora (...) continuar a regular a relação disciplinada pelo acto anterior: daí que devam considerar-se estes como *actos administrativos de efeitos mistos*, que simultaneamente revogam e alteram os efeitos de actos anteriores e não como actos revogatórios em sentido estrito”). Sobre estas distinções e as respectivas categorias — que, em todo o caso, considera “acessórias” — vide também ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação...*, cit., p. 60 e seg..

⁸⁵⁵ Cfr. UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, cit., pp. 146-148 — fazendo corresponder a *reforma* à *modificação total* ou *parcial* de um acto administrativo anterior. De qualquer forma, a doutrina não é absolutamente pacífica a propósito da caracterização da *reforma*, aludindo alguns autores a uma modificação do conteúdo *originário* do acto: por todos, cfr. ALDO SANDULLI, *Manuale...*, 1., cit., p. 732 — considerando que a reforma consiste na inovação do conteúdo do acto, através da *introdução de elementos originários* que implicam em regra a *caducidade* de parte do acto.

⁸⁵⁶ No direito mais antigo, RANELLETTI constrói o acto de *conversão* com algumas especificidades: segundo o Mestre transalpino (cfr. *Teoria degli Atti...*, cit., pp. 109-113) a conversão pressupõe que um acto não possui todos os requisitos exigidos pela norma com base na qual ele foi emanado (sendo, desta forma, inválido), mas que esteja conforme às exigências de uma outra norma para um outro acto administrativo da qual deriva o mesmo efeito jurídico do primeiro, permitindo o direito manter o efeito do acto administrativo, com base nesta segunda norma, e garantir assim a vontade presumida da autoridade que o pratica. No direito português, MARCELLO CAETANO (cfr. *Manual...*, I, cit., pp. 556-559) define a *conversão* como o acto administrativo pelo qual se aproveitam os elementos válidos de um acto ilegal para com eles se compor um outro acto que seja legal, distinguindo-a da *ratificação*, a qual se consubstancia no “acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia” e da citada *reforma*, descrita pelo Mestre lisboeta como o “acto administrativo pelo qual se conserva de um acto anterior a parte não afectada de ilegalidade”. Qualquer destas figuras só é admissível quanto aos actos anuláveis e dentro do prazo do recurso contencioso ou até à interposição deste.

terior⁸⁵⁷), mas apresenta contornos específicos quanto à sua causa: ela é determinada pelo facto de o beneficiário do acto não ter cumprido, ou ter deixado de cumprir, obrigações que emergiam do acto e que incidiam sobre ele. Desta caracterização resulta logo o largo campo de aplicação que esta forma de revogação tem no direito autorizativo, já que da outorga de uma autorização resulta, a maior parte das vezes, a assunção de obrigações por parte do seu beneficiário.

A doutrina italiana tem-se distinguido, historicamente, no tratamento desta modalidade de revogação, apelidando-a de *revogação-sanção*, *revogação sancionatória* ou *decadência*⁸⁵⁸: à imagem da revogação propriamente dita, também estas decisões determinam a cessação dos efeitos do acto e das relações jurídicas nele baseadas, só que, enquanto os actos revogatórios em sentido estrito têm na sua base um juízo discricionário (como vimos, sobre a conveniência da manutenção dos efeitos do acto, na perspectiva da satisfação do interesse público em jogo), a revogação sancionatória é precisamente uma *sanção* pelo incumprimento de obrigações por parte do autorizado. Como justamente assinala Elio Casetta⁸⁵⁹ — tornando a distinção perfeitamente clara e perceptível — no acto agora em apreço não existe nem uma avaliação administrativa do interesse público, nem um contraste superveniente da actividade do beneficiário do acto agora revogado com o interesse público. Daí que também seja legítimo e certo marcar a particularidade da revogação sancionatória por contraposição à revogação com base em razões de oportunidade, como faz Sandulli⁸⁶⁰. Raffaele Resta vai ainda mais longe pois, para além de considerar a decadência um acto de revisão por inobservância ou não cumprimento, sublinha que, ao contrário da revogação, a decadência não se reporta a actos mas a *relações jurídicas*, produzindo a *extinção da relação* nascida com um acto administrativo⁸⁶¹.

Estamos assim perante um *acto de natureza sancionatória* que traduz a reacção à violação de uma obrigação ou ao incumprimento de um dever por parte do interessado. Por esta razão, a revogação-sanção faz especial sentido quanto a actos como *concessões*, *habilitações* e *autorizações*, nas suas diversas modalidades, por se tratar de providências cuja outorga normalmente acarreta um conjunto de obrigações e deveres para os seus beneficiários, obrigações essas que, hoje em dia, nomeadamente no direito do ambiente, são configuradas em muitos casos como *dinâmicas* e *duradouras*. Quando o destinatário destes actos — tipicamente actos de *eficácia duradoura* ou *prolongada* — não observam os

⁸⁵⁷ Dizemos em princípio porque, no regime da revogação-sanção admite-se, nalguns casos, que ela possa ter efeitos retroactivos.

⁸⁵⁸ Em relação a este último termo, cfr. UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, cit., pp. 196-198, baseando o poder administrativo de pronunciar a “decadência” — e pôr fim a uma relação jurídica — com base nos poderes executórios da Administração. Também ELIO CASSETTA utiliza a expressão “decadência” como sinónimo de “revogação-sanção”: cfr. *Manuale...*, cit., p. 505.

⁸⁵⁹ Cfr. *Manuale...*, cit., p. 505.

⁸⁶⁰ Cfr. *Manuale*, 1., cit., p. 721 e seg.

⁸⁶¹ Cfr. R. RESTA, *La Revoca...*, cit., pp. 144-148. Resta sublinha ainda, no lugar citado, que a única relação entre os dois tipos de actos é a sua justificação objectiva (ambos constituem uma *reacção causal* a um determinado acontecimento), variando todavia entre si quanto à sua força jurídica e quanto aos seus efeitos: a revogação tem efeitos constitutivos, enquanto a decadência, ainda que tenha uma causa constitutiva, é feita por intermédio de um acto declarativo. Todavia, o Autor não deixa de reconhecer (cfr. *ob. cit.*, p. 145, n.º 10) que a legislação vigente naquele momento histórico em Itália não só ignorava a distinção entre os actos como confundia os dois conceitos.

deveres que lhe são inerentes, a consequência será a sua revogação, como sanção para tal incumprimento, inobservância ou violação⁸⁶².

Na Alemanha, a revogação como sanção para o incumprimento de modos está expressamente prevista na lei do procedimento administrativo, tanto em relação a actos administrativos favoráveis como quanto a actos que atribuam prestações pecuniárias: de acordo com os incisos 2 dos n.ºs 2 e 3 do § 49 estes actos podem ser revogados quando o beneficiário do acto não cumpre ou não cumpre dentro do prazo um modo aposto ao acto administrativo. Com a circunstância extremamente relevante de, em tais casos, a mesma lei excluir expressamente, no n.º 6 do mesmo § 49, a necessidade de indemnizar o beneficiário do acto⁸⁶³.

Também em Espanha a figura da revogação-sanção tem acolhimento expresso na legislação, embora não ao nível geral, mas apenas sectorial⁸⁶⁴. De qualquer forma, a doutrina também se debruça sobre ela, sem assinalar todavia elementos dignos de nota, com excepção do aspecto lógico de tal revogação nunca conferir direito de indemnização podendo mesmo, pelo contrário, ser acompanhada de uma outra sanção administrativa ou da obrigação de reparar os danos causados pelo interessado⁸⁶⁵.

Em Portugal a figura não tem acolhimento expresso, o que não invalida quer o seu reconhecimento pela doutrina, quer a crítica da mesma doutrina quanto a tal falta de previsão⁸⁶⁶.

⁸⁶² Ainda no que à doutrina italiana se refere, saliente-se a especificidade da construção de GIANNINI (cfr. *Istituzioni...*, cit., pp. 390-394), o qual, caracterizando igualmente a revogação sanção como acto extintivo de uma relação resultante de um acto concessório ou autorizativo por *violação de normas* ou de *cláusulas* por parte do privado, assinala a tal acto não apenas uma *função sancionatória* mas também uma *função de revisão*: por facto imputável ao interessado há uma *cessão superveniente de um interesse público*.

⁸⁶³ Sobre o *incumprimento do modo* como uma das *causas de revogação* previstas nos n.ºs 2 e 3 do § 49 da *VwVfg*, cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 298. Salvo as causas eventualmente previstas em leis especiais, a revogação dos actos administrativos em questão (actos favoráveis e actos que concedem prestações pecuniárias ou em espécie) só é permitida, no direito administrativo alemão, quando se verifique uma das causas previstas nestes preceitos. MAURER destaca, em todo o caso (*ob. cit., loc. cit.*), que é preciso entrar em linha de conta com os *princípios da necessidade* e da *proporcionalidade*, dando como exemplo o caso de uma autorização de uma instalação já edificada em que houvesse o incumprimento de um modo pouco importante, cuja revogação não seria justificada. Para Maurer, a Administração deve primeiro procurar a execução coactiva do modo, pois tal constitui um meio menos drástico. Quanto às relações entre a *protecção da confiança* e a necessidade de *indemnização*, o Autor alemão em apreço considera que neste caso — e no previsto no n.º 1, ou seja, quando a revogação ocorre na sequência de uma *reserva de revogação* aposta ao acto no momento da sua prática — o princípio da protecção da confiança não é afectado, uma vez que o beneficiado que não cumpre o modo não pode invocar tal protecção, já que *a causa da revogação reside no seu próprio comportamento* (cfr. p. 300 e seg.).

⁸⁶⁴ No direito mais antigo é habitualmente citado o art. 16.º, n.º 1, do Regulamentos de Serviços das Corporações Locais (Decreto de 17 de Junho de 1955): apesar de este preceito determinar que as licenças *ficam sem efeito* em caso de incumprimento das condições (no sentido de requisitos) a que estiverem subordinadas, GARCIA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ consideram (cfr. *Curso...*, Tomo I, cit., p. 668) estarmos perante uma revogação que “adopta aqui a forma de sanção por incumprimento, segundo o jogo próprio das condições resolutivas”. No direito mais recente são de mencionar os arts. 83.º a 87.º da Lei de Minas de 21 de Julho de 1973, os artigos 55.º e 58.º da Lei de Costas de 28 de Julho de 1988 e, sobretudo, o art. 105.º, n.º 2, al. a) da Lei das Águas (mais exactamente, do texto refundido da lei de águas, contido no Real Decreto Legislativo n.º 1/2001, de 20 de Julho), onde se prevê a possibilidade de revogação da autorização de efluentes, por parte do Organismo de Bacia, em “caso de incumprimento de alguma das suas condições”.

⁸⁶⁵ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 560.

⁸⁶⁶ Cfr., por todos, FILIPA URBANO CALVÃO, “Revogação...”, cit., p. 42. De notar que FERNANDA MAÇAS (cfr. “A

Por fim, também a *declaração de caducidade* terá, para nós, um sentido análogo ao da revogação uma vez que o seu efeito imediato é o mesmo: a cessação da operatividade do acto declarado caduco, no caso em virtude da ocorrência de um facto objectivo que determina tal cessação⁸⁶⁷. A caducidade verificar-se-á quando ocorra um facto a que a lei ou o próprio acto administrativo — designadamente por aposição de uma *condição resolutive* ou de um *termo final* — liguem tal efeito, operando em regra com efeitos prospectivos ou *ex nunc*, a não ser nos casos em que a execução da decisão respectiva ainda não tenha tido início, nos quais pelo menos a jurisprudência francesa parece reconhecer um efeito equivalente ao da anulação, com *destruição retroactiva* da decisão⁸⁶⁸. Salienta-se, assim, o papel das cláusulas acessórias referidas: a *condição resolutive*, por intermédio da qual a manutenção dos efeitos do acto fica dependente da ocorrência de um acontecimento futuro e incerto, determinando a sua verificação (que é hipotética ou meramente eventual, no momento da prática do acto) a cessação dos efeitos do acto; e o *termo final*, pelo qual a continuação da eficácia do acto é colocada na dependência de um facto futuro mas certo (uma data, um período de tempo ou um acontecimento de verificação garantida mas cuja data precisa ainda se desconhece), determinando a sua ocorrência a cessação da eficácia do acto.

Ao contrário da revogação, que é um acto constitutivo ou inovador, representando uma alteração na ordem jurídica em princípio traduzida na extinção de direitos ou de situações jurídicas — embora, em face das especificidades de alguns actos revogatórios e da existência de actos com efeitos em relação a terceiros, possa também traduzir-se na criação ou modificação de direitos ou situações jurídicas — a *declaração de caducidade*, como o seu próprio nome indica, é um acto meramente declarativo, que se limita a verificar uma situação jurídica pré-existente, não sendo responsável pela criação, modificação ou extinção de tal situação⁸⁶⁹.

caducidade no direito administrativo: breves considerações”, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pp. 121-174) trata a figura da *caducidade por incumprimento* ou *caducidade-sanção* (pp. 157-162), correspondente a situações de perda de direitos ou incumprimento de deveres ou de ónus no contexto de relações duradouras entre a Administração e um particular, em especial relativa a actos administrativos ampliativos, com um emprego generalizado na extinção de autorizações ou licenças, mostrando a Autora o seu emprego no domínio urbanístico (pp. 144-150) e no regime da utilidade turística (pp. 150-157). Ela surge como consequência do incumprimento de deveres ou ónus ou do não exercício de faculdades derivadas de autorizações ou concessões. Todavia, FERNANDA MAÇAS defende que a finalidade da medida não é repressiva, tendo antes uma *função de tutela directa da relação jurídica estabelecida entre o particular e a Administração* e, por isso mesmo, sendo expressão dos poderes de auto-tutela da Administração. Nos casos em que o incumprimento do particular só pode ser juridicamente relevante após ser subjectivamente valorado pela Administração, a declaração de caducidade acaba por se reconduzir substancialmente a uma revogação com carácter sancionatório (cfr. p. 160).

⁸⁶⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, cit., p. 308 e seg.

⁸⁶⁸ É essa a informação fornecida por RENÉ CHAPUS (cfr. *Droit Administratif...*, cit., p. 1065), com indicações de jurisprudência do *Conseil d’État* nesse sentido.

⁸⁶⁹ Chamando a atenção para esta diferença, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 534. Também ROBIN DE ANDRADE (*A Revogação...*, cit., p. 42 e seg.) põe em evidência o carácter meramente declarativo deste acto, mostrando que a cessação dos efeitos não tem como causa a declaração de caducidade em si, mas o facto objectivo previsto e cuja verificação a declaração de caducidade constata, funcionando como simples condição suspensiva de eficácia caducatória do facto previsto e operando retroactivamente. Ou seja: é o facto objectivo, posterior ao momento da emanação do acto, que determina a cessação dos efeitos deste, cabendo à declaração de caducidade o papel de *mera verificação da cessação dos efeitos já produzidos* ou, quando muito (quando

Em conclusão: os problemas relativos à revogação dos actos administrativos — especialmente quanto às autorizações e, dentro destas, às autorizações ambientais — que vamos abordar tanto nesta fase do nosso estudo como ao longo de toda a dissertação referem-se, antes de mais, aos casos de *revogação propriamente dita, extintiva* ou *abrogatória*, consubstanciada nos actos de segundo grau que determinam a cessação para o futuro da eficácia de um acto administrativo anterior, em virtude da inconveniência da sua manutenção para a satisfação actual do interesse público, representando o desempenho de uma competência dispositiva. Todavia, faremos em geral corresponder a tais actos outros tipos de providências administrativas de segundo grau que representem uma revisão, pela Administração, das decisões tomadas em actos precedentes, em virtude de novos elementos de facto, de direito (por exemplo modificação da lei num sentido de um maior rigor ou exigência quanto ao cumprimento dos pressupostos necessários para a outorga de uma autorização), de novos conhecimentos técnicos ou científicos sobre a instalação ou actividade autorizada, de uma verificação mais cuidadosa dos pressupostos ou inclusive relacionados com uma filosofia mais apertada de controlo dos perigos e da dimensão dos riscos admissíveis⁸⁷⁰, de forma a adaptar tais actos às novas exigências do interesse público, tanto se tal retorno implicar apenas uma extinção parcial dos efeitos do acto, como uma sua modificação ou reforma, ou uma substituição por um acto com um conteúdo diferente — em suma, uma forma de adaptar um acto anterior às exigências modificadas do interesse público. Assim como correspondem ao objecto das nossas preocupações os casos em que a revogação tem por trás de si (também) o intuito de sancionar o beneficiário do acto em causa ou em que a extinção ou modificação do acto resultam da mera verificação de um facto jurídico a que corresponde tal efeito, seja em virtude de uma previsão legal, seja em função de uma cláusula particular aposta ao conteúdo do acto originário.

Devendo todavia assinalar-se que o regime dos actos de revisão — e, dentro deles, dos actos revogatórios — conhece uma série de variáveis e de matizes, em função das exigências contraditórias que estão nele em jogo, com destaque para o princípio da legalidade da Administração, o princípio da segurança jurídica e, em especial, o confronto entre o princípio da protecção da confiança, a necessidade de tutela dos direitos adquiridos dos

posterior), o de *condição suspensiva* dessa cessação.

FERNANDA MAÇÃS afasta-se, de alguma forma, desta compreensão das coisas (cfr. "A caducidade...", cit., p. 163 e segs., especialmente pp. 167-169): por um lado, não deixa de sublinhar a *necessidade de uma declaração formal* de caducidade uma vez que, ao contrário do regime comum (em que opera de forma automática), no direito administrativo ela tem, na maior parte dos casos, de ser declarada e fundamentada. Todavia, ela só terá *natureza declarativa* se a sua causa for um facto extintivo e de comprovação objectiva; se as causas de caducidade tiverem de ser comprovadas ou qualificadas juridicamente a declaração tem *efeitos constitutivos*, o que acontece na caducidade por incumprimento ou caducidade-sancção. Esta diferenciação é relevante na medida em que, se em regra a declaração de caducidade tem carácter obrigatório, a verdade é que há situações de caducidade por incumprimento que convocam faculdades discricionárias na apreciação do comportamento do destinatário. De todas estas *nuances* resulta (cfr. p. 172) que *o regime de caducidade tem de ser determinado na situação concreta*, dependendo dos termos em que está substancial e procedimentalmente regulado, da matéria e do grau de disponibilidade legal conferido à Administração.

⁸⁷⁰ Sem querermos mergulhar já na questão ambiental, não podemos deixar de avançar que estamos a pensar, antes de mais, em situações que são frequentes no direito do ambiente, em que a filosofia administrativa de protecção se pode tornar mais exigente e rigorosa, embora tal pressuponha em regra uma base de sustentação política ou um largo consenso técnico-científico.

particulares e de estabilidade das decisões administrativas, por um lado, e a exigência de flexibilidade dos actos administrativos, de eficiência, de adaptação ao interesse público e de justiça material, por outro. Ora, tais exigências funcionam e apontam em sentidos diferentes consoante se trate de actos válidos ou inválidos e de actos favoráveis (ou produtores de vantagens) ou desfavoráveis (que acarretam desvantagens) para os direitos ou interesses dos particulares. Sendo seguro que, como as autorizações são o centro das nossas preocupações, é o regime dos *actos favoráveis* que antes de mais nos interessa e são também as questões colocadas perante actos em princípio válidos (ou para os quais a eventual ilegalidade não assume relevo autónomo) que nos preocupam, uma vez que é sobre os casos de *revogação* — e não de anulação — que vamos fazer incidir a investigação. Isto é: vamos tratar da revisão de actos administrativos em princípio válidos, eficazes e favoráveis, ficando fora da nossa análise a *declaração de nulidade* e a *anulação* administrativas, que respeitam a actos inválidos, e a *revogação de actos desfavoráveis* a qual, aliás, não levanta dificuldades de maior.

Feito este enquadramento conceptual julgamos não apenas conveniente mas mesmo necessário efectuar um breve excursão sobre a problemática da chamada “força de caso decidido” ou “de caso resolvido” do acto administrativo, em virtude da sua relação com o tema da revogação.

2. A força de caso decidido do acto administrativo

2.1. Enquadramento

A relação de tensão entre estabilidade e flexibilidade do acto administrativo, entre protecção da confiança dos administrados e revisibilidade das decisões administrativas, encontra um campo privilegiado de análise na problemática da eventual força de caso decidido ou resolvido, isto é, na discussão sobre a eventual produção, pelo acto administrativo, de “um efeito de imutabilidade e de um efeito preclusivo idêntico ao das sentenças”⁸⁷¹. Esta discussão, entre nós, não tem estado arredada da jurisprudência, tendo o nosso STA sintetizado, de forma particularmente ilustrativa, o alcance do tema em análise: “Ao instituto do caso resolvido ou caso decidido subjaz o princípio geral da estabilidade do acto administra-

⁸⁷¹ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 219. O contributo de Rogério Soares para o estudo do tema, entre nós, é decisivo (*vide ob. cit.*, pp. 219-228), sendo também de grande interesse as breves mas esclarecidas páginas que VIEIRA DE ANDRADE lhe dedica (cfr. *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 162-165). Serão estas as nossas fontes primaciais no tratamento desta questão, além das estrangeiras, com destaque para o trabalho monográfico de SCHWARTZENBERG (prefaciado por GEORGES VEDEL), *L'Autorité de Chose Décidée*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1969. O tema tem sido tratado, em particular, na Alemanha, sendo à partida de realçar a obra de ERNST FORSTHOFF que constitui uma incontornável referência (cfr. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit. — a primeira edição deste trabalho, convém recordá-lo, data de 1950), que dedica à estabilidade jurídica do acto administrativo um inteiro capítulo (cfr. pp. 251-271, especialmente pp. 251-259), e também os trabalhos de HANS J. WOLFF/OTTO BACHOFF/ROLF STÖBER, *Verwaltungsrecht* — Band 2, cit., pp. 123-172 (especialmente pp. 123-131) e de MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., com extenso tratamento da *Bestandskraft von Verwaltungsakten*: cfr. pp. 268-321, especialmente pp. 268-272).

tivo, com tradução prática na certeza e na segurança das relações jurídico-administrativas e, designadamente, na intangibilidade dos direitos e interesses legitimamente adquiridos dos cidadãos⁸⁷².

Procura assim averiguar-se aqui se e em que termos pode ser reconhecido ao acto administrativo — em especial ao acto administrativo que se tornou irrecurível ou inopugável, isto é, em relação ao qual decorreu já o respectivo prazo de impugnação sem a sua validade ter sido posta em crise perante a Administração ou perante uma instância jurisdicional — um efeito semelhante ao das sentenças, quando estas adquirem *força de caso julgado*, isto é, quando transitam em julgado com a consequente *preclusão* dos recursos ordinários⁸⁷³. Se por um lado a situação de partida pode ser considerada idêntica — estamos perante actos com valor formal específico, próprio de dois poderes ou funções do Estado constitucionalmente consagrados, pressupondo o princípio da separação de poderes a sua existência e garantias de autonomia perante os outros poderes do Estado — por outro ela pode ser apreciada em termos profundamente dissemelhantes, em face das marcadas diferenças quanto à natureza, finalidades e desempenho das duas funções estaduais envolvidas. Na verdade, ao passo que a *função jurisdicional* se destina a dirimir conflitos de interesses, sendo uma função independente, inoficiosa, imparcial, caracterizada por uma intenção axiológica e tendo como conteúdo e fim exclusivo a resolução de uma “questão de direito” em sentido amplo, já a *função administrativa* é uma actividade que, à semelhança da jurisdicional, está subordinada à lei mas que não se destina (pelo menos a título principal) à resolução de questões de direito, tendo por detrás de si uma *intenção tecnológico-social* e sendo uma função “interessada” na medida em que visa a criação das condições concretas de realização do interesse público⁸⁷⁴.

⁸⁷² Cfr. Acórdão da 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo do STA de 30.04.1996 (Processo n.º 039070), em que foi relator o Conselheiro Ferreira de Almeida.

⁸⁷³ Como nos informa GIOVANNI PUGLIESE, no seu estudo sobre o tema (cfr. “Giudicato civile”, in: CONSTANTINO MORTARI/SALVATORE PUGLIATTI (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, XVIII pp. 727-893, p. 787 e seg.) a *problemática moderna do caso julgado* terá nascido na Alemanha, no século XIX, destacando-se os nomes dos romanistas Keller e Savigny e dos pandectistas Windscheid e Brinz. A obra do primeiro destes Autores relevou na autonomização de uma *função negativa* e de uma *função positiva* do caso julgado, a primeira orientada para impedir um novo juízo de *eadem re* e a segunda para obstar a uma pronúncia divergente da lavrada na sentença, passando a usar o termo *Rechtskraft* para exprimir esta nova eficácia reconhecida à sentença; mas o papel porventura principal terá cabido a Savigny o qual, aceitando no essencial os pressupostos de que partia Keller, sublinhou, no entanto, que a essência da *Rechtskraft* era a “função de verdade” em virtude da qual a sentença transitada em julgado podia resistir a qualquer tentativa futura de impugnação ou invalidação, sendo esta *função de verdade*, entendida como potencial criação de novas situações jurídicas substanciais, a progenitora directa da atribuição de uma *eficácia substancial* ao caso julgado. A teoria da “função de verdade” penetrou largamente entre os pandectistas, destacando-se os nomes de Windscheid e de Brinz, este último sobretudo no desenvolvimento da *teoria processual* do caso julgado, por oposição à teoria *substancial* de Savigny.

No que toca ao uso da expressão *força de caso julgado* no âmbito do direito administrativo, vincando todavia as *diferenças entre o acto administrativo e a sentença*, ela parece ser da responsabilidade “histórica” do austríaco BERNATZIK (*Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 111 e segs.): nesse sentido, cfr. RESTA (*La Revoca...*, cit., p. 72) e FORSTHOFF (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 252, n. 1).

⁸⁷⁴ Cfr., sobre a distinção das funções do Estado — apoiando-se, a espaços, nas obras de Castanheira Neves e Afonso Queiró — VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 26-33 (especialmente pp. 31-33). Sublinhando as diferenças entre o *caso julgado das sentenças* e as características do acto administrativo que poderiam levar a atribuir-lhe uma *força análoga*, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 220: “(...) a expressão ‘caso julgado’ indica o resultado dum julgamento, numa forma verificativa típica (ou suposta-

Daqui resulta, desde logo, que nunca se poderá fazer uma correspondência rigorosa entre a eventual “força de resistência” do acto administrativo à sua alteração no futuro e a força de caso julgado produzida pela sentença⁸⁷⁵. Aliás, como as doutrinas alemã e austríaca dos primórdios do século XX sublinharam, a diferença fundamental entre a decisão jurisdicional e o acto administrativo seria mesmo o caso julgado, próprio apenas da primeira, que a tornaria imutável, ao passo que o acto, não gozando de tal força, seria essencialmente revogável⁸⁷⁶. Todavia, e como bem nota Schwartzberg, se a intangibilidade do acto administrativo não é tal que permita a sua comparação ao caso julgado, também não se pode equiparar a força das decisões administrativas à força jurídica dos actos privados unilaterais⁸⁷⁷. Por esta razão, a doutrina jus-administrativa, originariamente pela mão de Hauriou, autonomizou a expressão força ou autoridade de *coisa decidida* para caracterizar um dos aspectos da autoridade das decisões “executórias” da Administração⁸⁷⁸, expressão que viria a evoluir para força de *caso decidido* ou *resolvido*.

O ponto de partida para as reflexões que se seguem baseia-se nas diferenças profundas, tanto no que tange aos seus aspectos *formais* como aos *materiais*, entre a sentença judicial e o acto administrativo. Diferenças bem evidenciadas por Schwartzberg⁸⁷⁹ quando defende a tese segundo a qual “o acto administrativo ‘definitivo’ está desprovido de verdadeira autoridade material e não possui senão uma autoridade formal muito reduzida, exposta a numerosos atentados” — mesmo a autoridade formal é reduzida porquanto, se ela é real em face dos destinatários do acto, desarmados uma vez verificada a inatacabilidade (inopugnabilidade) deste, ela é restrita perante o autor do acto, não verdadeiramente despojado dos poderes de sobre ele intervir —, sendo um acto que por ser “essencialmente contestável e eventualmente precário mantém-se em permanente processo e em eventual transformação”. Extraíndo daqui a conclusão de que *o acto jurisdicional e o acto administrativo pertencem a dois universos distintos*, o do primeiro governado pelo princípio da

mente verificativa) produzida por um sujeito com especial recorte organizatório. Enquanto o acto administrativo se destina a prosseguir a satisfação de interesses públicos substanciais e traduz o funcionamento dum sistema destinado a pôr em relevo elementos volitivos e constitutivos”.

⁸⁷⁵ O que parece justificar que o grande juspublicista alemão que foi OTTO MAYER tivesse uma posição bastante céptica quanto à extensão da força de caso julgado às decisões administrativas, reservando tal qualificação apenas para os *juízos* administrativos: cfr. *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 162 e seg.

⁸⁷⁶ Neste sentido, cfr. RESTA (*La Revoca...*, cit., p. 72), mostrando que tal opinião se deveu essencialmente ao jurista austríaco BERNATZIK (indicando novamente a citada obra *Rechtsprechung und materiella Rechtskraft*, p. 133 e segs.).

⁸⁷⁷ Cfr. SCHWARTZENBERG, *L’Autorité...*, cit., p. 3. Por isso GEORGES VEDÉL sublinha, no Prefácio à obra de SCHWARTZENBERG (cfr. pp. I-IV, p. II), que “a coisa decidida tem uma força própria, diferente e incontestavelmente superior à da dos actos unilaterais dos particulares”, sendo o tema do trabalho prefaciado o de “situar a coisa decidida entre a coisa julgada e aquilo a que poderíamos chamar «coisa desejada»”.

⁸⁷⁸ De acordo com o relato de SCHWARTZENBERG (*L’Autorité...*, cit., p. 1 e seg.) foi nestes termos que, num artigo publicado por HAURIU em 1911 (“Les idées de M. Duguit”, *Recueil de Législation de Toulouse*, 1911, pp. 1-40) o grande Mestre gaulês colocou a questão, isto é, ligando a *autoridade* ou *força de caso decidido* às decisões executórias da Administração e ao “benefício da execução prévia”. E articulando-a com a força própria das outras funções do Estado, uma vez que reconhece às leis “força de coisa legislada, salvo revisão das leis, seja por leis novas, seja pelo mecanismo da inconstitucionalidade das leis”, às sentenças “força de caso julgado, salvo revisão dos julgamentos” e por último, às decisões administrativas, “força de coisa decidida pela administração, salvo anulação contenciosa *a posteriori*”.

⁸⁷⁹ Cfr. *L’Autorité...*, cit., pp. 197-204, com apoio na doutrina francesa mais representativa sobre o tema.

segurança jurídica e da certeza devida aos interesses privados, o do segundo pelo princípio da mutabilidade e da adaptação a um interesse geral variável e em mutação, razão pela qual no primeiro caso a *imutabilidade* é a regra, no segundo é a *excepção*, circunstância que levou Hauriou a considerar que as situações jurídicas administrativas são, em princípio, revogáveis.

As diferenças básicas reconduzem-se, em nosso entender, a dois aspectos essenciais: o primeiro, a circunstância de a autoridade administrativa não ser “neutra”, no sentido de que pretende ou deve pretender sempre a melhor solução na perspectiva da satisfação do interesse público que está legalmente incumbida de servir, o que leva a que a Administração, ao contrário dos tribunais, decida em causa própria, seja simultaneamente “parte” e órgão decisor; o segundo tem a ver com o dinamismo próprio do acto administrativo, uma decisão em movimento em face do permanente devir da realidade que pretende servir — o interesse público, em constante mutação.

2.2. A questão da *Bestandskraft* do acto administrativo no direito alemão

Antes de prosseguirmos, torna-se imperioso fazer uma referência autónoma ao tratamento do tema no direito alemão. A importância do instituto é tal que justificou a sua regulação por toda a Secção 2 (com a epígrafe “*Bestandskraft* do acto administrativo”, constituída pelos artigos 43.º a 52.º, designadamente com a disciplina da *anulação* e da *revogação* do acto administrativo) da Parte III (“Acto administrativo”) da lei alemã do procedimento administrativo (a VwVfG). Em face da importância do tema, bem reflectida nesta sua previsão legal, ele está amplamente tratado na doutrina, com múltiplas fontes disponíveis⁸⁸⁰.

Antes de mais convém sublinhar que, em geral, não é feita uma apreciação muito positiva da consagração legal do regime, assinalando Maurer que a complexidade do termo “*Bestandskraft*” — o qual assume múltiplos significados e apresenta grande controvérsia, considerando o Autor que o domínio do conceito é o da *eficácia* e da *revisibilidade* dos actos administrativos — não é esclarecida pela sua previsão legal nos §§ 43 e segs. da VwVfG que, aliás, se limitam a enunciá-lo no título da Secção, sem o determinarem ou sequer citarem em tais preceitos⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ Em todo o caso, as fontes principais das breves linhas que vamos dedicar ao seu estudo, foram os trabalhos referidos de E. FORSTHOFF (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 251-259), de WOLFF/ BACHOFF/STOBER (*Verwaltungsrecht* — Band 2, pp. 123-131) e de MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 268-272).

⁸⁸¹ Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 269. Na verdade, os artigos em causa debruçam-se sobre a *eficácia do acto administrativo* (§ 43), *inexistência do acto administrativo* (§ 44), *irrelevância ou sanção de vícios de procedimento e de forma* (§ 45), *consequências dos vícios de procedimento e de forma* (§ 46), *conversão de um acto administrativo viciado* (§ 47), *anulação de um acto administrativo inválido* (§ 48), *revogação de um acto administrativo válido* (§ 49), *reembolso e pagamento* (§ 49 a), *anulação e revogação no âmbito de um processo de recurso/impugnação* (§ 50), *reabertura do procedimento* (§ 51) e *restituição de documentos e de coisas* (§ 52) — não havendo qualquer utilização da terminologia *Bestandskraft* no (longo) conteúdo destes preceitos. É sobretudo do regime da *anulação* e da *revogação* contido na VwVfG e dos termos da sua admissibilidade que resulta o regime da *Bestandskraft* do acto administrativo. No mesmo sentido, WOLFF/BACHOFF/STOBER (*ob. cit.*, p. 125) referem que a VwVfG utiliza este conceito jurídico num sentido muito geral e, por isso, pouco nítido ou mesmo impreciso, que tanto abrange a entrada em vigor como a inexistência, as invalidades, os remédios, a anulabilidade ou a revogabilidade, concluindo que “a regulação legal sobre o núcleo e conteúdo da *Bestandskraft* no direito

Ernst Forsthoff sublinha⁸⁸² que as noções elaboradas pela doutrina — que não conseguem ultrapassar as dificuldades — e as controvérsias surgidas a propósito do tema resultam, antes de mais, da tentativa de se recorrer a uma lógica teórica e abstracta visando uma finalidade à qual só se pode chegar através de um método baseado em considerações práticas. Seja como for, podem sintetizar-se as seguintes notas mais ou menos comuns às abordagens doutrinárias da *Bestandskraft* do acto administrativo:

– a proximidade em relação à noção de caso julgado, mas a sua distinção em relação a esta, que é um conceito ligado à essência da função jurisdicional e, mesmo aí, sem uma validade absoluta, pondo a doutrina sobre o tema o acento tónico nas diferenças entre a função jurisdicional e a função administrativa, nos termos já analisados;

– a ideia de que o acto administrativo, como acto autoritário que é, deve ser não apenas vinculativo mas também *estável*, sendo esta estabilização fundada na segurança jurídica;

– a expressão, pelo conceito da *Bestandskraft* dos actos administrativos, da *relação de tensão entre necessidade de alteração e certeza jurídica*, concretizando-se na resposta à questão de saber *em que circunstâncias um acto administrativo pode ou deve ser retirado ou revogado*⁸⁸³;

– a impossibilidade de extrair regras comuns da diversidade entre os vários casos concretos para cuja ordenação a Administração pratica actos administrativos: ao passo que algumas das decisões administrativas respeitam a situações de facto mais ou menos invariáveis (com destaque para os *actos declarativos de direitos*), outras reportam-se a situações variáveis ou mesmo que mudam constantemente⁸⁸⁴;

– a distinção, em função da diferença entre o caso julgado formal e o caso julgado material, entre *Bestandskraft formal e material*, correspondente à diferença entre *caso decidido formal e caso decidido material*;

– a articulação do tema com o conceito do efeito de vinculação (*Bindungswirkung*), isto é, com a obrigatoriedade do acto tanto para a Administração como para os cidadãos tocados pelos seus efeitos;

– as maiores possibilidades do efeito de vinculação do acto e da sua capacidade de resistência quando ele tenha sido emitido na sequência de um procedimento com maior formalização e maiores exigências;

– a força particular de algumas decisões administrativas específicas, com saliência para a *Planfeststellung*, decisão dotada de uma elevada *Bestandschutz* uma vez que, de acordo com o § 75 da VwVfG (em especial o seu n.º 1), todas as relações entre o proponente e os afectados pelo plano são constitutivamente reguladas por este acto⁸⁸⁵.

administrativo é insuficiente”.

⁸⁸² Cfr. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 254.

⁸⁸³ Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *ob. cit.*, p. 125.

⁸⁸⁴ Não deixa de ser relevante o facto de FORSTHOFF referir (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 255) como exemplo de tal tipo de situações aquelas que têm a ver com a “policia encarregue de manter a segurança e a ordem públicas e de proteger a colectividade contra os perigos que a ameaçam”, dizendo que os actos que intervêm nestas situações não podem ter força de caso decidido, apresentando acórdãos do Tribunal Administrativo Superior da Prússia relativos a actos constitutivos que não podiam ser revestidos da força de caso julgado (p. 257).

⁸⁸⁵ Cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER, *ob. cit.*, p. 131.

2.3. O caso decidido formal e material do acto administrativo

Abandonando a referência específica à doutrina alemã e procurando chegar a uma conclusão quanto à utilização do conceito de força de caso decidido para caracterizar a eficácia do acto administrativo, diremos apenas que, tanto do ponto de vista formal como material o acto administrativo é uma decisão contestável e precária, mantendo a Administração possibilidades de intervenção no seu conteúdo, designadamente para o adaptar ao interesse público e sendo limitada a sua projecção sobre decisões administrativas posteriores — o que marca o contraste com a força de caso julgado das sentenças. Mas tal não invalida que alguma transposição possa e deva ser feita.

2.3.1. O caso decidido formal

Começando pela comparação com o instituto do *caso julgado formal* ou *externo*, este implica a impossibilidade de atacar uma sentença por intermédio de um recurso jurisdicional, pelo menos de um recurso ordinário, formando-se quando a decisão jurisdicional transita em julgado, isto é, quando decorre o prazo de recurso e este não é mais possível. O caso julgado formal tem uma função essencialmente negativa, traduzida na *intangibilidade da sentença*. A questão que aqui se discute é, como vimos, a de saber se o acto administrativo goza ou não de idêntica força. Tal possibilidade encontra uma das suas bases dogmáticas mais fundas no pensamento de A. Merkl — e, em geral, da doutrina austríaca — segundo o qual a norma jurídica implicava a ideia de imutabilidade, salvo preceito positivo em sentido contrário, impedindo o seu autor de voltar ao acto para dispor de forma diversa, estendendo esta *ideia de imutabilidade* a todos os actos jurídicos, tanto jurisdicionais como administrativos — todos os actos jurídicos teriam *vocação de imutabilidade* e só uma regulamentação de direito positivo poderia trazer excepções a esta irrevogabilidade⁸⁸⁶.

É entendimento praticamente pacífico a transposição (limitada) da característica do caso julgado formal para uma nota distintiva que o acto administrativo adquire uma vez decorrido o prazo para a sua impugnação contenciosa: a da sua *inopugnabilidade*: é esta nota que constitui o *caso decidido* ou *resolvido formal*, pois quando adquire tal feição o acto administrativo assume uma *relativa* consistência na ordem jurídica⁸⁸⁷.

Com esta inopugnabilidade pretende-se que as situações decididas pela Administra-

⁸⁸⁶ Cfr. A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, pp. 201-213 (*apud* SCHWARTZENBERG, *L'Autorité...*, cit., p. 347). RESTA (*La Revoca...*, cit., p. 76) menciona, para além da tese extrema de MERKL (também defendida na obra *Die Lehre von der Rechtskraft; entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Wien und Leipzig, 1923), de acordo com a qual a força de caso julgado é comum a todos os actos que sejam praticados no mundo do direito, outros autores austríacos que defenderam que a força de caso julgado seria uma característica comum a todos os actos de direito público: TETZNER (*Die Deutschen Theorie der Verwaltungsrechtspflege*, Wien um Berlin, 1901, *passim*, especialmente p. 164, 201 e 204) e IPSEN (*Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburg, 1932, p. 28).

⁸⁸⁷ Cfr., por todos, ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 221, acrescentando que “a partir do momento em que ganha a qualificação de inopugnável, o acto define uma *estabilização do interesse público* em elevado grau” (itálico nosso); E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 252; e WOLFF/BACHOF/STOBER os quais consideram que o conceito de caso julgado formal é um conceito próprio do direito processual devendo por isso ser evitado no direito administrativo, utilizando-se antes a expressão *inopugnabilidade* (*Unanfechtbarkeit*), que caracteriza precisamente a finalidade do caso julgado formal (cfr. *ob. cit.*, p. 126).

ção não possam ser eternamente postas em causa, tanto por razões de estabilidade jurídica como de estabilidade social. Todavia, a inopugnabilidade está longe de “garantir” uma imodificabilidade, permanência ou cristalização do interesse público em relação àquele caso concreto: é verdade que ele fica resguardado contra impugnações da parte dos sujeitos privados ou mesmo do Ministério Público, embora em relação a este o prazo de impugnação, no ordenamento jurídico português, seja superior (conforme o disposto no art. 58.º do CPTA). Mesmo que o acto seja inválido (anulável), tal vício já não pode ser feito valer pelos interessados ou pelo MP, dando-se uma consolidação do acto na ordem jurídica, apesar de a sua invalidade não desaparecer — há apenas uma caducidade do direito de impugnação judicial e não uma convalidação⁸⁸⁸. No entanto, e como dissemos, o interesse público não fica absolutamente cristalizado, pois se existe um certo grau de *auto-vinculação* por parte da Administração, ele não é, em grande número de situações, total: as autoridades administrativas podem, em muitos casos, actuar sobre o acto ou sobre o seu conteúdo através de *decisões administrativas de segundo grau*, designadamente para o adequar às flutuações das exigências do interesse público. Por isso, o acto permanece instável, e a sua consistência, imutabilidade e estabilização é apenas relativa, sendo esta uma das razões pelas quais se prefere utilizar a expressão *força de caso decidido* (formal) e não de caso julgado, pois o grau de consistência é muito inferior ao de uma sentença transitada em julgado⁸⁸⁹.

Em suma: existe uma tendencial concordância entre a doutrina, nacional e estrangeira, quanto à possibilidade de estender parte das características que definem o caso julgado formal das sentenças aos actos administrativos; mas a transposição não é completa nem rigorosa, permanecendo na maior parte dos casos um largo campo de possibilidades de actuação da Administração sobre o acto e o seu conteúdo. Possibilidades, como veremos, mais limitadas nalguns tipos de actos administrativos, em especial nos *actos constitutivos de direitos* e nos *actos devidos* (aqueles cujo conteúdo é estritamente vinculado pela lei).

A finalizar, diga-se que há autores que vão aqui um pouco mais longe, defendendo que o acto administrativo é regido por um *princípio de precariedade* que leva a que ele se mantenha exposto ao exercício, pelo seu autor (ou por um superior hierárquico, em especial quando tenha poderes dispositivos sobre a matéria), de diversos meios e formas de modificação, em especial os poderes de *anulação* e de *revogação* — falando mesmo na “mutabilidade essencial do acto administrativo”⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Note-se que esta caducidade do direito de impugnação se verifica hoje, nalguns casos, mesmo em relação a *actos nulos*: assim, no RJUE (regime jurídico da urbanização e edificação, na versão da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro), apesar de se sancionar com a *nulidade* as licenças, admissões de comunicações prévias, autorizações de utilização e pedidos de informação prévia que enfermem dos vícios previstos no art. 68.º, determina-se no n.º 4 do art. 69.º que a possibilidade de o órgão que emitiu o acto ou deliberação declarar a nulidade caduca no prazo de 10 anos, caducando também o direito de propor a respectiva acção se os factos que determinaram a nulidade não forem participados ao Ministério Público nesse prazo.

⁸⁸⁹ Como bem nota, a este respeito, SCHWARTZENBERG (*L’Autorité...*, cit., p. 3), quando o acto se torna “definitivo” por já não poder ser sujeito a recurso, essa definitividade não significa incontestabilidade e só vale para os administrados (não para a Administração).

⁸⁹⁰ Referimo-nos a SCHWARTZENBERG que, ao longo de toda a Secção II do Título II do seu *L’Autorité de Chose Décidée* (“Limites da autoridade definitiva de coisa decidida”), se debruça sobre a *precariedade* e os *atentados à autoridade formal de coisa decidida* (cf. pp. 346-418). Por esta razão, o Autor critica a citada tese de Merkl do paralelo entre o caso julgado formal e o caso decidido formal e da defesa da imutabilidade como uma pro-

2.3.2. O caso decidido material

Quanto à transposição da força de *caso julgado material* (ou interno) de que beneficiam as sentenças irrecorríveis — traduzida no trânsito em julgado da *relação material controvertida*, que impossibilita uma decisão de fundo divergente num processo posterior em face da incontestabilidade do conteúdo da sentença — para a dogmática do acto administrativo, ela passaria por aceitar que, da estabilização formal da decisão administrativa (traduzida, como vimos, na sua inopugnabilidade)⁸⁹¹ decorreria “uma afirmação de imutabilidade e definitividade da decisão sobre o conteúdo do acto”, em termos tais que a “situação de facto e de direito recebida no acto resiste[iria] a qualquer tentativa de modificação pela mesma autoridade ou por outra”⁸⁹² — projectando, desta forma, o “efeito de vinculação material” do seu conteúdo ou a sua “capacidade de resistência” para decisões futuras da Administração. Está em causa o efeito sobre a questão de fundo, sobre a matéria decidida e o reconhecimento de tal força ao acto administrativo, o qual poderia eventualmente acarretar a *incontestabilidade* do conteúdo nele fixado.

A doutrina mostra-se ainda mais céptica quanto ao reconhecimento deste efeito ao acto administrativo, sendo um domínio onde *tudo é controverso e discutível*, desde logo a própria noção de caso decidido material, bem como o *fim* e a *função* que tal instituto pretenderão visar e desempenhar no direito administrativo⁸⁹³. O que explica o recurso a

priedade comum a todos os actos jurídicos e não apenas aos jurisdicionais, devido ao poder que as autoridades administrativas conservam (ao contrário dos juízes) de *anular, revogar* ou *substituir* os actos praticados, mesmo para além do prazo para a sua impugnação contenciosa, razão pela qual considera que *o caso decidido só vale para os requerentes mas não para o autor do acto* (cfr. *ob. cit.*, p. 349). Reforçando a sua argumentação sobre a diferença entre o acto administrativo e a sentença quando contrapõe (cfr. p. 350 e seg.) a “essencial mutabilidade” do primeiro à intangibilidade da segunda, considerando que é a *precariedade* do acto administrativo que traduz a força do poder administrativo (“A fraqueza do acto administrativo faz a força da autoridade administrativa. A intangibilidade do acto jurisdicional traduz a força limitada da autoridade jurisdicional”). Tudo isto porque, no seu entender, seria danoso para o interesse público deixar que se estabelecesse no ordenamento jurídico um acto incompatível (ou que se tornasse incompatível) com as normas jurídicas ou *inadequado à nova realidade social*, ou seja, por beneficiar o interesse público que o acto administrativo não seja imutável. Não surpreendendo, assim, que ao estudar as vias e meios de alteração da coisa definitivamente decidida (cfr. pp. 351-418), que são a *revogação* (abrogação) e a *anulação* dos actos administrativos, Schwartzberg considere o poder de revogar actos administrativos como uma *competência comum* (e não excepcional) dos órgãos administrativos, não devendo o *rigor das condições* em que pode ser feita e das *formas que devem ser utilizadas ser sobrestimado* (cfr. p. 361 e 364), defendendo a existência de uma *liberdade de segundo grau* para toda a Administração, mesmo tomando em conta a figura dos actos geradores de direitos: uma vez que as condições da revogação são, na sua maioria, estabelecidas por regulamento e podendo a Administração modificar estes, ela fá-lo-á sempre que precisar (p. 367). Já a *anulação* administrativa (cfr. pp. 380-418) marca ainda de forma mais clara a diferença em relação ao acto jurisdicional, ao demonstrar que a Administração, ao contrário do juiz, se pode “retractar”.

Em suma: Schwartzberg destaca sempre a precariedade da força formal de caso decidido do acto administrativo como um sinal da liberdade e autoridade administrativas — uma vez que uma marca das funções estaduais “fortes” se consubstancia no poder de atentar livremente contra as suas próprias decisões (p. 387 e seg.) — concluindo que o *acto administrativo “definitivo” tem uma força formal limitada*, exposta a diversos atentados: circunscrita em limites estreitos, a força formal de caso decidido está muito longe de igualar os efeitos amplos da força de caso julgado, tanto formal como material (p. 419).

⁸⁹¹ Como assinalam WOLFF/BACHOF/STOBER, a irrevogabilidade e a força de caso decidido formal (no fundo, dizemo-lo nós, uma e a mesma coisa) são pressupostos da força de caso decidido material: cfr. *ob. cit.*, p. 130.

⁸⁹² As palavras são de ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 222 e seg.).

⁸⁹³ De acordo com FORSTHOFF (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 252) a noção de *caso julgado material*

expressões mais relativizadas como as citadas por Hartmut Maurer e por Rogério Soares e às quais já recorremos: “capacidade de resistência” do acto ou apenas “efeito de vinculação material”⁸⁹⁴.

A verdade é que as razões de defesa da estabilidade, da certeza e da segurança jurídica, da protecção da confiança dos particulares e da economia e eficiência administrativas que porventura apontam para o reconhecimento de tal efeito aos actos administrativos, uma vez tornados inopugnáveis, deparam com obstáculos de monta, sentindo-se ainda mais aqui a profunda diferença entre o acto administrativo e a sentença e, sobretudo, entre as situações com que cada um lida: a segunda, pelo menos em regra, reportada a factos passados e a situações já estáticas ou invariáveis, o primeiro a casos da vida em perpétuo movimento, com possível alteração das circunstâncias de facto e de direito e com modificação dos juízos de valor e de segurança administrativos inerentes a tais posições jurídicas, a situações dinâmicas em constante devir.

Também a este propósito Roger-Gérard Schwartzberg se revela particularmente céptico: no seu juízo, para além de estar dotada apenas de uma autoridade formal limitada, a decisão administrativa está *totalmente desprovida de autoridade material*, uma vez que a inopugnabilidade do acto vale apenas para o juiz e para os administrados, mas não significa nada para o autor do acto⁸⁹⁵, sustentando abertamente a tese de acordo com a qual o acto administrativo está desprovido de verdadeira autoridade material⁸⁹⁶. No que é em larga

é designada, entre outras formas, como obrigação ou vinculação (*Bindung*), como imutabilidade ou irrevogabilidade (*unabänderlichkeit*), como modificabilidade ou alterabilidade agravada (*erschwerter Abänderbarkeit*) ou como obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*). No que tange ao seu fim e à sua função, o mesmo Autor reconhece (*ob. cit.*, p. 254) que várias concepções são possíveis: umas que defendem que o caso decidido material serve os interesses dos particulares; outras que propugnam que a força de caso julgado é necessária à economia administrativa e à boa organização administrativa; outras ainda que ela visa e é justificada pela paz jurídica.

⁸⁹⁴ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit. p. 225. Quanto a HARTMUT MAURER, depois de reconhecer que em relação à força de caso decidido material não se consegue encontrar um paralelismo inequívoco ao direito processual, considera que tal força de caso decidido material só pode ser conexcionada com o *efeito de vinculação* (“*Bindungswirkung*”) e com a *revisibilidade limitada* (“*Beschränkte Aufhebbarkeit*”) do acto administrativo, o primeiro reportando-se à obrigatoriedade do acto administrativo tanto para a Administração como para os cidadãos, solidificada com o caso decidido formal (com a inopugnabilidade do acto) e a segunda conexcionada com as possibilidades de a Administração rever o acto, fora de um processo de impugnação (oficiosamente ou a requerimento dos interessados, sob determinados pressupostos), removendo assim o efeito de vinculação: cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 270 e seg.

⁸⁹⁵ Cfr. SCHWARTZENBERG, *L’Autorité...*, cit., p. 11.

⁸⁹⁶ Conforme nos informa na p. 197 da sua obra. Esta tese é desenvolvida na Secção I do Título II da obra citada, sob a epígrafe “A contestabilidade: a ausência de autoridade material de coisa decidida” (pp. 209-345), baseando-se para tal no *princípio de contestabilidade do acto administrativo* (pp. 208-278), sublinhando o contraste com a *incontestabilidade do acto legislativo* e do *acto jurisdicional definitivo*; para desenvolver em seguida a análise das *vias e meios de contestação da coisa definitivamente decidida* (pp. 278-345), partindo da premissa já indicada (de que a decisão administrativa definitiva está desprovida de força material, sendo um *acto num processo permanente* — cfr. p. 278) e concluindo que a expiração do prazo do recurso contencioso *não confere qualquer incontestabilidade ao acto*, que fica coberto por uma simples “imunidade processual”, permanecendo aberto à crítica e à censura e sujeito à possibilidade de revisão por parte do seu autor (cfr. p. 344).

Na Alemanha, a doutrina maioritária aponta no mesmo sentido: resumidamente, e por todos, cfr. HARTMUT MAURER, “*Das Vertrauensschutz...*”, cit., onde afirma (p. 228) — depois de mostrar as funções de clarificação e de *estabilização* do acto administrativo, o qual representa “uma declaração vinculativa e *tendencialmente duradoura* do direito no caso concreto” (itálico nosso) —, de forma expressa, que *não se pode pedir, num Estado de Direito, a atribuição de uma validade absoluta à força de caso decidido* do acto administrativo.

medida acompanhado, na doutrina nacional, por Robin de Andrade⁸⁹⁷.

Em nossa opinião, a melhor doutrina — e são inúmeros os autores que apontam nessa direcção — é a que tende, por um lado, a defender a impossibilidade de um princípio absoluto de reconhecimento de força de caso decidido material ao acto administrativo e, por outro, a aceitar a possibilidade de uma tal força nalgumas categorias de decisões administrativas, admitindo a extrema dificuldade ou quase impossibilidade de tal se verificar noutros grupos de casos. Como mais uma vez Rogério Soares mostrou, há situações administrativas em que “os interesses são de tal modo alteráveis e indomáveis que não vale a pena pensar-se em qualquer coisa que se aproxime do caso julgado material”. E revela-se decisivo para os nossos propósitos assinalar que tanto Rogério Soares como a doutrina nacional e estrangeira assinalam o domínio da *administração de polícia* e das *autorizações de polícia* como um dos mais avessos à cristalização e estabilização, sendo uma área onde os interesses se mostram particularmente “alteráveis e indomáveis”⁸⁹⁸.

Pelo contrário, nas situações em que a decisão administrativa incide sobre situações

⁸⁹⁷ ROBIN DE ANDRADE nega a transposição para o acto administrativo do efeito de caso julgado material, afirmando: “a teoria do caso julgado material dos actos administrativos (...) não é compatível com o nosso sistema jurídico e com a norma legal da revogabilidade dos actos discricionários aí consagrada de forma geral” (cfr. *A Revogação...*, cit., p. 81), sendo “incorrecto falar de caso julgado material dos actos administrativos como se de pura revogabilidade se tratasse” (p. 82). O Autor chega a tal conclusão em virtude da existência do que apelida de uma *regra geral de revogabilidade* dos actos discricionários (p. 68 e segs.) que resulta do carácter *concreto e variável do interesse público*, bem como da ideia do ajustamento da acção administrativa à evolução das situações e ainda à mudança de concepções e a uma concepção dinâmica da discricionariedade projectada sobre uma função ou actividade (pp. 76-78). Todavia, a sua posição é de alguma forma matizada, ao reconhecer que há *obstáculos à regra geral* (que se justificam pela necessidade de tutela de uma determinada posição jurídica do particular ou por força da incompatibilidade entre a revogação e uma obrigação legal da Administração, que impõe a manutenção ou a execução do conteúdo do acto) que acarretam a *irrevogabilidade* de alguns tipos de actos discricionários, com destaque para os *actos constitutivos de direitos* (p. 86 e segs.). No entanto, os factores de irrevogabilidade dos actos discricionários conhecem por sua vez limites, que fazem ressurgir a regra da revogabilidade (cfr. pp. 165-197), analisando com pormenor os limites à irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos e de qualidades jurídicas (*a concordância do administrado; a reserva de revogação; a má fé do administrado*, que obteve o acto através de manobras fraudulentas; *o incumprimento de obrigações pelo administrado*, embora o Autor seja a este propósito cauteloso, defendendo que não se deve admitir, como regra, a revogabilidade de um acto constitutivo apenas com base no facto de o destinatário haver deixado de cumprir uma obrigação imposta; um *imperioso interesse público* apesar de, ao contrário da doutrina alemã, defender que tal só pode ser admitido nos casos excepcionais expressamente previstos na lei e com indemnização do lesado; e a *cessação dos pressupostos da legalidade do acto*).

Também MARCELLO CAETANO (cfr. *Manual...*, vol. I, cit., pp. 535-537), apesar de se afastar de Robin de Andrade quanto ao *fundamento da revogação* (pois para o Autor agora em estudo ele é sempre constituído pela *prossecação do interesse público* pela forma que em cada momento for a mais adequada), concorda com ele quanto ao facto de a noção de caso julgado material não ter validade no direito administrativo, uma vez que o acto administrativo não cria uma relação jurídica imodificável, em face da regra da sua revogabilidade, só contrariada quando a revogação ofende a lei ou os direitos ou situações criados ou consolidados à sombra do acto revogando.

⁸⁹⁸ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit. p. 224. A doutrina francesa é, a este respeito, bastante clara e contundente, assinalando a revogabilidade das autorizações e de outras decisões em matéria de polícia sempre que as condições estabelecidas na sua outorga deixem de ser preenchidas ou quando novas circunstâncias de facto ou de direito tornem a sua manutenção ilegal: cfr. YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, cit., p. 273; a palavra usada é mesmo “ilegal”, apesar de se estar a referir à *abrogation*. Sobre o facto de as medidas com o carácter de autorização de polícia não serem criadoras de direitos e poderem ser sempre revistas ou modificadas, cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité...*, Tome 1, cit., p. 723; no mesmo sentido, MORAND DEVILLER, *Cours...*, cit., p. 354, apoiando-se ambas as obras em jurisprudência do *Conseil d'État*. O carácter não criador deste tipo de actos é reforçado pelo facto de normalmente as autorizações de polícia terem carácter precário e revogável (cfr. SCHWARTZENBERG, *L'Autorité...*, cit., p. 393).

que se apresentam já “fechadas”, sem grandes possibilidade de variação ou alteração, nomeadamente nos actos meramente declarativos que se traduzem em verificações, atestações ou habilitações, será muito mais fácil reconhecer uma *tendencial permanência* na decisão em causa e uma capacidade de resistência muito superior.

Em suma: não pode ser dada uma resposta geral ao problema do caso decidido material do acto administrativo, sendo no entanto muito superiores os argumentos e muito mais as vozes na doutrina que se inclinam para não lhe atribuir tal força ou capacidade de resistência, pelo menos em termos gerais. O reconhecimento da maior ou menor estabilização da decisão material contida num acto administrativo dependerá sempre de uma ponderação a fazer ao nível do caso concreto entre os valores que estão em jogo na discussão, nomeadamente a certeza e segurança jurídica e a protecção da confiança e dos direitos adquiridos dos cidadãos, de um lado, e a liberdade de actuação da Administração e a flexibilidade necessária para a satisfação do interesse público, do outro⁸⁹⁹. Sendo certo que, no âmbito desta discussão, a figura dos *actos constitutivos de direitos* merece especial cuidado, sendo dotada de especificidades assinaláveis e gozando de uma estabilidade e de uma resistência à mudança muito superiores às dos actos administrativos que não assumem esta feição.

3. A livre revogabilidade, os actos constitutivos de direitos e as novas aberturas à revogabilidade do acto

Com um título à primeira vista complexo e cujo sentido não é imediatamente perceptível, pretendemos sintetizar os principais momentos da evolução doutrinal e jurisprudencial, no espaço europeu continental, em relação às possibilidades e aos limites à revogação dos actos administrativos. Esta análise limita-se, naturalmente, aos actos susceptíveis de revogação excluindo, à partida, os actos inexistentes, os actos nulos, aqueles já anulados, os actos já revogados, as decisões administrativas cujos efeitos já se esgotaram ou caducaram e ainda os actos que, apesar de produzirem efeitos actuais e futuros, devem ser qualificados como *não revogáveis* por serem vinculados ou por criarem direitos irrenunciáveis para a Administração⁹⁰⁰. Pela positiva, pensamos então em actos eficazes que produzam ainda efeitos actuais e revestidos de potencial para produzir efeitos futuros, tendo sido emitidos no exercício de poderes discricionários que a Administração em princípio mantém.

⁸⁹⁹ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 226, bem como a citação que faz da obra de BRAUN (*Die präjudizielle Wirkung bestandkräftiger Verwaltungsakte*, 1981, p. 34) quando este fala num “triângulo mágico” de exigências contrapostas. Vide igualmente VIEIRA DE ANDRADE, afirmando que a questão do caso decidido material é um problema “a resolver pela ponderação concreta dos interesses (conflituantes entre si) da estabilidade, da eficiência e da justiça material, num contexto de diferenciação material entre as funções administrativa e jurisdicional”: cfr. *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 165.

⁹⁰⁰ Cfr. a síntese feita por PEDRO GONÇALVES em relação aos *actos insusceptíveis de revogação* e aos *actos não revogáveis*: “Revogação...”, cit., pp. 310-313.

3.1. Da livre revogabilidade dos actos administrativos, em especial das autorizações de polícia...

Indo buscar as bases do breve percurso que pretendemos empreender ao direito e às posições doutrinárias e jurisprudenciais assumidas no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, diremos que a regra que em primeiro lugar se afirmou foi a da *livre revogabilidade* dos actos administrativos, embora cedo comesçassem a emergir excepções a tal regra, nomeadamente com base na preservação da segurança jurídica e na necessidade de protecção da confiança.

Mais uma vez salientam-se aqui os dois grandes vultos responsáveis pela autonomização dogmática da autorização administrativa e que também dedicaram partes importantes dos seus estudos à problemática da revogação, tanto em relação à teoria do acto administrativo em geral como ao acto autorizativo em particular. Referimo-nos, naturalmente, a Otto Mayer e a Oreste Ranelletti.

Começando por Mayer, este Autor não autonomiza de forma rigorosa os contornos da anulação e da revogação mas, em todo o caso, considera a *revogação* em sentido lato⁹⁰¹ a "forma mais importante de extinção da autorização", acrescentando que "qualquer acto administrativo pode, em princípio, ser retirado pela autoridade que o praticou ou, o que é a mesma coisa, ser anulado pelo seu superior". No entanto, a verdade é que por detrás desta regra geral se escondem já numerosas excepções, que podem até levar a duvidar se o princípio é mesmo o da livre revogabilidade: depois de assinalar que são de considerar limites jurídicos que protegem os interessados, afirma que a revogação deixa de ser livre quando a lei prevê o contrário, nomeadamente quando regula as causas que autorizam a revogação ou quando a autorização é um acto vinculado. Para depois abordar *ex professo* as *causas de revogação especialmente determinadas* na lei⁹⁰², com destaque para a *autorização especial da lei* (livre ou sob condições) — a qual é equivalente ao consentimento posterior do interessado, isto é, à *renúncia* — autorização essa que pode consistir na admissibilidade da imposição de uma cláusula acessória, que tanto pode ser a *reserva de revogação* como a *reserva de modo*, se estiver previsto que o incumprimento do modo autorizará a revogação⁹⁰³. Para mencionar ainda — sendo este, sem dúvida, um caso de grande relevo — a possibilidade de uma "intervenção extraordinária" para eliminação de uma empresa autorizada por causa de *desvantagens não previstas para o interesse público*. Salientando não se tratar de uma "abertura" do poder geral de polícia — cujas competências se *esgotam quando a au-*

⁹⁰¹ OTTO MAYER (cfr. *Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 253) usa a expressão "*Zurücknahme*" que pode ser traduzida por retirada, retractação, revisão, mas também por revogação ou por anulação. Em função do que vamos ver a seguir, pensamos que será porventura mais correcto usar um termo genérico, como retirada ou revisão, já que o Autor faz subsumir no conceito tanto os casos que hoje devemos apelidar de *revogação* como aqueles para os quais é mais correcto o uso da expressão *anulação*. De qualquer forma, na edição francesa, a palavra utilizada é "*révocation*" (cfr. *Le Droit Administratif Allemand*, Tome 2, p. 76), razão pela qual usámos o termo *revogação*. As considerações subsequentes foram extraídas da versão alemã, *loc. cit.*

⁹⁰² Cfr. *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I., pp. 254-256.

⁹⁰³ OTTO MAYER refere ainda (*Deutsches Verwaltungsrecht*, I., cit., p. 255 e seg.) que a autorização pode ser revista por causa da sua *ilicitude* (ilegalidade), quando ela não determine a nulidade do acto mas (apenas) a anulabilidade. O que demonstra a citada confusão terminológica entre o que hoje a doutrina que perfilhamos distingue com os termos *revogação* e *anulação*.

torização se torna inatacável — mas de um sacrifício autónomo que incide sobre a própria empresa e que é passível de indemnização.

Apesar das dúvidas que o cotejo da obra de Mayer pode suscitar, a verdade é que os autores alemães mais representativos o citam para confirmar a assunção, pela doutrina e jurisprudência alemãs mais antigas, de uma *regra geral de revogabilidade dos actos administrativos*⁹⁰⁴. Regra que resulta cristalinamente das palavras a tal respeito escritas por Fritz Fleiner — pouco mais de duas décadas depois da obra de Otto Mayer — que já referimos mas pensamos não ser ocioso recordar, quando alude⁹⁰⁵ ao facto de o indivíduo autorizado não possuir uma “fortaleza” contra intervenções administrativas futuras, devendo aceitar qualquer alteração legislativa, mesmo que esta traga consigo um agravamento das suas obrigações por comparação com o que tinha ficado consignado na autorização, correndo os danos por sua conta, uma vez que só haverá direito de indemnização quando a lei o preveja de forma expressa. Estando, da mesma forma, o sujeito autorizado obrigado a adaptar a sua actuação à modificação das circunstâncias e a Administração autorizante habilitada a determinar novos modos e a estabelecer novas exigências para tal fim, embora admitindo igualmente que a lei possa contrariar este *princípio jurídico* — mas reconhecendo-lhe tal estatuto! — garantindo o titular de uma autorização de polícia contra modos supervenientes.

Também o outro “nome grande” do direito autorizativo, Oreste Ranalletti, parece trilhar um caminho próximo, tanto no que tange ao sincretismo entre revogação e anulação⁹⁰⁶ como em relação ao princípio da revogabilidade dos actos administrativos. O Mestre transalpino alude a uma *regra geral de revogabilidade dos actos administrativos*, que pode ser antes de mais fundada na ilegitimidade inicial do acto, em virtude de um vício que produza a sua anulabilidade. E apesar de referir que quando o vício inicial for *de mérito* tal não se verifica, porque aqui a revogação encontra um limite nos *direitos subjectivos* que o acto criou a favor do sujeito (limite esse que não existe se o acto tiver criado um “mero” interesse legítimo ou um direito enfraquecido), Ranalletti reconhece que quando se fala na *revogabilidade* como *característica especial dos actos administrativos* isso reporta-se a *actos válidos* — ou em relação aos quais não se toma em conta a sua eventual invalidade —, afirmando que *a Administração tem sempre a faculdade de retornar aos seus actos e revogá-los* (anulá-los ou modificá-los) no todo ou em parte quando *novos elementos de direito ou de facto* demonstrem a necessidade ou a conveniência de um outro acto⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Por todos, cfr. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 265, em especial nota 1 (com indicações jurisprudenciais e doutrinárias e mencionando diversos autores de referência que aceitam essa regra geral da revogabilidade dos actos: para além do próprio Mayer, também Jellinek, Fleiner, Shoen e Kormann, entre outros) e WOLFF/BACHOFF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, Band 2, cit., p. 133.

⁹⁰⁵ Cfr. *Institutionen...*, cit., p. 383 e seg.

⁹⁰⁶ Claramente evidenciado nas suas *Lezioni di Diritto Amministrativo — Le guarentigie della legalità nella pubblica amministrazione*, 1.ª Puntata, Lorenzo Alvano Libraio Editore, Napoli, 1925, quando trata o “recurso à mesma autoridade” (cfr. pp. 135-145) e mostra como tal recurso envolve o poder da autoridade administrativa de *revogar os seus próprios actos*, falando na revogação como “um acto de anulação ou de modificação de um acto administrativo viciado na legitimidade ou no mérito” (p. 136).

⁹⁰⁷ Cfr. RANELLETTI, *Teoria degli Atti...*, cit., p. 128 e seg. A ambivalência demonstrada por Mayer não deixa de estar também aqui presente: para além de sublinhar (o que, para nós, tem apenas a ver com um entendimento correcto dos limites e do sentido do acto revogatório) que o problema só se põe em relação a actos que sejam *perfeitos, eficazes e inicialmente válidos* (havendo, no nosso entender, quer uma repetição, na medida em que os

Convém sobretudo destacar o reforço da regra da revogabilidade dos actos administrativos quando estão em causa as *autorizações de polícia*: desde Ranelletti que ganhou foros de princípio jurídico a ideia de acordo com a qual estas autorizações *devem ser revogadas* quando venham a faltar no sujeito autorizado as condições que eram exigidas no momento da respectiva outorga ou quando haja superveniência de circunstâncias que, se existissem inicialmente, teriam impedido o deferimento do pedido de autorização⁹⁰⁸. Aliás, à medida que a doutrina foi evoluindo, como veremos já de seguida, no sentido de reconhecer limites, em muitos casos inultrapassáveis, à revogabilidade dos actos administrativos (em especial dos constitutivos de direitos) as autorizações de polícia escapavam em regra a tais limites, nomeadamente nos casos assinalados de superveniência de circunstâncias que tivessem consentido a negação do pedido de autorização⁹⁰⁹. Ideia com especial expressão na doutrina francesa, a qual se destaca na criação de barreiras à revogação dos actos constitutivos de direitos mas que, em inúmeros casos, admite mesmo assim a revogabilidade das *autorizações de polícia*, não as qualificando como actos constitutivos mas nalguns casos, pelo contrário, como *actos precários*⁹¹⁰.

actos inicialmente válidos são perfeitos, quer um erro, pois o acto pode ser inválido e, no entanto, ser eficaz e fundar situações jurídicas que se podem estabilizar no ordenamento) e que, além disso, produzam efeitos *favoráveis*, RANELLETTI refere também que esta faculdade não é ilimitada, devendo ter-se nomeadamente em conta os *diritti quesiti* (direitos adquiridos). Ideia reforçada noutra local (*Lezioni di Diritto Amministrativo...*, cit., p. 139 e seg.) quando trata os *vícios de mérito* e afirma que a revogação não é possível no caso de o acto ter produzido a favor de outra pessoa um direito subjectivo perfeito, tendo eficácia *ex tunc* no caso de o vício ser originário.

⁹⁰⁸ Posição assumida por outros autores que trilharam em boa medida os passos da doutrina ranellettiana: cfr., por exemplo, UGO FORTI que, a propósito dos *actos que produzem modificações*, salienta que o princípio da necessidade de correspondência dos actos administrativos às exigências do interesse público implica que a mudança destas determine a conformação de novo dos efeitos do acto anterior, mencionando *serem frequentíssimos*, por esta razão, os *actos modificativos de autorizações de polícia*: cfr. *Diritto Amministrativo*, cit., p. 145 e seg.

⁹⁰⁹ Cfr., entre outros, SANTI ROMANO (*Corso...*, cit., p. 291) que, apesar de afastar em geral o princípio da livre revogabilidade dos actos, a todo o tempo, qualificando como não revogáveis os actos que deram origem a direitos perfeitos, afirma todavia que as *autorizações de polícia* são revogáveis no caso de sobrevirem ou resultarem circunstâncias que tivessem consentido a negação da outorga do acto.

⁹¹⁰ Por todos, cfr. SCHWARTZENBER, *L'Autorité...*, cit., p. 393, que se pronuncia sobre a possibilidade de anulação a todo o tempo de alguns tipos de decisões, por estas não serem criadoras de direitos, sendo esse o caso das autorizações de polícia, as quais não conferem um "direito definitivo ou imediato", uma vez que têm, por regra, *carácter precário* (caracterização que alarga em geral às *autorizações administrativas*). RENÉ CHAPUS (cfr. *Droit Administratif...*, cit., p. 1074) aponta na mesma direcção ao considerar as autorizações de polícia como *autorizações precárias* sendo, como tal, decisões insusceptíveis de criar direitos, podendo a Administração abrogá-las ou retirá-las a todo o tempo. Também MORAND DEVILLER (cfr. *Cours...*, cit., pp. 353-355) depois de assinalar que "a distinção entre os actos criadores e os não criadores de direitos não assenta em nenhum critério preciso", informa-nos de que a jurisprudência considera como não criadoras de direitos, entre outras categorias de actos, as *autorizações de polícia*. Por último, referiremos a posição de J.-M. AUBY ("*L'Abrogation...*", cit., p. 138 e seg.), o qual subsume as autorizações de polícia nos casos em que a discricionariedade da decisão revogatória está excluída, havendo mesmo uma *obrigação de revogar*, designadamente quando as condições requeridas para a emissão deixam de ser satisfeitas.

Na síntese que faz sobre o modo como nasceu e se desenvolveu a teoria dos *actos criadores de direitos adquiridos* em França, à sombra da jurisprudência do *Conseil d'État*, CARLA AMADO GOMES (*Risco e Modificação...*, cit., pp. 632-643) refere também a livre revogabilidade dos actos não criadores de direitos, como as autorizações de polícia. De notar a concepção defendida pela Autora, segundo a qual emerge da jurisprudência francesa uma figura intermédia entre anulação administrativa e abrogação: a da *revisão/modificação do acto administrativo por alteração das circunstâncias de facto*, que virá a assumir grande protagonismo nas posições centrais do seu trabalho

3.2. ... aos actos constitutivos de direitos

Se a doutrina mais antiga já reconhecia, ao lado de um alegado princípio da revogabilidade dos actos administrativos, a existência de excepções mais ou menos amplas a tal princípio, o pensamento posterior caracterizou-se por chamar a atenção mais para as excepções do que para a alegada regra: ainda que aceitando — ou afirmando mesmo que tal era incontestável — que a Administração Pública tem um *poder genérico de revogar* os seus próprios actos, salientam simultaneamente que esse poder é apenas condição necessária, mas não suficiente, para justificar a revogação de um acto, sendo indispensável avaliar quando e como tal poder pode ser *concreta e validamente exercitável* ou, o que é dizer o mesmo, quando é que o acto revogando é susceptível de ser *validamente retirado* do mundo jurídico⁹¹¹.

Num contexto em que a noção, o sentido e o âmbito do acto de revogação começaram a ganhar contornos mais precisos — nomeadamente no que se refere à distinção face à outra grande forma de revisão dos actos administrativos, a *anulação* —, foi-se afirmando e ganhando cada vez mais adeptos a concepção de acordo com a qual o verdadeiro ou mesmo único fundamento da revogação dos actos administrativos se reportaria a razões de *interesse público actual*, encontrando tal poder administrativo um *limite insuperável* nos direitos subjectivos eventualmente criados pelo acto a favor do particular⁹¹².

Esta tendência fez-se sentir também na ordem jurídica alemã, articulando-a a doutrina com a modificação estrutural do tipo de relações entretecidas entre o indivíduo e a Administração ou, talvez melhor, no movimento que fez emergir a administração conformadora, constitutiva e prestadora: uma vez que os *direitos do interessado* sempre assumiram protagonismo nesta sede, o alargamento dos direitos dos cidadãos em face da Administração Pública significou correlativamente o *alargamento das limitações à (antiga) livre revogabilidade* dos actos administrativos⁹¹³. Doutrina esta que, ao qualificar os actos que atribuem uma situação jurídica que tenha por conteúdo a conformação e a constituição de direitos privados ou públicos — como acontece com as *autorizações* — como *irrevogáveis* revela enorme significado no âmbito do tema de que primacialmente tratamos nesta dissertação⁹¹⁴.

⁹¹¹ Seguimos aqui muito de perto as palavras de R. RESTA, que nos parecem particularmente claras para ilustrar o pensamento da doutrina que temos em mente: cfr. *La Revoca...*, cit., p. 71. O Autor vai todavia um pouco mais longe quando afirma não haver razões para derrogar o *princípio da irrevogabilidade* que vale em geral no mundo do direito, o que o leva a criticar e a refutar a anterior doutrina, qualificando mesmo a aplicação de um princípio de revogabilidade aos actos administrativos uma “ineliminável contradição no nosso sistema positivo”, levando a perigosidade de tal princípio para a ordem jurídica a que R. Resta conclua ser “verdadeiramente inexplicável” tudo aquilo que parte da doutrina e da jurisprudência aduziu em seu favor (*ob. cit.*, p. 72).

⁹¹² Cfr., entre outros, ALDO SANDULLI, *Manuale*, 1., cit., p. 716 e seg., com indicações jurisprudenciais — citando a *autorização* entre os exemplos de actos que não podem ser revogados.

⁹¹³ Neste sentido, cfr. em especial FORSTHOFF (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 265 e segs.) o qual, pelas razões citadas, se mostra bastante restritivo quanto à possibilidade de a Administração revogar actos, considerando que tais limites valem mesmo nos casos de *reserva de revogação* que têm assim o principal significado prático de alterar o ónus da prova, que impende aqui sobre o particular interessado e não sobre a Administração. Ficam apenas ressalvados alguns casos particulares de admissibilidade da revogação, designadamente aqueles em que há um *interesse público imperioso* (p. ex. estado de necessidade).

⁹¹⁴ Cfr. ainda FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cit., p. 270 e seg.

Na ordem jurídica alemã foi — e é ainda hoje! — desenvolvida de forma particular a matéria dos limites à revogação dos actos administrativos conexonados com a *protecção da confiança* a qual, por sua vez — nomeadamente em virtude da sua ancoragem jurídico-constitucional⁹¹⁵ — se apresenta como uma componente da segurança jurídica (e, desta forma, fundada no próprio *princípio do Estado de Direito*⁹¹⁶) e do *princípio da boa-fé*, mas igualmente como uma dimensão do Estado social e como concretização da necessidade de protecção dos direitos fundamentais⁹¹⁷. O direito alemão é, em sede de protecção da

⁹¹⁵ Cfr. H. MAURER, “Das Vertrauensschutz...”, cit., pp. 226-228 — destacando, em particular, a sua relação com o *princípio do Estado de Direito* (na sua dimensão de *segurança jurídica*) e, também (mas secundariamente), com o princípio do *Estado Social* e com (a protecção dos) *direitos fundamentais* dos cidadãos. Sobre a ancoragem jurídico-constitucional do princípio da protecção da confiança — ou, mais exactamente, o *princípio do Estado de Direito* da protecção da confiança — cfr. BRUNO SCHMIDT-BLEIBTREU/FRANZ KLEIN que em comentário ao artigo 14.º da *Grundgesetz* (cfr. *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand Verlag, 9. Auflage, 1999, p. 374 e seg.), confirmam, com referências jurisprudenciais, nomeadamente do Tribunal Constitucional federal alemão, que este princípio tem uma expressão própria e um significado jurídico-constitucional. A propósito das limitações ao direito de propriedade (com base na densificação do conteúdo e dos limites determinados por lei, nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do Art. 14.º) também JARASS/PIEROTH (cfr. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2002, p. 404) tratam o princípio da protecção da confiança, mostrando que ele assume, para os bens com valor patrimonial do Art. 14.º e a respeito da retroactividade imprópria, uma expressão específica — sem a qual as exigências de fundo poderiam ser significativamente alteradas.

Sobre a jurisprudência jurídico-constitucional alemã relativa ao princípio da protecção da confiança cfr. dois interessantes e informativos artigos de BODO PIEROTH: o primeiro, “Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes”, *JZ*, 39. Jahrgang, November 1984, Heft 21, pp. 971-978; o segundo, de 1990, exactamente com o mesmo título (“Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes”), *JZ*, 45. Jahrgang, März 1990, Heft 6, pp. 279-286. Neste último BODO PIEROTH mostra-nos ser a jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão responsável, em larga medida, pela concretização e tipificação do princípio da protecção da confiança de uma maneira especialmente intensa (cfr. p. 279), nomeadamente ao explicitar a função do art. 14.º da Lei Fundamental alemã nesta sede: de acordo com o Tribunal, uma das funções mais importantes da garantia da propriedade decorrente daquele preceito é a de “tutelar a segurança jurídica no que respeita aos bens protegidos através do inciso 1 do número 1 do art. 14.º e proteger a confiança na propriedade modelada pelas leis conformes à Constituição” (cfr. p. 281). Mais desenvolvidamente sobre a doutrina da protecção da confiança na jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão, cfr. KYRILL-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip — Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pp. 105-133 e pp. 567-696 (apresentando, nestas últimas, um extenso anexo com as decisões do Tribunal Constitucional versando a temática).

⁹¹⁶ O Tribunal Constitucional federal-alemão já se pronunciou *expressamente* em tal sentido, ao afirmar: “(...) a segurança jurídica pertence aos elementos mais importantes do princípio do Estado de Direito; (...) para os cidadãos a segurança jurídica significa em primeira linha protecção da confiança”: cfr. BVerfGE 13, 261 (271), citado por MICHAEL KLOSTERMANN, *Die Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung im Verwaltungsverfahren*, 1992, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, p. 109.

⁹¹⁷ MICHAEL KLOSTERMANN (*ob. cit.*, p. 109 e segs.) leva a cabo uma análise autónoma das relações da protecção da confiança com o *princípio do Estado de direito* (p. 109 e seg.), com o n.º 1 do art. 1.º da *Grundgesetz*, protector do *direito à vida*, na medida em que o poder administrativo tem que respeitar um “espaço de vida” que os cidadãos reservam para si próprios (pp. 110-112), em face do *princípio da boa fé* (pp. 112-114), do *princípio do Estado Social* (pp. 114-117), com o n.º 1 do art. 3.º da Lei Fundamental alemã, consagrador do princípio da igualdade, com fundamento em que uma revisão iníqua das vantagens atribuídas aos cidadãos pode conduzir a uma violação de tal princípio (pp. 117-121), com o n.º 1 do art. 2.º da mesma Constituição, que defende o direito ao livre desenvolvimento (auto-determinação) da personalidade (pp. 121-123) e, por último, com o já citado inciso 1 do n.º 1 do art. 14.º da *Grundgesetz* (pp. 123-126). Um tipo de análise semelhante (embora alargado a outros preceitos constitucionais alemães que consagram direitos fundamentais e direitos de natureza análoga) é empreendido na sua tese de habilitação por KYRILL-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, cit., pp. 160-216 — Autor que analisa igualmente (pp. 258-294) o que poderemos designar como “dupla fisionomia” da protecção da confiança,

confiança, uma referência incontornável, sendo normalmente modelo das diversas ordens jurídicas europeias, incluindo a da União. Daí que se justifique, em nossa opinião, um olhar mais desenvolvido sobre a situação na ordem jurídica alemã, onde se reconhece hoje uma mais forte *compressão da protecção da confiança*, também por força da influência do direito europeu, como veremos mais adiante.

Seguindo essencialmente a lição de Hartmut Maurer — um dos autores germânicos que mais se destacou no tratamento do tema⁹¹⁸ — diremos que foi o princípio da protecção da confiança que, a seguir à II Guerra Mundial — ou, mais exactamente, desde meados da década de cinquenta do século passado — veio determinar uma mudança fundamental na jurisprudência alemã⁹¹⁹, desde logo ao nível da contradição à regra segundo a qual os actos administrativos *ilegais* podiam ser retirados, em correspondência com o princípio da legalidade da administração, passando a limitar a possibilidade de *anulação* de actos favoráveis⁹²⁰.

simultaneamente um direito subjectivo que se deve inserir na dogmática dos direitos fundamentais, uma vez que foi absorvido pela garantia jurídico-constitucional, e um comando ou regra de proporcionalidade na intervenção jurídica sobre os direitos fundamentais. Concepção que se compagina com a ideia, também avançada pelo Autor de forma particularmente impressiva (cfr. p. 257), segundo a qual “a pergunta sobre a posição da protecção da confiança jurídico-constitucional é uma pergunta da dogmática dos direitos fundamentais” o que todavia não invalida que “o legislador tenha de conformar as suas intervenções relativas aos direitos fundamentais através do critério da protecção da confiança” como uma justificação “objectiva” centrada nos direitos fundamentais. De forma notável, em relação à categoria dos direitos fundamentais como “pátria dogmática” do princípio da protecção da confiança, cfr. HERMANN-JOSEF BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Jus Publicum, Band 57, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 51-76, fazendo a articulação entre a dimensão de defesa (subjectiva) dos direitos fundamentais e a dimensão de prestação, relacionada com a garantia constitucional jurídico-objectiva fornecida pelo princípio do Estado social, concluindo nesta sede BLANKE que a Administração está obrigada a considerar ou tomar em conta o mandato objectivo dos direitos fundamentais nas suas decisões (cfr. p. 76) — sendo o *princípio do Estado de Direito* que, enquanto norma fundamental da protecção jurídica da confiança, constitui o “Leitmotiv” que conduz à necessidade de tomada em consideração de todas as posições dos cidadãos cuja confiança seja digna de tutela por parte dos diversos poderes estaduais, isto é, do Executivo, do Judiciário e do Legislativo (cfr. pp. 76-101, esp. p. 101).

Cfr. ainda SYLVIA CALMES, *Du principe de protection de la confiance legitime en droit allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2001. Apesar de ser uma obra francesa, a Autora analisa desenvolvidamente o direito alemão e, além de tratar (cfr. pp. 45-297) os diversos fundamentos, princípios e valores relacionados com o princípio da protecção da confiança (democracia, Estado de Direito social, segurança jurídica, direitos fundamentais e proporcionalidade) alude diversas vezes, ao longo da obra, a uma cadeia de dedução “princípio do Estado de Direito — princípio da segurança jurídica — princípio da protecção da confiança legítima”, típica do direito alemão.

⁹¹⁸ Cfr., especialmente, o seu *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 280-282, 296 e seg., 300 e seg. e 316 e também a sua tradução brasileira (*Elementos de Direito Administrativo Alemão*, trad. de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, pp. 65-86); e, ainda, “Das Vertrauensschutz...”, cit., *passim*. Vide também MICHAEL KLOSTERMANN, *Die Aufhebung...*, cit., pp. 105-144.

⁹¹⁹ A jurisprudência do BVerwG desenvolvida a propósito desta problemática orientou-se, originariamente, em torno das decisões atribuidoras de prestações pecuniárias ou em espécie (*Leistungsbescheiden*), reconduzindo outros tipos de actos a estas decisões: cfr. MAURER, “Das Vertrauensschutz...”, cit., p. 229 e seg.

⁹²⁰ Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 280-282 — mostrando como a questão da *anulação de actos favoráveis* se coloca na zona de conflito e intersecção de dois princípios jurídicos fundamentais: o *princípio da legalidade da administração*, por um lado, ao apontar para a necessidade de *repor a legalidade* e, desta forma, para a *anulação* do acto; e o *princípio da protecção da confiança*, por outro, somado à necessidade de tomar em conta a confiança dos beneficiados na *estabilidade* dos efeitos dos actos praticados pelas autoridades, reclamando a *manutenção dos actos ilegais*.

No entanto, é sobretudo no domínio da *revogação de actos administrativos favoráveis válidos* que o princípio da protecção da confiança produz os seus mais relevantes efeitos jurídicos, estando aqui afastada a relação de tensão com o princípio da legalidade que, como vimos, se faz sentir a propósito da anulação. Porque é nestes casos, em que não estamos perante decisões ilegais mas que “apenas” — o que pode não ser pouco... — se tornaram inconvenientes ou inoportunas para a satisfação do interesse público, tal como ela é perspectivada e assumida pela Administração Pública, que as funções de *clarificação* e de *estabilização* do acto administrativo maior relevo assumem embora, como já sabemos, não se possa atribuir à sua força de caso decidido, num Estado de Direito, uma validade absoluta⁹²¹. Por isso é que — tal como veio a ser consagrado na lei do procedimento administrativo alemã que trataremos de seguida — caso exista uma posição de confiança digna de tutela mas, mesmo assim, a Administração se encontre em posição de revogar o acto administrativo, terá de *indemnizar* o particular cuja confiança haja sido lesada.

O estudo da ordem jurídica alemã em relação às possibilidades, ao sentido e aos limites do acto de *revogação* — e também do de anulação — está incindivelmente ligado, como já sabemos, à sua consagração na lei do procedimento administrativo, a *VwVfg* que, na sua Terceira Parte (“O acto administrativo”) dedica o Capítulo II à “força de caso decidido do acto administrativo” (*Bestandskraft des Verwaltungsgaktes*), composto pelos §§ 43 a 52.

Sob a epígrafe “Revogação de um acto administrativo válido”, o n.º 1 do seu extenso § 49 não levanta dificuldades, uma vez que admite a livre revogabilidade dos actos administrativos desfavoráveis, a qual nunca suscitou problemas de monta: com excepção dos actos vinculados ou dos casos em que a revogação está impedida por um outro obstáculo legal, a revogação dos actos desfavoráveis está na discricionariedade da Administração. Já no seu n.º 2 é afastada a regra da livre revogabilidade dos *actos administrativos favoráveis*⁹²², só podendo a revogação de tais actos ocorrer quando se verifique uma *causa de revogação específica* o que autoriza — mas não obriga — a Administração a revogar total ou parcialmente o acto. Ou seja, a verificação de uma das causas de revogação específica aqui previstas é *condição necessária* mas não suficiente para a revogação. Foi a própria lei a

⁹²¹ Neste sentido, H. MAURER, “Das Vertrauensschutz...”, cit., p. 228. MAURER faz decorrer (*ob. cit., loc. cit.*) as aludidas funções de clarificação e de estabilização do acto administrativo da configuração deste como uma declaração vinculativa e tendencialmente duradoura do direito no caso concreto. Articulando, simultaneamente, a protecção da confiança com a *Bestandschutz*, não devendo os actos administrativos ser retirados se e na medida em que o beneficiado invoque e se possa prevalecer da protecção da confiança (cfr. “Das Vertrauensschutz...”, cit., p. 229 e seg.).

⁹²² MAURER trata (cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 316) os casos em que o acto administrativo é favorável mas tem efeitos desfavoráveis, isto é, em que favorece uma ou mais pessoas e desfavorece outro ou outros interessados, citando como exemplo típico deste tipo de actos a *autorização de construção* que favorece o dono da obra mas prejudica ou, pelo menos, perturba os direitos dos vizinhos. O Autor considera que, tal como resulta indirectamente do § 50 da *VwVfG*, a revogação e a anulação deste tipo de actos determina-se segundo os princípios e preceitos aplicáveis à revogação e anulação de *actos favoráveis*, valendo os limites que resultam do princípio da protecção da confiança mas sendo a ponderação que a Administração deve fazer mais abrangente: não apenas o interesse público e os interesses particulares um perante os outros, mas também os interesses dos terceiros afectados. O exemplo que a este respeito apresenta é o de uma autorização de construção emitida em violação dos afastamentos legalmente previstos, isto é, das distâncias mínimas exigidas entre as construções: na decisão relativa a uma eventual anulação os prejuízos sofridos pelos vizinhos podem desempenhar um papel importante, uma vez que estes afastamentos se destinam a proteger tanto o interesse público como as posições dos vizinhos.

fazer a ponderação em termos gerais e abstractos, o que determina que a possibilidade de revogação não depende de um exame específico do caso, que a Administração não tem de efectuar — podendo haver uma revogação mesmo que exista, no caso, confiança digna de tutela. Por essa razão, o n.º 6 do mesmo preceito prevê, como veremos melhor de seguida, a possibilidade do arbitramento de uma indemnização⁹²³.

Em relação às diversas causas de revogação previstas nos diversos incisos do n.º 2 (quanto a actos favoráveis em geral) e do n.º 3 (no que especificamente se refere a decisões que atribuam prestações pecuniárias ou em espécie ou sejam pressuposto de tal atribuição) elas levam a que, salvo previsão diferente numa lei especial, a revogação destes tipos de actos só seja possível quando se verifique uma delas — estando igualmente sujeita ao limite temporal fixado no n.º 4 do § 48, isto é, o acto tem obrigatoriamente de ser revogado no prazo máximo de um ano a partir do momento em que a Administração teve conhecimento do facto que lhe serve de fundamento⁹²⁴.

Reportando-nos apenas aos diversos incisos do n.º 2⁹²⁵, a revogação é possível, em primeiro lugar (inciso 1.), nos casos em que ela está prevista em regras jurídicas (legais ou regulamentares) ou em que tenha sido aposta ao acto uma *reserva de revogação* (possibilidade que decorre do § 36 da mesma lei, mais especificamente do inciso 3. do seu n.º 2), no pressuposto de que a aposição de tal reserva seja legal e que sobrevenham razões objectivas que justifiquem o seu accionamento. Em face do inciso 2. também o *incumprimento de um modo* por parte do beneficiário do acto ou o seu não cumprimento tempestivo pode determinar a revogação, embora de acordo com Maurer os *princípios da necessidade* e da *proporcionalidade* desempenhem aqui um papel importante, devendo em regra a Administração procurar a *execução coactiva do modo* e só no caso de esta não ser possível é que poderá revogar o acto⁹²⁶.

Segue-se a previsão das causas de revogação em virtude da *modificação da situação de facto* (no inciso 3.) ou *de direito* (inciso 4.) que o acto administrativo tinha por base, em relação às quais têm de se verificar *cumulativamente* os seguintes pressupostos: a Administração estaria autorizada, por causa desses factos posteriores ou com base nos novos preceitos jurídicos, a não emitir o acto; o interesse público seria gravemente posto em perigo sem a revogação; e ainda, apenas no caso de alteração dos preceitos jurídicos aplicáveis, que o beneficiário da vantagem resultante do acto ainda dela não tenha feito uso ou ainda

⁹²³ Expressamente neste sentido, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 296. Note-se que, apesar da possibilidade de revogação decorrer da lei, no caso de a situação concreta se subsumir numa das hipóteses aí previstas, Maurer admite que, uma vez que a Administração *não está obrigada a revogar* o acto, o deixe de fazer tendo em vista a protecção da confiança do administrado quando ela se mostre digna de tutela.

⁹²⁴ De acordo com WOLFF/BACHOFF/STOBER (cfr. *Verwaltungsrecht*, Band 2, cit., p. 147) esta *limitação das causas de revogação* dos actos administrativos favoráveis é feita *em nome da protecção da confiança*, articulando-a, desta forma, com o art. 14.º da *Grundgesetz* (direito de propriedade privada) e com o § 49, n.º 6, da *VwVfG*.

⁹²⁵ Seguimos aqui, no fundamental, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 297-300; e WOLFF/BACHOFF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, Band 2, cit., pp. 143-149. Mais desenvolvidamente sobre o tema, com uma análise autónoma das diversas situações reguladas nos diferentes incisos do n.º 2 do § 49 *VwVfG*, cfr. HERMANN-JOSEF BLANKE, *Vertrauensschutz...*, cit., pp. 206-224.

⁹²⁶ Cfr. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 298. Maurer dá como exemplo de uma situação em que a revogação não estará justificada a *revogação de uma autorização* de uma instalação já edificada em virtude do não cumprimento de um modo relativamente pouco importante.

não tenha recebido qualquer prestação por causa do acto administrativo em questão⁹²⁷.

Finalmente, nos termos do inciso 5., também o *interesse público urgente* é fundamento da revogação dos actos administrativos favoráveis: mais exactamente, a revogação é possível para eliminar ou evitar um grave prejuízo para o *bem comum*, causa esta que pode ser utilizada como uma espécie de "cláusula de recurso", "de salvaguarda" ou "de reserva" (*Auffangsklausel*) para o caso de não se verificar nenhuma das outras causas, funcionando como *ultima ratio* para situações extremas⁹²⁸.

A descrição relativamente longa das normas em questão justifica-se, uma vez que a *protecção da confiança* assume aqui um protagonismo decisivo, nomeadamente para o efeito de determinar quais as revogações que fazem nascer (e quais as que não fazem) para o beneficiário do acto revogado uma pretensão ressarcitória: em face do disposto no n.º 6 do mesmo § 49, há casos em que a revogação é *legítima* mas em que, todavia, ela faz nascer um direito de indemnização para o destinatário do acto que nele confiou legitimamente.

Tal não se verifica nos dois primeiros casos previstos no n.º 2 do § 49 (a reserva de revogação e o incumprimento do modo), precisamente porque não existe aí confiança digna de tutela: ou porque a reserva preveniu o interessado em relação a essa eventualidade ou porque é o seu comportamento a causa da revogação. Pelo contrário, nos outros três tipos de casos previstos no n.º 2 do § 49, em que a revogação se deve à *modificação da situação de facto* ou de *direito aplicável* ou a um interesse público imperioso (grave prejuízo para o bem comum), a confiança do interessado é digna de tutela e, por isso, o n.º 6 prevê o pagamento de uma indemnização para o ressarcir pela violação da confiança. Note-se, todavia, que esta indemnização não decorre directa e imediatamente da lei, sendo necessário, em primeiro lugar, que o interessado tenha confiado na manutenção do acto e que essa confiança se mostre digna de tutela⁹²⁹. Ao que acresce a circunstância de a indemnização — a qual é fixada pela própria Administração, embora os litígios que eventualmente daqui resultem sejam conhecidos pelos tribunais comuns e não pelos integrados na jurisdição administrativa, o que confirma o carácter pelo menos parcialmente expropriativo que a revogação nestes casos comporta⁹³⁰ — ter de ser requerida pelos interessados no prazo de um ano, não podendo nunca o montante do prejuízo patrimonial a indemnizar ser superior ao interesse do particular na manutenção do acto⁹³¹.

⁹²⁷ É aqui de mencionar a previsão, no n.º 3 do mesmo § 49, segundo a qual os actos que concedem prestações pecuniárias ou em espécie podem ser revogados se o beneficiário não utilizou a prestação ou não cumpriu o modo que lhe está acoplado, regra que é válida para uma série de subvenções. Note-se que, em relação à modificação da situação de facto, WOLFF/BACHOFF/STOBER referem (*Verwaltungsrecht*, Band 2, cit., p. 145) o *desaparecimento posterior* dos pressupostos do acto.

⁹²⁸ Neste sentido, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 300 — dando o exemplo de um construtor que já iniciou a edificação e em que, se tal se mostrar justificado, a autorização de construção poderá ser ainda revogada sob os pressupostos deste inciso 5.

⁹²⁹ Sobre os *pressupostos da protecção da confiança* e a necessidade de fazer uma análise em três diferentes graus (averiguando, primeiro se o beneficiado confiou realmente na existência do acto; em segundo lugar, avaliando em que medida essa confiança do beneficiado é digna de protecção; e, por último, determinando se a confiança digna de protecção prevalece em face do interesse público), cfr. MAURER, "Das Vertrauensschutz...", cit., p. 245 e seg.

⁹³⁰ Neste sentido, *vide* MAURER que, ao pronunciar-se sobre o direito de indemnização aqui em discussão, considera que ele deve ser avaliado como um direito à indemnização *de uma expropriação* ou *pelo sacrifício* motivado por razões de interesse público ou bem comum: cfr. "Das Vertrauensschutz...", cit., pp. 253-255.

⁹³¹ As duas últimas exigências decorrem da remissão feita pelo n.º 6 do § 49 para os incisos 3 a 5 do n.º 3 do § 48.

Em face dos diferentes graus de tutela que a lei de procedimento administrativo alemã concede à confiança na manutenção ou estabilidade dos (efeitos dos) actos administrativos — em função, também, do tipo de acto administrativo em questão — é possível distinguir diferentes *níveis de intensidade* de tal protecção: uma *protecção plena da confiança* que vigora nomeadamente nos casos em que se proíbe a anulação de actos administrativos válidos e nas situações de revogação de actos administrativos favoráveis fora das hipóteses enunciadas no n.º 2 do § 49; uma *protecção compensatória da confiança* verificada quando os actos administrativos só podem ser retirados mediante indemnização ou compensação económica do sacrifício, em virtude da produção de um dano efectivo na confiança digna de protecção, notando-se nestes casos uma possibilidade relativamente ampla de revisão dos actos e uma correlativa maior flexibilidade do sistema administrativo (estamos aqui perante as situações reguladas no n.º 3 do § 48, em que os actos administrativos são anulados na ausência dos requisitos previstos no n.º 2 e os casos, por nós analisados com mais pormenor, disciplinados nos incisos 3 a 5 do n.º 2 do § 49, de acordo com o previsto no n.º 6 do mesmo § 49); e, finalmente, uma *protecção aberta da confiança* sempre que a Administração pode anular ou revogar um acto administrativo no exercício do seu poder discricionário sem estar obrigada a indemnizar os particulares afectados por tal revisão, o que não invalida que a protecção da confiança que o interessado eventualmente possua na manutenção do acto não possa ser tomada em conta pela Administração (estando em causa as situações reguladas nos n.ºs 1 dos §§ 48 e 49 e, também, nos incisos 1 e 2 do n.º 2 do § 49, isto é, dos actos favoráveis praticados sob reserva de revogação ou em que houve incumprimento de um modo)⁹³².

A terminar esta breve resenha do tema da protecção da confiança, não poderemos deixar de ligar os desenvolvimentos legislativos e dogmáticos alemães ao direito da Comunidade Europeia⁹³³, não apenas por a protecção da confiança ser um limite que muitas vezes tem constituído uma das traves-mestras de orientação da jurisprudência comunitária, mas também por a inspiração no direito alemão parecer ser evidente, como destacam tanto autores alemães⁹³⁴ como mestres oriundos de outros ordenamentos quando aludem à conversão por parte do TJCE do *principio da confiança legítima* (protecção da confiança), a partir do

⁹³² Sobre estes três diferentes níveis de intensidade da protecção da confiança (*die intensität des Vertrauensschutzes*), que são, respectivamente, os casos de *vollständigen Vertrauensschutz* (protecção plena da confiança), as situações de *Kompensatorischen Vertrauensschutz* (protecção compensatória da confiança) e as hipóteses de *offenen Vertrauensschutz* (protecção aberta da confiança), cfr. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 129-131.

⁹³³ Referimo-nos à “Comunidade” e usamos o adjectivo “comunitário” — tanto aqui como nas páginas subsequentes — uma vez que temos em mente o estado da questão num momento histórico anterior à nova conformação da União Europeia, por via do Tratado de Lisboa.

⁹³⁴ Cfr., desenvolvidamente e por todos, KYRILL-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip...*, cit. — o qual conclui (cfr. pp. 404-408) que foi sendo acolhido na jurisprudência comunitária um princípio geral de direito (comunitário ou europeu) de protecção da confiança, relevante nomeadamente no que toca à revisão de actos concessores de auxílios financeiros e que para o Tribunal de Justiça é relevante, em particular, enquanto princípio de integração das lacunas nas ordens jurídicas internas dos Estados membros, sobretudo daqueles nos quais a protecção da confiança não está constitucionalmente consagrada. Um dos anexos apresentados por KYRILL-A. SCHWARZ do seu livro refere-se às decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades sobre o princípio da protecção da confiança (cfr. pp. 609-628).

direito alemão, num *princípio geral de direito da União Europeia*⁹³⁵.

Seguindo as opiniões de alguma doutrina sobre o tema⁹³⁶ deve destacar-se, desde logo — e como não poderia deixar de ser, por estar em causa um regime que, à imagem do que tantas vezes aconteceu no direito comunitário resultou, antes de mais, da jurisprudência do Tribunal de Justiça — o facto de a afirmação do princípio da protecção da confiança resultar de uma análise casuística que foi sendo estabelecida e amadurecida ao longo dos anos em sucessivos arestos, primeiro do Tribunal de Justiça e, desde a sua criação, também pelo Tribunal de Primeira Instância⁹³⁷, no desempenho de uma função quase normativa, sobretudo pela influência que teve na aproximação e unificação dos regimes dos Estados membros sobre a mesma matéria. Os acórdãos em questão e a doutrina que sobre eles se tem debruçado confirmam, em termos lapidares, a influência germânica na afirmação do princípio da protecção da confiança (legítima).

Apesar de, em termos materiais, tal jurisprudência se destacar, sobretudo, ao nível da instituição do Mercado Comum e da Função Pública europeia, ela é de tal forma copiosa e abrangente que, naturalmente, se alargou a muitos outros domínios, na tentativa de permitir o equilíbrio possível entre a pluralidade de mercados com diferentes opções económico-financeiras e o estabelecimento de um regime tendencialmente unitário na Comunidade. A generalização do recurso ao princípio para proteger as posições jurídicas dos interessados cuja confiança tivesse sido violada pelas instituições comunitárias ou pelas autoridades administrativas nacionais levou à sua consolidação na jurisprudência do TJCE no sentido da sua afirmação quer em termos subjectivos — como uma das *regras superiores da ordem jurídica comunitária na protecção dos direitos individuais* — quer numa perspectiva objectiva — enquanto *princípio fundamental da Comunidade*⁹³⁸.

Em todo o caso, e à imagem daquilo que vimos suceder na ordem jurídica alemã, não houve um acolhimento do princípio da protecção da confiança em termos absolutos por parte das instâncias judiciais comunitárias: na verdade, o que se tem verificado é a sua admissão e prevalência no ordenamento jurídico europeu de forma prudente, com rigor e exigência na averiguação dos requisitos que têm de se verificar para que a protecção, nos casos concretos postos à apreciação dos tribunais, seja digna de tutela e, nessa medida,

⁹³⁵ Cfr., em Espanha, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, Tomo I, cit., p. 662; e CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., p. 163 e segs.

⁹³⁶ Baseamo-nos, fundamentalmente, nas obras de JÜRGEN SCHWARZE (*Europäisches Verwaltungsrecht — Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, Band II, pp. 911-1133, especialmente pp. 1116-1133) e de CASTILLO BLANCO (*La protección de confianza...*, cit., pp. 163-199).

⁹³⁷ CASTILLO BLANCO (*ob. cit., loc. cit.*) vai dando nota, ao longo da sua análise, de alguns dos arestos mais relevantes lavrados nesta sede pelo Tribunal de Justiça, apresentando numerosíssimos exemplos de acórdãos deste tribunal também do Tribunal de Primeira Instância.

⁹³⁸ Sem todavia mencionar esta perspectiva ou coloração subjectiva e objectiva, CASTILLO BLANCO (*La protección de confianza...*, cit., p. 170) refere estas duas denominações dadas ao (à importância do) princípio da protecção da confiança legítima na fase que designa como de “consolidação” do princípio na jurisprudência do TJCE, invocando respectivamente os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1975 (Processo 78-84, Deuka contra Einfuhr) e de 5 de Junho de 1973 (Processo 81-72, Comissão contra Conselho). Considerando que este recurso conduziu ao “reconhecimento explícito do alcance e vigor do citado princípio como um dos pilares básicos dos Tratados constitutivos com vigência, portanto, no desenvolvimento da acção dos operadores económicos e dos órgãos comunitários, abrindo também a via da questão prejudicial” (*ob. cit.*, p. 171).

relevante — nomeadamente por forma a evitar a “petrificação” do direito e das decisões administrativas que aplicam o princípio. Também no ordenamento comunitário se faz notar a tensão entre as exigências da legalidade e as da segurança jurídica e a tentativa da sua harmonização ou concordância prática, com vista à plena realização de um Estado de Direito.

De acordo com algumas tendências que foram sendo afirmadas na jurisprudência comunitária — nomeadamente a necessidade de o prejuízo causado aos direitos dos interessados dever ter um carácter *imprevisível*, isto é, as novas disposições ou determinações entrarem em vigor de forma imediata e sem anúncio, sem regime transitório nem compensatório; a exigência de um direito adquirido ou um interesse legítimo digno de tutela, sendo valorizável a aceitação de obrigações irrevogáveis em relação a terceiros; e a ausência de um interesse público inderrogável ou peremptório — a doutrina pôde sintetizar ou deduzir algumas das notas ou requisitos fundamentais cuja verificação se exige para que se admita ou atribua relevo à (ao princípio da) protecção da confiança. Esses requisitos são principalmente a inexistência de um conflito entre a confiança e um *interesse público peremptório* ou *inderrogável* e a actuação do interessado como um operador (económico) prudente. Todavia, em termos mais desenvolvidos, tais requisitos podem reconduzir-se fundamentalmente aos seguintes aspectos⁹³⁹:

– existência de uma acção das autoridades públicas (em princípio comunitárias) que justifique as legítimas expectativas dos interessados, obrigando tais autoridades a respeitar a intangibilidade dos actos que praticaram e que afectem outros sujeitos (pode até tratar-se de medidas ilegais);

– a confiança do interessado tem de ser digna de protecção, sendo abrangidos não só direitos subjectivos mas também interesses legítimos e, nalgumas situações, mesmo meras expectativas jurídicas;

– em face da reconhecida dimensão ou valência objectiva do princípio, as expectativas eventualmente dignas de tutela têm de ter uma dimensão objectiva, devendo ser “esperanças fundadas” não contrárias ao direito comunitário (o que leva à exclusão da tutela por exemplo nos casos em que o interessado tinha conhecimento da ilegalidade da medida, sabia que a decisão não estava completa ou que eram previsíveis alterações legislativas ou de outro tipo);

– por último, mas não em último lugar, é necessário que na citada valoração, balanço ou ponderação dos interesses do afectado com o interesse público em presença este último não seja preponderante, o que se verifica designadamente quando estamos face a um “interesse público peremptório” ou “inderrogável” que reclama a aplicação da medida ou da disposição em causa e que prevalece sobre a tutela da confiança, nomeadamente por forma a evitar que esta última implique uma “petrificação” do ordenamento jurídico.

Estas tendências afirmadas na jurisprudência do TJCE sobre a protecção da confiança influenciaram decisivamente os traços mais característicos da mesma jurisprudência em relação à *revogação de actos administrativos*⁹⁴⁰ — em especial dos actos administrativos comu-

⁹³⁹ Cfr. JÜRGEN SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 921-925 e CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., pp. 183-187.

⁹⁴⁰ Devendo assinalar-se que desde a Sentença *Algera*, de 12 de Julho de 1957 (Processos conjuntos 7/56,

nitários, mas também de outros actos administrativos que, de alguma forma, tocam o direito europeu, por forma a que a questão seja suscitada perante a jurisprudência comunitária. De entre esses traços contam-se⁹⁴¹, também aqui, a grande importância da *análise casuística*, revelando os obstáculos e os receios em estabelecer neste domínio tão sensível regras de aplicação geral; as dificuldades terminológicas que vimos suscitarem-se em todos os ordens jurídicos nacionais, sem excepção da nossa (e que conduzem a que, muitas vezes, se recorra a um conceito muito amplo de revogação, ao nível comunitário, onde se subsumem situações que, no rigor dos conceitos, são de anulação administrativa); a diferença de regime entre a revogação de actos administrativos *favoráveis* e *desfavoráveis* (funcionando também aqui, pelo menos, a *tendência* para a admissibilidade geral da revogabilidade dos actos desfavoráveis e da *irrevogabilidade dos actos favoráveis legais*); a circunstância de não haver regras estritas quanto ao *prazo* de anulação e de revogação, as quais devem ocorrer dentro de um *prazo razoável*, requisito também analisado casuisticamente pelo TJCE⁹⁴²; a grande

e 3/57 a 7/57), se reconhecem com carácter geral os poderes de revisão dos actos da Administração europeia, embora neste caso concreto se tratasse da *anulação* de um acto administrativo criador de direitos (uma nomeação): na linha da admissibilidade, em todos os Estados membros, da “revogabilidade” (mais exactamente, da possibilidade de anulação) de um acto administrativo viciado pela sua ilegalidade, o Tribunal admitiu que, também à luz do direito comunitário, o acto ilegal pode ser anulado dentro de “um prazo razoável”.

⁹⁴¹ Seguimos aqui, no essencial, XABIER ARZOS SANTISTEBAN, “La revocación de los actos administrativos comunitarios en la jurisprudencia comunitaria”, in: F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., Tomo II, pp. 1625-1663 (especialmente pp. 1635-1662, onde trata as regras da revogação na jurisprudência comunitária). O Autor mostra (cfr. p. 1626 e seg.) como, apesar de recorrer a elementos das ordens jurídicas dos diversos Estados membros, o ordenamento comunitário levou a cabo a sua própria articulação entre os princípios e interesses contrapostos na revogação dos actos administrativos, corporizada numa *visão autónoma* do valor relativo de cada um deles, também justificada pelas características próprias dos sujeitos das relações de direito comunitário (a Administração comunitária e os destinatários dos actos administrativos). Visão autónoma concretizada no carácter essencialmente *dinâmico* da jurisprudência comunitária, tanto mais importante quanto a regulação comunitária nesta sede é de criação jurisprudencial, criação iniciada bastante cedo, o que permite já um certo grau de desenvolvimento e de consolidação das soluções alcançadas.

⁹⁴² O requisito de que a revogação se produza dentro de um “prazo razoável” tem merecido profuso tratamento doutrinal, seguindo a tendência jurisprudencial para a citada análise casuística, isto é, atendendo às circunstâncias concretas do caso. O recurso a este conceito indeterminado pela jurisprudência comunitária justifica-se nomeadamente em face das divergências apresentadas nas legislações dos diversos Estados membros e que permitem, assim, uma valoração diferenciada consoante o tipo de acto de que se trate e as especificidades do caso posto à consideração do Tribunal. Cfr., entre outros, CASTILLO BLANCO (*La protección de confianza...*, cit., p. 179 e 182). Entre nós, sobre os problemas levantados pelo prazo nacional máximo de um ano para a anulação e para a revogação de actos administrativos e o facto de o Tribunal de Justiça decidir a revisão de actos de subvenção para lá de tal prazo, cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, “Revogação...”, cit., pp. 37-39.

Note-se que em Portugal a questão não tem estado arredada dos nossos tribunais, nomeadamente do Tribunal Supremo da justiça administrativa — em concreto ao nível da revisão dos actos de atribuição de subsídios ou ajudas de Estado ou da União Europeia e da aplicabilidade ou não dos prazos de “revogabilidade dos actos inválidos” (anulação) previstos no art. 141.º do CPA. Antes de mais, esclareça-se que, de acordo com a mesma jurisprudência, os actos em apreço se inscrevem no âmbito do nosso objecto de estudo: citando, por todos, o Acórdão do STA de 20.10.2004 (Proc. n.º 0301/04), os actos de concessão de ajudas comunitárias são *actos constitutivos de direitos* e, como tal, estão à partida “sujeitos ao regime de revogação de actos administrativos constante do art. 141º do CPA, nos termos do qual os actos administrativos inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso”.

Em relação às questões concretas que têm sido decididas veja-se, a título exemplificativo, o Acórdão do STA de 15.01.2002 (Proc. n.º 042183) onde estão em causa despesas de formação participadas pelo FSE e pelo Estado Português e o facto de a certificação da exactidão factual e contabilística não poder contentar-se com uma pura verificação técnica das despesas efectuadas pelo beneficiário da contribuição, sendo necessário verificar que

importância dada à *ponderação de interesses* ou tentativa de *conciliação* ou *harmonização* entre o princípio da legalidade (e o interesse que ele reclama em retirar do ordenamento os actos ilegais) e o *princípio da segurança jurídica* (e a correspondente defesa dos interesses dos particulares na manutenção dos actos), também a efectuar de forma casuística; as diferenças entre a “revogação” (anulação) *ex tunc* e *ex nunc* (revogação propriamente dita), em função da ponderação casuística dos interesses em jogo.

E ainda — sendo estas as pretensas “especificidades” da jurisprudência comunitária que mais nos interessa sublinhar — a normal prevalência, neste jogo de ponderações, da *confiança legítima do interessado*, isto é, do *princípio da protecção da confiança legítima* conduzindo a que, em muitos casos, se substitua ao princípio da ponderação de interesses⁹⁴³. O que determina a necessidade de refrear a tendência para se falar aqui de uma regra

elas têm um carácter “razoável” e que aquele fez prova de uma “boa gestão financeira”. Neste âmbito, o Estado-membro pode efectuar uma reanálise posterior do pedido de pagamento e a análise, feita para além dos 10 meses a contar do fim das acções não deve ser entendida como uma revogação da certificação anteriormente feita, mas como o exercício de um poder conferido por uma Decisão comunitária, ou seja, “como a reformulação de um acto precário por natureza”. Em todo o caso, em arestos subsequentes o STA não afasta a aplicação do prazo de 1 ano previsto no art. 141.º do CPA a actos de “revogação anulatória” (devoluções de ajuda comunitária), por se tratar da “revogação de um acto constitutivo de direitos”, uma vez que “os poderes de controlo conferidos à Comissão Europeia e os limites temporais estabelecidos” em regulamentos comunitários “*não contendem com os prazos de revogação fixados pelas leis internas de cada Estado-membro*” (Acórdão do STA de 17.02.2004, Processo n.º 01572/02; itálico nosso) — jurisprudência fundada em arestos anteriores, nos mesmos termos, como no Acórdão do STA de 12.12.2002 (Proc. n.º 0328/02), a propósito da atribuição de ajudas comunitárias à importação de carne de suíno para abastecimento das regiões autónomas da Madeira e dos Açores, consideradas actos “constitutivos de direitos”, sendo *revogatório* o acto posterior em que se ordena a reposição parcial de ajudas entregues, decidindo-se que “Os poderes de controle concedidos às autoridades nacionais e o prazo por que o mesmo pode ser exercido *não contendem com o regime interno de revogação de actos ilegais*” (itálico nosso).

Todavia, em acórdãos posteriores sente-se alguma flutuação na jurisprudência do STA, reafirmando-se a prevalência dos prazos comunitários nesta sede estabelecidos. Assim, por exemplo no acórdão de 06.10.2005 (Processo n.º 02037/2) considera-se que os valores de estabilidade e confiança protegidos pelo n.º 1 do art. 141.º do CPA “não são exclusivos da ordem jurídica interna”, para além de esta norma não distinguir regimes temporais diferenciados para a revisão dos actos consoante as cambiantes presentes na génese do acto ou os componentes adequados aos valores em presença necessitados de ponderação. Tendo por base a aplicabilidade obrigatória e imediata das normas contidas em regulamentos comunitários, o Supremo Tribunal conclui: “No contexto exposto tem de prevalecer a norma comunitária, afastando a aplicação do art.º 141.º n.º 1 do CPA, como consequência do primado do direito comunitário (...). No caso das ajudas comunitárias à comercialização de vinho o prazo de realização dos controlos e de revogação é estabelecido pelo artigo 19.º do Regulamento Comunitário 2238/93 da Comissão, de 26/7 (em cinco anos), sem prejuízo de prazo mais longo da lei nacional, pelo que, como esta aponta um prazo de 10 anos, é este aplicável”. Jurisprudência confirmada noutras decisões, indo mesmo ao ponto de se declarar que “O regime de revogação dos actos administrativos inválidos, previsto no artigo 141 do CPA, é inaplicável no domínio das ajudas à destilação de vinho referente à campanha de 1991/92, nos termos do regulamento (CEE) n.º 2384/91, da Comissão, de 31.7.91, quando esteja em causa o controlo *a posteriori* dos documentos comerciais do destilador beneficiário, efectuado nos termos do regulamento (CEE) n.º 4045/89 do Conselho (...) (acórdão de 2.2.2006, Proc. n.º 0661/05) — e, nos mesmos termos, no Acórdão de 9.9.2004 (Processo n.º 0856/08), ou no de 21.10.2010 (Processo n.º 0737/10), onde se determina expressamente a não aplicabilidade do prazo de revogação do n.º 1 do art. 141.º do CPA.

De acordo com o Acórdão de 7.5.2008 (Proc. n.º 0901/07) pode ler-se que a *inaplicabilidade do prazo fixado no art. 141.º*, do CPA, à “revogação das ajudas comunitárias atribuídas ao abrigo do direito comunitário” constitui “a jurisprudência mais recentemente consolidada deste Supremo Tribunal Administrativo”, citando-se nesse sentido os Acórdãos do STA de 3.5.07, Proc.º n.º 1775/02 (Pleno), de 29.3.2007, Proc.º n.º 661/05, (Pleno), de 15.11.2006, Proc.º n.º 346/06, de 19.9.2006, Proc.º n.º 1038/05, de 6.12.2005, Proc.º n.º 328/02 (Pleno) e de 20.10.2004, Proc.º n.º 328/02.

⁹⁴³ Cfr. XABIER ARZOS SANTISTEBAN, “La revocación...”, cit., pp. 1649-1656.

de *livre revogabilidade* dos actos, em função do respeito devido ao princípio da protecção da confiança⁹⁴⁴.

Todavia, ao tratarmos a evolução dogmática, jurisprudencial e legal tendente ao reconhecimento de mais, maiores e mais aprofundados limites à revogação dos actos administrativos, não podemos de forma alguma ignorar o direito administrativo francês, que também fornece relevantes contributos nesta sede⁹⁴⁵.

Em termos jurisprudenciais, destaca-se sem dúvida o aresto que ficou conhecido por “Dâme Cachet” e que ainda hoje representa um marco incontornável no tratamento destas questões: apesar de se reportar directamente ao tema da *anulação administrativa* e não ao da sua revogação, fixou elementos decisivos em relação aos *actos constitutivos de direitos*. A ideia central extraída deste acórdão do *Conseil d'État* de 3 de Novembro de 1922⁹⁴⁶ é a de que a *Administração não pode retirar um acto individual criador de direitos* a não ser no caso em que ele seja ilegal e durante o prazo do recurso por excesso de poder (já ao tempo, dois meses a contar da data de notificação ou publicação do acto). Nesta decisão — em que estava em causa a aplicação de uma lei que isentava alguns arrendatários do pagamento das suas rendas, sendo os proprietários indemnizados pelo Estado — o *Conseil d'État* anulou um acto administrativo ministerial que negava a indemnização à Senhora Cachet, porque ele atentava ilegalmente contra os direitos que para ela resultavam de uma

⁹⁴⁴ Que conduz por exemplo o Autor que temos vindo a seguir (XABIER ARZOZ SANTISTEBAN, “La revocación...”, cit., pp. 1660-1662) a defender soluções engenhosas que passam pela defesa de uma revogação anulatória de actos ilegais *ex tempore futuro*, com disposições transitórias, articulada com o reconhecimento jurisprudencial da função das disposições transitórias como meio adequado para a garantia do princípio da protecção da confiança em relação à revogação de regulamentos. Sobre o afastamento, tanto pelo direito constitucional alemão como pelo *direito comunitário*, da antiga regra da livre revogação (e anulação) dos actos administrativos e a correlativa *intensificação da protecção da confiança*, cfr. WOLFF/BACHOFF/ STOBER, *Verwaltungsrecht*, Band 2, cit., p. 133.

⁹⁴⁵ Em termos da sistemática que estamos a seguir, importa aqui voltar ao estudo citado de SYLVIA CALMES (cfr. *Du principe de protection de la confiance...*, cit., *passim*). A Autora reconhece, na sua obra, o *protagonismo do direito alemão ao nível do princípio da protecção da confiança*, bem como o facto de representar a inspiração fundamental do direito comunitário em relação à mesma temática. Todavia, salienta também que o essencial *subjectivismo* que o princípio da protecção da confiança assume (cfr. pp. 299-479) em sistemas jurídicos subjectivistas como o alemão e o suíço — nomeadamente pela relação destacada, no ordenamento alemão, com a problemática dos direitos fundamentais — torna a sua transposição para a ordem jurídica francesa numa “transposição perigosa” (cfr., em especial, pp. 483-485), nomeadamente devido ao protagonismo que a concepção objectiva ou objectivista continua a assumir no direito público francês e ao facto de este direito ser um direito essencialmente “fixo”. Daí que se pronuncie no sentido de uma “tomada em conta pontual dos interesses da confiança — sob um ângulo objectivo ou subjectivo” — a qual permite “dissimular algumas lacunas do nosso direito positivo em matéria de protecção dos particulares, sem todavia integrar um princípio geral cuja lógica lhe é estranha e cujo impacte concreto seria, por consequência, sem dúvida muito reduzido e assim evitar pôr em causa as outras construções do sistema”, tanto mais que o essencial da “ratio legis” do princípio existe já no direito francês, cujos juízes, Administração e legislador têm respondido às exigências da segurança jurídica subjectiva por intermédio de uma panóplia diversa e variada de outros mecanismos como a protecção dos direitos fundamentais, a exigência de proporcionalidade, a teoria da responsabilidade administrativa, a teoria dos funcionários de facto, a não retroactividade dos actos administrativos ou ainda (sobretudo, diríamos nós) através das regras da anulação e da revogação (cfr. p. 663). Em suma: apesar da ausência (formal) dos princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica e da protecção da confiança nos textos legais e na jurisprudência franceses eles não foram, de forma alguma, ignorados na respectiva ordem jurídica, atingindo-se o mesmo “clima” de previsibilidade ou estabilidade subjectiva por outros caminhos e formas, devendo o princípio da protecção da confiança ser visto como um princípio explicativo, interpretativo e inspirador de uma série de disposições diversas e esparsas do direito.

⁹⁴⁶ Cujo texto, com as conclusões do Comissário de Governo, M. RIVET, pode ser por exemplo consultado na *R.D.P.*, Tomo 39 (xxxix^e année), 1922, pp. 552-561.

decisão anterior, adoptando uma posição de princípio sobre o problema da *anulação* dos *actos criadores de direitos* que, por muitos anos (em parte ainda hoje, como dissemos), constituiu o princípio fundamental nesta matéria. De acordo com tal princípio, nos casos em que um acto administrativo criador de direitos está ferido por uma ilegalidade que possa determinar a sua anulação contenciosa, os ministros podem pronunciar oficiosamente a anulação, mas apenas dentro do prazo em que os recursos contenciosos são admissíveis, poder que se estende ainda, nos casos em que o recurso já tenha sido interposto, até à decisão do *Conseil d'État*. Procurou-se assim, na jurisprudência *Dame Cachet* — e de acordo com as mencionadas conclusões de M. Rivet — *compatibilizar as exigências contraditórias colocadas a propósito da anulação dos actos criadores de direitos*: por um lado permitir à Administração o controlo e a eventual anulação dos seus actos ilegais; por outro garantir a *estabilidade das decisões administrativas* e o *carácter irrevogável dos direitos nascidos das decisões das autoridades competentes*, embora seja este último desígnio que sobretudo sai garantido, uma vez que o acto só pode ser retirado no período de tempo limitado em que ainda não adquiriu inopugnabilidade⁹⁴⁷.

Desde este aresto fixou-se assim o princípio da possibilidade de rever ou “retirar” todas as decisões que não conferem direitos e da possibilidade de apenas anular as decisões *inválidas* que confirmam direitos dentro do prazo de recurso ou, no caso de haver um recurso contencioso pendente, até à sua decisão. Isto é: a anulação administrativa de um acto ilegal é possível enquanto for possível a sua anulação contenciosa⁹⁴⁸.

Apesar de ter sido na decisão *Dame Cachet* que ficaram definidos os princípios fundamentais nesta sede, uma série de acórdãos emblemáticos do *Conseil d'État* se seguiram, ao longo dos anos. Uma vez que o *Dame Cachet* apenas se aplicava a decisões expressas, assumiu grande destaque a decisão *Ève*, a qual considerou impossível a anulação de decisões “implícitas” (correspondentes aos nossos actos *tácitos* ou *silentes*), excepto nos casos em que a decisão se materializa em algum documento ou em que sejam tomadas medidas de informação posteriormente à sua formação⁹⁴⁹; e o acórdão *Ternon*⁹⁵⁰, cuja importância é bem evidenciada num escrito em que Yves Gaudemet alude à opinião de alguns autores segundo os quais foi este “o primeiro grande acórdão do século XXI” ou que se questionam

⁹⁴⁷ A importância deste acórdão é bem expressa nas palavras de Maurice Hauriou, o qual, de acordo com MORAND-DEVILLER (cfr. *Cours...*, cit., p. 383), o considerou “um dos exemplos mais claros do poder criativo do Conselho de Estado”.

⁹⁴⁸ Na parte mais relevante, é o seguinte o texto da decisão: “Considerando que, de uma maneira geral, se pertence aos ministros, quando uma decisão administrativa que tenha criado direitos esteja ferida de uma ilegalidade que determine a sua anulação pela via contenciosa, pronunciar eles próprios, oficiosamente, essa anulação, eles só o podem fazer enquanto os prazos do recurso contencioso não tenham expirado”.

⁹⁴⁹ Acórdão do *Conseil d'État* de 14 de Novembro de 1969, cujo texto pode ser compulsado em *AJDA*, 1969, p. 684. Posteriormente, o art. 23.º da Lei de 12 de Abril de 2000 esclareceu a questão problemática tratada no acórdão “Ève” ao admitir a anulação de decisões de deferimento tácito ilegais no prazo de 2 meses a contar da data da sua formação, desde que nenhuma medida de informação dos terceiros tenha sido tomada, permitindo ainda a anulação durante a instância no caso de interposição de um recurso contencioso.

⁹⁵⁰ Acórdão do *Conseil d'État* de 26 de Outubro de 2001. Sobre este acórdão cfr. “Le découplage du retrait et du recours — Conseil d'État, Assemblée, 26 octobre 2001, *Ternon*”, *RFDA*, n.º 1, Janvier-février 2002, com conclusões do Comissário do Governo François Séners (pp. 77-86), o texto da decisão (pp. 86-87) e uma nota de PIERRE DEVOLVÉ (pp. 88-94).

se ele "não é chamado a substituir-se à célebre decisão *Dame Cachet* de 1921 na fachada das grandes decisões do direito administrativo"⁹⁵¹. Na decisão *Ternon* fixou-se jurisprudência no sentido de a Administração (só) poder anular uma decisão expressa criadora de direitos (o acórdão só se aplica a estes casos) ilegal no *prazo de quatro meses* a seguir à tomada de decisão, em termos de uma *fixação uniforme do prazo*. Em termos textuais: "(...) sob reserva de disposições legislativas ou regulamentares contrárias, e fora dos casos em que é satisfeita uma pretensão do beneficiário, a Administração só pode retirar uma decisão individual criadora de direitos, se ela for ilegal, dentro do prazo dos quatro meses posteriores à prática dessa decisão".

As posições doutrinárias em torno deste último aresto são contraditórias: por exemplo Pierre Devolvé, no citado comentário ao acórdão⁹⁵², saúda o novo equilíbrio entre as exigências da legalidade e as da segurança jurídica, passando estas pela *protecção dos direitos adquiridos* que deixam de ser ameaçados pelas insuficiências da publicidade (já que, após o prazo de quatro meses posterior à decisão, o beneficiário fica ao abrigo da anulação administrativa oficiosa⁹⁵³); já Yves Gaudemet, pelo seu lado, critica tanto o facto de o acórdão ter um alcance ou cariz normativo (que o aproxima de um regulamento) como as suas consequências práticas, considerando que ele veio complicar imenso a questão da anulação dos actos administrativos, pois desdobra-se em múltiplas soluções, representando exactamente "o contrário de uma unificação do direito da anulação dos actos administrativos ilegais"⁹⁵⁴.

Com base nestes e noutros arestos e nas suas próprias construções, a doutrina francesa pôs de pé um forte edifício de elaboração dogmática relativa ao tema da anulação e da revogação dos actos administrativos, com grande protagonismo das categorias dos *direitos adquiridos* e dos *actos criadores de direitos*, surgindo o *carácter constitutivo de direitos* como a *causa da irrevogabilidade* do acto (e não sua consequência, nem consequência da incompetência revogatória da Administração)⁹⁵⁵.

⁹⁵¹ Cfr. YVES GAUDEMET, "Faut-il supprimer l'arrêt Ternon?", *AJDA*, 16 de Setembro de 2002, pp. 738-739 (as últimas palavras, citadas por Gaudemet, são de Jean-Bernard Auby).

⁹⁵² Cfr. *supra*, nota 950.

⁹⁵³ Cfr. *RFDA*, cit., p. 91; dizemos "oficiosa", uma vez que a legalidade do acto em questão pode ainda ser posta em crise, após o prazo de quatro meses, por iniciativa de terceiros ou do próprio beneficiado pelo acto.

⁹⁵⁴ Cfr. YVES GAUDEMET, "Faut-il supprimer l'arrêt...", cit., p. 738 e seg. A leitura da "nota" de P. DEVOLVÉ confirma em parte as críticas de Gaudemet, quando aquele analisa os limites da decisão jurisdicional em apreço (cfr. pp. 91-94), limites esses que se reportam tanto à *natureza do acto* (ele cobre apenas as *decisões individuais*, com exclusão das regulamentares; formalmente, refere-se apenas às *decisões expressas*) como aos *efeitos do acto* (respeita apenas a *actos criadores de direitos*), como aos *textos* aplicáveis (na medida em que a decisão reserva as disposições legais e regulamentares que contenham um regime de anulação especial) e ainda aos *limites relativos ao beneficiário* (já que estão reservados os casos em que o beneficiário do acto requeira a anulação, que podem ser anulados para lá do prazo de quatro meses).

⁹⁵⁵ Neste sentido, ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação...*, cit., pp. 93-96. Apesar de reconhecer que o conceito de acto constitutivo de direitos tem como única utilidade, no nosso sistema jurídico, a determinação das condições de revogabilidade de um acto administrativo, o Autor sublinha a fortíssima relação entre os temas da *revogabilidade dos actos* e o dos *actos constitutivos de direitos* na doutrina francesa, que muitas vezes a leva a cair num círculo vicioso de considerar constitutivo de direitos o acto irrevogável, só por ser irrevogável e não constitutivo de direitos o acto revogável, só porque revogável, referindo desta forma o conceito de "direitos" apenas à conservação (ou irrevogabilidade) do acto e ao interesse nessa conservação. ROBIN DE ANDRADE considera este raciocínio um "perigoso erro", citando como exemplos de tal concepção a de MARCEL WALINE (*Droit Administratif*, 9.ª ed., Paris, Sirey,

A grande influência que a temática dos *actos constitutivos de direitos* produz sobre o instituto da revogação é facilmente perceptível se tivermos em conta a circunstância de o acto revogatório estar estreitamente ligado ao acto que se pretende revogar, projectando-se desta forma as características específicas do acto revogando sobre as possibilidades de revogação que assistem (ou não) à Administração.

Na doutrina e na jurisprudência francesas da segunda metade do século XX reconheceu-se um princípio de intangibilidade dos actos administrativos (dos “actos não regulamentares”, por oposição a um princípio de revogabilidade dos regulamentos, uma vez que ninguém pode ter um direito à manutenção de um regulamento) o qual, apesar de conhecer diversas excepções, se mostra particularmente firme no domínio dos actos constitutivos de direitos. Firmeza com fundações na própria Constituição francesa de 1958, uma vez que o *Conseil d'Etat* considera que o princípio da intangibilidade dos efeitos das decisões criadoras de direitos está incluído no domínio da lei em virtude do art. 34º da Constituição⁹⁵⁶. Deve todavia sublinhar-se, com Constantin Yannakopoulos, que mais do que a intangibilidade dos actos constitutivos está em causa a *intangibilidade dos efeitos individuais dos actos administrativos*⁹⁵⁷: os direitos só se tornam adquiridos pelo seu exercício, pela sua materialização no tempo, vindo a reportar-se a uma *situação adquirida* pelo exercício das faculdades abertas por um acto jurídico ganhando, desta forma, autonomia face ao acto administrativo que o fundou⁹⁵⁸; trata-se, no fundo, do *direito a uma situação adquirida* que o juiz decide subtrair à influência de modificações jurídicas supervenientes.

De acordo com a linha seguida em geral pela doutrina francesa, afirmou-se, portanto, o princípio da intangibilidade dos (efeitos ou das situações criados por) actos administrativos — no sentido de obstaculizar a possibilidade da sua revogação administrativa. Mesmo quando se reconhecem excepções ao princípio da intangibilidade, o papel dos actos constitutivos de direitos está presente⁹⁵⁹: em face da multiplicidade e diversidade dos actos

1963, p. 489) e a de ANDRÉ DE LAUBADÈRE (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3.ª ed., Paris, 1963, p. 272 e segs.). Marcello Caetano sublinha igualmente, entre nós, a conexão entre os actos constitutivos e o regime da revogação: aquela classificação tem em vista este regime, procura limitar o poder da Administração ao impor-lhe o respeito de situações jurídicas que haja criado em proveito de outrem, ao contrário do que acontece por exemplo na Alemanha e na Áustria onde a classificação dos actos em constitutivos e não constitutivos releva para efeitos de determinação da contagem do início da eficácia do acto (quando os actos sejam constitutivos ou inovadores, por criarem, modificarem ou extinguirem situações jurídicas novas, os efeitos produzem-se *ex nunc*, ao passo que nos actos declarativos, que se limitam a verificar e a declarar existentes ou válidas situações anteriores, a eficácia se produz *ex tunc*): cfr. *Manual...*, vol. I, cit., p. 453.

⁹⁵⁶ Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif...*, cit., p. 1080.

⁹⁵⁷ Cfr. *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 188, L.G.D.J., 1997, p. 207. O Autor mostra como, à luz da jurisprudência do *Conseil d'État*, o princípio da intangibilidade dos efeitos individuais do acto administrativo se tornou num princípio não escrito do direito público francês: o seu respeito passou a ser um elemento da legalidade dos actos administrativos cuja violação corresponde à violação da lei (pp. 206-208), tendo-se tornado, por esta via, num princípio geral de direito o qual, todavia, não goza de protecção absoluta (pp. 208-212).

⁹⁵⁸ Cfr. CONSTANTIN YANNAPOULOS, *ob. cit.*, pp. 271-278. Em relação ao relevo conceptual da *situação adquirida*, cfr. pp. 348-386, nas quais o Autor concretiza a sua ideia segundo a qual *os direitos adquiridos são concebidos como direitos à manutenção de uma situação adquirida*, de uma situação que evoluiu no tempo, no quadro da materialização de uma instituição administrativa.

⁹⁵⁹ Por exemplo YVES GAUDEMET menciona quatro excepções ao princípio da intangibilidade dos actos administrativos, das quais resulta clara a importância dos actos constitutivos, uma vez que se contam entre essas excep-

administrativos, em particular no que respeita ao seu conteúdo, as consequências daquele princípio variam em função da caracterização dos actos como regulamentares ou administrativos, legais ou ilegais e constitutivos ou não constitutivos.

Em conclusão, firmou-se na jurisprudência do Conseil d'État uma regra segundo a qual os actos válidos não podem ser revogados quando sejam constitutivos de direitos, cuja importância é tão mais saliente quanto resulta da jurisprudência do órgão supremo da jurisprudência administrativa francesa que *a noção de acto criador de direitos é extremamente ampla* (ao abranger os actos criadores de situações jurídicas subjectivas e mesmo os *actos-condição*, enquanto actos que não criam situações jurídicas individuais mas aplicam a indivíduos situações gerais, nomeadamente *status* legais que se traduzem na criação de uma situação jurídica subjectiva favorável⁹⁶⁰), podendo mesmo dizer-se que a generalidade dos actos administrativos cria ou atribui situações jurídicas e que são, como tal, criadores de direitos sendo mais fácil determinar quais os actos que não assumem esta natureza⁹⁶¹.

ções os casos dos actos dos quais não tenha resultado a aquisição de direitos e a possibilidade de revogação de actos criadores de direitos nas condições previstas nas leis e nos regulamentos (cfr. *Droit Administratif*, cit., p. 273).

⁹⁶⁰ Seguimos aqui GASTON JÉZE que, a propósito da *natureza jurídica do acto de nomeação no direito público francês* (cfr. "Le procédé technique de la nomination en droit français", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, xxxiv^e année, 1927, pp. 575-619, p. 576), nos mostra que este é um *acto condição*, uma vez que "não tem o efeito de *criar* uma situação jurídica *individual*, mas *aplicar* a um indivíduo uma situação *geral* criada e organizada por uma lei ou por um regulamento" (itálicos no original). É ainda GASTON JÉZE, no mesmo número da mesma revista (cfr. "L'entrée au service public", pp. 387-441) que considera, mais em geral, que o acto de *designação* (abrangendo nomeação, eleição ou tiragem à sorte) é um *acto condição* já que tem por efeito jurídico investir o indivíduo num *status legal*: não é a designação que cria a função, não é ela que determina o seu objecto nem a sua extensão; pelo contrário, a função pública é uma *situação geral, impessoal e objectiva*, criada e organizada por leis e regulamentos e modificável a todo o tempo por estas leis e por estes regulamentos (cfr. p. 410).

⁹⁶¹ Neste sentido, cfr. LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Traité*, Tome 1, cit., p. 722 e seg. — indicando como actos que a jurisprudência considera *não criadores de direitos* as categorias dos actos provisórios ou sujeitos a condição suspensiva, as medidas que se limitam a uma constatação ou verificação, as decisões pecuniárias, os actos obtidos com fraude e os actos inexistentes (referindo ainda a categoria dos actos negativos, embora o seu carácter não criador comporte importantes excepções no domínio do funcionalismo público). Quanto às *autorizações de polícia* os Autores em causa também as consideram não criadoras de direitos embora a doutrina francesa, como veremos, revele aqui grande disparidade de opiniões. Em sentido próximo, cfr. RENÉ CHAPUS (*Droit Administratif...*, cit., pp. 1073-1076) que considera (sempre apoiado na jurisprudência do *Conseil d'État*) como *criadoras de direitos* as decisões de nomeação e promoção na função pública, as diversas *autorizações* (de construção, demolição, exploração de pedreiras, de criação de uma central nuclear, de apresentação a exames e concursos), algumas atribuições de subsídios e outros tipos de actos, incluindo até algumas decisões de *anulação*, como p. ex. a anulação de uma sanção disciplinar; e como *decisões insusceptíveis de criar direitos* as *autorizações precárias* (inserindo na categoria as autorizações de polícia e as de ocupar privadamente o domínio público), os actos que se limitam a reconhecer a existência ou extensão de direitos pré-existentes (atestados, certificações, com conteúdo meramente declarativo, decisões de delimitação do domínio público, etc.), as decisões juridicamente inexistentes e as obtidas com fraude, as declarações de utilidade pública (não criam direitos nem a favor do expropriado nem a favor da Administração), bem como as decisões de cessibilidade.

Sobre a grande heterogeneidade da categoria dos *direitos adquiridos* no direito suíço (atribuindo-lhes, da mesma forma, o efeito prático de escaparem a qualquer modificação, limitando os poderes revogatórios da Administração), cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, vol. II (*Les actes administratifs et leur contrôle*, Editions Staempfli & Cie SA Berne, 1991, p. 216 e seg.): para além de abarcar os direitos imemorais, integram também o grupo os direitos nascidos de situações jurídicas contratuais (dando como exemplo a concessão), aqueles conferidos por lei que lhes atribua o carácter de direitos adquiridos (protegendo-os contra qualquer modificação ulterior), a que se somam ainda as situações resultantes da qualificação *a posteriori* pelo Tribunal Federal em função de deverem escapar a qualquer possibilidade revogatória.

3.3. Aberturas à revogabilidade dos actos constitutivos

Como lapidaramente demonstra Constantin Yannakopoulos, apesar do enorme relevo na noção de *direitos adquiridos* e do *acto criador de direitos* na doutrina e na jurisprudência francesas, sempre houve grandes dificuldades em definir os actos criadores e os não criadores de direitos, recorrendo por vezes alguns sectores da doutrina a uma pura noção funcional, identificando *a contrario* os actos não criadores de direitos, caminho que acaba por deformar o fenómeno da criação de direitos adquiridos⁹⁶². As dificuldades são em parte ultrapassadas pelo recurso a elementos situados para lá do acto: como já avançámos, são eles em particular os *efeitos do acto* e as *situações por ele criadas*, elementos que, com o decorrer do tempo e em função do comportamento dos seus titulares e do interesse público, podem conduzir a uma estabilidade mais ou menos protegida⁹⁶³. De qualquer modo, parece existir consenso em relação à criação *ex novo*, pelo acto constitutivo, de uma determinada posição ou situação jurídica, bem como quanto à responsabilidade jurisprudencial (em particular, do juiz administrativo) na identificação dos actos constitutivos de direitos, tendo cabido à jurisprudência do *Conseil d'État* o encargo na sua identificação, ao fazer a ponderação casuística entre os imperativos da estabilidade jurídica e os da mutabilidade necessária das regras jurídicas, resultando desta ponderação a ausência de uma protecção absoluta de qualquer um dos valores em jogo⁹⁶⁴; também a importância do decurso do tempo para a aquisição dos efeitos do acto jurídico em causa — uma vez que tais efeitos não podem ser vistos *a priori* como adquiridos⁹⁶⁵ — parece merecer o apoio mais ou menos generalizado da doutrina.

Em suma: apesar da fluidez do conceito e das dúvidas quanto aos seus exactos contornos, os *direitos adquiridos* não devem ser concebidos como direitos à manutenção do

⁹⁶² Cfr. *La Notion de Droits Acquis...*, cit., especialmente pp. 70-93, dedicadas ao *indefinível acto criador de direitos*. Noutro local da mesma monografia (cfr. pp. 135-143), Constantin Yannakopoulos alude a uma *concepção formal* da identificação dos actos criadores de direitos em função da natureza da competência normativa exercida: ao passo que os actos editados na base de uma competência vinculada constituiriam actos não criadores de direitos, os praticados ao abrigo de um poder discricionário seriam criadores de direitos — afastando também tal critério, por não ser, em seu entender, suficientemente explicativo das soluções jurisprudenciais.

Em face da importância da obra do Autor para explicar os contornos exactos das figuras dos *direitos adquiridos* e dos *actos constitutivos de direitos*, deve esclarecer-se que CONSTANTIN YANNAKOPOULOS baseia o seu pensamento numa concepção dinâmica ou temporal do direito em geral e dos direitos adquiridos em particular, partindo da ideia (cfr., especialmente, pp. 27-69) de acordo com a qual, à excepção do acto jurisdicional e do contrato, *todos os actos do sistema jurídico são por natureza modificáveis*, segundo a regra de adaptação do direito à modificação das circunstâncias. Todavia, as exigências resultantes da segurança jurídica podem trazer excepções àquela regra, assegurando a estabilidade de certos *efeitos* dos actos, sendo aqui que insere a questão dos direitos adquiridos no direito administrativo.

⁹⁶³ Cfr. CONSTANTIN YANNAKOPOULOS, *La Notion de Droits Acquis...*, cit., pp. 93-113.

⁹⁶⁴ Seguindo ainda o pensamento de CONSTANTIN YANNAKOPOULOS (*La Notion de Droits Acquis...*, cit., pp. 462-483) é decisiva a delimitação jurisprudencial da *linha de precariedade* dos direitos adquiridos que emanam de situações jurídicas em curso, delimitação que o juiz deve fazer tendo em conta a natureza institucional da situação adquirida em causa, os interesses em presença e o objectivo perseguido pelo novo acto.

⁹⁶⁵ Como nos mostra, ainda, CONSTANTIN YANNAKOPOULOS (cfr. *La Notion de Droits Acquis...*, cit., pp. 258-271) só com o exercício e com a materialização dos direitos é que estes se tornam adquiridos; reportando-se, desta forma, ao *interesse fundado sobre a situação jurídica formada pelo exercício das faculdades abertas por um acto jurídico*, com o que ganham autonomia em face do acto administrativo que os fundou, tanto no que respeita à sua identificação como à sua protecção jurídica (cfr. pp. 271-278).

acto criador de direitos, mas como *direitos à manutenção da situação jurídica concretizada e adquirida*, estando o grau da sua protecção condicionado pela natureza institucional da situação em causa, bem como pelo momento e pelo conteúdo da modificação do direito resultante da prática de um acto novo⁹⁶⁶. E sempre com a ideia, que será reforçada na Parte II da nossa dissertação, de que a existência destes direitos nunca poderá significar uma intangibilidade absoluta de tais situações jurídicas, em face da necessidade de adaptação do direito à mudança das circunstâncias, às novas exigências e aos novos contornos do interesse público, especialmente em áreas como a do ambiente, com frequentes alterações legislativas e factuais, reveladoras da constante renovação dos conhecimentos científicos e da descoberta de novos problemas ou de novos contornos para problemas antigos — ainda que tal adaptação possa tornar necessária a indemnização dos titulares de direitos consolidados ao abrigo de disposições normativas ou decisões autoritárias anteriores da Administração Pública.

Apesar da edificação jurisprudencial do princípio de intangibilidade dos actos administrativos (individuais) — ou, como vimos, dos seus efeitos ou das situações jurídicas criadas ao seu abrigo — sobretudo com base na noção do acto constitutivo de direitos, por detrás desse princípio figuram diversas e relevantes excepções, manifestando a doutrina dúvidas, em particular, quanto à natureza constitutiva das autorizações administrativas. Constituindo, em nosso entender, uma boa sùmula de tal situação as considerações tecidas por J.-M. Auby em 1967⁹⁶⁷: se por um lado considera o tema da revogação dos actos administrativos unilaterais um dos assuntos mais clássicos, sendo indiscutível o poder administrativo de revogação, como concretização da regra de *adaptação* que domina a actividade administrativa (permitindo à Administração pôr fim a situações jurídicas que ela tenha criado), por outro recua logo a seguir mostrando que tal poder só vale na medida em que não ponha em causa direitos adquiridos. Reconhecendo ainda que tal princípio tem de ser periodicamente actualizado e confrontado com os contributos jurisprudenciais, resultando da análise que faz da jurisprudência alguma hesitação ou confusão, na linha do estado que acabámos de analisar: se por um lado refere o *princípio da intangibilidade* dos actos administrativos individuais, por norma ligado ao respeito devido aos direitos adquiridos, o Autor afasta tal fundamentação, baseando o referido princípio na necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas no domínio da administração activa. Para além de acabar por admitir que o princípio não é de aplicação geral, tendo de resultar das diferentes soluções jurisprudenciais, que nem sempre apontam no mesmo sentido, confirmando assim as inúmeras excepções ao princípio da intangibilidade, com destaque para os actos precários, como acontece em inúmeras *autorizações administrativas*. Se estas têm, em regra, o mesmo carácter intangível dos outros actos particulares, tal não se verifica em muitas situações, em especial quanto às *autorizações de polícia*, que podem ser revogadas não apenas quando o beneficiário da autorização deixa de cumprir as condições ou requisitos exigidos, mas igualmente por razões de interesse geral⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ Ainda aqui seguimos CONSTANTIN YANNAKOPOULOS, nomeadamente na linha argumentativa sustentada ao longo da Parte Terceira da sua obra citada (cfr. pp. 389-541).

⁹⁶⁷ Cfr. J.-M. AUBY, "L'Abrogation...", cit., *passim*, especialmente pp. 136-138.

⁹⁶⁸ Sobre o facto de as autorizações de polícia não conferirem *direitos subjectivos* — salientando todavia que

Esta linha doutrinal e jurisprudencial francesa foi em larga medida transposta para muitas outras ordens jurídicas europeias: para além do caso italiano, onde os *diritti quesiti* constituem, no direito tradicional, um limite extremamente relevante aos poderes de revogação da Administração, sendo a necessidade do respeito por estes direitos adquiridos um dos princípios gerais que vigoram em termos de determinar os casos em que a revogação é possível e legítima⁹⁶⁹, a situação na ordem jurídica espanhola merece referência um pouco mais desenvolvida.

A situação em Espanha, *grosso modo*, aproxima-se bastante da francesa no que toca aos limites à revogação colocados pelos actos constitutivos de direitos⁹⁷⁰. Em primeiro lugar deve precisar-se que a referência comumente feita neste país aos *actos declarativos de direitos* corresponde à de *direitos adquiridos* ou de *actos constitutivos de direitos* nas doutrinas francesa e portuguesa — uma vez que a doutrina espanhola define *actos declarativos de direitos* como “aqueles actos que tenham enriquecido o património dos seus destinatários com um direito antes inexistente ou tenham libertado um direito preexistente de algum limite de exercício”⁹⁷¹. Sublinhando, na linha do que vimos suceder em França e que vamos ver ser o caso em Portugal, que a distinção entre os actos declarativos ou não declarativos de direitos não está formulada em termos ontológicos mas estritamente funcionais, com vista a determinar se é ou não viável a revisão pela própria Administração ou se ela só é possível pelos tribunais. Assim, antes da Lei do Procedimento Administrativo de 1958, parece ter vigorado em Espanha uma defesa enérgica dos direitos adquiridos, de acordo com a qual a Administração só podia revogar tais actos através do *recurso de lesividade* (isto é, assumindo a posição de demandante nos tribunais administrativos, com vista a solicitar a anulação ou declaração de nulidade dos seus próprios actos) e tendo de se cumprir o requisito da *du-*

a noção de direito subjectivo não se deve confundir com a de direito adquirido, o que não invalida que a questão seja tratada a propósito da *revogação dos actos administrativos* —, na medida em que criam um regime de duração indeterminada, sem que se possa prever que novas exigências de interesse público se virão a colocar após a sua emissão, cfr. PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, vol. II, cit., p. 222 e seg.

⁹⁶⁹ Entre outros, cfr. FORTI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 194 e segs.: ao analisar as situações em que, fora das hipóteses em que a revogação está legalmente prevista e daquelas em que seja aposta uma reserva de revogação ao acto administrativo, o acto revogatório é possível, o Autor alude à necessidade de recorrer a *principios gerais* para encontrar respostas, sendo o respeito pelos *diritti quesiti* (figura em larga medida correspondente aos direitos adquiridos do direito francês) um desses princípios. Esse respeito tem a ver com a tomada em consideração do *conteúdo* da situação jurídica da “contraparte” na relação que a revogação pretende fazer cessar: nos casos em que há *diritti quesiti* a Administração não pode suprimir arbitrariamente os efeitos jurídicos favoráveis produzidos pelo acto, propondo FORTI uma análise casuística em que o agente, por via interpretativa, deve verificar se tais efeitos se verificam ou não, tendo por base o carácter mais ou menos intangível da situação jurídica em causa (cfr. p. 196). Também RESTA se refere à necessidade do respeito pelos direitos adquiridos quando trata os efeitos do acto de revogação na relação entre a Administração e os destinatários (cfr. *La Revoca...*, cit., pp. 276-280), mostrando a analogia (apenas instrumental, não substancial) com a expropriação por utilidade pública: esta representa uma transferência coactiva que determina a criação unilateral de um direito de crédito; quando a Administração revoga um acto ela não está a expropriar direitos adquiridos mas, quando se admitem revogações que põem em causa estes direitos, deve simultaneamente reconhecer o nascimento de um direito de crédito a favor do destinatário (indenização) em substituição do direito adquirido (a revogação converte num equivalente económico o conteúdo efectivo de direitos perfeitos que haviam sido adquiridos pelo destinatário do acto).

⁹⁷⁰ Embora referidas a uma situação já mais próxima no tempo do que aquelas que temos vindo a estudar, são bastante relevantes as páginas escritas a este respeito por GARCÍA DE ENTERRIA/RAMÓN FERNÁNDEZ e que retratam, em larga medida, a situação que temos em mente e que seguiremos no fundamental (cfr. *Curso...*, Tomo I, cit., pp. 651-668).

⁹⁷¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, Tomo I, cit., p. 657.

pla lesão, jurídica (o acto que se pretendia “revogar” teria de ser contrário ao ordenamento jurídico) e económica (demonstrando que ele seria também economicamente prejudicial para o interesse público). Pondo fora da nossa análise os procedimentos de revisão perante actos ilegais (isto é, centrando-nos apenas na revogação em sentido estrito), diremos que, de acordo com o art. 105.º da LRJPAC⁹⁷², vigora um princípio de revogabilidade dos actos desfavoráveis, limitado apenas pelo facto de, quando tal revogação tiver por base razões de inoportunidade (ou seja, quando se tratar de uma revogação em sentido estrito ou propriamente dita) ela não poder afastar actos vinculados nem elementos vinculados dos actos.

No entanto, no regime vigente em Espanha não existe nenhuma norma *geral* que permita a revisão de actos administrativos por razões de oportunidade, não sendo possível revogar actos declarativos de direitos válidos com o pretexto de eles se terem tornado inconvenientes ou inoportunos para o interesse público (princípio este criticado por ser demasiado rígido, não permitindo tão pouco a revogação contra indemnização, uma vez que tal representaria uma expropriação forçosa a qual só é possível com prévia habilitação legal, que não existe no direito espanhol em termos gerais)⁹⁷³. Todavia, em relação ao tipo de actos que mais nos interessa existe uma importante excepção, ainda que limitada aos actos locais: as *licenças municipais* podem ser revogadas por motivos de oportunidade, mediante o pagamento ao seu titular de uma indemnização, nos termos do art. 16.º do RSCL (Regulamento de Serviços das Corporações Locais, aprovado pelo Decreto de 17 de Junho de 1957), o qual admite a revogação por *incumprimento de condições*, por *alteração das circunstâncias* (situação de *ineficácia superveniente* que, como tal, não comporta dever de indemnizar), por *alteração dos critérios de apreciação* (isto é, razões de oportunidade, uma vez que a Administração considera inconveniente a manutenção da licença em função de novos critérios de simples oportunidade ou conveniência, ficando obrigada ao pagamento de uma indemnização ao titular da autorização) ou por *erro na sua outorga*⁹⁷⁴.

⁹⁷² A lei geral do procedimento administrativo (Lei n.º 30/1992, de 26 de Novembro, contendo o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum), com a qual se consagrou um regime legal de revisão oficiosa dos actos administrativos mais claro (ainda que não menos debatido), se comparado com a regulação até aí vigente, particularmente confusa e polémica, de acordo com a opinião de SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho Administrativo...*, cit., p. 552).

⁹⁷³ Não obstante, esta inexistência de um regime geral não deixa de ser em larga medida matizada por uma proliferação, na prática, de *reservas de revogação*, cláusulas acessórias cuja aposição garante à Administração a possibilidade de revogar o acto quando assim o exija o interesse público apesar de estas, logicamente, apenas poderem ser apostas a actos de conteúdo discricionário e devendo ser acompanhadas da previsão da indemnização do titular, se e quando o acto for revogado — se a reserva de revogação pretende excluir a indemnização e garantir uma liberdade absoluta de revogação à Administração (as chamadas “cláusulas de precário”) ela só deve ser admitida em casos excepcionais, relativos a situações efémeras pela sua própria natureza: cfr. GARCÍA DE ENTERRIA/RAMÓN FERNÁNDEZ, *ob. ult. cit.*, p. 667 e seg.

⁹⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho Administrativo...*, cit., p. 559 e seg.) dá-nos conta de outras leis e disposições sectoriais que admitem a revogação de actos favoráveis: tal é o caso dos arts. 65.º, n.º 1, al. b) e 104.º, n.º 1, al. b) do Texto Refundido da Lei das Águas (aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/2001, de 20 de Julho, e conhecido pela sigla LA), em que o requerimento do interessado fundado em razões de força maior ou com vista a melhorar as condições do acto favorável pode dar origem à revogação; ou do art. 104.º, n.º 2, da mesma lei, que admite a revogação (em princípio sem indemnização) em casos de secas ou situações hidrológicas extremas. A LA dá-nos um outro exemplo de uma outra causa de revogação, prevista também noutras legislações especiais, e que é o *incumprimento de obrigações pelo interessado*, ou seja, um caso de “revogação-sanção”, aludindo ainda a revogações tácitas ou implícitas.

3.4. Breve nota sobre o regime da revogação no direito português

Passando ao tratamento da questão no ordenamento jurídico português, diremos que as mesmas tendências obtiveram grande aceitação doutrinal, jurisprudencial e legal⁹⁷⁵. De facto, desde o Código Administrativo de 1936⁹⁷⁶ que está consagrada, entre nós, a classificação dos actos administrativos em *constitutivos* e *não constitutivos de direitos* sendo de assinalar, na linha da doutrina e jurisprudência francesas, o relevo de tal classificação para o regime da revogação e institutos afins. Ou seja, o objectivo da autonomização da figura dos actos constitutivos de direitos é o de limitar o poder da Administração, impondo-lhe o respeito de situações jurídicas que esta tenha criado em favor de outrem⁹⁷⁷.

Seguindo em particular o estudo monográfico de Robin de Andrade⁹⁷⁸ concluímos existir aqui, à imagem do que se passa em França, alguma hesitação ou confusão, em particular resultantes da tentativa de falar ou extrair princípios gerais e da necessidade, posteriormente sentida, de avançar com excepções ou desvios a tais princípios. Em jeito de síntese, diremos que a doutrina portuguesa dominante na segunda metade do século XX alude a uma *regra geral de revogabilidade* dos actos administrativos discricionários (consequência, entre outras razões, do carácter concreto e variável do interesse público e da ideia do ajustamento da acção administrativa à evolução das situações e mudança de concepções), tratando depois os obstáculos ou excepções a tal regra geral, com relevo particular para os actos constitutivos de direitos para concluir, por fim, que existem por sua vez limites ou desvios aos factores de irrevogabilidade que fazem ressurgir a regra inicial de revogabilidade.

Desta forma, o conceito de acto constitutivo, ao virar-se exclusivamente para determinar situações de irrevogabilidade de actos administrativos, vem a garantir uma particular estabilidade em relação aos actos de que sujeitos determinados hajam beneficiado, fixando um comando de intangibilidade das esferas dos direitos individuais. É essencial, como tal, fixar o sentido do conceito: para Marcello Caetano é constitutivo de direitos “o acto administrativo que cria ou modifica um poder jurídico ou extingue restrições ao seu exercício”⁹⁷⁹. Já Robin de Andrade leva a cabo um longo esforço de delimitação do conceito — salientando

⁹⁷⁵ Em termos doutrinários, vamos sobretudo seguir MARCELLO CAETANO (*Manual...*, vol. I, cit., pp. 453-456) e ROBIN DE ANDRADE (*A Revogação...*, cit., pp. 86-150). Em termos legislativos, centrar-nos-emos no regime do CPA uma vez que, apesar de aprovado já na última década do século transacto, deixou em larga medida intocado o regime tradicional sobre a matéria.

⁹⁷⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 27.424, de 31 de Dezembro de 1936, na sequência das Leis autorizadas n.ºs 1.940, de 3 de Abril e 1.946, de 21 de Dezembro, ambas também do ano de 1936. Sobre este importante diploma legal, que trouxe consigo uma inovação completa em comparação com as codificações anteriores, designadamente pela sua divisão sistemática em quatro Partes, compostas por títulos, capítulos, secções e subsecções (e ainda, nalguns casos, divisões) e com preocupações de sistema e de unidade doutrinal e técnica (que justificam o nome de “Código”), cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., pp. 155-159 e “Notas ao novo Código Administrativo”, *O Direito*, ano 69.º (1937), n.ºs 1 (pp. 3-9), 3 (pp. 66-70) e 4 (pp. 98-102). Note-se que foi o próprio Marcello Caetano o responsável pela elaboração desta versão do Código Administrativo.

⁹⁷⁷ Expressamente neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 453.

⁹⁷⁸ Cfr. ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação...*, cit., pp. 86-150.

⁹⁷⁹ Cfr. *Manual...*, vol. I, cit., p. 454. O Autor dá como exemplos da categoria os dos actos que investem um particular num estado jurídico (nomeação, por exemplo), que transferem poderes para a sua esfera jurídica (concessão) ou que extinguem restrições ao exercício de direitos preexistentes (extinção de uma servidão administrativa e outorga de licenças ou autorizações não policiais).

ter de se tratar de um *acto administrativo* externo (com exclusão de todos os actos internos), que *defina situações jurídicas* (excluindo os actos declarativos), que *atribua um direito a terceiro* (constituição de uma situação jurídica traduzida na alteração e inovação *positiva* da ordem jurídica existente), tendo ainda de haver uma *relação de causalidade entre o acto e o direito atribuído* (afastando os actos de mera constatação ou reconhecimento, pois o acto tem de ser a *causa* dos direitos constituídos, ficando como tal fora do conceito os actos declarativos a que a lei atribui efeitos constitutivos e os actos indirectamente relacionados com a constituição de direitos subjectivos)⁹⁸⁰ — acabando por apresentar uma definição que se centra nos três elementos essenciais do conceito de acto constitutivo de direitos (o acto constitutivo, o direito constituído e a constituição de direitos): “o acto administrativo, juridicamente eficaz, que directamente atribui a terceiros poderes jurídicos destinados a garantir interesses particulares, certos e determinados”⁹⁸¹.

Como avançámos no início do tratamento da situação em Portugal, Robin de Andrade acaba por mostrar como deve ser temperada a pretensa regra da irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos, ao aludir aos limites dos factores de irrevogabilidade dos actos discricionários que fazem ressurgir a regra inicial da revogabilidade e que permitem a revogação de actos constitutivos de direitos e de qualidades jurídicas⁹⁸²: é isso que acontece com a *concordância do administrado*, nos casos em que estejamos perante direitos renunciáveis (ela não é legítima nos casos em que a atribuição de direitos pela Administração seja acompanhada de elementos que revelem uma associação de fins de interesse público ao bem jurídico particular garantido pelo direito), com a *reserva de revogação* (a qual constitui fundamento autónomo da revogabilidade de actos normalmente irrevogáveis, incluindo aqui os actos praticados a título precário, a título provisório ou sob reserva de revogação), nas situações em que haja *má-fé do administrado* (quando tenham sido as suas manobras fraudulentas que levaram à prática do acto constitutivo, uma vez que as razões de protecção da boa fé dos administrados que justificam a irrevogabilidade dos actos constitutivos não podem valer nestes casos) ou *incumprimento de obrigações pelo administrado* (embora o Autor manifeste aqui particular cautela, considerando que não se deve admitir, como regra, a revogabilidade de um acto constitutivo apenas com base no facto de o destinatário haver deixado de cumprir uma obrigação imposta), com a justificação fundada num *imperioso interesse público* (apesar de restringir esta possibilidade a casos excepcionais previstos na

⁹⁸⁰ Cfr. ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação...*, cit., pp. 116-131.

⁹⁸¹ Cfr. *ob. cit.*, p. 149. Num momento anterior (cfr. pp. 113-115) ROBIN DE ANDRADE apresentara já *casos típicos de direitos constituídos por actos administrativos*: actos de concessão, de atribuição de uma pensão a um funcionário, de atribuição de um exclusivo a um particular, de atribuição ou aumento de uma gratificação a um funcionário, de atribuição do direito a exigir determinada indemnização, de fixação do abono de família, de atribuição de vencimentos a um funcionário por tempo fora do serviço e a concessão de um abono suplementar de vencimento.

Note-se todavia, quanto à noção de acto constitutivo de direitos, que apesar de conceitualmente distintos, também os *actos constitutivos de qualidades jurídicas* são irrevogáveis, valendo os mesmos obstáculos à sua livre revogabilidade: qualidade jurídica é definida pelo Autor como a aptidão, reconhecida a certo sujeito, de vir a ser titular de direitos e obrigações, sendo exemplos dos actos que as criam ou constituem a decisão do governador civil que confere personalidade colectiva a uma associação, o acto de naturalização ou o acto pelo qual um indivíduo é investido na situação de funcionário público. Sobre esta última questão, cfr. pp. 150-152.

⁹⁸² Cfr. *A Revogação...*, cit., pp. 165-197.

lei e com nascimento de um direito de indemnização, uma vez que configuram autênticas expropriações) e, por último, com a *cessação dos pressupostos da legalidade do acto*, embora o Autor não dê uma resposta unitária a este problema.

Em conclusão: os actos constitutivos de direitos, ao imporem o respeito pelas situações jurídicas criadas pela Administração a favor dos administrados, limitam fortemente os poderes revogatórios daquela. No que aos actos autorizativos respeita parece haver algumas dúvidas, embora haja concordância em relação ao facto de as autorizações policiais serem actos não constitutivos e, como tal, livremente revogáveis⁹⁸³.

Como dissemos, também em termos legislativos o regime sumariamente caracterizado obteve consagração: antes da grande modificação, em termos da sistemática legal, operada com a publicação e entrada em vigor, em 1991, do primeiro Código do Procedimento Administrativo da história do direito português (ainda vigente), foi acolhido em diversas disposições, nomeadamente nos arts. 83.º e 357.º do Código Administrativo de 1940⁹⁸⁴ e 18.º da LOSTA⁹⁸⁵, estabelecendo uma *regra geral de revogabilidade* dos actos administrativos, em-

⁹⁸³ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, vol. I, cit., p. 455; e ROBIN DE ANDRADE (*A Revogação...*, cit., pp. 104-112), o qual chama a atenção para o facto de a *autorização policial* se integrar na função condicionadora da Administração (a qual, com o Estado de Direito social, ganhou muito maior importância), definindo-a como o acto administrativo pelo qual uma autoridade administrativa permite o exercício de certo direito preexistente após reconhecer que desse exercício não resultam perturbações para o interesse público, referindo como seus casos típicos, entre outros, o das “licenças” para instalação e laboração de indústrias, “licenças” para obras e “licenças” de construção. ROBIN DE ANDRADE dá-nos ainda conta (*ob. cit., loc. cit.*) das dúvidas da jurisprudência portuguesa, designadamente do STA, que considerava actos constitutivos de direitos certos casos típicos de autorização policial (licenças de construção, de instalação de indústrias insalubres, incómodas, tóxicas ou perigosas, para instalação de indústrias sujeitas ao condicionamento industrial, para exportação, etc.), considerando livremente revogáveis outras (licenças de uso especial de bens do domínio público, de fabrico de certos produtos e de cultivo). Mas estas dúvidas não levam o Autor a mudar a sua opinião de acordo com a qual a autorização policial não é um acto constitutivo de direito, por não ser ela a originar o direito “concreto” mas apenas a possibilitar o exercício concreto de um poder que (já) se achava integrado sem autonomia no sujeito respectivo. Daí que a possibilidade de exercício, a que a autorização policial dá origem, seja uma autêntica *faculdade* ou um *direito condicionado* ou *enfraquecido* podendo, como tal, ser revogada pela Administração, uma vez que a apreciação do interesse público feita pela Administração no momento do início do exercício da actividade não se cristaliza no tempo, podendo mais tarde levar a Administração a realizar nova apreciação da conveniência para o interesse público da actividade exercida, apreciação que a poderá conduzir a impedir a prossecução do uso da autorização. As mesmas considerações valendo para a *licença policial*, uma vez que esta constitui uma permissão excepcional de determinada actividade, que está proibida por lei mas que, num caso particular, pode ser permitida a um indivíduo particular — também ela é uma mera faculdade não consubstanciando, como tal, um acto constitutivo de direitos.

⁹⁸⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31.095, de 31 de Dezembro de 1940, “retocado” e rectificado pelo Decreto-Lei n.º 31.286, de 14 de Julho de 1941, profundamente modificado pelo Decreto-Lei n.º 42.536, de 28 de Setembro de 1959, com inúmeras alterações posteriores, que podem ser consultadas em SILVA PAIXÃO/ARAGÃO SEIA/FERNANDES CADILHA, *Código Administrativo — Actualizado com notas remissivas para a legislação avulsa complementar*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 1998, p. 7 e 8. O art. 83.º deste diploma legal dispunha: “As decisões do presidente da câmara podem ser por ele ratificadas, revogadas, reformadas ou convertidas (...) nos termos seguintes: 1 — Se não forem constitutivas de direitos, em todos os casos a todo o tempo; 2 — Se forem constitutivas de direitos, apenas quando ilegais e dentro do prazo fixado na lei para o recurso contencioso ou até à interposição deste” — determinando o art. 357.º a aplicação das mesmas regras para as deliberações dos corpos administrativos.

⁹⁸⁵ Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 40.768, de 8 de Setembro de 1958. O art. 18.º desta Lei dispunha, em termos praticamente idênticos aos do Código Administrativo: “A competência para a revogação ou suspensão das decisões e deliberações tomadas por quaisquer órgãos da administração pública pertence ao autor do acto, ou ao seu superior hierárquico, nos termos seguintes: 1.º - Se o acto não for constitutivo de direitos, em todos os casos e a todo o tempo; 2.º - Se o acto for constitutivo de direitos,

bora com certos limites que levavam à existência de actos irrevogáveis, com protagonismo para os actos vinculados (pelo menos em relação àqueles cuja prática fosse consequência de uma imposição legal) e, sobretudo, para os *actos constitutivos de direitos*.

No entanto, na medida em que tal disciplina foi, em larga medida, transposta para o articulado do CPA vigente não nos deteremos sobre ela, pretendendo apenas deixar algumas notas sobre o regime em vigor⁹⁸⁶, deixando a crítica respectiva que, em nosso entender, e no de uma boa parte da doutrina nacional, ele justifica, para a Parte II da dissertação — ou seja, para quando tratarmos as especificidades da autorização ambiental “reinventada”. Em todo o caso, não nos devemos eximir de avançar desde já com uma crítica sumária ao regime em apreciação.

Para além de uma regra sobre revogação afastada das nossas preocupações — a da revogação de regulamentos que, nos termos do n.º 1 do art. 119.º, não pode ocorrer, em termos globais, sem que a matéria seja simultaneamente objecto de nova regulamentação — e de outras regras sobre aspectos laterais do instituto, a matéria da revogação está disciplinada na Secção IV do Capítulo II da Parte IV do CPA, em termos que poderemos designar como sincréticos em face da ausência de uma distinção rigorosa entre a anulação e a revogação administrativas⁹⁸⁷. Uma vez que nos pretendemos centrar na revogação em sentido estrito, propriamente dita ou abrogatória (acto que, convém recordá-lo, com fundamento na inoportunidade ou inconveniência da manutenção dos efeitos de um outro acto para a realização do interesse público actual, faz cessar para o futuro a produção dos seus efeitos) interessa-nos apenas o regime contido no art. 140.º, disciplinador do regime da “revogabilidade dos actos válidos”, articulado com o art. 150.º, o qual determina como princípio geral no seu n.º 1 que a revogação produz apenas efeitos para o futuro. O mencionado art. 140.º, na linha da doutrina, jurisprudência e legislação tradicional que analisámos, prevê uma regra geral de livre revogabilidade dos actos (corpo do n.º 1), excepcionada nas alíneas do mesmo n.º 1 e recuperada no n.º 2, em relação à principal excepção estabelecida, a dos actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Construção esta que, apesar da regra enunciada em primeiro lugar da livre revogabilidade dos actos, é dominada sobretudo pelas restrições (em particular pela da al. b), que impede a revogação dos actos “constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”), as quais conferem ao preceito um pendor fortemente garantístico dos direitos dos particulares que tem sido amplamente criticado por parte da doutrina⁹⁸⁸, censura que acompanhamos integralmente.

No que concerne aos *actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos* — e apesar de, no n.º 2 do mesmo art. 140.º, se permitir a revogação destes actos “Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos seus destinatários” (al. a)) ou

apenas quando a revogação se fundar em ilegalidade e dentro do prazo fixado por lei para o recurso contencioso ou até à interposição deste”.

⁹⁸⁶ Sobre a revogação dos artigos citados do Código Administrativo e da LOSTA pelos arts. 137.º, 140.º e 141.º do CPA cfr. SILVA PAIXÃO/ARAGÃO SEIA/FERNANDES CADILHA, *Código Administrativo...*, cit., p. 61.

⁹⁸⁷ Sobre essa distinção, cfr. *supra*, 1.

⁹⁸⁸ Para essa crítica, cfr., por todos, VIEIRA DE ANDRADE, “A «Revisão» dos actos administrativos...”, cit., *passim*; e FILIPA URBANO CALVÃO, “Revogação...”, cit., p. 41 e seg. e *Cláusulas Acessórias...*, cit., pp. 368-383.

“Quando todos os interessados dêem a sua concordância à revogação do acto e não se trate de direitos ou interesses indisponíveis” (al. b)) — não deixa de ser um facto que o regime do Código limita, de forma muito significativa, a possibilidade da sua revogação, ainda para mais por a irrevogabilidade ser alargada aos *actos constitutivos de interesses legalmente protegidos* — com o que o legislador terá pretendido dissipar as dúvidas relativas a eventuais situações de fronteira no que se refere à intensidade de protecção legal das posições jurídicas substantivas dos particulares perante a Administração. Com a consagração legal da categoria dos actos constitutivos de interesses legalmente protegidos “e com a equiparação do seu estatuto revogatório ao do dos actos constitutivos de direitos, não sofre hoje qualquer dúvida que aqueles actos conferem posições jurídicas de vantagem aos particulares, ainda que não verdadeiros direitos subjectivos, e que, por outro lado, são concretamente aptos para fundar uma confiança legítima dos particulares quanto à estabilidade dos seus efeitos — que se encontram expressamente protegidos contra o exercício do poder de livre revogação de actos válidos”⁹⁸⁹.

O garantismo da norma do Código em análise é de tal monta que alguns autores consideram mesmo que a expressão “actos constitutivos de direitos” estará desprovida de sentido, devendo a protecção alargar-se a todos os *actos favoráveis*⁹⁹⁰ — o que mostra bem a que extremos pode ser levada a protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares em face dos poderes revogatórios da Administração.

Deve em todo o caso chamar-se a atenção para a circunstância de a protecção dos actos constitutivos de direitos (ou de interesses legalmente protegidos), enquanto concretização, no plano do direito administrativo, do princípio mais geral da *protecção da confiança*, cujas bases assentam na própria Lei Fundamental⁹⁹¹, ter de ser articulada com o princípio

⁹⁸⁹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 481 e seg. Na mesma linha, cfr. também ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, Almedina, 1998, 2ª ed., p. 678, que consideram, ainda em relação à irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos, ser “(...) já pacífico hoje que cabem nessa categoria tanto os próprios actos constitutivos de direitos *stricto sensu*, como os que investem alguém numa posição estatutária favorável ou aqueles que removem obstáculos (à titularidade ou) ao exercício de direitos dos administrados”.

⁹⁹⁰ Neste sentido, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III - *Actividade Administrativa*, Dom Quixote, 2007 que, quando se debruçam sobre a categoria dos “actos constitutivos de direitos”, afirmam: “a terminologia é totalmente inadequada à função que os conceitos desempenham nas normas em que são utilizados”; rematando com a análise da al. a) do n.º 2 do artigo 140.º do CPA da qual extraem a conclusão de “que se está perante todo e qualquer acto favorável” (p. 93). Noutro local da mesma obra (p. 196), em referência à al. b) do n.º 1 do artigo 140.º, voltam a afirmar: “(...) a expressão tradicional *actos constitutivos de direitos*, que mais valia ter sido abandonada”, concluindo: “Que a lei quis referir-se à generalidade dos actos favoráveis é algo que se torna evidente caso se atente na contraposição do adjetivo ‘desfavoráveis’ no art. 140.º, n.º 2, a) CPA”.

⁹⁹¹ Protecção da confiança esta que, por sua vez, é um elemento constitutivo do princípio do *Estado de Direito*: expressamente nesse sentido, por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 257 e segs. O princípio da protecção da confiança, ao acentuar as componentes subjectivas da segurança jurídica, vem a prender-se, ainda segundo GOMES CANOTILHO (*ob. cit., loc. cit.*), “com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”, tendo desta forma a ver com a garantia da segurança dos efeitos jurídicos dos actos das diversas funções do Estado, implicando, em relação aos *actos da Administração*, a “tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”. Articulado ainda o mesmo Autor (*ob. cit.*, p. 265 e segs.) a protecção da segurança jurídica relativa a actos da Administração com a *tendencial imutabilidade* de que goza o acto administrativo, traduzida “(1) na *autovinculação* da administração (*Selbstbindung*) na qualida-

da boa fé: só quando a protecção do interessado for *digna de tutela* — o que pressupõe a sua boa fé — é que a Administração estará impedida de proceder à revogação do respectivo acto. Considerações que ganham ainda maior pertinência se atendermos à circunstância de o *princípio da boa fé* se contar hoje entre os princípios gerais da actividade administrativa acolhidos no CPA, concretamente no art. 6.º-A, vinculando reciprocamente a Administração Pública e os particulares nas relações que entre eles se entretecem.

Desta forma, ainda que os actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos não possam ser pura e simplesmente considerados como irrevogáveis (em face do n.º 2 do art. 140.º), devendo em rigor ser apelidados de *actos de revogação condicionada*, a verdade é que o CPA erigiu obstáculos de monta à revogação de alguns tipos de actos administrativos, valorizando excessivamente a protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares em face da Administração e desvalorizando o relevo da prossecução e satisfação actual e dinâmica do interesse público, o que se revela especialmente grave em domínios das relações jurídicas administrativas em constante mutação, como acontece em sede ambiental. Sendo de acompanhar Pedro Gonçalves⁹⁹² na sua crítica certa à dificuldades levantadas pelo CPA quanto à revogação dos actos constitutivos de direitos, que demonstram uma “capitulação do interesse público perante os interesses privados cristalizados num dado momento num acto administrativo” defendendo, pelo contrário, a admissibilidade da revogação desde que fundada em exigências reais de interesse público que se sobreponham ao interesse privado na manutenção do acto, com direito de indemnização para o interessado de boa-fé.

Daí que, como veremos, a situação das últimas décadas, especialmente em domínios mais sensíveis como o do ambiente, terá mudado substancialmente: no balanço ou ponderação entre as exigências de estabilidade e as de flexibilidade, o tempo actual é muito mais o das segundas. Se os particulares, em especial os operadores económicos, reclamam da Administração celeridade, flexibilidade, desburocratização, eficiência, eficácia e desmaterialização, eles não podem simultaneamente pretender a estabilização dos actos favoráveis com a inerente cristalização das exigências de interesse público. De onde decorre a evidente *crise da força de caso decidido do acto administrativo*⁹⁹³ e o alargamento das possibilidades de a Administração intervir no conteúdo dos actos posteriormente à sua prática, também por via da revogação, ainda que em *ultima ratio*. Estamos aqui no cerne da nossa tese, ficando estas considerações para ser desenvolvidas no Capítulo III da Parte II.

de de autora do acto e como consequência da obrigatoriedade do acto; (2) na *tendencial irrevogabilidade* do acto administrativo a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do acto (protecção da confiança e da segurança)”.

⁹⁹² Cfr. “Revogação...”, cit., p. 316.

⁹⁹³ VIEIRA DE ANDRADE relaciona a *crise da força de caso decidido* com o princípio da actualização do interesse público, principalmente em situações de *incerteza* e *risco* (caso paradigmático, dizemo-lo nós, das situações de tutela ambiental) que são cada vez mais frequentes: cfr. *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 164.

1. Enquadramento

Do longo cotejo que efectuámos, no Capítulo II, da abordagem jurídico-administrativa do ambiente levada a cabo nas diferentes ordens jurídicas — naquilo que temos vindo a designar por primeira geração do direito do ambiente — ficou bem vincada a preponderância dos meios de comando — na terminologia alemã, de comando directo do comportamento — do direito administrativo de ordenação e, dentro destes, o protagonismo indisputado da autorização administrativa. Tanto nas ordens jurídicas tradicionalmente integradas na família jurídica romano-germânica (França, Alemanha, Espanha e Itália), como no sistema da *common law* (EUA) e também noutras que resultam da mescla de elementos típicos das duas (em alguma medida, a ordem jurídica brasileira) ou que apresentam especificidades de algum significado em face da abordagem peculiar que levam a cabo (Comunidade Europeia), a autorização administrativa perfila-se como porventura o meio mais típico e emblemático de ordenação jurídica do ambiente, nas últimas décadas do século passado. Não surpreende, desta forma, que o mesmo se tenha passado em Portugal.

Procurando evitar repetições, vamos tentar, ao longo desta secção, “arrumar” algumas das características mais importantes que, nessa primeira fase, as autorizações administrativas assumiram quando utilizadas para ordenar comportamentos, actividades, instalações ou outras manifestações da liberdade de iniciativa económica privada susceptíveis de produzir impactes ambientais.

Se bem que ela não tenha nada de surpreendente e resulte já, em larga medida, do estudo feito até aqui, pensamos haver vantagens em avançar com a grande conclusão que pretendemos tirar desta Secção: não obstante a autorização administrativa ter emergido, no plano dogmático, nos finais do século XIX (em particular pelas mãos de Otto Mayer e Oreste Ranelletti, como vimos), o acto revelou suficiente capacidade de adaptação e maleabilidade bastante para ser utilizado como principal instrumento jurídico-público de regulação do ambiente, apesar das novidades que este direito e interesse público trouxeram, em face da natureza muito própria do bem jurídico em apreço e da teleologia específica que está por detrás do direito ambiental. Vamos também verificar que, na primeira fase do direito do ambiente, não se sentiu ainda a necessidade de uma reformulação ou desconstrução do conceito que só se vai experienciar mais tarde — como veremos na Parte II, momento em que será trazida a lume a forma como a essa desconstrução se seguiu a reconstrução da autorização administrativa que hoje, em pleno século XXI, com novos contornos, características e, em grande parte, um novo regime, continua a mostrar enorme préstimo na tarefa vital de tutela do ambiente.

A abordagem levada a cabo passou, nos ordenamentos que temos presentes, pela colocação — como é óbvio, sempre por intermédio da sua *previsão legal*, uma vez que

estamos perante proibições ou condicionamentos a um direito que, sendo em regra o direito de livre iniciativa económica privada constitui, na generalidade dos ordenamentos, um *direito ou liberdade fundamental* — de obstáculos ao desenvolvimento de actividades e à exploração ou operação de instalações traduzidos na exigência de uma autorização administrativa para a sua prossecução. Ainda que se tenha rapidamente evoluído, nalgumas ordens jurídicas, para sistemas mais simplificados e céleres de exercer actividades, a exigência de autorização fica quase sempre a salvaguardar os casos em que as instalações ou actividades revestem um maior grau de perigosidade para o ambiente.

Uma vez que pensamos ter já ficado perfeitamente esclarecido o lugar ímpar da autorização administrativa como principal instrumento jurídico-público de ordenação do ambiente e que foram também já tratados o sentido, a razão de ser e as principais características da autorização administrativa como instrumento típico do direito administrativo de ordenação, vamo-nos cingir, nesta Secção, a alguns dos principais problemas que se suscitaram no campo ambiental e as adaptações ou reformulações mais significativas que se operaram no direito ambiental de primeira geração. Apesar do citado cotejo pelas diversas ordens jurídicas que temos vindo a efectuar, daremos aqui uma especial atenção à doutrina alemã que se tem destacado na identificação e análise dos problemas mais intrincados levantados pelas autorizações ambientais, como reflexo da ampla consagração destes actos administrativos na legislação ambiental alemã. Por essa razão, a maior parte das referências doutrinárias — e, porventura, legais — serão relativas à Alemanha.

Mais uma vez estarão no centro da nossa atenção as autorizações que têm por objecto as *instalações industriais*: se bem que seja comum a distinção, no direito autorizativo ambiental, entre o direito referido a *produtos* e o relativo a *projectos*, verifica-se que o primeiro é bastante débil, não se podendo sequer falar, em rigor, de um direito específico a este nível⁹⁹⁴. Desde há alguns anos prefere-se a utilização — nomeadamente devido à influência da nomenclatura europeia — do conceito de *instalação*⁹⁹⁵. Desta forma, o nosso estudo será principalmente dirigido às autorizações de *instalações industriais* pela razão suplementar de que só excepcionalmente é que as instalações não industriais necessitam de autorização⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Sobre a distinção entre o direito do ambiente *referido a projectos* e *referido a produtos* e o sentido muito mais débil deste último, referido no texto, cfr. MICHAEL KLOEPFER, "Umweltrecht", cit., p. 390 e seg.

⁹⁹⁵ No direito português, nomeadamente desde o Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto (primeiro diploma a prever o regime da *prevenção e controlo integrados da poluição*), o conceito de "instalação" passou a ser usado para definir os projectos ou unidades sujeitos a autorização e/ou controlo ambiental: neste diploma todas as instalações estavam sujeitas à obtenção de uma licença ambiental (cfr. n.º 2 do artigo 1.º), definindo a al. f) do n.º 1 do seu artigo 2.º instalação como "uma unidade técnica fixa na qual são desenvolvidas uma ou mais actividades constantes do anexo I ou quaisquer outras actividades directamente associadas, que tenham uma relação técnica com as actividades exercidas no local e que possam ter efeitos sobre as emissões e a poluição".

Também no direito alemão a expressão "Anlage" é usada (p. ex. na BImSchG) como conceito central para definir o âmbito de aplicação dos regimes legais ambientais. Sobre o conceito de instalação ("Anlage") no direito alemão, cfr. MICHAEL KLOEPFER, "Umweltrecht", cit., p. 430 e seg. e 451 e seg.; ID., *Umweltrecht*, cit., pp. 1254-1256 — a obrigação de autorização só vale para determinadas instalações (§ 4, n.º 1, inciso 1), definidas pormenorizadamente no 4.º Regulamento de execução da BIm (4. BImSchV, "Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen").

⁹⁹⁶ Expressamente nesse sentido, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 705 e seg.

2. Principais problemas

Partimos do pressuposto de que o direito autorizativo não é um ramo unitário do direito administrativo e de que as profundas diferenças entre os diversos ramos do direito administrativo especial conduzem a iguais disparidades entre os regimes da autorização nesses direitos. Como veremos, mesmo dentro do direito do ambiente — concebido, pelo menos para determinados efeitos, como um *direito administrativo especial* ou *sectorial* — as diferenças são, por vezes, profundas, o que reforça esta asserção. Assim, é totalmente impossível e desprovido de sentido tentar reduzir a denominadores comuns o regime da autorização administrativa numa altura em que alguns põem mesmo em causa a utilidade ou a adequação de continuar a falar num *direito administrativo geral*, porventura submerso e ultrapassado pelas especificidades dos direitos administrativos especiais. Como tal, a nossa atenção será focada no domínio específico das autorizações *ambientais*, ainda que em muitos casos os problemas a analisar sejam sentidos em todos (ou em grande parte) os regimes autorizativos vigentes nos diversos direitos administrativos especiais.

Em qualquer caso, nomeadamente nos ordenamentos jurídicos (*v. g.* o alemão e o francês) onde se dá bastante ênfase à distinção entre o direito do ambiente *geral* e os direitos ambientais *especiais* ou *sectoriais*, o papel ímpar da autorização é assinalado em relação a ambos: quer como *instrumento* ou *instituto geral* com potencialidades únicas no direito do ambiente, tomado no seu conjunto e estruturado de acordo com as suas regras gerais; quer como *meio* ou *utensílio* decisivo para a ordenação dos comportamentos e actividades humanas susceptíveis de terem implicações ao nível dos diversos componentes ambientais (ar, água, solo, som, fauna, flora, etc.) ou relativos a actividades que devem ser sujeitas a regimes especiais (*p. ex.* as indústrias produtoras de energia atómica). O mesmo se verificando, aliás, na segunda geração do direito ambiental, com o caso paradigmático da *autorização ambiental integrada*.

Tentando circunscrever a nossa análise aos problemas suscitados pela utilização do instituto autorizatório nas primeiras décadas do direito do ambiente dos nossos tempos — *grosso modo* nas décadas de setenta, oitenta e parte de noventa do século passado, se bem que seja impossível estabelecer um marco temporal mais ou menos exacto para balizar a passagem do direito ambiental da primeira para a segunda geração, o que nos levará nalguns casos a estender o nosso estudo para problemas só mais tarde identificados e que, de alguma forma, são ainda hoje questões presentes —, vamos identificar algumas das principais questões pertinentes, limitando-nos nuns casos a reconhecê-las e a precisar os seus contornos, fornecendo noutros pistas para a sua resolução ou para avançar a nossa posição sobre elas. Se bem que praticamente todos os temas estejam interligados, vamos proceder ao seu exame de forma autónoma, para facilitar a exposição.

2.1. Articulação com as exigências constitucionais

Na generalidade dos ordenamentos jurídicos que temos por base e na ordem jurídica portuguesa, as bases para a compreensão da figura da autorização ambiental — ou, nou-

tros termos, para perceber o recurso às autorizações administrativas como uma das formas principais de ordenação dos comportamentos com impactes ambientais — devem ser encontradas na Lei Fundamental.

A importância da Constituição manifesta-se a diversos níveis: desde logo numa perspectiva subjectivista, na medida em que estamos perante actividades que implicam o exercício de direitos, por norma com a dignidade de direitos fundamentais (*maxime* a liberdade de iniciativa económica privada), mas que estão limitadas (também) por considerações atinentes à tutela ambiental; para além disso, porque a finalidade de tutela ambiental contende hoje em dia com direitos e deveres fundamentais de todos os cidadãos, que têm de ser ponderados com os direitos cujo exercício pode prejudicar o ambiente.

Mas também numa perspectiva objectivista: a prossecução da finalidade de tutela ambiental tem um valor objectivo, designadamente enquanto tarefa ou incumbência dos diversos poderes do Estado, em virtude das imposições constitucionais nesta matéria que levam uma boa parte da doutrina a configurar o Estado de Direito das últimas décadas do século xx e do início do século XXI como um *Estado de Direito ambiental*. Vejamos com algum pormenor as exigências decorrentes da Constituição que se repercutem no regime das autorizações ambientais, centrando-nos nos *direitos* sujeitos a autorização cujo exercício vai implicar com o ambiente e nas exigências decorrentes do *Estado de direito ambiental*.

2.1.1. Em termos subjectivos – os direitos sujeitos a autorização

A ancoragem jurídico-constitucional das autorizações ambientais radica logo na circunstância de a previsão legal da exigência de um acto intrusivo dos direitos dos particulares — ao proibir determinadas formas de exercício ou, pelo menos, ao limitar ou condicionar esse exercício à prévia obtenção de uma autorização — ter de se justificar à luz de uma ponderação dos direitos e valores consagrados na Lei Fundamental. Uma vez que, ao exigir-se a autorização, se está a limitar ou condicionar o exercício de um *direito fundamental* dos administrados — seja ele o direito ao exercício de uma profissão, o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada — e na medida em que há formas mais suaves ou menos limitadoras de conformação dessas posições jurídicas subjectivas dos particulares, tem de haver perigos suficientemente importantes e razões de interesse público bastantes para que a sujeição de uma actividade à autorização administrativa se revele proporcional⁹⁹⁷ — isto é, tal exigência tem de se demonstrar *necessária e adequada* à defesa dos valores ou bens jurídicos em questão e de estar também satisfeito o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

Tendo sempre no nosso pensamento as autorizações ambientais, parece claro que as acções requeridas a este nível o são, em regra, no âmbito de protecção de um direito fundamental: para além da limitação à *liberdade de acção fundamental dos indivíduos* re-

⁹⁹⁷ Neste sentido, cfr. R. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 530 — salientando que a autorização administrativa encontra normalmente o indivíduo em posições jurídicas protegidas constitucionalmente e que os perigos e as razões de bem comum têm de ser suficientes para que a exigência de autorização seja proporcional, em comparação com meios de regulação menos pesados como a reserva de notificação ou de comunicação, citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão nesse sentido.

sultante do exercício da sua personalidade, um dos direitos fundamentais citados (exercício de uma profissão, iniciativa privada ou propriedade) será limitado ao exigir-se um controlo autorizativo para o seu exercício⁹⁹⁸, tendo tal exigência em geral e a sua configuração em concreto que se justificar, perante os direitos fundamentais por ela limitados. É o legislador ordinário que vai concretizar tal exigência, estando directamente vinculado pelos direitos fundamentais, o que o obriga a fazer essa ponderação e a não comprometer o conteúdo essencial dos direitos em jogo.

Em termos genéricos podemos dizer que, desde que, sensivelmente a partir da década de setenta do século passado, o interesse da protecção ambiental se afirmou nas ordens jurídicas, nos termos já vistos — e independentemente de curar, para tais efeitos, se essa afirmação passa pela configuração da tutela ambiental como um fim do Estado e/ou pela consagração de um direito fundamental ao ambiente —, dúvidas parece não restarem sobre a legitimidade constitucional de o legislador ordinário formular a exigência de autorização para todas ou, pelo menos, para grande parte das actividades humanas susceptíveis de produzirem impactes ambientais. Desde que o ambiente foi acolhido nos textos constitucionais — ou, porventura, mesmo antes de tal recepção formal, como demonstra o estudo da ordem jurídica alemã — afigura-se como constitucionalmente legítimo o estabelecimento pelo legislador ordinário de proibições, obstáculos e condicionamentos ao exercício de direitos, em nome da defesa do ambiente.

Uma questão que, para já, não vamos abordar⁹⁹⁹, é a de saber se resulta ou não da Constituição, em face da conexão entre as actividades sujeitas a autorização e as posições jurídicas subjectivas citadas, um *direito* à (obtenção da) autorização. Todavia, podemos dizer que mesmo que tal direito exista, ele não resultará directamente da Constituição, sendo a sua eventual criação da responsabilidade do legislador ordinário.

Há uma última nota que cumpre destacar, ainda no que respeita ao pano de fundo subjectivo que resulta do enquadramento constitucional das autorizações ambientais: referimo-nos à necessidade de *ponderar* as situações jurídicas subjectivas que estão por detrás das autorizações com as *posições jurídicas de terceiros*, em particular dos vizinhos. Como assinala Rainer Wahl¹⁰⁰⁰, em virtude dos efeitos tipicamente modeladores do espaço e do ambiente das autorizações jurídico-ambientais (referidas, na maioria dos casos, a projectos que têm efeitos sobre a área geográfica ou territorial mais ou menos próxima do projecto e sobre as pessoas aí inseridas), os direitos ou interesses subjectivos das pessoas com “inserção” nesse espaço¹⁰⁰¹ têm de ser tomados em conta, o que decorre do enquadramento

⁹⁹⁸ Uma vez que esta temática é sobretudo salientada pela doutrina germânica, convém sublinhar que, tanto no que à *Grundgesetz* respeita como no que se refere à CRP, estamos a falar de direitos fundamentais consagrados nos respectivos catálogos: cfr., na primeira, os arts. 2.º, n.º 1 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), 9.º, n.º 3 (direito ao trabalho e à iniciativa económica privada), 12.º, n.º 1 (direito ao exercício de uma profissão) e 14.º, n.º 1 (direito de propriedade); em relação à nossa Constituição, cfr. os n.ºs 1 dos artigos 26.º (direito ao desenvolvimento da personalidade), 47.º (liberdade de escolha de profissão), 61.º (iniciativa económica privada) e 62.º (direito de propriedade privada).

⁹⁹⁹ Ela será desenvolvida, de forma autónoma, de seguida: cfr. *infra*, 2.3.

¹⁰⁰⁰ Cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 530 e seg.

¹⁰⁰¹ Nas palavras de GOMES CANOTILHO, as pessoas que “têm permanência no local e estreitas relações com o mesmo no plano da existência físico-espiritual” — palavras escritas a propósito da *noção de vizinhança jurídico-*

jurídico-constitucional do instituto. Reconhecendo-lhes, nomeadamente, pretensões de defesa, em particular em ordens jurídicas, como a portuguesa, nas quais o ambiente constitui um direito fundamental dos cidadãos¹⁰⁰².

Pretendemos agora deixar esta nota, sobre a necessidade da tomada em consideração das posições jurídicas dos terceiros efectiva ou potencialmente afectados pelos efeitos de uma autorização jurídico-ambiental, na medida em que ela decorre da Constituição. O estudo mais desenvolvido da problemática, na medida em que constitui outro dos rasgos específicos das autorizações jurídico-ambientais, será retomado mais adiante¹⁰⁰³ — sendo todavia de assinalar, desde já, o facto indiscutido de a autorização ambiental ser um exemplo acabado dos actos administrativos com efeitos em relação a terceiros (com *Doppelwirkung* ou *Drittwirkung*, na terminologia alemã), razão pela qual o tema também se liga ao das relações jurídicas multipolares ou poligonais, como tipicamente o são as relações jurídicas entretidas a propósito das autorizações jurídico-ambientais.

2.1.2. Quanto às exigências colocadas pelo Estado de direito ambiental

Sem pretendermos aprofundar o tema dogmático de fundo da caracterização do Estado de direito dos nossos dias como um *Estado de direito ambiental* — questão especialmente desenvolvida pela doutrina germânica e, entre nós, por Gomes Canotilho e Dias Garcia — é imperioso abordá-la aqui nos seus traços fundamentais, com vista a demonstrar como as exigências deste novo Estado que resultam da assunção plena da questão ambiental como questão imperiosa para a vida das presentes e futuras gerações vai também influenciar o enquadramento das autorizações jurídico-ambientais.

A verdade é que o repto da protecção ambiental e, posteriormente, da *justiça ambiental*¹⁰⁰⁴, tem demonstrado um significado tal que toca mesmo a configuração do nosso Estado: depois da afirmação do Estado de direito e da sua posterior conformação como Estado social, o emergir da questão ecológica, a assunção da sua essencialidade para a ma-

ambiental, na síntese que faz dos *elementos de delimitação pessoal, espacial e temporal* constitutivos da norma (ou normas) individualizadoras de direitos e interesses de vizinhos sob a óptica jusambiental (e jururbanística). GOMES CANOTILHO conclui tratar-se de “um conjunto de pessoas, diferente da colectividade em geral” (delimitação pessoal), de “um círculo de pessoas cuja localização espacial é abrangida pela norma ou normas reguladoras do acto autorizativo (...)” (delimitação espacial) e que, “na qualidade de proprietários, trabalhadores, inquilinos, têm permanência no local e estreitas relações com o mesmo no plano da existência físico-espiritual” (delimitação temporal) — concluindo-se claramente que tal delimitação não abrange só os *proprietários* nem tão-pouco apenas os *residentes*. Cfr. “Anotação” (ao Acórdão do STA de 28 de Setembro de 1989), *RLJ*, ano 124º (1992), n.º 3813, pp. 359-365 (p. 363 e seg.). Os autores alemães falam, a este propósito, num “Qualifizierten betroffen sein”: cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 1342-1344.

¹⁰⁰² KLOEPFER vai mesmo um pouco mais longe, discutindo a possibilidade de, num Estado ambiental, o ambiente constituir um *limite imanente dos direitos fundamentais*: cfr. “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 745-765 (p. 761 e seg.).

¹⁰⁰³ Cfr. *infra*, 2.4.

¹⁰⁰⁴ A propósito da *justiça ambiental*, DIAS GARCIA alude (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 376-379) a um novo dever ser do homem que se consubstancia na *responsabilidade pelo futuro*: há uma nova ética e o direito renova a sua axiologia (o futuro do homem), numa compreensão mais funda e alargada da justiça (o Estado de Justiça Ambiental).

nutrição da vida na Terra em condições dignas e sãs e a consagração da sustentabilidade ambiental das tarefas e das políticas públicas vem reclamar o entendimento do Estado dos nossos dias como um Estado ambiental ou, mais exactamente, como um *Estado de direito ambiental*.

A questão do *Estado ambiental* tem sido amplamente discutida pela doutrina alemã: apesar de só em 1994 a tutela ambiental ter sido acolhida, de forma expressa, na Constituição federal, tal não invalidou que, antes disso, já houvesse unanimidade de pontos de vista quanto à existência de uma tarefa ou incumbência estadual de protecção do ambiente, fundada no Art. 2.º da GG o qual, de acordo com o entendimento da doutrina, não protege apenas a vida mas também um “mínimo de existência ecológica” como pressuposto da protecção de um direito fundamental¹⁰⁰⁵.

Antes de 1994 a protecção do ambiente já estava presente nas constituições de diversos Estados federados, sempre na sua dimensão objectiva, isto é, prevendo a protecção do ambiente como *finalidade da acção pública* — com a única excepção da Constituição de Brandenburg, que consagrava um direito fundamental ao ambiente¹⁰⁰⁶. Em 1994, com a revisão da GG e o aditamento do art. 20.º-A tais tarefas adquiriram obrigatoriedade constitucional expressa no âmbito federal: a assunção da protecção das bases naturais da vida como fim do Estado (da Federação) consagra uma directiva para a acção deste, um mandato de acção e de concretização, não estando mais a finalidade da tutela do ambiente na disponibilidade dos órgãos públicos. O art. 20.º-A deu corpo à finalidade estadual de protecção do ambiente, ao nível *constitucional, legislativo* (“através de leis”), *executivo* ou *administrativo* (“através de actos do poder executivo”) e *jurisdicional* (“e actos judiciais”)¹⁰⁰⁷.

Com o aditamento do art. 20.º-A à *Grundgesetz* deu-se um passo de grande significado na tutela jurídico-pública do ambiente na Alemanha, sendo a determinação do *fim estadual da protecção do ambiente*, configurada na Constituição em termos objectivos, a peça central que levou à “ecologização” do Estado¹⁰⁰⁸. Apesar de alguns autores considerarem que a disposição constitucional se consubstanciava numa “simples declaração”

¹⁰⁰⁵ Cfr., por todos, MICHAEL KLOEPFER, “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, cit., pp. 745-765 (p. e seg.).

¹⁰⁰⁶ De acordo com IGNACIO GARCÍA MATOS (cfr. “El reconocimiento de la acción asociativa en la legislación protectora de la naturaleza en la República Federal de Alemania”, *RDUMA*, n.º 187 (Julio-Agosto 2001), pp. 103-129, p. 106), apesar de algumas diferenças de redacção sem significado, o modelo acolhido na *Grundgesetz* em 1994 é muito próximo do consagrado nas constituições dos diversos Länder, de todas resultando (apenas) o *dever público de defesa e protecção do ambiente*. Como se afirma no texto, apenas a Constituição do Estado de Brandenburg difere desta orientação pois, para além de reconhecer a protecção da natureza e do ambiente como um dever do Estado e de todos os homens, acolheu no seu § 39, n.º 2, a protecção do ambiente entre os direitos fundamentais, ao determinar que “Todos têm o direito de proteger a sua integridade física das lesões e perigos irrazoáveis que resultem da modificação das condições naturais de vida”.

¹⁰⁰⁷ Embora pelo menos parte da doutrina considere que este preceito influencia sobretudo a legislação: nesse sentido, MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., p. 51 e seg. Sobre a imposição do art. 20.º-A da GG aos diferentes poderes do Estado, cfr. também MICHAEL KLOEPFER, “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, cit., pp. 753-755, salientando igualmente que ele se impõe sobretudo ao *poder legislativo* o qual, não obstante, goza de uma ampla prerrogativa de conformação, mas também ao *administrativo* (com uma margem de apreciação muito menor, tendo de concretizar aquele fim na aplicação das normas, nomeadamente na interpretação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, relevando em particular quanto à *administração de planeamento, de ordenação e de prestação*) e ao *judicial* (este numa situação de vinculação directa).

¹⁰⁰⁸ Cfr. KLOEPFER, “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, cit., p. 750.

ou numa mera “homenagem simbólica”, a maioria da doutrina pareceu inclinar-se para reconhecer ali um impulso determinante para um desenvolvimento duradouro da protecção do ambiente pela ordem jurídica, sublinhando a *função jurídico-objectiva* da norma, que tem por destinatário o Estado, no sentido mais lato do termo, abrangendo a Federação, os Estados federados, as comunas, todas as pessoas colectivas de direito público e todos os portadores de poderes autoritários. Marcou-se, com o art. 20.º A, um “ponto de não retorno na evolução da Alemanha para um Estado ambiental”¹⁰⁰⁹.

Como destaca entre nós Dias Garcia¹⁰¹⁰, este Estado ambiental tem uma “potencialidade extensiva”, a qual impede que se exclua quem quer que seja do seu âmbito, sendo a cidadania ambiental tendencialmente mundial, demonstrando igualmente a queda do primado do político na sociedade articulada com a decadência do Estado democrático e social, em face da perda de importância e eficácia da força regulativa tradicional do político, em detrimento da comunidade e da colocação do poder, cada vez mais vezes, fora do Estado. Por esta razão, Dias Garcia salienta o *confronto do Estado de Direito com a questão ecológica* a vários níveis: em função da assimilação do ambiente como bem jurídico fundamental o que, em face da dimensão global do ambiente, vem aprofundar a justiça intrageracional; quanto à urgência de uma “justiça do risco”, que mostra a necessidade de aditar à justiça distributiva das realidades “boas” e desejadas uma justiça distributiva conexcionada agora também com coisas não desejadas (riscos) e de encontrar vias de legitimação política para a decisão de risco; e, por último, a importância de converter o futuro num significante político, considerando no nosso quotidiano o “tempo longo” e integrando este no discurso da justiça — tudo demonstrando as dificuldades do Estado de Direito, em especial ao nível organizatório (para Dias Garcia são também imprescindíveis, para a instituição do Estado de Direito ambiental, as mudanças organizatórias e novas instituições, não podendo a evolução do Estado de Direito Social para o Estado de Direito Ambiental fazer-se sem um enquadramento institucional ajustado), para responder à questão ecológica. São estes aspectos que forçam a consideração do *Estado Ambiental como Estado de Direito*, seguindo a Autora de perto a obra de Christian Calliess sobre a relação de tensão entre Estado de Direito e Estado Ambiental¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁹ Seguimos aqui a opinião e as palavras de ALEXANDER SCHINK: cfr. “Umweltschutz als Staatsziel”, *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 6, März 1997, pp. 221-229 (p. 221 e seg.). ALEXANDER SCHINK sustenta a sua própria posição no facto de a disposição assegurar o já citado “mínimo de existência ecológica”, não tendo dúvidas em considerar, a propósito do “significado jurídico-constitucional” da regra, que ela tem apenas uma *função jurídico-objectiva*, não podendo ser deduzidos do art. 20.º-A quaisquer direitos ou pretensões à melhoria da qualidade ambiental. No mesmo sentido, em língua espanhola, cfr. o já citado artigo de IGNACIO GARCÍA MATOS que aborda o reconhecimento da protecção do ambiente como fim do Estado no art. 20.º-A da Constituição alemã (pp. 104-107), mostrando como este objectivo constitui uma norma com eficácia jurídica para os poderes públicos federais e estaduais (reforçando-se a responsabilidade objectiva do Estado) mas da qual não derivam direitos subjectivos para os particulares, uma vez que a proposta do partido “Os Verdes” (*Die Grünen*, desde 1993 fundido com o partido *Bündnis 90*, formando a coligação *Bündnis 90/Die Grünen*) de acolher na Constituição um direito fundamental ao ambiente foi recusada, por resultarem impraticáveis as demandas individuais dos cidadãos para o tornarem efectivo, nomeadamente com base no argumento de que os bens comprometidos na protecção do ambiente não são bens particulares, mas colectivos.

¹⁰¹⁰ Cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 273-300.

¹⁰¹¹ Cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 296-300. A obra de CHRISTIAN CALLIESS em que DIAS GARCIA se apoia (*apud O Lugar do Direito...*, cit., loc. cit.) é intitulada *Rechstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grun-*

Em todo o caso, acompanhamos Dias Garcia quando demonstra que o Estado do Ambiente tende a ser — ou, talvez melhor, *deverá* ser — um Estado Social ou de justiça social, pois “comunidade e Estado estão condenados a um destino comum”, acompanhamento que se estende à conclusão a que a Autora chega neste tema: *o modelo tradicional do Estado de Direito não responde aos desafios da realidade contemporânea*, sendo necessária uma *refundação do Estado* que se encontra hoje em dia perante uma “tensão dilemática”, já que deve simultaneamente garantir os direitos individuais, prestar tarefas sociais, culturais e económicas e ainda defender a qualidade ambiental¹⁰¹².

Na síntese feliz de Gomes Canotilho¹⁰¹³, *o Estado de direito de ambiente* suscita um problema situado no plano da conformação jurídico-política do Estado, construindo-se com base nas regras e princípios informadores do Estado de direito — mostrando também como não existem instrumentos totalizantes para a edificação deste Estado de direito do ambiente. Para o constitucionalista o Estado de direito do ambiente tem de ser conformado, do ponto de vista *material*, como um *Estado de justiça ambiental*, o que passa pela exigência de *justiça ou equidade ambiental*, a qual torna indispensável uma *carta de princípios de justiça ambiental*, onde avultam o direito à informação, o direito de participação nos procedimentos decisórios e outros princípios estruturantes do direito do ambiente, como o princípio do poluidor pagador.

Mostra-se ainda relevante recorrer de novo à doutrina germânica, a qual demonstra como o Estado do século XXI tem de articular os seus princípios estruturais há muito consagrados (Estado de Direito, democracia, Estado federal e Estado social, entre outros) com uma nova configuração como *Estado do Ambiente*. Seguindo o pensamento de Kloepfer¹⁰¹⁴, tendo por base o art. 20.º-A da GG, as disposições do Tratado da UE dedicadas à protecção do ambiente e, ainda, as das Constituições dos Estados federados, demonstra-se à saciedade a *configuração objectiva* e não subjectiva da tutela ambiental, a *determinação de um fim estadual de protecção do ambiente*, finalidade essa que tem a mesma categoria de outros princípios constitucionais, com relações de tensão muito particulares com os arts. 2.º e 14.º, a serem resolvidas em concreto tentando a sua concordância prática. O conteúdo preceptivo da norma constante do art. 20.º-A da *Grundgesetz* faz com que seja necessário que os

drechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Mohr Siebeck, 2001 — mostrando-nos como o Autor apresenta a introdução da *incerteza* na acção estadual (a qual demonstra a incapacidade do modelo regulativo do direito de polícia para fazer face à nova realidade) e a maior importância das acções preventivas. Todavia, para fazer face às dificuldades e aos perigos das atitudes extremas (que poderiam levar a uma “ditadura ecológica”), CALLIESS propõe a introdução na acção estadual de uma atitude de cuidado ou cautela (*Estado de cautela*), a cooperação entre comunidade e Estado e entre comunidades (*Estado de cooperação*) e a contínua exigência de ponderação de interesses (*Estado de ponderação*), tendo como pano de fundo o relevo dos princípios da proporcionalidade, da participação e da igualização de oportunidades e encargos.

¹⁰¹² Propondo DIAS GARCIA (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 361-366) a instituição de um modelo complexo de múltiplos actores e direcção em rede, um *modelo de governança* a meio caminho entre a estrutura hierarquizada e o mercado; bem como uma “refundação comunitária” que decorre da consciencialização da questão ecológica, cuja resposta se tornou numa exigência ética. Neste pano de fundo, será necessário ensaiar fórmulas de legitimação de limitações ao direito de propriedade, de precariedade de certas situações jurídicas criadas por acto de poder e de retroactividade lesiva de situações subjectivas.

¹⁰¹³ Cfr. “Juridicização da Ecologia...”, cit., pp. 73-79.

¹⁰¹⁴ MICHAEL KLOEPFER, “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, cit., pp. 745-747.

poderes públicos dêem passos para cumprir esta finalidade de tutela ambiental, no caminho da instituição de um verdadeiro *Estado ambiental*.

Num outro trabalho o mesmo Autor explica ainda¹⁰¹⁵ como a *questão do Estado ambiental* passa pela forte identificação do Estado com os objectivos da protecção ambiental, relacionando-se com os novos instrumentos da acção estadual e da cooperação internacional. Ela exige a assunção da tarefa estadual de protecção do ambiente na *teoria dos fins do Estado*, sentindo-se a necessidade da sua regulação constitucional não apenas em termos pontuais, como ao tempo se verificava. Os problemas particulares que a tarefa estadual de protecção ambiental suscita fazem-se sentir ao nível da *acção sob risco* (em especial no domínio da *precaução*, por intermédio da qual a *incerteza* científica penetrou no direito) e da *responsabilidade de longo termo* (as decisões presentes que acarretam frequentemente pesados encargos para o futuro, mostrando a necessidade de tomar em conta os interesses do mundo futuro nos processos decisórios). O que se articula com o relevo do *princípio democrático*, devendo-se deixar as decisões mais importantes ao Parlamento, embora a protecção eficaz do ambiente pressuponha sempre a *cooperação internacional*, em especial ao nível da Comunidade Europeia, o que determina a delimitação entre a salvaguarda das tarefas nacionais e das europeias como mais um dos traços característicos do Estado ambiental. Os novos instrumentos para a acção do Estado ambiental passam nomeadamente pelo fortalecimento do auto-governo ecológico da sociedade que deve ser estimulado pelo Estado, pela consolidação da utilização de instrumentos económicos como certificados ambientais, impostos e taxas ecológicas e, ainda, por intermédio da cooperação e assunção voluntária de obrigações pelos destinatários da regulação ambiental.

Avançados de forma muito breve alguns dos rasgos do Estado de direito ambiental, pretendemos salientar, baseando-nos uma vez mais na doutrina alemã, a forma como as exigências do Estado Ambiental legitimam o legislador ordinário a introduzir deveres de autorização para actividades determinadas, com vista à tutela ambiental¹⁰¹⁶. Mesmo tendo de nos apoiar em textos mais recentes — cujo sentido, todavia, pode ser transposto para a primeira geração do direito do ambiente, sobretudo se pensarmos em ordens jurídicas, como a portuguesa, onde a recepção do ambiente na Constituição ocorreu ainda em meados da década de setenta do século XX — é relevante mostrar como a *ancoragem jurídico-constitucional do ambiente* alarga as tarefas ou obrigações de protecção do Estado relativamente aos direitos fundamentais dos seus cidadãos, também ao nível do direito autorizativo: ao emitir autorizações relativas ao ambiente, o Estado torna-se *co-responsável pelos perigos causados à vida*, à integridade física e ao direito fundamental ao ambiente dos cidadãos tocados pelos efeitos das actividades autorizadas¹⁰¹⁷. Sendo a protecção do ambiente, na

¹⁰¹⁵ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, "Eröffnungsvortrag: Das Ladenburger Kolleg Umweltstaat: Resultate und Perspektiven", in: MICHAEL KLOEPFER (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft — Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte*, Economica Verlag, 1994, pp. 38-40.

¹⁰¹⁶ Cfr., em especial, RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, "Genehmigung...", cit., pp. 217-261 (pp. 258-261).

¹⁰¹⁷ Cfr. WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., pp. 48-50. Em virtude da ausência de um direito fundamental ao ambiente na Constituição alemã, WICKEL refere apenas os direitos à vida e à integridade física acolhidos no n.º 2 do art. 2.º da *Grundgesetz* e a correspondente obrigação de protecção do Estado, também aí consagrada — a qual se estende por todo o espaço de tempo em que a instalação possa originar riscos para os vizinhos, em face da *protecção dinâmica dos direitos fundamentais*, da qual resulta uma limitação jurídico-constitucional da *Bestands-*

Alemanha como em Portugal, um fim, tarefa ou incumbência do Estado, tal construção influencia sobretudo a legislação e, dessa forma, na conformação legal das autorizações administrativas de comportamentos susceptíveis de produzir impactes ambientais tal fim do Estado e os pontos de vista ecológicos têm também de desempenhar um papel importante.

Não é pois de estranhar que, em particular na Alemanha, os autores evidenciem as necessidades de adaptação impostas pelo Estado ambiental, o que é relevante por exemplo para a questão de saber se a autorização deve ser concebida como um acto vinculado ou como um acto discricionário¹⁰¹⁸ ou para fundamentar regimes de “retroactividade imprópria” que, com base em razões de interesse público, modifiquem posições jurídicas subjectivas sustentadas em autorizações emitidas no passado¹⁰¹⁹.

Em todo o caso, deve usar-se aqui de alguma prudência e não forçar demasiado a importância das indicações constitucionais relativas à tutela ambiental, sob pena de se cair numa indesejável “ditadura do ambiente”. As diversas normas e princípios constitucionais são mais do que um mero pano de fundo para o regime das autorizações ambientais, mas a verdade é que a composição dos diversos aspectos singulares que vão determinar o regime de tais autorizações é deixada pela Constituição num *espaço de livre conformação pelo legislador ordinário*, o qual vai determinar o grau pretendido de protecção ambiental e fazer a ponderação entre os diversos interesses em jogo.

2.1.3. Balanço das indicações constitucionais: a autorização entre estabilidade e flexibilidade

A curtíssima análise feita dos aspectos jurídico-constitucionais que influenciaram o regime das autorizações ambientais na primeira geração do direito ambiental sugere fortemente uma questão que, no fundo, é um dos temas centrais da dissertação: a relação de tensão entre, de um lado, a *função de estabilização* do acto autorizativo, pretendida pelo requerente e depois titular da autorização administrativa, fundamentada nos seus direitos fundamentais (em especial de iniciativa económica privada, porventura de propriedade ou ainda do exercício de uma profissão) e na garantia de protecção de tal posição jurídica e do investimento que leva a cabo; e, do outro, as necessidades de flexibilidade, adaptação, abertura à revisão e actualização a exigências posteriores, alicerçada na tutela ambiental (porventura, na configuração do Estado como um Estado de direito ou de justiça ambiental), na protecção do interesse público e na garantia dos direitos de terceiros.

Como lucidamente demonstram Wahl/Hermes/Sach¹⁰²⁰, e concretizando um pouco mais, a autorização ambiental está colocada sob exigências conflitantes, fundadas no direito constitucional: de um lado a garantia da segurança jurídica, do investimento e dos planos do operador, a que acrescem mais modernamente os imperativos de celeridade e

chutz do operador. Todavia, uma vez que em Portugal o direito ao ambiente tem o estatuto de direito fundamental alargamos a referência a esse direito no texto.

¹⁰¹⁸ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 218 e seg.

¹⁰¹⁹ KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 141 e seg.

¹⁰²⁰ “Die Rechtswirkungen der Genehmigung im Umweltrecht. Die Umweltbewilligung als Brennpunkt der unterschiedlichen Anforderung des Umweltrechts”, in: M. KLOEPFER (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft*, cit., pp. 179-180.

desburocratização; do outro, as imposições do Estado ambiental, resultantes dos desafios objectivos de protecção ambiental e de outros interesses públicos pressupostos na Constituição; de outro lado, ainda, as pretensões de defesa de terceiros com assento na Constituição. No fundo, é no seio desta relação triangular que o regime das autorizações ambientais deve ser conformado pelo legislador ordinário, fazendo a concordância prática, ponderação e harmonização entre os interesses em jogo, potencialmente em conflito, o que se afigura uma tarefa verdadeiramente hercúlea, não apenas jurídica mas também política, económica e social em face das suas consequências para os direitos dos cidadãos e para a vida na comunidade¹⁰²¹.

2.2. Proibição preventiva com reserva de autorização ou proibição repressiva com reserva de dispensa?

Como vimos quando estudámos a autorização administrativa em geral, um dos problemas dogmáticos mais discutidos a propósito deste acto, que tem as suas raízes no pensamento de Richard Thoma, reporta-se à diferença entre os casos de *proibição preventiva com reserva de autorização* (“präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt”) e de *proibição repressiva com reserva de dispensa* (“repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt”) — referindo-se o primeiro grupo a situações que, por serem consideradas socialmente valiosas, não são proibidas de forma absoluta pela lei, mas apenas formal, provisória e preventivamente por ela restringidas, sendo tal restrição afastada pela Administração com a emissão da autorização, que repõe a liberdade originária do administrado o qual, em princípio, é titular de um direito à (emissão ou outorga da) autorização a qual, na maioria dos casos, é vinculada, sublinhando-se ainda o seu carácter declarativo; e o segundo a acções socialmente danosas ou indesejadas que são em geral proibidas, podendo a Administração afastar excepcionalmente tal proibição através de uma dispensa, que aparece como uma autorização excepcional — dispondo o requerente apenas do “direito” ao exercício sem vícios dos poderes discricionários respectivos. A proibição preventiva é, em regra, considerada uma proibição meramente formal, provisória e preventiva à liberdade do indivíduo, ao passo que a proibição repressiva é simultaneamente formal e material¹⁰²².

Não obstante as críticas de que esta distinção tem sido alvo na literatura jurídica alemã¹⁰²³ e o reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência germânicas, das dificuldades que suscita na actualidade¹⁰²⁴, ela não deixa de estar presente nas preocupações da doutrina

¹⁰²¹ Sendo precisamente aqui que os Autores citados (cfr. nota anterior) situam a questão da *protecção do adquirido* (*Bestandschutz*) e os correspondentes elementos de segurança jurídica e de investimento a favor do operador.

¹⁰²² Cfr. *supra*, Secção I, especialmente 1.2. Limitámo-nos aqui a recordar os aspectos cardeais da distinção referida.

¹⁰²³ Cfr. *supra*, Secção I, 1.2, especialmente nota 754, na qual expusemos a censura dirigida por ATHANASIOS GROMITSARIS a tal distinção, salientando em particular a aproximação ou mesmo união entre os dois tipos de proibição, não devendo a diferenciação orientar mais a interpretação das normas que estabelecem tipos legais de autorização.

¹⁰²⁴ Sobre essas dificuldades cfr. FRANK SCHREIBER, *Das regelungsmodell der Genehmigung...*, cit., pp. 24-38,

quando se debruça sobre a configuração das autorizações ambientais — preocupações que, quanto a nós, fazem sentido sobretudo em relação à caracterização das autorizações ambientais na primeira geração do direito do ambiente.

A subtracção dos bens ambientais a uma utilização livre legítima a intervenção restritiva do legislador, ao qual é atribuída, como vimos, uma margem de manobra alargada para conformação dos limites ao exercício dos direitos dos cidadãos susceptíveis de produzir impactes ambientais — cabendo dentro dessa margem a fixação de proibições repressivas ou preventivas, com reserva de dispensa ou de autorização, respectivamente. De qualquer modo, a imposição legal da exigência de autorização afigura-se como uma forma muito intrusiva ou exigente de limitação dos direitos dos particulares, em especial dos agentes económicos, se comparada com meios mais suaves ou ligeiros de restrição. Ora, dentro da autorização, a criação ou formulação de um procedimento de autorização preventiva (de uma proibição com reserva de autorização) é mais suave, sendo a proibição repressiva com reserva de dispensa ou autorização excepcional a forma que limita mais intensamente os direitos dos particulares, pelo facto de dizer respeito a acções qualificadas como socialmente indesejadas ou perigosas.

Apesar da sobrevivência da distinção em apreço, reconhece-se ser cada vez mais difícil efectuar uma separação rigorosa entre os casos sujeitos a proibição preventiva com reserva de autorização e os submetidos a uma proibição repressiva com reserva de dispensa. Não obstante, não pode ignorar-se a circunstância de a maioria das autorizações, também no campo ambiental, como vimos, terem por trás de si um direito fundamental constitucionalmente consagrado, que todavia só pode ser exercido depois da autorização. Circunstância que joga claramente no sentido de subsumir as autorizações ambientais no primeiro dos modelos citados, sempre que se possa afirmar que o direito a desenvolver a actividade submetida a autorização resulta da Constituição¹⁰²⁵.

Embora com ressalvas, a doutrina alemã considera que as formas de conduta ambientalmente relevantes devem, em geral, ser subsumidas no modelo da proibição preventiva com reserva de autorização, correspondendo a mais típica das autorizações ambientais — a *autorização do direito de protecção da atmosfera*, prevista no § 4 da BImSchG e regulada nos preceitos subseqüentes da mesma lei — a este mesmo modelo¹⁰²⁶. Este princípio não

especialmente p. 33 e seg. e 36 e seg.: depois de analisar as bases fornecidas por Otto Mayer (em relação à “proibição de polícia com reserva de autorização”) e por Richard Thoma (o “pai” da distinção entre a proibição repressiva e a proibição preventiva), Schreiber trata os desenvolvimentos posteriores à entrada em vigor da *Grundgesetz*, salientando em relação ao seu *entendimento actual* os critérios da delimitação (assentes nas *características constitutivas* da autorização e tendo por base as suas qualidades típicas) que, todavia, não permitem eliminar todas as dúvidas. Reconhecendo as múltiplas questões que a doutrina da *reserva de autorização* suscita e assinalando não estar ainda totalmente resolvida a questão da delimitação entre a proibição preventiva e a proibição repressiva, estado de incerteza que se estende à jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal alemão.

¹⁰²⁵ No sentido de que não resultam da Constituição limites ou fronteiras claras entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa, cfr. KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 40-44. Segundo SACH apesar de o legislador dever recorrer à Constituição, ele possui na composição e conformação das *reservas de autorização concretas* uma grande margem de apreciação.

¹⁰²⁶ Por todos, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 85 e seg., salientando o *papel central da proibição normativa preventiva com reserva de autorização* (a “autorização de controlo”) e mostrando que ela permite a verificação administrativa prévia dos comportamentos ambientalmente relevantes, como por exemplo o funcionamento de uma instalação emitente, o uso de um componente ambiental ou de bens ambientais especí-

surpreende uma vez que a regra geral no que respeita ao exercício da iniciativa económica privada era a da proibição preventiva, só valendo o modelo da proibição repressiva em casos excepcionais¹⁰²⁷.

No entanto, ao lado do princípio assinalado, há também modos de conduta que são valorados pelo legislador como danosos para o ambiente e, nessa medida, assumidos como prejudiciais e indesejados, seguindo a sua regulação o modelo da *proibição repressiva com reserva de dispensa*. Estamos perante casos que não representam um exercício comum ou normal de uma actividade industrial, nomeadamente em face dos perigos particulares que podem suscitar e que, por tal razão, estão em princípio proibidos, só excepcionalmente podendo ser autorizados os agentes económicos a exercê-las. Apesar de se suscitarem algumas dúvidas, a doutrina dá como exemplos de tais situações as autorizações relativas à *transformação ou conversão da floresta*, em matéria de conservação da natureza, previstas no § 9 da BWaldG¹⁰²⁸ ou as autorizações do direito dos recursos hídricos, em face da discricionariedade de indeferimento consagrada no actual § 12 da WHG¹⁰²⁹.

Todavia, há alguns tipos de autorizações que suscitam dúvidas particulares, permitindo sublinhar as dificuldades em estabelecer uma linha divisória rigorosa e explicando, pelo menos em parte, o esbater da importância desta distinção, a que nos referiremos com mais pormenor na Parte II do nosso trabalho. É isso que acontece com as autorizações em matéria de *direito nuclear*, em especial a autorização de construção e funcionamento de instalações onde tenham lugar operações de produção, transformação, tratamento ou reprocessamento de energia nuclear, isto é, de centrais nucleares, previstas no § 7 da AtG.

Antes de terminar este ponto, gostaríamos de destacar duas ideias. A primeira tem a ver com a circunstância de esta distinção se repercutir ou estar interligada com outros aspectos dogmáticos e práticos da maior importância ao nível das autorizações administrativas e, como tal, também no plano das autorizações ambientais: é isso que acontece em relação à distinção entre *autorizações vinculadas* e *autorizações discricionárias*. A segunda leva a sublinhar-se que, independentemente de uma autorização ser subsumida num ou noutra modelo, todas as acções, projectos ou comportamentos necessitados de autorização — isto é, em relação aos quais *a lei exija a obtenção prévia de um acto autorizativo* — devem ser considerados proibidos enquanto não forem autorizados¹⁰³⁰.

ficos ou a comercialização de produtos determinados, mencionando como exemplos os §§ 4 e 6 da BImSchG. Os termos actuais da questão serão retomados na Parte II (Cap. III, Secção II., 2.).

¹⁰²⁷ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 243.

¹⁰²⁸ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 244.

¹⁰²⁹ Era também isso que acontecia com a *autorização para a exportação de resíduos* regulada no § 13, n.º 2, da AbfG, numa sua versão anterior.

¹⁰³⁰ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 706, evidenciando que do carácter da proibição preventiva com reserva de autorização decorre que está proibido aquilo que não for autorizado. Por maioria de razão, o mesmo se passa quanto às actividades sujeitas a proibição repressiva com reserva de dispensa. No mesmo sentido, mostrando que o *efeito geral da autorização* — independentemente da distinção entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa — tem de se relacionar com o pressuposto de acordo com o qual *todos os projectos necessitados de autorização estão proibidos enquanto não forem autorizados*, cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 51.

2.3. Vinculação ou discricionariedade na emissão da autorização ambiental – a questão do eventual direito à (emissão da) autorização

Na doutrina alemã, a questão da diferença entre o modelo da proibição preventiva com reserva de autorização e o da proibição repressiva com reserva de dispensa liga-se de forma praticamente directa a outro problema com bastante interesse teórico e prático: o de saber se, à face da lei, a autorização se pode configurar como um acto *vinculado*, caso em que o requerente goza de um *direito à autorização* ou à sua emissão ou se, pelo contrário, tal posição jurídica não é substancialmente tutelada pela norma, a qual concede um espaço de apreciação discricionária à autoridade responsável pela outorga da autorização, dispondo o requerente de uma posição jurídica que se consubstancia tão-só num “direito” ao exercício sem vícios do poder administrativo discricionário.

A doutrina concorda, também aqui, que a questão de saber se o legislador deve ou não conceder um direito à autorização depende da margem de manobra deixada pela Constituição¹⁰³¹; ora, como vimos, a margem de manobra do legislador ordinário na configuração concreta das autorizações ambientais é bastante grande, dependendo da ponderação concreta que este faça entre os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade, ao exercício da liberdade de iniciativa privada e/ou de uma profissão e de propriedade, de um lado, e aos interesses públicos de tutela ambiental correspondentes a interesses da generalidade dos cidadãos, bem como aos interesses e direitos de terceiros, em particular dos vizinhos, do outro lado.

A correspondência com a distinção feita no ponto anterior é no sentido de que nos casos sujeitos a uma proibição preventiva com reserva de autorização, uma vez que a proibição é apenas de ordem formal, se o pedido de autorização cumprir os pressupostos legais, estaremos perante uma autorização vinculada, existindo em princípio um direito à concessão da autorização, se esta se fundar numa pretensão jurídico-constitucional do requerente. Nas situações sujeitas a proibição normativa repressiva com reserva de dispensa, em que a autorização aparece configurada de forma excepcional, a sua outorga é posta na discricionariedade da autoridade competente e vai representar um alargamento da esfera jurídica do requerente, o qual não goza de um direito ou de uma “pretensão fundamental” à outorga da autorização mas apenas ao exercício sem vícios da discricionariedade de dispensa.

Como tal, pelo menos na primeira geração do direito ambiental, o entendimento maioritário na Alemanha era o de que vigoraria, em regra, no domínio das autorizações ambientais, um regime de *autorizações vinculadas*, correspondente à vigência maioritária de um modelo de proibição preventiva com reserva de autorização¹⁰³². De qualquer modo, deve haver aqui alguma cautela, já que há realidades que mostram como se deve evitar uma resposta categórica em tal sentido. Devendo ser referido, uma vez mais, o recurso habitual, na legislação ambiental, a conceitos imprecisos ou indeterminados, que conferem margens

¹⁰³¹ Nesse sentido, cfr. WAHL/HERMES/ SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 228-233. Os Autores apresentam jurisprudência do BVerfG no mesmo sentido de o direito à autorização não resultar directamente da Constituição sendo, pelo contrário, *tarefa de conformação do legislador* (p. 228, nota 23).

¹⁰³² Expressamente nesse sentido, cfr. KLOEPFER, “Umweltrecht”, cit., p. 392. Note-se que este trabalho data de 2000, ano em que o grande Mestre alemão continuava a defender esta posição.

de apreciação discricionária à Administração e que levam a que não se possa dizer, em rigor, que uma decisão é vinculada, em face do espaço de valoração concedido à autoridade responsável pela outorga da autorização¹⁰³³.

Paradigmático é, a este respeito, o caso da principal autorização ambiental do direito alemão, a autorização do direito de protecção das imissões: por um lado ela é vista como o exemplo acabado da autorização vinculada, em que o requerente goza de um direito à sua emissão, não estando o elemento “ar” — ao contrário do componente “água”, por exemplo — sujeito a qualquer discricionariedade, na medida em que a verificação dos pressupostos para a sua emissão (essencialmente contidos no n.º 1 do § 6 da BImSchG) faz nascer um direito à emissão da autorização; no entanto, e por outro lado, a doutrina acaba por mostrar que ela não configura uma autorização de controlo estritamente vinculada, na medida em que contém muitas características dos tipos legais abertos, com diversos elementos de ponderação e valorização administrativa, como sejam as referências ao princípio da precaução e ao bem-estar da generalidade nos pressupostos para a sua emissão¹⁰³⁴.

Também as autorizações no âmbito do direito nuclear — em especial a autorização de abertura e funcionamento de centrais nucleares, prevista no § 7 da AtG — mostram a impossibilidade de fazer aqui distinções e correspondências estanques: parece não estarmos perante um caso de proibição repressiva com reserva de dispensa mas antes em face de uma proibição preventiva com reserva de autorização (nomeadamente em face da “decisão de princípio positiva” do legislador a favor da livre utilização da energia nuclear), ainda que *conformada de modo especial*, o que se reflecte no carácter vinculado ou discricionário da sua concessão¹⁰³⁵.

Como veremos na Parte II da dissertação, o caminho percorrido depois dos primeiros anos da fase moderna do direito ambiental, foi no sentido de cada vez menos se poder considerar que os particulares — em especial os agentes económicos — gozam de um “di-

¹⁰³³ Em termos gerais sobre esta problemática, cfr. RAINER WAHL, “Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, pp. 237-265 (pp. 257-265), mostrando as dificuldades na caracterização das autorizações ambientais como vinculadas ou discricionárias: apesar das suas ligações aos direitos fundamentais contidos nos arts. 12.º e 14.º da *Grundgesetz* e do facto de o direito público cultivar, a este nível, um comportamento “inimigo” da discricionariedade e dos poderes administrativos de livre apreciação, Wahl acaba por salientar os espaços discricionários que nesta sede se abrem — apesar do relevante papel das disposições administrativas concretizadoras —, realçando que a importância do *caso concreto* joga a favor da discricionariedade e demonstrando que, afinal, esta é compatível com os direitos fundamentais e com a sua protecção e promoção, concluindo que as posições jurídicas constitucionais não são lesadas pela concessão de espaços de livre apreciação no direito das autorizações.

¹⁰³⁴ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 716.

¹⁰³⁵ Neste sentido, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 454-456, chamando a atenção para o facto de, mesmo quando os pressupostos para a emissão desta autorização, previstos no § 7 da AtG, estão preenchidos, a sua concessão é *discricionária*, apesar de não se tratar de uma proibição repressiva, mas sim preventiva, salientando que aquela discricionariedade se fundamenta, nomeadamente, na circunstância de mesmo com a outorga da autorização não se dominarem suficientemente os perigos da utilização da energia nuclear. RÜDIGER BREUER, pelo seu lado (cfr. “Umweltschutzrecht”, cit.), considera que esta autorização, por estar na fronteira entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa (cfr. p. 750 e seg.), conduz a que uma instalação que preencha os pressupostos da autorização só possa ser recusada para defesa de um dos fins previstos nos n.ºs 2 a 4 do § 1 da mesma lei — isto é, só a prossecução de tais fins pode fundamentar a discricionariedade da recusa ou indeferimento (p. 753).

reito” a poluir, embora por outro lado o próprio mecanismo do comércio de emissões, com a atribuição de licenças a poluir, pareça conduzir à conclusão oposta. Mas as necessidades de protecção e de adaptação impostas pelo Estado ambiental reforçaram, como veremos, a necessidade de flexibilização e adaptação constante do conteúdo das autorizações ambientais às novas exigências e aos novos conhecimentos, sendo cada vez menos razoável, à luz do imperativo constitucional da tutela ambiental — em Portugal reforçada com o reconhecimento constitucional de um direito fundamental ao ambiente — defender a caracterização das autorizações ambientais como actos vinculados¹⁰³⁶.

2.4. Principais efeitos das autorizações ambientais

Como vimos no ponto anterior, o principal efeito das autorizações administrativas — não havendo especificidades a registar a este respeito no que toca às autorizações ambientais — é o de afastarem a proibição ou o condicionamento estabelecido por lei de desenvolver uma actividade determinada sem o acto administrativo permissivo. Por isso é que todos os projectos e acções necessitados de autorização devem considerar-se proibidos enquanto não for emitido o acto permissivo.

Tendo por base a relação da autorização com a proibição que ela visa afastar ou neutralizar e o facto de as actividades sujeitas a autorização ambiental, na visão tradicional, estarem em regra sujeitas apenas a uma proibição relativa, de cariz formal, alguns autores reconhecem um *efeito declarativo* à autorização, traduzido precisamente no afastamento ou suspensão dessa proibição formal e na declaração vinculativa de que não se opõem ao projecto ou comportamento requeridos, pelo menos à data do controlo de abertura, preceitos jurídicos¹⁰³⁷. Esta consequência está ligada, de forma indelével, ao principal resultado dos actos permissivos, que naturalmente também se verifica em sede ambiental: o efeito de *autorização* do projecto ou comportamento requerido.

Desta forma, este *efeito declarativo* (*Feststellungswirkung*) da autorização exprime que o projecto, no momento da autorização, não está em oposição com os preceitos jurídicos aplicáveis, eliminando a proibição formal que a lei colocava à sua execução, ao passo que o *efeito autorizativo* (*Gestattungswirkung*) se traduz em permitir aquilo que o requerente solicitou¹⁰³⁸.

É possível extrair mais consequências destes efeitos autorizativo e declarativo dos actos em apreço, seguindo ainda o ensinamento de Wahl¹⁰³⁹: para além de repor a liberdade de acção originária do requerente, restringida pela lei que determina a exigência de

¹⁰³⁶ Seguimos aqui de perto o pensamento de WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 217 e seg. e 228-233.

¹⁰³⁷ Cfr. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 529. Como vimos, Wahl prefere falar, em vez de proibição com reserva de autorização, num *procedimento de autorização com reserva de proibição*, exprimindo a autorização eficaz, de forma vinculativa, a não oposição a preceitos e regras jurídicas. Nas situações em que a lei é mais incisiva ou radical, estabelecendo uma proibição repressiva com autorização excepcional ou dispensa, este acto dá ao requerente uma excepção ou dispensa de uma proibição que em geral é imperativa mas que vai ser afastada em relação àquele *caso concreto*.

¹⁰³⁸ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 248.

¹⁰³⁹ Cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 533.

autorização para a efectivação de um direito fundamental, a autorização dá ao projecto ou à acção um fundamento constitutivo próprio, assegurando-o num âmbito jurídico determinado. Uma vez que estamos perante autorizações concedidas através de uma base jurídica especial — a autorização ambiental funda-se, na primeira geração do direito ambiental que se caracteriza, a este nível, por um regime sectorial ou “medial”, numa lei especial relativa à protecção do ar, da água, dos solos, do ruído, da natureza, etc., ou reguladora da actividade industrial ou de um âmbito específico desta actividade — a cláusula geral do direito de polícia (geral) é também neutralizada, nomeadamente com base num princípio da especialidade, que determina em maior ou menor medida a exclusão das regulamentações gerais em detrimento dos regimes especiais¹⁰⁴⁰.

Um defeito endémico das autorizações ambientais de primeira geração — apenas matizado ou moderado nalguns ordenamentos jurídicos, como o alemão, onde foi desenvolvido desde cedo o *efeito de concentração* ou de *substituição* destes actos — é o da sua fragmentação e respectiva falta de integração. Como assinala Peters¹⁰⁴¹ as formas de comportamento com relevância ambiental estão em regra sujeitas a diversas leis especiais, colocando-se em tais casos a questão da concorrência das exigências materiais, autoridades competentes e, em especial, dos procedimentos autorizativos previstos.

No direito americano as dificuldades e imperfeições também são, a este nível, históricas. A enorme complexidade das principais leis ambientais federais americanas, com destaque para o CAA e para o CWA, propaga-se às autorizações ambientais emitidas ao seu abrigo: os problemas da *fragmentação* e da *falta de integração* do sistema norte-americano de tutela ambiental, em especial ao nível das autorizações, fazem parte dos principais defeitos que lhe são apontados, agravados pela circunstância de, nos EUA a quase totalidade das actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais estar sujeita a autorização (com algumas excepções, por exemplo em actividades de produção ou gestão de pequenas quantidades de resíduos), sendo muitas vezes necessárias diversas autorizações para a mesma actividade, a emitir por autoridades diferentes. O carácter fragmentado do sistema, organizado a partir da protecção de componentes ambientais *específicos*, tolhia o progresso dos níveis globais de protecção ambiental e facilitava a transferência da poluição de uns componentes para outros — problema que perdurou e perdura ainda hoje, em larga medida, já que os EUA são dos países industrializados que mais têm demorado a avançar para uma *abordagem integrada* da regulação ambiental e para um sistema de prevenção e controlo *integrados* da poluição¹⁰⁴².

Também na Europa a legislação ambiental de primeira geração foi, na maioria dos países que temos tido em vista patentemente sectorial no sentido da regulação específica de cada um dos componentes ambientais, com políticas, estratégias, leis e até autoridades

¹⁰⁴⁰ Embora WAHL manifeste aqui bastante prudência, ao considerar que os regimes gerais apenas são afastados ou neutralizados por regulamentações sectoriais na medida em que as leis onde se contêm estes regimes especiais contenham *regulamentações completas* ou *fechadas*: cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 533.

¹⁰⁴¹ Cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 57.

¹⁰⁴² Neste sentido, cfr. RICHARD STEWART, “A New Generation...”, cit., p. 29. Especificamente sobre a *fragmentação* da política ambiental norte-americana, cfr. DANIEL J. FIORINO, “Toward a New System of Environmental Regulation: The Case for an Industry Sector Approach”, *Envtl. L.*, volume 26, n.º 2, Summer 1996, pp. 457-488 (pp. 461-462).

administrativas especificamente destinadas ao controlo e combate da poluição do ar, das águas, do solo, do ruído e do tratamento dos resíduos, levando a cabo uma abordagem separada dos efeitos de determinados projectos e actividades nos diversos componentes ambientais naturais¹⁰⁴³.

Um outro tema reporta-se ao facto de as autorizações ambientais, apesar das exigências ou pressupostos subjectivos ou pessoais que reclamam, serem actos onde predomina o *cunho real* — nomeadamente por se referirem, na maioria dos casos, a *instalações* nas quais são desenvolvidas actividades que produzem impactes ambientais —, o que explica que produzam a sua eficácia sobre as áreas próximas à de implantação do projecto ou da instalação e sobre as pessoas que aí residem ou que têm “permanência no local e estreitas relações com o mesmo no plano da existência físico-espiritual”¹⁰⁴⁴, pessoas consideradas diferenciadamente pelas normas reguladoras da actividade, que protegem os seus interesses, atribuindo-lhes nomeadamente legitimidade procedimental e processual em relação ao acto em causa. Ora, em face destes efeitos modeladores do espaço e do ambiente, as autorizações ambientais têm *efeitos em relação a terceiros* (em especial os vizinhos), sendo também a este propósito que se refere a circunstância de se estabelecerem, com base nestas autorizações, relações jurídicas multipolares ou poligonais — uma vez que a sua prática envolve não apenas os direitos do operador económico e os interesses públicos tutelados pela Administração autorizante, mas também as posições jurídico-públicas desses terceiros.

Este pano de fundo permite-nos abordar um outro efeito das autorizações ambientais, também evidenciado de forma lapidar pela legislação e pela doutrina germânicas: referimo-nos ao *efeito conformador de direito privado* das autorizações ambientais que, nalguns casos, assume a forma de um *efeito preclusivo*, de *preclusão* ou de *exclusão* das posições jurídico-privadas de terceiros que não assentem num título especial de direito privado¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Sobre a protecção sectorial ou “medial” do ambiente (aquela que tem por objecto os diversos componentes ambientais naturais), por oposição à *protecção causal* do ambiente (referida a materiais perigosos determinados, nomeadamente por intermédio do direito de protecção nuclear e das radiações, do ordenamento das indústrias químicas, dos resíduos ou dos alimentos, rações e medicamentos), à *protecção vital* do ambiente (tutela directa dos animais e das plantas como elementos do ambiente humano) e à *protecção integrada do ambiente* (ligada a uma tarefa de protecção alargada, podendo concretizar-se tanto numa *protecção integrada do ambiente concorrente*, com relevância particular ao nível do direito e dos instrumentos de planeamento e também na avaliação de impacte ambiental, como numa *protecção integrada do ambiente convergente*, onde se destaca o direito da segurança técnica e da protecção do trabalho), cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., pp. 618-630. Cfr. também GERHARD FELDHAUS, “Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel...*, cit., pp. 15-43 — mostrando-nos como a lei de revisão constitucional alemã de 1972 criou as bases para a emissão de leis sobre o ambiente (concretamente no art. 74.º, n.º 24) e como a ela se seguiram uma série de leis especiais (desenvolvidas ou pormenorizadas por regulamentos administrativos), nomeadamente sobre os resíduos, sobre a água e com enorme destaque para a lei federal de protecção das imissões, a qual constitui o modelo para o direito ambiental moderno (cfr. p. 28 e segs.); e apesar de assinalar uma fase do direito ambiental “alastrado aos componentes e integrado” (cfr. p. 40 e segs.), refere que existiam ainda poucas leis aplicáveis aos diversos meios ou componentes ambientais (*medienübergreifendes*) e integradas, sendo a lei que procedeu a uma alteração profunda da BImSchG para transposição da Directiva sobre Prevenção e Controlo Integrados da Poluição, da Directiva de alteração do regime da AIA e de outras directivas (a *Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz*, de 27.7.2001, normalmente designada pela doutrina alemã por “Artikelgesetz”) a grande peça para a construção de um direito ambiental integrado.

¹⁰⁴⁴ Recorremos, de novo, às palavras de GOMES CANOTILHO: cfr. “Anotação”, cit., n.º 3813, p. 363 e seg.

¹⁰⁴⁵ Envolve-se aqui uma série de questões e de termos muito próximos, questões tratadas com grande

No direito alemão, onde o tema tem sido tratado com bastante desenvolvimento, tanto

profundidade entre nós por GOMES CANOTILHO: cfr. "Actos Autorizativos Jurídico-Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais", *BFDUC*, vol. LXIX, 1993, pp. 1-69. O tema central desta Lição de GOMES CANOTILHO é o de determinar qual o efeito que um acto administrativo autorizativo de uma actividade por parte de um privado tem sobre a qualificação como ilícita dessa actividade em sede jurídico-civil (cfr. p. 4), o que, ao nível ambiental, se traduz em apurar se o comportamento ambientalmente danoso de um particular pode ser considerado como ilícito apesar de ele se suportar num acto administrativo prévio de autorização. Como nos mostra o insigne constitucionalista, o tema relaciona-se com a *eficácia externa* ou *efeito conformador* na ordem jurídica privada das actividades dos particulares desenvolvidas com base em autorizações administrativas (p. 5) e o hipotético *efeito legalizador* deste acto, na medida em que ele poderá tornar lícito o que à partida se apresentaria como ilícito, *justificando* assim a causação de danos na esfera jurídica de terceiros (p. 6), que assumem as vestes de *efeitos preclusivos* na medida em que excluem pretensões jurídico-privadas (acções de defesa ou acções inibitórias) contra outras actividades privadas suportadas em autorizações administrativas. Apesar das dificuldades quanto à definição do sentido e do alcance do *efeito legalizador* do acto administrativo, GOMES CANOTILHO não se exime da tentativa de estabelecer os seus contornos, falando a este propósito (cfr. p. 18 e segs.) em *efeitos irradiantes* do acto administrativo autorizativo, traduzidos quer na *vinculatividade* de outras autoridades administrativas (subsumível na força de caso decido ou *Bestandskraft* do acto administrativo), quer na eventual justificação dos *efeitos lesivos de terceiros* afectados pela actividade autorizada. A questão da eventual admissibilidade dos *efeitos justificativos* não poderá passar pelo argumento da *unidade da ordem jurídica* (com base no qual se diria que se um acto administrativo autorizativo exclui a ilicitude no âmbito do direito administrativo, ele deveria também ser considerado como causa justificativa da ilicitude no domínio jurídico-civil e, eventualmente, também no âmbito jurídico-penal), uma vez que se lhe opõe a *teoria de ilicitudes diferenciadas*, que considera a ilicitude um conceito funcionalmente determinado segundo os específicos termos de direito — tudo desembocando num problema de *concorrência de normas*, procurando determinar-se, no caso de uma norma fixar a ilicitude de uma actividade e de uma outra consagrar uma causa justificativa para a ilicitude, a qual delas se deverá dar prevalência, investigação que conduz CANOTILHO a aceitar a *preferência da norma de justificação jurídico-administrativa* (p. 28 e seg.). Todavia, será necessário que se verifiquem os *pressupostos jurídico-constitucionais* da aceitação de tais efeitos justificativos, que passam pelo respeito dos limites colocados pelos *direitos fundamentais* quer como direitos de defesa, quer em virtude da sua dimensão jurídico-objectiva, pela salvaguarda do princípio da *reserva de lei*, reclamando que o dever de sacrifício resulte da lei e pelo sucesso do teste da *adequação*, a exigir a aptidão do efeito preclusivo para a prossecução de *fins constitucionais* e da *proibição do excesso*, implicando que a atribuição de efeitos preclusivos seja *estritamente necessária* para a prossecução dos fins legais; bem como os *pressupostos jurídico-administrativos* que tornam imperiosa uma consideração diferenciada dos diversos procedimentos autorizativos (uma sua análise "tópica e típica"), só se aceitando a aplicação dos efeitos legalizadores a *autorizações permissivas com conteúdo prescritivo*, isto é, em que a Administração, no uso de poderes discricionários, inclui cláusulas particulares que condicionam a actividade do particular e o vinculam *praeter legem*, criando regras novas para além das que resultariam da lei, conformando-se a autorização como um acto constitutivo de conteúdo conformativo, configurando as cláusulas respectivas verdadeiras regras jurídicas do exercício da actividade em questão. Com protagonismo para as autorizações da actividade industrial, correspondentes a verdadeiros actos reguladores da actividade — o que explica a circunstância de parecer ser esse cada vez mais o caso das *autorizações ambientais*, nomeadamente no seu regime no direito alemão.

Todavia, para além da restrição dos efeitos preclusivos a sujeitos determinados ("seleccionados" através de um âmbito pessoal, material, funcional e temporal determinado), a aceitação deste efeito justificativo não vai ao ponto de afastar a *compensação de danos* dos terceiros lesados, nomeadamente no seu direito fundamental ao ambiente, pelo que acto autorizativo preclusivo não significa acto impositivo de sacrifício sem indemnização (p. 34 e segs.), não sendo legítimo defender uma deslocação do dever de indemnizar do particular lesante para o Estado permissor.

Em suma: *os actos administrativos com efeitos justificativos ou preclusivos* — ou o *efeito de legalização* das autorizações administrativas — não vão ao ponto de precludir a acção indemnizatória, o direito de compensação dos danos por parte dos terceiros lesados. Em regra, o sacrifício do terceiro é legitimador de uma *pretensão jurídico-privada*, incidindo a responsabilidade sobre o privado lesante; em casos excepcionais em que a actividade autorizada se destina a *satisfazer necessidades públicas* (p. ex. construção de uma auto-estrada) a pretensão indemnizatória será configurada em termos *jurídico-públicos* (cfr. p. 52).

Note-se por último, a este respeito, que MARTIN KMET WISS apelida o efeito de legalização (da autorização de construção) de "irmão científico" (*wissenschaftlichen Bruder*) da *Bestandschutz*: cfr. "Begrenzung der Legalisierungswirkung einer Genehmigung durch das Prinzip der Interessenabwägung im öffentlichen Baurecht", *BauR*,

em geral quanto às diversas actividades económicas privadas sujeitas a autorização como no que diz respeito especificamente às *autorizações ambientais*, as origens da discussão são bastante antigas¹⁰⁴⁶: como assinala Kloepfer¹⁰⁴⁷, as *raízes do efeito preclusivo* devem buscar-se no direito prussiano, mais exactamente na *Allgemeine Gewerbeordnung* de 17.01.1845 ao abrigo da qual era necessária uma *autorização de polícia especial* para a construção de *instalações industriais* que pudessem trazer perigos ou danos significativos para os proprietários ou moradores dos terrenos vizinhos ou para o público em geral. Para além disso, esta lei da Prússia atribuía ao prazo de oposição ou impugnação um *efeito preclusivo* para todas as oposições que não assentassem em títulos especiais de direito privado, garantindo uma elevada segurança ao investimento realizado pelo titular da autorização — o que, ao tempo, seria particularmente problemático, pois não havia uma intensidade do controlo em vista da protecção dos interesses privados no procedimento correspondente.

Como vimos ser destacado por Gomes Canotilho, a afirmação de um “efeito de legalização” ao acto administrativo autorizativo exige uma análise tópica e típica dos vários procedimentos administrativos, não sendo a atribuição de efeitos legalizadores extensiva a toda e qualquer autorização mas apenas a algumas espécies de procedimentos autorizativos¹⁰⁴⁸. Assim, apesar de a autorização administrativa respeitar à compatibilidade do projecto com os preceitos jurídico-públicos — razão pela qual na Alemanha a *autorização de construção*, que constitui um dos exemplos mais relevantes de acto autorizativo fora do âmbito do direito ambiental, é expressamente promulgada “sem prejuízo de direitos privados” (de terceiros), sendo também este o entendimento que resulta da análise do direito português¹⁰⁴⁹

n.º 11/2000, pp. 1675-1681, p. 1675.

¹⁰⁴⁶ Tratando em geral o tema do efeito de preclusão no direito alemão e no direito comunitário, se bem que com referências especiais às autorizações administrativas e ao direito ambiental, cfr. HANS CHRISTIAN RÖHL/CLEMENS LADENBURGER, *Die materielle Präklusion im raubezogenen Verwaltungsrecht — Verfassung- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben / Verwaltungsrechtsdogmatische Einordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997. Vide, em especial, a importância dada nesta monografia às *decisões complexas relativas a autorizações*, tanto ao nível da exclusão de impugnações (p. 29 e seg.) como das normas de preclusão individuais, com destaque para as da BImSchG (p. 55 e seg.).

¹⁰⁴⁷ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 75.

¹⁰⁴⁸ Cfr. “Actos autorizativos jurídico-públicos...”, cit., p. 38 e seg. GOMES CANOTILHO dá como exemplos extremos os da *licença de construção* (a qual não dá ao seu beneficiário direito a causar danos a terceiros nem constitui estes no dever de os suportar) e do licenciamento de um estabelecimento industrial produtor de energia eléctrica de origem hidráulica (caso em que “parece ser razoável reconhecer ao beneficiário do licenciamento da actividade o direito subjectivo de desenvolver a actividade económica em conformidade com o procedimento autorizativo”). Como veremos a seguir esta distinção é normalmente aceite tanto pela doutrina nacional como pela alemã.

¹⁰⁴⁹ Idêntico regime vigora em Portugal, onde as *licenças urbanísticas* ou *de construção* estão exclusivamente submetidas a normas de direito administrativo (mais exactamente, de *direito do urbanismo*), sendo emanadas *salvo direito de propriedade e com reversa de direitos de terceiros*. Desenvolvidamente sobre o tema, cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares - Studia Iuridica*, n.º 61, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 991-1048. Neste trabalho, Fernanda Paula Oliveira conclui que vigora, em relação à *licença de construção*, no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com sucessivas alterações posteriores ao texto ora em apreço) — e não em relação à *autorização administrativa*, a qual estava disciplinada nos arts. 28.º e segs. do citado diploma, que foram no entanto posteriormente revogados — a citada regra da sua submissão exclusiva a normas de direito do urbanismo, o que tem a consequência de aquela licença ser emanada salvo direito de propriedade e com reserva de direitos de terceiros. De acordo com a Autora (cfr., em especial, pp. 1017-1022) a legalidade que a Administração examina ao praticar este acto admi-

— algumas autorizações ambientais produzem efeitos de cariz jurídico-privado.

Ao nível do direito alemão é pertinente recorrer aqui, uma vez mais, a um preceito da lei federal de protecção das imissões: o seu § 14, sob a epígrafe “Exclusão de pretensões de defesa jurídico-privadas”, determina que não pode ser exigida a cessação ou suspensão do funcionamento de uma instalação cuja autorização se tenha tornado inopugnável com vista à defesa (para evitar) efeitos jurídicos prejudiciais de um terreno para um terreno vizinho, só podendo ser exigidas providências que excluam tais efeitos prejudiciais — dispondo ainda que, se tais providências não forem exequíveis ou economicamente defensáveis, pode apenas ser exigida a indemnização dos danos¹⁰⁵⁰. São evidentes, nestes termos, os efeitos da autorização em relação a terceiros, isto é, o facto de estarmos perante actos com “Doppelwirkung” ou “Drittwirkung”.

Alguns Autores enquadram estes efeitos da autorização num conjunto mais geral de efeitos produzidos pelo mesmo acto: o *efeito conformador* (“Gestaltungswirkung”) da autorização ambiental, traduzido na *criação, modificação* ou *extinção* de uma *situação jurídica* ou de uma *relação jurídica concreta*, que abrange tanto o efeito conformador jurídico-públi-

nistrativo — numa tendência comum à dos direitos europeus continentais, designadamente francês, espanhol e alemão — é *estritamente urbanística*, não ultrapassando o seu controlo o âmbito das normas urbanísticas, sendo essa a razão pela qual ele é emitido *sob reserva de direitos de terceiros*, regulando apenas as relações entre a Administração e o titular da licença, sem constituir, modificar ou extinguir, desta forma, relações jurídicas privadas — isto é, sem definir a situação jurídica dos terceiros e sem representar qualquer atentado para os direitos destes terceiros que decorram de normas jurídico-privadas ou de convenções realizadas entre particulares. Daí a *independência essencial entre a licença de construção e as regras de direito privado*, que conduz também a que a licença em causa não assegure o respeito por direitos e obrigações vigentes nas relações entre os privados. Apesar de considerar a fórmula “reserva de direitos de terceiros” pouco clara, Fernanda Paula Oliveira aceita que os seus inconvenientes são largamente superados pelas vantagens económicas de ganho de tempo e de competência, em virtude da desnecessidade de verificação, por parte da Administração, de regras de outros sectores do ordenamento jurídico, designadamente do privatístico, cingindo-se ao controlo da legalidade urbanística (cfr. pp. 1023-1026).

No que toca às consequências da aplicação desta regra da emissão da licença de construção sob reserva de direitos de terceiros, conclui a Autora em exame (cfr. pp. 1034-1041) que ela conduz a que a violação de direitos de terceiros protegidos por normas de direito privado não possa ser causa de anulação da licença de construção, apenas podendo ser feita valer através de meios de protecção de direito privado, em princípio perante os tribunais judiciais, embora não torne legítima a actividade edificatória no ordenamento privatístico: o sujeito autorizado, depois de realizar a obra não fica eximido da responsabilidade pela lesão de direitos atribuídos a terceiros confiados por normas de direito privado, isto é, *as licenças não têm um efeito legalizador ou conformador de relações jurídico-privadas* e, como tal, *não podem ser invocadas para excluir a responsabilidade civil* (nem tão pouco a penal) em que tiverem incorrido os seus beneficiários no exercício das actividades licenciadas (cfr. p. 1038).

Ainda sobre o tema cfr., num escrito posterior, PEREIRA DA COSTA (“Os Direitos de Terceiros nos Licenciamentos de Operações Urbanísticas”, *RevCEDOUA*, n.º 7, ano IV, 1.01, pp. 103-113) que nos informa de um acórdão do STA (de 23/6/99 — Processo n.º 44.721) onde se concluiu que havia violação do princípio da boa-fé por parte do requerente que, “em pedido de licenciamento para a construção de um muro para vedar determinado prédio, cuja propriedade se arroga, omite a existência de um direito de servidão sobre o imóvel a vedar, constituído em benefício de outro ou outros prédios”, considerando caber nas competências de uma Câmara Municipal ordenar as diligências necessárias à averiguação de tal direito. Daí que, segundo o Autor, esta decisão marca uma viragem na jurisprudência (e na doutrina) que, até aqui, sempre aceitou a *tese de que a Administração não tem de considerar no licenciamento as relações de direito privado e as eventuais violações de direitos de terceiros*. Por essa razão, a decisão *sub iudice* é criticada por Pereira da Costa, pois a Câmara entrou na apreciação da violação de um direito de servidão de passagem (verdadeiro *conflito entre direitos privados*), sendo para tal incompetente (o respectivo vício de usurpação de poder será determinante, no caso, da nulidade do acto).

¹⁰⁵⁰ Este efeito de preclusão é previsto, em geral, pela VwVfG, mas apenas em relação às decisões de aprovação do plano (*Planfeststellung*): cfr. o n.º 2 do seu § 75.

co como os eventuais efeitos jurídico-privados ou efeitos de exclusão da autorização — os quais têm de estar expressamente previstos e se verificam por exemplo, como vimos, em relação à autorização do direito de protecção das imissões.

O âmbito do efeito de preclusão é alargado ao próprio domínio procedimental, uma vez que se distingue entre um *efeito de preclusão formal* — que determina a exclusão de oposições ou reclamações após a fase da reunião de discussão, em vista de uma decisão autorizativa cujo procedimento está já a decorrer — e um *efeito de preclusão material* ou de *caso decidido* (*Bestandskraftpräklusion*), que leva a que se exclua a possibilidade de impugnações contenciosas uma vez decorrido o prazo respectivo, ou seja, e como vimos, após a data em que o acto se torna inopugnável. Esta distinção tem também relevo a propósito dos procedimentos graduados que são muito comuns neste âmbito, traduzindo-se na prática de actos interlocutórios, em especial de autorizações parciais (*Teilgenehmigung*) e de actos administrativos prévios (*Vorbescheid*)¹⁰⁵¹.

Desta forma, e centrando-nos no essencial, de acordo com a principal lei ambiental alemã, após o decurso do prazo de impugnação ficam precludidas todas as possibilidades de oposição ou reclamação que não assentem em títulos especiais de direito privado (por exemplo um contrato ou uma servidão predial de vizinhança). Mesmo em caso de emissões e/ou imissões altamente prejudiciais um terceiro não pode exigir do operador o encerramento da instalação ou a paralisação do seu funcionamento, mas apenas providências que permitam excluir os efeitos prejudiciais, com os limites assinalados. Resulta daqui uma protecção intensa da posição e do investimento do operador, o que se justificará designadamente pela formação lenta e dispendiosa do procedimento autorizativo, ao longo do qual são concedidos amplos direitos de defesa e participação aos eventuais afectados. A justificação deste efeito com base nos pesados custos burocráticos, financeiros e de tempo do procedimento é reforçada pelo facto de a BImSchG não estender o efeito conformador de direito privado à autorização emitida no âmbito de um procedimento simplificado (cfr. § 19, n.º 2, da BImSchG)¹⁰⁵².

Deve em todo o caso alertar-se para a circunstância de, apesar de a autorização de protecção das imissões decidir também de forma vinculativa, em termos jurídico-civilísticos, sobre se a instalação deve ou não funcionar, o juiz civil não é totalmente afastado, dispondo de algumas competências de controlo e de fiscalização sucessiva (*Nachsorge*) com as quais pode corrigir, ao nível do caso concreto, algumas falhas da autoridade autorizadora, sem todavia poder pôr em causa a autorização inopugnável¹⁰⁵³.

Determinado que a autorização ambiental, regulada em termos jurídico-públicos, irradia os seus efeitos para o âmbito do direito civil, discute-se também em que medida é

¹⁰⁵¹ Sobre esta distinção, cfr. KLOEPFER, "Umweltrecht", cit., p. 435 e seg. Sobre os efeitos materiais desta preclusão que as autorizações parciais (reguladas no § 8 da BImSchG) e os actos administrativos prévios ou decisões preliminares (disciplinadas no § 9) produzem, cfr. também SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 737-739.

¹⁰⁵² Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 735.

¹⁰⁵³ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 207 e segs., especialmente p. 218 e seg. — onde menciona as competências de "controlo fino" (*Feinststeuerung*) e de "cuidado posterior" (*Nachsorge*) dos tribunais comuns, que permitem aos seus juizes, como dissemos no texto, corrigir ou suprir algumas falhas da autoridade que outorgou a autorização.

que ela pode ou não produzir efeitos ao nível do direito penal, designadamente em termos de justificar comportamentos que, de outra forma, seriam penalmente ilícitos — podendo funcionar como uma causa de exclusão da ilicitude ou, pelo menos, como uma causa de exclusão da culpa. A resposta dada em geral pela doutrina é, a este respeito, negativa, salientando-se que as autorizações ambientais não podem autorizar qualquer violação de bens jurídicos penalmente relevantes não desenvolvendo, assim, um efeito de legalização geral nem qualquer efeito justificador, em termos criminais¹⁰⁵⁴.

2.5. Principais efeitos das autorizações ambientais (cont.) – a questão do efeito de estabilização: a autorização como escudo de protecção?

A última questão relacionada com o tema dos efeitos das autorizações ambientais sobre a qual gostaríamos de deixar por ora apenas algumas pistas — embora ela constitua porventura o problema mais complexo a este propósito discutido — é a de saber se e em que medida desenvolve a autorização em relação ao seu titular um *efeito de estabilização* da posição jurídica favorável que lhe foi atribuída por intermédio da autorização, permitindo-lhe operar a instalação ou actividade autorizada duradouramente, limitando em correspondência os poderes de intervenção da Administração sobre o conteúdo do acto autorizativo. Ou se, pelo contrário, o que se evidencia é o efeito ou a *função de protecção* que a autorização desenvolve em relação aos interesses públicos que com ela se visam tutelar, bem como dos interesses de terceiros que podem ser afectados pela execução ou funcionamento da instalação autorizada. Estão aqui em causa uma série de valores jurídicos a que já nos referimos quando tratámos em geral alguns dos problemas teóricos e práticos levantados pelas autorizações administrativas como o relevo da *segurança jurídica* do sujeito autorizado, a *protecção da confiança* que ele eventualmente merece — ou, talvez de forma mais correcta, que a instalação ou actividade autorizada obtêm. Valores e interesses que chocam e entram em conflito, de forma cada vez mais patente, com as exigências de adaptação, dinamização e flexibilidade típicas de um Estado de Direito ambiental e com a protecção do interesse público da tutela ambiental e dos direitos e interesses de terceiros eventualmente afectados pela prossecução da actividade ou funcionamento da instalação autorizada. Em suma, trata-se de determinar as fronteiras do acto autorizativo no que toca à sua função de estabilização (referida ao proprietário), na sua relação com a função de protecção (reportada à comunidade).

Em todo o caso, e embora seja muito difícil fazer aqui separações estanques, vamos continuar a tentar manter-nos dentro dos contornos assumidos pelas autorizações ambientais na primeira geração do direito do ambiente, o que é neste caso muito relevante, na medida em que é este um dos aspectos em que o instituto da autorização mais evoluiu nos últimos anos, procurando adaptar-se aos contornos da sociedade do risco, na qual as condições de *incerteza* — tanto em relação aos acontecimentos e à sua evolução futura como aos próprios

¹⁰⁵⁴ Neste sentido cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 259-263. WAHL/HERMES/SACH, pelo seu lado, salientam que não há um efeito de legalização geral, podendo tal tipo de efeitos resultar, sempre em termos relativos, de uma lei especial (cfr. "Genehmigung...", pp. 248-252).

conhecimentos científicos — agravaram as dificuldades de previsão das consequências do projecto autorizado. Por isso é que, no século XXI, as palavras de ordem no direito administrativo são cada vez mais *adaptação* e *flexibilidade* e a autorização administrativa está cada vez mais submetida às exigências de *flexibilidade*, para possibilitar a revisão e actualização do seu conteúdo. De tais problemas nos ocuparemos na Parte II da dissertação.

O ponto de partida para esta análise deve ser o mesmo que já salientámos a outros propósitos: o de que o reconhecimento e a extensão do efeito de estabilização está nas mãos do legislador ordinário, uma vez que a Constituição lhe deixa amplas margens de apreciação, sublinhando-se a *grande abertura da autorização à conformação legislativa*, especialmente em autorizações relevantes espacial e ambientalmente¹⁰⁵⁵.

De acordo com estes autores¹⁰⁵⁶, a autorização desenvolveu-se, no século XIX, essencialmente como instrumento de defesa da concorrência e ao serviço da regulação das relações horizontais entre os empresários, procurando garantir a liberdade e o acesso ao mercado, valores fundamentais para o ideário liberal. Todavia, à medida que as autorizações se foram referindo não tanto ou não só às pessoas, mas mais às *coisas* (em especial ao que designamos hoje por instalações) o âmbito de protecção alargou-se e, com o direito urbanístico e o direito do ambiente passaram a estar em causa bens escassos, assumindo a autorização, em especial desde 1970, funções de controlo, administração e partilha, sublinhando-se a sua *função de controlo* e de *protecção* — protecção referida ao interesse público (interesses da comunidade) e aos interesses de terceiros perante perigos, uma vez que o sentido da proibição com reserva de autorização é precisamente o de servir o controlo prévio de comportamentos em abstracto perigosos. Destacando-se a tutela do ambiente como um dos interesses em que tal função de protecção mais sentido faz.

Por esta razão, quando se fala na *função de protecção* da autorização do direito de protecção das imissões, estão em causa as garantias de segurança a favor do interesse público ambiental e dos interesses de terceiros perante os eventuais efeitos danosos (poluição) da instalação autorizada¹⁰⁵⁷. Não sendo por isso de estranhar que, de acordo com entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência alemãs, o *princípio* ou *dever de protecção* (correspondente, em larga medida, ao *princípio da prevenção* tal como é configurado noutras ordens jurídicas, como a portuguesa) consagrado no inciso 1 do n.º 1 do § 5 da BImSchG, seja *protector de terceiros*, ao contrário do que acontece com o dever de precaução, acolhido no inciso 2 do mesmo n.º do mesmo §¹⁰⁵⁸. O que nada tem de surpreendente, já que

¹⁰⁵⁵ É este o *resultado* a que chegam WAHL/HERMES/SACH, "Genehmigung...", cit. (cfr., em especial, p. 242 e seg.) a partir do estudo da *dependência constitucional da autorização* e dos elementos fundamentais de um direito autorizativo geral: depois de analisarem a dependência constitucional da autorização e o seu "balanço" entre os direitos fundamentais garantidos nos arts. 12.º e 14.º da *Grundgesetz* (direito ao exercício de uma profissão e direito de propriedade, respectivamente) e os interesses públicos ou do bem-comum, WAHL/HERMES/SACH debruçam-se sobre os elementos fundamentais do direito autorizativo, fazendo a análise da *função de controlo e protecção* dos actos respectivos e da sua *função de estabilização*: cfr. *ob. cit.*, pp. 226-243.

¹⁰⁵⁶ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, "Genehmigung...", cit., pp. 237-239.

¹⁰⁵⁷ Assim, KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 19-22.

¹⁰⁵⁸ Neste sentido cfr., por todos, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 151 e seg., mostrando, em relação ao dever de protecção, como os terceiros vizinhos (entendendo-se por "vizinhos", no direito de protecção das imissões, não apenas os proprietários prediais mas todas as pessoas que estão numa relação temporal e espacial estrita com a instalação — por exemplo locatários permanentes ou trabalhadores numa propriedade

o inciso 1 dispõe que “as instalações necessitadas de autorização devem ser construídas e funcionar de maneira a que (...) não sejam provocadas poluições (efeitos ambientalmente nocivos) e outros perigos, desvantagens e danos significativos *para o interesse público e para a vizinhança*” (itálicos nossos) — referências estas que não existem no inciso 2, onde se exige que “seja tomada precaução contra as poluições, especialmente através de medidas correspondentes ao estado da técnica, para limitação das emissões”.

Todavia, como demonstra incisivamente SACH ao longo do seu estudo monográfico dedicado à questão de saber em que medida a autorização funciona como um escudo de protecção (centrado na autorização do direito de protecção das imissões)¹⁰⁵⁹, não é apenas a *protecção dos terceiros* e a consideração dos *interesses públicos* que está aqui em jogo, mas também a *segurança jurídica e do investimento* a favor do titular da autorização ou operador da instalação autorizada. O legislador ordinário, na sua tarefa de conformação do regime da autorização, tem de combinar estes três elementos ou dimensões, pelo que a segurança do titular da autorização não pode ser negligenciada: o facto de se exigir a autorização, com todos os gastos de tempo, dinheiro e *know-how* que o seu requerimento implica, e de essa autorização ter sido concedida, tem forçosamente de colocar o seu titular numa posição mais benéfica do que aquela em que ele estaria se a autorização não fosse exigida ou não tivesse sido concedida¹⁰⁶⁰.

Desta forma, para além da protecção dos terceiros e do interesse público, a autorização garante também segurança ao investimento realizado por causa da autorização, sendo neste contexto que emerge o *efeito* ou a *função de estabilização* da autorização ambiental. Sendo evidente que esta autorização não desenvolve um efeito de protecção absoluto, mas apenas graduado ou matizado, também pela razão de estarmos no âmbito de um “ordenamento jurídico parcial” (especial ou sectorial), tendo de se tomar em conta uma certa função de complementaridade que os ordenamentos jurídicos parciais desenvolvem em relação ao ordenamento jurídico no seu conjunto¹⁰⁶¹.

A autorização, ao exprimir que o projecto está de acordo com os requisitos legais, permite o funcionamento duradouro da instalação, garantindo segurança ao operador cuja confiança seja digna de tutela, inclusive — ainda que limitadamente — em relação aos poderes de intervenção posterior da Administração¹⁰⁶². Em todo o caso, o âmbito concreto da estabilização dependerá sempre da conformação legal da autorização efectuada pelo legislador ordinário, não decorrendo da Constituição qualquer “escudo de protecção” em relação à

afectada) cujos interesses sejam individualizáveis podem recorrer à protecção judicial contra a autorização.

¹⁰⁵⁹ Cfr. KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., *passim*. Vamos seguir aqui, no essencial, esta obra dedicada sobretudo aos *efeitos de protecção das autorizações* no direito de protecção das imissões, em especial face às exigências posteriores colocadas ao funcionamento das instalações autorizadas, articulando também o tema com as pretensões jurídico-civilísticas e jurídico-criminais ambientais relacionadas com a instalação autorizada. Esta obra foi louvada pela doutrina por diversas razões, nomeadamente por tratar de forma abrangente — como ninguém antes de SACH — o efeito de protecção das autorizações jurídico-ambientais: cfr. a recensão do livro em questão feita por PETER FRANKE, “Genehmigung als Schutzschild? Die rechtsstellung des Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung — Schriften zum Umweltrecht, Bd. 44, Duncker & Humblot, Berlin, 1994”, *UPR*, 9/1996, p. 335.

¹⁰⁶⁰ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Die Rechtswirkungen der Genehmigung...”, cit., p. 180.

¹⁰⁶¹ Neste sentido, KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 50 e segs.

¹⁰⁶² Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 239 e seg.

manutenção do conteúdo da autorização ou mesmo à sua vigência futura — isto é, o alcance exacto de tal efeito dependerá da lei especial reguladora da autorização em causa.

No direito alemão do ambiente moderno, mesmo na sua fase embrionária, reforçaram-se logo os *limites do efeito de estabilização* das autorizações ambientais, não se podendo retirar de tais actos que fosse o Estado ou a comunidade a suportar os riscos de modificações imprevisíveis dos conhecimentos¹⁰⁶³ — nem tão-pouco, dizemo-lo nós, da reacção do ambiente e dos seus componentes ao funcionamento da instalação, à descoberta de novas técnicas ou métodos de controlo da poluição ou mesmo a uma nova “filosofia” de protecção das autoridades administrativas, na sequência de mudanças sociais e políticas que as reclamem. Desta forma, a relação entre o controlo futuro e os efeitos subsequentes da autorização e os riscos de alteração inerentes a tal relação devem onerar, em larga medida, o titular da autorização, não sendo defensável levar tão longe o efeito de estabilização.

Também nos Estados Unidos, apesar da concepção de acordo com a qual a emissão da autorização *não confere qualquer direito de propriedade* ao autorizado, não lhe permitindo lesar pessoas ou propriedades, invadir outros direitos privados ou infringir qualquer lei federal ou estadual, é bastante discutida a existência, em relação às autorizações ambientais, de um “escudo de protecção”, nos termos do qual o cumprimento das condições da autorização significa cumprimento da lei que a autorização aplicou. Tanto o CAA como o CWA — os “pesos pesados” da legislação ambiental norte-americana — têm normas expressas sobre esta questão que serão abordadas na Parte II da dissertação¹⁰⁶⁴.

2.6. Diminuição do efeito de estabilização da autorização ambiental por intermédio da aposição de cláusulas acessórias

A dificuldade em configurar a autorização ambiental, mesmo no seu regime mais antigo, como um “escudo de protecção” contra modificações posteriores resulta também da larga tendência para o reconhecimento da possibilidade de a Administração apor *cláusulas acessórias ao conteúdo principal* do acto, as quais implicam uma *limitação do conteúdo da autorização* e podem também ter o efeito de reduzir a estabilidade jurídica do acto em apreço — no caso da reserva de revogação e da reserva de modos (posteriores).

Assim, para além de normas — de que é exemplo paradigmático o § 17 da BImSchG, que atribui à Administração um poder de tomar decisões posteriores à concessão da autorização com vista a obter o cumprimento das obrigações do operador, poder esse que se converte num dever, no caso de se verificar que o interesse público ou os interesses dos vizinhos não estão suficientemente protegidos perante poluições ou outros perigos — que funcionam como uma espécie de “reserva de modos legal”, dispensando a Administração

¹⁰⁶³ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung . . .”, cit., p. 258 e seg. Estes Autores assinalam ainda, com inteira razão (*ob. cit., ult. loc. cit.*), como as limitações jurídico-materiais e procedimentais do controlo de abertura — que foram sendo reclamadas pela sociedade e em larga medida acolhidas pelas legislações — conduziram a um correspondente enfraquecimento do efeito de estabilização, já que quanto mais suaves forem os controlos e mais curtos os procedimentos, menor será a *Bestandschutz*.

¹⁰⁶⁴ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III, Secção II, 2.2.

dessa reserva específica, mas tendo a mesma consequência prática que teria a emissão do acto com uma reserva de modos¹⁰⁶⁵, a legislação ambiental de primeira geração foi relativamente pródiga no reconhecimento à Administração do poder discricionário de aposição de cláusulas acessórias à autorização ambiental.

As cláusulas acessórias assentam numa faculdade discricionária e surgem como disposições suplementares ou ancilares apostas ao *conteúdo principal do acto* (aquele que abrange as determinações que decorrem da sua tipicidade e as que são introduzidas por lei ou pela Administração mas que se projectam ainda em momentos constitutivos do acto), inserindo em face do conteúdo principal da decisão uma qualificação acessória em relação a ele, por se limitar a tocar a eficácia do acto ou alterando a posição relativa entre a Administração e o particular, mas sem incidência directa sobre o equilíbrio interno do acto¹⁰⁶⁶.

Uma dificuldade que tem sido discutida na doutrina germânica, tanto em sede do direito administrativo geral como no direito do ambiente em especial — e que deveremos abordar desde já, em face do seu relevo para a própria análise conceptual do instituto — é a que contende com a distinção ou delimitação entre as *cláusulas acessórias* e as *determinações do conteúdo da autorização* as quais, na perspectiva tradicional, fazem parte do conteúdo essencial do acto administrativo. E não deixa de ser um bom espelho da importância desta matéria o facto de haver autores a proporem a distinção entre estes dois tipos de “complementos”, “suplementos” ou “anexos” ao acto administrativo (*Verwaltungsaktszusätze*) com base no *critério dos efeitos ambientais*: no caso de provirem da instalação efeitos (poluição) intoleráveis sem tal anexo ou complemento, apenas as determinações do conteúdo da autorização serão apropriadas para satisfazer o fim legal de protecção; já na hipótese de em princípio não resultarem da instalação tais efeitos intoleráveis ou insuportáveis, mas de eles poderem excepcionalmente ocorrer, qualquer dos “anexos” será apropriado para assegurar o cumprimento dos pressupostos legais e para evitar a produção de efeitos intoleráveis¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁵ Expressamente nesse sentido, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 266 e seg. e 1287 e seg. A alusão à *reserva de modos legal* resulta do facto de a possibilidade da prática de decisões posteriores resultar directamente da lei, não necessitando da reserva da autoridade, explicando KLOEPFER o seu sentido — fortemente limitador da força de caso julgado das autorizações, como vimos — precisamente com a configuração das obrigações do operador como obrigações duradouras e com a necessidade de garantir uma protecção efectiva do ambiente que não se limite ao momento da abertura, mas que passe por um controlo permanente. No mesmo sentido, aludindo às decisões posteriores como uma situação de reserva de modos legal, cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 234.

¹⁰⁶⁶ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., pp. 284-288. No direito português, cfr. também o mais recente trabalho monográfico sobre o tema de FILIPA URBANO CALVÃO (*Cláusulas Acessórias...*, cit.), a qual define cláusulas acessórias como as “disposições que a Administração Pública ou esta e a contraparte inserem no conteúdo do acto jurídico, por força das quais se atribui relevância jurídica a circunstâncias ou factos não previstos na facti species da norma ao abrigo da qual se emite o acto, com o objectivo de modificar em alguma medida os efeitos jurídicos daquela decorrentes (influindo sobre a eficácia desses efeitos ou somando novos efeitos), para o moldar às necessidades e interesses que se fazem sentir no caso concreto” (cfr. p. 60).

¹⁰⁶⁷ É esta a proposta de CARSTEN TEGETHOFF: cfr. “Die Abgrenzung von Genehmigungsinhaltsbestimmung und Nebenbestimmung im Anlagenzulassungsrecht”, *UPR*, 11+12/2003, pp. 416-420 (especialmente p. 418). Sobre a distinção, em geral, das determinações de conteúdo em face das cláusulas acessórias, cfr. CHRISTIAN HEITSCH, “Neben- und Inhaltsbestimmungen bei begünstigenden Verwaltungsakten: Kriterien für die Auswahl des passenden Regelungsinstruments”, *DöV*, 56. Jahrgang, Heft 9, Mai 2003, pp. 367-375 — Autor que procura ultrapassar a análise doutrinal centrada nos aspectos jurídico-processuais e jurídico-materiais da protecção jurídica e centrar-se no significado real das determinações de conteúdo e das cláusulas acessórias para a Administração e para o

As cláusulas acessórias permitem em boa medida ultrapassar os obstáculos jurídicos ou de facto que se opõem a uma autorização ilimitada¹⁰⁶⁸, resultando daqui a sua extraordinária importância nas autorizações ambientais — figura à qual repugna de forma particular a atribuição de tal carácter ilimitado. Em diversos casos, a autoridade administrativa pode autorizar um determinado projecto que, se tivesse de ser permitido sem mais não o poderia ser, por exemplo devido ao seu elevado potencial de risco ou mesmo de perigo, mas cujo acto de consenso pode ser possível se emitido sob determinadas cautelas ou reservas, asseguradas por intermédio das cláusulas acessórias¹⁰⁶⁹.

Em diversos ordenamentos há uma possibilidade genérica, prevista ao nível do direito administrativo geral, de aposição de cláusulas acessórias. É isso que se passa, entre nós, com a norma do art. 121.º do CPA, de acordo com a qual os actos administrativos podem ser sujeitos a *condição*, a *termo* ou *modo*, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina¹⁰⁷⁰; e, na Alemanha, com o § 36 da VwVfG, o qual prevê a possibilidade de aposição de *termos* iniciais ou finais (inciso 1 do n.º 2), de *condições* suspensivas ou resolutivas (inciso 2 do mesmo n.º), de *reservas de revogação* (inciso 3), de *modos* (inciso 4) ou de *reservas de modos posteriores* (inciso 5) — determinando o n.º 3 do mesmo preceito que as cláusulas acessórias não devem contrariar a finalidade do acto administrativo ao qual são apostas.

Todavia, interessa-nos o estudo da possibilidade de aposição de cláusulas acessórias resultante de preceitos especiais do direito do ambiente, a qual é bastante frequente na Alemanha¹⁰⁷¹ — devendo começar por assinalar-se que tal aposição resulta quase sempre

requerente como instrumento de regulação administrativa.

Em termos mais específicos, tratando a distinção entre as determinações de conteúdo e uma modalidade específica de cláusula acessória — o *modo* ou *cláusula modal* — cfr. ARNDT SCHMEHL, "Die Abgrenzung zwischen echter Auflage und Inhaltsbestimmung der Genehmigung", *UPR*, n.º 9/98, pp. 334-336, salientando que há algumas regras que fazem parte do conteúdo principal da autorização que podem ser facilmente confundíveis com o modo, procurando o Autor fazer a distinção e fornecer um *critério de delimitação*: ao passo que o modo pressupõe que o dever de fazer, suportar ou de abstenção em que se consubstancia é referido a um objecto diferente do da autorização, já algumas referências legais a "modos da autorização" se reportam ao *conteúdo necessário da decisão de autorização* devendo, como tal, ser consideradas determinações do conteúdo da autorização (cfr. p. 336).

¹⁰⁶⁸ Cfr. H.-W. RENGELING, "Nebenbestimmungen", in: *Umweltwörterbuch*, II, 2. Aufl., 1994, pp. 1466-1472 (p. 1466).

¹⁰⁶⁹ Cfr. H.-W. RENGELING, "Nebenbestimmungen", cit., p. 1466 e seg., pondo em evidência o facto de estas cláusulas permitirem uma *acção administrativa flexível* e de serem um instrumento de comando para *adaptação do projecto requerido às especificidades do caso concreto*.

¹⁰⁷⁰ Norma que parece excluir a *reserva* embora, em nosso entender, não se deva negar em geral a possibilidade de sujeitar um acto administrativo a *reserva de modos* ou a *reserva de revogação*. Sobre a questão, apresentando os argumentos no sentido da aceitação e da inadmissibilidade da aposição de *reservas de revogação*, apesar da ausência de previsão legal, cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *CPA Comentado*, cit., p. 679 e seg. FILIPA URBANO CALVÃO, pelo seu lado (cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit.), considera que do art. 121.º do CPA se extrai apenas uma *habilitação genérica (autorização formal)* para a aposição de cláusulas acessórias, a qual não chega para preencher a reserva de lei, sendo também necessária uma *autorização material* (cfr. pp. 320-349 e 351-354). Ao conceber a reserva de revogação e as reservas de outras competências como *condições resolutivas* conclui que, para além dos casos em que leis especiais as prevejam, o apoio autorizativo formal radica no próprio art. 121.º do CPA (cfr. pp. 408-415).

¹⁰⁷¹ Cfr., exemplificativamente, as previsões contidas ao nível do direito de protecção das imissões no § 12 da BImSchG; no âmbito do direito atómico no § 17 da AtG; e no caso do direito dos resíduos no § 32 da KrW-AbfG. Também ao nível do direito das águas, tanto a *Bewilligung* como a *Erlaubnis* são emitidas sob reserva de emissão de decisões posteriores.

do exercício de um poder discricionário da Administração, só excepcionalmente existindo um dever de prover a decisão com tais disposições. O que não invalida, reforçamo-lo, que elas possam ser um recurso para assegurar o cumprimento de pressupostos do acto autorizativo o qual, de outra forma, teria de ser recusado¹⁰⁷². Estes regimes legais especiais derogam a previsão geral da lei do procedimento administrativo, podendo limitar ou alargar a possibilidade dela decorrente — embora H.-W. Rengeling assinala ser necessária uma análise aprofundada para determinar se o regime legal é exclusivo e completo (caso em que afasta o regime geral) ou se, pelo contrário, é permitido o recurso ao instrumentário do § 36 da VwVfG¹⁰⁷³.

As cláusulas acessórias têm muitas vezes por consequência o enfraquecimento da função de estabilização do acto, seja porque a Administração reserva à partida a possibilidade de o *revogar*, o que conduzirá nomeadamente a que o possa fazer sem necessidade de indemnizar o titular da autorização, que não tem aqui uma confiança digna de tutela (*reserva de revogação*), seja porque salvaguarda a faculdade de intervir futuramente no conteúdo no acto através da imposição ao seu destinatário de um dever de fazer, não fazer ou suportar (*reserva de modos*); ou então porque os seus efeitos ficam dependentes de um acontecimento futuro e incerto, no sentido de desencadear a sua eficácia ou de a fazer cessar (*condição suspensiva* ou *resolutiva*), ou de um acontecimento futuro e certo (ou data) que fará iniciar a produção de efeitos ou implicará a sua cessação (*termo inicial* ou *final*); ou, por fim, ligando ao conteúdo da autorização, enquanto acto favorável, a imposição de um dever de fazer, não fazer ou suportar dirigido ao destinatário do acto, sem com isso tolher a eficácia deste último (*modo*).

Daí que, ao nível do direito do ambiente, Kloepfer chamasse à autorização outorgada com cláusulas acessórias *autorização enfraquecida* ("*gebrochene Erlaubnis*"), imagem que espelha particularmente bem os efeitos destas disposições¹⁰⁷⁴.

A análise da situação na ordem jurídica alemã permite-nos concluir que no direito do ambiente germânico, apesar de vigorar também quanto à aposição de cláusulas acessórias a reserva de lei, as previsões nas leis sectoriais são suficientes para permitir que quase não

¹⁰⁷² Alguns Autores mostram como as cláusulas acessórias se articulam com a *actuação administrativa cooperativa* que se verifica cada vez mais ao nível do direito do ambiente, sendo esta uma razão mais para explicar o recurso frequente a este expediente no seio do direito ambiental: cfr. BERND HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen — Aushandlungsprozesse als Mittel der Konfliktbewältigung bei der Ansiedlung von Entsorgungsanlagen für besonders überwachungsbedürftige Abfälle in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1990, p. 253 e segs. (*apud* RENGELING, "Nebenbestimmungen", cit., p. 1467).

¹⁰⁷³ Cfr. "Nebenbestimmungen", cit., p. 1470. RENGELING cita os casos do § 12 da BImSchG e do § 17, n.º 1 (actual n.º 2), incisos 2 a 4 da AtG como exemplos de regime legais exclusivos; e como exemplo contrário a disposição contida no § 4, n.º 1, da WHG, na sua antiga redacção.

¹⁰⁷⁴ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, 2. Auflage, cit., p. 220 e seg. Como notámos já, no local correspondente da 3.ª ed. deste Manual KLOEPFER passou a chamar às "*Gebrochene Erlaubnisse*" apenas "*Erlaubnisse mit Nebenbestimmung*" (autorizações com cláusulas acessórias): cfr. *Umweltrecht*, 3. Auflage, cit., p. 241 e seg. Numa outra obra, o mesmo Autor analisa as cláusulas acessórias no âmbito do tratamento da conformação das autorizações como "*autorizações modificadas*" (em que a autorização requerida apenas é emitida com "*suplementos*" ou "*anexos*" limitadores não requeridos), salientando a sua relevância ao nível da *relativização da força de caso decidido das autorizações*: cfr. "*Umweltrecht*", cit., p. 393. GOMES CANOTILHO propõe a tradução da expressão "*gebrochene Erlaubnis*" por *autorização frouxa*: cfr. "*Actos Autorizativos Jurídico-Públicos...*", cit., p. 42, n. 61.

haja autorizações emitidas sem aposição de cláusulas acessórias¹⁰⁷⁵. Destacando-se, também aqui, o caso do direito de protecção das imissões, cujas autorizações e autorizações parciais são frequentemente providas com cláusulas acessórias, designadamente condições e modos que se revelam necessários para assegurar os pressupostos da autorização, ou fixação de *termos* ou de *condições resolutivas*, o que tanto pode ocorrer na sequência de um requerimento do interessado como officiosamente — sendo mais raros os casos de aposição de *reserva de revogação* os quais, todavia, ocorrem por exemplo em instalações destinadas apenas à realização de testes ou em autorizações parciais, desde que tal reserva não contrarie a finalidade da autorização. A aposição de uma *reserva de modos posteriores*, de acordo com o n.º 2a do § 12 da BImSchG, tem de merecer a concordância do requerente, podendo por exemplo ocorrer no caso em que a estética da construção ou urbanização não possa ser apreciada definitivamente no momento da prática do acto¹⁰⁷⁶.

Por fim, deve sublinhar-se que as cláusulas acessórias, apesar de diminuírem a função de estabilização da autorização e de, por essa forma, restringirem a segurança jurídica e do investimento do operador, não são necessariamente um mal para o requerente da autorização: é que a aposição da cláusula pode permitir a outorga de uma autorização apesar de não existirem os pressupostos jurídico-materiais de que dependia essa concessão, acautelando-se assim a sua verificação futura e concedendo um acto favorável ao requerente. Como é lógico, é preferível para o agente económico beneficiar de um acto ainda que com uma estabilidade diminuída ou enfraquecida do que ser o destinatário de uma decisão de indeferimento. Além disso, o recurso às cláusulas acessórias pode ainda permitir uma mais rápida concessão da autorização, uma vez que pode assim ficar acautelada a satisfação do interesse público cuja satisfação pode, naquele momento, suscitar dúvidas, por exemplo quanto à verificação ou manutenção dos pressupostos legais para a emissão do acto autorizativo.

2.7. A rigidez das autorizações ambientais – em particular, a ausência de valorização de considerações económicas

As autorizações ambientais típicas da primeira geração do direito ambiental foram buscar as suas bases teóricas e práticas à autorização administrativa enquanto instituto típico de controlo preventivo, autonomizado como instrumento de ordenação do direito de polícia. A ductilidade e importância do acto permitiu a sua aplicação a diferentes áreas da ordenação social e económica dos ordenamentos jurídicos, mostrando a sua adequação ao desenvolvimento de tarefas administrativas relacionadas, na fase inicial, com a defesa da ordem, segurança, tranquilidade e salubridade públicas e depois com outros valores e interesses que foram emergindo, como a defesa da concorrência, a direcção económica, a precaução de riscos, etc. Daí a sua aplicação também no domínio da tutela ambiental.

Todavia, apesar de no nosso domínio estar em jogo, na maioria dos casos, o exercício de actividades económicas ou da própria liberdade de iniciativa económica privada, a ver-

¹⁰⁷⁵ Neste sentido, cfr. HEINZ-JOACHIM PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 52.

¹⁰⁷⁶ Seguimos a análise da aposição de cláusulas acessórias no direito da protecção das imissões apresentada por SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 735 e seg.

dade é que, nesta fase, as considerações económicas estavam praticamente arredadas do regime das autorizações ambientais: o que está em jogo é, directamente, a defesa da natureza e do ambiente e a preservação dos recursos da fauna e da flora, sejam tais objectivos atingidos por formas de evitar e controlar a poluição do ar, da água, do solo e do subsolo, de obstar à produção de resíduos e levar a cabo o seu tratamento, etc. Pelo contrário, não há tomada em consideração, no acto autorizativo, de quaisquer estímulos económicos ou outros benefícios ou incentivos para premiar o melhor desempenho ambiental dos agentes económicos. Os objectivos da certeza, clareza, segurança e estabilidade da protecção ambiental suplantam, de forma quase absoluta, uma hipotética ponderação de estímulos dinâmicos de tutela ambiental. Assim se explica que um dos maiores reptos que vai ser lançado, nas duas últimas décadas, à regulação ambiental vai passar, em larga medida, pelo enriquecimento e complemento do instrumentário do direito de ordenação através de diversos instrumentos flexíveis de comando económico baseados em métodos de economia de mercado, como veremos na Parte II, em especial no seu Capítulo III.

Não podem desta forma surpreender as críticas às autorizações ambientais da primeira geração do direito do ambiente a este nível. Realça-se a não consideração de aspectos económicos no direito de ordenação ambiental e, em específico, nos actos autorizativos respectivos, bem como a estática das regras e das exigências, agravadas pelo fenómeno da “turbo-legislação”, realidade evidente nestas quatro dezenas de anos que já conta o direito ambiental dos nossos dias¹⁰⁷⁷.

A desconsideração de valorações económicas na primeira geração do direito ambiental e nas autorizações ambientais deste período foi sentida de forma particular nos Estados Unidos país onde, como tivemos ocasião de mostrar¹⁰⁷⁸, o arranque do movimento de tutela ambiental, no início dos anos setenta, marcou uma ruptura profunda, em termos jurídicos, com o modelo da *common law*, tornando imprescindível o recurso a instrumentos de comando, típicos do Estado administrativo ou regulador desenvolvido neste país desde o *New Deal* do presidente Roosevelt. A abordagem jurídica do ambiente e a conformação das autorizações ambientais assentou, como vimos já, no modelo *command and control*, o que chocou

¹⁰⁷⁷ Cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente des Umweltverwaltungsrechts in der Umwelthaftung*, Shaker Verlag Aachen, 2001 e as páginas que escreve sobre a *crise do direito do ambiente* (cfr. pp. 1-4), assentes nomeadamente na crescente “Verrechtlichung” que se vive neste domínio (conceito que pretende exprimir a hiper-regulação normativa, uma realidade em que tudo fica regulado e não há espaço para as decisões administrativas concretas, para a ponderação a levar a cabo nos actos administrativos, em que as acções administrativas perdem a sua flexibilidade, mas em que há graves deficits de execução, face à impossibilidade de as normas preverem todas as situações concretas). De notar que KNUT UNGER menciona a *autorização* como exemplo típico do direito ambiental vigente, fazendo-se sentir as críticas que formula sobre a utilização deste acto administrativo nas tarefas de tutela ambiental. Na nota conclusiva do seu estudo (cfr. p. 165 e seg.) o Autor salienta o facto de o direito administrativo ambiental alemão assentar em larga medida em leis ultrapassadas, em face da sua *ineficiência* tanto em termos ambientais como *económicos*, clamando pela necessidade de criar novos institutos que encorajem os empresários a reforçar a protecção ambiental no interior das suas empresas e a desenvolver tecnologias compatíveis com o ambiente, desempenhando um papel pró-activo com vista a assegurar uma protecção ambiental efectiva e eficiente — articulando tais desafios com as exigências do *direito reflexivo* que propõe, em especial no sentido de criar *auto-consciência* nas tarefas de protecção ambiental e na necessidade de ir para além das exigências concretas do direito vigente, embora se tenha que assegurar que os espaços abertos pelo direito reflexivo não signifiquem uma ruptura, perigo resultante da flexibilidade que resulta de uma adopção de tais instrumentos.

¹⁰⁷⁸ Cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 293-299.

de forma intensa com a tradicional liberdade de que os empresários gozam neste país¹⁰⁷⁹.

Uma vez que, também nos EUA, as autorizações ambientais pretendiam antes de mais fixar os requisitos técnicos de funcionamento das fontes emissoras da poluição, *maxime* da poluição atmosférica e aquática, nomeadamente os níveis de poluição que os operadores económicos não podiam ultrapassar, compreende-se com facilidade que alguns autores americanos se tenham pronunciado criticamente sobre o carácter “livre” destas autorizações, na sua primeira fase, com o que pretendiam mostrar o facto de elas não darem qualquer tipo de incentivos ao poluidor para que este reduzisse as emissões abaixo do nível autorizado¹⁰⁸⁰.

Na verdade, a crescer à sua extrema complexidade, as autorizações ambientais norte-americanas da primeira geração passavam quase exclusivamente pela fixação de standards de emissões ou de efluentes, normalmente baseados em exigências tecnológicas, prevendo desta forma o funcionamento das fontes emissoras da poluição através dos limites máximos de emissões permitidos, das tecnologias a usar e de uma série de obrigações acessórias do operador.

A outorga das autorizações ao abrigo tanto do CAA como do CWA reveste-se, como vimos¹⁰⁸¹, de um complexo processo de envolvimento dos *government* federal e estaduais, especificando-se nestes actos, como foi também mencionado no mesmo local, uma série de parâmetros, programas e requisitos diversos, reservando amplos poderes para a EPA — para além da possibilidade de diversos tipos de actos autorizativos, nomeadamente *autorizações gerais* (autorizam uma categoria de descargas numa determinada área geográfica) e *autorizações individuais* (para fontes individuais).

Compreendem-se, assim, as fortes críticas de que viria a ser alvo, nos EUA, o sistema de protecção ambiental baseado no modelo de *command and control* de que as autorizações ambientais eram um dos pontos centrais, sublinhando-se a *rigidez do sistema*, contrária à inovação, nomeadamente devido à ausência de incentivos económicos para os poluidores que baixassem os seus níveis de emissão para lá dos limiares ou standards determinados nas autorizações respectivas bem como, mais em geral, os *deméritos económicos* daquela forma de regulação. Ao nível das autorizações ambientais é especialmente criticado o procedimento de estabelecimento de *standards de controlo da poluição*, os quais são vistos como uma das *falhas intrínsecas* do sistema, devido às incertezas científicas que lhes estão associadas, ao seu grande peso económico e ao facto de conterem exigências complexas, contraditórias e inexequíveis¹⁰⁸².

Como vimos no Capítulo anterior, os estatutos federais norte-americanos, elaborados a partir da década de setenta do século passado e os programas federais e estaduais com eles interligados recorreram de forma praticamente incondicional ao modelo de *command and control*, sendo a necessidade de *autorização* um dos aspectos mais característicos do

¹⁰⁷⁹ O recurso à *regulação directa*, desde logo através da promulgação de leis ou “estatutos” federais, em detrimento da *common law* traduziu-se também, de forma inequívoca, nas principais autorizações ambientais, nomeadamente das outorgadas ao abrigo do CAA e do CWA.

¹⁰⁸⁰ Cfr., por todos, BRUCE A. ACKERMAN/RICHARD B. STEWART, “Reforming Environmental Law”, *Stan. L. Rev.*, volume 37, 1985, pp. 1333-1365 (p. 1341).

¹⁰⁸¹ Cfr. *supra*, Capítulo II, 3.3.

¹⁰⁸² Sobre a crítica aos *standards* enquanto uma das falhas intrínsecas ao *command-and-control*, cfr. RENA L. STEINZOR, “Reinventing Environmental Regulation: The Dangerous Journey from Command to Self-Control”, *HELR*, volume 22, number 1, 1999, pp. 103-202 (pp. 113-118).

sistema. Ora, na sua configuração pura, o *command and control* não dá espaço para considerações de tipo económico, o que originou que as autorizações ambientais implicassem para os operadores económicos grandes despesas (custos de combate à poluição muito elevados), bem como grandes perdas em termos de *eficiência* da regulação, com performances pouco significativas, nomeadamente devido ao facto de este sistema e as autorizações ambientais actuarem “de fora para dentro” (os organismos responsáveis pela tutela ambiental, em especial a EPA, estabelecem exigências de tutela ambiental às empresas, o que revela pouca ou nenhuma compatibilidade com as práticas industriais e com os mecanismos de mercado) e de não preverem incentivos dinâmicos para um cumprimento para além das exigências estritas formuladas nas leis e nos regulamentos aplicáveis.

Também na Europa esta rigidez das autorizações ambientais e o facto de não abrirem espaços para considerações económicas, nem de eficiência e eficácia, foi sendo assinalada pela doutrina. Note-se, em todo o caso, que este aspecto não é na maioria dos casos uma nota *específica* das autorizações ambientais já que, no plano mais geral das *autorizações industriais*, subordinadas a muitas outras exigências para além das ambientais, se parece poder chegar a conclusões mais ou menos idênticas¹⁰⁸³.

Apesar de no direito ambiental de primeira geração norte-americano e alemão haver já determinações legais e regulamentares sobre a exigência de os operadores utilizarem nos seus processos de fabrico e outras acções industriais as *melhores técnicas disponíveis* essa é, como veremos, uma característica das autorizações ambientais de segunda geração, pois só aí se venceu a sua generalização, remetendo o tratamento da questão para essa fase do nosso estudo¹⁰⁸⁴.

2.8. Outros problemas

A utilização da autorização administrativa como um dos principais — provavelmente o principal — instrumento jurídico de ordenação de comportamentos susceptíveis de produzir impactes ambientais levanta uma miríade de questões teóricas e práticas, cada uma delas susceptível de tratamento numa longa monografia. O que é ainda mais verdade se tomarmos em conta que não se trata de uma simples adaptação, mas de uma adaptação transformadora que terá mesmo levado, como veremos na Parte II, a uma desconstrução do

¹⁰⁸³ Sobre alguns aspectos do regime do *acesso à actividade económica* entre nós, dos quais o *licenciamento industrial* é um dos temas centrais, cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 247 e 260-264: entre 1931 e 1974 vigorou em Portugal um regime de *condicionamento industrial*, nos termos do qual a instalação, abertura e transferência dos estabelecimentos industriais dependia de *autorização*, com largos poderes atribuídos à Administração. Em 1979 foi plenamente estabelecida a *liberdade de acesso à actividade industrial*, passando a vigorar o regime de *licenciamento*, no qual o direito de iniciativa privada deixa de estar limitado *em geral* (como acontecia no sistema anterior) passando apenas o seu *exercício em concreto* a estar condicionado pela obtenção de uma licença de instalação e laboração. Este regime procura conciliar o direito ao livre exercício da actividade industrial com outros direitos e interesses (por exemplo relacionados com a protecção do ambiente), articulando-se com as exigências de *fiscalização* e a correlativa prática de actos posteriores. Sem que os Autores o digam, parece-nos poder concluir-se que considerações de eficiência económica, de atenção a custos e de incentivos dinâmicos estão afastadas de tal regime.

¹⁰⁸⁴ Cfr. *infra*, Cap. III, II., 3.5.

conceito clássico do acto autorizativo jurídico-público e uma sua reconstrução, para uma cabal adaptação às finalidades e à teleologia específicas da tutela jurídica do ambiente.

Os temas que abordámos foram alguns dos que nos pareceram mais interessantes, tendo em atenção os objectivos específicos do nosso estudo. No entanto, temos consciência tanto da subjectividade da escolha como do seu carácter discutível, sendo provável que pudesse ter tanto ou mais interesse debater outros rasgos específicos das autorizações ambientais, na primeira geração do direito ambiental.

Para tentar, em pequena medida, suprir estas insuficiências, pretendemos enunciar de seguida outros assuntos controvertidos relacionados com a configuração específica das autorizações ambientais na fase histórica que tivemos aqui em vista, alguns dos quais resultam já em boa parte das considerações expendidas ao longo desta secção, outras que só agora emergem na investigação.

2.8.1. O carácter complexo das autorizações ambientais

Como foi posto entre nós em evidência de forma bastante lúcida por Carla Amado Gomes¹⁰⁸⁵ — embora reportando-se em grande medida a um horizonte temporal posterior ao que temos em vista — as autorizações ambientais transportam consigo uma grande complexidade. Essa complexidade revela-se, desde logo, no carácter muito diversificado dos interesses que estão em jogo e devem ser ponderados pela Administração aquando da sua outorga: por esta razão, a categoria das *relações jurídicas poligonais* ou *multipolares* tem revelado uma especial aplicabilidade e razão de ser na arena ambiental¹⁰⁸⁶, mostrando como a propósito da prática de um acto autorizativo podem estar em jogo diversos direitos fundamentais (à iniciativa económica privada, de propriedade, ao ambiente, ao trabalho e à saúde, apenas para citar os exemplos mais evidentes) e interesses públicos (ao desenvolvimento económico, à planificação urbanística e industrial, à política agrícola, à protecção do

¹⁰⁸⁵ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., pp. 556-582. De notar que, na Alemanha, há muito que o problema é posto num contexto ou perspectiva mais geral, quando se alude à *enorme complexidade do direito do ambiente* como um dos seus traços característicos: neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN (*Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-Idee*, Springer Verlag, Heidelberg, 1998, p. 108 e seg.), concretizando que esta complexidade se manifesta a três níveis, como um *problema de conhecimento* (em virtude da dificuldade de compreensão das interacções entre os elementos individuais que formam o ambiente natural), um *problema de decisão pública* (face ao perigo da irreversibilidade dos danos) e como um problema de *gestão ou distribuição dos recursos* (devido à multiplicidade de usos e direitos que se pretendem exercer sobre os objectos protegidos). Segundo SCHMIDT-ABMANN (*ob. cit.*, *loc. cit.*) este "*dilema de complexidade*" constitui um repto para o direito administrativo, na medida em que põe em causa os seus dogmas centrais, circunstância agravada pelo papel que nele assumem as formas de actuação informais ou cooperativas, os acordos prévios e a tolerância de comportamentos.

¹⁰⁸⁶ Desde o escrito de referência na matéria, da autoria de RUDOLG STEINBERG ("Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag", *DÖV*, 35. Jahrgang, 1982, pp. 619-631, especialmente p. 619), onde logo pontificam os exemplos ambientais (o Autor parte dos procedimentos de autorização de instalações no âmbito do direito nuclear, do direito de protecção das imissões, do direito do tráfego aéreo e do direito estradal para analisar a problemática dos procedimentos administrativos complexos entre os valores da eficiência administrativa e da tarefa de protecção jurídica, no seio da qual emergem as relações jurídicas multipolares ou poligonais), mas sobretudo através do seu desenvolvimento pela doutrina jus-ambientalista. Sobre o tema, entre nós, cfr. GOMES CANOTILHO, "Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo", *RJUA*, n.º 1, Junho 1994, pp. 55-66 (pp. 55-58); e o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., pp. 55-58.

ambiente, etc.). Neste âmbito, as decisões administrativas revelam um particular melindre, tornando a tarefa de concordância prática e ponderação entre os direitos e interesses em jogo muito difícil e sensível.

Também por esta razão, o número de autoridades administrativas com competências relacionadas, directa ou indirectamente, com a outorga da autorização ambiental é, em muitos casos, enorme, o mesmo se dizendo em relação aos cidadãos e associações com legitimidade para participarem nos procedimentos respectivos — e, posteriormente, para utilizarem os meios jurisdicionais de defesa das suas pretensões, o que é salientado pela consagração, entre nós, do direito de acção popular para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a preservação do ambiente.

A *dimensão técnica* acentua a complexidade das autorizações ambientais: a sua outorga está dependente do cumprimento de diversos requisitos técnicos, nomeadamente relativos às emissões libertadas pelas instalações, aos efluentes lançados nos cursos de águas, aos resíduos produzidos e às formas utilizadas para o seu tratamento ou para a sua eliminação, à energia consumida, aos dispositivos técnicos de combate à poluição, etc.

A hiper-regulamentação é outra realidade incontornável do direito do ambiente que complicou a disciplina das autorizações ambientais, especialmente na sua primeira fase, em que integração e concentração eram ainda objectivos muito longínquos. O conjunto de leis e regulamentos a ter em conta no momento da outorga da autorização foi mais um obstáculo a colocar enormes problemas aos operadores económicos — num primeiro momento requerentes da autorização, depois exploradores da instalação ou actividade autorizada — e às autoridades administrativas, tanto no momento da prática da autorização, como depois nas fases de vigilância, controlo e fiscalização do funcionamento da instalação autorizada e da resposta aos eventuais incumprimentos ou desconformidades.

Diga-se, por último, que esta complexidade terá estado ligada, de forma directa, a um dos principais óbices que, nas diversas ordens jurídicas, foram suscitados a propósito das autorizações ambientais e que funcionaram como as principais linhas de força da sua reformulação e renovação: referimo-nos aos *défices de eficiência* das autorizações ambientais, tanto em termos de performance ambiental, como de eficiência económica.

A nota da complexidade assenta como uma luva ao direito ambiental português das últimas décadas do século transacto: já antes da promulgação da LBA — a qual, como vimos¹⁰⁸⁷, previu na al. h) do n.º 1 do seu art. 27.º o *licenciamento prévio* de todas as actividades potencial ou efectivamente poluidoras como um dos *instrumentos da política do ambiente*, reafirmando tal princípio no art. 33.º e prevendo ao longo do seu articulado o recurso aos actos autorizativos para protecção de componentes ambientais específicos, para a luta contra o ruído e para a emissão, transporte e destino final de resíduos e efluentes — e sobretudo a seguir a ela, o recurso à figura da autorização administrativa na legislação ambiental sectorial da primeira geração é enorme, salientando-se a complexidade na articulação e integração das diversas leis e regulamentos aplicáveis, bem como da exigência e da emissão das autorizações ambientais¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ Cfr. *supra*, Capítulo II, 4.5.3.

¹⁰⁸⁸ Salientado por PEREIRA REIS quando fala (*LBA Anotada*, cit., p. 74 e seg.) na “trama complexa de autorizações e aprovações” a que a maioria das actividades poluidoras já se encontrava sujeita.

Complexidade ainda agravada pela consagração, em Portugal como nos outros países sobre cujas ordens jurídicas nos temos debruçado, de um procedimento “enxertado” nos procedimentos de autorização e licenciamento, conducente à prática de um acto com um conteúdo basicamente autorizativo, que constitui a *avaliação de impacte ambiental*. Como veremos, as dificuldades só aparentemente foram ultrapassadas com a consagração do regime da *prevenção e controlo integrados da poluição* e o aparecimento de um acto autorizativo que, pelo menos supostamente, veio substituir ou integrar todos os outros: a licença ambiental.

2.8.2. A graduação dos procedimentos autorizativos

Em especial no direito ambiental alemão¹⁰⁸⁹ assistiu-se muito cedo à previsão legal de uma “graduação” ou “estratificação” dos procedimentos autorizativos, em função da possibilidade de serem tomadas, para além da *autorização plena, total ou completa, pré-decisões* ou *actos administrativos prévios (Vorbescheiden)* e *autorizações parciais*, sendo ainda admitido, nalguns casos, a *autorização de um começo antecipado*.

A estratificação ou ordenação do procedimento em fases autónomas sucessivas, com a tomada de decisões interlocutórias — ou a solução do procedimento de um projecto global por secções, a instituição de procedimentos administrativos *gradualísticos* ou *gradativos*¹⁰⁹⁰ — justifica-se, nomeadamente, pela enorme complexidade técnica e jurídica de muitos procedimentos, tornando-se o seu tratamento e análise simultâneos, num único procedimento e numa só decisão, difícil, moroso e dispendioso. No entanto, apesar de alguns avanços precoces nos países citados, consideramos ser esta uma característica das novas autorizações ambientais, típicas da segunda geração deste direito, razão pela qual remetemos o seu tratamento para essa sede¹⁰⁹¹.

2.8.3. As autorizações ambientais de primeira geração como autorizações de fim de ciclo (*end of pipe*)

Na primeira fase da vida das autorizações ambientais, o seu objectivo central era, mais do que prevenir a poluição, *controlá-la*: a abordagem dominante no direito ambiental de primeira geração acentuava sobretudo o *controlo* da poluição, colocando o acento tónico na poluição emitida no final do ciclo produtivo, procurando fiscalizar os seus níveis (em especial dos gases emitidos para a atmosfera e dos efluentes lançados nos cursos de água) e garantir que eram respeitados os limites consignados nos diplomas normativos aplicáveis e concretizados nos *actos autorizativos respectivos*. Esta abordagem é habitualmente designada como

¹⁰⁸⁹ Sobre esta matéria cfr., por todos, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 263-265; PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 51 e seg.; e WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 535.

¹⁰⁹⁰ São estas as expressões utilizadas por GOMES CANOTILHO, o qual salienta, a propósito deste tipo de procedimentos, que o licenciamento de um estabelecimento industrial está agora “sujeito a um *procedimento permanente de controlo* do próprio procedimento”: cfr. *Direito Público do Ambiente...*, cit., p. 28 e seg. (itálico no original).

¹⁰⁹¹ Cfr. *infra*, Cap. III, Secção II., 3.4.

de “fim de linha” ou de “fim de ciclo” (“end-of-pipe”, na terminologia anglo-saxónica), com o sentido referido de pretender apenas o *controlo* da poluição, utilizando tecnologias de controlo das emissões para o ar e para a água, por oposição às estratégias preventivas e de redução e correcção na fonte das patologias ambientais. A sua adopção manifestou-se de forma intensa nas autorizações ambientais, as quais estavam tipicamente orientadas para o *controlo da poluição* e para a *verificação da conformidade* das emissões das instalações e actividades autorizadas com os parâmetros ou limiares nelas fixados.

A caracterização das autorizações ambientais contemporâneas da primeira geração do direito do ambiente como autorizações de fim de ciclo foi posta particularmente em evidência pela doutrina norte-americana, a propósito da configuração dos actos autorizativos praticados ao abrigo das respectivas leis, em especial das de controlo da poluição atmosférica (CAA) e aquática (CWA): qualquer um destes grandes diplomas foi caracterizado como lei de controlo da poluição do tipo *end-of-pipe*, na medida em que o esforço central por eles normativizado foi orientado para o controlo das emissões na atmosfera e das descargas nas massas de água, respectivamente, sendo a fixação de *standards* uma peça básica no desenho das autorizações respectivas.

Como veremos na Parte II da dissertação, uma das alterações mais significativas que se produziu com a evolução do direito do ambiente teve precisamente a ver com uma mudança das concepções a este nível: a ordenação jurídica das actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais foi atribuindo maior relevo às estratégias de prevenção da poluição “na fonte” em vez do mero controlo dos efeitos de tais acções, substituindo a fiscalização dos resultados da produção por uma atenção redobrada em processos de produção mais limpos, que originassem menos emissões a lançar para a atmosfera, menos efluentes a atirar às massas de água, menos resíduos produzidos, menor ruído, menor consumo de energia e de matérias-primas, enfim, uma produção mais limpa que, no seu conjunto, reduzisse na fonte as externalidades negativas da produção. Baseando-se mais nos resultados ou na performance ambiental global dos instrumentos de prevenção e controlo da poluição.

3. A revogação das autorizações ambientais

Procurando limitar-nos aos traços gerais desta problemática, começaremos por dizer que o tema da *revogação das autorizações ambientais* é um daqueles que maiores e mais profundas alterações sofreu ao longo das cerca de quatro décadas que conta o direito ambiental dos pós-modernos. Mas como esta fase da nossa investigação é dedicada ao direito ambiental de primeira geração, vamos procurar situar aí o nosso estudo, deixando para a Parte II o tratamento das transformações profundas que entretanto se verificaram.

A ideia básica com a qual gostaríamos de iniciar é a que passa por uma relação de tensão entre duas realidades jurídicas diferenciadas, uma em sede de direito administrativo geral e outra do direito ambiental: por um lado, em sede geral e como vimos na Secção anterior deste Capítulo, o ponto de partida deve ser o da *irrevogabilidade dos actos favoráveis* ou *constitutivos de direitos*, de que é exemplo acabado, entre nós, o regime contido no art.

140.º do CPA, que acolheu as linhas fundamentais da disciplina que já vigorava no Código Administrativo e na LOSTA; e, por outro, o reconhecimento que a doutrina começou a detectar, logo nos primeiros anos de vida das autorizações ambientais — embora na maioria das ordens jurídicas tal só tenha sido reconhecido depois de decorridos bastantes anos, razão pela qual o essencial do tema será abordado na Parte seguinte, a propósito da autorização ambiental reinventada¹⁰⁹² —, das suas especificidades em termos de estabilização e fixidez, em virtude do profundo grau de incerteza que envolve as actividades criadoras de perigos e riscos ambientais, da evolução constante da realidade ambiental e dos conhecimentos para a compreender e disciplinar, tudo no sentido de atribuir uma maior vulnerabilidade a estas autorizações e facilitar as possibilidades da sua modificação e revogação. Isto é: ao passo que no regime tradicional estaríamos, pelo menos em boa parte das autorizações ambientais, perante títulos jurídicos tendencialmente estáveis e resistentes à alteração, o facto de se exigir aqui à Administração uma actividade de *controlo permanente* e a necessidade de configurar as obrigações assumidas pelos operadores em termos *dinâmicos* e *duradouros* reclama um regime próprio, tomando em conta a *relação continuada* que as autorizações ambientais criam entre o seu titular e a Administração e alargando as possibilidades de intervenção desta última no conteúdo do acto autorizativo, por comparação com o regime geral, muito mais protector dos interesses dos autorizados. Por outras palavras, ainda: na ponderação e tentativa de concordância prática entre os direitos fundamentais dos sujeitos autorizados (de propriedade, de iniciativa económica privada ou de exercício de uma profissão), que reclamam a protecção do efeito estabilizador da autorização e o interesse público da protecção ambiental, bem como os direitos fundamentais à saúde, ao desenvolvimento da personalidade e ao ambiente dos terceiros, em especial dos vizinhos, que apontam para a revisibilidade ou reforma do acto autorizativo, porventura para a sua revogação, esta segunda constelação de direitos e interesses não pode ficar em segundo plano tendo, pelo contrário, de assumir um papel suficientemente digno que justifique pôr em causa, em determinadas situações, aquele efeito estabilizador — apontando para a autorização como título jurídico mais vulnerável e revisível.

Todavia, durante muito tempo — e em boa parte ainda hoje, pelo menos em Portugal —, na ausência de regimes específicos a disciplinarem a revogação das autorizações ambientais ou, pelo menos, de algumas modalidades específicas destes actos, o regime geral da revogação dos actos constitutivos de direitos constituiu um obstáculo de vulto ao exercício das pretensões revogatórias da Administração¹⁰⁹³.

Assim, na generalidade das ordens jurídicas que temos vindo a analisar, demorou bastante tempo para que a compreensão das coisas de acordo com a qual as especificidades da

¹⁰⁹² Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III, Secção II., 3.6.

¹⁰⁹³ Nesse sentido, tecendo duras críticas ao regime do CPA, altamente limitador da revogação dos actos administrativos constitutivos de direitos, mais limitador ainda se comparado com o quadro completamente diferente vigente para os contratos administrativos, onde tem aplicação a chamada *teoria da imprevisão*, que conduziu à aceitação e consagração legal de um princípio geral de modificabilidade do contrato administrativo, ao pôr-se na disponibilidade da Administração o poder de modificação unilateral do conteúdo contratual (cfr., no direito vigente, a al. c) do art. 302.º do Código dos Contratos Públicos) — isto é, pondo em evidência o desfasamento entre um *princípio de estabilidade do acto administrativo* e um *princípio de instabilidade do contrato administrativo*, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 631-708.

autorização ambiental mereciam um regime próprio ao nível da sua estabilidade, garantindo a possibilidade de a Administração poder intervir no conteúdo do acto posteriormente à sua outorga e, nos casos mais graves, proceder mesmo à sua revogação, merecesse a atenção do legislador.

No que toca ao caso português, se compulsarmos o enorme pacote legislativo que marcou a primeira fase do nosso direito ambiental¹⁰⁹⁴ praticamente não encontramos referência à revogação dos actos administrativos que são praticados em sua execução, o que determina a aplicação do regime geral, caracterizado pelos enormes obstáculos à revogabilidade dos actos administrativos válidos, em particular quando constitutivos de direitos (ou de interesses legalmente protegidos). A única excepção que descortinámos refere-se à *licença de estabelecimento para exploração de recursos geológicos*, para cuja revogação se prevê um regime especial o qual, naturalmente, derroga o regime geral. Nos termos do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março (Disciplina o regime geral de revelação e aproveitamento dos recursos geológicos), a exploração dos recursos geológicos que não se integram no domínio público do Estado depende da obtenção de *licença prévia de estabelecimento*, a qual só pode ser concedida ao proprietário do prédio ou a terceiro, desde que este tenha celebrado contrato de exploração com o proprietário (cfr. al. *b*) do n.º 2). No art. 27.º do Decreto-Lei n.º 89/90, de 16 de Março, que aprova o *regulamento de pedreiras*, dispõe-se que os efeitos desta *licença de estabelecimento* podem cessar por caducidade ou por revogação, estabelecendo-se o *regime da revogação* no art. 29.º, preceito em cujo n.º 1 se prevêem os motivos que a *podem justificar*¹⁰⁹⁵, de cuja análise se conclui tratar-se de uma "revogação-sanção"¹⁰⁹⁶: são eles a infracção, por três vezes no período de um ano, de disposições relativas a zonas de defesa ou à segurança de pessoas e bens (al. *a*)), o incumprimento injustificado das determinações impostas pela fiscalização técnica (al. *b*)) ou o cometimento de faltas graves ou a repetição de faltas que evidenciem a incapacidade do titular da licença para a boa exploração da pedreira (al. *c*)).

O direito alemão afigura-se aqui, mais uma vez, um caso a merecer estudo atento, marcando uma tendência contrária à da maioria das ordens jurídicas europeias: apesar da existência, há muito, de um *regime geral de revogação* de actos administrativos válidos na lei geral de procedimento administrativo (cfr. § 49 da VwVfG)¹⁰⁹⁷, desde cedo que as leis ambientais de primeira geração previram *disposições especiais* na matéria. Apesar de, normalmente, não serem estabelecidos regimes específicos quanto à anulação administrativa, o que determina a vigência integral do § 48 da VwVfG, o mesmo não acontece quanto à revogação, a qual merece, em muitos casos, a consagração de disposições especiais, ainda para mais em regimes que são considerados pela doutrina como contendo *regulamentações*

¹⁰⁹⁴ Cujos mais relevantes diplomas foram já referidos: cfr. *supra*, Capítulo II, 4.4.

¹⁰⁹⁵ A autoridade que concedeu a autorização dispõe aqui de um poder discricionário, o qual todavia é limitado pelo n.º 2 do preceito em análise, de acordo com o qual nas situações em que as disposições, determinações ou incapacidades referidas nas diversas alíneas do n.º 1 respeitarem à defesa e conservação do ambiente, a licença só pode ser revogada a pedido e sob parecer da respectiva comissão de coordenação regional ou do Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza, o qual possui, neste caso, carácter vinculativo.

¹⁰⁹⁶ Sobre a figura cfr. *supra*, Secção II, 1.

¹⁰⁹⁷ Preceito que foi já analisado com algum pormenor: cfr. *supra*, Secção II, 3.2.

completas ou “fechadas”, afastando assim as regulamentações gerais¹⁰⁹⁸: é isso que se passa, *inter alia*, com os preceitos contidos nos §§ 21 da BImSchG, 17 da AtG e 18 da WHG. Note-se que tais disposições legais já existiam nas redacções publicadas, respectivamente, em 15 de Março de 1974 (que entrou em vigor no dia 1 de Abril do mesmo ano), em 15 de Julho de 1985 e em 23 de Setembro de 1986 — portanto dentro daquilo que ainda pode ser considerado o direito ambiental de primeira geração. Na ordem jurídica germânica cedo pesaram mais os argumentos relativos à especificidade das autorizações ambientais e à necessidade de conter regulamentações especiais quanto à sua revogação — em nome das exigências de adaptação, de protecção do interesse público na qualidade do ambiente e das outras razões supra citadas que justificam a facilitação da revogação das autorizações ambientais e a previsão de um regime mais flexível e menos estabilizado destes actos¹⁰⁹⁹.

Nestes termos, no que toca ao regime da revogação no direito ambiental alemão de primeira geração — ao nível do direito de protecção da atmosfera exactamente igual ao regime vigente, no direito nuclear com uma diferença mínima e que apenas conheceu alterações de algum significado no direito das águas, em 2009 —, deve assinalar-se que a própria disposição geral sobre revogação de actos administrativos favoráveis pode encontrar uma expressão especial ao nível da revogação de autorizações ambientais, pelo menos no que toca a uma das razões ou dos pressupostos justificativos da revogação (contidas, como sabemos já, no n.º 2 do seu § 49): pensamos no inciso 4, o qual legitima a revogação de um acto administrativo favorável quando tenha lugar uma *modificação da situação de direito* (do direito que o acto administrativo teve por base, no momento da sua prática) que implique que a Administração estaria autorizada, com base no novo preceito jurídico, a não praticar o acto (a indeferir o pedido, no caso de um requerimento de autorização), desde que o interesse público seja gravemente posto em perigo sem a revogação e se o beneficiário da vantagem resultante do acto ainda dela não tiver feito uso. Esta norma assume um significado muito particular no direito do ambiente pois, como é sabido, estamos perante uma área do direito particularmente dinâmica, com mudanças normativas muito rápidas e frequentes justificando-se, nalguns casos, pelo menos uma *revogação parcial* da autorização, a não ser nas situações em que o novo diploma contenha normas especiais de adaptação, caso em

¹⁰⁹⁸ É esta a opinião de WAHL, para quem os preceitos sobre *revogação de autorizações* no direito do ambiente contêm, em regra, uma regulamentação completa, verificando-se assim o princípio da especialidade, que exclui a aplicação das regulamentações gerais, neste caso o § 49 da VwVfG: cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 533.

¹⁰⁹⁹ Tendência em parte acompanhada nos EUA onde, durante a primeira fase do movimento da tutela ambiental se reconheciam em regra à Administração (em especial à super-poderosa EPA) poderes muito amplos de modificação e de revogação das autorizações — em consonância com a concepção dominante, ainda que com muitas vozes contrárias, segundo a qual a autorização não confere qualquer direito de propriedade ao sujeito autorizado, não lhe permitindo tão pouco lesar pessoas ou as suas propriedades, invadir outros direitos privados ou infringir qualquer lei federal ou estadual. Esta concepção revelar-se-ia, mais tarde, fundamental para executar os ambiciosos programas de comércio de emissões promovidos nos EUA (em especial o Programa das Chuvas Ácidas), para que a redução do número ou confisco das autorizações negociáveis, com vista a diminuir os níveis globais de poluição autorizados e a alcançar, assim, melhores resultados ambientais globais, não fosse configurado como um acto de expropriação da propriedade violador da “*Takings Clause*” prevista na 5ª Emenda à Constituição Americana, a qual proíbe o *government* de “expropriar propriedade privada (...) para uso público sem justa compensação”. Sobre estes poderes da Administração ambiental nos EUA cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., p. 308 e seg. e 335.

que a revogação se pode revelar inútil ou desnecessária¹¹⁰⁰.

Quanto às disposições do direito especial do ambiente citadas, apesar de neste país elas terem entrado em vigor ainda dentro do período histórico correspondente ao direito ambiental de primeira geração, a verdade é que são reflexo de tendências e princípios que, em geral, mereceram uma consagração mais ou menos geral apenas na segunda geração deste direito e dos actos autorizativos respectivos, razão pela qual remetemos o seu tratamento para essa parte do nosso estudo¹¹⁰¹.

¹¹⁰⁰ Neste sentido, cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 67.

¹¹⁰¹ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. II, Secção II, 3.6.

P A R T E I I

**OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO
ADMINISTRATIVO DO AMBIENTE
– EM ESPECIAL, A REINVENÇÃO
DA AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL**

“Aprender a estar no mundo com os que o habitam, no tempo histórico que é o nosso e abarca passado, presente e futuro, porque a nossa longevidade é um elo decisivo da longevidade dos outros, é o desafio que temos pela frente”.

MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA,
O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente

Ponto de ordem

Ao longo da Parte II da dissertação propomo-nos levar a cabo um trabalho com uma sistematização idêntica à abraçada na Parte I: depois de alinharmos alguns dos pontos, numa abordagem que terá de ser meramente tópica, sob pena de ultrapassarmos em medida insuportável os limites do nosso tema, sobre o contexto de alteração, actualização e transformação do direito administrativo que se vive desde meados da década de oitenta do século passado e que a doutrina alemã¹¹⁰² tem posto em evidência de forma mais incisiva (Cap. I), vamos procurar estudar os termos em que tal pano de fundo se projecta e se faz sentir ao nível do direito ambiental (Cap. II). Para depois voltarmos a centrar a nossa atenção na autorização administrativa ambiental, procurando decantar, a partir das soluções propostas em alguns ordenamentos jurídicos, algumas das principais tendências quanto à configuração e regime jurídico dos actos autorizativos ambientais. Não sendo inoportuno avançar, desde já, que a questão central neste domínio será a da determinação do ponto de equilíbrio entre as exigências de estabilidade do acto, em atenção aos direitos permitidos ou criados pela autorização e às correspectivas posições juridicamente tuteladas dos operadores económicos, por um lado; e as necessidades de flexibilização do acto, em nome da necessidade da sua adaptação permanente às flutuações do interesse público, com a consciência de que o interesse público cuja satisfação está aqui em causa tem cada vez mais a ver com as condições básicas da manutenção da vida no planeta, pelo menos em termos dignos e são, por outro.

¹¹⁰² A doutrina que se tem ocupado do desenvolvimento de um “novo” direito administrativo, e da construção dos alicerces da “nova” ciência do direito administrativo destaca a circunstância de, desde o momento assinalado no texto e por força de algumas das razões que vamos estudar no Capítulo I, *o direito público se encontrar num processo de transformação dramático*, de acordo com as palavras de HOFFMANN-RIEM (“Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 11, Juni 1997, pp. 433-442 – p. 433) ou numa fase de *transformação profunda* (ANDREAS VOBKUHLE, “Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft”, *DV*, 32. Band, 1999, pp. 545-554 – p. 545). No mesmo sentido, cfr. WOLFGANG KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft — ein Zwischenbericht”, *DV*, 42. Band, Heft 4, 2009, pp. 463-500 (pp. 463-466).

Este ponto de equilíbrio tem sobretudo a ver com o facto de vivermos num mundo de mudanças constantes e profundas — mundo no qual as palavras de ordem são flexibilidade, adaptação, renovação, mas também risco, medo, incerteza e ignorância — onde, todavia, são necessárias amarras, portos seguros e pontos fixos, podendo o direito ser um dos domínios de prudência e continuidade, em articulação com os valores da segurança jurídica e da protecção da confiança.

Em todo o caso, não vamos esquecer que se trata de uma tese sobre *direito do ambiente* o que será relevante, desde logo, no Capítulo I: a perspectiva defendida pelos autores alemães que encabeçam a “nova” ciência do direito administrativo¹¹⁰³ segundo a qual a perspectiva dos “campos de referência” — os direitos administrativos especiais — necessita de um complemento, levado a cabo por intermédio de uma *perspectiva sistemática geral* na qual emerge o *direito administrativo geral* como quadro de reflexão central ou *ideia ordenadora* vai ser, em larga medida, por nós ignorada ou, pelo menos, não tida em conta, uma vez que nos pretendemos concentrar naquele que é hoje, porventura, o principal domínio de referência do direito administrativo, o direito ambiental. Claro que não podemos pôr de lado a circunstância de a relação entre o direito administrativo geral e os sectores de referência ser simbiótica, havendo ligações de mútua influência e de verdadeira sinergia entre eles: por um lado, a parte geral do direito administrativo é entendida como *ideia ordenadora* cujo objecto é assegurar que cada instituição ou figura seja enquadrada num contexto mais amplo, garantindo a evolução dogmática e a capacidade de adaptação de cada uma das categorias com o resto do sistema, mostrando-se os sectores de referência como domínios singularmente permeáveis à influência do direito administrativo geral; mas, por outro, a pedra angular da ideia ordenadora é a indução de uma teoria geral a partir das particularidades de cada sector do direito administrativo especial e a recondução de cada uma das soluções singulares a princípios gerais de direito, o que demonstra que toda a teoria assenta num pressuposto sistemático, numa ideia ordenadora; e ainda, por outro, os sectores de referência são vistos como “bancos de ensaio” que permitem a actualização do denominador comum, a parte geral, carreando materiais e modelos, casos concretos e exemplos que permitem a indução e construção de uma teoria geral¹¹⁰⁴. Mas é este passo, da indução de um pensamento sistemático do direito administrativo e da decantação de soluções válidas para a parte geral do direito administrativo a partir dos sectores de referência, que nós não pretendemos — nem teríamos nunca condições para fazer — dar, resultando mais claro, sobretudo nos Capítulos II e III, que se trata de uma dissertação de direito ambiental. Ainda que não esteja excluído que algumas das soluções que vamos estudar e de outras que tenhamos a ousadia de propor em relação ao acto autorizativo ambiental possam valer em termos de

¹¹⁰³ Em particular SCHMIDT-ABMANN, por intermédio da sua incontornável obra *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, cit.

¹¹⁰⁴ São estes alguns dos postulados básicos de que parte SCHMIDT-ABMANN na obra assinalada na nota anterior: cfr., em especial, pp. 1-10. É neste contexto que deve ser entendida a *tese central do livro*, sustentada pelo pensamento sistemático e formulada pelo Autor a p. 2: só construindo sistematicamente o direito administrativo se podem identificar os valores em conflito e neutralizar as contradições ou desintegração que os diferentes sectores especiais, em constante movimento, geram; só construindo sistematicamente o direito administrativo se pode dar resposta aos reptos, oportunidades e perigos que actualmente se colocam e induzir as novas formas de interacção e partilha de responsabilidades entre o Estado e a sociedade.

direito administrativo geral, não temos a pretensão de fazer tal indução ou generalização, defendendo apenas que, *pelo menos* ao nível do direito do ambiente algumas alterações e uma nova compreensão e configuração do acto autorizativo ambiental se impõem.

A par destas questões centrais, outros temas serão convocados para a nossa análise, sentindo-se em quase todos a mesma nota de serem temas tratado *em geral* no direito administrativo mas de assumirem contornos e expressão especialmente relevantes em sede ambiental. A título exemplificativo, é isso que passa com a questão da *reflexividade* e com o *direito reflexivo*, teorias cujos alicerces se sustentam nas obras de Teubner, Luhmann e Giddens, mostrando a necessidade de reflectirmos de forma permanente sobre os nossos próprios erros e limites projectando-se, desta forma, também na *precariedade* do acto autorizativo; questões incindivelmente ligadas aos temas do *risco* e da *sociedade do risco*, onde pontifica em especial o sociólogo alemão Ulrich Beck, notando-se a articulação entre os temas na medida em que a sociedade do risco é, pela sua própria natureza, uma sociedade reflexiva.

Todavia, como já foi insinuado, nem tudo é novo, nem tudo é mudança, transformação, actualização, dinamismo e precariedade: nos Capítulos II e III vamos procurar harmonizar as novas tendências com a exigência de não abrir mão de um direito limitador e de restrições, à imagem do tradicional direito de polícia, o que se mostra decisivo quando está em causa a defesa de valores, interesses públicos e direitos fundamentais que reclamam protecção, no caso, os bens e valores ambientais. Para além do estatuto jurídico-constitucional de direito fundamental que o ambiente possui entre nós, cada vez mais se afigura evidente que estamos a falar da manutenção das bases fundamentais da vida individual e colectiva e da preservação da possibilidade de as gerações vindouras viverem num planeta, pelo menos em condições de salubridade e dignidade mínimas. Assim, o desafio central será o de procurar determinar as soluções fundamentais relativas à configuração e ao regime jurídico das autorizações ambientais que se aproximem ao máximo do ponto de equilíbrio óptimo entre as exigências de estabilidade, segurança e certeza jurídicas, protecção da confiança e do direito à iniciativa económica privada dos investidores e operadores e as necessidades de adaptação e actualização das disciplinas jurídicas e dos reptos às formas de resposta à incerteza, à ignorância, ao risco, à regulação do futuro, à interdisciplinaridade e, ainda, à europeização e transnacionalização do direito e dos seus institutos. Apontando este segundo grupo de valores para um direito mais flexível, mais adaptável às novas situações, aos novos riscos e aos novos conhecimentos, mais participado e cooperativo, em suma, um direito que se adapte e permita acomodar as constantes flutuações do interesse público, entidade em permanente alteração e dinamismo. O grande desafio é, no fundo, o de guardar vinho novo em odres velhos, potenciando ao máximo as qualidades desse néctar jovem acondicionado em velhos recipientes. Neste âmbito, a figura da autorização *rec sic stantibus* perfilar-se-á, indubitavelmente, como um instituto incontornável para os nossos propósitos.

Uma das linhas de continuidade que se faz sentir passa pelo recurso à *autorização administrativa* para a tutela de alguns dos valores fundamentais da vida em comunidade: ela não deve continuar a ser vista como um escudo de protecção dos direitos de iniciativa económica privada e de propriedade dos cidadãos-operadores mas pode e deve ser agora concebida como um *escudo de protecção de valores*, nomeadamente do interesse público

ambiental, cada vez mais uma realidade dinâmica, em construção, em permanente reelaboração.

A linha de continuidade e estabilidade impõe-se, ao nível ambiental e, mais em concreto ainda, do acto autorizativo ambiental, não se devendo nem podendo prescindir das suas bases de polícia ou de ordenação. Como veremos no Capítulo III, se é indiscutível que a autorização administrativa assume novos contornos da segunda (para alguns, da terceira!) geração do direito ambiental e que são colocados desafios renovados à sua construção jurídica — em nome de um direito *soft*, uma abordagem *souple* e flexível, de uma adaptação constante às novas tecnologias, aos novos regimes e aos reptos de uma sociedade que é simultaneamente de risco, de informação, de cooperação e de tensão entre conhecimento e ignorância — não é menos certo que não se pode prescindir da *hard law* nesta nova geração e de decisões que nos permitam, na medida do possível, enfrentar os problemas decisivos suscitados pela *questão ecológica*, que é necessário superar para continuarmos a viver. Nós e os que nos seguem.

A renovação do direito administrativo

“(...) a ciência do Direito Administrativo deve encontrar uma nova linguagem que permita ir mais longe do direito positivo, reconstruindo os princípios superiores que regem as leis deste processo”

SABINO CASSESE,
La Globalización Jurídica

1. Enquadramento

Como acabámos de ver, o direito administrativo encontra-se numa fase de profunda transformação e reformulação dos seus institutos tradicionais, defendendo mesmo parte da doutrina — em particular alemã — que já emergiu um novo paradigma que legitima a referência a um novo direito administrativo, suportado numa nova ciência do direito administrativo. Não é essa a perspectiva que vamos aqui defender: sem ignorarmos ou pormos em causa a profundidade e o alcance das novidades e alterações, pensamos que elas não são de tal índole que legitimem a defesa de uma alteração de paradigma nomeadamente porque, como pretendemos mostrar ao longo de toda a Parte II, os institutos e instrumentos clássicos da ordenação jurídico-administrativa — em particular o *acto administrativo* e, dentro dele, a *autorização administrativa* — revelam um préstimo que continua a ser decisivo, também nos novos e mais relevantes sectores ou domínios de referência do direito administrativo especial, com protagonismo para o ambiental, por força da extraordinária capacidade de adaptação e de renovação de tais institutos.

O facto de não aderirmos em absoluto a um novo direito administrativo, não significa que possamos pôr de lado o relevantíssimo “apport” trazido pela doutrina que o tem defendido e desenvolvido; todavia, aproveitaremos esses contributos para a adaptação e actualização dos institutos e formas de acção tradicionais que, em nossa opinião, ainda demonstram grande aptidão para fazer face aos novos riscos permanentemente criados e potenciados pelo homem, à profunda ignorância que os novos conhecimentos paradoxalmente trazem consigo e ao tratamento de uma informação cada vez mais vasta, técnica, especializada mas simultaneamente partilhada entre os poderes públicos (com destaque para a Administração), os agentes económicos e a sociedade civil em geral.

É indubitável que existem novas aberturas, novos caminhos a seguir e explorar, novos desafios que obrigam a questionar as soluções dos ordenamentos jurídicos e impulsionam a reconstrução dos seus institutos. Mas isso não invalida a tendência de *continuidade* e a necessidade de ter pilares sólidos sobre os quais assenta a construção e a defesa dos direitos e dos valores fundamentais.

A concepção que defendemos foi sustentada entre nós, pelo menos em parte, por Pedro Gonçalves¹¹⁰⁵ e foi desenvolvida em termos lapidares, mais recentemente, num artigo de Wolfgang Kahl¹¹⁰⁶. Neste seu escrito, Kahl retoma as linhas do novo direito administrativo alemão e da nova ciência do direito administrativo, seguindo de perto o trabalho de alguns dos seus principais cultores¹¹⁰⁷ e, explicando a forma como o *método jurídico* de Otto Mayer, com a sua perspectiva do acto administrativo e a sua preferência por temas doutrinários, constitui a fundação e o centro, durante grande parte do século XX, do direito administrativo alemão¹¹⁰⁸, mostra simultaneamente a necessidade de ele ser ajustado e diferenciado. No entanto — perspectiva em que acompanhamos totalmente o Autor — Kahl defende que a perspectiva clássica não está em absoluto desactualizada, em especial quanto ao *acto administrativo* o qual, devido à sua *flexibilidade* interna e externa e à sua *capacidade de adaptação*, constitui ainda o centro do direito administrativo alemão. Como tal, aponta para a necessidade de *expandir e combinar o método jurídico* com a abordagem científica da “*pilotagem*” (“*steuerungswissenschaftlicher Ansatz*”) orientada para o problema concreto, que complementa o direito tradicional e o seu método sem todavia o afastar. Sendo coerente ao não defender um novo direito administrativo — uma vez que uma reconfiguração completa do direito administrativo ou reorientação da sua doutrina não é nem possível nem desejável — mas sim o *complemento do direito tradicional*, assinalando como principais desafios da doutrina alemã do direito administrativo a busca de formas adequadas e metodicamente convincentes de diálogo interdisciplinar e de europeização e internacionalização do direito administrativo nacional. O que o leva ainda a avaliar os *modelos de governança*, que reclamam a impropriedade dos instrumentos soberanos para definirem as relações entre o cidadão e o Estado e a separação das esferas pública e privada, como não sendo nem empírica nem normativamente persuasivos — objecções a este conceito que o levam a concluir que a abordagem da governança não atinge as exigências e as necessidades colocadas pela democracia e pelo Estado de direito¹¹⁰⁹.

Ou seja: Wolfgang Kahl reconhece a fase de transformação profunda que o direito administrativo alemão vive desde finais dos anos oitenta do século passado e algum mérito da nova ciência do direito administrativo — uma abordagem teórica de orientação interdisciplinar — a qual, segundo o Autor, surpreendeu muitos estudiosos em face da ruptura

¹¹⁰⁵ O qual, ao longo da sua dissertação de doutoramento (*Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit.) aborda temas que se relacionam muito de perto com a realidade que vamos ter diante de nós, neste Capítulo I. E apesar de assinalar que, em termos administrativos, *transformação* é a palavra mais correcta para caracterizar a nossa época — desenvolvendo algumas das principais transformações do direito administrativo nas últimas décadas, nomeadamente as que passam pela *modernização*, *empresarialização*, *delegação de funções públicas em particulares* (incluindo tarefas intrinsecamente públicas), *auto-administração de interesses* e pelo *emagrecimento e retracção estaduais* — não legitimam todavia que se possa já falar numa “*alteração de paradigma*” (cfr., em especial, p. 13 e seg.).

¹¹⁰⁶ Cfr. WOLFGANG KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., especialmente p. 485 e segs.

¹¹⁰⁷ Não apenas o incontornável SCHMIDT-ABMANN, mas também ANDREAS VOBKUHLE, HOFFMANN-RIEM, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, RAINER WAHL e OSSENBUHL entre outros.

¹¹⁰⁸ A perspectiva que ficou conhecida por *método jurídico* possibilitou, nos finais do séc. XIX, a formação do direito administrativo, centrando-se nas normas e no acto administrativo, assentando em processos de sistematização e abstracção e na correspondente codificação dos diplomas fundamentais.

¹¹⁰⁹ Cfr. “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., p. 496.

com a antiga ciência jurídico-administrativa, alertando desde logo para a circunstância de a ciência alemã do direito administrativo se mostrar metodologicamente dividida perante uma pretensão tão ambiciosa¹¹¹⁰. Para além disso, demonstra receptividade para a compreensão da importância de alguns dos conceitos ou tendências centrais da nova abordagem: a *euro-peização* e a *internacionalização* são valoradas como extraordinários desafios à construção do sistema e do método jurídicos, sendo os maiores desafios para o sistema do direito administrativo alemão, acompanhando Rainer Wahl ao considerar que elas constituem “a segunda fase do direito público sob a *Grundgesetz*”¹¹¹¹. O direito administrativo da *regulação* é destacado como o elemento central de resolução dos problemas jurídicos surgidos em virtude do surto de privatização, configurando-o como direito das consequências da privatização e assinalando o trio “privatização — garantia — regulação” como a trilogia decisiva em torno da qual se desenvolvem as principais tendências actuais do direito administrativo¹¹¹². No entanto, e como começámos por ver, este reconhecimento não o afasta da importância dos conceitos tradicionais e da defesa da impossibilidade de pôr totalmente de lado os institutos fundamentais herdados do pensamento e da doutrina de Otto Mayer, sem obviamente negligenciar o papel dos novos cultores, em particular de Schmidt-Abmann, numa nova conformação da concepção fundamental do *direito administrativo geral como ideia de ordenação*.

Nas outras ordens jurídicas europeias que constituem as principais referências do nosso ordenamento jurídico-administrativo, nomeadamente na França e na Itália, também se fazem sentir, sensivelmente desde o mesmo momento — a década de oitenta do século passado é, por norma, identificada como o período de viragem e de afirmação das novas tendências — os ventos de mudança que sopram no direito administrativo e na respectiva ciência. Todavia, a respectiva doutrina não defende, por norma, a emergência de um “novo” direito administrativo.

O nome de Sabino Cassese é, nesta sede, incontornável: este Autor tem revelado grande atenção às reformas e novidades e enorme argúcia no seu tratamento, em particular no que se refere à *internacionalização* e à *globalização* do direito administrativo. Todavia, numa reflexão em que o acompanhamos, considera que *não se pode falar num novo direito administrativo*, na medida em que as novas tendências convivem com as velhas — convivência que, de qualquer forma, é geradora de diversas ambiguidades sentidas hoje em dia e que se deve procurar ultrapassar¹¹¹³.

O tema das *transformações do direito administrativo*, bem como o da tensão entre as mudanças e a evolução deste direito e a tendência oposta da *estabilidade* têm sido tratados, *ex professo*, por Cassese — sendo certo que, segundo o emérito juspublicista italiano, as

¹¹¹⁰ Cfr. “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., pp. 463-466.

¹¹¹¹ Cfr. RAINER WAHL, *Herausforderung und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 178, Berlin, 2006, p. 14 e 94 e segs.).

¹¹¹² Cfr. KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., p. 480.

¹¹¹³ Cfr., em especial, “Tendenza e problemi del diritto amministrativo”, *RTDP*, 2004/4, pp. 901-912, especialmente p. 912. As ambiguidades traduzem-se, entre outros aspectos, no facto de o direito administrativo estar subordinado à política mas, ao mesmo tempo, pretender tornar-se independente; é ainda de base unilateral, mas procura o acordo e o consenso; obedece à política, mas também a critérios jurídicos e a regras técnicas; é legitimado pelo consenso mas sobretudo pelo direito; é simultaneamente vinculado e discricionário.

duas ideias sempre estiveram presentes no direito administrativo, citando obras de León Duguit e Otto Mayer demonstrativas de tal conclusão, o primeiro alegadamente arauto da transformação e o segundo emissário da permanência¹¹¹⁴. O Autor reconhece que a velocidade e a continuidade das transformações do direito administrativo tornaram mesmo a *reforma* numa *função pública permanente*¹¹¹⁵ o que, para além de obrigar a ciência jurídica a um esforço de actualização permanente, com recurso a uma nova linguagem e reconstrução dos grandes princípios, é também — como já foi dito — gerador de contradições:

¹¹¹⁴ Cfr. "Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo", *RTDP*, 2002, n.º 1, pp. 27-40, especialmente pp. 28-30. Neste trabalho, CASSESE destaca aquilo que considera serem as *características originais do direito administrativo*, fixadas no último quartel do século XIX, com o crescimento dos Estados, o fim da política do "laissez-faire" e os primeiros desenvolvimentos do Estado Providência (cfr. pp. 31-33): são elas a *nacionalidade* (forte ligação ao Estado e deste ao território respectivo, apresentando-se o direito administrativo como o instrumento principal da centralização), a *supremacia do interesse público* da qual decorre a *supremacia da Administração Pública* (impondo-se o *princípio da legalidade* para a travar, o que demonstra a afirmação da lei como instrumento de tutela dos cidadãos), o *regime administrativo* concretizado nas prerrogativas da Administração, em especial os seus *poderes de polícia* que lhe permitem penetrar na esfera de direitos dos cidadãos, o facto de se tratar de um *direito eminentemente governativo* e, por último, a *especificidade jurisdicional* deste direito, com a distinção entre poder executivo e poder judiciário. Para depois comparar tais características com a *situação hodierna*, o que lhe permite fazer, de forma mais rigorosa, o *exame das transformações* (pp. 34-38) as quais passam pela *crise da territorialidade do Estado* (em especial em virtude da *europização* e da *internacionalização* do direito administrativo), a *erosão da supremacia* do direito administrativo (supremacia e unilateralidade são, cada vez mais, substituídas pelo consenso e pela bilateralidade, salientando-se ainda, nesta sede, a subordinação da Administração Pública a mais níveis normativos, bem como uma actuação mais jurisdicionalizada da Administração, devido à procedimentalização da actividade administrativa), a crise da distinção entre direito administrativo e direito privado (com o desenvolvimento do direito administrativo em formas privatísticas sente-se o recuo do regime administrativo), o *eclipse do governo* do direito administrativo, que é cada vez menos influenciado pelos governos nacionais e, por último, com uma sujeição integral da Administração Pública aos tribunais administrativos, cada vez menos concebidos como tribunais especiais.

Mais recentemente CASSESE retoma o tema (Cfr. "Tendenze e problemi...", cit.) assinalando, na mesma linha, como *principais tendências e problemas actuais do direito administrativo* os da sua *desnacionalização*, o qual se expande para além do Estado, apoderando-se do direito internacional; da *convergência dos direitos administrativos nacionais*; da *expansão do direito administrativo para o direito constitucional*; da necessidade de estabelecer um *novo equilíbrio entre público e privado*; e, por último, a tendência da *revolução dos direitos*, em virtude de serem conferidos aos cidadãos novos direitos contra a Administração, de tipos e medidas até aqui desconhecidos.

¹¹¹⁵ O conceito de *reforma administrativa* é densificado por SABINO CASSESE (cfr. "L'Età delle Riforme Amministrative", *RTDP*, 2001/1, pp. 79-97), indicando uma série de intervenções, promovidas pelo corpo político ou pelo administrativo, para adaptar as Administrações públicas às mudanças económicas e sociais. Trata-se de intervenções que não se produzem de forma paralela no sector privado, onde se desconhece o termo reforma, empregando-se no seu lugar as expressões mudança ou transformação, produzindo-se a adaptação ao mercado e ao ambiente envolvente de forma contínua (p. 79 e seg.). Esta reforma é localizada por Cassese, como já vimos ser tendência mais ou menos corrente, no último quarto do século XX, sendo a sua principal razão a redescoberta, afirmação e difusão do *liberalismo* e os correspondentes protagonismos de mercado, empresa e direito privado, bem como o papel de "utilizador" do cidadão (o qual passou de administrado a cliente) e os reptos de eficiência e eficácia dos serviços prestados aos cidadãos (p. 81 e seg.).

Sobre a ideia de *reforma* ao nível do *direito administrativo geral*, cfr., em Espanha, LUCIANO PAREJO, "La idea de la Reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España", in: JAVIER BARNES (Editor), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2006, pp. 177-202. No entender de LUCIANO PAREJO, os *pressupostos da reforma* passam pela superação da separação entre direito material ou substantivo e direito da organização (reconhecendo a dependência do direito administrativo "real" em grande medida da organização) e pela verificação da importância da *programação normativa finalista* (cfr. p. 190). Entre as *tarefas básicas* que se impõem neste âmbito cita a da "reconstitucionalização" do direito administrativo e a da reconstrução sistemática da Parte Geral sustentada na análise dos sectores do direito administrativo especial identificados como idóneos para funcionar como "referência" (p. 192).

as transformações são sobretudo sectoriais, por campos, o que faz com que *o novo direito administrativo conviva com o velho*, levantando-se também dificuldades na combinação das novas tendências do direito administrativo com o “velho” direito constitucional¹¹¹⁶.

A situação não parece ser muito diferente na França¹¹¹⁷ ou em Espanha¹¹¹⁸, impondo-se a conclusão de que o pano de fundo da nova ciência do direito administrativo alemã tem potencialidades extraordinárias para compreender e explicar as novas realidades, embora não imponha forçosamente a adesão à ideia de um novo direito administrativo, isto é, levando à conclusão de que não se produziu um verdadeiro corte ou ruptura epistemológica, no sentido da doutrina de Bachelard¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Cfr. “Le trasformazioni...”, cit., pp. 38-40.

¹¹¹⁷ FRANÇOIS BEROUJON, em momento recente, analisa com bastante argúcia o tema da *evolução do direito administrativo* (cfr. “Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes?”, *RFDA*, 24^e Année, n.º 3, Mai-Juin 2008 pp. 449-455) usando a expressão “destruição criadora” para sintetizar essa evolução: o direito administrativo está, por um lado, atrofiado no seu centro mas, por outro, hipertrofiado na sua periferia e, se é certo que o serviço público se tem “evaporado” do direito administrativo, o recuo desta noção articula-se com o fortalecimento do critério da *puissance publique*, realizando-se a modernidade do direito administrativo precisamente pela *unidade redescoberta* deste direito através da noção de *puissance publique* e pela multiplicidade das regras que se produzem na sua periferia. Assim, as forças contraditórias de evolução, se por um lado destroem alguns dos institutos tradicionais do direito administrativo, como o do serviço público, por outro criam ou recriam com base numa noção tão essencial ao direito administrativo tradicional como a de poder público.

¹¹¹⁸ Cfr., por exemplo, o citado trabalho de LUCIANO PAREJO (“La idea de la Reforma...”, cit., *passim*) ao longo do qual, apesar da importância que dá à ideia da reforma e à necessidade de a ciência jurídico-administrativa empreender uma reflexão de conjunto que permita a *actualização* do direito administrativo geral, a ideia de fundo que transparece é precisamente a da *actualização* e não a da substituição do antigo direito administrativo por um novo direito administrativo. Na verdade, os aludidos pressupostos da reforma e, sobretudo, as tarefas básicas que urge levar a cabo nesse âmbito apontam para essa ideia de modernização, de aditamento, mas não de substituição: estão em causa, entre outros, os trabalhos de *reconstitucionalização* do direito administrativo, de *reconstrução* sistemática da Parte Geral sobre a análise dos sectores do direito administrativo especial identificados como idóneos para funcionar como “referência” e a re-sistematização destes domínios, com a deslocação do centro de gravidade da acção administrativa para a economia e para os sectores de que esta e o *status* do cidadão dependem: os serviços pessoais e sociais (educação, saúde, segurança social) e o *ambiente*.

Também ao longo da obra de fundo de SÁNCHEZ MORÓN (Cfr. *Derecho Administrativo...*, cit.) se dá enorme destaque às novas tendências que se fazem sentir desde a década de oitenta do passado século, na opinião do Autor fruto da hegemonia ideológica do neoliberalismo, da globalização económica e da difusão das novas tecnologias (cfr. pp. 60-64). Em todo o caso, o estudo do actual papel do Estado (caracterizado, em particular, pelo surto das privatizações e da alteração de funções que elas impõem, com a redução do papel do Estado, a supremacia crescente da sociedade civil e do mercado e a assunção pela Administração de novas tarefas de regulação e controlo — cfr. p. 60 e seg.), a *fuga* (parcial) *do direito administrativo*, o desenvolvimento do *direito administrativo europeu*, a afirmação do princípio da *boa administração*, a *desregulação* e outras matérias desenvolvidas pelo Autor não apontam para uma revolução ou uma alteração de paradigma, mas antes para uma renovação e actualização dos quadros e dos institutos tradicionais do direito administrativo. Sintomático desta realidade é, por exemplo, o facto de a desregulação se traduzir, afinal, numa *neoregulação*, a qual revela que o Estado não deixou de intervir na vida económica e social, mas antes que o passou a fazer de uma maneira diferente, surgindo ao lado das formas de controlo tradicionais — com destaque para a autorização — outras mais flexíveis e subtis, como deveres de informação e transparência, comunicações, avaliações e auditorias, uma implicação dos sujeitos privados nas próprias funções de controlo e a criação de autoridades independentes de regulação e controlo da economia (cfr., em especial, pp. 620-622).

¹¹¹⁹ Uma das ideias mais importantes — se não a mais importante — do filósofo francês Gaston Bachelard foi a de *corte* ou *ruptura epistemológica*, introduzida na obra *La formation de l'esprit scientifique*, de 1938. Foi utilizada para aludir à ruptura entre o espírito pré-científico e o científico, cada um deles ligado a um modelo conceptual próprio e distinto, nomeadamente porque a ciência emerge de uma prática que produz conceitos não

É ainda digna de nota outra das características comuns das reformas iniciadas no último quartel do século xx em diversos países ocidentais que representam a renovação ou modernização das administrações públicas e do direito que as disciplina: a da utilização de expressões ou termos enfáticos para a sua designação, que vão da corrente do *New Public Management* no Reino Unido à afirmação do *Neue Steuerungsmodell*, na Alemanha, do repto do *Reinventing Government* nos EUA à *Renovation du service publique*, em França ou, ainda, à *Modernización* espanhola¹¹²⁰.

Neste enquadramento, perfila-se como natural outro dos panos de fundo das profundas alterações que o direito administrativo tem experimentado, nas últimas três décadas, com uma enorme projecção e incidência ao nível do direito ambiental: o da crise do modelo clássico de ordenação, de imposição ou de comando e controlo e a sua paulatina substituição ou, pelo menos, suplemento e complemento por um recurso a estratégias de regulação menos impositivas, mais cooperativas, participadas, dinâmicas e integradas, em particular através do recurso a instrumentos económicos e de mercado e a estratégias de gestão do risco. Situação sublinhada sobretudo pela doutrina e pelas experiências levadas a cabo no direito administrativo norte-americano.

Nos EUA, a reacção ao modelo tradicional de comando e controlo, ligado ao Estado administrativo, tem tido uma enorme força e pujança, seja pelo citado recurso a instrumentos económicos e de mercado, seja a estratégias de regulação *em rede*, envolvendo agências administrativas e grupos de interesse, em particular as comunidades dos regulados, sublinhando os excessivos custos económicos, burocráticos e de tempo do modelo tradicional — muito dissuasores do investimento e desenvolvimento económico — e, em contraposição, a maior eficiência, eficácia, atenção aos custos, simplificação, transparência, flexibilidade e aceleração dos novos instrumentos e das novas estratégias, em que a cooperação (nomeadamente o método de *learning by doing*) ganha foros de princípio fundamental e a partilha e abertura da informação se converte noutra dos aspectos nucleares das novas estratégias¹¹²¹

Em jeito de conclusão sobre a perspectiva que pressupomos ao efectuar o percurso a levar a cabo neste Capítulo I — percurso intencionalmente breve, inevitavelmente lacunoso e assumidamente tópico — diremos que o novo sistema de um *direito liberalizado, desregulado, flexível, aberto ao mercado, privatizado* e com muitas outras características que estudaremos, tem necessariamente de conviver com uma *estrutura regulatória que maximize as suas potencialidades* e com conceitos e institutos provenientes da abordagem tradicional, os quais deverão funcionar como uma espécie de válvula de segurança para garantir o essencial, nomeadamente objectivos básicos reportados à preservação dos componentes ambientais naturais e à protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos nesta área.

derivados da generalização de observações. No entanto, a ideia de corte epistemológico passou a aplicar-se ao próprio desenvolvimento da ciência no sentido das suas fases distintas (mudanças súbitas verificadas ao longo do processo de evolução da ciência, o qual se apresenta como um processo descontínuo), que são na verdade “marcos epistemológicos”. Entre outros cfr., de forma abreviada, J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, Tomo I, Ariel Referencia, Barcelona, 1994, p. 298 e seg.

¹¹²⁰ Sobre este recurso a estes “termos enfáticos”, cfr. S. CASSESE, “L’Età delle Riforme...”, cit., p. 82.

¹¹²¹ De forma sintética cfr., por todos, RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, *RTDP*, 2004, Fascicolo n.º 1, p. 1-29.

Atevemo-nos a dizer que a questão central aqui aflorada senão um dos temas que mais tem preocupado os juspublicistas desde a afirmação do direito administrativo como corpo dogmático autónomo: o da *tensão entre as exigências de estabilidade* (as principais, para o *método jurídico* de Mayer), por um lado, e os *reptos de flexibilidade e adaptação* que os juristas sempre têm lançado ao direito administrativo, por outro. Embora estes últimos desafios sejam cada vez mais pertinentes e actuais e constituam uma força de pressão muito mais forte, nos nossos dias, nomeadamente por força da questão ecológica e dos desafios que estão em jogo por detrás dela. A questão da tensão entre a estabilidade e a flexibilidade é justamente equacionada por um dos principais arautos da reforma e da defesa de um novo direito administrativo. Falamos de Schmidt-Abmann, o qual aborda a ponderação de que curamos, falando num equilíbrio fundamental entre a *estabilidade* — à qual reconhece uma função orientadora, sendo relevante para fazer face às exigências de segurança jurídica e de protecção da confiança, bem como do próprio princípio do Estado de Direito — e a *modificação*, reclamada pelo movimento e transformação constante da realidade e da ordem jurídica e pelas exigências de abertura à inovação¹¹²².

2. Os principais reptos à reforma ou renovação do direito administrativo

Vamos agora iniciar um dos pontos mais problemáticos da nossa dissertação, por inúmeras razões, a primeira das quais reside no aparente paradoxo de aproveitar os ensinamentos de uma doutrina — a *nova ciência do direito administrativo* alemã — com cujo postulado essencial discordamos, qual seja, o da construção de um novo direito administrativo. A crescer a essa, a intencional e inevitável brevidade, a omissão de aspectos porventura fulcrais da nova ciência e o facto de se poder ter a ideia, que pretendemos desde já afastar, de estar aqui em curso uma análise dogmática do direito administrativo geral, quando os nossos propósitos se dirigem todos para um domínio do direito administrativo especial que é, em todo o caso, provavelmente o principal sector de referência do direito administrativo dos nossos dias: o ambiente.

Feito este pequeno reparo, impõe-se a identificação dos nossos propósitos em relação às linhas subsequentes: abordar os principais reptos de actualização ou os mais relevantes aspectos da reforma ou renovação do direito administrativo, desde meados da década de oitenta do século passado, em particular no espaço jurídico europeu que nos é mais próximo

¹¹²² Cfr. Cfr. SCHMIDT-ABMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", in: JAVIER BARNES (Ed.), *Innovación y Reforma...*, cit., pp. 15-132 (p. 21 e seg.). O Autor germânico analisa em seguida (pp. 22-28) as *forças motrizes* que materializam as adaptações ou transformações necessárias, o mesmo é dizer, os seus *agentes principais*: são eles a *jurisprudência*, em especial do BVerfG, que tem tido um papel muito importante na evolução do direito administrativo; o *legislador*, tanto nacional como comunitário; a *doutrina*; e o *poder executivo*, nomeadamente no que se refere ao novo modelo de direcção (orientação ou pilotagem). Apesar da articulação entre os quatro níveis, a reforma do direito administrativo alemão tem sido entendida, desde o início, como um *empreendimento científico*.

recorrendo, para esse efeito, às palavras ou conceitos chave identificados pela nova ciência do direito administrativo alemã, servindo as alterações assinaladas pela respectiva doutrina como uma espécie de “guião”¹¹²³. O que explica que as nossas fontes sejam principalmente alemãs.

Como esta é, antes de mais, uma dissertação de direito do ambiente, todas as reflexões levadas a cabo não ignoram o facto de pretendermos depois “aproveitá-las” para a sua teorização ao nível do direito ambiental (no Cap. II), em particular quanto ao acto administrativo autorizativo, que continua a revelar um préstimo singular no ordenamento jurídico do ambiente, ainda que com novas roupagens e configurações (Cap. III). Embora não se possa esquecer que esta relação entre o sector de referência que constitui o nosso objecto específico de investigação e o direito administrativo geral é dialéctica, sinérgica, dinâmica e dialógica, pois mais do que ser o ambiente o principal “laboratório experimental” onde se testam as novas soluções, é ele o campo fornecedor dos interesses, valores, direitos e impulsos que compelem as reformas e obrigam ao esforço de actualização, modernização e adaptação dos institutos e instrumentos clássicos do direito administrativo geral.

Procedamos, então, à análise sumária dos principais reptos de actualização do direito administrativo ou os mais relevantes traços inovatórios que foram rasgados na doutrina do direito administrativo das últimas três décadas. Assinalando que, em geral, as novas realidades se projectam em aspectos *substanciais* do direito administrativo — na disciplina jurídica material das relações, das formas de agir e dos institutos jurídicos — mas, antes deles, numa vertente *procedimental* na qual se notam como especialmente relevantes as ideias de *acordo*, *informalidade*, *participação*, *cooperação*, *agilização*, *eficiência* e *eficácia*, entre muitas outras. O direito administrativo que resulta da actualização e transformação suscitada pelos novos valores, em particular o chamado direito administrativo global, é um direito cada vez mais procedimental e participado, não pretendendo tanto obter soluções de fundo definitivas mas respostas processuais, impondo-se, desta forma, uma *compreensão procedimentalista do direito administrativo do século XXI*.

2.1. O direito administrativo da regulação

Como primeiro ponto das novas tendências pretendemos deixar algumas notas sobre o *trânsito* de uma abordagem baseada na *polícia administrativa* clássica para uma perspectiva ou *actividade de regulação*, na medida em que confluem na regulação uma série de aspectos do novo direito administrativo¹¹²⁴: o facto de ele se dirigir a um Estado que já não

¹¹²³ A nova ciência do direito administrativo alemão trabalha com *conceitos chave* e *modelos condutores* (“Leitbildern”) que permitem a coordenação dos diferentes discursos especializados referidos à Administração e ao direito administrativo, conceitos esses que têm funções de *esclarecimento*, de *interpretação*, de *trabalho em rede*, de *orientação* e de *concretização*: cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ABMANN/ANDREAS VOBKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts — Band I — Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp. 1-61 (pp. 35-37).

¹¹²⁴ Usaremos diversas vezes, ao longo da exposição, a expressão “novo direito administrativo”, não no sentido técnico específico defendido pela doutrina alemã que representa essa corrente mas apenas com o significado de um direito administrativo actualizado, renovado e alterado pelas novas tendências, isto é, por referência à forma

é tanto intervencionista e prestador mas antes, no essencial, regulador e de garantia, sendo um Estado *souple*, baseado no consenso, na participação, na cooperação, com um papel de árbitro, de concertador e de activador das forças sociais e económicas; a essencial flexibilidade do novo direito, uma vez que a regulação é feita de flexibilidade e de um compromisso estabelecido e desejado pelos poderes públicos; a normatividade incerta ou suave; o recurso a estratégias de concertação, colaboração, persuasão, pedagogia, advertência, etc.; o enorme relevo das políticas públicas¹¹²⁵ e da governança, por contraposição às estratégias rígidas tradicionais de governo.

Na verdade, a regulação caracteriza-se por recorrer e utilizar um direito negociado, flexível e indicativo, embora conviva com as formas tradicionais de produção legislativa identificadas pela imperatividade, generalidade e abstracção¹¹²⁶. Os fundamentos e métodos do Estado regulatório traduzem a flexibilidade, informalidade e maleabilidade típicas da nova abordagem.

De entre os problemas discutidos neste tema, importa-nos em alguma medida o da *autoria*, que passa pelo reconhecimento de que, ao lado do Estado, cada vez mais é necessário contar com novos entes para o desempenho das actividades administrativas, com realce para as autoridades administrativas independentes. As novas funções reguladoras ou regulatórias são, em grande medida, confiadas a autoridades administrativas criadas para o efeito, nomeadamente agências regulatórias ou autoridades reguladoras independentes, estabelecendo-se uma separação de poderes entre os órgãos políticos do Estado e a actividade regulatória propriamente dita. Todavia, mais do que os autores, interessa-nos a questão dos *instrumentos*, com o enriquecimento da panóplia das formas de acção administrativas e o recurso a formas mais suaves, indicativas e flexíveis não tanto de “ditar” o direito mas de o exteriorizar, já que elas são muitas vezes o resultado de processos de concertação e colaboração mais ou menos elaborados.

A regulação é uma realidade que, nas últimas três décadas, tem emergido com uma posição central no seio do direito administrativo, encontrando-se as suas raízes mais profundas nos EUA, com destaque para a criação da primeira agência reguladora (*The Interstate Commerce Commission*) em 1887, a partir da qual a actividade regulatória não cessou de aumentar. No entanto, foi no período do *New Deal*, no final da terceira década do século passado, como resposta à Grande Depressão de 1929-32, que a criação das agências regulatórias e o extraordinário reforço dos seus poderes se fez sentir com mais intensidade.

pela qual o direito administrativo se apresenta nos nossos dias.

¹¹²⁵ A *política pública* pode ser definida como o “conjunto de objectivos e medidas para a definição das quais intervêm um conjunto de entidades determinadas em função do seu relacionamento com um conjunto de factos e estes, por sua vez, com um conjunto de objectivos ou pluralidade de medidas de natureza diversa, relevando de diferentes competências, destinadas a concretizar diferentes objectivos a partir de situações diversas. As medidas podem ser de ordem legislativa, administrativa, orçamental ou outras (...). Os intervenientes podem ser entidades públicas, entidades privadas, pessoas singulares, a sociedade em eleições ou em greves e manifestações... Os factos podem ser de ordem económica, cultural, política, social... E os objectivos podem ser o crescimento económico, a protecção do ambiente, a distribuição equitativa dos recursos ou uma adequada combinação de fins múltiplos, devidamente compatibilizados”: cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, 2009, p. 128.

¹¹²⁶ Neste sentido cfr., de forma expressa, DI PIETRO, “Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade”, in: DI PIETRO (Org.), *Direito Regulatório — Temas Polêmicos*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2.ª edição, 2004, pp. 19-50 (p. 40).

Desde aí nasceu nos EUA uma administração pública com enorme magnitude, com grande extensão da sua “discrecionabilidade técnica”, em face do reconhecimento da qualidade técnica e científica das suas decisões e da eficiência e eficácia que foram emprestando à actividade administrativa. Em todo o caso, a elaboração de uma verdadeira *teoria da regulação* é, em geral, atribuída a um escrito norte-americano que data apenas de 1971, da autoria de George Stigler¹¹²⁷.

A “recepção” da *regulação administrativa* na Europa deu-se mais recentemente, estando ligada ao reconhecimento de entidades administrativas novas que gozam de independência mais ou menos ampla em face dos governos centrais e da administração ministerial ou departamental, assinalando-se o seu surgimento em França, em 1978, em articulação com os objectivos de diminuir a presença e o peso do Estado e da Administração Pública directa na economia e na sociedade e de alcançar uma maior objectividade, imparcialidade e distanciamento em relação aos interesses privados regulados e à sua possível influência nas decisões destinadas a servir, em última instância, o interesse público¹¹²⁸.

Apesar de o termo ser usado, em primeiro lugar e por norma, em referência à *regulação económica* — sublinhando a necessidade de o Estado intervir numa economia liberalizada quando o descontrolo da concorrência rompe o equilíbrio, conduzindo à ineficiência do sistema, isto é, quando se verificam *falhas de mercado*¹¹²⁹ — ele alastrou-se posteriormente

¹¹²⁷ Cfr. GEORGE J. STIGLER, “The Theory of Economic Regulation”, *Bell J. Econ. Manag. Sci.*, vol. 2, n.º 1 (Spring, 1971), pp. 3-21. Neste artigo STIGLER fornece um esquema sobre a *demanda* pela regulação e uma teoria do *forne-cimento* da regulação, em relação com o uso de recursos e poderes públicos para melhorar a situação económica de grupos determinados, em especial indústrias e profissões, analisando a correspondência entre a regulação e os interesses económicos e o processo político pelo qual se adopta a regulação. No que toca à influência do Estado sobre a indústria, o Autor nota que, em função dos seus poderes para proibir ou obrigar e de tirar ou dar dinheiro, o primeiro tanto pode ser um recurso como uma ameaça para qualquer indústria (porque pode e efectivamente ajuda ou prejudica um grande número de indústrias) — aparecendo como *tarefas centrais da teoria da regulação económica* explicar quem recebe os benefícios e os encargos da regulação, qual a forma que esta assume e, ainda, os efeitos da regulação na atribuição dos recursos. Mostra-se ainda relevante a apresentação, por STIGLER, de duas visões alternativas da *regulação da indústria*: uma de acordo com a qual ela é instituída primariamente para protecção e benefício do grande público ou para algumas categorias do público; e outra para a qual o processo político desafia qualquer explicação racional. Como afasta esta segunda, afirma que “o problema da regulação é o problema de descobrir quando e porquê uma indústria (ou outro grupo de pessoas que partilhem opiniões) está em condições de usar o Estado para os seus fins ou é apontada pelo Estado para ser usada para fins diferentes” (p. 4). Em função desta concepção, analisa depois os *benefícios que o Estado pode atribuir a uma indústria* (isto é, a *demanda industrial dos poderes administrativos* ou “governamentais”), partindo do princípio de que há um recurso básico do Estado de que mais ninguém dispõe: o *poder de coerção*. Aquilo que uma indústria ou profissão pode procurar do Estado pode ser um *subsídio monetário directo*, o *controlo relativo à entrada de novos “rivals”*, o exercício dos poderes que afectam substitutos e complementos (p. ex. os produtores de manteiga desejam que a margarina seja suprimida e que a produção do pão seja encorajada; a indústria aeronáutica apoia os subsídios aos aeroportos) e, por último, a fixação de preços. No que toca à *análise política da regulação*, o Autor assinala as profundas diferenças entre o processo político (cuja decisão é coerciva) e o processo decisório no mercado: o primeiro exige simultaneidade da decisão, o que o torna mais pesado, devendo também envolver toda a comunidade, não podendo excluir o votante desinteressado; uma outra diferença resulta de a expressão de preferências nas votações ser muito menos precisa do que no mercado, porque muitas pessoas mal informadas votam e afectam a decisão.

¹¹²⁸ Normalmente com a designação de “autoridades reguladoras independentes” ou agências reguladoras ou regulatórias. Sobre elas cfr. *infra*, nota 1131.

¹¹²⁹ Neste sentido, cfr. MOREIRA NETO, *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 69. No direito alemão, sobre a fortíssima ligação entre o *direito da regulação* e o *direito da economia*, decantando

ao campo social, podendo hoje ser entendido no sentido mais geral de ordenação de actividades privadas susceptíveis de pôr em causa o funcionamento social e/ou alguns interesses ou valores específicos, como o ambiental.

No que tange à sua articulação com a tradicional *polícia* ou *ordenação administrativa*, esta deve ser vista apenas como *uma parte* da regulação, que também comporta as medidas prévias de condicionamento da actividade económica, nomeadamente por intermédio de leis. O conceito de regulação tem, desta forma, um âmbito mais amplo do que o da polícia, na medida em que o seu objecto não se reporta apenas à conduta dos particulares, através de normas de regulação, mas se estende aos agentes públicos, contendo também comandos determinados por normas de acção¹¹³⁰.

A justificação para o uso da expressão “Estado regulador” encontra-se no facto de a actividade de regulação se ter transformado “na mais característica função do Estado na esfera económica, na actualidade”, apesar de ela não ser agora exercida, na maior parte dos casos, directamente pela administração governamental mas sim, em grande parte, por *agência reguladoras específicas*, mais ou menos independentes do Governo¹¹³¹.

diversos conceitos de *direito da regulação* mas quase todos eles com uma ligação directa à economia, cfr. BENJAMIN KNEIHS, “Das Regulierungsrecht — Eine neue rechtswissenschaftliche Kategorie?”, *ZöR*, Band 60 (2005), Heft 1, pp. 1-30 (cfr. pp. 10-13): o direito da regulação como epitome ou resumo da *influência estadual na economia*; enquanto *gestão da economia*; a soma dos regulamentos executivos das autoridades reguladoras; como regulação da *concorrência*; e, por último, a caracterização do direito da regulação como conjunto de medidas relativas a um *mercado específico*. E as matérias escolhidas para tratar o direito da regulação em sectores específicos confirmam essa mesma ligação, sendo elas a economia da energia, a banca e os seguros, as telecomunicações e os meios de comunicação, os correios e os transportes (cfr. pp. 13-23). Não surpreendendo, por isso, os *fins* ou *objectivos* perseguidos por estes direitos de regulação “especiais”: a garantia do funcionamento do mercado de capitais e da estrutura bancária que a assegura, bem como um exercício da actividade seguradora em termos socialmente adequados, no interesse público (p. 23).

¹¹³⁰ Neste sentido, cfr. CATARINA CASTRO, *A Questão das Polícias...*, cit., p. 64; e VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional...*, cit., pp. 37-39, mostrando como o conceito de regulação abrange *toda a coordenação pública da economia*, pública ou privada, tendo também por objecto as empresas públicas.

Em termos de direito comparado, e ainda sobre o paralelo entre a *polícia administrativa* tradicional ou o mais moderno *direito de ordenação* e o tema da *regulação*, cfr., em Espanha, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 620-622: para este Autor, o actual Estado (e os poderes públicos, em geral) é *regulador*, consistindo a sua função principal em *ordenar e controlar as actividades privadas para salvaguardar o bem comum*, contrapondo-o ao Estado prestador de serviços, mas também ao Estado Liberal — realçando-se ainda o paralelo quando o Autor utiliza como sinónimas as referências aos *instrumentos de ordenação* ou de *regulação* (cfr. *ob. cit.*, p. 624). Em França cfr., por todos, YVES GAUDEMET, quando trata a *regulação como novo modo da administração* (cfr. *Droit Administratif*, cit., pp. 353-357): apesar de a definição do conceito ser, em termos estritos, correspondente apenas à regulação económica (“acção normativa ou para-normativa que acompanha a abertura de um mercado anteriormente monopolizado, assegurando a abertura a novos operadores e a instalação progressiva da concorrência nesse mercado”), consubstanciando-se numa forma de organização jurídica dos mercados emergentes, como uma nova forma de intervenção do Estado na economia (uma política económica justificada por um objectivo explícito, a abertura à concorrência e a sua manutenção, podendo então ser até vista como um ramo do direito da concorrência), a verdade é que a definição da *regulação formal*, baseada nas *formas que utiliza*, ao marcar a diferença em relação à regulamentação clássica, põe em evidência a ligação às diversas políticas públicas, que são não só políticas económicas e de organização das profissões, mas também (por exemplo) *políticas ambientais*, salientando-se a presença de um regulador (as mais das vezes, uma autoridade administrativa independente) e a utilização de uma normatividade incerta, eficaz e vinculante de facto, apesar de estranha às formas ordinárias e clássicas do direito.

¹¹³¹ Cfr. LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, “Economia de Mercado e Regulação”, in: LEITÃO MARQUES/ VITAL MOREIRA, *A Mão Visível — Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 13-15 (p. 14). Desenvolvidamente sobre o *Estado regulador* cfr., entre nós e por todos, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado — Serviços de*

A passagem do Estado intervencionista para o *Estado regulador* pode ser enquadrada no movimento de liberalização dos grandes serviços públicos, de eleição do princípio da livre concorrência como pilar estruturante da integração europeia e do mercado único, na privatização de diversas actividades públicas, num contexto de tomada de medidas de eliminação de condicionamentos administrativos e, ainda, de deslocação de certas tarefas do Estado para o mercado. Neste novo universo, o *papel que cabe ao Estado* é essencialmente o da *responsabilidade pela regulação*, pois agora que ele deixou de assumir o encargo de prestar serviços essenciais e de ter a responsabilidade de execução, tem de assumir e cumprir o dever de disciplinar ou de regular o modo como os agentes do mercado prestam esses serviços¹¹³².

Interesse Económico Geral, Almedina, 2008, pp. 35-207: o Autor articula a sua emergência com a ineficiência do Estado social, que conduziu à crise do Estado Providência, caracterizando-o através de um acentuado recurso a formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas, visando a eficiência na gestão da *res publica*, o que conduz à desintervenção estadual e à revalorização do papel da sociedade civil; como tal, atribui protagonismo na configuração do Estado regulador ao movimento das *privatizações* — onde aparecem reflectidas as correntes liberalizadoras, desreguladoras, o *outsourcing*, a empresarialização da Administração Pública e as parcerias público-privadas (cfr. pp. 41-69). Em termos organizativos, o seu estudo concentra-se na análise das *autoridades reguladoras independentes*, as quais conduziram a uma verdadeira “reconfiguração da Administração Pública”, devido sobretudo à sua independência face aos poderes políticos e à assunção de poderes de tipo legislativo, quasi-judiciais e executivos, conducentes à defesa, por alguns autores, que elas constituem um *quarto poder* ou um *poder neutro* a exigir o repensar do modelo constitucional (cfr. pp. 119-207, especialmente p. 202 e segs.).

As agências reguladoras ou regulatórias têm uma fortíssima expressão na realidade brasileira, sendo o seu número e importância bem superiores aos do nosso país. Para uma consulta das leis sobre nove agências regulatórias que existiam já, no ano de 2003 (a *Agência Nacional de Energia Elétrica*, a *Agência Nacional de Telecomunicações*, a *Agência Nacional do Petróleo*, a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, a *Agência Nacional de Saúde Suplementar*, a *Agência Nacional de Águas*, a *Agência Nacional de Transportes Terrestres*, a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários* e a *Agência Nacional do Cinema*), cfr. MOREIRA NETO, *Direito Regulatório...*, cit., pp. 235-388. Na arena ambiental, veja-se o que se passa com o já analisado CONAMA, que desempenha funções muito próximas das que cabem a um regulador: estabelece normas e critérios para o licenciamento, normas e padrões de controlo da poluição por veículos, de qualidade do meio ambiente (todas as normas deverão ser essencialmente de natureza técnica) e decide em última instância sobre sanções — cfr. VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 156 e seg.

¹¹³² Neste sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO LOPES MARTINS, “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in: VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública*, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 173-317 (pp. 180-183). Os Autores acrescentam que neste novo *modelo do Estado regulador* a lógica de mercado é temperada pela presença do Estado, com vista a *garantir* a realização, pelo mercado, de certos *fins sociais*, com destaque para o serviço universal e para as obrigações de serviço público, mostrando como a antiga posição do Estado de titular, prestador e senhor de todo o processo, com presença em todos os sectores da economia, deu lugar a uma realidade (marcada pelas políticas de privatização e de liberalização) em que *a única política é claramente a da livre concorrência*, cabendo ao Estado o papel de estabelecer a sua regulação, na modalidade da regulação económica, mas conjugada com “outras exigências que colocam também problemas regulatórios específicos”, entre os quais mencionam, de forma expressa, a *protecção do ambiente* (cfr. pp. 301-303).

No contexto específico do exercício de poderes públicos por entidades privadas com funções administrativas, a questão da regulação é também estudada por Pedro Gonçalves ao longo da sua dissertação de doutoramento, enquadrando-a nas novas tendências de modernização, empresarialização, delegação de funções públicas (inclusive tarefas intrinsecamente públicas) em particulares, de auto-administração de interesses e, naquilo que mais nos interessa, do emagrecimento e retracção estaduais: cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., p. 13 e seg. Mostrando, ao estudar as *responsabilidades partilhadas* entre o Estado e as entidades particulares, como a “desestadualização da prossecução dos interesses públicos” levou a que o Estado tenha perdido o monopólio do público e do interesse público, partilhando agora com os particulares a missão de realização do interesse público (pp. 140-151), e como a *privatização* de responsabilidades públicas e a *activação e reforço das responsabilidades privadas* levaram a que o Estado tenha agora de, no mínimo, assegurar a gestão das consequências da privatização, através da *regulação* e da *supervisão*: o que melhor caracteriza o Estado não

VITAL MOREIRA, um dos principais estudiosos do tema, entre nós, mostra¹¹³³ como o termo *regulação* está ligado às ideias de estabelecimento e implantação de *regras*, de *normas* e da manutenção ou restabelecimento do *funcionamento equilibrado de um sistema*, salientando o relevo particular da *regulação económica*: daí que o sentido intermédio do conceito de regulação, aquele mais seguido pela doutrina, corresponda ao conceito de *intervenção*, em sentido estrito, o qual é definido como a “intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica”, equivalendo “ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada”. Todavia, ainda segundo Vital Moreira, o conceito pode ser definido em termos mais amplos, num sentido mais próximo dos propósitos que temos em mente: a regulação como o “controlo (*policing*) público administrativo da actividade privada de acordo com regras estabelecidas no interesse público”¹¹³⁴ ou enquanto o sistema pelo qual “a discricção dos indivíduos ou instituições é restringida por meio da imposição de normas”¹¹³⁵; ou, ainda, como “a intervenção do Estado nas esferas de actividade privada, para realizar finalidades públicas”¹¹³⁶.

A articulação entre a regulação e a polícia administrativa, no seu sentido tradicional, é, então, ainda mais clara a propósito da *regulação social*, a que especificamente nos interessa, por ter finalidades exteriores à actividade económica, como p. ex. a *protecção ambiental*, o que se confirma ainda melhor ao ter-se em conta a *finalidade* ou *escopo* da regulação: esta tanto pode visar proteger a própria actividade regulada como orientar-se para a defesa de interesses de outras actividades ou profissões *ou outros interesses* — surgindo, uma vez mais, o ambiente como exemplo destacado¹¹³⁷.

é a sua redução mas a *diversificação das responsabilidades públicas*, com destaque para a *responsabilidade de garantia*, matéria da qual curaremos mais adiante (cfr. pp. 151-170).

¹¹³³ Cfr. *Auto-regulação profissional...*, cit., pp. 34-52 (em especial p. 35).

¹¹³⁴ Cfr. B. M. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, Nova York: Columbia University Press, 1980, p. 7 — *apud* VITAL MOREIRA, *ob. ult. cit.*, p. 34.

¹¹³⁵ Cfr. M. MORAN, “Theories of Regulation and Changes in Regulation: the case of financial markets”, *Political Studies*, 34.º-2, 1986, pp. 185-201 (p. 185) — *apud* VITAL MOREIRA, *ob. ult. cit.*, *loc. cit.*

¹¹³⁶ Cfr. J. FRANCIS, *The Politics of Regulation*, Oxford: Blackwell, 1993, p. 1 e 5 (*apud* VITAL MOREIRA, *ob. ult. cit.*, p. 34). Note-se que as próprias *etapas essenciais da regulação* autonomizadas por VITAL MOREIRA (cfr. *ob. ult. cit.*, p. 36 e seg.) reforçam a ideia do paralelo entre as actividades administrativas de regulação e de polícia: são elas a *aprovação das normas pertinentes* (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.), a *implementação concreta* dessas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.) e a *fiscalização* do cumprimento e *punição* das infracções — momentos fundamentais da actividade administrativa de polícia, como pensamos ter ficado claro ao longo da Parte I da dissertação. Noutro local (cfr. “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral”, in: VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública*, cit., pp. 547-563, p. 555 e seg.) VITAL MOREIRA nota que a regulação implica certos *poderes regulatórios* que confirmam a vizinhança do tema com a clássica polícia administrativa: os *poderes regulamentares* (publicação de regulamentos), os *actos administrativos de condicionamento* (autorizações, homologações, licenças, injunções, ordens) e, por último, os *poderes sancionatórios*, que são “os instrumentos fundamentais de toda a operação regulatória”.

¹¹³⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional...*, cit., p. 39 e seg. Na conhecida “Declaração de Condeixa” VITAL MOREIRA vai mais longe, considerando que *a regulação não se justifica em si mesma*, tendo pelo contrário como principal objectivo a protecção dos consumidores/utentes, estando ao serviço da economia, da confiança dos mercados financeiros e das empresas em geral, da construção do mercado único europeu e da *defesa do ambiente*; apesar de estar sujeita a um “princípio de subsidiariedade” em relação à concorrência, ela tem por função “assegurar a realização de fins de interesse público não necessariamente assegurados pelo mercado” (itálicos nossos): cfr. CEDIPRE (documento redigido por VITAL MOREIRA), “Economia de Mercado e Interesse Público — «Declaração de Condeixa»”, in: VITAL MOREIRA (org.), *Estudos de Regulação Pública*, cit., pp. 711-723 (p. 720 e seg.).

Em suma: apesar do seu sentido eminentemente económico e do cruzamento com a ordenação do mercado e da concorrência — especialmente em sectores privatizados ou sectores emergentes da economia, desregulados à partida — a *regulação* e o direito (administrativo) da regulação ou direito regulativo cruzam-se com o tema da nossa tese, seja por se estenderem ao âmbito social, abrangendo designadamente o interesse na tutela ambiental, seja porque trazem à colação uma série de aspectos que emergiram no direito administrativo das últimas três décadas, tanto por força da questão ambiental como apresentando aí contornos ou pujança particulares. É isso que acontece, entre outros temas, com o papel das agências ou autoridades reguladoras independentes na transformação histórica do Estado intervencionista, conduzindo à *desestatização do Estado*; no que tange à relação muito próxima e biunívoca com alguns dos principais desafios políticos contemporâneos, como o transbordamento das fronteiras territoriais estaduais e o fenómeno da *globalização*¹¹³⁸. E com uma série de notas caracterizadoras assinalados ao *direito regulativo*, mormente o facto de ser um *direito dúctil*, superador das fronteiras entre o regime público e o privado, com um grande incremento do domínio sócio-normativo; a sua aparente debilidade, em comparação com o direito público intervencionista tradicional, a qual é todavia compensada pelo efeito difuso gerado pelos mecanismos de auto-regulação, por exemplo resultante das possibilidades abertas pela *certificação*; o facto de estar mais orientado para uma lógica sócio-jurídica, mais do que estritamente jurídico-política, sem a potencialidade transformadora imediata própria do direito intervencionista; a sua particular aptidão para operar numa *lógica de rede*, com uma projecção horizontal; ser um direito menos politizado, assente num esquema procedimental triangular (equilíbrio entre o suporte do conhecimento técnico-científico, os factores de participação dos interessados e o protagonismo da esfera pública); o facto de o seu carácter *suave* ou *light* dever ser compensado por um controlo efectivo da sua aplicação, embora o sucesso desta última passe mais pelo seu êxito social, não deixando, em todo o caso, de se realçar aqui a necessidade de a esfera pública assumir, ainda que *em última instância*, o protagonismo, pondo os tradicionais instrumentos jurídicos condicionais e finalistas ao serviço do acordo relacional em que opera o direito regulativo¹¹³⁹. Um outro aspecto é o que tem a ver com o papel decisivo da regulação e das entidades regulatórias no direito da UE, sendo forçoso articular o relevo da regulação com a tendência para a *eu-ropeização do direito administrativo* de que curaremos adiante¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Cfr. PORRAS NADALES, “El Derecho Regulativo”, *REP*, n.º 117 (Julio-Septiembre 2002), pp. 49-72 (especialmente pp. 49-53).

¹¹³⁹ Seguimos aqui novamente PORRAS NADALES, “El Derecho Regulativo”, cit., pp. 67-72. Sobre o facto de a regulação consubstanciar uma *modalidade interventiva leve*, que “não se destina nem a definir nem a impor imperativamente qualquer espécie de *interesse público* nas relações interprivadas, mas apenas a harmonizá-lo com todos os demais interesses juridicamente relevantes e protegidos referidos a determinados sectores das actividades económicas e sociais que foram legalmente identificados como *sensíveis*”, cfr. MOREIRA NETO, *Direito Regulatório...*, cit., p. 131 — o qual mostra ainda que ela se realiza através de decisões pragmáticas e ponderadas, nas quais são motivadamente considerados todos os interesses em jogo (triângulo de relações entre o interesse público geral, os interesses individuais, colectivos e difusos dos utilizadores e consumidores e os interesses privados dos agentes económicos produtores de bens e serviços).

¹¹⁴⁰ Cfr. HANS CHRISTIAN RÖHL, “Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden”, *JZ*, 61. Jahrgang, n.º 17/2006, pp. 831-839. Neste trabalho, o Autor enquadra o conceito e a importância da regulação no âmbito das relações com o direito comunitário, avançando com um *conceito europeu de regulação*, cujos

Desta forma, a regulação aponta para um direito e para um arsenal de instrumentos e formas jurídicas onde estão reflectidas — ao contrário das formas de intervenção rígidas e pesadas do direito de ordenação clássico — as ideias de *flexibilidade*, de *negociação*, de um direito *suave* ou *leve*, bem como para uma *procedimentalização* do direito, com enorme relevo dos esquemas de participação, cooperação, eficiência e legitimidade, podendo até a este nível ser articulada com a *teoria da argumentação* de Robert Alexy, para quem a decisão administrativa obedece a um processo argumentativo que exige a sua fundamentação tanto em termos retrospectivos como num horizonte prospectivo¹¹⁴¹. Tudo em referência a um tipo de Estado que, em vez de impositivo, prestador e interventivo é, cada vez mais, planeador, regulador, fiscalizador e activador e a uma Administração consensual, concertada, aberta ao diálogo e à cooperação e à optimização, agilização, eficácia e eficiência das suas decisões e que, de forma crescente, se relaciona “horizontalmente” com outras entidades, numa lógica de rede.

2.2. Da desregulação à neo ou re-regulação

Uma vez que pretendemos manter a nossa exposição em limites aceitáveis, optámos por reunir num único ponto o tema da *desregulação* — um dos *conceitos chave* a que a nova ciência do direito administrativo alemão recorre, sendo em simultâneo um dos sintomas da crise do direito de ordenação, pelo menos na sua configuração clássica — e o da reacção ou resposta a esse fenómeno, que veio a consistir numa neo ou re-regulação. Como veremos no Capítulo seguinte, a desregulação e o respectivo recuo do direito da ordenação é uma realidade com uma expressão muito forte no domínio ambiental, ligada a uma preferência por estruturas regulatórias que pretendem activar os interesses próprios dos operadores económicos nessa tutela.

A desregulação é um conceito que teve a sua origem na ciência económica, designando a dissolução da influência estadual na economia e o reforço da concorrência, tendo sido introduzido nos EUA, Grã-Bretanha, França e Japão no início dos anos oitenta e na Alemanha em 1987. É um conceito plurissignificativo, sendo os seus “códigos” ou “cifras” os da dissolução da regulação, simplificação jurídica e administrativa, desburocratização e redução das tarefas estaduais¹¹⁴².

contornos se definem por intermédio dos temas da privatização, da habilitação da concorrência, dirigindo-se antes de mais para a garantia do funcionamento do mercado em termos de satisfação do interesse público (universalidade do serviço) e sendo os seus principais domínios o direito das telecomunicações, dos correios, da energia e dos caminhos-de-ferro (cfr. p. 834 e seg.). Na fase histórica que passamos a ter em mente na Parte II do nosso trabalho passa a fazer sentido a referência ao direito da União Europeia (UE) e não ao direito comunitário ou da Comunidade Europeia.

¹¹⁴¹ Cfr., de novo, MOREIRA NETO, *Direito Regulatório...*, cit., quando analisa os *fundamentos jurídicos da regulação* (cfr. pp. 93-105). A obra de referência de ROBERT ALEXY, a este propósito, é a *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.

¹¹⁴² Cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 45-46.

A orientação desreguladora que se afirmou nas últimas décadas (a desregulação é um dos “slogans” da reforma) enquadra-se perfeitamente no pano de fundo já esboçado no ponto anterior e que vamos continuar a desenvolver ao longo deste capítulo — ou seja, nas tendências de liberalização, privatização, desestatização, informalização, flexibilidade, no protagonismo do mercado e da concorrência, na retracção do papel do Estado e da sua responsabilidade de execução e também num direito mais dúctil, mais macio, mais débil, bem como na suavização e a versatilização dos controlos (sobretudo dos controlos de abertura) administrativos em relação às actividades privadas susceptíveis de produzir lesões a outros interesses privados e a interesses públicos. Cumpre ainda assinalar que a desregulamentação se afirma como uma pressão exógena sobre o direito público, na medida em que é reclamada, antes de mais, pelas forças sociais e, sobretudo, pelos agentes económicos que aspiram à diminuição e suavização dos controlos públicos sobre os seus direitos de propriedade e de iniciativa económica privada — enquadrando-se também no sentimento geral de desencanto com os resultados alcançados pelo Estado intervencionista, prestador e conformador e no anseio por formas menos intrusivas de acção estadual.

Está também ligada à desregulação ou desregulamentação aquilo que alguns designam como a *dissolução dos (antigos) institutos e estruturas jurídicas* e o recurso a acções informais e negociadas entre o Estado, por um lado, e poderes económicos privados, associações, organizações e cidadãos, por outro¹¹⁴³.

A relação entre a desregulação e a privatização, como acentua enfaticamente Kadelbach¹¹⁴⁴, é muito próxima, enquadrando-se ambas na necessidade de libertar o Estado de encargos e de encorajar a iniciativa privada, sendo a privatização a “receita” — que passa pela atribuição de tarefas aos privados — e a desregulação uma exigência para a concretizar, do que decorre a sua caracterização também através da eliminação das restrições legais ao exercício dos direitos e liberdades individuais.

A doutrina germânica liga a desregulação às necessidades de aceleração e agilização dos procedimentos de planeamento e de autorização, que conduziram à aprovação de diversas leis sobre o direito do planeamento, a protecção atmosférica, os resíduos e o direito da circulação rodoviária, as quais ficaram conhecidas, precisamente, por *Beschleunigungsgesetze* (leis de aceleração ou de simplificação)¹¹⁴⁵. Tal aconteceu na sequência da designação,

¹¹⁴³ Neste sentido, cfr. LÓPEZ PINA, “Prólogo”, SCHMIDT-ABMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema — Objecto e fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. VII-XV (p. VII). LÓPEZ PINA alerta, em todo o caso, para os perigos de tal movimento levar a que a *segurança* do direito e da acção administrativa se esfumem.

¹¹⁴⁴ Cfr. STEFAN KADELBACH, “Verfassungsrechtliche Grenzen für Deregulierungen des Ordnungsverwaltungsrechts”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 80. Jahrgang, Heft 3/1997, pp. 263-279 (p. 263 e seg.).

¹¹⁴⁵ Cfr., de forma sintética, o estudo de KADELBACH citado na nota anterior, especialmente pp. 264-270. As leis em causa foram a lei de aceleração do procedimento de autorização (*Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren*, de 12.9.1996, abreviadamente conhecida pelo acrónimo *GenBesch!*; podem ser vistos desenvolvimentos sobre esta lei no trabalho de SCHMITZ/WESSENDORF, “Das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz — Neue Regelungen im VwVfG und der Wirtschaftsstandort Deutschland”, *NVwZ*, Heft 10, 1996, pp. 955-961); a lei de aceleração e simplificação do procedimento de autorização de protecção atmosférica (*Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren*, de 9.10.1996); e a sexta lei de alteração do contencioso administrativo (6. VwGOÄndG, de 1.11.1996, a qual entrou em vigor em 1.1.1997).

em 1994, pelo Governo alemão federal — precisamente com o intuito de levar a cabo a *simplificação dos procedimentos de autorização* — da “Comissão de Peritos Independentes para Simplificação e Aceleração dos Procedimentos de Planeamento e de Autorização”, a qual ficou conhecida por *Schlichter-Kommission*. Um dos principais resultados dos trabalhos desta Comissão foi a previsão e afrouxamento das exigências de autorização permitindo ainda que, a requerimento do proponente, se operasse a *flexibilização do procedimento* e o reforço da participação de *peritos privados* e de *gestores dos projectos* no controlo preventivo e superveniente.

De uma maneira geral, estas leis visaram o encurtamento do procedimento autorizativo, consagrando um modelo aberto de aceleração, que junta à aceleração geral uma aceleração especial nas mãos do proponente. Pretenderam também alcançar uma maior união entre o controlo público e os controlos ambientais voluntários do funcionamento (na linha do Regulamento da auditoria ecológica), bem como a possibilidade de um começo antecipado do funcionamento e, ainda, a possibilidade de substituição, em determinadas situações, da autorização por uma comunicação ou declaração prévia.

No que toca ao objecto directo da nossa dissertação, é de salientar que uma das marcas da tendência desreguladora tem a ver com a eliminação de normas jurídicas que impunham condições ou controlos administrativos prévios à livre iniciativa empresarial, ou seja, com a transformação de muitos controlos prévios de tipo autorizativo em obrigações de informação ou comunicação, articuladas com a realização de controlos *a posteriori* — à *supressão das exigências legais de autorização*, em muitos casos substituídas por declarações dos operadores relativas ao início de actividade, correspondeu o reforço das possibilidades de controlo e fiscalização administrativos sucessivos. Desta forma, nota-se a *transferência dos riscos para os privados*, na medida em que as vantagens que resultam da possibilidade de iniciarem a actividade sem qualquer controlo público apriorístico são “compensadas” pela perda de certeza jurídica, com os riscos inerentes às intervenções de controlo posterior, que passa a ser um controlo de índole repressiva e não preventiva.

Em relação a outra orientação dos novos ventos que sopram no direito administrativo — em especial o posicionamento do Estado *em rede* com outros centros de poder e outras organizações, com a diversificação normativa, a governança, etc. — é também de articular a desregulação com a *diversificação* ou *multiplicação dos reguladores*, tanto dentro do próprio Estado como nas suas relações externas: por um lado, o reforço dos poderes regionais e locais, para além dos das organizações sociais, empresariais, culturais e ambientais emergentes da sociedade civil; por outro, o papel decisivo da União Europeia e de uma miríade cada vez mais complexa de organizações internacionais.

Como alertámos de início, ao movimento da desregulação seguiu-se, de forma praticamente simultânea, um recurso a novas formas de regulação em termos formais, materiais e no que toca à sua autoria, sendo o resultado destes movimentos antagónicos não uma produção de menos regulação mas de uma regulação de um tipo novo ou diferente, obrigando ao recurso a vários neologismos para caracterizar esta realidade, apelidando-a de *neo-regulação*, *re-regulação* ou *para-regulação*. O Estado intervém agora de uma maneira diferente na vida social e económica, através de formas mais subtis, flexíveis e fluidas, que não passam tanto pela imposição ou determinação unilateral mas pela busca de consensos,

parcerias e pelo incentivo das sinergias entre poderes públicos e actores económicos, sociais e empresariais, sendo aqui de mencionar, entre outros, os deveres de comunicação, informação e transparência, a realização de avaliações, monitorizações, auditorias, etc¹¹⁴⁶. Formas estas que traduzem a implicação dos sujeitos privados nas próprias funções de controlo, através da auto-regulação, do recurso a entidades privadas de certificação, a peritos e mandatários de protecção. Para além da criação de organismos ou autoridades independentes de regulação e controlo das actividades económicas e dos movimentos, no âmbito externo, de internacionalização das economias nacionais e dos processos de integração económica, também eles contribuindo para as novas formas de regulação¹¹⁴⁷ — sendo obrigatório citar aqui o caso bem particular da União Europeia, cuja actuação conduziu a um claro alargamento das “camadas” de regulação, geradora por vezes de grandes problemas de compatibilização, já que a “re-regulação” europeia raras vezes se traduz numa alteração estrutural das regras, mas antes em soluções de compromisso¹¹⁴⁸.

A verdade é que os poderes públicos tiveram de responder ao movimento “imparável” da desregulação, nomeadamente nas áreas onde têm obrigações de protecção específicas, como acontece ao nível ambiental, fazendo face aos efeitos laterais indesejáveis daquele movimento através de medidas “flanqueadas” por intermédio das quais assumem e cumprem as suas específicas responsabilidades de regulação¹¹⁴⁹.

Do movimento da desregulação e da resposta através das novas formas de regulação — em particular a *auto-regulação* privada cuja importância justifica que lhe dediquemos um ponto autónomo, já a seguir — resulta que se depare agora com uma espécie de “escala” dos diversos tipos de regulação, na qual também se compreendem muitas fórmulas mistas, dependendo a intensidade da regulação do tipo de interesses, valores e direitos em jogo¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Sobre a nova filosofia reguladora do Estado que determinou que a desregulação estadual tenha conduzido “paradoxalmente, a uma densificação da regulação pública da economia”, cfr. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado...*, cit., pp. 86-118. Ao densificar o fenómeno da neo-regulação, o Autor mostra que a sua necessidade se faz sentir para corrigir as crises de funcionamento do mercado (onde surge a (nova) *regulação económica*, com vista a colmatar as falhas de mercado e, dessa forma, orientada para a defesa da concorrência) e para garantir outros *interesses sociais* (por intermédio da *regulação social da economia*, escolhendo o Autor para a sua ilustração os domínios da segurança e saúde no trabalhado e a tutela do consumidor, embora não deixe de mencionar entre “outros interesses socialmente relevantes prosseguidos pela regulação hodierna” o da protecção do ambiente).

¹¹⁴⁷ Cfr. SANTOS/GONÇALVES/MARQUES, *Direito Económico*, cit., p. 18.

¹¹⁴⁸ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht — Einleitende Problemskizze”, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 5), 1998, pp. 11-57 (p. 14).

¹¹⁴⁹ Neste sentido, cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 45-46. Sobre o facto de se verificar mesmo um movimento incessante de aumento da “regulação social” em algumas áreas — nomeadamente devido às necessidades de tutela ambiental —, articulando-a com a nova regulação gerada pelo movimento da desregulação, cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação profissional...*, cit., p. 43 e seg.

¹¹⁵⁰ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., p. 435 e seg. O Autor projecta esta sua análise na diferença entre a *regulação auto-reguladora*, em que o Estado continua a assumir uma responsabilidade operativa, mas cria possibilidades para entidades independentes ou para os próprios actores, dispondo os regulados de um espaço ou margem para decisões autónomas; e a *auto-regulação autoritariamente regulada*, em que o Estado confia na auto-regulação dos privados, mas fornece uma estrutura regulatória para a auto-regulação privada através da qual reduz a margem de apreciação para a concretização e escolha das opções.

2.3. A auto-regulação

Em articulação estreita com os dois temas que tratámos surge o conceito e a realidade da auto-regulação, uma vez que as estratégias de regulação estão intrinsecamente ligadas à ideia e ao *princípio da cooperação*¹¹⁵¹ e porque à tendência desreguladora se seguiu o movimento da neo ou da re-regulação, expressa também na auto-regulação. No fundo regulação, desregulação e auto-regulação são conceitos complementares.

Compreende-se, nestes termos, que uma das tendências de modernização mais marcadas do direito administrativo das últimas décadas, um dos reptos mais fortes lançados à Administração e àquele direito, um dos conceitos-chave da reforma seja o da *auto-regulação*, também a contribuir para a dissolução das estruturas jurídicas antigas. Os mecanismos de auto-regulação social ou de auto-regulação pluralista são expressão da força dos valores do liberalismo e da privatização na sociedade e na administração actuais, bem como do crescimento da importância dos privados na realização de tarefas públicas e na satisfação do interesse público. Como expressão da retracção ou recuo do Estado e dos poderes públicos, que em mais casos e situações se exoneram de actividades directas de satisfação do interesse público, é com naturalidade que se confia aos privados a regulação e o controlo das suas próprias actividades, remetendo-se a Administração a um papel de “controlador dos controladores”.

A auto-regulação privada não é, como tal, apenas resultado das forças da própria sociedade, sendo desenvolvida por impulso estadual, seja no sentido do seu estímulo seja no da sua imposição¹¹⁵². Deste modo, aparecem como mais claras as ligações entre o fenómeno auto-regulativo e a nova configuração do Estado administrativo dos nossos dias o qual, ainda que continuando a assegurar a prestação de alguns bens e serviços e a executar determinadas tarefas de satisfação directa do interesse público assume, cada vez mais, apenas a responsabilidade *de garantia* de que tais tarefas e prestações são efectuadas (por privados) e *de reserva*, para o caso de os privados falharem. Essas novas formas pelas quais o Estado e a Administração se mostram têm muito a ver com o “alívio” resultante da auto-regulação social, pois também em termos de ordenação ou disciplina os privados ocupam em larga medida o papel outrora reservado aos poderes públicos. Realidade da qual resulta um quadro em que, muitas vezes, os privados são responsáveis pela realização das suas actividades, ainda que ligadas à satisfação directa do interesse público, sob a sua auto-vi-

¹¹⁵¹ Embora Franzius defenda que as palavras-chave do Estado cooperativo ou do Estado privado são insuficientes para descrever o novo entrelaçamento entre os sectores público e privado pressuposto pelo conceito da *auto-regulação regulada*: cfr. CLAUDIO FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat”, *VerwArch*, 99. Band, Heft 3, Juli 2008, pp. 351-379 (p. 354 e seg.).

¹¹⁵² Sobre a “auto-regulação privada desenvolvida por impulso estadual”, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 176-224. PEDRO GONÇALVES refere, a este propósito, o relevo da *imposição legal de deveres*, “espécie de requisição legal de particulares para a execução de tarefas que traduzem a execução de uma função pública” (p. ex. retenção na fonte de impostos; também os deveres impostos aos particulares por razões de interesse público, como o dever de defesa do ambiente ou, mais especificamente, os deveres de implementação de sistemas internos de monitorização e auditoria ambiental) — no âmbito da qual assumem especial importância os *deveres de autocontrolo*, que reflectem a privatização de tarefas públicas de controlo, fiscalização e inspecção, salientando-se em particular a “third party certification” que, no fundo, reflecte a actividade de organismos que desenvolvem actividades *privadas* de interesse público.

gilância e auto-controlo, apenas com a presença superior da Administração Pública, como ente tutelar, que vigia, controla e superintende a actividade dos privados¹¹⁵³. Sendo também uma das “marcas de estilo” de um *direito administrativo global* que se vai afirmando a cada dia que passa, contrapondo-se ao direito administrativo nacional também pelo seu alto grau de auto-regulação, numa situação em que, em oposição à antiga exclusividade dos regimes nacionais, surgem coligadas diversas ordens nacionais e internacionais e se manifesta uma realidade na qual reguladores e regulados estão colocados no mesmo plano¹¹⁵⁴.

Outra realidade com a qual a auto-regulação está interligada é a do *direito administrativo da informação*¹¹⁵⁵: as exigências centrais deste domínio relevantíssimo do direito administrativo, considerado por alguns a *coluna vertebral da reforma da teoria geral* do direito administrativo¹¹⁵⁶, passam pelo estabelecimento de um enquadramento ou estrutura cuja protecção é em larga medida confiada à auto-regulação ou auto-controlo, permitindo-se ao cidadão e às suas organizações escolher livre e responsabilmente entre as diferentes alternativas que resultam da liberdade de comunicação, sendo a função básica deste direito da informação a de *garantir a real e efectiva auto-determinação informativa*. Esta auto-regulação comunicativa pressupõe a existência prévia de um Estado que informa, cria as

¹¹⁵³ Razão pela qual se defende, nalguns quadrantes, que o Estado regulador é, antes de mais um *Estado vigilante*: cfr. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante — Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000. Nesta monografia sobre o tema do Estado vigilante, o Autor defende, como tese central, o enorme relevo da *actividade de vigilância*, considerada a *primeira função estadual*, algo que faz parte da *essência do poder executivo*. Apesar das múltiplas metamorfoses do Estado (Estado de polícia, Estado liberal, Estado social), ORTEGA reconhece (cfr., em especial, pp. 25-33) uma certa continuidade no seu papel, consubstanciado na *vigilância*, a primeira razão do Estado. Na viragem para o século XXI, a função inspectora e o poder de vigilância do Estado reforçaram-se devido ao avanço tecnológico frenético, a relações interpessoais cada vez mais complexas e aos reptos da *sociedade do risco* (em particular as ameaças ambientais e outras resultantes da ou potenciadas pela globalização) e da *sociedade da informação* (onde o conhecimento se tornou no verdadeiro poder). ORTEGA articula o protagonismo da *função administrativa de inspecção* com alguns dos pressupostos do actual entendimento do Estado e da Administração e certos temas com ele conexos: é isso que acontece com a *prevenção* (papel do Estado na evitação dos perigos), a *privatização* (responsabilidade da sociedade e de uma economia liberalizada na realização dos serviços básicos para a comunidade, reclamando serviços administrativos de inspecção efectivos e eficazes) e o próprio *Estado regulador*, o qual não se pode limitar a estabelecer as normas sem supervisionar a sua vigência (“O Estado regulador é, sobretudo, um Estado vigilante, um Estado cuja realidade depende da existência de um aparelho de controlo”). A eventual contradição entre o Estado vigilante e o Estado social é negada por ORTEGA, com base no facto de, quando o Estado vigilante se orienta para a realização de finalidades sociais, as inspecções administrativas se configurarem como actuações positivas do Estado em defesa dos direitos sociais.

¹¹⁵⁴ Cfr. SABINO CASSESE, “Il diritto amministrativo globale. Una introduzione”, *RTDP*, 2005, n.º 2, pp. 331-357 (p. 335).

¹¹⁵⁵ Cfr. *infra*, 2.8.

¹¹⁵⁶ Cfr. JAVIER BARNES, “Presentación”, in JAVIER BARNES (Ed.), *Innovación y Reforma...*, cit., pp. 13-14. Para Javier Barnes o direito administrativo da informação não constitui um sector da Parte Especial mas a “coluna que vertebra transversalmente o corpo, que fermenta e impregna a Parte Geral desde o momento em que o conhecimento, a informação e, em particular, a comunicação se tornaram recursos essenciais da Administração” (p. 14). Também RAINER PITSCHAS (“El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, in: JAVIER BARNES (Ed.), *Innovación y Reforma...*, cit., pp. 203-262, p. 234) atribui ao direito da informação uma *função transversal* servindo, em termos administrativos, de elemento aglutinador para a reconstrução do direito administrativo. Ainda segundo o mesmo Autor, o *direito administrativo da informação* assume, nestes termos, uma *função de direcção* ou de *governança*, passando as suas exigências centrais pelo estabelecimento do quadro ou estrutura cuja protecção é em larga medida confiada à livre auto-regulação ou auto-controlo (cfr. pp. 237-243).

infra-estruturas técnicas adequadas, estabelece procedimentos a seguir, activa os recursos e as estruturas — mas, na base, é de auto-regulação da informação que se trata¹¹⁵⁷.

Também a articulação da auto-regulação com a afirmação de uma abordagem de *governança* no exercício do poder e na própria ciência do direito administrativo exige uma palavra. Como veremos¹¹⁵⁸, a governança é um termo que, apesar de plurisignificativo, está ligado, entre outras, às ideias de abertura, participação, responsabilidade, eficiência e transparência administrativa, designando igualmente a configuração dos governos actuais como estruturas complexas, surgindo no âmbito da teoria política de orientação ou pilotagem (*Steuerung*) associado às novas *formas de auto-regulação* e às redes que ligam os diferentes actores públicos e privados, salientando a exigência de interacção entre eles¹¹⁵⁹. Daí que a própria doutrina nacional considere que se devem incluir no conceito de governança, entendida enquanto actividade, a “organização de um conjunto de actividades auto-organizadas”, bem como a “actividade de regular a auto-regulação” e de introduzir coerência em múltiplas acções diversificadas, num ambiente de grande complexidade, caracterizando a *governança*, em geral e não apenas como actividade, como a *regulação democrática da auto-regulação* que visa garantir a vigência de princípios jurídicos rectores, tendo subjacente um sistema de regulação da auto-regulação¹¹⁶⁰.

Os contributos teóricos que, na esteira de Luhmann e Teubner, propõem a aplicação ao sistema jurídico das teorias da *reflexividade* devem ser articulados com o tema da auto-regulação. O *direito reflexivo* como alternativa ao direito regulatório assenta em mecanismos de *regulação indirecta* e *reflexiva* que respeitem a própria auto-regulação social¹¹⁶¹.

Na análise que Teubner faz da teoria do direito, o ponto de partida do *sistema autopoietico* e a sua “visceral característica” é a da *auto-referência*, isto é, um direito que se determina por ele próprio, um direito cuja validade é obtida a partir do seu interior, um direito positivo que é auto-produzido¹¹⁶². No entanto, num momento em que não pretendemos ainda debruçar-nos sobre o direito reflexivo em si mesmo, mas apenas tocar a sua proximidade com o fenómeno da regulação, é de salientar a lição de Teubner a propósito

¹¹⁵⁷ Neste sentido, cfr. RAINER PITSCAS, “El Derecho Administrativo de la Información...”, cit., pp. 237-243.

¹¹⁵⁸ Cfr. *infra*, 2.9.

¹¹⁵⁹ Cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 56-59. Em relação às redes que se entretêm entre os diversos centros de poder e de regulação é mister salientar o facto de a Administração não actuar como um bloco, mas de ter de se articular *em rede* para assim englobar múltiplas unidades organizativas, o que obriga o direito administrativo a ocupar-se não apenas da organização inter-administrativa mas também da própria auto-regulação social.

¹¹⁶⁰ Cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 121 e 137.

¹¹⁶¹ Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, “Prefácio”, in : GUNTHER TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, especialmente p. XXV.

¹¹⁶² Cfr. GUNTHER TEUBNER, *O Direito...*, cit., pp. 2-3. O conceito fundamental da *autopoiesis* é caracterizado pela sua extrema complexidade, tendo como seus aspectos principais a *auto-produção* de todos os componentes do sistema, a *auto-manutenção* dos ciclos de produção através de uma articulação hipercíclica e a *auto-descrição* como regulação da auto-produção. É curiosa, aliás, a referência de Teubner à “galáxia auto”, em face da confusão terminológica que reina em torno do fenómeno básico da *auto-referência* e do recurso a conceitos como auto-observação, auto-descrição, auto-organização, auto-regulação, sistema auto-reflexivo, auto-produção, etc., para a respectiva concretização ou densificação.

da *auto-regulação como princípio de regulação*¹¹⁶³, com destaque para a “interferência” intersistémica que liga o direito ao respectivo meio envolvente e que conduz a que ele regule a sociedade regulando-se a si mesmo.

A defesa do relevo da auto-regulação em domínios específicos ou sectores de referência do direito administrativo — particularmente no ambiental, como veremos no Capítulo seguinte — passa também pelas críticas à efectividade tanto do direito privado como do direito público na regulação desses sectores, defendendo-se que os regulados e a comunidade por eles constituída estarão em melhores condições para levar a cabo tal regulação, tudo tendo subjacente *uma poderosa teoria da reflexividade*, evidenciando os méritos da auto-consciencialização e dos instrumentos e sistemas construídos a partir dela, nomeadamente sistemas de gestão, de auditoria, de certificação e acordos voluntários¹¹⁶⁴.

Como resulta do que foi dito, é muito difícil falar hoje numa auto-regulação *tout court* ou, talvez melhor, é impossível dissociar esta realidade do seu enquadramento jurídico (ao nível normativo e administrativo, em particular quanto às dimensões de controlo, inspecção, fiscalização e salvaguarda), razão pela qual o que se verifica é, na maior parte dos casos, uma situação de *auto-regulação regulada*¹¹⁶⁵. Uma vez que os privados aparecem num cada vez maior número de situações a realizar tarefas públicas, as regras da *auto-regulação regulada* são fundamentais para garantir os resultados em função dos interesses públicos em jogo, compensando desta forma a “perda de governo” e controlo público decorrentes da privatização¹¹⁶⁶.

A importância desta metodologia regulatória é tal, traduzindo também a efectividade do *princípio da cooperação* na relação entre os entes públicos e os privados, que alguns Autores, por considerarem tratar-se aqui ainda de uma forma — ainda que mais matizada, flexível, suave e indirecta — do direito da ordenação consideram a auto-regulação regulada a *resposta inteligente do direito da ordenação*¹¹⁶⁷.

As vantagens da auto-regulação privada publicamente regulada resultam da activação de uma forma de *complementaridade e cooperação entre público e privado*, desempenhan-

¹¹⁶³ Cfr. *O Direito...*, cit., pp. 127-132.

¹¹⁶⁴ Neste sentido, cfr. STANFORD E. GAINES/CLIONA KIMBER, “Redirecting Self-Regulation”, *JEL*, vol. 13, n.º 2, 2001, pp. 157-184.

¹¹⁶⁵ Cfr., desde logo, a visão de HOFFMANN-RIEM citada na nota 1150 e a diferença aí aludida entre a *regulação auto-reguladora* e a *auto-regulação autoritariamente regulada*.

¹¹⁶⁶ Cfr. HELMUTH SCHULZE FIELTZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, in: HOFFMANN-RIEM/ SCHMIDT-ABMANN/VOBKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts — Band I*, cit., pp. 761-838 (p. 813 e seq.). FIELTZ apelida as regras administrativas de auto-regulação regulada também de “Kontextsteuerung”, pondo em destaque a garantia dos resultados e o interesse público da garantia de uma *concorrência justa*, centrando-se nas regras sobre a escolha e qualificação dos actores privados, os direitos de informação, as actividades de vigilância, controlo e fiscalização, as normas sobre standards de comportamento, etc.

¹¹⁶⁷ Ainda que se trate de uma análise específica do *direito ambiental*: cfr. HANS-JOACHIM KOCH, “Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht — ein Missverständnis?”, *N+R*, 23. Jahrgang, Heft 10, Oktober 2001, pp. 541-551 (p. 544). Para o Autor, o recurso crescente, por parte do legislador ambiental, à auto-organização dos sujeitos jurídicos obrigados é prescrita em termos de direito de ordenação, razão pela qual ele lhe chama “auto-regulação estadualmente regulada”, mencionando os exemplos dos mandatários das empresas para a protecção ambiental. Neste âmbito, considera pois a auto-regulação regulada “a resposta inteligente do direito de ordenação aos tão falados novos desafios ao direito”, representando um contributo para a simplificação do direito, atribuindo ao mesmo tempo flexibilidade aos destinatários.

do os actores públicos as funções legislativas e administrativas, ao passo que os actores privados executam actividades privadas, exercendo os seus direitos e deveres¹¹⁶⁸ — de uma forma mais responsável e efectiva, acrescentamos nós.

Em função dos movimentos simultâneos e, pelo menos em parte, contraditórios do desenvolvimento da actividade de regulação estadual, da desregulação, da neo ou re-regulação e da auto-regulação, parece hoje legítimo falar-se de uma “pirâmide regulatória” que vai desde a primeira opção, a mais neutra e menos intrusiva, da *auto-regulação*, surgindo como segundo nível o da *auto-regulação induzida* e, num terceiro patamar, uma regulação colaborativa ou de governança (responsabilidade partilhada), para finalmente nos depararmos com a regulação de comando. Mas só no caso de a cooperação falhar é que será legítimo, pelo menos em determinadas ordens jurídicas mais liberais, recorrer a soluções de regulação impositivas¹¹⁶⁹.

A auto-regulação é muitas vezes levada a cabo por entidades que se assumem como *terceiros independentes* em face dos poderes públicos e da comunidade regulada (dos destinatários da regulação), sendo esta uma forma mais comum e mais neutra, na medida em que não se trata de uma organização que actue no segmento de mercado a regular; mas também por associações de possíveis regulados ou de consumidores, que se unem e são agentes directos do mercado a regular. Há diversos tipos de *técnicas da auto-regulação privada*, os quais tanto podem operar isoladamente como em combinação: a *normalização* ou *standardização* (emissão de documentos com especificações técnicas ou regras, padrões, instruções ou definições de características para assegurar que materiais, produtos, processos e serviços sejam adequados); a *certificação* e *classificação* (um organismo independente atesta publicamente que um produto, processo ou serviço está conforme com os requisitos especificados na normalização); a *monitorização* (fiscalização permanente ou periódica da manutenção de padrões já atestados); a *aconselhamento* (resolução directa de dúvidas ou reclamações ou publicação de resultados com indicações de produtos para os consumidores); e a *arbitragem* (técnica na qual o órgão regulador actua como árbitro na resolução de conflitos entre regulados ou entre regulados e consumidores)¹¹⁷⁰.

A terminar este ponto devemos fazer duas chamadas de atenção, relacionadas com temas a tratar no Capítulo II e no Capítulo III, respectivamente: a primeira, para sublinhar que a auto-regulação tem uma importância decisiva em sede ambiental, seja através do auto-controlo ecológico das próprias empresas (monitorização, sistemas de gestão ambien-

¹¹⁶⁸ Neste sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., p. 170 e segs. (p. 173). Como vimos, a questão é tratada por PEDRO GONÇALVES no contexto do estudo das *responsabilidades partilhadas entre o Estado e as entidades particulares*, depois de se debruçar sobre a *desestadualização da prossecução dos interesses públicos* (cfr. pp. 140-151).

¹¹⁶⁹ Neste sentido, cfr. SYDNEY SHAPIRO, “Administrative Law After the Counter-Reformation: Restoring Faith in Pragmatic Government”, *U. Kan. L. Rev.*, volume 48, n.º 4, May 2000, pp. 689-750 (pp. 731-733). O Autor caracteriza este recurso a soluções de regulação impositivas — apenas defensável no caso de as técnicas cooperativas falharem — por “responsive regulation”.

¹¹⁷⁰ Sobre a tipologia dos entes responsáveis pela auto-regulação e das técnicas da auto-regulação privada, cfr. SOFIA MENTZ ALBRECHT, “Auto-Regulação: Exemplos Internacionais”, in : DI PIETRO (Org.), *Direito Regulatório...*, cit., pp. 601-636 (pp. 626-632). A Autora apresenta alguns exemplos de entes reguladores privados que actuam como terceiros independentes no âmbito internacional: a *International Organisation for Standardization* (ISO), o *Forest Stewardship Council* (FSC), o *Green Seal*, o *Scientific Certification System* e a *Eco-Rating International, Inc.*, etc.

tal, recurso a peritos ou mandatários de tutela ambiental, revelação de informação interna, etc.), seja por intermédio da auto-regulação ecológica levada a cabo por empresas ou associações independentes (certificação e rotulagem ambiental, auditorias, gestão ambiental, etc.); a segunda, com vista a pôr em evidência os reflexos que a auto-regulação tem ao nível do direito autorizativo — tanto em geral como, em especial, nas autorizações ambientais —, havendo numerosos expedientes a este nível que reflectem o recuo das formas de acção impositivas e o reforço do auto-controlo e auto-regulação dos privados, por exemplo ao nível da substituição ou complemento das autorizações por declarações ou denúncias de início de actividade ou em relação ao expediente do começo de funcionamento antecipado (em relação à autorização), de que também curaremos.

2.4. A privatização

Uma das notas mais fortes das novas tendências acolhidas consistentemente na política e no direito administrativo dos países do nosso espaço jurídico-político foi, sem dúvida, a da *privatização*, em consequência da afirmação do liberalismo, da preponderância do mercado e da sociedade e até da máxima segundo a qual menos governo (intervenção) é um melhor governo, na linha das políticas de Margaret Thatcher e Ronald Reagan. A privatização é um dos conceitos ou palavras-chave da nova ciência do direito administrativo, interessando-nos sobretudo as consequências deste movimento ao nível da exigência de repensar o catálogo e a autoria da execução das tarefas administrativas (em face da atribuição da sua realização aos privados), o trânsito de um Estado prestador de serviços e de “bem-estar”, com grandes responsabilidades operativas nesse domínio, para um Estado mais magro ou “elegante”, centrado agora em tarefas de garantia e de reserva, o apelo a um direito administrativo de regulação — para muitos este direito da regulação não é mais do que o *direito das consequências da privatização* — e às estratégias de auto-regulação, de partilha de informação, de cooperação, entre outras, a exigência de uma “cultura” administrativa orientada para os resultados e para a eficácia e eficiência das suas medidas, o passo suplementar dado no caminho do esbatimento das fronteiras entre o direito público e o direito privado¹¹⁷¹ e o recurso a formas de acção mais suaves, flexíveis, participadas e concertadas. No fundo, a privatização relaciona-se com *todas* as características do novo direito administrativo que tratamos neste Capítulo, inclusive a sua europeização, na medida em que ela tem sido em grande medida fortalecida, ao longo dos anos, pelo impulso de privatização induzido pelo direito comunitário¹¹⁷². Em todo o caso, a privatização não se fez apenas sentir ao nível das

¹¹⁷¹ A privatização do próprio direito administrativo, se bem que conviva com um fenómeno inverso de publicização parcial do direito privado, demonstra também a crescente analogia entre as *técnicas* e as *formas de acção* utilizadas nos dois grandes ramos do direito. Daí que se diga que nos sectores privatizados se tenha produzido o *cruzamento do direito público e do direito privado*, tornando os respectivos direitos em *ordenamentos jurídicos de intersecção* (cfr. SCHMIDT-ARMANN, “Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania”, *Diritto Pubblico*, Anno III (1997), n. 1, pp. 27-74 (p. 35).

¹¹⁷² Neste sentido, cfr. FIELTZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., p. 802 e seg. — a propósito da realização de tarefas públicas através de privados e, mais em concreto, do desenvolvimento histórico de tal realização, sublinhando a especial importância dos processos em causa ao nível da privatização das infra-estruturas.

tarefas de interesse público e da sua autoria e formas de concretização, mas também quanto à *organização* e ao *procedimento* administrativos.

A privatização é uma tendência de fundo que, associada à liberalização dos grandes serviços públicos, à eleição do princípio da livre concorrência, a medidas de eliminação de condicionamentos administrativos, passa pela afirmação da supremacia da sociedade civil e do mercado e da respectiva necessidade de reduzir o papel do Estado, deslocando a realização de inúmeras tarefas deste para o mercado¹¹⁷³. Sendo um projecto essencialmente político não deixa de produzir consequências profundas na conformação e compreensão do direito administrativo.

Ao falar-se em privatização a noção que à partida está em causa é a da *privatização material*, isto é, a *transferência da realização de tarefas* do sector público para o privado, implicando a redução da intervenção do Estado e da Administração na vida económica e social. Todavia, estamos perante um conceito pluri-significativo que aponta para todos os processos de redistribuição do público no sector privado, incluindo processos de privatização nos diversos âmbitos da administração (infra-estruturas, construção de estradas, prestação de serviços municipais, seguros, hospitais, tarefas de controlo no direito ambiental e técnico e privatização da execução da justiça)¹¹⁷⁴ e com *objectivos* também muito diversificados: alívio dos Estados (pelo menos supostamente) sobrecarregados, poupança de recursos, realização de tarefas públicas através da mobilização do potencial endógeno da sociedade, diminuição dos custos e dos preços dos bens e serviços públicos, ampliação da participação do sector privado na prestação de serviços, aumento da legitimidade democrática e da aceitação das decisões políticas, entre outros¹¹⁷⁵.

Desta forma, para além da *privatização material* ou de *tarefas*, é possível autonomizar uma série de outros sentidos para o conceito privatização¹¹⁷⁶: a *privatização da organização*, reflectindo o recurso às formas de direito privado de criação de sociedades e que tem mais a ver com o desenho ou concepção organizatória dos entes do que com uma verdadeira privatização; a *privatização patrimonial*, sentida com a transferência da propriedade de bens públicos ou de empresas públicas para as mãos de particulares; a *privatização financeira*, verificada sobretudo em relação às auto-estradas, com a transferência da sua construção, manutenção, operação e financiamento para empresas privadas, as quais são retribuídas pelo direito à exploração das mesmas; a *privatização funcional* (por norma meramente parcial), nos casos em que a competência e a responsabilidade das tarefas permanece na Administra-

¹¹⁷³ Cfr. PEDRO GONÇALVES/LICÍNIO MARTINS, "Os Serviços Públicos Económicos...", cit. — a propósito da caracterização da passagem *do Estado de serviço público* para o *Estado regulador* (pp. 180-183).

¹¹⁷⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA (*Em Busca do Acto...*, cit., pp. 103-105), apesar de destacar a utilização de meios jurídico-privados pela Administração ao nível da *organização administrativa*, mostrou há muito como o fenómeno da privatização se manifesta também em numerosos domínios da *actividade administrativa*, na sua tarefa de satisfação das necessidades colectivas: tal acontece tanto na actividade administrativa tradicional como, sobretudo, nas novas actividades da Administração prestadora e constitutiva.

¹¹⁷⁵ Quanto ao carácter pluri-significativo e aos diversos objectivos da privatização seguimos VOBKUHLE, "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", cit., pp. 46-50.

¹¹⁷⁶ Cfr. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, "Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen", *DV*, 31. Band (1998), Heft 4, pp. 415-447 (pp. 416-418).

ção, sendo no entanto a sua execução transferida para um sujeito privado¹¹⁷⁷ e que abrange hoje a própria delegação administrativa do *poder regulamentar* em entidades privadas¹¹⁷⁸; e a *privatização procedimental* — a qual, como veremos, tem uma fortíssima expressão no direito ambiental — que pode passar pela atribuição aos requerentes da responsabilidade por *partes* ou *sectores do procedimento*, pela *gestão privada* do procedimento (com a figura do gestor ou mediador privado do procedimento ou a transferência de tarefas de controlo para os particulares) ou pela atribuição de processos de verificação e de planeamento a peritos privados. Aludindo ainda alguns autores à noção de *privatização formal*, traduzida na mera utilização de formas de direito privado¹¹⁷⁹.

Na prática, a diversidade é hoje ainda maior, com a existência de realidades de privatização mais ricas e variadas do que a tipologia apresentada, com destaque para as parcerias público-privadas.

Em estreita conexão com temas que vamos ver autonomamente a seguir, a privatização reclama do Estado e, em particular, da Administração, um novo papel e uma nova configuração na realização da sua missão de servir o interesse público, com a assunção de novas tarefas de regulação e de controlo: como mostra Pedro Gonçalves, o Estado passa a ter, no mínimo, a missão de *gerir as consequências da privatização*, através da regulação e supervisão das actividades públicas privatizadas, o que conduz a que se verifique uma partilha de responsabilidades ou uma execução de tarefas em cooperação¹¹⁸⁰.

Mais do que apagar ou diminuir as responsabilidades da Administração, estamos perante uma alteração ou reposicionamento do seu estatuto: ela assume a responsabilidade pelo controlo da execução das tarefas e das consequências da privatização, sendo neste âmbito que, em larga medida, emergiu e ganhou força o direito administrativo da regulação, tudo desembocando na posição e responsabilidade de garantia assumida pela Administração e no *direito administrativo de garantia*, de que falaremos a seguir.

¹¹⁷⁷ De notar que alguns autores utilizam a expressão *privatização funcional* para aludir à *privatização do procedimento*, realidade também exprimida através da expressão “contracting out”: entre outros, cfr. FIELTIZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., p. 810; e VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 49.

¹¹⁷⁸ Sobre ela, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “A Delegação Administrativa do Poder Regulamentar em Entidades Privadas (Algumas Questões)”, *BFDUC*, vol. LXXXVI, 2010, pp. 209-257. Os casos em que o poder regulamentar não é directamente exercido pelo órgão a quem o legislador o conferiu, na medida em que este autorizou a possibilidade do seu exercício por outro órgão administrativo ou *por uma entidade privada*, enquadram-se em situações de *delegação do poder regulamentar* (cfr. p. 211), inscrevendo a Autora esta delegação no cenário de privatização da Administração Pública e da expansão do *contracting-out* das tarefas administrativas (p. 235 e seg.). A delegação tanto pode ocorrer por acto como por contrato administrativo, debruçando-se Ana Raquel Moniz sobre a figura do contrato “por consistir num instrumento mais frequente de devolução de poderes públicos (em especial, do poder regulamentar) a entidades privadas” (cfr. p. 236 e segs.).

¹¹⁷⁹ Cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 48. Sobre a privatização do procedimento no direito ambiental, cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 297 — o qual considera que os dois pressupostos mais importantes de um *direito ambiental centrado no procedimento* são a existência de uma opinião pública informada e, precisamente, a *privatização do procedimento*, traduzida p. ex. na realização de auditorias ecológicas, nas quais as empresas desenvolvem mecanismos de aprendizagem e de auto-avaliação, conduzindo a uma maior flexibilização do direito administrativo do ambiente. Os reflexos destes desenvolvimentos no direito alemão do procedimento administrativo fazem-se sentir na limitação da intensidade do controlo administrativo nas instalações submetidas a auditoria ecológica (conduzindo, *inter alia*, à redução dos deveres de comunicação e a um maior espaçamento das inspecções periódicas).

¹¹⁸⁰ Cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 160 e seg.

Assim, do projecto político que a privatização constitui resulta, por um lado, o recuo da responsabilidade do Estado na execução e realização das prestações mas, por outro, a emergência de novas formas ou facetas de responsabilidade, em particular a responsabilidade pelo controlo, de garantia e organizativa (esta última com o sentido da manutenção de uma estrutura organizatória que permita o desempenho, de forma cabal, das novas responsabilidades).

Na perspectiva do direito administrativo não se pode perder de vista o estabelecimento de *salvaguardas à privatização*, no fundo da reacção ou resposta do direito administrativo aos perigos, falhas ou riscos de comprometimento dos valores fundamentais de direito público originados pela privatização que apontam para a estruturação de um *direito administrativo da garantia ou da pós-privatização*¹¹⁸¹.

2.5. Os novos papéis ou roupagens do Estado

As profundas transformações da Administração e do direito administrativo nas últimas três décadas, sendo em larga medida consequência das alterações político-ideológicas verificadas, implicaram também para o Estado — sobretudo entendido em sentido administrativo, como “a pessoa colectiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direcção do Governo, a actividade administrativa”¹¹⁸² — a assunção de novas configurações ou roupagens, já em grande parte a floradas nas páginas anteriores.

As modificações, em particular as determinadas pelo movimento privatizador, obrigaram a uma profunda reformulação do catálogo e da autoria das tarefas administrativas, com o trânsito de um Estado interventor e prestador de serviços para um Estado regulador — como já vimos — e também um Estado de garantia, de reserva e activador, actuando em rede com outros centros de poder e de decisão, realidade de onde emerge com cada vez maior força o tema da governança.

Recorrendo mais uma vez à doutrina alemã — por esta ter posto em evidência os problemas resultantes do robustecimento do Estado e das suas funções e actividades, ao longo de grande parte do século XX — revela-se pertinente a problemática do Estado “magro” ou “elegante” (“*schlanker Staat*”), que constitui um dos *modelos condutores* da reforma do direito administrativo¹¹⁸³ e, sobretudo, um lema de reacção ao permanente crescimento das tarefas estaduais, a suscitar avisos económicos sobre a falta de capacidade de financiamento do Estado para manter as elevadas “quotas” de intervenção estadual e alertas sobre a incapacidade de acção de um “Estado gordo” cada vez mais saturado e sobre-solicitado com tarefas, sendo a receita proposta a de uma “dieta” de tarefas e de despesas para o Estado, no sentido de o tornar “magro” ou “mais elegante”¹¹⁸⁴.

¹¹⁸¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., p. 22.

¹¹⁸² Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, 2006, p. 220 — assinalando igualmente a sua *autonomia*, uma vez que o Estado não se confunde “com os governantes que o dirigem, nem com os funcionários que o servem, nem com as outras entidades autónomas que integram a Administração, nem com os cidadãos que com ele entram em relação” (cfr. p. 222).

¹¹⁸³ VOßKUHLE, “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*”, cit., pp. 35-37.

¹¹⁸⁴ Sobre o diagnóstico da situação que conduziu à defesa de um Estado alemão mais magro ou elegante, cfr.

Como nos informa Voßkuhle¹¹⁸⁵, o termo “Schlanker Staat” é um conceito genérico que tanto designa um conselho de peritos (presidido por Rupert Scholz) que trabalhou entre 1995 e 1997, no âmbito da coligação entre a CDU (*Christlich Demokratische Union Deutschlands*), a CSU (*Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.*) e o FDP (*FREIE DEMOKRATISCHE PARTEI*), como a correlativa reforma do Estado, sob as pedras de toque da *desregulação* e da *privatização*. Como já se insinuou, os objectivos desta reforma passavam pela redução das tarefas estaduais, da institucionalização da avaliação das consequências das leis, flexibilização do direito orçamental, reforma do direito do funcionalismo público, utilização de técnicas de gestão e de informação e reforço da auto-responsabilidade privada através da introdução do procedimento de auditoria.

Todavia, o conceito chave em sede das novas roupagens, tarefas e funções do Estado e da Administração é o conceito de *garantia*: Estado *de garantia*, assumindo uma responsabilidade *de garantia*, com base na qual é erigido um direito administrativo *de garantia* ou centrado no tópico da garantia¹¹⁸⁶.

O paradigma do Estado de garantia exprime uma “arquitectura modificada da estadualidade”, de um Estado que já não faz e fornece tudo sozinho mas que, de forma inteligente e talvez subtil, possibilita o fornecimento de prestações pelos privados, assumindo a obrigação de criar um enquadramento legal para as estruturas de mercado, residindo a atractividade do conceito na libertação do Estado¹¹⁸⁷.

Pretende com esta noção exprimir-se o facto de, apesar dos movimentos da privatização, da desregulação e de apagamento ou diminuição das facetas prestadora e intervencionista do Estado e da correlativa atribuição da prossecução de mais tarefas de interesse público aos privados, os Estados europeus continuarem a ser Estados administrativos, pois eles mantêm a titularidade de uma *responsabilidade geral de garantia* que “obriga” o direito administrativo a conservar uma posição central no sistema jurídico¹¹⁸⁸. Esta noção

MICHAEL KLOEPFER/THOMAS ELSNER, “Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht”, *DVBL*, 111. Jahrgang, Heft 17, September 96, pp. 964-975 (p. 964 e seg.).

¹¹⁸⁵ Cfr. “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 50-51.

¹¹⁸⁶ Segundo PEDRO GONÇALVES o tópico da garantia é o fundamental na *adaptação* e *renovação* do direito administrativo e a necessidade de combater por um Estado com direito administrativo, que o Autor defende, aponta para a conformação do direito administrativo como o *direito de garantia da realização do interesse público*, com um novo “discurso explicativo” que o apresenta com uma “sólida e permanente estrutura de garantia”: cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 1101-1103.

Sobre o Estado de garantia, a responsabilidade de garantia e o direito administrativo de garantia, cfr. sobretudo CLAUDIO FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat”, cit.; e MATTHIAS KNAUFF, “Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?”, *DÖV*, 62. Jahrgang, Heft 14, Juli 2009, pp. 581-585. Além destes autores, cfr. ainda WOLFGANG WEIB, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *DVBL*, 117. Jahrgang, Heft 17, September 2002, pp. 1167-1182; HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., pp. 440-442; ID., “Effizienz als Herausforderung...”, cit., p. 55 e seg.; SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., pp. 96-101; VOßKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 50; e FIELITZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., pp. 785-790. Foram estas as nossas fontes fundamentais, que seguimos na exposição em texto.

¹¹⁸⁷ Seguimos aqui FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat”, cit., pp. 351-355 — no magnífico enquadramento teórico que faz do Estado de garantia.

¹¹⁸⁸ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, *ZÖR*, 55 (2000), pp. 159-179 (p. 178). Neste artigo, SCHMIDT-ABMANN defende que, apesar das mudanças determinadas pela privatização e cooperação entre a Administração e a sociedade, reflectidas sobretudo na regulação, a responsabilidade

permite uma ideia de compromisso entre as noções extremas de um Estado sobrecarregado, prestador e intervencionista, e um Estado elegante convertido num Estado mínimo¹¹⁸⁹, na medida em que — apesar de assentar, em larga medida, na activação das forças sociais e económicas — continua a assumir uma responsabilidade de última instância pela prossecução e satisfação do interesse público, permitindo simultaneamente que, em potência, todas as tarefas públicas sejam susceptíveis de privatização, uma vez que o Estado disponibiliza uma *estrutura de garantia* para aquela satisfação, assumindo a *responsabilidade pelas consequências* (da satisfação das necessidades públicas pelos privados, em virtude da privatização e da auto-regulação social).

O modelo do Estado de garantia está dotado de *grande flexibilidade* e, em termos jurídico-administrativos, aponta para uma assunção, por parte da Administração, das consequências da privatização, e para um *direito administrativo de garantia* que alguns consideram mesmo o “terceiro pilar do direito administrativo”, ao lado dos direitos administrativos de *ordenação* e de *prestação*¹¹⁹⁰. No fundo, e para além da dimensão ordenadora ou de polícia da Administração, os autores alemães pretendem que do Estado e da Administração prestadores e de um direito administrativo da prestação, se evoluiu para um *direito administrativo de garantia da prestação*: enquanto a Administração até aqui prestava directamente agora limita-se a garantir um resultado prestacional — ou, dito de outra forma, a responsabilidade de resultado não é concebida em termos de cumprimento mas como responsabilidade de garantia — e, para esse efeito, deve criar o enquadramento jurídico, as instituições e os procedimentos apropriados para as situações em que a Administração se limita a impulsionar e a garantir a auto-regulação social para o cumprimento de tarefas públicas, assegurando assim que o sector privado possa satisfazer as tarefas que, à partida, lhe cabiam a ela¹¹⁹¹. Na nova Administração de garantia, Administração Pública e sector

fundamental pelo bem-estar público mantém-se na titularidade da Administração, pelo que os Estados europeus vão continuar a ser, em larga medida, Estados administrativos. Aludindo ainda à circunstância, que vamos tratar, de o próprio processo de unificação europeia ter também uma forte componente administrativa.

¹¹⁸⁹ MATTHIAS KNAUFF refere, a este propósito, que o *Estado de garantia* representa “um compromisso entre o Estado de prestação e o Estado elegante, que há mais de uma década caracteriza o Estado alemão”, mostrando não se tratar de um “Estado guarda-nocturno” — apresentando como exemplos de “preceitos com conteúdo de Estado de garantia” os artigos 87.º-E e 87.º-F da GG, o primeiro dedicado à administração dos caminhos-de-ferro, no sentido de a Federação garantir o interesse público nas necessidades de transporte especial, na manutenção da rede ferroviária, etc.; o segundo é um preceito de garantia no domínio dos serviços postais e das telecomunicações: cfr. “Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten...”, cit., p. 581 e seg.

¹¹⁹⁰ Cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 50.

¹¹⁹¹ A garantia é disponibilizada, antes de mais, através da produção do direito: a responsabilidade estadual na estatuição de regras, da qual o Estado não tem agora, todavia, o monopólio, já que a produção do direito foi horizontalmente pluralizada e verticalmente desnacionalizada. Em termos mais concretos, a garantia assume formas muito diversas, não se limitando à regulação das forças de mercado: abrange também a cooperação com forças privadas no estabelecimento de novas formas de controlo, direitos de intervenção sobre as actividades dos particulares e a assunção de obrigações que permanecem na responsabilidade operativa ou de execução do Estado. Como justamente afirma FRANZIUS, “a transição de um regime de execução para um outro de garantia é movediça”: cfr. “Der Gewährleistungsstaat”, cit., p. 354.

Ainda em relação às formas ou sectores que a Administração de garantia assume e cobre, FIELTZ (“Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., pp. 786-790) distingue, dentro deste novo tipo de Administração, entre a *Administração da estrutura do mercado* (visa garantir o funcionamento das estruturas de mercado, tanto no interesse dos privados, enquanto utilizadores e fornecedores, como no interesse da funcionalidade dos mercados,

privado actuam em conjunto para satisfazer o interesse público defendendo-se todavia, numa lógica luhmaniana, que cada subsistema siga a sua própria dinâmica, uma vez que Sociedade e Estado têm racionalidades próprias, sendo o sistema político e o sistema jurídico subsistemas do sistema social, com a sua específica auto-referência e auto-poiésis, numa lógica de clausura organizacional.

O Estado de garantia acentua o *direito procedimental* para assegurar a justiça material ou equidade da decisão e coloca em primeiro plano o *direito da organização administrativa*. Na verdade, para que o direito administrativo se converta — como parece tender cada vez mais a fazer — num direito de garantia de um resultado, é fundamental a *selecção das organizações* responsáveis e *dos procedimentos* adequados, introduzindo nas instituições de direito privado os equivalentes funcionais das garantias próprias do direito administrativo clássico¹¹⁹².

Uma vez que o que está sobretudo em causa é a *realização de tarefas públicas por privados*, demonstra-se que a privatização a cujas consequências se pretende fazer face é a *privatização funcional*, que constitui o núcleo central da Administração de garantia. Resultando, no fundo, da nova *partilha de responsabilidades* e da *cooperação* estabelecida entre privados e Estado na realização das tarefas públicas, em princípio levada agora a cabo pelos primeiros sob a regulação e fiscalização do segundo, partilha essa que levou a uma redução ou retracção da responsabilidade estadual de execução — como reacção ou resposta à sua sobrecarga e em nome das vantagens, em particular no que se refere à economia de recursos, em devolver parte de tal responsabilidade à própria sociedade —, mas não a um recuo ou a uma retracção geral do Estado.

Deve em todo o caso notar-se que a assunção pelo Estado de uma responsabilidade de garantia não preclui o recurso a outros conceitos e a outros níveis de responsabilidade estadual: é isso que acontece com a responsabilidade operativa, de execução ou mesmo de resultado nos domínios da defesa de perigos policiais, das medidas repressivas e da execução das penas, em que o Estado tem de assegurar o resultado *por si mesmo*¹¹⁹³.

A existência de outros níveis ou formas de responsabilidade não termina aqui: no âmbito da responsabilidade de garantia insere-se uma “rede de segurança estadual” no âmbito da qual o Estado e a Administração assumem uma *responsabilidade de reserva* (“*Auffangverantwortung*”) que é espoletada em caso de mau desempenho das forças sociais: os actores sociais actuam de acordo com os seus critérios, também orientados para a eficiência e, no caso de eles falharem ou sucumbirem, não assegurando a adequada satisfação do interesse público — seja porque há uma deterioração dos serviços prestados, seja porque se verificam consequências indesejáveis ao nível do funcionamento do próprio mercado ou

assegurando a justa concorrência; abrange tanto a supervisão do mercado como a administração da concorrência, actuando a Administração prioritariamente de forma superveniente, através de um controlo *ex-post*), a *Administração regulatória* (traduzida num controlo da actividade económica e das regras do *antitrust* e na garantia de fornecimento mínimo estadual; vale sobretudo na administração das infra-estruturas de rede) e a *Administração de infra-estruturas urbanísticas* (ao nível do planeamento geral e especial, onde existem espaços de apreciação políticos, mas no pressuposto de que a concretização dos planos pertence hoje em larga medida à iniciativa dos privados).

¹¹⁹² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 101.

¹¹⁹³ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., p. 442.

em relação a outros interesses, em particular o da tutela ambiental — a Administração deve intervir, dando-se uma reactivação da sua responsabilidade de desempenho ou de execução. Como mostra certamente Claudio Franzius¹¹⁹⁴, o Estado de garantia não afasta completamente a responsabilidade de execução, só que esta transformou-se numa responsabilidade de reserva — recorrendo, para a ilustrar, à analogia de Schuppert entre este papel do Estado e o do futebol, em que o Estado é como que um jogador no banco de suplentes, o qual entra em campo “quando o jogo não corre bem”. Só que, à imagem do que acontece com os futebolistas sentados “no banco”, que não escolhem se ou quando entram em jogo, também não pode ser o próprio Estado a decidir tal “entrada”, devendo ver-se no *direito* o papel do treinador, que decide sobre a entrada dos suplentes¹¹⁹⁵.

A responsabilidade de reserva é, nestes termos, uma responsabilidade de cumprimento latente, que passará desse estado de latência se e quando a actuação auto-regulativa dos privados não se mostrar suficiente para atingir os fins públicos em questão, estando desta forma muito ligada às tarefas de acompanhamento da realização de tarefas por privados, com protagonismo para as medidas de informação, garantia de transparência e cooperação; e também às actividades de controlo posterior ou superveniente dos resultados das tarefas de interesse público prosseguidas por privados. Podendo os sinais de alerta justificar tanto a disponibilização de intervenções correctivas, de medidas de auxílio, ajuda e socorro a terceiros afectados, ou ainda medidas repressivas — *v. g.* a proibição de laboração de uma instalação a funcionar com prejuízos ambientais e sanitários graves — e sancionatórias.

Como vimos, o modelo do Estado de garantia tem como pressuposto a activação das forças sociais e económicas no desempenho de tarefas materialmente administrativas, colaborando estas na mais nobre missão da Administração Pública que constitui, simultaneamente, o seu desígnio central: a prossecução do interesse público. Como tal, em paralelo com esta dimensão, a doutrina germânica desenvolveu também o conceito — que constitui outro dos modelos condutores da nova ciência do direito administrativo — do *Estado activador*¹¹⁹⁶.

O Estado activador reclama dos cidadãos um papel activo e empreendedor na realização do interesse público, devendo estes ser vistos como *parceiros* da Administração nessa tarefa: daí que, para além da importância genérica da *cooperação* — não só entre actores públicos e actores privados, mas também a cooperação entre os diversos entes administrativos no interior do Estado e a colaboração além-fronteiras, em particular com a União Europeia — as parcerias público-privadas emergem como forma relevantíssima na execução das missões.

¹¹⁹⁴ Cfr. “Der Gewährleistungsstaat”, cit., p. 378 e seg.

¹¹⁹⁵ Cfr. G. F. SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, 2003, p. 291, *apud* FRANZIUS, “Der Gewährleistungsstaat”, cit., p. 378.

¹¹⁹⁶ VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 35-37. É também VOBKUHLE quem nos informa na mesma obra (cfr. p. 51 e seg.) que a utilização do conceito “Aktivierender Staat” está directamente ligada à mudança do Governo alemão, em 1998, quando a coligação entre os sociais-democratas do SPD e o partido ecologista “Verdes” passou a governar. Pretendia-se com o termo “Aktivierender Staat” sintetizar as reformas pretendidas, que passavam antes de mais pela cooperação entre actores estaduais, semi-estaduais e privados para alcançar finalidades comuns, no sentido de uma *nova responsabilidade entre o Estado e a Sociedade*, devendo o Estado ser menos decisor e produtor e mais *moderador* e *activador* dos processos de solução dos problemas sociais.

Uma última dimensão do Estado renovado a cuja conformação se tem assistido nas últimas três décadas que gostaríamos de evidenciar, por também ter consequências relevantes para a estruturação do direito administrativo, dos seus institutos e formas de acção, em particular nas suas áreas de referência, com destaque para a ambiental, é a da *rede*, do facto de Estado e Administração actuarem ou funcionarem agora em rede com outros centros políticos e decisórios.

Como evidencia Cassese, o termo “rede” é um expediente retórico que indica uma *figura organizativa* composta por organismos públicos pertencentes a entidades ou aparelhos diferenciados e colaborando em interdependência¹¹⁹⁷. Todavia, a proliferação e o desenvolvimento dos fenómenos em rede é uma nota geral da nova sociedade, emergente nas últimas décadas do século xx, em que as formas de colaboração entre os diversos entes com protagonismo na nova sociedade global produzem redes, por se tratar de formas de colaboração estabelecidas entre organismos públicos pertencentes a pessoas colectivas unitárias (com destaque para o Estado e a União Europeia) mas que não actuam como uma unidade, estabelecendo-se entre elas uma colaboração assimétrica ou paritária (em virtude da dependência recíproca), sendo ainda um sistema de *governança sem governo* em face da inexistência de uma estrutura unitária e compacta de governo, embora se note a sua presença e o exercício das suas funções¹¹⁹⁸.

Em relação à Administração, o recurso a esta figura permite mostrar que ela não actua como um bloco monolítico, antes se articula em rede por forma a englobar múltiplas unidades organizativas, o que obriga o direito administrativo a ocupar-se em simultâneo da organização inter-administrativa e da auto-regulação social, com recurso a instrumentos reguladores — os quais permitem, em certa medida, dar resposta às exigências de partilha de autoridade —, à criação de incentivos, à partilha, revelação e utilização da informação. Em todo o caso, pelo menos segundo o entendimento de alguns autores, essa articulação em rede não retira ao direito administrativo o seu papel de instrumento de direcção ou, pelo menos, de orientação ou pilotagem, executado por intermédio das suas estruturas organizativas, procedimentais, programáticas ou de planificação e pessoais¹¹⁹⁹.

A organização em rede é típica do *espaço global* em que hoje nos movemos, bem como o Estado e a Administração — sendo, desta forma, uma nota incontornável do novo *direito administrativo global* em gestação. O *espaço jurídico global* no qual temos de situar o direito administrativo global e algumas das suas figuras mais relevantes — como o *acto administrativo transnacional* — é um palco onde, para além dos indivíduos, interagem quatro tipos de actores: os Estados, as organizações internacionais de poderes públicos, as empresas multinacionais e as associações privadas de dimensão internacional. Trata-se de uma típica organização em rede, na medida em que não há uma autoridade superior que sirva como centro de referência¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁷ Cfr. SABINO CASSESE, *La Globalización Jurídica*, cit., p. 34. Partindo deste entendimento genérico da rede, CASSESE considera que já os impérios coloniais eram organizações em rede (cfr. p. 35).

¹¹⁹⁸ Cfr. CASSESE quando analisa a rede como “figura organizativa da colaboração”: cfr. *La Globalización Jurídica*, cit., pp. 33-39.

¹¹⁹⁹ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 22.

¹²⁰⁰ Cfr. LUIS ORTEGA, “Prólogo”, in: CASSESE, *La Globalización Jurídica*, cit., pp. 7-11 (p. 8).

Em face da partilha da autoridade que pressupõe e da ausência de uma autoridade superior que funcione como centro de referência, a organização em rede liga-se umbilicalmente ao fenómeno da governação — à *global governance* — a qual, por sua vez, está associada a estruturas de regulação em rede. Relacionando-se a governação, por sua vez, com o conceito de orientação ou pilotagem (“Steuerung”), com um papel fundamental na nova ciência do direito administrativo alemã, uma vez que aquele conceito deve ser entendido como um *processo interactivo* no qual diferentes actores trabalham em rede uns com os outros¹²⁰¹.

Sendo a rede uma realidade global, as suas repercussões ao nível das administrações públicas e do direito administrativo fazem-se sentir um pouco por todo o planeta e não apenas nos ordenamentos jurídicos europeus¹²⁰².

2.6. Europeização

Outra das mais fortes tendências de modernização do direito administrativo que constitui uma das palavras-chave ou modelos condutores da nova ciência do direito administrativo alemã é a que está ligada aos movimentos da europeização, internacionalização e globalização das administrações públicas nacionais e, por seu intermédio, do próprio direito administrativo¹²⁰³. Tendência da qual deriva a afirmação de novos institutos jurídicos ou de institutos jurídicos tradicionais revestidos de novas roupagens, onde se realça o *acto administrativo europeu* ou *transnacional*.

Por razões sistemáticas, vamos ocupar-nos primeiro da europeização, para depois tratar conjuntamente a internacionalização e globalização do direito administrativo.

¹²⁰¹ Neste sentido, cfr. VOBKUHLE (“Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 20-26, especialmente p. 22 e seg.) — articulando o conceito de governança e a teoria da governança com o fenómeno do “Steuerung” político, em associação com a *teoria dos sistemas* de Luhmann e Teubner e defendendo que, ao nível da ciência do direito administrativo, se designa por *Steuerung* a manipulação dos sistemas, tendo essencialmente por base as obras de RENATE MAYNTZ (“Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme”, in: RENATE MAYNTZ, *Soziale Dynamik und politische Steuerung*, 1997, Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Köln, Band 29, Campus Verlag, 1997, pp. 186-208) e FRITZ SCHARPF (*Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2000).

¹²⁰² Sobre o relevo dos *sistemas em rede* na estrutura presente e futura do direito administrativo norte-americano, enquadrados nos novos métodos de regulação e no movimento de reacção contra o *command and control*, cfr. RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo...”, cit., pp. 14-17 — mostrando como tais sistemas englobam administrações públicas e organizações de interesses, formando redes flexíveis entre agências administrativas e sujeitos interessados, com o envolvimento de actores públicos e privados nas orientações da regulação, numa relação quase-contratual entre as partes, reflectindo flexibilidade, inovação, transparência e o método de “aprender fazendo”.

¹²⁰³ O debate sobre a Reforma do direito administrativo teve em conta, desde o início, a questão da *europeização do direito*, tanto do ponto de vista *normativo* como *organizativo* (criação de uma densa rede de relações administrativas, em interacção recíproca, entre as administrações nacionais e europeias) — cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 103.

RAINER WAHL considera a *segunda fase da história do direito público alemão do pós-guerra* a da “europeização e internacionalização sob o império da Constituição”: cfr. *Herausforderung und Antworten*, cit. Apoiado no seu ensinamento, KAHL (“Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., p. 466) considera expressamente a *europeização* e a *internacionalização* como “os desafios mais importantes para o sistema do direito administrativo alemão desenvolvido sob a influência da Constituição”.

Antes de avançarmos para alinhar algumas notas sobre o tema, devemos desde já dizer que ele se reveste de interesse particular para nós: por um lado, porque o *direito do ambiente* é um dos domínios onde mais se tem destacado o papel da europeização do direito administrativo¹²⁰⁴; por outro, porque a influência do direito europeu sobre os institutos tradicionais do direito administrativo se tem feito sentir ao nível da *Bestandskraft* dos actos administrativos favoráveis, como as autorizações, implicando diferenças e alterações à sua disciplina tradicional, fundada no direito administrativo alemão, na protecção da confiança e nos limites que aquela colocava à revogação destes actos contribuindo, desta forma, para a perda de firmeza do acto administrativo.

Estamos uma vez mais perante um fenómeno transversal, com uma relação dialéctica com diversos outros aspectos da reforma já por nós estudados ou ainda a estudar: a afirmação do direito administrativo regulatório, o movimento da neo-regulação, a crise do Estado e da sua territorialidade, o caminho para uma estadualidade aberta e para uma diluição da posição e da própria ideia de governo, a partilha da responsabilidade pela regulação, a ligação à ideia de governança com a afirmação poderosa do tema da *governança europeia*¹²⁰⁵, ao funcionamento do Estado e da Administração Pública com base num princípio de cooperação e num modelo de rede, a procedimentalização do direito administrativo, a afirmação de um novo sistema de formas de acção administrativa e o protagonismo do acto administrativo europeu ou transnacional, entre outros.

A expressão “europeização” evoluiu de uma palavra-chave inespecífica para um termo pleno de significado, embora mantendo o seu carácter pluri-significativo. Tentemos alinhar algumas ideias para a sua compreensão em termos mais específicos e mais de acordo com os objectivos da nossa investigação.

Numa altura em que o modelo do Estado administrativo, prestador de serviços e, em geral, de bem-estar aos seus nacionais, estava definitivamente implantado, começou a fa-

¹²⁰⁴ SCHMIDT-ABMANN considera mesmo que “o direito europeu tem vindo a criar os elementos essenciais de uma parte geral do direito do ambiente dos Estados membros”, com destaque para as profundas transformações operadas por institutos como os regimes da AIA, da PCIP, do acesso à informação ambiental ou da auditoria ambiental, os quais “correspondem a um novo modelo em que os instrumentos chave se baseiam numa opinião pública informada e na ideia de auto-regulação, modelo este que parece ser chamado a substituir, pelo menos parcialmente, o conceito tradicional em que se articulou a competência estadual de controlo”: cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 31 (e pp. 295-298). Também KARL-HEINZ LADEUR aponta na mesma direcção, ao indicar o Gabinete Europeu IPPC, em Sevilha — responsável pela produção dos “guias” ou “folhetos” sobre as BAT, i. é, as melhores tecnologias disponíveis — como um exemplo que pode contribuir para o desenvolvimento do direito administrativo europeu, uma vez que tem de haver uma ligação entre a lei sectorial (ambiental) europeia e o direito administrativo geral dos diversos países (concepção transnacional cooperativa), um *modelo policêntrico de um direito administrativo cooperativo com uma ideia de ordenação nacional suplementar*: cfr. “Conflict and Co-operation between European Law and the General Administrative Law of the Member States”, in: KARL-HEINZ LADEUR (ed.), *The Europeanisation of Administrative Law — Transforming national decision-making procedures*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, England, 2002, pp. 1-13 (p. 8 e seg.).

¹²⁰⁵ Sobre ele e entre nós, cfr. ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, in: *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, 2005, pp. 105-166, *passim*. Ao nível do sector de referência “ambiente”, cfr. MASSIMILIANO MONTINI, “Riflessioni sul modello di *governance* ambientale europea e sulla sua esportabilità”, *RGA*, Anno XX n.º 6, Novembre-Dicembre 2005, pp. 1119-1123, considerando que a *governance ambiental europeia* é constituída pelo conjunto dos instrumentos, princípios e regras sobre as quais se funda a política e as normas ambientais europeias, discutindo a eficiência, eficácia e credibilidade do modelo europeu e, em função delas, a sua eventual potencialidade para ser exportado.

zer-se sentir uma influência crescente do direito comunitário sobre o direito administrativo dos Estados membros ao nível das diversas funções por este levadas a cabo, isto é, quanto à administração de intervenção, de prestação, de planificação e da própria organização administrativa. Uma vez que a Comunidade, para além dos poderes legislativo e judicial, dispunha de órgãos e procedimentos de controlo da execução nacional do direito comunitário e, sobretudo, à medida que foi assumindo funções executivas, não só por intermédio da Comissão mas também das suas agências, tendo passado a inserir trâmites próprios nos procedimentos administrativos nacionais, o objectivo da *integração comunitária* revestiu-se igualmente de uma dimensão administrativa, lançando-se o repto para a compreensão da Europa (também) como um espaço administrativo unitário, sujeito a um *direito administrativo europeu*. O paulatino crescimento e ampliação das funções comunitárias foi aumentando a tendência de integração bem reflectida no protagonismo da *directiva* no contexto dos actos de direito derivado da Comunidade, caminhando-se no sentido de estabelecer umnexo funcional entre os ordenamentos nacionais e o ordenamento comunitário, mas afirmando-se a proeminência do segundo, devido ao que alguns apelidaram de domínio comunitário sobre o direito administrativo¹²⁰⁶. De onde decorre também a circunstância de estarmos perante um sistema multi-nível, na medida em que o direito "europeizado" deve ser concebido como uma rede de diversos níveis com padrões de conexão diferenciados, com margem para os Estados membros no processo de implementação do direito europeu¹²⁰⁷.

A noção de *europeização* pretende aludir a uma realidade pluri-significativa, podendo ser definida, em termos sintéticos, como "a influência, sobreposição e modelação das ordens jurídicas administrativas nacionais através do pensamento jurídico e das actuações jurídicas europeias"¹²⁰⁸; ou, em termos mais desenvolvidos, como "um fenómeno complexo, que se desenvolve de formas distintas: com a integração das Administrações nacionais entre elas e com a supranacional; através do condicionamento comunitário da independência das autoridades de regulamentação; mediante a ruptura do nexo tradicional entre nacionalidade e função pública; com a regulação comunitária de algumas das principais matérias administrativas, como os contratos; mediante a afirmação dos princípios comunitários, como o da não discriminação e transparência; e com a difusão comunitária de princípios de direitos

¹²⁰⁶ Cfr. SABINO CASSESE, *La Globalización Jurídica*, cit., pp. 119-125. O Autor transalpino explica nestas páginas as formas por intermédio das quais a Comunidade Europeia se apoderou dos direitos nacionais e passou a desenvolver o seu próprio direito administrativo: devido à *comunidade de funções* (raramente o direito comunitário ou os Estados membros assumem de forma exclusiva uma função administrativa, havendo várias funções compartilhadas, pelo que o ordenamento da União é hoje um ordenamento multi-nível); a *superioridade da Comissão* (não em termos orgânicos, mas apenas num sentido *funcional*, em relação a actividades especiais e determinadas, sempre que o direito comunitário previa a intervenção da Comissão em questões ou fases sensíveis); a *configuração comunitária do direito administrativo nacional* (cada vez mais a Comissão dispõe da estrutura e da actividade administrativa dos Estados, fazendo a configuração estrutural dos aparelhos administrativos nacionais, ditando normas procedimentais aplicáveis ou estabelecendo que certas actividades dos órgãos nacionais sejam funcionais às dos órgãos da Comunidade); e, por último, devido às *organizações comuns em sede comunitária* (têm sido criadas organizações comuns de reguladores nacionais, no espaço comunitário, que reúnem representantes de autoridades independentes ou semi-independentes, constituindo foros técnico-científicos).

¹²⁰⁷ Expressamente neste sentido, cfr. KARL-HEINZ LADEUR, "Conflict and Co-operation...", cit., p. 2-4.

¹²⁰⁸ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 29.

administrativos nacionais, como o da proporcionalidade”¹²⁰⁹. A europeização dos direitos administrativos nacionais torna-os instrumentos do direito supranacional e provoca que sejam duplamente dependentes, do Estado e da União Europeia, pelo que a referência a um direito “europeizado” se reporta a uma rede de diversos níveis com padrões de conexão diferenciados, mormente devido às margens ou folgas variáveis que os Estados membros dispõem no processo de implementação do direito europeu. Europeização esta que abrange tanto as relações verticais entre a Comunidade e os Estados membros como as relações horizontais entre estes últimos, reflectindo-se numa transformação paulatina mas irreversível dos direitos administrativos nacionais.

Em face da *integração jurídica* e dos processos de desenvolvimento recíproco mantidos entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos jurídicos nacionais e também devido ao crescimento da disciplina comunitária de algumas das principais matérias administrativas, veio a emergir um *direito administrativo europeu*, também ele uma realidade pluri-significativa, multiforme e multi-nível, englobando o direito administrativo comunitário, o direito administrativo próprio da administração comunitária e o conjunto das normas que regulam a cooperação administrativa entre a Comunidade e os Estados¹²¹⁰. Na mesma linha, na doutrina nacional Maria Luísa Duarte¹²¹¹ manifesta a sua preferência pela expressão “direito administrativo europeu”, cujo ponto comum é a *perspectiva europeia do direito aplicável à actividade administrativa*, assinalando quatro sentidos possíveis à expressão: uma acepção mais antiga, ancorada na comparação de sistemas e institutos jurídicos, reportada aos princípios e regras comuns aos direitos administrativos dos Estados-membros; uma outra, cuja primeira construção teórica se deve a J. Schwarze, relativa às normas aplicáveis à actuação das administrações nacionais dos Estados europeus, sujeitos à dupla influência europeia do direito comunitário e do direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (com a afirmação, no espaço administrativo europeu, de regras e princípios comuns, de instrumentos dinâmicos de convergência normativa e estrutural); a terceira refere-se às regras e princípios que regulam a função executiva das instituições e órgãos comunitários; e a última, das regras e princípios que regem a execução de normas comunitárias, assegurados pela administração comunitária, pelas administrações nacionais ou em regime de co-administração. Com base nesta construção, Maria Luísa Duarte apresenta a sua própria definição de *Direito*

¹²⁰⁹ Cfr. SABINO CASSESE, “Le trasformazioni...”, cit., p. 34.

¹²¹⁰ A obra de referência no direito administrativo comunitário continua a ser o monumental trabalho de JÜRGEN SCHWARZE, publicado pela primeira vez em 1988, com 2 volumes: *Europäisches Verwaltungsrecht — Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988; do mesmo Autor, cfr. ainda *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Baden-Baden, Nomos, 1996. Mais recentemente, cfr. o livro editado por JEAN-BERNARD AUBY e JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN*, Bruylant, Brussels 2007, reunindo artigos de 43 autores, tratando matérias como as da autoria e dos instrumentos do direito administrativo no nível comunitário, as formas de administração do direito comunitário pelas instituições comunitárias e nacionais, os princípios gerais do direito administrativo europeu, os mecanismos ou instrumentos utilizados ao nível do direito administrativo nacional para dar efectividade ao direito comunitário, a influência particular do direito comunitário nalguns domínios específicos do direito administrativo francês e, ainda, o problema da convergência dos sistemas dos direitos administrativos nacionais dos Estados membros sob a influência do direito administrativo europeu. Em introdução a este livro, cfr. AUBY/ DE LA ROCHÈRE, “À propos de la notion de droit administratif européen”, *RFAP*, n.º 123, 2007, pp. 373-389.

¹²¹¹ Cfr. *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, 2008, p. 13-17.

Administrativo da União Europeia, correspondente “ao conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da função específica de execução administrativa das normas previstas nos tratados institutivos ou adoptadas em sua aplicação”¹²¹². Mais recentemente, Suzana Tavares da Silva entende o *direito administrativo europeu* como “um ordenamento jurídico dinâmico e aberto, fundado numa matriz principiológica, que tende a completar-se a partir do contributo dado pelas entidades administrativas dos diversos Estados-membros (os *ur-didores* deste direito), segundo procedimentos de intercâmbio dialéctico, supervisionados pelas ‘altas autoridades’ administrativas e judiciais da União”¹²¹³.

A ideia de um *direito administrativo europeu* passou também a fazer sentido — no contexto do sumariamente esboçado quadro de influência, integração e transformação dos ordenamentos jurídico-administrativos nacionais como resultado do impacte dos actos e acções jurídicas da Comunidade em matéria ambiental e do crescimento da regulação administrativa comunitária, em particular por intermédio das directivas, fazendo deste direito administrativo um factor omnipresente da actividade quotidiana das administrações nacionais¹²¹⁴ — no contexto de decisões constitucionais básicas assumidas pela Comunidade, em consonância com a tradição jurídica da maior parte dos Estados membros. Assumindo aqui contornos particularmente visíveis o princípio ou cláusula do *Estado de Direito* e o *princípio democrático*, bem como a defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, princípios ou regras fundamentais em redor dos quais o direito administrativo europeu deve ser construído, tanto por força do seu acolhimento nos Tratados e nas fontes de direito derivado, como por força da acção do Tribunal de Justiça, decisivamente empenhado na afirmação de princípios gerais de direito¹²¹⁵.

Uma das notas emblemáticas do direito administrativo europeu, que constitui uma das razões para mostrar a sua grande complexidade, tem a ver com o facto de ele englobar diversos domínios jurídicos ou, talvez melhor, de ser um direito constituído por diferentes estratos. Na medida em que esta realidade proteiforme engloba o *direito administrativo dos Estados membros*, o *direito administrativo para a Administração da Comunidade*, o *direito administrativo comunitário que vigora nos Estados membros* e o *direito da cooperação que regula o trabalho conjunto das instâncias administrativas europeias*, a doutrina distingue habitualmente os seus diversos estratos¹²¹⁶: a sua base é constituída pelo *direito administrativo dos Estados membros*, o único estrato desenvolvido de forma completa; ao seu lado surgem os estratos do *direito administrativo próprio da Administração da CE* (desde que a Comunidade se afirmou também como uma “comunidade de direito administrativo” que se autonomizou o direito de acordo com o qual os órgãos da CE exercem as suas competências administrativas que é, antes de mais, um direito de organização, embora também já se tenha formado um direito da actuação administrativa, p. ex. ao nível da defesa da concorrência ou da autorização centralizada de medicamentos) e do *direito administrativo comunitário*

¹²¹² *Ob. cit.*, p. 17.

¹²¹³ Cfr. *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 18.

¹²¹⁴ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 30 e seg.

¹²¹⁵ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, quando põe em evidência os “contributos do direito constitucional europeu para a ordenação do modelo” (cfr. “Cuestiones fundamentales...”, cit., pp. 111-118).

¹²¹⁶ Por todos, cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 314-319.

(normas de direito administrativo da CE vinculantes em todos ou para todos os Estados membros, perseguindo o objectivo principal de assegurar a execução eficaz do direito comunitário em toda a Comunidade, sendo aqui que relevam temas como os do efeito directo, da primazia e da aplicação uniforme, tudo com vista a cumprir a necessidade de adaptação permanente do direito administrativo dos Estados membros). Além destes existe ainda o estrato do *direito da cooperação administrativa* que se ocupa da cooperação vertical entre os Estados membros e os órgãos de Administração da CE e da cooperação horizontal entre as administrações dos Estados membros.

Não obstante esta variedade normativa, e apesar das diversidades entre as culturas, as práticas, as tradições e as concepções jurídicas dos diversos Estados membros, não deixam de se fazer sentir os esforços, em particular por parte da doutrina germânica, de estabelecer um processo de reflexão à escala europeia, desenvolvendo também neste âmbito supra-estadual o direito administrativo como ideia de ordem e a tentativa de elaborar uma *teoria geral do direito administrativo europeu*¹²¹⁷. Tal desiderato, todavia, convive com a concepção de outros que — tomando por base o exemplo dos EUA onde, apesar de se tratar de um Estado federal, os direitos administrativos dos Estados federados podem variar consideravelmente — preconizam antes, por a UE não ser um Estado federal, que ela poderá continuar a ter um forte nível de pluralismo no capítulo do direito administrativo¹²¹⁸. Ou ainda dos que implicitamente afastam tais pretensões sistemáticas, ao salientarem que o direito europeu se constrói a partir de decisões tomadas numa base casuística, com enorme dificuldade de encontrar simetrias ou semelhanças, o que os leva mesmo a considerar ser este direito o resultado de uma “adhocracia”¹²¹⁹.

Na economia da nossa dissertação, e apesar de não negligenciarmos a crescente assunção directa, pela Comunidade, de funções executivas, em especial através das agências administrativas reguladoras e executivas e dos comités que vão sendo criados, nem o relevo dos procedimentos administrativos comunitários, tudo no sentido do incremento do domínio comunitário sobre o direito administrativo, interessa-nos sobretudo olhar para o direito administrativo agora da UE que produz efeitos e exerce uma influência cada vez mais marcada sobre os direitos administrativos nacionais, ao reclamar a necessidade de adaptar as Administrações e os direitos administrativos nacionais às exigências da integração europeia, sendo mais um fortíssimo impulso no sentido da reforma do direito administrativo. Isto é, entendemos a europeização como a influência e transformação que as ordens jurídicas nacionais sofrem em resultado dos actos e acções jurídicas comunitárias e procuramos

¹²¹⁷ Em toda a obra de SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, perpassa a visão da europeização do direito administrativo e a tentativa de elaborar uma teoria geral do direito administrativo europeu, ainda que levada a cabo através do “cultivo” de alguns sectores de referência seleccionados: neste sentido, cfr. JAVIER BARNÉS, “Presentación de la traducción”, SCHMIDT-ABMANN, *La Teoría General...*, pp. XVII-XXVII (p. XXVII e seg.). Também o mais recente livro de THOMAS VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Unter Mitarbeit von Klaus Ritgen, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft, Springer, Berlin/Heidelberg, 2008, leva a cabo uma *abordagem sistematicamente marcada* que contribui para a construção do direito administrativo europeu, mais ainda por ser acompanhada de uma racionalização do material jurídico em causa, tudo segundo a abalizada opinião de SCHMIDT-ABMANN (cfr. “Europäisches Verwaltungsrecht als Systematische Ordnung”, DV, 42. Band, 2009, Heft 3, pp. 439-445 — uma recensão ao livro citado de VON DANWITZ).

¹²¹⁸ Cfr. AUBY/ DE LA ROCHÈRE, “À propos de la notion de droit administratif européen”, cit., p. 385.

¹²¹⁹ Cfr. SABINO CASSESE, *La Globalización Jurídica*, cit., p. 115 e seg.

sobretudo perspectivar o direito administrativo comunitário como um direito que pretende a harmonização ou aprovação de normas novas e a adopção das medidas necessárias — medidas substanciais, procedimentais, organizativas e funcionais — para uma execução efectiva e unitária dos objectivos comunitários. Embora as múltiplas relações de cooperação no espaço comunitário, tanto em termos verticais como horizontais, apontem para uma organização descentralizada de acordo com uma *estrutura de rede*, o que torna particularmente difícil estabelecer fronteiras e limites estanques entre os vários níveis ou estratos do direito administrativo europeu.

Em relação ao sentido e às repercussões da afirmação deste novo *corpus iuris* proteiforme, plurisignificativo e estratificado do direito administrativo europeu, gostaríamos de destacar, à cabeça, a acentuação de algumas das mais fortes tendências do movimento da reforma do direito administrativo, como acontece com as ideias de *flexibilização* e *inovação*, constituindo o direito administrativo europeu mais um impulso ou oportunidade para a *modernização administrativa* bem como um elemento suplementar para sublinhar a relativização da submissão da Administração ao direito nos dias que correm¹²²⁰.

Para além desta marca geral, existe uma série infindável de institutos e regimes do direito administrativo, tanto em sede geral, como, sobretudo, em relação a sectores ou domínios especiais ou de referência, que têm sentido a influência da europeização e os impulsos do direito administrativo europeu¹²²¹. De forma meramente tópica e exemplificativa, apresentaremos de seguida alguns desses domínios, procurando naturalmente centrar-nos nos mais próximos das preocupações nucleares da nossa dissertação:

i) O princípio da cooperação administrativa — uma administração e um direito *em rede*: desde o seu início que as Comunidades Europeias foram, antes de mais, *comunidades de administrações públicas* nas quais um conjunto de administrações nacionais e comunitárias trabalhava em comum, num relacionamento que não podia ser explicado pelo modelo hierárquico e pelas suas típicas relações de supra-infra ordenação. Daí o extraordinário relevo de mecanismos tendentes a garantir a transparência, a participação, a informação e a cooperação entre todos os intervenientes, seja no plano vertical das relações entre os órgãos comunitários e os nacionais (onde a primazia por um modelo de execução descentralizada tende a exigir fluxos constantes de informação e cooperação), seja no horizontal, entre os diversos Estados membros — isto sem esquecer as relações entre os cidadãos e os dois níveis, estadual e comunitário¹²²².

¹²²⁰ SCHMIDT-ABMANN sublinha o agravamento, pela europeização, desta tendência geral de relativização da vinculação da Administração ao Direito, por se reclamar agora da Administração uma “dupla lealdade”, de que acaba por resultar, um pouco contraditoriamente, um aumento das margens de livre actuação da Administração, nomeadamente devido aos défices de transposição do direito comunitário: cfr. “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., pp. 167-169.

¹²²¹ Influência que se pode estudar sob três perspectivas estruturais diferentes: em termos da *instrumentalização* das administrações públicas estaduais e dos direitos administrativos nacionais, chamados a assegurar o efeito útil do direito comunitário, em especial aquando da transposição de directivas; no que se refere à sua *reorientação*, devido às alterações produzidas nos direitos administrativos especiais que acabam por se projectar ou repercutir no direito administrativo geral; e da *reestruturação* das práticas administrativas, antes de mais devido à cooperação entre a Administração comunitária e as administrações nacionais. Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., p. 166 e seg.

¹²²² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 108 e seg. A este nível é relevante mostrar

Estes desideratos tenderam a que se pusesse desde cedo em realce, no direito comunitário, a importância do trabalho em comum e dos expedientes da cooperação informativa, procedimental e institucional, tudo por se reconhecer ser a cooperação o “elixir da vida da Administração europeia”¹²²³.

Nos anos mais recentes a tendência é, nesta sede, para aludir às *redes administrativas* que no seio da União se entretecem como fórmulas de colaboração mais intensas e consistentes, com o apoio habitual de redes electrónicas e bases de dados para a sua estruturação e funcionamento. A garantia do mercado comum não se compadece com formas incipientes de colaboração e cooperação e as estruturas administrativas necessárias para o fazer funcionar, contornando e resolvendo as eventuais falhas de mercado, devem operar num modelo de rede — só assim se garantindo a existência de uma *sociedade económica europeia* ainda mais global¹²²⁴. Modelo de rede este que se torna ainda mais operativo por a União Europeia ser uma organização que assenta na execução descentralizada do seu direito, o que explica que o direito da cooperação administrativa tenha de assentar sobre ambos os níveis (europeu e nacional)¹²²⁵.

Por tudo isto, tem de se compreender que, apesar da aparente contradição de tal posição, seja defensável e até justificável a asserção segundo a qual o modelo de administração, no espaço comunitário, assenta sobre dois princípios em tensão dialéctica¹²²⁶: o *princípio da separação*, que explica a repartição de tarefas entre os Estados membros e a Comissão, com execução directa pelos órgãos comunitários e indirecta pelos órgãos dos Estados membros, embora se note a preferência ou primazia pela execução indirecta, que faz recair, como vimos, o peso fundamental da administração dos assuntos da Comunidade sobre os “ombros” dos Estados; e o *princípio da cooperação*, que se afirma antes de mais em termos *funcionais*, sendo uma cooperação informativa que disponibiliza a todas as administrações implicadas os elementos necessários, uma cooperação procedimental (assistência recípro-

que, com o Tratado de Lisboa, a *cooperação administrativa* foi inserida no articulado do TFUE, ao nível das competências da União para desenvolver acções de *cooperação administrativa* destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-Membros (al. g) do art. 6.º) e autorizando a tomada de medidas pelo Conselho com vista a assegurar a cooperação administrativa entre os Estados-Membros no que toca ao espaço de liberdade, segurança e justiça (art. 74.º). Mas destaca-se, sobretudo, o aditamento do Título XXIV, com a epígrafe “cooperação administrativa” (composto apenas pelo art. 197.º) prevendo que a União apoie os esforços dos Estados-Membros para melhorar a sua capacidade administrativa de dar execução ao direito da União, facilitando o intercâmbio de informações e de funcionários e apoiando programas de formação (n.º 2).

¹²²³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Europäisches Verwaltungsrecht als Systematische Ordnung”, cit., p. 444. Por assim ser é que o recensor considera consequente e justificado que VON DANWITZ conceba o direito da cooperação administrativa como uma parte autónoma do direito administrativo europeu e o apresente num capítulo separado da sua obra (cfr. pp. 609-648), sendo de esperar que, no futuro, também a jurisprudência comunitária contribua mais fortemente para a construção do direito da cooperação administrativa e que formule os conhecimentos que daí resultem em termos de um *princípio jurídico fundamental geral*.

¹²²⁴ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., p. 163.

¹²²⁵ A propósito da perspectiva de *rede* subjacente à pluralidade jurídica em que se funda a União, SUZANA TAVARES DA SILVA (*Direito Administrativo Europeu*, cit., p. 22) alude a um *princípio da colaboração leal* como “um esteio essencial da União Europeia perspectivada como unidade complexa assente na inter-ligação entre entidades estaduais diversas”, assinalando à rede as dimensões de *informação*, de *decisão* e de *controlo* e defendendo que ela apenas pode ter sucesso se se ancorar numa *relação de cooperação leal entre a União e os Estados-membros, e entre estes entre si*.

¹²²⁶ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, pp. 311-314.

ca, convergência e tramitação conjunta de procedimentos) e, por último, uma cooperação institucional, com a existência de órgãos mistos colegiais (o sistema dos comités ou da “comitologia”)¹²²⁷.

Neste pano de fundo, tem-se assistido ao desenvolvimento de instrumentos, expedientes e formas de acção — em particular nalguns domínios de referência, quase sempre com protagonismo para o direito do ambiente — que passam em boa medida pelo reconhecimento da importância da cooperação e da administração em rede, diminuindo o protagonismo dos organismos públicos e da sua actuação de autoridade para reconhecer um papel mais activo e presente à sociedade e às comunidades reguladas, muito perto, como tal, do fenómeno auto-regulativo. É isso que se nota, *v. g.*, nas normas sobre auditorias ecológicas, sobre sistemas de gestão ambiental, nos regimes sobre a segurança dos produtos ou das indústrias, nos mecanismos privados complementares da qualidade dos produtos (certificação), nos procedimentos de acreditação e de certificação, etc. — formas nas quais as administrações se apresentam cada vez mais como “controladores do controlo ou dos controladores”. Como refere Schmidt-Abmann, o relevo destas novas formas de direcção da economia (aludindo especificamente ao papel dos peritos, da certificação e da auditoria ecológica) são expressão de uma *colaboração dupla* entre a Comunidade e as administrações dos Estados membros, por um lado, e entre estas e os agentes económicos, por outro¹²²⁸.

ii) A *procedimentalização do direito administrativo* é outra das tendências da reforma acentuada e ilustrada no direito administrativo europeu: como veremos melhor *infra*¹²²⁹, outro dos conceitos estruturantes ou modelos condutores da reforma do direito administrativo a que, um pouco por todo o lado, se assiste, resulta do extraordinário relevo da vertente procedimental do direito, com uma reformulação dos expedientes procedimentais e a busca de uma defesa ou protecção procedimental de direitos e interesses públicos fundamentais. Por oposição à concepção tradicional da função do procedimento como sendo secundária ou ancilar face às decisões substanciais que visa, defende-se hoje, mormente no *direito europeu*, uma função política do procedimento, sendo o seu préstimo muito particular nos sectores de referência constituídos pelos direitos ambiental, da técnica e da segurança dos produtos, embora ele se tenha a partir daí projectado no próprio direito administrativo geral¹²³⁰.

¹²²⁷ SUZANA TAVARES DA SILVA (*Direito Administrativo Europeu*, cit., p. 53) utiliza a noção de *comitologia* para se referir aos procedimentos que envolvem a intervenção de organismos externos (*comités*) de auxílio às decisões mais complexas, explicando que os comités são organismos colegiais, especializados, de composição muito diversa, com funções auxiliares de assessoria técnica (esquema procedimental de coordenação horizontal), equiparando o “governo de comités” ao “governo de burocratas e tecnocratas”. Noutra parte do mesmo trabalho mostra que a comitologia releva também ao nível dos procedimentos das decisões de aplicação do direito administrativo europeu pelas instituições europeias, embora refira aqui a progressiva substituição da comitologia pela “agenciação” (p. 78 e seg.).

¹²²⁸ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 35.

¹²²⁹ Cfr. 2.8.

¹²³⁰ Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., p. 169 e segs. — onde desenvolve o *conceito procedimental* da europeização, estudando em particular os procedimentos orientados para a *harmonização de interesses complexos* (onde surgem os exemplos da Directiva sobre AIA, da Directiva relativa à informação ambiental e da condensadora do regime da PCIP, regimes nos quais se faz sentir a intensificação dos elementos de planificação nos actos autorizativos, a ampliação da participação, a

Também ao nível do procedimento se sente o papel de crescente protagonismo dos actores sociais, económicos e empresariais, com a afirmação e desenvolvimento de um *direito procedimental privado*, simultaneamente reflexo da participação, colaboração, transparência e cooperação: é isso que se passa, p. ex., com os mecanismos procedimentais de certificação, acreditação, monitorização, avaliação, etc., onde privados directamente interessados ou independentes surgem cada vez mais no lugar outrora ocupado por autoridades públicas.

Outra realidade procedimental da maior importância é a que tem a ver com a conveniência ou necessidade de reconhecer as decisões administrativas emitidas por autoridades nacionais em outros Estados membros, o que produz consequências incontornáveis ao nível da estrutura e da concepção dos procedimentos administrativos respectivos. Estamos aqui no âmbito do acto administrativo europeu — ou, numa perspectiva mais global, do *acto administrativo transnacional* — sendo a autorização de actividade um dos actos onde o problema se coloca com maior acuidade¹²³¹.

iii) Para além do relevo do princípio da participação e das estruturas em rede, o direito administrativo europeu — e, antes dele, a própria organização administrativa comunitária — lança reptos à *reformulação das estruturas tradicionais*, com a diversificação das organizações, no sentido de uma preferência crescente por estruturas desconcentradas, com numerosos órgãos, agências e comités que funcionam numa lógica cada vez menos autoritária, sendo muitas vezes espaços de diálogo, partilha de informação, aprendizagem e busca de consenso — num processo de *learning by doing* — tanto no que se refere às relações verticais entre os órgãos da Comunidade e os dos Estados como à própria relação dos poderes

maior transparência e a tendência para a privatização de aspectos singulares do procedimento) e as disposições procedimentais no âmbito da cooperação entre o Estado e a Sociedade, onde cita os casos das Directivas sobre auditoria ecológica e sobre segurança dos produtos, as quais revelam as transformações dos instrumentos de direcção jurídico-administrativos numa tendência para formas de direcção cooperativas que assentam em abordagens próprias da gestão, procurando uma adequação entre o interesse particular da empresa e o interesse geral.

Entre nós, SUZANA TAVARES DA SILVA distingue, no seio do *procedimento administrativo europeu* (cfr. *Direito Administrativo Europeu*, cit., pp. 77-89), o *procedimento das decisões de aplicação do direito administrativo europeu pelas instituições europeias* (com grande relevo para a “comitologia” e, hoje, para a sua “agenciação”), os *procedimentos complexos no contexto da co-administração* (competências partilhadas, reclamando a intervenção dos níveis de administração europeu e nacional), o conceito de *procedimento administrativo transnacional* (procedimentos dirigidos pelas entidades administrativas de um Estado-membro mas abertos à participação de entidades administrativas de outros Estados-membros ou em que a decisão final do procedimento visa produzir efeitos no território dos outros Estados-membros) e, por último, as *soluções optimizadas no contexto da coordenação de procedimentos*, baptizando-as como “o *benchmarking* procedimental” (comparação contínua e sistemática das performances das organizações e das suas funções e processos).

¹²³¹ Sobre a *autorização comunitária* enquanto acto que ganha crescente significado ao lado da figura dogmática do acto administrativo transnacional, cfr. RAINER WAHL/DETLEF GROB, “Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung”, *DVBL*, 113. Jahrgang, Heft 1, Januar 1998, pp. 2-13 — centrando-se (p. 4 e segs.) no exemplo da autorização de novos alimentos e ingredientes alimentares, uma vez que o domínio das regras sobre a autorização de introdução de produtos no mercado é tipicamente aquele onde se suscita o problema dos efeitos transnacionais (no caso, comunitários) dos actos administrativos e não tanto o âmbito das autorizações de instalações, que limitam em grande medida a sua eficácia ao espaço nacional. Numa perspectiva crítica em relação à figura, sobretudo nas suas modalidades “mais agressivas”, considerando o acto administrativo transnacional (no contexto europeu) “um modelo que radica numa concepção excessivamente agressiva para a autonomia dos Estados-membros no âmbito da liberdade de implementação das políticas dos Tratados, pulverizando o princípio da territorialidade da actuação administrativa”, cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, cit., p. 70.

públicos de ambos os níveis com os cidadãos e os agentes económicos; desta forma, em termos organizatórios, as alterações não se ficam pela europeização das estruturas administrativas, concretizando-se também no caminho — provavelmente sem retorno — para uma nova concepção dos organismos responsáveis pela tomada de decisões.

iv) Na linha das alterações organizativas, do relevo da participação e do modelo de rede no funcionamento e actuação das instituições operantes no espaço jurídico-político europeu, faz-se sentir com enorme força neste mesmo espaço a afirmação da ideia da *governança europeia*, precisamente porque o poder da UE é hoje um poder espalhado por múltiplos centros, uns de raiz comunitária, outros de origem estadual, outros de cariz infra-estadual (regional, municipal, local, etc.) e ainda com múltiplos centros de poder enraizados na sociedade civil ou nos sectores financeiro, económico, empresarial e industrial (NGO, empresas transnacionais e cidadãos)¹²³².

Pretendendo a governança explicar ou dar resposta e enquadramento à fragmentação do sistema político-administrativo, especialmente no contexto supra-nacional e internacional, facilmente se compreende o seu préstimo no âmbito da actividade e do direito europeus. Sendo um conceito pluri-significativo, ao nível comunitário interessa-nos sobretudo a definição de *governance* do livro branco da Comissão Europeia sobre governança¹²³³ segundo a qual ela designa as regras, procedimentos e formas de acção que têm a natureza e as características de abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência.

v) O enriquecimento e a diversificação das *formas de acção administrativas*: pelo que já foi visto, compreende-se como também a europeização aponta e joga no sentido de diversificar e enriquecer a panóplia das formas de acção ou actividade administrativa, numa tendência para um recurso cada vez menos frequente a formas autoritárias e impositivas e o apelo a formas mais matizadas, colaborativas e cooperativas de actuar, com o reforço da auto-responsabilidade dos destinatários dos actos.

vi) Ao nível da *dogmática do acto administrativo*, para além da afirmação desse novo fenómeno consubstanciado no acto administrativo transnacional, o direito administrativo europeu tem produzido fortes alterações num dos problemas chave da nossa dissertação, o da *firmeza do acto administrativo*: como já deixámos avançado, os procedimentos de revisão dos actos administrativos caíram no campo de gravitação do direito administrativo da UE, tendo-se vindo a notar um afastamento paulatino da jurisprudência do Tribunal de Justiça das bases fornecidas pelo direito alemão nesta matéria — em especial sustentadas, como

¹²³² Sobre a governança europeia — apelidando-a de “governância”, em virtude da opção assumida pela criação de um neologismo, em vez de defender uma evolução semântica do termo “governança”, por aquela criação ser mais natural para significar uma ideia que é nova, pois “a governância pretende ser uma nova resposta para novas preocupações, uma solução diferente para problemas especiais — cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia...”, cit., pp. 105-107 (p. 107). Igualmente sobre a etimologia do conceito governança, cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., nota 27 (pp. 25-27).

¹²³³ Cfr. Comunicação da Comissão, de 25 de Julho de 2001, «Governança Europeia - Um Livro Branco» [COM(2001) 428 final - Jornal Oficial C 287 de 12.10.2001] — vide, em especial, a “síntese” da Comunicação. Sobre ele cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, cit., p. 53.

vimos na Parte I, na doutrina da protecção da confiança — com uma redução significativa da *Bestandskraft* dos actos administrativos favoráveis¹²³⁴.

vii) Relevo dos *sectores de referência*, em particular do direito ambiental: a importância dos sectores de referência do direito administrativo e a relação sinérgica e dialéctica que mantêm com a parte geral do direito administrativo — tão evidenciada pela nova ciência alemã do direito administrativo — assumem particular acuidade no direito europeu, onde estes domínios têm sido verdadeiros laboratórios das novas experiências, com profundos avanços e modificações de peso. Estes aspectos constituirão nódulos problemáticos centrais da nossa dissertação, a desenvolver no Capítulo III desta Parte II.

viii) Por último, um breve apontamento para anotar que a europeização e a afirmação do direito administrativo europeu também contribuem para acentuar os préstimos da análise comparatística na ciência do direito administrativo — ainda que sob novas roupagens ou utilizando novos métodos, diferentes da tradicional comparação meramente formal entre sistemas jurídicos diferentes. Na verdade, apela-se agora para as vantagens do método comparativo como processo de aprendizagem *conjunta e mútua*, revelando-se um instrumento ao serviço do progresso do direito administrativo, oferecendo novos modelos e estratégias de desenvolvimento¹²³⁵.

2.7. Internacionalização, transnacionalização e globalização

Em face da integração de Portugal na União Europeia, o plano das relações externas em termos de modernização, adaptação às tendências da reforma e renovação do direito administrativo faz-se sentir, sobretudo, num contexto de europeização. Todavia, a permeabilização dos Estados e das suas administrações às influências externas e aos impulsos vindos do exterior faz-se sentir num contexto mais global de internacionalização ou transnacio-

¹²³⁴ Este movimento fez-se sentir, sobretudo, nos e a partir dos procedimentos de revisão no âmbito da recuperação de ajudas concedidas ilicitamente ao abrigo do direito comunitário — isto é, nos actos administrativos concessores de ajudas financeiras, ao abrigo de programas comunitários. Todavia, ele não se tem circunscrito a esses casos, razão pela qual alguma doutrina fala mesmo no facto de a aplicação prioritária do direito europeu levar a que este funcione para o direito administrativo dos Estados membros como um *factor de flexibilidade* (e de inovação) de primeira ordem, sobretudo nos ramos de direito administrativo especial, como o ambiental — mas não só, na medida em que tal tendência se faz sentir no próprio direito administrativo geral. Cfr. REINER SCHMIDT, “Die Reform von Verwaltung...”, cit., p. 161 e seg. Note-se que SCHMIDT-ABMANN reconhece igualmente que o direito alemão sentiu a influência do comunitário em relação à *tutela da confiança*, a qual estava desenvolvida ali de forma particularmente intensa, devendo no futuro vir a ser mais limitada: cfr. “Recenti sviluppi...”, cit., p. 29 e seg.

¹²³⁵ Cfr. o interessante trabalho de SCHMIDT-ABMANN/StÉPHANIE DAGRON, “Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand”, *RFAP*, n.º 127, 2008, pp. 525-541 — no qual os Autores analisam dificuldades idênticas experimentadas na Alemanha e em França ao nível do desenvolvimento do direito administrativo, da influência do princípio democrático e da estrutura da administração local. Tomando em conta os dois elementos que influenciam a ordem jurídica administrativa — as *instituições* que caracterizam as ordens jurídicas e as reacções destas ordens a *idênticas preocupações* — os Autores consideram poder observar-se três tipos de reacções: *desenvolvimentos paralelos*; *pontos de encontro* (resultantes de um enfraquecimento das diferenças tradicionais entre os sistemas); e *desfasamento temporal* dos desenvolvimentos (cfr., em especial, p. 541).

nalização, que levam a que se apele mesmo, nos dias que correm, à figura de um *direito administrativo global*. São estas correntes que vamos agora sumariamente esboçar, esforçando-nos por não repetir o que já foi dito quanto à europeização e vendo apenas aquilo que se deve somar a tal fenómeno.

A internacionalização dos mercados, da economia e do mundo financeiro¹²³⁶ tem contribuído também para a perda de protagonismo do Estado, que se vê obrigado a partilhar a sua tradicional autoridade, o que contribui para a erosão do poder e da direcção enquanto notas típicas do direito administrativo tradicional. A internacionalização das administrações públicas nacionais, que em função desta sua abertura para níveis superiores se tornam mais maleáveis, da sua actividade e do direito que as regula — com a afirmação crescente de um *direito administrativo internacional*, cada vez mais sob a forma de um *direito administrativo global*, em face da ligação do direito administrativo a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos e de direitos, só no seio de tal pluralidade podendo ser integralmente compreendido — é, desta forma, outro dos reptos fundamentais da reforma do direito administrativo, outro dos conceitos chave ou modelos condutores da sua renovação. Neste pano de fundo, é produzida por este movimento a tendência recíproca da internacionalização da informação, da cooperação, do conhecimento, da cultura e também da incerteza, dos riscos e da ignorância, o que vai contribuir, no universo jurídico, para a internacionalização dos institutos, dos procedimentos, das organizações e das relações administrativas.

A desnacionalização do direito administrativo, que se expande além do Estado, apoderando-se do direito internacional, é uma realidade particularmente sentida em alguns dos sectores de referência ou domínios especiais do direito administrativo, com realce para o ambiental, como veremos no capítulo seguinte.

Assim, a regulação internacional tem paulatinamente vindo a ganhar importância, seja através de mecanismos horizontais — com destaque, nos dias de hoje, para a cooperação informal entre os Estados — seja por intermédio de mecanismos verticais, em especial por tratados que instituem organizações internacionais e fixam regras para a actuação dos Estados e das organizações que operam sob a sua égide. Apesar das críticas à falta de democracia da governança internacional, é indubitável que estão já lançadas as fundações de um novo direito administrativo internacional, em face deste perfil internacional da regulação e do direito administrativo¹²³⁷. Assumindo-se esta regulação administrativa de perfil internacional com um carácter em regra menos impositivo e mais suave, para desta forma ser possível contornar as dificuldades tradicionais de imposição das normas internacionais e

¹²³⁶ Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS e outros, p. 18 e seg., salientando o papel da Comunidade Europeia e, no plano internacional, da Organização Mundial do Comércio — cujas decisões “são hoje determinantes da regulação das relações comerciais internacionais e inclusivamente das intervenções dos governos susceptíveis de afectar a livre troca” — e, ainda, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI). Cfr. também VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional...*, cit., pp. 45-52, mostrando como o Estado nacional vai cada vez mais repartindo responsabilidades regulatórias não só internamente, com diversas entidades regionais e locais e com uma variedade de organismos públicos criados como agências regulatórias, mas também com as organizações internacionais e supranacionais: a progressiva internacionalização e globalização da economia determinou um decréscimo da *soberania regulatória* dos Estados nacionais a favor das empresas multinacionais, das agências internacionais e das organizações de integração económica interestadual, com destaque evidente para a União Europeia.

¹²³⁷ Cfr. RICHARD B. STEWART, “Il diritto amministrativo...”, cit., pp. 22-29.

garantindo uma maior eficácia às mesmas¹²³⁸.

Da mesma forma, também a regulação privada ocupa aqui lugar proeminente — com particular incidência nalguns dos seus sectores especiais, como o ambiente — pelo que uma série de actividades partilhadas entre os Estados e organizações privadas de diversos tipos que desempenham as suas funções na arena internacional se passam a destacar: actividades de *normalização*, *certificação*, *classificação*, *monitorização*, *aconselhamento*, *arbitragem*, *peritagem*, *rotulagem*, etc.¹²³⁹.

É também devida uma palavra à problemática da *normatividade transnacional*¹²⁴⁰, activada pela crescente “imaterialidade” do Estado nas relações transnacionais e pelos diversos processos de mundialização em curso que podem até legitimar a referência a uma verdadeira ordem pública internacional ou a uma constituição mundial, constituindo os desafios da mundialização do risco um facto essencial neste domínio.

A inclusão dos privados nas redes administrativas internacionais está ligada à emergência deste *direito administrativo transnacional* o qual, todavia, ainda assumia um carácter essencialmente de direito de conflitos, tentando, no âmbito de uma sociedade mundial policêntrica, tornar comensurável e compatível aquilo que aí se apresenta como incomensurável e incompatível¹²⁴¹. Em face destas dificuldades, a evolução foi no sentido de dar guarida, também no plano jurídico-administrativo e organizatório aos reptos da *globalização*, pretendendo-se lançar as bases de um *direito administrativo global* que ultrapassasse, pelo menos em parte, as dificuldades suscitadas por este carácter conflituante.

A globalização é mais um conceito pluri-significativo que, naquilo que nos interessa, permite explicar a existência de uma *rede institucional e normativa* na qual operam inúmeros actores transnacionais, com a difusão acelerada e generalizada das tecnologias de informação, a internacionalização dos mercados financeiros globais e dos movimentos de capitais e, sobretudo, o progresso dos sistemas de comunicação. Como evidencia Giddens, a globalização reflecte uma rede complexa de processos que operam de forma contraditória e em oposição aberta, sendo sobretudo resultado do progresso dos sistemas de comunicação, num mundo em que a imagem de Mandela nos é mais familiar do que a do nosso vizinho¹²⁴².

¹²³⁸ Para uma análise desenvolvida do *soft law* no direito internacional e o seu préstimo para ultrapassar as dificuldades de imposição das normas internacionais a que aludimos no texto, para assim garantir a sua eficácia, cfr. RAMÍREZ-ESCUDERO, “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 28 (Mayo — Agosto 2006), pp. 221-266. Mostrando que na CE este *soft law* surge com mais intensidade nos âmbitos em que a Comunidade actua com menor autoridade, mas também naqueles em que as instituições necessitam de mais legitimidade e participação dos privados, como acontece p. ex. na política de concorrência. Em geral sobre o *soft law*, cfr. *infra*, 2.9.

¹²³⁹ Sobre estas técnicas da regulação privada, usadas muitas vezes em combinação, cfr. MENTZ ALBRECHT, “Auto-Regulação...”, cit., p. 625 e seg.

¹²⁴⁰ Seguimos aqui JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência — Algumas questões juspublicísticas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., pp. 797-891 (pp. 834-838) — o qual destaca o exemplo do ambiente (p. 837 e seg.), onde se assistiu à emergência de uma normatividade indisponível e ao desenvolvimento de processos de interconstitucionalidade.

¹²⁴¹ Cfr. ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Transnationales Verwaltungsrecht”, *JZ*, 63. Jahrgang, n.º 8/2008, pp. 373-383, p. 380 e segs., especialmente p. 383.

¹²⁴² Cfr. ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, Editorial Presença, Lisboa, 5.ª ed., 2005, p. 23

A globalização reflecte a transformação e a perda de protagonismo dos Estados, numa altura em que entre os maiores organismos económicos do mundo as grandes empresas multinacionais já com eles ombreiam. Os problemas que, na sua primeira fase, a globalização trouxe ao direito tiveram sobretudo a ver com o facto de os mercados da economia e das finanças se terem tornado globais, ao passo que as instituições em que eles se apoiam e que os pretendem regular permaneceram, por muito tempo, nacionais¹²⁴³.

A tentativa de levar a cabo uma *globalização jurídica* que pudesse acompanhar a globalização dos mercados e da economia — tentativa que, para alguns, só poderá ser bem sucedida a partir da construção de um *direito universalmente ético*¹²⁴⁴ — tem de tomar em conta o facto de no espaço jurídico global interagirem diversos tipos de actores. Na verdade, os Estados, as organizações internacionais de poderes públicos, as empresas multinacionais, as associações privadas de nível internacional e os próprios cidadãos constituem uma *organização em rede* que não tem qualquer autoridade superior a servir de centro de referência. Daqui decorre que, ao contrário do direito internacional, no direito global os níveis internacional e nacional agregam-se e integram-se, com uma partilha ou comunhão de funções entre os organismos nacionais e os dos sistemas regulatórios globais, o que leva a um processo de decisão também ele misto, tudo conduzindo a que os ordenamentos nacionais percam a sua tradicional exclusividade e impermeabilidade¹²⁴⁵. Compreendendo-se agora melhor a diferença em relação à contraposição face ao tradicional direito internacional, com regras de colisão para resolver os conflitos: no novo direito administrativo global não há uma linha de separação entre os níveis global e nacional, o que se reflecte, por exemplo, no facto de o direito administrativo global reconhecer dois direitos fundamentais ao cidadão próprios dos ordenamentos domésticos: os direitos de participação e de defesa¹²⁴⁶. Nesta linha se inscreve a definição de direito administrativo global proposta por Kingsbury, Krisch e Stewart, como “compreendendo os mecanismos, princípios, práticas e concepções sociais subjacentes que promovam ou afectem a prestação de contas por parte de órgãos administrativos globais, em particular assegurando que eles respeitam níveis adequados de transparência, participação, fundamentação das decisões e legalidade e garantindo controlo eficaz das regras e decisões que tomam”¹²⁴⁷.

e seg. Trata-se de um fenómeno tipicamente *descentralizado* que nenhum grupo, sequer de países, consegue controlar, numa realidade em que os países são demasiado pequenos para solucionarem os problemas grandes mas ao mesmo tempo demasiado grandes para resolverem os problemas pequenos, em face de um contexto caracterizado por nacionalismos locais, pressões laterais, pelo colapso do modelo comunista e pela americanização do mundo, não só em termos políticos e económicos, mas também sociais e culturais. Os problemas mais graves deste mundo global têm a ver com a desigualdade e com os riscos ecológicos conducentes a que os países, mais do que defrontar os inimigos, enfrentem perigos e riscos (cfr. *ob. cit.*, p. 24 e seg.).

¹²⁴³ Cfr. SABINO CASSESE, “Lo spazio giuridico globale”, *RTDP*, 2002, n.º 2, pp. 323-339 (pp. 323-327).

¹²⁴⁴ Cfr. LUÍS ORTEGA, “Prólogo”, *cit.*, p. 11.

¹²⁴⁵ Cfr. SABINO CASSESE, “Il diritto amministrativo globale...”, *cit.*, pp. 342-346.

¹²⁴⁶ Cfr. de novo SABINO CASSESE, *ob. ult. cit.*, pp. 346-349.

¹²⁴⁷ Cfr. BENEDICT KINGSBURY/NICO KRISCH/RICHARD STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, numbers 3 & 4, Summer & Autumn 2005, pp. 15-62 (p. 17). No mesmo local, os Autores esclarecem que os *órgãos administrativos globais* incluem órgãos reguladores intergovernamentais formais, redes de regulação e acordos de coordenação intergovernamentais informais, órgãos de regulação nacionais actuando no âmbito de um regime intergovernamental internacional, órgãos híbridos público-privados de

Apoiando-nos ainda na lição de Cassese para densificar as características do direito administrativo global¹²⁴⁸, diremos que ele parte, em termos de estrutura, de uma organização fluida composta por uma rede institucional formada por inúmeros actores em que as palavras de ordem são coordenação, cooperação, harmonização e standardização: trata-se de uma administração sem base constitucional — de onde decorre uma das características deste novo direito global, que revela as suas deficiências estruturais: a falta de apoio institucional e político, bem como a sua forte dependência de outros processos sociais globalizados¹²⁴⁹.

Estamos assim perante uma *organização sem centro*, com ausência de um poder soberano e um correlativo apagamento da noção de soberania: apesar de existir uma comunidade internacional com os elementos característicos do ordenamento jurídico (pluralidade de sujeitos, organização e normas) não há uma autoridade superior, mas formas diversas de cooperação e interacção entre os sujeitos, que estabelecem conexões recíprocas a partir de pontos periféricos, resultando de todo este quadro uma rede que constitui um agregado fragmentado, incompleto e assimétrico. O que também permite compreender o alto grau de auto-regulação existente, com reguladores e regulados muitas vezes colocados no mesmo plano, com uma preferência por formas pactuadas e concertadas de tomada de decisões, por oposição ao modelo de comando e controlo dominante nos direitos nacionais.

No aspecto normativo verifica-se uma enorme complexidade, com múltiplos níveis e estratos (princípios constitucionais, costume e tratados, normas produzidas por comunidades sectoriais, que apesar de em regra serem meramente indicativas acabam por produzir múltiplos efeitos laterais e colaterais): coexistem diversos regimes (isto é, nota-se a ausência de exclusividade de um regime) havendo muitas vezes capacidade de eleição dos mesmos por parte dos regulados; há uma difusão ou dispersão dos sistemas regulatórios, com múltiplos sectores, diversos reguladores e inúmeros regulados, constituindo uma *ordem plural* à qual falta a unidade e que conduz também à falta de uniformidade na sua aplicação.

O pluralismo jurídico da sociedade mundial — no fundo, a globalização do direito — criou assim um processo descentralizado de feitura do direito que, para além das origens nos centros de poder ainda existentes, ocorre em múltiplos sectores da sociedade civil, independentemente dos Estados-nações¹²⁵⁰.

Em resposta às críticas sobre o carácter não-democrático da realidade supra-estadual, defende-se a legitimidade ou legitimação desta ordem global não com base no consenso mas sim no direito: os poderes públicos internacionais não são legitimados pelo consenso mas por actuarem de acordo com o direito, respeitando o *due process of law*.

regulação e órgãos de regulação privados exercendo funções de governação transnacional de significado público especial.

¹²⁴⁸ Cfr. “Lo spazio giuridico globale”, cit., pp. 327-339; e “Il diritto amministrativo globale...”, cit., p. 338 e segs.

¹²⁴⁹ Neste sentido, cfr. GUNTER TEUBNER, “Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors”, in: GUNTHER TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth Publishing Company Limited, Vermont, USA, 1997, pp. XIII-XVII (p. XIV).

¹²⁵⁰ Cfr. de novo GUNTER TEUBNER, “Foreword...”, cit., p. XIII.

Para além do desenvolvimento da função normativa e de diversos princípios jurídicos gerais, também tem havido respostas jurisdicionais às realidades globais, como o aparecimento de “juízes administrativos globais”. Apenas a função executiva aparece com um protagonismo menor, uma vez que os Estados continuam a ser bastante ciosos dessa tarefa.

Em suma, e não obstante a falta de uma estrutura constitucional, a globalização jurídica terá já conduzido, em muitas matérias, a uma universalização de alguns direitos (em especial direitos procedimentais ou processuais, como os de audiência, acesso a documentos administrativos, participação e protecção jurisdicional) e obrigações para algumas categorias de regulados (transparência, divulgação de informação, motivação, etc.) e a uma afirmação de princípios gerais comuns, como os da legalidade, da proporcionalidade ou da participação. Defendendo alguma doutrina, ao descortinar um alto grau de institucionalização do sistema administrativo global, a possibilidade de se estar a trilhar o caminho no sentido da afirmação de uma “rule of law internacional”¹²⁵¹.

Também esta realidade da globalização jurídica e da afirmação de um direito administrativo global se faz sentir sobremaneira nalguns sectores do direito administrativo especial ou domínios de referência do direito administrativo, sempre com destaque para o ambiente, como veremos melhor no capítulo seguinte¹²⁵².

O facto de a comunidade global não dispor de *um* soberano, mas antes de uma série de centros de soberania com poderes limitados leva não apenas ao afastamento de modelos conceituais centrados no Estado mas também a revelar a extraordinária atractividade da abordagem da *governança* — nomeadamente da *global governance* — para a análise e explicação da vida política e da organização jurídica do âmbito supra-estadual e transnacional. Como nos mostra Voßkuhle¹²⁵³ o conceito de *governança* tem sido desenvolvido de forma particular nos âmbitos europeu e internacional, nomeadamente devido ao papel do Banco Mundial, com a afirmação da “good governance” e as correspectivas exigências de eficiência, transparência e juridicidade da Administração, articuladas com o respeito pelos direitos humanos e pela independência da imprensa. O conceito da *global governance* permite abranger as actividades que os actores estaduais, sub-estaduais e não estaduais desenvolvem no terreno supra-estadual e transnacional.

Por último, pretendemos abordar a importância da globalização e do direito administrativo global no emergir de um novo sistema das formas de acção ou actuação das administrações e de instrumentos jurídicos originais e diferenciados que no seu desenvolvimento se constituíram, pretendendo superar algumas das insuficiências históricas de fases anteriores de evolução da administração e do direito administrativo¹²⁵⁴. Dentro das relações que se desenvolvem na comunidade global, as de cooperação e coordenação assumem-se como

¹²⁵¹ Cfr. SABINO CASSESE, “Il diritto amministrativo globale...”, cit., pp. 349-353.

¹²⁵² Sobre a emergência de um *direito ambiental global*, nomeadamente através de acordos ambientais internacionais e do crescimento e sofisticação incrementada de sistemas legais ambientais nacionais pelo mundo, tendo como resultado a afirmação de um *conjunto de princípios e normas jurídicas relativas ao ambiente* que legitimam que se fale num corpo autónomo do direito, cfr. TSEMING YANG/ROBERT V. PERCIVAL, “The Emergence of Global Environmental Law”, *ELQ*, vol. 36 (2009), Issue 3, pp. 615-664.

¹²⁵³ Cfr. “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 56-59.

¹²⁵⁴ Cfr. PORRAS NADALES, “El Derecho Regulatorio”, cit., pp. 61-67.

as mais relevantes, realçando-se o papel das *actuações integradas*, o que há-de produzir reflexos ao nível das formas de acção, que deverão adaptar-se às novas marcas deste direito emergente na comunidade global: formas de acção mais diversificadas, cooperativas, flexíveis, dinâmicas, descentralizadas e menos autoritárias, susceptíveis de produzirem efeitos transfronteiriços e um maior apelo a estratégias auto-regulativas, entre outras notas.

Nesta sede, assume protagonismo a figura do acto administrativo transnacional, que tem feito o seu caminho em especial no seio da UE, desenvolvido em particular pela doutrina germânica — os juristas alemães estão mais à vontade para estudar a figura, em virtude dos problemas suscitados num Estado federal, no interior do qual há muito se coloca a questão do acto administrativo supra-regional ou, melhor, dos *efeitos trans-estaduais dos actos administrativos praticados pelas administrações dos Estados federados*.

Apesar de a paternidade do acto administrativo transnacional ser atribuída a Schmidt-Aßmann, num escrito de 1993 que abordaremos de seguida, já na década de oitenta do século transacto se publicaram alguns estudos que, sem fazerem referência expressa à figura, carregaram para a discussão aproximações e contributos importantes. Foi o que sucedeu com um artigo de Bleckmann¹²⁵⁵ o qual leva a cabo, na linha do que acabámos de dizer, a comparação entre a obrigação que os Estados federados assumem, num Estado federal, de reconhecimento dos actos autoritários dos outros Estados federados e a problemática paralela que se faz sentir no âmbito da Comunidade Europeia. Tomando por base a jurisprudência do Tribunal de Justiça e fazendo a conexão com a liberdade de estabelecimento prevista ao tempo no art. 57.º do Tratado, Bleckmann chama a atenção para as limitações colocadas a esta liberdade a propósito do reconhecimento de actos autoritários, salientando a necessidade de *reconhecimento de todos os actos estaduais dos Estados membros* — manifestando a compreensível apreensão por, na altura, ficarem ainda muitas questões em aberto.

A decisão do Tribunal de Justiça que constitui o paradigma nesta sede é o conhecidíssimo acórdão *Cassis de Dijon*, ainda hoje o “leading case” nesta sede¹²⁵⁶, sendo fundamental a sua articulação com o exercício das “quatro liberdades” garantidas pelo Tratado da Comunidade Europeia desde a sua génese.

Todavia, como dissemos, a paternidade do instituto está ligada a Schmidt-Aßmann que, num artigo de referência de 1993¹²⁵⁷, enquadra a questão nas inter-relações entre o

¹²⁵⁵ Cfr. A. BLECKMANN, “Zur Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *JZ*, 1985, pp. 1072-1077.

¹²⁵⁶ Cfr. Acórdão n.º 120/78, de 20 de Fevereiro de 1979, do Tribunal de Justiça, que fixou o princípio de acordo com o qual os bens produzidos num Estado membro da Comunidade podem ser vendidos em qualquer outro Estado membro, na sequência da imposição de uma proibição à empresa alemã REWE de importar o licor conhecido por “Cassis de Dijon”, por não ter o teor alcoólico exigido de acordo com o direito alemão — imposição ou restrição julgada contrária às exigências do direito comunitário. Sobre o relevo do Acórdão “Cassis de Dijon” na problemática do acto administrativo transnacional cfr. VOLKER NEBLER, “Der transnationale Verwaltungsakt — Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts”, *NVwZ*, 1995, Heft 9, pp. 863-866 (p. 864).

¹²⁵⁷ Cfr. “Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht — Wechselseitige Einwirkungen”, *DVBL.*, 108. Jahrgang, Heft 17, September 1993, pp. 924-936. Neste artigo, SCHMIDT-ABMANN debruça-se sobre as relações entre o direito alemão e o direito comunitário, no sentido da *europeização da ordem administrativa* (pp. 924-929) e, depois, sobre os *efeitos do direito administrativo comunitário no direito administrativo alemão* (pp. 929-934), em especial no âmbito do direito do ambiente. Ao abordar algumas *mudanças estruturais* que a actuação ad-

direito administrativo europeu e o direito administrativo nacional, considerando que elas não devem ser concebidas apenas como um problema de modificação de *normas* mas também de modificação de estruturas de actuação e decisão, exemplificando a questão do *acto administrativo transnacional* com o caso das decisões autorizativas: elas produzirão essa eficácia transnacional quando, apesar de praticadas por um Estado membro determinado, valerem completamente em todos os Estados membros, sem necessidade de um reconhecimento administrativo especial, verificando-se antes que a *extensão de validade* é levada a cabo em geral *através de uma regra jurídica*, seja ela um regulamento comunitário, uma lei de transposição de um Estado membro ou uma directiva com efeito directo. Ainda segundo Schmidt-Aßmann¹²⁵⁸ o teor decisório do acto administrativo transnacional é expressão do poder autoritário de um Estado estrangeiro, com a consequência de os Estados membros perderem o controlo sobre o seu próprio espaço jurídico, no qual produzem agora efeitos outros direitos nacionais, o que se torna particularmente significativo nas decisões com carácter duradouro, como autorizações comerciais ou de produtos.

Compreende-se facilmente o desenvolvimento da figura no âmbito europeu, desde logo em função da sua utilidade ou mesmo necessidade para eliminar obstáculos à realização das liberdades reconhecidas nos tratados das Comunidades, sem para o efeito ser necessário harmonizar e aproximar em pormenor as ordens jurídicas nacionais¹²⁵⁹ e garantindo, de forma mais efectiva, a integração económica e jurídica dos seus actos e o fortalecimento do mercado interno europeu¹²⁶⁰.

Para além destes objectivos, não é menos certo que a figura reclama uma situação jurídica *tendencialmente unitária* nas ordens jurídicas dos diversos Estados membros, sem a qual o reconhecimento de efeitos transnacionais a decisões administrativas estrangeiras não é tolerável de forma duradoura — pelo que o facto de a dogmática do acto administrativo ser, no essencial, a mesma na maior parte da Europa, associado às exigências de transposição e harmonização do direito comunitário facilitaram a sua afirmação no Velho Continente¹²⁶¹, no contexto, em todo o caso, de uma tentativa de harmonizar o mais possível os procedimentos e os requisitos materiais dos actos nos ordenamentos dos diversos Estados membros.

ministrativa sofre em função da europeização do direito administrativo é que se ocupa especificamente do *acto administrativo transnacional* (p. 935 e seg.).

¹²⁵⁸ *Ob. ult. cit., loc. cit.*

¹²⁵⁹ Objectivo que, uma vez mais, e como nota VOLKER NEBLER (cfr. “Der transnationale Verwaltungsakt...”, cit., p. 865) faz especial sentido em relação às actividades que necessitam de uma *autorização*, pois para o exercício da actividade autorizada no espaço comunitário passa a ser necessária apenas *uma autorização* e não um número de autorizações igual ao número dos países onde se pretende operar.

¹²⁶⁰ Cfr., uma vez mais, o artigo de RAINER WAHL/DETLEF GROß, “Die Europäisierung des Genehmigungsrechts...”, cit., p. 2. Como principais obstáculos que os diferentes regimes nacionais de controlo implicam para o mercado comum, reflectidos na conformação das autorizações de acordo com os direitos nacionais, os Autores citam o problema da existência de *múltiplos procedimentos autorizativos* e de critérios materiais de controlo divergentes nos Estados membros, a diferença entre os diversos esquemas de conformação procedimental nacional, as divergências na execução, as discrepâncias na duração do procedimento e os casos em que as autorizações revestem apenas validade nacional.

¹²⁶¹ Neste sentido, cfr. BOCANEGRA SIERRA/GARCÍA LUENGO, “Los actos administrativos transnacionales”, *RAP*, n.º 177 (septiembre/diciembre 2008), pp. 9-29 (p. 12 e seg.).

A eficácia transfronteiriça do acto pode resultar de uma *norma interna* adoptada na seqüência da transposição de uma norma comunitária ou de um tratado internacional, havendo um *acto transnacional em sentido estrito* nos casos em que o legislador interno admite directamente (sem mais) os efeitos do acto (p. ex. uma carta de condução), o mesmo não se passando quando se exige um acto interno de reconhecimento (v. g. determinados títulos académicos estrangeiros sujeitos a homologação). Para além da disposição interna a eficácia transnacional pode resultar da *norma comunitária* ou de *direito internacional* que impõe directamente a eficácia da decisão de um Estado no território do outro¹²⁶².

Neste último grupo de casos — especificamente no direito europeu, ou seja, quando o *princípio do reconhecimento* está previsto numa Directiva — tal implica que a Administração de cada Estado membro reconheça uma decisão administrativa praticada por um outro Estado membro como se tivesse sido ele próprio a praticá-la, no pressuposto de que ela seja legal — embora a legalidade deva ser aferida pelo direito do Estado membro cuja autoridade praticou o acto¹²⁶³.

Com base neste enquadramento aqui esboçado apenas nos seus contornos gerais, parte da doutrina defende que o acto administrativo transnacional representa uma *nova instituição da parte geral do direito administrativo*¹²⁶⁴ — ao passo que outros defendem que a obrigação, fundada no direito comunitário, de reconhecimento do conteúdo de decisões administrativas de outros Estados membros *não cria um instituto jurídico do direito administrativo geral europeu* na forma de um acto administrativo transnacionalmente eficaz, uma vez que o reconhecimento deve, pelo contrário, ser regulado em cada uma das ordens jurídicas dos Estados membros, já que o seu âmbito varia muito com base nos diferentes regimes especiais do direito comunitário sendo, por isso, específico de cada matéria. Segundo esta corrente doutrinal o reconhecimento, o seu alcance e a delimitação de competências das autoridades interessadas dos diferentes Estados membros devem ser adoptados nos respectivos direitos especiais, *não pertencendo ao direito administrativo geral* mas aos especiais¹²⁶⁵. A questão não tem para nós um relevo especial, pois o que nos vai interessar é analisar as repercussões desta construção ao nível das autorizações ambientais. Mas sempre diremos que a segunda posição nos parece mais próxima da realidade, em função das profundas diferenças ao nível dos regimes dos direitos administrativos especiais, tanto no direito comunitário como no dos ordenamentos jurídicos internos.

¹²⁶² Sobre estas formas de consagração da eficácia transfronteiriça do acto cfr. BOCANEGRA SIERRA/ GARCÍA LUENGO, "Los actos administrativos transnacionales", cit., pp. 16-22. Em sentido muito próximo, cfr. RAINER WAHL/DETLEF GROB, "Die Europäisierung des Genehmigungsrechts...", cit., p. 3, os quais distinguem os casos dos *procedimentos nacionais da autorização com efeitos comunitários* (conducentes à prática de um *acto administrativo com efeito comunitário* que, apesar de alargar o efeito da autorização, tem a desvantagem de deixar a sua execução ao nível estadual) da *elevação do próprio procedimento autorizativo ao plano comunitário* (desembocando na prática de uma verdadeira *autorização comunitária*).

¹²⁶³ Cfr. NEBLER, "Der transnationale Verwaltungsakt...", cit., p. 864 e seg. — invocando uma vez mais o carácter decisivo do acórdão "Cassis de Dijon" para a fixação deste regime e mencionando como sua principal consequência a de permitir o exercício das liberdades garantidas pelo Tratado CE.

¹²⁶⁴ Por todos, cfr. BOCANEGRA SIERRA/GARCÍA LUENGO, "Los actos administrativos transnacionales", cit., pp. 12-15 (especialmente nota 12).

¹²⁶⁵ Cfr. . BECKER, "Der transnational Verwaltungsakt. Übergreifendes europäisches Rechtsinstitut oder Anstoss zur Entwicklung mitgliedstaatlicher Verwaltungsoperationsgesetze?", *DVBL*, 2001, pp. 855-866 (p. 860 e segs.).

Em relação à *tipologia do acto administrativo transnacional* pretendemos apenas assinalar que a transnacionalidade se pode reportar aos seus *efeitos* (muito relevante para a construção do mercado único e onde as autorizações ocupam protagonismo inegável, em particular no domínio das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços), aos *destinatários* do acto (quando estes se encontrem em diferentes Estados, como acontece na autorização de transferência de resíduos) ou às *autoridades administrativas* (quando é dada à autoridade estrangeira a possibilidade de ultrapassar as fronteiras estaduais, praticando actos administrativos no estrangeiro, mormente ao nível policial, da perseguição e identificação de alegados criminosos e ainda da supervisão da banca e dos seguros)¹²⁶⁶.

Compreende-se, em face das notas que avançámos, que as *definições* doutrinárias do acto administrativo transnacional praticamente se limitem a pôr em realce a produção de efeitos jurídicos em Estados diferentes daquele a que pertence a autoridade que o pratica. Para uns ele é definido, de forma sucinta, como “o acto administrativo com eficácia plena em Estados (e ordenamentos) diferentes daquele que o dita”¹²⁶⁷; para outros, que recorrem a noções mais densas, ele é entendido como “a decisão administrativa de um caso concreto dirigida a produzir efeitos jurídicos no estrangeiro, pretendendo que os efeitos jurídicos se verifiquem unicamente no estrangeiro ou quando o seu destinatário resida fora das fronteiras do Estado ou nos casos em que as autoridades administrativas ultrapassem essas fronteiras”, necessitando para o efeito de um fundamento jurídico-material ou procedimental¹²⁶⁸.

Mas mais do que definir este acto, importa-nos realçar a circunstância de não estarmos perante um *acto administrativo* cuja noção possa ser reconduzida às que vigoram nos direitos administrativos nacionais, uma vez que a sua compreensão — em especial o entendimento dos específicos efeitos que produz — não pode ser alcançada sem consideração dos fundamentos de direito europeu e internacional que determinam, em boa parte, as suas especificidades técnico-jurídicas¹²⁶⁹.

Na verdade, o acto administrativo transnacional obriga a repensar os principais efeitos do acto administrativo, explicando-os no específico contexto em que eles se produzem. Os efeitos declarativo e vinculativo do acto administrativo e em particular o seu *efeito estabilizador* ou a sua *força de caso decidido* têm de ser repensados neste tipo de actos e perspectivados no seu contexto transfronteiriço¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶ Sobre esta tipología, nos termos expostos, cfr. M. RUFFERT, “Der transnationale Verwaltungsakt”, *DV*, 34. Band, 2001, Heft 4, pp. 453-485 (pp. 457-469).

¹²⁶⁷ Cfr. BOCANEGRA SIERRA/ GARCÍA LUENGO, “Los actos administrativos...”, cit., p. 12.

¹²⁶⁸ M. RUFFERT, “Der transnationale Verwaltungsakt”, cit., p. 469.

¹²⁶⁹ Cfr. M. RUFFERT, “Der transnationale Verwaltungsakt”, cit., p. 470. O Autor alude especificamente à falta de identidade entre o acto administrativo transnacional e o conceito de acto administrativo previsto na lei alemã federal do procedimento administrativo (§ 35 da VwVfG) ou em qualquer das leis alemãs estaduais do procedimento administrativo.

¹²⁷⁰ Cfr. M. RUFFERT, “Der transnationale Verwaltungsakt”, cit., pp. 453-455. Sobre a necessidade de desenvolver uma doutrina especial da *força de caso decidido* destes actos, reportando-se a decisões de carácter duradouro como as autorizações comerciais ou de produtos, cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht...”, cit., p. 935 e seg.

2.8. Procedimento e organização como novas ideias sistemáticas

Neste ponto vamos passar um relance sobre a extraordinária importância que sobretudo o *procedimento* mas também a *organização* têm vindo a ganhar no quadro das preocupações sistemáticas, analisando algumas das principais novidades a este nível — concentrando-nos em especial no procedimento. Por estarmos no Capítulo dedicado à renovação do *direito administrativo*, vamos procurar limitar a um mínimo as alusões às especificidades desta matéria no domínio ambiental. Em todo o caso, não podemos deixar de avançar o facto de este domínio de referência do direito administrativo ser mesmo a referência fundamental nesta matéria, por ser nela que as grandes novidades têm sido geradas e por ser quanto a ela que se fazem sentir as principais inovações — muito por força das orientações do direito europeu sendo assim mais uma das notas que demonstram a europeização do direito administrativo, embora a influência do direito comunitário em relação à procedimentalização não passe apenas pelo direito do ambiente, sendo a afirmação da proeminência do direito procedimental uma sua nota geral e um momento de grande influência ou pressão sobre os direitos administrativos nacionais.

A proeminência do procedimento e da organização no contexto do actual direito administrativo passa pelo reconhecimento hodierno de que a sujeição da Administração ao direito não se consegue apenas através de leis materiais — que desempenhem material ou substancialmente uma função de direcção — mas também, e talvez sobretudo, através de *programações de tarefas* ou *actuação*¹²⁷¹, as quais tendem a fixar objectivos ou finalidades genéricas, garantias de resultado, princípios de actuação ou critérios de orientação da discricionariedade: a lei não impõe um resultado determinado, uma boa decisão será aquela que der satisfação à finalidade última da norma. Para atingir tal desiderato ou prosseguir tal forma de programação a lei pode limitar-se a desenhar uma *organização* (uma conformação específica da organização administrativa que condicione estruturalmente a sua conduta) ou estabelecer um *procedimento* (regulando a forma de actuar, de tomar decisões, de a Administração se relacionar com os interessados ou com outras entidades públicas), sendo estas fórmulas hoje tão válidas como as da programação condicional na submissão da Administração à lei e ao direito, compensando a falta de vinculação ou sujeição da Administração à lei material pela *função directiva do procedimento*. O procedimento e a organização são assim assumidos como *estruturas reguladoras* que racionalizam o processo de tomada de decisões, podendo mesmo ser qualificados como o “código genético” da Administração condicionador do seu carácter e da sua natureza¹²⁷².

¹²⁷¹ Sobre estas programações ou programas e o que se vai dizer a seguir no texto, cfr. HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., p. 434: tradicionalmente as normas jurídicas recorrem a declarações de objectivos, instrumentos e restrições de um comportamento, prevendo igualmente o critério para controlar esse comportamento (programas condicionais); todavia, elas podem ser enriquecidas através de outras orientações, como a descrição de tarefas complexas ou de standards organizatórios e procedimentais para conformar um campo de tarefas, tendo por consequência o enriquecimento das orientações normativas de orientação ou pilotagem.

¹²⁷² Cfr. JAVIER BARNES, “Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y Perspectivas”, in: JAVIER BARNES (Ed.), *Innovación y Reforma...*, cit., pp. 263-341, p. 270.

Deixando um pouco de lado o tema do *direito da organização*¹²⁷³ centraremos a nossa atenção no direito procedimental. Reportando-nos sempre às ordens jurídicas que mantêm connosco maior proximidade, embora esta seja uma nota de praticamente todos os Estados democráticos do modelo ocidental, deveremos dizer que os sistemas jurídicos dos finais do século xx denotam uma indiscutível compreensão procedimentalista do direito¹²⁷⁴ nos termos da qual o *interesse público* ou *bem comum* que compete hoje ao Estado garantir — mais do que realizar directamente, como vimos — é uma realidade que deve ser instrumental e procedimentalmente concretizada.

Todavia, não será muito correcto continuar a insistir no entendimento do procedimento como algo de instrumental, como regras que têm apenas uma função “de serviço”: a *procedimentalização* é hoje o mote da própria Teoria do Direito e da Constituição¹²⁷⁵, o que conduz a que seja acentuada a sua *função política* e não meramente instrumental, de forma ainda mais vincada no direito comunitário¹²⁷⁶.

Limitando-nos ao nível que nos interessa de forma específica, o procedimento tem assumido um papel fundamental na reforma do direito administrativo, tanto no direito europeu continental (designadamente na Alemanha e na Itália) como noutras ordens jurídicas, como a norte-americana ou a japonesa¹²⁷⁷. A procedimentalização implica acima de tudo que o direito administrativo seja hoje concebido como o direito que se ocupa preferencialmente da *acção administrativa*, tendo a este nível uma dupla missão: disciplinar e racionalizar essa acção e garantir a sua efectividade. E esta mudança de perspectiva do controlo judicial para a acção implica que se acentue o relevo do procedimento em detrimento do acto final, que se privilegie o *processo* de tomada de decisão em relação à própria decisão¹²⁷⁸.

A procedimentalização do direito está ligada à afirmação da *teoria reflexiva* no mundo do direito, uma vez que esta acentua o papel das formas indirectas e abstractas de decisão e de controlo jurídico, que se traduzam por exemplo na revelação e partilha de informação, em sistemas de auditoria e de gestão ambiental e em outras formas de responsabilização dos operadores e de outros actores privados nas decisões.

¹²⁷³ Sobre o direito da organização administrativa como recurso do conceito sistemático de orientação ou pilotagem (“Steuerung”), cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource — Einleitende Problemskizze”, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 4), 1997, pp. 9-63 (pp. 9-33, especialmente pp. 31-33 e p. 54 e seg.). O Autor considera que, em virtude do facto de as sociedades modernas serem sociedades de organização, a prestação administrativa fica, em larga medida, na dependência de organizações, pelo que o direito da organização administrativa *passou a constituir o cerne do direito administrativo*, recorrendo ao novo modelo de “orientação” ou “pilotagem” (em conexão com a teoria do *New Public Management*) para explicar que o modelo da Administração é, agora, o da empresa, com uma direcção por objectivos, um controlo mais flexível e um papel importante desempenhado pelo trabalho em grupo, pela consideração dos custos e enorme saliência da abertura para formas cooperativas de execução das tarefas administrativas.

¹²⁷⁴ Cfr. CELSO LUIS LUDWIG, “Razão Comunicativa e Direito em Habermas”, in: *A ESCOLA DE FRANKFURT NO DIREITO* — Universidade Federal do Paraná — Setor de Ciências Jurídicas — Centro Acadêmico Hugo Simas, Curitiba, 1999, pp. 115-121 (p. 120).

¹²⁷⁵ Cfr. JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica...”, cit., p. 822 — destacando que tal se faz sentir, de forma particular, no direito do ambiente.

¹²⁷⁶ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., pp. 169-173.

¹²⁷⁷ Cfr. JAVIER BARNES, “Sobre el Procedimiento Administrativo...”, cit., p. 272.

¹²⁷⁸ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., pp. 86-88.

Gunter Teubner — o grande arauto da aplicação da teoria reflexiva ao direito — pretende a conformação de procedimentos e o desenho de estruturas organizacionais que tornem as instituições sensíveis aos efeitos exteriores, no sentido de maximizar a sua racionalidade interna, defendendo em conformidade a necessidade de o direito reforçar os mecanismos de reflexão da própria sociedade por oposição ao recurso a mecanismos de intervenção directa, na linha dos tradicionais modelos de ordenação ou de comando e controlo¹²⁷⁹.

Ainda em ligação com a reflexividade poderemos dizer que a afirmação do protagonismo ascendente das estruturas procedimental e organizativa resulta também das novas formas de acção a que o Estado tem de recorrer em face da crescente complexidade sistémica, da afirmação do direito — à imagem das outras ciências — como um processo de aprendizagem constante, marcado pela revisibilidade e pela adaptação constante aos progressos da técnica e da ciência, à crescente incerteza e mesmo ignorância dos decisores em relação à realidade que pretendem pacificar, aos “apports” científicos e ideológicos trazidos pela sociedade do risco, etc.¹²⁸⁰

Do entendimento — avançado no início deste ponto — segundo o qual a submissão da Administração ao direito não se assegura hoje apenas através de leis substantivas mas também através de conteúdos formais que têm a ver, antes de mais, com o desenho e conformação de organizações e de procedimentos resulta que estes devem ser vistos como *conceitos* ou *meios de direcção, orientação* ou “pilotagem” da Administração¹²⁸¹. Desta forma, a ideia procedimental do direito administrativo teve consequências também para o empreendimento germânico erigir uma concepção sistemática do direito administrativo geral, razão pela qual a respectiva doutrina defende uma *compreensão sistemática da teoria do direito procedimental*, no âmbito da qual emerge o estudo das fases do procedimento, da relação jurídica procedimental e da opinião pública, entre outras matérias¹²⁸².

Construção sistemática do procedimento que releva sobretudo nas situações e cenários, hoje cada vez mais frequentes, de enorme complexidade, os quais pressupõem a conformação de um modelo ou método de carácter procedimental que garanta o dever de a Administração observar determinados *standards de racionalidade* como por exemplo a completa compreensão de todos os interesses em presença¹²⁸³.

¹²⁷⁹ Neste sentido, cfr. a acutilante análise de DANIEL J. FIORINO sobre a obra de Teubner (em particular do seu “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law & Soc’y Rev.*, 1983, vol. 17, pp. 239-281): “Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance”, *HELR*, volume 23, number 2, 1999, pp. 441-469 (pp. 445-450 e 464-466).

¹²⁸⁰ Sobre estes aspectos, ao tratar os efeitos da afirmação de um (ainda vago) *princípio da precaução* na configuração dos procedimentos administrativo, cfr. JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica...”, cit., pp. 867-869.

¹²⁸¹ Em relação à configuração do *procedimento* e da *organização* como instrumentos de “Steuerung” cfr., por todos, as obras de dois dos maiores vultos da “nova” ciência do direito administrativo alemão: REINER SCHMIDT, “Die Reform von Verwaltung...”, cit., p. 152 e seg.; e VOBKUHLE, quando incorpora na construção sistemática a *organização, o pessoal* e os *procedimentos sistemáticos* inspirados na teoria do “Steuerung” (“Neue Verwaltungswissenschaft”, cit., pp. 39-40).

¹²⁸² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 299-306.

¹²⁸³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “El método de la Ciencia del Derecho Administrativo”, in: JAVIER BARNES (Ed.), *Innovación y Reforma...*, cit., pp. 133-175 (pp. 170-172) — dando uma vez mais exemplos provenientes do direito ambiental europeu, em concreto da Directiva AIA e da legislação sobre produtos químicos, nomeadamente a

O tema da procedimentalização do direito administrativo tem estreitas relações com muitos dos pontos já vistos e outros ainda por ver. Na impossibilidade de os mencionar todos, abordaremos topicamente alguns dos que nos parecem mais relevantes:

i) A *internacionalização* das relações administrativas, a paulatina afirmação de um direito administrativo transnacional ou global e a *europização* do direito administrativo, já que aqueles fenómenos são sentidos de forma impressiva na Europa, onde às notas gerais de internacionalização e globalização acrescem as resultantes da integração europeia e da constituição de um mercado comum: Estas novas realidades não são mais do que a consequência da internacionalização e europeização das relações administrativas e, como tal, também do procedimento.

Como mostra Javier Barnes, no plano supranacional europeu os procedimentos administrativos nacionais devem utilizar a “língua franca” ou comum neste âmbito, a qual se concretiza em conceitos e institutos como os do acto administrativo transnacional, dos procedimentos compostos, da cooperação interadministrativa, do acesso à informação, etc.¹²⁸⁴.

Por esta razão, alguns dos novos problemas teóricos e práticos colocados à conformação procedimental administrativa têm de ser perspectivados em termos europeus, sendo neste âmbito especialmente significativo, como vimos já, o sector de referência por excelência do direito administrativo especial: o direito do ambiente. Nessa medida, por exemplo a subordinação ou vinculação do procedimento à *harmonização complexa de interesses*, consequência das relações jurídicas poligonais ou multipolares que se entretecem a propósito da prática de alguns actos administrativos mais complexos, tem um sentido próprio no âmbito comunitário, resultando do regime de algumas directivas “ambientais” esta tentativa de harmonização através da intensificação dos elementos de planificação dos actos autorizativos e, em termos procedimentais, do aumento da transparência, do reforço e ampliação da participação, da privatização de aspectos singulares do procedimento, entre outros aspectos¹²⁸⁵.

Também a problemática do *efeito de concentração* de alguns actos administrativos, como a autorização, tem um relevo próprio no direito comunitário, procurando garantir-se a eventual europeização do próprio efeito de concentração. Ora, a questão perspectiva-se sobretudo em termos procedimentais, já que as estratégias de solução do problema passam pela consagração da *coordenação procedimental*, seja ao nível institucional, ao nível programático ou através da concentração da decisão¹²⁸⁶.

Por último, uma referência ao cruzamento entre os temas da internacionalização e da privatização do procedimento: algumas das entidades privadas que actuaem hoje na arena

Comunicação da Comissão de 2 de Fevereiro de 2000.

¹²⁸⁴ Cfr. “Sobre el procedimiento administrativo...”, cit., p. 338.

¹²⁸⁵ Neste sentido, SCHMIDT-ABMANN, invocando os exemplos das directivas sobre o regime da AIA, disciplinador da PCIP e reguladora da informação ambiental: cfr. “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., p. 171 e seg.

¹²⁸⁶ Sobre o tema, discutindo a eventual europeização do efeito de concentração em relação às *autorizações paralelas de instalações*, cfr. FABIAN WITTRECK, “Konzentration als Verfahrenshemmnis — Probleme der Kollision von Konzentrationsvorschriften im Verwaltungsrecht”, *VerwArch*, 100. Band, Heft 1, Januar 2009, pp. 71-97 (especialmente pp. 73-77, 80 e 94-97).

ambiental, desempenhando acções de acreditação, normalização, standardização e similares, levam a cabo actividades procedimentais com efeitos transnacionais ou globais. Veja o que se passa, em particular, com a *International Organisation for Standardization* (ISO), que desenvolve os seus standards com base em procedimentos baseados no consenso, na assunção voluntária de práticas ou comportamentos e no auto-controlo, no âmbito dos processos de industrialização mundial que hoje se fazem sentir um pouco por todo o lado.

ii) A *privatização* é uma tendência que tem assumido fortes contornos procedimentais, sendo uma das formas de privatização autonomizadas pela doutrina a da *privatização funcional*, que pretende explicar a contribuição dos privados nos procedimentos, que vão desde a atribuição de plenos poderes procedimentais até ao seu contributo em elementos parciais ou especiais do procedimento.

Como consequência da maior transparência, do reforço da participação e da acentuação dos elementos cooperativos no direito administrativo geral, nos direitos administrativos especiais e no desenho dos procedimentos, multiplicam-se os exemplos de privatização procedimental: a integral responsabilidade pela tramitação de procedimentos arcada por entidades privadas independentes cujas formas de actuação assumem uma importância incontornável na moderna conformação administrativa da sociedade e economia (através de certificações, peritagens, monitorizações, avaliações, auditorias, gestão, etc.); a crescente atribuição aos requerentes de responsabilidades procedimentais, seja na medida em que o conteúdo dos actos praticados é, em larga medida, o resultado dos requerimentos feitos (surgindo os requerentes como arquitectos dos próprios actos administrativos, nomeadamente daqueles com conteúdo autorizativo), seja porque se lhes atribui a responsabilidade por *partes do procedimento* (tanto quanto ao controlo anterior ao início de uma actividade como no seu posterior acompanhamento e fiscalização); a *gestão privada do procedimento* através do recurso ao gestor ou ao mediador privado do procedimento ou da transferência de tarefas de controlo para os privados; ou, como último exemplo, por intermédio da atribuição de actividades de verificação e de planeamento a peritos privados.

Em resultado do exercício destas tarefas, é possível aludir hoje a um *direito procedimental privado* em que os vectores de eficiência, desburocratização, aceleração e simplificação podem ser acentuados com maior facilidade¹²⁸⁷.

iii) O protagonismo do procedimento é, em grande medida, o resultado da importância que, nas últimas décadas, a transparência, a revelação e partilha da informação, a participação dos interessados e a cooperação entre Administração e actores sociais e económicos tem vindo a ganhar, no seio de uma sociedade também caracterizada como “da informação”; e do desenvolvimento de um *direito administrativo da informação* como

¹²⁸⁷ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., quando analisa as “disposições procedimentais no âmbito da cooperação entre o Estado e a Sociedade” (cfr. p. 172 e seg.), aludindo aos mecanismos privados complementares de garantia da qualidade dos produtos (certificações), bem como aos procedimentos de acreditação dos sistemas de certificação, monitorização, avaliação, etc. — tudo no sentido do desenvolvimento de um “direito procedimental privado”. E SCHUPPERT, “Die Öffentliche Verwaltung...”, cit. — o qual centra o seu estudo em exemplos do *direito do ambiente* onde, como vimos, a privatização procedimental assume contornos particularmente impressionantes.

um dos capítulos do direito administrativo geral, sempre em relação dialéctica e sinérgica com os domínios de referência do direito administrativo especial. Nestes termos, o procedimento deve cada vez mais ser concebido como um *sistema de intercâmbio e tratamento de informação*.

Nos nossos dias é cada vez mais uma verdade incontornável o facto de, nas decisões administrativas, mais importante do que o *resultado final* do procedimento (a decisão) ser a *informação* disponibilizada, partilhada e estudada, numa realidade de “aprender fazendo” em que reguladores e regulados interagem cooperativamente, conseguindo ganhos de informação, de sabedoria, de celeridade e de eficácia, no sentido do domínio de uma realidade sempre mais complexa. Daí que a teoria da acção administrativa tenha de ser fundada sobre um *novo ordenamento jurídico-público da informação*, o que aponta para a necessidade de um *direito da informação sistemático*, disciplinador do direito a dispor de e a receber informação, mas também da protecção do segredo e de questões de responsabilidade relacionadas com a informação¹²⁸⁸.

O *direito administrativo da informação* só recentemente autonomizado abarca tanto a vertente *jurídico-individual* (em particular os direitos e as obrigações que cada sujeito assume) como a vertente *institucional*, sendo em relação a esta que se sente a forma como as novas técnicas de informação transformaram o estilo e o próprio entendimento da Administração Pública, criando novas formas de resolução dos assuntos e reestruturando as relações de cooperação e hierarquia na sua esfera interna. Em conformidade, os paladinos desta concepção defendem a *conversão do direito administrativo da informação* numa nova *parte fundamental do direito administrativo*¹²⁸⁹.

Em conclusão: a concepção ampla e integradora do procedimento que hoje se defende passa por um modelo de comunicação que permita a adequada sistematização do fluxo de informação, pressupondo nomeadamente a existência de procedimentos de recolha e processamento da informação ao serviço da tomada de decisões. Tudo no sentido de novos modelos de partilha de responsabilidades entre a Administração e a sociedade, no contexto das novas formas de informação e comunicação¹²⁹⁰ — as quais apontam também para sublinhar a importância da cooperação nas formas de actuação administrativas e reflectem a autonomização de um autêntico *direito administrativo da cooperação* mais flexível, aberto e participado¹²⁹¹;

¹²⁸⁸ Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 236 e seg. SCHMIDT-ABMANN salienta que o significado da *informação* para o *sistema do direito administrativo* não pode ser só visto em termos negativos (direito de defesa), devendo valorar-se os *efeitos positivos* das novas técnicas de informação, uma vez que esta joga um papel central como objecto de prestação ou procura estatal. Em conformidade, defende uma concepção ampla do *direito da informação* que torne possível o cumprimento ordenado das tarefas que incumbem ao Estado neste âmbito.

¹²⁸⁹ Seguimos de novo SCHMIDT-ABMANN: *ob. cit.* nota anterior, p. 240.

¹²⁹⁰ Cfr. JAVIER BARNES, “Sobre el Procedimiento Administrativo...”, cit., p. 331 e seg.

¹²⁹¹ Sobre a necessidade do *direito administrativo cooperativo* disponibilizar procedimentos administrativos cooperativos e arranjos institucionais adequados, bem como formas de actuação cooperativas (nomeadamente acordos entre o Estado e os agentes económicos, p. ex. para relações de prestação concretas ou para a elaboração cooperativa de normas), cfr. WOLFGANG WEIB, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung...”, cit., p. 1181 e seg. Também sobre os *procedimentos administrativos cooperativos*, em especial ao nível do papel da cooperação em estruturas de interesses multilaterais, fornecendo exemplos de divisão de trabalho e de cooperação consensual no

iv) A procedimentalização do direito administrativo é uma nota que se enquadra perfeitamente na configuração do hodierno Estado administrativo como um Estado de garantia e na respectiva afirmação de um *direito administrativo de garantia*: para a Administração se assumir como “garantidora de um resultado” é fundamental a criteriosa selecção das *organizações* e dos *procedimentos* adequados para atingir um tal desiderato¹²⁹².

Seguindo aquele que é provavelmente o principal teorizador do *Estado de garantia* no direito germânico¹²⁹³, a construção deste Estado acentua o papel do direito procedimental como garante da justiça material da decisão e coloca em primeiro plano o direito da organização administrativa como recurso de governança. Esta nova roupagem do Estado, articulada com a procedimentalização da actividade administrativa, faz com que a Administração desempenhe um papel mais próximo do tradicionalmente assumido pelo juiz. Não sendo irrelevante a fortíssima repercussão que as alterações e a configuração do procedimento tem nas formas de acção administrativas, no sentido de ver agora a decisão administrativa como o culminar de um processo que pressupõe cooperação e visa alcançar consenso e aceitação, num registo mais flexível e com recurso a procedimentos de tipo contratual. Tudo aspectos que se enquadram bem nesse novo modelo do Estado de garantia e do direito administrativo de garantia.

v) Por último, uma nota sobre a relação entre o reforço da procedimentalização do direito e as alterações ao procedimento administrativo e o *princípio da eficiência*, cada vez mais configurado como uma das regras fundamentais na disciplina da actividade administrativa. É que uma das principais dimensões — provavelmente a principal — deste princípio é a da *eficiência procedimental* e, apesar de a revalorização dos procedimentos ter também trazido a sua complexificação, não é menos certo que na sociedade do risco em que vivemos se exige mais e mais a simplificação, a desburocratização, a aceleração e a dinamização do procedimento, como as reformas legislativas na Alemanha têm mostrado à sociedade¹²⁹⁴.

Em suma e em conclusão quanto a este ponto: a renovação do direito administrativo geral e de alguns dos seus mais destacados domínios de referência tem também passado pela procedimentalização da actividade administrativa e pelo reforço e intensificação da

procedimento administrativo, enquadrando o tema em alguns problemas teóricos do Estado cooperativo, cfr. JENS-PETER SCHNEIDER, “Kooperative Verwaltungsverfahren...”, *VerwArch*, 87. Band, Heft 1, pp. 38-67. Em relação à actuação administrativa cooperativa na constelação de interesses multipolares, SCHNEIDER apresenta como pontos centrais a configuração de uma margem de apreciação decisória como o pressuposto da actuação administrativa consensual, a necessidade de disponibilidade para a cooperação, as diversas “hipóteses de trabalho” na gestão das divergências de interesse (instrução oficiosa, planos de projectos e de exploração e mediação de conflitos), as formas de encontrar consenso e a ligação aos outros trâmites procedimentais.

Também nos Estados Unidos da América esta dimensão tem sido salientada pela doutrina e seguida na prática através de arrojadas formas de elaboração de normas e regulação, nomeadamente com o “negotiated rule-making” ou “regulatory negotiation”, designado pelo acrónimo *reg-neg*: sobre ele cfr. SYDNEY SHAPIRO, “Administrative Law...”, cit., p. 734 e seg. (apresentando esta forma como um tipo de *regulação cooperativa* e de tomadas de decisão “deliberativas”); e JOHN S. APPLGATE, “Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking”, *Ind. L. J.*, volume 73, n.º 3, Summer 1998, pp. 903-957.

¹²⁹² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 101.

¹²⁹³ Referimo-nos a CLAUDIO FRANZIUS: cfr. “Der Gewährleistungsstaat”, cit., *passim*.

¹²⁹⁴ Sobre a simultânea complexificação dos procedimentos e a exigência da sua simplificação e dinamização na sociedade de risco, cfr. JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica...”, cit., p. 880.

componente procedimental do direito administrativo. As programações legislativas são hoje, cada vez mais, de tipo finalista, acentuando a promoção ou satisfação do interesse público não em termos materiais ou substanciais mas antes através de garantias procedimentais e organizatórias, o que se relaciona com diversas das novas marcas do direito administrativo das últimas décadas: flexibilização da acção administrativa, diversificação e privatização das formas da actividade administrativa, participação e cooperação da Administração com a sociedade civil e com os regulados, retracção do Estado que assenta agora a sua intervenção fundamentalmente num direito administrativo de garantia e confiança crescente na disciplina e regulação própria dos grupos sociais e económicos, para além da internacionalização e europeização dos institutos e dos instrumentos jurídico-administrativos.

Também ao nível procedimental e organizativo o grande repto da reforma passa pela actualização dos seus instrumentários próprios para responder com celeridade, eficácia e de forma desburocratizada às novas exigências e aos novos desafios, sendo as alterações hodiernas às concepções e tramitações procedimentais um passo mais no sentido da flexibilização do direito administrativo, reclamando a necessidade de enriquecer a teoria geral do procedimento administrativo com novas perspectivas. Sede em que a colaboração, o consenso, a participação e, sobretudo, a assunção do procedimento como sistema de intercâmbio e tratamento de informação se perfilam como desafios fundamentais, que obrigam ao estudo e desenvolvimento do direito administrativo da informação e da cooperação.

2.9. Governança

A governança é outro conceito polissémico que constitui uma das palavras-chave ou modelos condutores a que a nova ciência do direito administrativo alemã recorre¹²⁹⁵ e a cujos pressupostos, uma vez mais, aderimos, sem que tal signifique aceitar as consequências doutrinariamente ligadas a essa nova explicação da realidade jurídico-administrativa.

O conceito deriva originariamente das ciências económicas e sociais, daí sendo transposto para o mundo empresarial e político, apontando para a regulação colectiva das situações sociais, aparecendo inserido no tema da *sociedade da informação e do conhecimento* e em estruturas de *regulação em rede*, tornando desadequado que se fale agora *num único* sujeito condutor ou orientador (seja ele o Estado ou a Administração) ou de destinatários desta pilotagem ou orientação¹²⁹⁶.

O conceito de governança força o afastamento de modelos conceituais centrados no Estado ou na Administração, mostrando que estes são hoje “flanqueados” por outros poderes, seja ao nível nacional (centros de poder provenientes da própria sociedade), seja

¹²⁹⁵ Tendo ainda como pano de fundo a reforma do direito administrativo alemão, mas numa perspectiva crítica em relação aos modelos de governança — que considera não serem nem empírica nem normativamente persuasivos — e ao próprio conceito de governança, cfr. KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., pp. 495-497. KAHL, não obstante reconhecer o seu valor analítico, considera que o conceito se reveste de um conteúdo impreciso, dando lugar a arbitrariedades na aplicação.

¹²⁹⁶ Cfr. KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., pp. 495-497; e MARGRIT SECKELMANN, “Keine Alternative zur Staatlichkeit — Zum Konzept der «Global Governance»”, *VerwArch*, 98. Band, Heft 1, Januar 2007, pp. 30-53 (*passim*, especialmente pp. 35-38).

no âmbito supra-estadual e transnacional (com a perda de poderes para organizações internacionais e com a afirmação do conceito da “global governance”). Desta forma, tanto estão em causa os poderes assumidos por actores sub-estaduais (designadamente cidades e regiões) como por actores não estaduais (organizações não governamentais e empresas transnacionais), havendo também perda de poderes e de “competências” a favor dos cidadãos, tanto num nível como no outro¹²⁹⁷.

A governança mostra — como evidencia Gomes Canotilho¹²⁹⁸ — que o Estado já não é o único actor, sendo um dos conceitos que permite explicar a necessidade de *reinventar o Estado social* em face dos novos desafios por ele enfrentados (o mercado global e a concorrência; a necessidade de redução das despesas públicas; o comércio electrónico e as transacções telemáticas): a insuficiência ou ineficiência do direito intervencionista põe em causa o papel de direcção do Estado, o que conduz ao reforço da auto-regulação social e a uma *direcção centrada nos actores* em que a cooperação na direcção da política e a direcção política através da cooperação dão origem à governança, com a inerente mudança paradigmática na prossecução das tarefas públicas¹²⁹⁹.

No que toca à posição do Estado, o conceito de governança tem sobretudo o mérito de mostrar que ele *não é o único actor*, tendo agora a seu lado outras instâncias soberanas que actuam num sistema multi-nível (sobretudo ao nível da integração europeia) e uma série de outros actores, para além dos próprios cidadãos: empresas, associações, grupos de interesse e outros representantes da sociedade civil. Em termos administrativos está em causa a *partilha de responsabilidade* entre a Administração e os cidadãos¹³⁰⁰. O conceito mostra grande parte das suas virtualidades ao nível da análise política no âmbito europeu e supra-nacional, o que é confirmado pela sua difusão por intermédio do Banco Mundial, pela utilização do conceito da “global governance” ao nível europeu — nos termos do livro branco da Comissão Europeia sobre governança —, estando ainda ligado ao “programa político” de *construção de uma sociedade civil global*¹³⁰¹.

Recorrendo à síntese particularmente feliz de DIAS GARCIA diremos que esta governança é uma forma de agir estadual flexível, criativa e inovadora, que dirige um apelo contratualizante à convergência das forças políticas internas, à mobilização da sociedade civil, que

¹²⁹⁷ Cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 56-59. Em sentido próximo, sobre a configuração da Administração nacional como uma administração maleável, que se abre para cima (níveis europeu e internacional) e que se encontra *flanqueada pela sociedade* (através do poder de *governança*), cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 34.

¹²⁹⁸ Cfr. “A governança do terceiro capitalismo e a constituição social”, in: J. J. GOMES CANOTILHO e LENIO LUIZ STRECK (coord.), *Entre Discursos e Culturas Jurídicas* — BFDUC, colec. *Studia Iuridica*, n.º 89, Coimbra Editora, 2006, pp. 145-154.

¹²⁹⁹ Sobre a governança como *refundação do Estado*, por obrigar ao re-desenvolvimento deste — para além da sua análise numa perspectiva de *ultrapassagem do Estado*, por intermédio da governança “global” na União Europeia, e de *adaptação do Estado*, em que se afirma um novo estilo de acção pública e uma nova “arquitectura” estadual, cfr. JACQUES CHEVALLIER, “La gouvernance, un nouveau paradigme étatique”, *RFAP*, n.º 105-106 (2003), pp. 203-217.

¹³⁰⁰ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Cuestiones fundamentales...”, cit., p. 43.

¹³⁰¹ Cfr. Comunicação da Comissão, de 25 de Julho de 2001, «Governança Europeia - Um Livro Branco», cit. Sobre os aspectos referidos no texto, cfr. VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 57 e seg.; relativamente à ligação da governança ao “programa político” de *construção de uma sociedade civil global* cfr. MARGRIT SECKELMANN, “Keine Alternative zur Staatlichkeit...”, cit., p. 31.

procura pensar globalmente e agir localmente, decorrendo a acção administrativa mais da dinâmica da ponderação entre meios e fins do que da subsunção de normas às situações concretas, num quadro em que o interesse público não é um dado apriorístico e fechado mas antes algo que se constrói em círculos, podendo então ser definida como “coordenação e orientação conduzida pelo Estado de um grande número de organizações e redes sociais, baseada na negociação e na participação, num enquadramento complexo e arriscado”. E como o seu enquadramento é forçosamente global, no sentido de uma sociedade de espaço ilimitado, estamos perante uma ordem construída a partir de um *diálogo cosmopolita da humanidade* no seio do qual se constrói uma “democracia do diálogo”¹³⁰².

Aceite este enquadramento muito genérico do tema da governança e o seu carácter pluri-significativo¹³⁰³, é compreensível o protagonismo actual do conceito, concretizando o afastamento de modelos explicativos centrados no Estado e aceitando um modelo de deses-tadualização, o papel central dos fóruns de cooperação entre o Estado e a sociedade civil, de formas colectivas de regulação que podem fundar-se no Estado, nas forças sociais ou incluir múltiplas formas de interacção entre ambos, num quadro de necessidade de reforma organizatória e do próprio funcionamento do Estado¹³⁰⁴.

Esta verdadeira *fragmentação do sistema político-administrativo* tem também a ver com a desregulação e o inerente fortalecimento da auto-regulação, com o entendimento do Estado e da Administração em rede com outros poderes¹³⁰⁵, com a configuração da responsabilidade central do Estado como uma responsabilidade de garantia, da qual emerge um direito administrativo de garantia, com a globalização do direito e do sistema jurídico e com a própria reflexividade do direito, chamado de forma permanente a examinar-se, estudar-se, reformular-se e refundar-se, em face dos “apports” trazidos da realidade regulada.

¹³⁰² Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 355 e segs., especialmente p. 359 e seg.

¹³⁰³ Sobre os diversos conceitos possíveis de *governança*, entendida como *estrutura* (conceito centrado nas instituições), como *modus* (os diversos instrumentos de actuação, tenham eles a ver com o mercado, com relações hierárquicas, com negociações ou com a interacção de uma panóplia de diferentes instrumentos) e como *processo* (as dinâmicas das estruturas de governança), cfr. GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “Was ist und wozu Governance”, *DV*, 40. Band, 2007, Heft 4, pp. 463-511 (pp. 483-496) — o qual salienta também a sua associação a conceitos como pilotagem (*steering*), gestão (*management*) e governo (*government*), afastando um entendimento estrito do poder de governança e pondo em evidência que a atractividade do conceito resulta da sua posição intermédia entre actores e instituições, bem como da sua forma analítica interdisciplinar (cfr. p. 510). Entre nós, cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., que nos apresenta igualmente (cfr. p. 121 e seg.) uma série de *conceitos de governança*, uns enquanto *actividade* (pilotagem de uma organização num quadro de incerteza, actividade de gestão de meios com vista a atingir finalidades, organização de um conjunto de actividades auto-organizadas, actividade de regular a auto-regulação, actividade de introduzir coerência em múltiplas acções diversificadas num ambiente de grande complexidade, etc.), outros da *governança como poder*, outros ainda de governança como *resultado do exercício do poder*. E MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia...”, cit., pp. 105-107. Autora que, como vimos, defende a utilização do conceito “a governância”.

¹³⁰⁴ Cfr. MARGRIT SECKELMANN, “Keine Alternative zur Staatlichkeit...”, cit., p. 30 e seg. Em sentido próximo, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, “Was ist und wozu Governance”, cit., pp. 499-506 — para quem a estruturação da *co-produção da estadualidade* (a co-produção público-privada da estadualidade) constitui o *desafio central* do estudo da governança.

¹³⁰⁵ Uma vez que, como sublinha CASSESE (*La Globalización Jurídica*, cit., p. 37), as redes constituem um sistema de *governance without government*, já que não existe nelas uma estrutura unitária e compacta de governo, mas sim a sua “presença” e as suas funções.

Deve sobretudo ter-se em conta o seu significado ao nível dos *actores*, explicando a interdependência entre uma série de sujeitos, tanto na posição de governantes como de governados, de reguladores e regulados, actores entre os quais se entretece um complexo sistema de relações e de responsabilidades, havendo uma “regulação democrática da auto-regulação” por oposição à noção de *governo*, que pressupõe a definição e o controlo centralizado da acção, uma organização hierarquizada, cadeias *top down* das quais resultam, no entanto, défices cada vez mais graves de execução da lei, quando não a verdadeira falência do sistema de comando e controlo¹³⁰⁶.

Daí também o “topoi” da crise ou afastamento do modelo westfaliano do Estado soberano e o avanço para um Estado cosmopolita, em rede com outros Estados e organizações, no seio de um constitucionalismo global ou multinível¹³⁰⁷ alicerçado por uma teoria da interconstitucionalidade que “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”¹³⁰⁸. Neste âmbito, e segundo a proposta de Gomes Canotilho¹³⁰⁹, a ideia de governança ou da “good governance” invade a própria teoria do Estado, podendo ser concebida como um *novo enquadramento transnacional da estatalidade*, estatalidade que por sua vez aponta para uma série de novos princípios, como o *da transparência* dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado, da *coerência* entre as diversas políticas e acções do Estado (no campo político, económico, social, cultural, ambiental e internacional), da *abertura* (procura de soluções múltiplas de governo), da *eficácia* e, por último, da *democracia participativa*, constituindo os direitos humanos e os direitos fundamentais a pré-condição básica de qualquer boa governação. O princípio da proporcionalidade aponta agora para uma ideia de *justa medida* na condução dos assuntos do Estado, onde os princípios da sustentabilidade, da racionalização, da eficiência e da avaliação constituem os novos princípios do Estado de Direito democrático.

Por todas estas razões, é facilmente compreensível não apenas que a governança seja um dos conceitos-chave da reforma do direito administrativo desde há três décadas empreendida na Alemanha, mas também que seja aí relacionada de perto com o tema do novo modelo de “direcção”, “orientação” ou “pilotagem” (“Steuerung”): como mostra Voßkuhle¹³¹⁰, a discussão sobre o *Steuerung* nas ciências sociais trouxe diversos ganhos de

¹³⁰⁶ Cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 136 e seg.

¹³⁰⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina, 2006, p. 259 e segs.

¹³⁰⁸ Cfr. PAULO RANGEL, “Uma Teoria da Interconstitucionalidade. Pluralismo e Constituição no Pensamento de Francisco Lucas Pires”, *Themis*, ano I, n.º 2, 2000, pp. 127-151. PAULO RANGEL conclui que a articulação entre constituições e a afirmação de poderes constituintes com diferentes fontes e legitimidades são novos problemas constitucionais, resultando desta disputa uma abertura de espaços vagos “onde poderão «navegar» — em rede ou à margem dela — os ordenamentos paralelos” (cfr. p. 151).

¹³⁰⁹ Cfr. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade...*, cit., pp. 330-333.

¹³¹⁰ Cfr. “*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*”, cit., pp. 23-26. Noutra local da mesma obra VOßKUHLE esclarece que este novo modelo de pilotagem ou orientação representa uma concretização da teoria ou filosofia do *New Public Management* — relacionada com a melhoria da eficiência e eficácia da Administração Pública, procurando transferir para esta as experiências de modernização da economia privada, corrente com grande sucesso na Grã-Bretanha, na governação de M. THATCHER —, pretendendo transpor para a organização administrativa uma orientação baseada numa adequada supervisão das “entradas” (input) e dos dinheiros públicos, concebendo os admi-

conhecimento relevantes para o direito, com a diferenciação e expansão de novos meios de pilotagem (mercado, pessoal e organização), a abertura para formas de actuação administrativa avançadas (informação, estímulos financeiros, formas inovadoras de resolução de conflitos e de execução da cooperação), bem como o estudo da conexão dos efeitos e da interdependência entre os diversos *sujeitos, objectos, meios e instrumentos* de pilotagem, o que se reflectiu numa melhoria da capacidade de orientação ou condução no direito administrativo e no recurso a novos critérios e formas de acção, procedimentos decisórios, tipos de organização e estratégias de regulação. E, também, o reforço do diálogo inter ou multidisciplinar com as outras ciências relacionadas com o estudo da orientação política, ao nível da experiência empírica e das ciências sociais e económicas — salientando-se, entre outros aspectos, a utilização mais efectiva de análises de custos-benefícios e de um modelo de escolha racional. Ao nível da ciência do direito administrativo recorre-se a uma abordagem da orientação ou pilotagem, dirigida para a acção, sob a denominação de *institucionalismo centrado nos actores*¹³¹¹, estando em causa a manipulação de sistemas, o que pressupõe sujeitos, objectos, objectivos e instrumentos de orientação, entendendo-se por *Steuerung* político o processo interactivo no qual diferentes actores trabalham em rede uns com os outros. Daí a ligação à *governança*, abordagem que desenvolveu este pensamento, enquadrando-o na *fragmentação do sistema político-administrativo*, em especial nos contextos supra-nacional e internacional¹³¹². Com Dias Garcia, concluiremos este aspecto rematando que o poder de governança revela a *capacidade de pilotagem de sistemas complexos*, embora esta pilotagem seja um estilo peculiar de direcção política, traduzida numa força capaz de imprimir uma direcção sem a impor¹³¹³.

Especialmente no espaço jurídico norte-americano esta nova forma de exercício do poder está igualmente ligada ao tema dos défices de execução do direito, na tradicional abordagem impositiva e ordenadora de comando e controlo — tema com uma incidência enorme ao nível do direito do ambiente, como veremos no próximo Capítulo. A reacção contra as fraquezas e limitações do modelo de comando e controlo passa também, nos EUA, pela maior participação de actores não estaduais, pelo alargamento da diversidade

nistrados como clientes e tendo sempre em vista os resultados (output) — contando-se entre as suas principais notas as de atenção aos custos do desempenho, controlo, orientação para a concorrência, realização de tarefas em referência ao produto, etc. O que tem encontrado sérios obstáculos, que explicam a sua lenta execução e concretização, nomeadamente em relação à questão de saber o que é o “produto” da Administração, para além dos problemas de mentalidade dos funcionários, de motivação, da “cultura” administrativa e das restrições jurídicas.

¹³¹¹ Ainda segundo VOBKUHLE, que continuamos a seguir no texto (cfr. “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 20-23) os nomes de referência neste âmbito são RENATE MAYNTZ e FRITZ SCHARPF, sendo citadas as seguintes obras: de MAYNTZ, “Politische Steuerung...”, cit.; e de F. SCHARPF, *Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung*, 2000.

¹³¹² Sobre a comparação do conceito de *Steuerung* com o de *Governance*, cfr. INDRA SPIECKER, “Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch”, *DVBL*, 122. Jahrgang (2007), Heft 17, pp. 1074-1083 (especialmente p. 1075 e seg). Concluindo a Autora (cfr. p. 1083) que os resultados científicos do *Steuerung* trouxeram mudanças radicais ao direito administrativo, acentuando as necessidades da sua adaptação, nomeadamente as inovações na interpretação das concretizações jurídico-administrativas de alguns dos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o da separação de poderes, da tutela jurisdicional efectiva e da reserva de lei — pondo em perigo a própria efectividade do direito e os sinais de confiança que têm de ser dados aos cidadãos.

¹³¹³ Cfr. *Direito das Políticas Públicas*, cit., *passim*, especialmente p. 25, 28 e 100.

das formas de actuação, pela descentralização e subsidiariedade dos poderes públicos, por uma maior flexibilidade e um maior recurso ao *soft law* — aspectos estes que caracterizam o *novo modelo de governance*¹³¹⁴.

Seguindo novamente de perto Dias Garcia na explicação de mais alguns dos contornos da problemática da governança que importam para sustentar o nosso trajecto, podemos densificar o conceito, que traduz um poder de “orquestrar, sob limitação do direito, acções multiformes, disponibilizando permanentemente informação transparente”, com “a necessidade de prestar contas à comunidade (*accountability*) pelas expectativas que cria (*responsiveness*) e pelo que faz (*responsibility*)”¹³¹⁵. Estamos perante um poder que convive com o tradicional exercício duro e musculado do governo, distinguindo-se dele por uma abordagem flexível e compreensiva: ao lado das tradicionais autoridades de polícia administrativa, que se mantêm, existem agora outras autoridades — ou as mesmas, mas com uma diferente atitude — que orientam, concertam, incitam e informam, que em vez de mandarem e comandarem optam por coordenar, pilotar, incitar e orientar. Daí que se fale na “autoridade de um poder que sabe ser duro quando necessário e flexível quando é preciso”¹³¹⁶.

Uma vez que o poder de governança está ligado a uma abordagem de orientação, recomendação e menor imposição, relaciona-se com ele uma nova forma de ditar o direito contraposta às formas impositivas, unilaterais e, por isso, mais agressivas da abordagem tradicional (ligadas ao conceito clássico de lei e ao modelo de ordenação ou de comando e controlo). Devido à referida partilha de poder e ao reconhecimento da legitimidade de múltiplos centros de poder, há agora formas mais participadas, consensuais e cooperativas de dizer o direito, sendo relevante articular o tema com o reforço da importância de um direito mais suave, brando e flexível — o *soft law* (direito “mole”, “suave” ou “fraco”) — que se reporta a “todas as modalidades de normas reguladoras da conduta dos homens em sociedade que não sejam dotadas de qualquer sanção para o respectivo incumprimento”, como acontece com as simples propostas, conselhos e opiniões, com as resoluções não vinculativas, em relação às normas técnicas desprovidas de sanção e aos “códigos de conduta” aprovados por empresas e associações profissionais¹³¹⁷.

¹³¹⁴ Cfr. ORLY LOBEL, “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, *MinLR*, vol. 89, n.º 2 (Dec. 04), pp. 342-470. O Autor alude mesmo a um novo paradigma emergente no início do século XXI — na sequência da alteração paradigmática produzida 70 anos antes, com o *New Deal* — o qual baptiza por *Renew Deal governance model*, constituído pelos princípios organizatórios referidos no texto. Em sentido próximo, cfr. SYDNEY SHAPIRO, “Administrative Law...”, cit., que se debruça sobre a *regulação colaborativa* ou *governança* proposta por JODY FREEMAN, identificando-a antes de mais pelas notas da *cooperação* e da *responsabilidade partilhada* entre reguladores, regulados e beneficiários da regulação, tudo conduzindo a uma regulação mais eficiente e racional (cfr. p. 733 e seg.).

¹³¹⁵ Cfr. *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 46 e seg.. DIAS GARCIA considera que a governança “corresponde a um poder que retoma e reformula o *poder de governança medieval*” (p. 46), desenvolvendo a ideia no Capítulo I desta sua obra (cfr. pp. 81-91), concluindo que a governança é uma “velha novidade”, o que permite situar melhor os problemas que emergem deste novo poder, possibilitando em simultâneo uma abordagem crítica historicamente sustentada (p. 88).

¹³¹⁶ Cfr. *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 155 e segs., especialmente p. 162.

¹³¹⁷ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Almedina, 2004, p. 62. Freitas do Amaral é da opinião que o *soft law* não é verdadeiro direito, por lhe faltar o elemento sancionatório (não serão verdadeiras normas jurídicas mas recomendações jurídicas), reconhecendo todavia que a sua inobservância, sem implicar directamente a aplicação de uma sanção, pode ter efeitos indirectos negativos para quem o ignorar ou menosprezar.

Estes fenómenos não se verificam apenas em relação à governança: é típico da própria *regulação* a utilização de uma *normatividade incerta, eficaz e vinculante* de facto, estranha às formas ordinárias e clássicas; e, em virtude desta normatividade, a utilização da persuasão, da pedagogia e da advertência, em substituição da “linguagem unilateral” da regulamentação, e a preferência por uma normatividade mole, de acções administrativas informais relacionadas com a *nova governança*¹³¹⁸. Com a governança deve-se realizar o direito “informando, dando a conhecer, orientando, promovendo, conferindo coerência a actividades, pilotando acções, gerindo meios, coordenando acções emergentes da comunidade”¹³¹⁹.

Com a governança o *soft law* converteu-se numa peça elementar das novas políticas públicas, não apenas no plano internacional mas também no nível interno, implicando a execução de políticas caracterizadas pela ductilidade normativa, pela temporalidade e pela adaptabilidade à mudança¹³²⁰.

Será sempre limitador negligenciar o papel dos cidadãos no novo modelo, pois eles são *actores* da nova governança e não sujeitos passivos, meros destinatários da regulação. Como tal, a governança pressupõe uma cidadania atenta, informada, exigente, participativa e responsável, com consciência tanto dos seus direitos como dos seus deveres¹³²¹. A governança passa por uma partilha entre os poderes públicos e os cidadãos do conhecimento e dos “buracos negros” da ignorância que, paradoxalmente, o aumento do conhecimento cada vez mais dá a conhecer, num processo de aprendizagem recíproca, pelo que o papel desta nova cidadania se torna incontornável.

Tudo com o pressuposto básico de uma *informação adequada*, sem a qual será sempre impossível obter resultados satisfatórios. O que explica a relação próxima entre a governança pública e o direito da informação: este tem carácter transversal e pretende assegurar

Noutro local da mesma obra (cfr. pp. 140-143) considera ser esse o caso da generalidade das *normas técnicas* e das *normas profissionais*, na medida em que não emanam de uma fonte do direito autorizada, não revestem a forma de lei ou regulamento administrativo, não são obrigatórias em termos de merecerem sanções jurídicas, sendo assim consideradas *soft law*.

¹³¹⁸ Neste sentido, e fazendo estas ligações, cfr. YVES GAUDEMET, *Droit Administratif*, cit., p. 357.

¹³¹⁹ Cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 157.

¹³²⁰ Cfr. RAMÍREZ-ESCUADERO, “La autoridad del Derecho...”, cit., p. 264 e seg. RAMÍREZ-ESCUADERO salienta o *papel interpretativo* das regras do *soft law*, em alternativa à sua estrita aplicação, sendo desta forma que enquadra a discussão nos debates sobre a governança administrativa. Mais em geral, salienta a natureza híbrida do *soft law*, propondo a sua reconstrução dogmática com base na ideia da sua subsidiariedade. Este Autor articula o tema com o protagonismo das *políticas públicas*, considerando a *nova governança* como uma “nova forma de orientar as políticas públicas para poder enfrentar com maior eficácia os desafios do presente”, pelo que lhe está ainda ligado o protagonismo de instrumentos flexíveis de regulação (cfr. p. 264). O *soft law* é fruto de políticas públicas caracterizadas pela sua capacidade de adaptação ao meio, principalmente através de técnicas participativas que garantam a presença de todos os actores afectados. Entre nós, também DIAS GARCIA se centra na relação citada, considerando o desafio a que o *direito das políticas públicas* pretende responder como o de “articular política e direito num mundo global, realizando políticas públicas através de uma *boa governança*, uma *governança* que garanta a vida humana em comunidade com dignidade e em continuidade” (p. 47). Tratando ao longo das pp. 121-134 a relação entre *governança*, *políticas públicas* e *Estado de Direito* volta, noutro local, (cfr. “Sociedade de risco, política e direito”, in: *Direito das Políticas Públicas — Anexo*, pp. 227-252) a pôr em evidência o relevo das *políticas públicas* para “instalar” o novo paradigma, com um exercício do poder mais subtil, incentivando todos para a intervenção comunitária, esclarecendo que estamos perante uma fórmula reinventada de exercício do poder político a que se vem chamando *governança* e *boa governança* (p. 251).

¹³²¹ DIAS GARCIA fala, a este propósito, numa “*cidadania atenta, madura, interventiva, crítica*, enraizando-se num *ambiente eticamente responsável*”: cfr. *Direito das Políticas Públicas*, cit., p. 124.

a necessidade de formar um cidadão activo, capaz de actuar sob a sua própria responsabilidade, estabelecendo formas de interacção com a economia e a Administração, para se poderem assim extrair todas as virtualidades que a tecnologia oferece na sociedade da informação¹³²².

O grande relevo da dimensão procedimental do direito vem também reforçar este ponto, acentuando-se o papel da informação em detrimento do resultado final do procedimento (a decisão), o que obriga a teoria da acção administrativa a fundar-se num *novo ordenamento jurídico-público da informação*, configurando-se este regime jurídico-público da informação como a noção fundamental do sistema (da teoria geral) da acção administrativa¹³²³.

Rainer Pitschas, no seu estudo monográfico sobre o *direito administrativo da informação*, considera este um ramo do ordenamento da informação ou governança informativa, formado pelo conjunto de normas que têm por objecto a direcção estrutural e o estabelecimento do quadro jurídico em que se desenvolve a actividade administrativa e a criação dos instrumentos e espaços através dos quais se garante a interacção recíproca entre todos os actores que operam no Estado e na sociedade, cumprindo a importante missão de assegurar a transição para o governo electrónico. Articulado a citada *governança informativa* com a colaboração e cooperação entre Administração e sociedade e com a necessidade de garantir o melhor desenvolvimento de todos os participantes nos processos comunicativos, situando o chamado *direito à auto-determinação informativa* no centro do sistema¹³²⁴.

O *direito administrativo da informação* vem, nestes termos, assumir uma *função de direcção* ou de *governança*, passando as suas exigências centrais pelo estabelecimento do quadro ou estrutura cuja protecção é em larga medida confiada à livre auto-regulação ou auto-controlo, sentindo-se também aqui os ventos da mudança que sopram nos diversos sectores do direito administrativo: permite-se que seja o cidadão a escolher livre e responsavelmente entre as diferentes alternativas que resultam da liberdade de comunicação, já que a função básica deste direito é a de *garantir a real e efectiva auto-determinação informativa*. Devendo o Estado, para permitir as escolhas e assegurar a efectivação da responsabilidade informativa dos cidadãos estabelecer procedimentos, criar infra-estruturas técnicas adequadas e reformar a legislação sobre protecção de dados¹³²⁵.

Como veremos no Capítulo seguinte, o tema da governança tem tido grande utilização na escolha, adopção, aplicação e execução das medidas de tutela ambiental, sendo uma vez

¹³²² Cfr. RAINER PITSCHAS, "El Derecho Administrativo de la Información...", cit., p. 261 e seg.

¹³²³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 236 e segs. Esta concepção funda-se nos pressupostos das teorias de JÜRGEN HABERMAS, o qual propõe, como é sabido, a *substituição da razão prática pela razão comunicativa*, impondo que a própria racionalidade jurídica assente na razão comunicativa.

¹³²⁴ Cfr. "El Derecho Administrativo de la Información...", cit., p. 262. Sobre o direito à auto-determinação informativa — que constitui um "direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais" — cfr. o nosso "Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., pp. 615-653 (p. 633 e seg.).

¹³²⁵ Cfr. RAINER PITSCHAS, "El Derecho Administrativo de la Información...", cit., pp. 241-243. O Autor informa-nos ainda, no mesmo estudo (p. 237 e seg.), que a Parte Geral do direito administrativo da informação é constituída pela estruturação e ordenação da comunicação do Estado e da Administração com os actores sociais e a Parte Especial abarca as normas de tratamento da informação e a sua troca entre o Estado e os cidadãos ou entre as diferentes administrações.

mais o ambiente um extraordinário “laboratório”, seja no sentido de ser aqui que nascem muitas das novas experiências depois estendidas ao direito administrativo geral, seja no de permitir a avaliação prática de soluções encontradas nesta parte geral¹³²⁶.

No que à economia da nossa dissertação importa, o principal resultado da afirmação da governança como um novo modelo de explicação da realidade jurídico-política e administrativa tem a ver com o facto de apontar para um direito mais dúctil, mais suave, cooperativo, aberto, participado e flexível e para os seus reflexos ao nível das formas de acção ou instrumentos da actividade administrativa, cuja panóplia deve ser enriquecida por formas participadas, colaborativas, abertas, flexíveis e adaptáveis. As formas de acção tradicionais, para fazerem sentido neste novo espaço, terão de se flexibilizar e adaptar a estas mudanças, sendo isso que acontece com a forma de actividade ainda hoje mais significativa, o acto administrativo, e uma das suas modalidades mais relevantes, a da autorização administrativa — bem como com os *procedimentos* sem os quais a sua prática não pode ocorrer.

2.10. Economicidade e eficiência da actuação administrativa

Em estreita articulação com as tendências de reforço da liberalização, da privatização e da tentativa de descarregar um Estado assoberbado pela miríade de tarefas e responsabilidades que foi assumindo ao longo do século xx, afirmou-se também no Estado reformado o movimento para uma maior atenção aos custos e despesas por ele originadas, para a optimização, aceleração e simplificação da realização de tarefas e uma maior eficiência e eficácia no funcionamento da máquina administrativa.

Na sequência da crise de recursos e da sobrecarga do Estado de Providência colocou-se em causa a crença numa prosperidade sempre crescente e, mais ainda, na capacidade ilimitada de prestação do Estado, cada vez mais pressionado pela escassez dos recursos disponíveis¹³²⁷.

Como é sabido, ao declínio de um Estado-Providência caracterizado por ser intervencionista, prestador de serviços e dispensador de bem-estar tem-se associado, nas últimas décadas, não apenas a exigência de uma maior atenção aos aspectos económicos da intervenção administrativa e à celeridade da sua actividade — bem expressas nos pontos cardeais da *Beschleunigungsdiskussion* germânica — mas igualmente o protagonismo do mercado,

¹³²⁶ Sem prejuízo do seu tratamento mais desenvolvido no Cap. II, deixamos desde já indicadas duas notas bibliográficas: a primeira sobre o modelo da *governança ambiental europeia* — formada pelo conjunto dos instrumentos, princípios e regras sobre as quais se funda a política e a legislação ambiental europeia —, com uma discussão sobre a eficiência, eficácia e credibilidade deste modelo e a sua eventual capacidade para ser “exportado” para outros sistemas jurídico-políticos (que pode ser vista em MASSIMILIANO MONTINI, “Riflessioni sul modello...”, cit.); a segunda, para uma análise da governança ao nível do “ambientalismo cívico” no direito norte-americano (cfr. ORLY LOBEL, “The Renew Deal...”, cit., pp. 423-432).

¹³²⁷ Para uma breve caracterização da “actuação administrativa no Estado sobrecarregado” no final do milénio e a colocação em causa de dados tido como certos, desde há muito, na sociedade alemã, aludindo a outros problemas como o desemprego, a instabilidade política e a perda de perspectiva das gerações futuras (uma situação geral crescentemente descrita com a palavra *crise*) e também do movimento de globalização da economia e da cultura — tudo no sentido de conduzir à sobrecarga do Estado, do seu direito e aos meios de “comando”, “pilotagem” ou “orientação” do Estado, cfr. HOFFMANN-RIEM, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., p. 12 e seg.

o qual segundo muitos deverá servir de modelo para execução de soluções mais eficientes na organização económico-social e no desempenho das missões das entidades públicas. O quadro atrás exposto do retrocesso da responsabilidade operativa ou de execução do Estado em favor da afirmação de uma responsabilidade de garantia e de reserva, a assunção pelos poderes públicos de uma função activadora, muito mais do que prestadora, tem muito a ver com a realidade que constitui o objecto presente das nossas considerações.

Neste contexto, é fácil perceber que o *direito público da economia* — e, dentro dele, o *direito administrativo económico* — se assume como um dos principais sectores de referência do direito administrativo, uma das áreas do direito administrativo especial que mais rapidamente tem evoluído e que transmite inputs da maior relevância para a teoria do direito administrativo geral e para os seus institutos e problemas dogmáticos e práticos.

O protagonismo do mercado acentuou-se também por força da globalização e da europeização da Administração Pública e do direito administrativo: uma das forças motrizes da reforma tem sido, sem dúvida, a globalização e o dinamismo extremo dos mercados económico e financeiro, durante muito tempo (em parte ainda hoje) em contradição com organizações e institutos jurídicos que permaneceram, no essencial, “nacionais”.

Tendo este quadro por pano de fundo, compreende-se que a renovação do Estado, da Administração Pública e do direito administrativo tenha passado também por uma série de reformas dirigidas a melhorar a eficiência e eficácia dos serviços prestados aos cidadãos e por uma gestão eficiente do pessoal. A análise custos-benefícios passou a fazer parte da linguagem jurídico-administrativa, em particular nas agências administrativas norte-americanas, desde a célebre “Executive Order” do Presidente Reagan n.º 12.291, de 17 de Fevereiro de 1981¹³²⁸. Com ela, alguns autores norte-americanos propuseram mesmo que a análise custos-benefícios se tornasse a “língua franca” do Estado administrativo, em face do seu potencial para facilitar o controlo das decisões administrativas e para suprimir as idiosincrasias do processo decisório público¹³²⁹.

¹³²⁸ Cfr. 46 FR 13193, 3 CFR, 1981 Comp., p. 127. Esta Executive Order (que foi revogada pelo Presidente Clinton, 12 anos mais tarde, por intermédio da Executive Order n.º 12.866, de 30 de Setembro de 1993, a qual no entanto se limitou a modificar alguns aspectos particulares do regime, sem alterar o seu sentido básico) determinava que “na extensão permitida pela lei, a acção regulatória não deve ser levada a cabo a não ser que os seus benefícios potenciais para a sociedade sejam superiores aos seus custos potenciais”. A decisão enquadrava-se numa tentativa geral de “alívio” do peso da regulação, traduzida também na criação de uma *Task Force on Regulatory Relief* que se ocupou da revisão de todas as novas regulamentações de algumas agências administrativas à luz de análises de custos-benefícios: cfr. RICHARD A. HARRIS/SIDNEY M. MILKIS, *The Politics of Regulatory Change — A Tale of Two Agencies*, 2nd ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1996 (p. 252). Estes AA. descrevem o programa de “alívio da regulação” ensaiado pela Administração Reagan, que inverteu cinco décadas de crescimento das regulamentações governamentais (iniciado com o *New Deal*, que enraizou o moderno Estado administrativo na política americana), centrando a atenção nos seus resultados ao nível da EPA (pp. 225-277). RICHARD B. STEWART (cfr. “Il diritto amministrativo...”, cit., p. 8 e seg.) considera esta decisão um dos marcos de evolução do direito administrativo norte-americano, enquadrando os seus resultados (realização de análises de custos-benefícios pelas agências e saliência da preocupação com a sua eficiência) na *gestão analítica da regulação*. Cfr. ainda, sobre a análise de custos-benefícios e as repercussões particulares destas disposições ao nível da actuação da EPA, enquadrando-a nos instrumentos da reforma regulatória para uma mais eficiente afectação dos recursos, ROBERT L. GLICKSMAN/STEPHEN B. CHAPMAN, “Regulatory Reform and (Breach of) the Contract with America: Improving Environmental Policy or Destroying Environmental Protection?”, *Kan. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 5, n.º 2, Winter 1996, pp. 9-46 (p. 17 e segs.).

¹³²⁹ O Autor norte-americano que mais se destaca nesta sede é, sem dúvida, CASS SUNSTEIN, que publicou vários

Em todo o caso, e seguindo ainda o pensamento de Cass Sunstein, deve ter-se presente que a análise custos-benefícios, compreendida como “a contabilidade pormenorizada das formas alternativas de acção”, não deve ser entendida em termos estritamente económicos, já que toma em conta, em geral, a *redução dos riscos* como objectivo central dos governos modernos (riscos que vão desde o aquecimento global ao terrorismo, passando pelas armas químicas, segurança dos aviões, alimentos geneticamente modificados, etc.), funcionando como um correctivo às limitações cognitivas dos governos e uma resposta às necessidades práticas, uma ferramenta prática concebida para promover uma melhor apreciação das consequências da regulação, promovendo reformas institucionais ao nível dos diversos poderes do Estado e a utilização de “ferramentas inteligentes”, de métodos que tirem vantagens das *forças de mercado* (sejam eles incentivos económicos, revelação e partilha de informação, contratos de redução do risco ou, ao nível especificamente ambiental, a contratação ambiental e o chamado “ambientalismo de mercado livre”). Desta forma, o caminho dos EUA e de muitos países na direcção de se tornarem Estados de custos-benefícios passa, em grande parte, pela avaliação da regulação pública e pela averiguação sobre a justificação das vantagens da regulação em comparação com os seus custos, efectuando para tal avaliações quantitativas, ponderações sobre os custos da regulação (de preferência também em termos qualitativos) e recorrendo a instrumentos simultaneamente efectivos e pouco dispendiosos, minimizando o peso dos poderes públicos na economia e na sociedade, com grande apoio no conhecimento técnico especializado e num saber científico sólido¹³³⁰.

No espaço jurídico europeu, a consequência porventura mais relevante da tendência geral de economicidade da ordem jurídica, das estruturas administrativas e do seu funcionamento tem a ver com a afirmação do *princípio da eficiência* como princípio jurídico fundamental ou, pelo menos, princípio geral da actividade administrativa, ao lado das tentativas de reforçar a eficácia desta actividade. Não surpreende, pois, a consagração expressa do

trabalhos neste domínio, com destaque para a obra *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection*, Chicago, American Bar Association, 2002. Para uma visão geral desta obra e análise do pensamento de Sunstein neste domínio cfr. MICHAEL ABRAMOWICZ, “Toward a Jurisprudence of Cost-Benefit Analysis”, *Mich. L. Rev.*, vol. 100, n.º 6 (May 2002), pp. 1708-1741. Cass Sunstein considera mesmo que no direito federal já emergiu um novo conjunto de regras ou princípios que constitui uma parte central da *common law* federal da política regulatória e que denomina por *princípios padrão de custos-benefícios* (“cost-benefit default principles”) os quais, desde que o Congresso não disponha expressamente em sentido diverso, autorizam as agências administrativas a fazer “de minimis exceptions” a exigências legais evitando pequenos riscos de controlos regulatórios, a considerar os custos e os benefícios resultantes da emissão de regulamentos sempre que as leis sejam ambíguas, a ponderar os riscos e os benefícios à saúde criados pelas suas disposições, a não regulamentar para além do ponto em que os regimes sejam económica ou tecnologicamente praticáveis e, em geral, a ponderar os custos da emissão de regulamentos em face dos seus benefícios. O que não invalida a consciência das dificuldades suscitadas a este nível, as quais são bem ilustradas no conhecido caso *Whitman v. American Trucking Association*, no qual o Tribunal deliberou que a EPA não podia considerar os custos no estabelecimento de *national ambient air quality standards*, por estes envolverem a referência à “saúde humana” e, como tal, tais standards deverem ser estabelecidos sem tomar em conta os custos, uma vez que a saúde pública exige um “juízo de custo cego”, baseado apenas na saúde. Em face das dificuldades, Sunstein conclui que estes princípios padrão deixam muitas questões em aberto, nomeadamente por serem gerais e abstractos, não sendo os argumentos no sentido do seu acolhimento indiscutíveis mas apenas “presumíveis”. Sobre esta matéria cfr. “Of courts and Law: Cost-Benefit Default Principles”, in: CASS SUNSTEIN, *Risk and Reason — Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002 (pp. 191-228).

¹³³⁰ Cfr. CASS SUNSTEIN, “Preface”, in: CASS SUNSTEIN, *Risk and Reason...*, cit., pp. viii-x; e “Introduction: Magnitudes, Tradeoffs, and Tools”, in: CASS SUNSTEIN, *Risk and Reason...*, cit., pp. 1-9.

princípio da eficiência em diversas constituições, que não apenas na Europa, normalmente como princípio orientador da actividade administrativa¹³³¹.

Socorrendo-nos uma vez mais da doutrina alemã para densificar o *conceito de eficiência*¹³³² diremos que ele parte do entendimento dado pelas ciências económicas, segundo o qual a eficiência se ocupa da *relação entre os custos* (meios, recursos) e o *fim* perseguido (o benefício, o êxito alcançado com a acção). Em termos jurídicos, podemos distinguir um princípio ou conteúdo mínimo e máximo: o seu *conteúdo mínimo* impõe a obrigação de conseguir o fim fixado ou objectivo determinado com a menor quantidade possível de meios, enquanto o conteúdo máximo parte dos meios disponíveis, aspirando a atingir com eles os maiores benefícios possíveis. Estamos perante uma regra de decisão para uma afectação óptima e racional dos recursos que, na Economia, em termos estritos aponta prioritariamente para a eficiência económica, para a rentabilidade do capital utilizado (embora logo aí possa comportar a referência a efeitos benéficos mais amplos), mas já em termos amplos indica uma eficiência abrangente do interesse público, do bem comum, entrando em jogo outros critérios e tipos de benefícios, por exemplo ao nível organizatório e social.

¹³³¹ É esse, designadamente, o caso do Brasil que, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, aditou o princípio ao art. 37.º da Constituição da República Federativa do Brasil, virado para o *resultado da acção administrativa*, pretendendo ligar à acção a qualidade do resultado, através da fixação de metas que têm de ser tidas em conta na prossecução do interesse público, tendo também como pano de fundo a melhor relação custo-benefício possível. Estará em causa tanto a eficiência administrativa propriamente dita (a qual reclama a acção sempre que esteja presente o interesse público), como a eficiência *técnica* (emprego dos meios adequados à satisfação das necessidades públicas) e *financeira* (equilíbrio entre o maior proveito global e os capitais investidos), traduzindo ainda o dever de prestar contas à comunidade (os princípios expressos na língua inglesa, por norma, pelos conceitos *responsiveness* e *accountability*). Neste sentido, cfr. VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, cit., pp. 195-197.

Também a Constituição Espanhola acolheu o princípio da eficácia no n.º 1 do art. 103.º, ao passo que a Constituição italiana tem uma recepção implícita, no n.º 1 do seu art. 97.º, pois a alusão ao “bom andamento” da Administração é entendido como reportando-se à necessidade de *eficiência e eficácia* da acção administrativa.

Em Portugal encontramos uma referência ao princípio da eficiência na al. c) do art. 81.º da CRP, mas circunscrito ao domínio da “utilização das forças produtivas”, como condição do desenvolvimento e do aumento do bem-estar económico e social e, também, do pleno emprego e, por inerência, da realização do direito ao trabalho (cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, vol. I., cit., p. 968). Porventura mais relevante é o estabelecimento de que os objectivos da descentralização e desconcentração administrativas não podem prejudicar a “necessária eficácia e unidade de acção da Administração” (art. 267.º, n.º 2) exigindo, segundo GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “o exercício da função administrativa de forma *eficiente e congruente*, dando cumprimento (...) às regras técnicas, da experiência e da racionalidade, asseguradoras da adequação, da economicidade, do rendimento, da simplicidade e da prontidão da actividade administrativa (cfr. *CRP Anotada*, vol. II., cit., p. 810). JOÃO LOUREIRO vai um pouco mais longe (cfr. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, *Studia Iuridica*, n.º 13, Coimbra Editora, 1995, p. 133), convocando a *cláusula do Estado Social* e o art. 267.º para defender o valor da eficácia da Administração em termos de organização e de procedimento (racionalização dos meios), defendendo que o princípio da eficiência deve ser uma *exigência dos direitos fundamentais*, podendo funcionar como “limite imanente” dos direitos fundamentais.

Na Alemanha, na ausência de disposições constitucionais expressas sobre o princípio da eficiência, a doutrina considera que as *raízes constitucionais* da eficiência podem ser encontradas em três diferentes níveis: do direito orçamental (com um significado económico directo), do direito ambiental (onde aponta para a ideia de sustentabilidade) e da protecção dos direitos fundamentais. Neste sentido cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht — Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung”, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, cit., pp. 249-251.

¹³³² Cfr., por todos, SCHMIDT-ABMANN, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., pp. 245-269 (pp. 246-248).

Com base no critério da relação óptima entre meios e fins, os parâmetros da eficiência, em termos jurídicos, são muito mais latos, podendo falar-se na eficiência financeira, mas também na *organizatória*, na *procedimental*, na *pessoal*, na *informativa* ou *informacional* e ainda na eficiência *normativa*, relacionada com a conformação das regras jurídicas. Desta pluralidade de dimensões resultam também consequências diversas, falando-se na eficiência do *resultado*, na eficiência da *execução* e na eficiência *dos efeitos* ou *consequências* da acção¹³³³.

Entre nós, João Loureiro, depois de comparar a eficiência com algumas figuras afins (produtividade, racionalização, eficácia, princípio do bom andamento e produtividade) opta por um superconceito (“Oberbegriff”) de eficiência que abarca diversas dimensões (isto é, caracterizado pela nota da pluridimensionalidade), a saber: realização eficaz de fins pré-dados (*eficácia* na realização dos fins), *optimização* (modo de realização óptima dos fins da Administração, no campo da racionalidade teleológica), *celeridade* (um dos fins a ser maximizado ou obtido com os menores custos) e *economia*¹³³⁴.

No que toca à relação com alguns conceitos próximos, o princípio da eficiência pode ser considerado uma dimensão do mais geral *princípio da racionalidade* que visa, em termos amplos, a transparência dos critérios de avaliação sendo o fundamento de todas as considerações de controlo e devendo ser distinguido da noção próxima de *eficácia* ou *efectividade*: ao passo que a eficiência se centra, como vimos, na utilização de recursos, o princípio da efectividade orienta-se para atingir ou para a prossecução de *fins*, visando a realização de um objectivo ambicionado. De qualquer forma, eficiência e efectividade não são conceitos opostos, pois um comportamento eficiente tem a presunção de representar também um comportamento efectivo ou eficaz¹³³⁵.

Centrando-nos agora nas dimensões exclusivamente administrativas da economicidade, devemos acentuar, à partida, que ela tem a ver com os passos dados na direcção de conceber cada vez mais a Administração como uma *empresa* e os administrados como *clientes*, numa lógica liberal, privatizadora e economicista. Como mostra Fielitz¹³³⁶, a inserção da Administração no mercado através da permuta de bens e serviços faz com que hoje a lógica da administração e a do mercado quase não se consigam distinguir, também por influência do direito europeu, a que se junta, em termos organizatórios, a grande flexibilidade da combinação resultante do princípio da liberdade de escolha da Administração, a qual é em princípio livre de optar pelas formas organizativas e/ou de actuação que lhe permitam executar as suas tarefas da melhor forma. Sendo aqui de voltar a referir o vasto processo

¹³³³ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., pp. 28-30.

¹³³⁴ Cfr. JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo...*, cit., pp. 131-133.

¹³³⁵ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., p. 248 e seg.; e HOFFMANN-RIEM, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., pp. 16-25. Sobre o *princípio da eficácia* no direito espanhol, cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo (Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control)*, Ariel Derecho, 2003, pp. 142-148: o Autor considera que a exigência de um poder administrativo capaz de tornar *efectiva* a ordem constitucional é uma das dimensões do Estado social, o que explica que o art. 103.º, n.º 1, da Constituição espanhola inclua o *princípio da eficácia* entre os que informam a actuação do poder público. O mesmo Autor confirma a aludida proximidade entre a eficácia e a eficiência, na medida em que autonomiza um verdadeiro princípio jurídico que apelida de *princípio da eficácia eficiente* (cfr. pp. 682-688).

¹³³⁶ Cfr. “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., pp. 815-817.

de debandada do Estado das mais variadas áreas sociais e económicas, na expectativa de que as forças sociais e as leis do mercado e da concorrência façam um melhor trabalho de economia de recursos do que o efectuado pelos poderes públicos, desde que *garantida* a intervenção pública para assegurar as condições básicas de funcionamento dessas estruturas e que a satisfação do interesse público não seja posta em causa. Isto é, enquadrando este recurso nos temas da *responsabilidade de garantia e de reserva* do Estado, devendo ser tidos em conta, de qualquer forma, as *despesas do controlo estadual*¹³³⁷.

Desta forma, compreende-se que a melhoria da eficiência e da eficácia da actuação administrativa tenha passado, no período histórico que temos tido por base ao longo deste Capítulo, pela transferência para a Administração Pública das experiências de modernização da economia privada, iniciadas no espaço europeu na Grã-Bretanha, sob a égide de Margaret Thatcher. É por isso necessário ter em conta os contributos do *New Public Management*, um modelo de gestão direccionado à modernização da administração pública, com a transposição para esta das técnicas da gestão privada e o acentuar do recurso ao e das virtualidades do mercado, da privatização, das parcerias público-privadas, sob o pano de fundo de uma compreensão neo-liberal.

Impôs-se paulatinamente, nas últimas três décadas, uma orientação administrativa para o mercado e para a concorrência, como pressuposto de uma actuação administrativa orientada para os fins (*efectiva*) e eficiente, para o que foi utilizada uma miríade de instrumentos, desde a privatização da organização administrativa e da realização de tarefas públicas até à abertura do mercado da concorrência através da cedência de monopólios públicos, de técnicas de gestão, de um recurso mais intenso à contratação e a novas formas de contratação que, no fundo, marcam o trânsito de um "Estado hierárquico e burocrático" para um "Estado contratual orientado para o mercado"¹³³⁸.

A concretização das exigências economicistas e, mais concretamente, das resultantes do princípio da eficiência em regras jurídicas operativas e eficazes tornou-se numa exigência conformadora do direito administrativo, que tem de estar preparado para possibilitar resultados óptimos com os recursos disponíveis. Desta forma, e em termos jurídicos, os esforços para a intensificação da eficiência não se podem traduzir na violação de regras jurídicas, não podem, numa palavra, pôr em causa a vinculatividade jurídica a que a Administração está sujeita. O que se verifica é que o princípio da eficiência passou a ocupar o seu próprio lugar no "bloco da legalidade" constituído pelo *princípio da juridicidade*, o qual exprime de uma forma mais geral a submissão da Administração à lei e ao Direito, não podendo o direito administrativo renunciar ao critério da eficiência, não apenas em termos financeiros, como vimos, mas abrangendo a protecção eficiente dos bens públicos. A justiça material que deve presidir a toda a actuação administrativa não se reduz à legalidade em sentido estrito, sendo necessário analisar a correcção e a justeza da decisão num sentido amplo, tendo também em conta os espaços de apreciação administrativa, produzindo o princípio da eficiência os seus efeitos ao nível da justiça material em sentido amplo¹³³⁹.

¹³³⁷ Cfr. HOFFMANN-RIEM, "Effizienz als Herausforderung...", cit., p. 55 e seg.

¹³³⁸ Cfr. KLAUS LÜDER, "Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor? — Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungsreform-diskussion", *DÖV*, 49. Jahrgang, Heft 3, pp. 93-100, *passim*.

¹³³⁹ Cfr. HOFFMANN-RIEM, "Effizienz als Herausforderung...", cit., p. 38. Na densificação desta ideia HOFFMANN-

O princípio da eficiência passou a fazer parte integrante dos parâmetros e dos critérios de racionalidade da actuação administrativa, sendo sobretudo de destacar a sua valência ao nível *procedimental*, acentuando em particular as necessidades de simplificação e aceleração dos procedimentos, pois estas têm também como consequência uma utilização mais racional dos recursos.

O tema dos domínios de referência ganha mais uma vez protagonismo e, dentro deles, o porta-estandarte é, ainda e sempre, o ambiente: não só ao nível dos procedimentos ambientais, com o exemplo destacado do procedimento de *avaliação de impacte ambiental*, mas mais em geral, quanto aos critérios da *eficiência ecológica*, que se revestem de enorme significado, constituindo um eixo central do actual direito do ambiente, como se demonstra na Alemanha à sociedade¹³⁴⁰.

O princípio da eficiência como princípio geral de direito administrativo assume uma importância mais destacada se relacionado com alguns aspectos específicos da abordagem que temos vindo a fazer: é isso que acontece quanto à actividade das *agências administrativas* regulatórias do espaço norte-americano¹³⁴¹, em relação à governança¹³⁴² e, sobretudo, no âmbito da *regulação* administrativa da economia, a qual tem por objectivo central a protecção dos consumidores e utentes, a garantia da confiança dos mercados financeiros e das empresas e de outros interesses públicos susceptíveis de serem lesados pela actuação dos agentes económicos (como o ambiente), tudo num quadro de actuação eficiente e eficaz de tais agentes.

2.11. A renovação das formas jurídicas da actividade administrativa

2.11.1. A importância do tema. Enquadramento

Deixámos para último lugar o repto ou desafio que se reveste de maior importância para a economia da dissertação: aquele que se reporta à renovação das formas jurídicas da actividade administrativa. Uma dissertação que pretende estudar a utilidade e os novos

RIEM trata sucessivamente a eficiência como elemento da *optimização de interesses*, da *aceitabilidade* e da *capacidade de execução* (ob. cit., pp. 38-40).

¹³⁴⁰ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, "Effizienz als Herausforderung...", cit., p. 260, citando alguns exemplos de acolhimento legal dos critérios da *eficiência ecológica*: a cláusula de protecção *dos solos* do § 1, n.º 5 e § 1º, n.º 1 do BauGB, o regime de intervenção do § 8 BNatSchG e o procedimento de AIA. É aliás curioso notar, a este propósito, que no ano 2000 REINER SCHMIDT mostrava-se ainda bastante "contido" quanto à configuração do princípio da eficiência como um critério jurídico geral do direito administrativo (apesar de considerar que a "indicação da acção" da eficiência era já um dos pontos da abordagem do direito administrativo geral), salientando antes o relevo de algumas abordagens específicas, com referência expressa ao caso da *eficiência ecológica*: cfr. "Die Reform von Verwaltung...", cit., p. 155 e seg.

¹³⁴¹ Estas agências administrativas são governadas por certos princípios comuns, elevados à categoria de princípios gerais de direito nos Estados Unidos, contando-se entre eles o *princípio da eficiência*, cuja aplicação exige que se determine se e em que medida as salvaguardas adicionais ao processo decisório de uma agência trazem mais benefícios em termos de justiça ou imparcialidade (*fairness*) e precisão (*accuracy*) do que os custos que comportam. Neste sentido, cfr. SILVA NETO, "Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano", in: DI PIETRO (Org.), *Direito Regulatório...*, cit., pp. 393-417 (p. 394 e seg.).

¹³⁴² Incluindo o *princípio da eficiência* no elenco dos princípios gerais de direito relacionados com a governança cfr. DIAS GARCIA, *Direito das Políticas Públicas*, cit. p. 147.

contornos dos actos autorizativos ambientais tem de assumir como uma das suas questões centrais a temática mais vasta da renovação das formas de actuação jurídica da Administração que se trava com particular intensidade no direito do ambiente, também aqui o campo de referência por excelência do direito administrativo geral.

Um dos eixos centrais da discussão que há três décadas se trava sobre a renovação do direito administrativo é a doutrina das formas jurídicas da actividade administrativa — doutrina com repercussões práticas evidentes.

Mais uma vez, a nova ciência do direito administrativo alemã apossa-se aqui do comando, devido à posição central que a doutrina das formas jurídicas da actividade administrativa desempenha no direito administrativo no seu conjunto e no seu sistema, em face da conexão entre as ideias de *conformação* e de *sistema*¹³⁴³. Essa posição central justifica-se pelas funções ou “mandatos” decisivos de que a teoria das formas de acção administrativa se reveste: por um lado, proteger as posições jurídicas dos administrados (*mandato protector*); por outro, colocar a Administração numa posição de plena assunção da realização das suas tarefas de interesse público (*mandato de efectividade*)¹³⁴⁴. Pode todavia distinguir-se também, com Ossenbühl¹³⁴⁵, uma *função racionalizadora* da formação sistemática das tarefas administrativas (em paralelo com a desempenhada pelos tipos de negócios jurídicos no direito civil) e uma *função de legalidade* (vinculação da Administração a regras procedimentais determinadas, assegurando o cumprimento de preceitos jurídicos e evitando a lesão de posições jurídicas subjectivas protegidas dos cidadãos).

Desde a época do Estado de polícia que as formas de acção administrativas se estabeleceram como elementos de garantia da própria prestação administrativa, sendo as portas ou aberturas através das quais se introduzem as actividades administrativas, na sua diversidade e com o seu carácter confuso, no mundo ordenado do direito. À riqueza e diversidade das tarefas e fins administrativos corresponde a diferenciação entre múltiplas formas de acção — autorizações, obrigações, proibições, directrizes, regulamentos, contratos, etc. — formas que desenvolvem um efeito jurídico disciplinador, servindo o desempenho legal e teleologicamente orientado das tarefas administrativas¹³⁴⁶.

Compreende-se, assim, que a discussão alemão sobre o *modelo de orientação* ou de *pilotagem* (a problemática do “Steuerung”) se projecte também sobre os *instrumentos ao serviço da pilotagem*, subalternizando em parte o papel dos instrumentos *jurídicos* ao reconhecerem que o Direito não constitui o único meio de orientação, mas que também o são o mercado, o pessoal e a organização.

O protagonismo da teoria das formas faz-se sentir mesmo em ponderação ou comparação com a teoria da *relação jurídica administrativa*: apesar do inegável préstimo teórico e

¹³⁴³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa — Su significado en el sistema del Derecho Administrativo y para el pensamiento administrativista actual”, *DocA*, n.º 235-236, 1993, pp. 7-31, pp. 8-10. Em sentido próximo, FRITZ OSSENBUHL considera que *um sistema das formas de acção jurídicas da Administração constitui um elemento central de uma dogmática do direito administrativo*: cfr. “Die Handlungsformen der Verwaltung”, *JuS*, 19. Jahrgang (1979), Heft 10, pp. 681-687 (p. 682).

¹³⁴⁴ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “La doctrina de las formas...”, cit., p. 13.

¹³⁴⁵ OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, cit., p. 681 e seg.

¹³⁴⁶ Seguimos aqui OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, cit., p. 681.

prático desta última, ao permitir um segundo acesso à formação do direito administrativo como sistema (tomando por objecto não as decisões mas as *relações dos sujeitos entre si*), a sua importância não vai ao ponto de se pretender que ela ocupe a posição da doutrina das formas, nomeadamente em face da estabilidade e clareza que esta última proporciona¹³⁴⁷.

Deve também sublinhar-se o *efeito reflexivo* da teoria das formas de acção administrativas, a qual obriga os estudiosos e os aplicadores do direito a debruçarem-se sobre elas, influenciando o estilo, a forma de actuação e o próprio conceito da Administração, bem como uma projecção ordenadora e conformadora na elaboração teórica do direito administrativo¹³⁴⁸.

Por último, assinala-se a importância que a teoria das formas de acção administrativas assume no contexto de um dos problemas cardeais do actual direito administrativo, em simultâneo um tema central da nossa dissertação: o conflito entre as exigências de *estabilidade* e as necessidades de *flexibilidade* projecta-se também aqui, na medida em que se por um lado se exige um certo grau de estabilidade e de formalização aos instrumentos de acção, por outro tem de haver uma actualização contínua da adequação que eles devem manter com uma realidade dinâmica e em permanente evolução, com a possibilidade de introdução de novas distinções ou autonomização de novas formas jurídicas de acção¹³⁴⁹.

2.11.2. As novidades

A pressão da reforma, das tendências privatizadoras, auto-reguladoras, desreguladoras, neo-reguladoras, da ideia de governança, do crescimento da actividade informal da administração, do desenvolvimento do direito reflexivo, bem como a crise do direito de ordenação clássico e o emergir dos inúmeros problemas tratados ao longo deste capítulo projectou-se de forma massiva sobre as formas de acção administrativa, impondo a sua actualização, reformulação, diversificação e modernização, bem como as inerentes europeização e internacionalização e ainda a simplificação, aceleração e desmaterialização respectivas.

¹³⁴⁷ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, "La doctrina de las formas...", cit., pp. 26-28. Note-se, em todo o caso, que VASCO PEREIRA DA SILVA (*Em Busca do Acto...*, cit., pp. 135-143) defendeu uma posição um pouco diferente, entendendo que o surgimento da Administração de infra-estruturas não se limitou a demonstrar as limitações conceptuais do acto administrativo e da teoria respectiva: a *relação jurídica multilateral*, enquanto modalidade de relação jurídica típica da Administração de infra-estruturas, levou também ao desenvolvimento de *novas modalidades de acção administrativa* de carácter muito heterogéneo, com a expansão da actuação administrativa informal, de estratégias de negociação, de estruturas de cooperação, etc. E a tentativa de entender o Direito Administrativo a partir da Administração de infra-estruturas segundo uma orientação de tipo objectivista conduz à defesa de que "o novo conceito central do Direito Administrativo deveria ser o das medidas de infra-estrutura". O Autor vai mais longe quando defende que a doutrina por si propugnada — a qual passa pela adopção da *relação jurídica* como conceito central do Direito Administrativo — permite resolver, numa perspectiva técnico-jurídica, a *diversificação das formas de actuação da Administração moderna* na medida em que, independentemente da forma de actuação escolhida existirá sempre uma relação jurídica administrativa (cfr. *ob. cit.*, pp. 186-188).

Em tempos mais recentes, sobre a importância e a noção das *relações jurídicas administrativas multipolares* cfr., entre nós, FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares — Contributo para a sua compreensão substantiva*, Alameda, Coimbra, 2011, *passim*.

¹³⁴⁸ SCHMIDT-ABMANN, "La doctrina de las formas...", cit., p. 10.

¹³⁴⁹ Enquadrando esta questão no âmbito das "tarefas da teoria das formas de actuação jurídico-administrativa", cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 251.

A doutrina das formas, na sua conformação tradicional, foi profundamente abalada e criticada, em particular enquanto esteve em larga medida concentrada no acto administrativo, concentração em todo o caso que já tinha sido completada pela importância que o contrato administrativo vem assumindo há várias décadas. Impõe-se aqui uma referência às tentativas de superação do *método jurídico* fundado no direito administrativo alemão de Otto Mayer, com uma perspectiva centrada no acto administrativo e em temas doutrinários, em cujo âmbito as formas tradicionais de actuação serviam, fundamentalmente, a *intervenção directa* e *reguladora* da Administração. No seio do “método jurídico” as actividades autoritárias com vista à protecção da liberdade e propriedade dos cidadãos eram as fundamentais, emergindo a *actividade* ou *administração ordenadora* como a mais relevante, designadamente ao serviço da tarefa liberal central da *defesa de perigos* através de actos administrativos de proibição, imposição, autorização, etc., geradores de relações jurídicas bipolares e sujeitos aos princípios da legalidade, da reserva de lei, da determinação e da proporcionalidade¹³⁵⁰. As formas autoritárias de actividade desenvolvidas pelo método jurídico foram também postas ao serviço de outro tipo de actividades, designadamente no âmbito da administração prestadora (“Daseinvsorge”) que se tornou fundamental no Estado de Providência¹³⁵¹. Todavia, se é certo que esse método tem de ser ajustado e actualizado, ele não está totalmente desactualizado, em particular quanto ao *acto administrativo* que, devido à sua flexibilidade interna e externa e capacidade de adaptação ainda constituirá o *centro do direito administrativo*¹³⁵². Como teremos oportunidade de ver melhor, continua a dar-se *centralidade ao acto administrativo*, não se tendo confirmado os prognósticos da perda de funções do instituto, apesar de ele conviver agora com uma panóplia mais diversificada de outras formas de acção.

A crescer ao extraordinário alargamento da actividade de ordenação na sociedade industrial, com o reforço das actividades de prevenção de perigos e a autonomização da de precaução de riscos, num caminho para um *direito administrativo do risco*, não é só o tradicional direito de polícia que perde em previsibilidade — particularmente em alguns dos ramos do direito administrativo especial, como o mais genérico direito administrativo económico e o mais delimitado direito do ambiente¹³⁵³.

¹³⁵⁰ Para a caracterização da *administração ordenadora* como forma do exercício de actividades autoritárias cfr. FIELTZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., p. 773 e seg. Sobre os modelos básicos da actividade de ordenação (preventivo e repressivo), a concretização da intervenção administrativa num controlo prévio, simultâneo ou sucessivo e as diferentes intensidades da ordenação (proibições absolutas e incondicionadas, proibições relativas ou com reserva do seu levantamento caso a caso pela Administração e liberdade de actividade com reserva de proibição caso a caso pela Administração) cfr. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo*, cit., pp. 642-647.

¹³⁵¹ Sobre o relevo actual do conceito da *Daseinvsorge* e o seu enquadramento nas novas dimensões que ganhou no Estado de precaução e de garantia, concluindo pela necessidade de *reconstrução do conceito* tal como foi introduzido no direito por Forsthoff, por forma a abranger novas formas cooperativas de prestação, cfr. MARKUS KRAJEWSKI, “Rechtsbegriff Daseinvsorge”, *VerwArch*, 99. Band, Heft 2, April 2008, pp. 174-196 (especialmente pp. 194-196). KRAJEWSKI refere também as dificuldades actuais em dar um conteúdo preciso ao núcleo central deste conceito, o qual todavia pode ser equiparado ao conceito francês de “services publics” ou ao europeu de “serviços económicos gerais”.

¹³⁵² Defendendo esta perspectiva, de forma expressa, para o *direito administrativo alemão*, cfr. KAHL, “Über einige Pfade und Tendenzen...”, cit., *passim* (especialmente pp. 497-499). Aderimos em absoluto a esta tese, como veremos melhor a seguir (*infra*, 2.11.3. e 2.11.4).

¹³⁵³ Cfr. *infra*, 2.11.5.

Mas o ponto fulcral que queremos agora abordar é o do extraordinário alargamento e diversificação das formas de actividade administrativa, através do recurso a instrumentos mais flexíveis, participados, concertados e negociados, com uma dimensão mais europeia ou mesmo global, a utilização de tecnologias informáticas, o recurso à cooperação e colaboração de associações, organizações e cidadãos, entre muitos outros aspectos — o que explica a dissolução de institutos e estruturas jurídicas que valiam no passado e que a *revisão e reformulação* destas formas, meios ou instrumentos seja um dos eixos centrais da discussão que hoje se trava no direito administrativo e, ainda, que as administrações públicas se apresentem agora como entidades extremamente diversificadas, não só quanto às suas fontes, aos campos e domínios das suas tarefas e às modalidades de conformação jurídica, mas também em relação às suas formas de acção¹³⁵⁴.

Mesmo as formas clássicas que resistem e continuam a revelar-se decisivas, com destaque para o acto administrativo, estão hoje dotadas de uma muito maior *complexidade*, o que é facilmente atestado pelos actos administrativos de efeitos múltiplos ou plurais, que exigem a ponderação de interesses públicos complexos, cuja prática reclama a intervenção de vários órgãos administrativos, na execução de leis que abrem amplos espaços de apreciação e a propósito dos quais se estabelecem relações jurídicas multilaterais ou poligonais. Mas, para além disso, com o alargamento dos tipos de actividades administrativas multiplicaram-se exponencialmente as modalidades das formas de actividade administrativa, com as inerentes dificuldades de as reduzir a denominadores comuns.

Sente-se uma mudança de um tipo de instrumentos administrativos em que a decisão era feita de forma apriorística pela lei ou deixada no âmbito da discricionariedade administrativa, para instrumentos opcionais, em que a escolha é deixada do lado do destinatário do acto: nomeadamente devido à situação cognoscitiva incerta característica da sociedade do risco, passou-se de instrumentos de direcção ou orientação jurídica baseados em cadeias causais e previsões claras para outro tipo que reclama um alto grau de capacidade inovativa. É assim frequente que se ceda a escolha de alternativas aos interessados, procurando a Administração estimular as opções desejadas, seja através de *estímulos positivos* (subvenções e benefícios fiscais) ou *negativos* (encargos tributários), seja ainda pelo incentivo de comportamentos orientados para o mercado, designadamente em termos de soluções compensatórias¹³⁵⁵.

No abandono da postura exclusivamente imperativa a Administração complementa as *actividades administrativas autoritárias* por actividades *cooperativas*, pela realização de tarefas públicas *por privados*, pelas actividades que resultam da *participação no mercado* da Administração, tudo no quadro da assunção de uma responsabilidade administrativa de garantia da prossecução do interesse público na realização de tarefas ou no exercício de actividades.

¹³⁵⁴ Expressamente neste sentido, considerando que a Administração alemã nunca foi tão diversificada como hoje em relação aos aspectos assinalados no texto e que, simultaneamente, nunca se colocaram tão grandes desafios à ciência jurídica como nos nossos dias, cfr. FIELTZ, "Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung", cit., p. 837.

¹³⁵⁵ Sobre o tipo de instrumentos reclamados pelo novo "direito do risco" e o abandono de instrumentos baseados em cadeias causais e previsões claras, cfr. SCHMIDT-ABMANN, "Recenti sviluppi...", cit., p. 32 e seg.); em relação ao trânsito dos instrumentos "modais" para os opcionais ou condicionais, cfr. HOFFMANN-RIEM, "Tendenzen...", cit., p. 435.

Deve mencionar-se desde logo a realização de actividades administrativas por formas cooperativas, que exigem da Administração uma “ponderação de interesses comunicativa e interactiva” conducente à geração de consensos e a uma maior garantia de aceitação das decisões administrativas¹³⁵⁶. Esta nova dimensão do Estado — o “Estado cooperativo” — conduz a uma optimização da realização das tarefas estaduais por intermédio da convocação da dinâmica e dos contributos dos privados afectados, superando as possibilidades da acção administrativa levada a cabo de forma unilateral, sendo significativa por exemplo quanto à colaboração de associações económicas privadas no estabelecimento de normas técnicas¹³⁵⁷.

Outra das linhas de renovação tem a ver com a *privatização material*, isto é, com a transferência de tarefas administrativas para privados, permitindo o exercício privado de funções públicas. Contando-se entre as funções públicas passíveis de ser exercidas por privados algumas das tradicionalmente mais relevantes, como a própria actividade normativa, uma vez que a colaboração das associações privadas (económicas, técnicas ou industriais) no estabelecimento de normas técnicas é hoje uma realidade incontornável, tanto ao nível interno como global¹³⁵⁸.

Com o aprofundamento desta tendência, a confiança que o legislador coloca nos privados para a realização de tarefas públicas determina que o papel da Administração fique limitado às funções de *regulação* (iniciação) e *controlo* das actividades dos privados¹³⁵⁹. Daí a importância de que se reveste, neste contexto, o tema da “auto-regulação regulada” e das regras que compensam a perda de governo e controlo público decorrente da privatização.

Os domínios principais da realização de tarefas públicas por privados — o mesmo é dizer, os domínios onde a *privatização material* se tem feito sentir com mais intensidade — são os da administração de prestação e das infra-estruturas, este último muito por força dos impulsos de privatização oriundos do direito comunitário¹³⁶⁰.

Em parte devido a esta privatização perfilam-se, ao lado das tradicionais formas de acção administrativas, formas de *auto-regulação privada* — seja ela publicamente regulada ou não — e outros tipos de *formas indirectas de comando*, em particular os citados estímulos económicos, a utilização de instrumentos de mercado e os permitidos pela comunicação electrónica. A doutrina reconhece à auto-regulação privada publicamente regulada uma

¹³⁵⁶ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., p. 435.

¹³⁵⁷ Cfr. FIELTZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung” cit., p. 791.

¹³⁵⁸ Como nos mostra sinteticamente MENTZ ALBRECHT (“Auto-Regulação...”, cit., p. 625 e seg.) muitas das técnicas de regulação privada utilizadas por entes reguladores privados que actuam como terceiros independentes no âmbito internacional (como exemplo paradigmático pode ser referido a ISO — *International Organisation for Standardization*) têm carácter normativo ou para-normativo: será o que acontece com as técnicas de *normalização* (*standardization*), de *certificação* (*seal*) e *classificação* (*rating*), referindo a Autora ainda as técnicas de *monitorização*, *aconselhamento* e *arbitragem*.

¹³⁵⁹ Cfr. FIELTZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung” cit., p. 802.

¹³⁶⁰ Sobre a privatização nos domínios da administração de prestação e das infra-estruturas, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto...*, cit., p. 105 e 139 aludindo, nesta última, ao facto de se verificar uma tendência cada vez maior “na moderna Administração de infra-estruturas (...), no sentido da substituição de métodos impositivos por «estratégias de negociação, pelo trabalho conjunto de todos os intervenientes ('partnerschaftliche Zusammenarbeit')», dando origem ao desenvolvimento de «estruturas de cooperação em numerosos domínios do Direito Público...»”.

função de *complementaridade* e de *cooperação* entre público e privado, em que os actores públicos desempenham funções legislativas e administrativas e os privados executam actividades privadas que, todavia, concorrem para o adequado exercício das funções públicas, que não pode mais ser assegurado sem elas¹³⁶¹. Dessa forma, não apenas a *auto-regulação privada* mas o tema mais genérico da *regulação* ou do *direito administrativo da regulação* não pode ser negligenciado, sobretudo na medida em que ele tem antes de mais a ver com a questão da autoria das acções e dos *instrumentos* ou *formas de acção* originais e diferenciados que são utilizados sob a sua égide: as autoridades administrativas independentes — na medida em que suportam, em grande parte, a responsabilidade pela regulação dos novos mercados — tendem a desenvolver mecanismos de regulação distintos da regulamentação clássica, mecanismos que assentam num trabalho de publicidade e persuasão, negociação, utilização de instrumentos pedagógicos, de normas de referência, de códigos deontológicos e do exercício de funções consultivas, com vista a regular o mercado e a prevenir as eventuais falhas e não tanto a sancionar comportamentos.

Entre os novos instrumentos ou formas de acção que substituem ou, melhor, complementam os tradicionais instrumentos de direcção os *comportamentos informativos* da Administração assumem papel de inquestionável relevo: a revelação e partilha da informação apresenta-se como uma ferramenta fundamental para incentivar todas as formas de actividade concertadas, consensuais, cooperativas e reflexivas, sendo neste contexto que se enquadra a já tratada autonomização de um direito administrativo da informação. Não está aqui apenas em jogo o fornecimento e partilha da informação, mas também a provisão de conselhos, avisos, assessoria, ajuda, no âmbito de processos dialógicos de aprendizagem e/ou persuasão dos cidadãos, também enquadradas no exercício de actividades em cooperação. Como veremos no capítulo seguinte a virtualidade da utilização destas técnicas e formas de acção no direito do ambiente tem-se revelado muito fértil, sendo muito por força deste que o direito da informação marca hoje uma tendência evolutiva geral no direito administrativo.

Outra tendência de fortíssimo relevo da renovação das formas de actividade administrativas é a que passa pelo reforço do papel da *actividade administrativa informal*. Apesar das incertezas e inseguranças que giram em torno do conceito da actividade informal da Administração, a doutrina tem chamado a atenção para a necessidade de a integrar na análise sistemática do direito administrativo, sublinhando que mais do que um perigo ela representa um desafio para a doutrina das formas, aberta de maneira especial à reforma, por não ser ainda uma doutrina acabada¹³⁶². Essas incertezas e inseguranças resultam de a actividade administrativa informal poder abranger todas as actividades que não se desenvolvem nas formas jurídicas conhecidas, embora tenha sobretudo a ver com negociações preliminares, acordos, recomendações, indicações, promessas de flexibilidade ou tolerâncias (em relação ao cumprimento de regras), meras declarações, etc.

Apesar de não existir uma proibição geral de recurso à actividade administrativa informal, esta actividade não está livre do princípio da legalidade da administração, devendo a sua potencial perigosidade ser enfrentada com os mecanismos de tutela do Estado de Di-

¹³⁶¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 173-176.

¹³⁶² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, "La doctrina de las formas...", cit., pp. 29-31 (p. 31).

reito que se revelem adequados no caso concreto¹³⁶³. Este ponto é muito sensível, uma vez que às vantagens que resultam da utilização destas formas informais, com destaque para os ganhos de eficácia, contrapõem-se os riscos de fraude e de violação da lei. Na ausência de regras legais específicas vinculativas da acção informal da Administração, assumem grande interesse os *princípios gerais da actividade administrativa* que, no caso português, são aplicáveis “a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada” (n.º 5 do art. 2.º do CPA).

A referência actual a um Estado de garantia, para cuja regulação se tem desenvolvido um *direito administrativo de garantia* tem a ver com um dos novos papéis assumidos pelo Estado no exercício das suas tarefas, o que explica que a *Administração de garantia* tenha passado a fazer parte do conjunto das tarefas estaduais, de acordo com alguma doutrina do exercício de actividades autoritárias primordialmente dirigidas à protecção da liberdade e propriedade dos cidadãos perante perigos¹³⁶⁴. Em face do alívio de uma série de funções outrora atribuídas ao Estado, as formas de actividade de garantia são muito relevantes ao nível do mercado, no sentido de assegurar o funcionamento das estruturas de mercado (tanto no interesse dos privados, enquanto consumidores ou utilizadores e enquanto fornecedores, como no interesse da funcionalidade dos mercados e da concorrência) e de minimizar as suas eventuais falhas. A Administração actua aqui prioritariamente através de formas de acção supervenientes (controlo *ex-post*), assegurando a supervisão do mercado e a administração da concorrência.

A relevância das formas de acção características da administração de garantia é também muito grande ao nível infra-estrutural, em articulação com a actividade administrativa de planeamento geral e especial, bem como para assegurar a administração das infra-estruturas de rede, fundamental para o funcionamento em rede dos diversos actores que assumem responsabilidades no seio do novo modelo de governança.

Em face da grande panóplia e diversidade de formas de actuação administrativa que hoje se perfilam, ainda mais alargada pela circunstância de não se poder falar num *numerus clausus* destas formas, sendo continuamente desenvolvidas, aperfeiçoadas ou transformadas formas já conhecidas ou mesmo geradas novas formas de acção, torna-se necessário o desenvolvimento doutrinal de critérios de escolha das formas da acção administrativa. Apesar de, em termos genéricos, se poder falar num *princípio da liberdade de escolha das formas de actuação* administrativas — que, no limite, não se reporta apenas à escolha da forma de actuação jurídico-pública mais adequada na situação concreta, mas à própria escolha prévia entre as formas de actuação jurídico-públicas e jurídico-privadas¹³⁶⁵ —, há muitos limites e reservas a fazer a tal princípio, desde logo porque a opção por uma ou outra forma terá muitas vezes implicações ao nível do regime jurídico que regulará a situação ou relação jurídica disciplinada por essa forma de actuação.

No âmbito de uma tal compreensão as *orientações normativas da actividade administrativa* (a *igualdade*, a *proporcionalidade*, a *eficiência*, a *economia*, a *transparência*, a *busca*

¹³⁶³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Recenti sviluppi...”, cit., p. 69.

¹³⁶⁴ Cfr. FIELITZ, “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, cit., pp. 785-787, que seguimos no essencial em texto.

¹³⁶⁵ Sobre o *princípio de liberdade de escolha das formas de actuação*, nos termos aqui expostos e chamando a atenção para as dúvidas que, nomeadamente na jurisprudência alemã, se levantam em relação a ele, cfr. OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, cit., p. 686 e seg.

do consenso, etc.) jogam um papel de bastante significado, fornecendo critérios ou parâmetros que constituem linhas de orientação permanentes para a configuração da actuação administrativa e a respectiva escolha por uma ou outra forma de acção¹³⁶⁶. Sobretudo porque muitas destas “orientações” se transformaram hoje em princípios gerais de direito ou, pelo menos, em princípios gerais da actividade administrativa os quais, como vimos, vinculam no direito português *toda a actuação da Administração Pública*, de acordo com o n.º 5 do art. 2.º do CPA. Sendo ainda de referir que eles podem valer tanto em termos procedimentais como numa dimensão material ou substancial.

A necessidade de recorrer a estes critérios de escolha reforça a nota de *reflexividade* que caracteriza as novas abordagens do direito administrativo. A reflexividade potencia a utilização de muitos dos novos instrumentos já tratados, nomeadamente os que têm a ver com a *auto-regulação* pela indústria e por outros sectores de regulados, que tem subjacente uma marca de auto-consciencialização e, como tal, a teoria da reflexividade. A afirmação do *direito reflexivo* acentua o papel de formas indirectas e abstractas de controlo jurídico, nomeadamente as que passam pela revelação e partilha da informação, pela utilização de instrumentos económicos (como as autorizações de emissão negociáveis, no direito ambiental) e sistemas de gestão ambiental — utilizando-se o direito para reforçar os mecanismos de reflexão da sociedade em vez de intervir directamente no comportamento das pessoas, tornando as instituições sensíveis aos efeitos exteriores e maximizando a sua racionalidade interna¹³⁶⁷.

A questão da renovação das formas de actividade administrativa deve ainda ser enquadrada na afirmação do novo modelo de *governança*, na medida em que esta aponta no mesmo sentido de defender que os instrumentos soberanos e autoritários não permitem mais definir as relações entre o cidadão e os poderes públicos nem explicar o novo imbricamento entre a esfera pública e a esfera privada. O conceito de governança serve também para descrever a criação de espaços de partilha de experiência e de conhecimentos entre os diversos intervenientes e as novas formas de acção caracterizadas pela abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência, enquadrando-se perfeitamente na temática em análise. O mesmo se devendo dizer em relação à posição de maior fulgor que o *soft law* tem vindo a desempenhar no contexto da discussão sobre a renovação do direito administrativo e à articulação de ambos os temas com as políticas públicas¹³⁶⁸.

2.11.3. O lugar das novidades – em especial, o complemento ou suplemento das formas tradicionais

Este sub-ponto assume um protagonismo incontornável na nossa dissertação, uma vez que esta se orienta primacialmente para o estudo de uma forma de acção administrativa clássica (o acto administrativo autorizativo) no contexto dos novos desafios e reptos colo-

¹³⁶⁶ Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 280.

¹³⁶⁷ Neste sentido, e em referência à obra de Teubner (nomeadamente ao seu artigo citado “Substantive and Reflexive Elements...”), cfr. DANIEL J. FIORINO, “Rethinking Environmental Regulation...”, cit., pp. 445-450 e 464-466.

¹³⁶⁸ Como mostra RAMÍREZ-ESCUADERO (cfr. “La autoridad del Derecho...”, cit., p. 266) o *soft law* é fruto de políticas públicas caracterizadas pela sua capacidade de adaptação ao meio, principalmente através de técnicas participativas que garantam a presença de todos os actores afectados.

cados na sociedade do risco à tutela ambiental. Como tal, importa-nos mostrar que a renovação das formas de actuação da Administração Pública não tem implicado tanto a substituição dessas formas clássicas mas antes o seu complemento e suplemento pelas novas e o aproveitamento, renovação e reformulação das formas tradicionais. São aqui de recordar as sábias palavras de Wolfgang Kahl, ao defender¹³⁶⁹ que o *método jurídico* tradicional não está desactualizado, tendo apenas de ser ajustado e diferenciado, o que é especialmente verdade em relação à mais tradicional forma de acção administrativa, o *acto administrativo*: devido à sua flexibilidade interna e externa e capacidade de adaptação ele é ainda o *centro do direito administrativo alemão*¹³⁷⁰.

No contexto referido, interessa-nos sobretudo a *reabilitação do acto administrativo*¹³⁷¹, forma que se revelou suficientemente elástica e flexível para permitir alcançar, por seu intermédio, cooperação, consenso e aceitação, sendo a flexibilidade assegurada, nomeadamente, pelo recurso à aposição de cláusulas acessórias — o que permite ao acto administrativo continuar a afirmar-se como instrumento de realização das tarefas administrativas desempenhando, em simultâneo, uma tarefa de protecção dos cidadãos, sendo o critério da sua conformidade ao direito não apenas a legalidade mas também a justiça material. Por estas razões, o acto pode até já não ser visto como a forma mais importante da actuação administrativa, mas como a mais *capaz* ou mais *eficiente*.

Assim, a reconfiguração do tema das formas da acção administrativa e as novas modalidades utilizadas devem ser vistas como complementares ou, talvez ainda melhor, suplementares das formas clássicas, continuando estas últimas a desempenhar um papel fundamental, com realce para o acto administrativo o qual, todavia, é revestido de novas roupagens e desempenha novas funções, como veremos já de seguida.

2.11.4. A reconformação do acto administrativo

A resistência do acto administrativo aos ventos de mudança que têm soprado no direito administrativo e na respectiva ciência nas últimas décadas traduz-se na manutenção do seu lugar central no contexto das formas de actividade da Administração, mas não significa que ele não tenha sofrido uma profunda renovação, reconformação, actualização e/ou mo-

¹³⁶⁹ Cfr. "Über einige Pfade und Tendenzen...", cit., *passim*. Em sentido próximo, cfr. SCHMIDT-ABMANN, "Cuestiones fundamentales...", cit., p. 79 e segs. mostrando que a "mudança de perspectiva do direito administrativo" (p. 79) não resulta num afastamento geral do modelo tradicional mas antes em fazer-lhe adaptações e inovações por intermédio de uma *interacção recíproca* entre a tradição e a novidade, dando o exemplo do papel fundamental que o acto administrativo continua a desempenhar.

¹³⁷⁰ Sobre o domínio tradicional do *método jurídico* na ciência do direito administrativo alemã, cfr. VOBKUHLE, "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", cit., pp. 4-6. O método jurídico tem uma perspectiva centrada no *acto administrativo*, investigado com independência face às tarefas da Administração e procurando assegurar a sua conformidade com a lei; a investigação foca-se na *decisão administrativa* definitiva e nos seus efeitos, sendo descurado o processo decisório e os factores que o influenciam (organização, pessoal, recursos, etc.); o material jurídico é ordenado num esquema binário (eficácia/nulidade, direito público/direito privado, direito interno/direito externo, Estado/Sociedade, etc.); as suas prioridades são as funções de *estabilização*, de *auxílio* da aplicação jurídica no caso concreto, de *controlo*, de *crítica* e de *recepção*.

¹³⁷¹ Cfr., no direito alemão, REINER SCHMIDT, "Die Reform von Verwaltung...", cit., p. 158 e seg. — cujo pensamento perfilhamos no texto.

dernização, em suma, uma adaptação ao conjunto de renovações do direito administrativo. Daí resulta a *europização, transnacionalização, privatização, procedimentalização e complexificação* do acto administrativo, que é hoje menos estático e mais dinâmico, tendo visto a sua firmeza ser abalada, sendo mais apto à revisibilidade, à alterabilidade e à adaptação.

Enquadrando o acto no contexto mais geral do direito de ordenação, ele sofreu desde logo as modificações resultantes de este direito ter evoluído de um direito de prevenção do perigo para um mais geral direito da prevenção do perigo e da precaução do risco.

Com a *administração do risco* o direito de ordenação perdeu em previsibilidade, convertendo-se num *direito administrativo do risco* no qual a acção administrativa se tornou muito mais finalista (a decisão "boa", "correcta" ou "justa" não está fixada à partida, dependendo da finalidade da norma à qual visa dar aplicação), mais flexível, fazendo-se sentir a desmaterialização do direito em virtude de um recurso muito mais frequente a cláusulas de recepção de outros conhecimentos e saberes que remetem para fora da esfera de actuação própria das autoridades administrativas e a sua procedimentalização, apelando à colaboração e à cooperação com privados, bem como o reforço das actividades de vigilância, inspecção, controlo, de partilha da informação e de uma maior cooperação entre a Administração e os agentes económicos e sociais¹³⁷².

Também por intermédio de novas formas de regulação especialmente aptas para resoluções administrativas complexas foi possível forçar a tradicional estática do acto administrativo, introduzindo-lhe margens de flexibilidade, embora com limites. É isso que se passa com os actos provisórios, os actos precários, as autorizações parciais e outras formas de resolução sequencial em que o *juízo* ou *pronúncia global positiva provisória*, a estratificação do procedimento e os efeitos de preclusão produzidos assumem grande relevo¹³⁷³.

A grande alteração no desenho do acto administrativo tem precisamente a ver com o equilíbrio entre liberdade e vinculação, entre estabilidade e flexibilidade, entre adaptação às flutuações do interesse público e protecção do adquirido e da confiança: os promotores económicos podem agora, num número muito maior de casos, iniciar as actividades antes ou independentemente de um acto autorizativo "final", são muito mais responsáveis pela conformação jurídica da sua actividade e pelo desenvolvimento das suas acções, só que, como reverso, suportam um grau mais intenso de responsabilidade e uma protecção do adquirido, do seu investimento e da própria confiança menores. Neste contexto, o ponto essencial das tarefas públicas em torno do acto administrativo desloca-se de uma função de controlo preventivo para uma função de controlo do cumprimento, de acompanhamento, de fiscalização ou, mesmo, uma função repressiva e de sancionamento¹³⁷⁴.

¹³⁷² Sobre a *Administração do risco* e o *direito administrativo do risco*, no sentido referido no texto, cfr. FIELTZ, "Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung", cit., pp. 774-777.

¹³⁷³ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 262 e seg.

¹³⁷⁴ Em sentido próximo, cfr. FRIEDRICH SCHOCH, "Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität", in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (Hrsg), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Band 2, pp. 199-244 (p. 244).

2.11.5. Os domínios de referência do direito administrativo especial como campo experimental

Também em relação às formas da actividade administrativa os domínios de referência do direito administrativo especial, mais uma vez com prioridade para o direito do ambiente, demonstram-se como um campo experimental decisivo onde os novos instrumentos têm sido propostos e testados ou, numa relação inversa, funcionam como campo de ensaios fundamental para submeter à prova os novos instrumentos¹³⁷⁵. O direito do risco e o direito da inovação, genericamente considerados, são dois campos de referência privilegiados das novas perspectivas da ciência jurídica e para o *desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos* de pilotagem ou orientação¹³⁷⁶.

Em relação ao direito do ambiente, as dificuldades e alta complexidade desta área do direito conduziram ao desenvolvimento de um arsenal de instrumentos de acordo com os novos princípios que se traduziram numa miríade de novidades, a serem estudadas no próximo capítulo, contando-se entre elas a auto-consciencialização e a teoria da reflexividade¹³⁷⁷, com actividades de *produção normativa* empreendidas tanto pelo Estado como por sujeitos privados. Como explica Schmidt-Aßmann¹³⁷⁸, o direito do ambiente é um dos campos onde melhor se notam as virtudes e os limites das técnicas administrativas clássicas e daí o ensaio neste domínio de diversos modelos de cooperação, de modelos de direcção ou controlo *recursivo* (auto-controlo ou auto-regulação), e muitas outras novidades de que nos ocuparemos. O que não invalida, em todo o caso, que os instrumentos regulatórios (imperativos) sejam irrenunciáveis, nomeadamente devido às garantias do Estado de Direito que oferecem.

As tendências de inovação são fortemente impulsionadas pelo direito europeu, com diversas directivas a serem responsáveis por algumas das principais transformações ao nível dos instrumentos de direcção jurídico-administrativas e para a adopção de formas de direcção cooperativas que assentam em abordagens próprias da gestão, procurando uma adequação entre o interesse particular da empresa e o interesse público, deixando para a Administração o papel de “controladora do controlo” ou dos controladores, assistindo-se ainda ao desenvolvimento de um *direito procedimental privado*¹³⁷⁹.

¹³⁷⁵ Como mostra INDRA SPIECKER genannt DÖHMANN (“Das Verwaltungsrecht...”, cit., especialmente p. 1079) a abordagem da pilotagem ou da orientação (“Steuerungsansatz”) tem tido consequências diferenciadas ao nível do direito administrativo geral e do direito administrativo especial: ao passo que este tem reagido através da utilização de e da instrumentação do acesso regulatório a uma *diversidade de instrumentos* alternativos, o primeiro tem-se refreado, sem se notar o reflexo de uma série de influências.

¹³⁷⁶ Cfr. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Risiko- und Innovationsrecht im Verbund”, *DV*, 38. Band, Heft 2, 2005, pp. 145-176, *passim*.

¹³⁷⁷ Cfr. STANFORD E. GAINES/CLÍONA KIMBER, “Redirecting Self-Regulation”, cit., especialmente pp. 159-168.

¹³⁷⁸ Cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 115-118 — obra que vamos seguir no texto.

¹³⁷⁹ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, “Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive”, cit., p. 172 e seg. — dando exemplos destas directivas, como as sobre *auditoria ecológica*, sobre *segurança dos produtos*, sobre mecanismos complementares de garantia da *qualidade dos produtos* (certificações), bem como da execução de procedimentos de *acreditação* e dos *sistemas de certificação*.

2.12. Outras inovações

A nossa intenção, neste capítulo, era apenas dar um apontamento de alguns dos ventos de mudança que sopram no direito administrativo nas últimas três décadas — centrando a nossa atenção na situação no continente europeu, com particular ênfase na doutrina germânica. No entanto, apesar do nosso esforço no sentido contrário, foi impossível conter num espaço limitado tal descrição. De qualquer forma, temos perfeita consciência de que foi muito mais o que ficou por dizer do que aquilo que foi dito.

Para procurar, numa ínfima parte, suprimir tais lacunas, abordaremos ainda, de forma exemplificativa, algumas das inovações que ficaram por tratar e que se projectarão sobre o objecto central da nossa dissertação, os actos autorizativos ambientais.

i) O tema transversal da *sociedade do risco*, trazido para o mundo das ciências sociais e também do direito sobretudo pelas mãos de Ulrich Beck e de Anthony Giddens, tem consequências evidentes para os pressupostos, a filosofia, os instrumentos e os meios de acção administrativa ao nível ambiental, razão pela qual não deixarão de estar presentes na investigação a fazer ao longo do próximo capítulo. Uma das ideias desenvolvidas por Beck, em torno do conceito de risco, é que este inverte a relação entre passado, presente e futuro, já não sendo o passado a determinar o presente, mas antes o futuro. O que abala profundamente a lógica do direito e é um enorme factor para potenciar a flexibilidade e a revisibilidade constante do direito e dos seus institutos e instrumentos.

As mudanças provocadas na configuração e actuação do Estado e no direito público¹³⁸⁰ pelo risco tornaram o primeiro numa forma de organização ambígua, incerta e evolutiva, estando no coração da evolução e da mudança a *ciência* e a *técnica*. A sociedade do risco desconstruiu os fundamentos clássicos do Estado de Direito — nomeadamente em matérias tão relevantes para nós como a certeza e a segurança do direito, a protecção da confiança, a força de caso decidido dos actos administrativos, entre muitas outras — em especial devido à necessidade de integrar a *incerteza científica* com recurso constante à ciência e à técnica e fazendo-se sentir a necessidade de unir *saber e poder*, para que os diversos riscos (em particular os ambientais, sanitários e biotecnológicos) possam ser aceites, apreendidos e geridos. Só com a introdução de um discurso e de um saber suportado na ciência e na técnica o direito pode garantir a objectividade que resulta destes conhecimentos especializados, tornando possível a interpretação dos riscos para reagir com eficiência e eficácia aos mesmos, fazendo o direito a mediação entre o justo e o sábio, criando modelos, sistemas de regras, respostas mais ou menos adaptadas, contingentes e evolutivas. Como vimos ao longo do capítulo, a nova normatividade do direito é mais aberta, difusa, flexível e suave, permitindo mais facilmente o acolhimento da ciência e integrando a sua linguagem no discurso jurídico. O facto de a abordagem jurídica dos riscos ter de ser feita em terrenos muito mais movediços e frágeis do que no passado é bem expresso pela “invenção”, nesta sede, do princípio da precaução, que Naim-Gesbert considera “a arma de juridicização dos riscos biotecnológicos, sanitários e ambientais”.

¹³⁸⁰ Cfr. a excelente síntese sobre o tema de NAIM-GESBERT, “Droit, expertise et société du risque”, *R.D.P.*, n.º 1/2007, pp. 33-50, que seguimos no texto.

ii) Resultou também da análise feita ao longo do capítulo que os tempos actuais são de uma sociedade do conhecimento onde nunca se soube tanto, mas onde foi atingido um estado único de consciência das profundas e inúmeras lacunas do conhecimento, com o reconhecimento dos limites do conhecimento disponível, da incerteza e da ignorância que temos perante nós. Em termos jurídicos esta compreensão das coisas faz destacar sobretudo as enormes dificuldades que o direito tem em lidar com o futuro. Ulrich Beck salienta que o conceito contemporâneo de risco se refere a uma *síntese particular entre conhecimento e desconhecimento*, em que mais e melhor conhecimento se transformam na fonte de novos riscos, já que a ciência, abrindo novas esferas de acção, cria novos riscos, v. g. no domínio da genética¹³⁸¹. Neste quadro, e como mostra Gomes Canotilho, a fase actual do Estado é de *luta contra a ignorância* (a “violência pós-moderna”), devendo procurar transformar-se num *Estado de ciência e de saber* o qual “terá de enfrentar a iliteracia científica, informática e comunicativa para dar solução à violência da ignorância”, só podendo continuar a manter-se como Estado de Direito, como Estado democrático e como Estado Social se conseguir realizar-se como *Estado educativo*, criando para o efeito infra-estruturas baseadas na educação e na ciência¹³⁸².

iii) A problemática da *reflexividade do direito* e do *pensamento jurídico*, por nós timidamente esboçada, tem também uma forte ligação com os dois temas anteriores, pois como evidencia Beck¹³⁸³, uma sociedade que se compreende como uma sociedade do risco torna-se reflexiva: há uma fortíssima componente de auto-análise e de auto-reflexão no tema dos novos riscos, definidos como a forma como a “sociedade híbrida” em que vivemos observa, descreve, valoriza e critica a sua própria hibridéz. A modernidade tornou-se reflexiva, isto é, preocupada com as consequências e os riscos não intencionados das suas acções, sendo neste contexto que BECK alude à noção de “segunda modernidade reflexiva”, pretendendo significar com ela que não temos razão, siso ou discernimento (*Vernunft*) suficientes para viver e agir numa idade global de incertezas fabricadas, industriais ou manufacturadas¹³⁸⁴.

Em todo o caso, é evidente que a reflexividade do direito vai muito para lá do modelo explicativo da sociedade do risco, na medida em que está ligada à *auto-referência* e *auto-poiesis* do sistema jurídico, como Luhmann e Teubner têm tido o mérito de demonstrar, no seio do processo fragmentado de globalização mundial e do pluralismo jurídico da sociedade mundial emergente, que criou um processo *descentralizado* de feitura do direito em múltiplos sectores da sociedade civil¹³⁸⁵.

Neste âmbito, o *direito reflexivo* de Teubner¹³⁸⁶ caracteriza-se por um novo tipo de auto-restricção jurídica, uma vez que não pretende assumir a responsabilidade pelos resul-

¹³⁸¹ Consistindo os riscos no próprio desconhecimento ou ignorância, no facto de ainda não se ter conhecimento ou consciência dessas ameaças potenciais: cfr. ULRICH BECK, “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”, in: BARBARA ADAM, ULRICH BECK/JOOST VAN LOON (Eds.), *The Risk Society and Beyond — critical issues for social theory*, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi, 2000, pp. 211-229 (p. 216 e seg.)

¹³⁸² Cfr. “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, *Estudos em Homenagem ao Doutor Rogério Soares*, colec. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, 2001, pp. 705-722 (p. 711).

¹³⁸³ Cfr. ULRICH BECK, “Risk Society Revisited...”, cit., p. 221 e seg.

¹³⁸⁴ Cfr. ULRICH BECK, “Risk Society Revisited...”, cit., p. 227.

¹³⁸⁵ Cfr. GUNTER TEUBNER, “Foreword...”, cit., p. XIII.

¹³⁸⁶ Cfr. GUNTHER TEUBNER, “Substantive and Reflexive Elements...”, cit., *passim*.

tados dos processos sociais, restringindo-se pelo contrário à instalação, correcção e redefinição dos mecanismos democráticos auto-regulatórios, num contexto de desencantamento crescente com os objectivos, estruturas e performance do Estado regulatório, bem reflectido no debate da desregulação. O direito reflexivo está ligado à teoria dos sistemas de Luhmann, uma vez que o direito se assume num sistema para a coordenação da acção entre sub-sistemas sociais semi-autónomos¹³⁸⁷ e também a uma atitude de *prestação de contas* à comunidade pelas expectativas que gera, em que o direito é determinado pela interacção dinâmica das forças sociais, dos constrangimentos institucionais, das estruturas organizacionais e do potencial conceptual¹³⁸⁸.

Em suma, o direito reflexivo aponta para uma restrição da “performance” do direito em direcção a *formas mais indirectas e abstractas de controlo social* (o que, para os nossos propósitos centrais, se enquadrará na necessidade de flexibilizar a rigidez de institutos jurídicos tradicionais como o acto constitutivo de direitos, ao apontar para formas mais indirectas e fluidas de controlo, incompatíveis com o nascimento de posições jurídicas irrevogáveis), com o abandono progressivo da pretensão de regulação substantiva ou material da realidade jurídica e o reforço da legitimação procedimental e organizatória, da reflexão interna do sistema jurídico (por intermédio de estruturas legais que sistematicamente reforcem os mecanismos de reflexão dentro da organização) e do inerente afastamento de estruturas jurídicas de legitimação universal ou intemporal.

A racionalidade reflexiva exige que os juristas vejam o sistema jurídico como um sistema num ambiente, tomando consciência dos limites da sua capacidade de regular as funções e performances dos outros sub-sistemas sociais. Daí as suas capacidades limitadas e a sua cada vez menor adequação à constituição de direitos absolutos o que obriga, entre outras alterações, a permitir que as evoluções tecnológicas, as novas ponderações na hierarquia dos interesses sociais ou mesmo os direitos das gerações futuras imponham limites às suas regulamentações, principalmente daquelas que são específicas de um caso concreto¹³⁸⁹.

iv) A complexidade é outra nota que invadiu de forma incontornável a ordem jurídica, o direito e, talvez de forma particular, o direito administrativo, os seus institutos, instrumentos e formas de actuação. Pensamos não haver dúvidas em relação à afirmação segundo a qual decorre de toda a exposição efectuada ao longo deste capítulo essa mesma complexidade, embora seja possível atribuir ao conceito um sentido mais preciso, relacionando-o

¹³⁸⁷ Cfr. GUNTHER TEUBNER, “Substantive and Reflexive Elements...”, cit., pp. 239-245 (especialmente p. 242). De qualquer forma é preciso não esquecer a autonomia dos sistemas, tão cara às concepções de LUHMANN, conducente à defesa da *autonomia do desenvolvimento jurídico* (cfr. TEUBNER, *ob. ult. cit.*, pp. 246-250): o direito muda apenas como reacção aos seus próprios impulsos, já que a ordem jurídica (normas, doutrinas, instituições e organizações) se reproduz a si mesma, o que, de qualquer forma, não significa que ela seja imune às mudanças externas; simplesmente, essas alterações externas são filtradas e adaptadas em função da lógica do desenvolvimento normativo.

¹³⁸⁸ Ao estudar o *responsive law*, Teubner baseia-se fundamentalmente nas obras de Nonet e Selznick (PHILIPPE NONET/PHILIP SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, New York, 1978; e PHILIP SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Russel Sage, New York, 1969): cfr. “Substantive and Reflexive Elements...”, cit., p. 246 e segs.

¹³⁸⁹ Estas ideias conclusivas articulam-se, em parte, com algumas das reflexões de TEUBNER: cfr. “Substantive and Reflexive Elements...”, cit., pp. 266-281).

com as ideias de *complicação*, *contradição* e dos *paradoxos*, a que se ligam as qualidades de *retroactividade* e de *recursividade*¹³⁹⁰.

Devido a esta complexidade, o direito administrativo já não pode hoje ser reconduzido a um corpo ordenado de princípios, tendo um aspecto muito mais “caótico”¹³⁹¹ — embora tal situação seja em grande parte superada pelos esforços doutrinários no sentido de afirmar uma nova ordenação e uma nova ideia sistemática no seio de tal complexidade, sendo a nova ciência do direito administrativo germânica exemplar nesse esforço.

v) Outra das palavras-chave da reforma do direito administrativo e uma das tendências marcantes das últimas décadas é a que passa — em estreita articulação com o desenvolvimento do direito da informação e de um novo modelo de relacionamento entre administradores e administrados num mundo global, em que as redes são os espaços típicos de imbricamento entre os diversos centros de poder e os cidadãos — pela *informatização* ou *digitalização* da actividade administrativa e pela realização de um “*governo electrónico*”. Para além dos serviços da Administração se estruturarem em rede, muitas vezes são redes electrónicas em que se acentua a vertente participativa da democracia electrónica, surgindo no seu seio temas tão peculiares como o do *acto administrativo informático*, definido entre nós por Pedro Gonçalves como “uma *decisão proposta ou projectada por um equipamento informático, assumida oficialmente, através de uma manifestação tácita do órgão competente, como um acto administrativo*”¹³⁹².

Alguns dos representantes mais destacados da nova ciência do direito administrativo alemão consideram mesmo que o governo electrónico é, desde finais dos anos noventa do século transacto, o “motor da reforma administrativa”, ao reforçar as técnicas de informação e comunicação (com base na *Internet*), com consequências e efeitos ao nível de uma maior proximidade e transparência nas relações entre administradores e administrados, melhorando a qualidade dos serviços públicos prestados e incrementando a eficiência administrativa¹³⁹³.

O protagonismo da digitalização e informatização é também salientado noutros quadros, integrando alguns autores estas realidades na afirmação de novos paradigmas glo-

¹³⁹⁰ Neste sentido, cfr. JEAN-MARIE PONTIER, “Le droit administratif et la complexité”, *AJDA*, n.º 3/2000, pp. 187-195 (p. 187). O Autor defende que o direito administrativo francês é um direito da complexidade, o que resulta tanto do aumento da complexidade dentro das próprias regras do direito administrativo como da recepção, por este, de uma complexidade pela qual ele não é responsável (cfr. pp. 187-189).

¹³⁹¹ Cfr. PONTIER, “Le droit administratif et la complexité”, cit., p. 189 e seg.

¹³⁹² Sobre a figura, cfr. PEDRO GONÇALVES, “O acto administrativo informático (o direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)”, *SI*, n.º 267, 1997, pp. 47-95 (p. 70). Segundo o Autor para que o *acto administrativo informático* possa ser subsumido no conceito de acto administrativo cada decisão informática terá de ser “convertida” em decisão imputável a um órgão administrativo através de uma qualquer medida (por exemplo notificação) que demonstre a intenção do órgão administrativo de fazer da específica decisão informática em questão uma decisão administrativa, homologando desta forma um simples projecto de decisão (cfr. p. 74 e seg.).

¹³⁹³ Cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., pp. 52-56. Com vista a demonstrar a veracidade das suas afirmações, VOBKUHLE cita diversos projectos neste âmbito, que passam pela facilitação do acesso dos cidadãos e dos agentes económicos à prestação de serviços públicos, pela utilização de bancos de dados e formulários interactivos, pela possibilidade de comunicar “on-line” com a Administração e, ainda, pelo “one-stop government” e os seus efeitos ao nível da *reorganização dos prazos internos do trabalho administrativo*.

bais por oposição ou ultrapassagem do paradigma da sociedade industrial: o paradigma da sociedade da informação terá vivido duas fases, a segunda das quais é precisamente constituída pela *revolução digital*¹³⁹⁴.

3. Nota conclusiva

Como avançámos logo de início, o recurso amplo e massivo que fizemos à nova ciência do direito administrativo alemã, em especial à teoria de Schmidt-Aßmann que se tem destacado no desenvolvimento da ideia de sistema no direito administrativo, não implicava uma adesão aos resultados desta doutrina, isto é, à substituição de um direito administrativo “antigo” por um “novo”. Todavia, o quadro explicativo no qual aparecem estas conclusões é por demais rico, fundamentado, estruturado em bases dogmáticas e práticas muito seguras e consistentes para poder ser ignorado. Daí a nossa adesão a muitas das posições defendidas por esta doutrina, no sentido de ajudar a compreender as grandes novidades do direito administrativo das últimas três décadas, o que mudou e o que exige o repensar, o actualizar, o reformular, o flexibilizar e o modernizar dos conceitos, institutos e instrumentos do direito administrativo. Sendo certo que é nossa opinião clara — na linha das propostas de boa parte da doutrina em causa — que os antigos institutos continuam a fazer todo o sentido desde que enquadrados nas novas exigências e sofrendo as necessárias transformações para se adaptarem a uma nova sociedade da informação, do risco, da cooperação e da partilha, para servirem os interesses públicos de forma dinâmica e garantirem a presença dos poderes públicos, nomeadamente administrativos, onde as tarefas de protecção dos direitos e valores fundamentais o exijam. O que acontece, de forma clara, ao nível da tutela ambiental, como veremos no capítulo seguinte.

Para além da tensão dialéctica entre a *manutenção* dos antigos institutos e a sua *superação* por novos — implicando, em nosso entender, mais do que a superação ou substituição, um complemento, suplemento e até um “injectar” de sangue novo nos antigos institutos, forçando os seus limites e procurando sempre a sua renovação e adaptação aos novos desafios —, interessa-nos sobretudo o que se passa ao nível dos *instrumentos* ou *formas da actividade administrativa*. Os clássicos instrumentos de comando ou de ordenação continuam a ter um préstimo decisivo no século XXI, e toda a panóplia de obrigações, proibições, autorizações, planos, ordens, sanções continua a constituir uma matéria fundamental, tanto do direito administrativo geral como do direito administrativo especial — dos novos campos de referência do direito administrativo geral.

¹³⁹⁴ Cfr. RICARDO PETRELLA, “La société post-industrielle: quelles avenir nous préparons-nous?”, in : *Quel Avenir Pour le Droit de l'Environnement?*, pp. 463-477 (especialmente pp. 469-476). O outro paradigma a que PETRELLA alude, atribuindo-lhe igualmente a responsabilidade por pôr em crise o anterior paradigma da sociedade industrial, é o do *desenvolvimento sustentável*, considerando um pouco contraditoriamente que só este é verdadeiramente novo, pois o da sociedade da informação será ainda uma forma de modernização neo-industrial. Em relação às perspectivas de evolução (cfr. p. 476 e seg.) o Autor chama a atenção para a necessidade de estabelecer um novo “contrato social global” que permita a todos beneficiar das infra-estruturas, dos recursos, dos produtos e dos serviços trazidos pelas novas tecnologias de informação e de comunicação.

É indesmentível que houve uma grande modernização e renovação das formas de acção administrativa, com o desenvolvimento de formas mais participadas, cooperativas, apelando ao consenso e ao entendimento com a sociedade civil, num esforço de melhorar a sua aceitação; formas mais desmaterIALIZADAS, mais privatizadas, onde a dimensão procedimental é cada vez mais relevante; novos contornos assumidos pelas formas tradicionais, agora informatizadas, europeizadas, globalizadas; e o reforço da componente reflexiva das formas emergentes da própria comunidade regulada (auto-regulação).

Mas apesar de todas estas inovações, as formas clássicas, com saliência para o acto administrativo (e, dentro dele, para o acto autorizativo), continuam a ocupar o seu lugar, a ter o seu papel próprio, se bem que com novos contornos, novas exigências, novas dimensões. E um dos exemplos paradigmáticos do que mudou — aquele que mais interessa aos propósitos da presente dissertação — é o que tem a ver com o tradicional *efeito estabilizador* do acto administrativo, a sua *força de caso decidido*, o facto de ele outrora constituir um “escudo de protecção” para o seu beneficiário em relação à capacidade de a Administração intervir no conteúdo do acto, modificando-o, actualizando-o ou mesmo revogando-o. É esta uma das principais novidades, que têm tido particular repercussão ao nível do direito da UE, por intermédio de diversos arestos proferidos sobre o tema pelo Tribunal de Justiça, que implicam uma reformulação profunda dos seus pressupostos, fundados no direito alemão e na sua teoria da protecção da confiança.

Desta forma, as limitações à protecção do adquirido, à força de caso decidido do acto administrativo e à protecção da confiança dos sujeitos autorizados constituem hoje uma realidade incontornável, particularmente sentida nas áreas de referência do direito administrativo relacionadas mais de perto com condições em mutação, com a constante mutação da realidade fáctica, o desenvolvimento de novos conhecimentos, com a afirmação de filosofias de segurança ou de protecção mais estritas, com a determinação de novos riscos e de novas formas de os enfrentar — como acontece, de forma extremamente vincada, ao nível da tutela jurídico-pública do ambiente.

Neste novo contexto, as autorizações administrativas aparecem como actos mais abertos, mais maleáveis, mais sujeitos à actualização, à revisão, tendo por detrás de si obrigações dinâmicas e duradouras assumidas pelos sujeitos autorizados. Para além de as autorizações serem actualmente actos participados, cooperativos, europeus, transnacionais, com um grande conteúdo informático, etc. — no fundo actos em que se projectam todas as tendências e inovações estudadas ao longo do capítulo — as possibilidades de intervenção administrativa no seu conteúdo estão hoje muito alargadas, seja pelo recurso a tipos particulares de actos autorizativos (autorizações parciais, provisórias, modais, etc.), seja por um alargamento das possibilidades de emissão de decisões posteriores modificativas desse conteúdo, seja ainda por um alargamento das possibilidades da sua revogação.

No fundo, voltamos ao “velho-novo” problema da tensão entre *estabilidade* e *flexibilidade* do direito administrativo e das formas de acção administrativas, em especial do acto administrativo, sendo certo que as tendências para reforçar a segunda em detrimento da primeira são cada vez mais fortes, porque as pressões de modificação e as funções de impulso que o próprio direito tem também de desempenhar — na medida em que, para além de assegurar a continuidade, a segurança e a protecção da confiança ele tem também o papel

de iniciador e implementador das novas ideias e dos novos valores de protecção — são hoje uma realidade incontestável.

Todas estas novidades ganham um especial sentido ao nível dos sectores de referência do direito administrativo geral, onde tem assumido papel principal o direito do ambiente. Se o direito administrativo geral se tem tornado, cada vez mais, um direito “amigo” da flexibilidade e da inovação, isso é muito mais verdade no direito ambiental, onde as referências activas ao “estado da técnica”, às “melhores técnicas disponíveis”, a obrigações dinâmicas e duradouras dos operadores, a regras flexíveis, a decisões posteriores, a autorizações parciais e provisórias, à necessidade de alcançar níveis elevados nos standards de protecção e a muitas outras realidades flexíveis e dinâmicas fazem parte do quotidiano.

Está assim feita a “ponte” para o capítulo seguinte, onde estudaremos as novidades, actualizações, em suma, a *renovação do direito administrativo do ambiente*, impondo a configuração deste direito, no início da segunda década do terceiro milénio, como algo de bastante diferente daquilo que foi na sua primeira geração, apesar de terem passado apenas cerca de 40 anos desde os primeiros passos do direito ambiental, na sua conformação pós-moderna.

Novas exigências e reptos do direito ambiental

“The challenge today is not the invention of environmental law but the discovery and application of effective environmental law”.

WILLIAM H. RODGERS,
Environmental Law

1. Enquadramento

O movimento da tutela política e jurídica do meio ambiente que, nos seus moldes modernos ou pós-modernos, emergiu na década de setenta do século passado, nos termos vistos na Parte I, seguiu o seu caminho e, à medida que novos problemas se perfilavam perante os cientistas, os técnicos, os políticos e os cidadãos em geral e que os antigos problemas surgiam revestidos de novas roupagens e especificidades, foi necessário buscar novas respostas, novos métodos, novos instrumentos, novos institutos que fizessem face a uma ameaça que agora, de forma clara, passou a revestir uma dimensão global, colocando em causa as condições de vida no planeta Terra. Tanto em virtude desta nova consciência e destes novos problemas — bem patentes no eclodir de alguns desastres ambientais de dimensões colossais, nas últimas décadas do século, porventura com destaque para Chernobyl, na antiga União Soviética — como por intermédio da profunda renovação política e jurídica que as últimas duas décadas do século xx experienciaram, em particular nas democracias ocidentais, com consequências assinaláveis nos institutos jurídico-administrativos, também o direito ambiental se vai renovar, refundir, reforçar, modernizar, agilizar, privatizar, europeizar, globalizar, complexificar, sendo estas apenas algumas das palavras passíveis de ser utilizados para sintetizar as alterações que sofreu.

São essas alterações que pretendemos estudar no presente capítulo, com a pretensão de funcionalizar ou dirigir o estudo para o aspecto culminante da dissertação, a averiguar no último capítulo: a renovação e reformulação do acto autorizativo ambiental, das formas que assume e das questões que suscita no dealbar no século em que vivemos. À partida, devemos assinalar duas grandes linhas de força que convergem na análise da renovação do direito do ambiente e dos novos reptos, desafios e exigências que sobre ele incidem.

Por um lado, o direito do ambiente é, como vimos no capítulo anterior, o *principal ramo de referência* do direito administrativo geral e, simultaneamente, o “laboratório” privilegiado para testar as concepções, conceitos, institutos, estruturas e instrumentos propostos no direito administrativo¹³⁹⁵: em particular quanto à questão das *formas de acção do Estado*,

¹³⁹⁵ Sobre a assunção do papel, pelo direito do ambiente, de laboratório de experimentação das soluções do direito administrativo geral cfr., entre nós, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., p. 48, salientando que

acompanhamos Franzius quando assinala que o direito do ambiente tem focado a atenção, como nenhum outro ramo do direito, nas formas de acção do Estado, nas quais se reflecte tradicionalmente a relação entre o Estado e a Sociedade¹³⁹⁶. Assim, a esmagadora maioria dos reptos à renovação do direito administrativo abordados no Capítulo I fazem-se sentir, no direito do ambiente, de uma forma particular, tendo mesmo alguns deles sido conduzidos através da análise jus-ambiental para o direito administrativo geral, pelo que o direito do ambiente, no seu conjunto, se assume como uma força motriz da renovação do direito administrativo, vislumbrando-se uma relação sinérgica e dialéctica entre o direito especial e o geral.

Deve sublinhar-se que este papel do direito do ambiente não é apenas assinalado no espaço jurídico europeu — em particular na Alemanha, país onde, como vimos, mais se têm estudado os temas da renovação do direito administrativo e das relações entre o direito administrativo geral e os seus campos de referência, isto é, os ramos do direito administrativo especial que mais se destacam na importação de temas de estudo para o direito geral e de experimentação das soluções deste oriundas — mas também no norte-americano. Nos EUA há igualmente uma clara percepção de que o direito do ambiente induziu uma mudança profunda na concepção do poder e do direito administrativos, “oferecendo a vanguarda em fórmulas de gestão da responsabilidade pública, evolução de doutrinas como a extensão de poderes discricionários, legitimação activa, etc.”¹³⁹⁷. Neste particular, Richard B. Stewart mostrou-se uma vez mais um precursor, pois já em 1981 resultava de um seu artigo de fundo ser o ambiente a *driving force* do direito administrativo e da própria ciência da administração¹³⁹⁸. Desta forma, também do outro lado do Atlântico Norte se assumiu a regulação ambiental como um contexto fértil para impulsionar e reexaminar as diversas tentativas de *reinvenção da regulação*¹³⁹⁹, tendo sido neste âmbito que, porventura, tais tentativas foram levadas mais longe, nomeadamente no ambicioso programa da Administração Clinton-Gore intitulado “Reinventing Environmental Regulation”, anunciado em 16 de Março de 1995 e “desenhado para reinventar os paradigmas correntes que informam a regulação governa-

a dimensão laboratorial se faz sentir ao nível substantivo, procedimental e processual, “obrigando à reavaliação e ao reequacionamento de conceitos tradicionais e à criação de noções e estruturas novas para realidades novas”. A doutrina alemã tem também posto em evidência tal condição “laboratorial” do direito ambiental: por todos, cfr. ANDREAS VOBKUHLE, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, cit., p. 39, citando em seu apoio M. KLOEPFER (“Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staats”, *JZ* 1991, p. 737) e ERNST-HASSO RITTER — o qual utiliza a expressão “Fortschrittslabor des Rechts”: cfr. “Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht”, in: SCHMIDT-ABMANN/HOFFMAN-RIEM (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht*, pp. 207-248 (p. 215).

¹³⁹⁶ Cfr. CLAUDIO FRANZIUS, “Vorwort”, *Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Schriften zum Umweltrecht, Band 99, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 5. Nesta linha, FRANZIUS propõe-se estudar, neste trabalho, as condições básicas dos *instrumentos de comando indirecto do comportamento no direito ambiental alemão*, uma vez que representam uma mudança fundamental no comando estadual e da auto-regulação social, cuja realização representa uma questão central no futuro do direito público.

¹³⁹⁷ Cfr. MUNIZ SHECAIRA, “A Competência das Agências Regulatórias nos EUA”, in: DI PIETRO (Org.), *Direito Regulatório...*, cit., pp. 419-435 (p. 429).

¹³⁹⁸ Cfr. RICHARD B. STEWART, “Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework”, *Cal. L. Rev.*, volume 69, n.º 5, September 1981, pp. 1256-1377, *passim*.

¹³⁹⁹ Cfr. RENA I. STEINZOR, “Reinventing Environmental Regulation...”, cit., p. 104.

mental”, com a promessa de “simultaneamente aumentar a protecção ambiental e aliviar os pesos reguladores sobre a indústria”¹⁴⁰⁰.

Uma segunda grande linha de força que nos guiará ao longo deste capítulo orientado para o estudo da renovação do direito do ambiente e dos seus novos reptos tem a ver com as *especificidades* e os *problemas próprios* do direito ambiental ou, pelo menos, com questões que assumem aqui contornos específicos e sobremaneira vincados, como as da complexidade, da tecnicidade, do risco, da incerteza, da ignorância, das ameaças globais, etc. Este último ponto não pode ser negligenciado uma vez que as “teses” fundamentais que pretendemos defender na dissertação e que se contêm essencialmente no último capítulo são centradas no direito ambiental: não está excluído que muitos aspectos que vamos defender em relação às autorizações *ambientais* possam valer, pelo menos em parte, em sede do direito administrativo geral; todavia, a nossa pretensão não é essa mas, tão-só, a de defender que, *pelo menos ao nível do direito do ambiente*, as alterações ao regime e a nova configuração do acto autorizativo se impõem, nomeadamente no que se refere às aberturas à sua modificação e eventual revogabilidade.

Antecipando já a grande conclusão que tiraremos deste capítulo — a qual se projectará, com grande vigor, nos aspectos centrais a defender no capítulo final — impõe-se vincar que, apesar dos “ventos de mudança” e da grande renovação dos institutos, dos conceitos, dos princípios e, sobretudo, dos meios de acção administrativa que se sentem tanto no direito administrativo geral como no direito do ambiente, este último não pode prescindir da sua base autoritária e ordenadora, herdada do direito de polícia.

A larga maioria das tendências, dos desafios, das pressões e das novas realidades que emergem, com grande força, no direito ambiental desde sensivelmente o início da última década do século xx apontam para um direito e para um sistema de formas de actuação administrativa mais liberalizados, mais privatizados, com uma mais forte tendência desreguladora, uma maior abertura ao mercado e às considerações económicas e de eficiência, mais flexível, dinâmico, aberto, suave, participado, concertado, informal e mais apto a receber as tendências afirmadas no espaço global. Todavia, esta grande panóplia de formas de actuação administrativas, expressão de um direito mais suave ou mesmo “mole”, de uma atitude do Estado menos interventiva e mais colaboradora, auxiliadora, incentivadora, promotora, educadora e mais aberta, terá necessariamente de conviver com uma estrutura regulatória ou (ainda) ordenadora que sirva não apenas para maximizar e potenciar as vantagens daquelas novas formas mas também como *válvula de segurança* para assegurar valores, interesses e direitos essenciais, uma vez que a preservação e promoção dos componentes ambientais naturais tem a ver com a própria manutenção da vida, pelo menos em condições dignas e sãs. Os valores tutelados pelo direito do ambiente são hoje absolutamente fundamentais, tanto na perspectiva do Estado e dos poderes públicos — em particular o administrativo — incumbidos da sua prossecução como na dos indivíduos, a quem têm de ser assegurados os seus direitos fundamentais, o que se torna mais imperioso ainda em países, como o nosso, com reconhecimento expresso na lei fundamental de um direito subjectivo fundamental

¹⁴⁰⁰ Cfr. BENJAMIN STARBUCK WECHSLER, “Rethinking Reinvention: A Case Study of Project xl”, *The Environmental Lawyer*, vol. 5, n.º 1, September 1998, pp. 255-279 (p. 255).

ao ambiente. As novas formas e instrumentos do direito do ambiente não “pairam no ar”, pressupõem e exigem um mínimo de *institucionalização* e um núcleo duro que proteja os valores fundamentais, que dê segurança à tarefa de defesa das condições fundamentais para a manutenção da vida¹⁴⁰¹.

Daí que o *desafio central* que neste âmbito se coloca — em certa medida à imagem do que acontece no direito administrativo geral, como julgamos ter sido evidenciado no capítulo anterior — é o de tentar encontrar o ponto de equilíbrio entre, por um lado, a exigência de não se abrir mão de um poder de polícia sustentado num direito administrativo limitador e de restrições, em atenção aos interesses públicos, valores e direitos fundamentais que se perfilam no domínio ambiental; e, por outro, a reclamação pela sociedade, em especial pelos agentes económicos privados, de uma maior abertura à inovação, à adaptação, à simplificação, à aceleração, numa palavra, à *flexibilização*, reclamação que aponta para formas de controlo mais dúcteis, abertas, participadas, concertadas e partilhadas entre os poderes públicos e os sujeitos privados e também para um direito e para um conjunto de formas de actuação que possam responder de forma mais efectiva, eficiente e com menores custos à ignorância e à incerteza que constituem cada vez mais as imagens de marca da ciência do século XXI e aos novos riscos que emergem no seio da nossa sociedade, bem como ao medo que eles suscitam. Formas inovadoras que deverão adaptar-se a uma realidade cada vez mais global e mais dinâmica, dinamismo que afecta o próprio interesse público, hoje ainda mais uma realidade em permanente devir.

A exigência de compatibilizar, harmonizar ou fazer a concordância prática entre a necessidade de certeza e segurança jurídica e de protecção da confiança (e os valores fundamentais que têm por detrás de si, em última instância o próprio princípio do Estado de Direito) e a urgência de adaptar os institutos jurídicos às constantes inovações tecnológicas, progressos da ciência e da técnica e, porque não, às próprias flutuações da “filosofia” de garantia dos valores fundamentais em jogo, perfila-se como uma tarefa de tremenda dificuldade, que vem tornar a equação anterior ainda mais complexa.

Em virtude desta duplicidade ou aparente contradição entre aquilo que se reclama hoje ao direito do ambiente parece-nos correcto o pensamento de alguns autores segundo os quais apesar de o termo “desregulação” se ter tornado num conceito central do debate político nos anos mais recentes, as mudanças no *direito do ambiente*, mais do que uma desregulação, traduzem uma *reforma regulatória* ou *re-regulação*, movimento que se terá iniciados nos Estados Unidos e que, na Europa, terá tido no Reino Unido as suas primeiras expressões¹⁴⁰².

Especialmente nos EUA a fase do direito ambiental que vamos passar a explorar é muitas vezes designada como *segunda geração* do direito ambiental, por contraposição à primeira, em que imperou o modelo de *command and control*, como vimos na Parte I. Segunda geração que vamos tratar ao longo do capítulo e que passa pela utilização de uma

¹⁴⁰¹ Como veremos ao longo do capítulo mesmo ao nível da utilização de *instrumentos de mercado* na tutela ambiental a intervenção administrativa é um *príus*, o que reforça a convicção de que a tutela ambiental requer o suporte incontornável dos instrumentos de ordenação facultados pelo direito administrativo.

¹⁴⁰² Cfr. UTE COLLIER, in: “The Environmental Dimensions of Deregulation — An Introduction”, in: UTE COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union...*, cit., pp. 3-22 (pp. 4-5).

panóplia de instrumentos económicos e de mercado, estratégias de auto-regulação e de direito reflexivo, baseadas na informação e na internalização das normas e, sobretudo, das preocupações ambientais pelas próprias empresas e outras organizações reguladas e por formas inovativas, imaginativas e avançadas como auditorias, sistemas de gestão ambiental, rotulagem ecológica, entre muitas outras¹⁴⁰³.

Antes de analisarmos com mais pormenor a renovação sentida no direito ambiental nas duas últimas décadas, convirá fazer ainda duas referências. A primeira é relativa ao facto de as mudanças ou a profunda renovação que o direito ambiental vem sofrendo desde sensivelmente a década de noventa do século xx ter também a ver com considerações ambientais em sentido estrito ou, mais exactamente, com o facto de passar a estar em causa uma estratégia diferente de protecção e promoção do ambiente. Os problemas ambientais de primeira geração foram enfrentados com relativo sucesso pelas estratégias ordenadoras e impositivas caracterizadas no Capítulo II da Parte I, como é especialmente posto em evidência nos EUA: a regulamentação dos grandes alvos, isto é, das principais fontes emissoras de poluição, foi conseguida de forma relativamente fácil e com um sucesso bastante considerável por intermédio das formas típicas do direito ambiental de primeira geração. Mas agora visam-se ganhos mais difíceis, desde logo porque está também em causa o controlo e a regulação de fontes de poluição mais pequenas e mais difusas, às quais a aplicação dos métodos tradicionais se revelava ineficiente e pouco popular¹⁴⁰⁴. E, além disso, nomeadamente com a globalização da questão ambiental e com a alteração da filosofia de protecção, em virtude da consciencialização da real dimensão dos riscos em jogo, pretende-se levar a cabo uma abordagem dos problemas ambientais mais exigente e ambiciosa, em particular por se colocar agora o acento tónico na *prevenção* dos danos ambientais e numa estratégia *integrada* de protecção.

A segunda referência reporta-se ao facto de a renovação que vamos tentar caracterizar nas suas linhas fundamentais se verificar tanto no espaço europeu como no norte-americano, em momentos temporais muito próximos. De qualquer forma, ao nível europeu, não pode ser negligenciado o fortíssimo impulso da Comunidade Europeia, à qual estão ligados alguns dos rasgos mais ousados de tal renovação. Muitas das novas técnicas de protecção

¹⁴⁰³ Alguns autores norte-americanos já falam mesmo numa *terceira geração do direito e da política do ambiente*, com base nomeadamente na utilização de estratégias mais ambiciosas de gestão e planificação ambientais e dos recursos naturais, tendo por detrás de si a ideia-chave da *integração*: cfr. RICHARD B. STEWART, "A New Generation...", cit., especialmente pp. 151-173. O Autor em apreço considera que as estratégias de segunda geração foram apenas propostas de melhoria, que perpetuaram a *fragmentação* do sistema, ao passo que a terceira geração se centra primeiro na definição dos objectivos da regulação, depois no estabelecimento da estrutura legal e institucional para atingir esses fins e, finalmente, na selecção dos instrumentos reguladores mais apropriados (sistema esse concretizado nas pp. 154-158, onde defende que deve passar por um inventário completo do estado actual dos recursos ambientais e do *stress* antropogénico actual e futuro sobre esses recursos, para depois desenvolver objectivos subsidiários de qualidade dos recursos, de redução dos resíduos e do *stress* sobre os ecossistemas, usando ainda outras medidas com vista a estabelecer um plano ambiental nacional). O que exige o estabelecimento de uma base de informação e de pesquisa necessária para tal plano ambiental, a re-avaliação das estratégias regulatórias, sistemas de informação e de monitorização e, ainda, estudos sectoriais sobre a exequibilidade de instrumentos regulatórios alternativos. De notar que esta estratégia foi entretanto em larga medida acolhida no direito europeu (e português) através do regime da *prevenção e controlo integrados da poluição*.

¹⁴⁰⁴ Neste sentido, TIMOTHY J. MOHIN, "The Alternative Compliance Model: A Bridge to the Future of Environmental Management", *Environmental Law Reporter*, volume xxvii, n.º 7, July 1997, pp. 10345-10356 (p. 10.346).

ambiental, com um reflexo directo no sistema das formas de acção administrativa, tiveram a sua origem mais remota nos programas de acção da Comunidade em matéria de ambiente e mais próxima em Directivas comunitárias — ou mesmo regulamentos, como no caso do EMAS — que obrigaram à adopção de legislação de transposição, por parte dos Estados membros, ou à sua aplicação imediata, no caso dos regulamentos.

Uma vez feito este breve enquadramento, centremo-nos então em algumas das principais linhas de renovação do direito do ambiente que ganharam vida nas duas últimas décadas, colocando o acento tónico nas reportadas aos regimes de direito público reguladores do ambiente e, em particular, nos instrumentos ou formas de acção ou actividade administrativa utilizados para a protecção e promoção ambiental.

2. A renovação do direito do ambiente

Como acabámos de ver, desde a segunda metade da década de oitenta e, sobretudo, a partir da década de noventa do século transacto que se fez sentir um profundo movimento de renovação do direito ambiental, como reflexo, desde logo, da alteração dos pressupostos políticos, filosóficos e dogmáticos que sustentam o tratamento da questão ambiental. Não vamos curar de saber se as alterações justificam ou não que se fale de um novo paradigma da disciplina jurídica do ambiente, embora seja comum a doutrina, sobretudo norte-americana, aludir a uma “segunda geração” da tutela jurídica do ambiente, designação que nos parece correcta. Não obstante, como veremos sobretudo na parte final do capítulo, os elementos de continuidade também se fazem sentir e daí a nossa opinião de acordo com a qual, no início da segunda década do século XXI, se deve sobretudo tentar o compromisso entre as duas grandes formas de tratamento jurídico da questão ambiental que têm sido ensaiadas desde a afirmação do direito do ambiente nos termos pós-modernos.

A renovação do direito do ambiente ou a segunda geração deste direito fez-se sentir, de forma muito particular, ao nível dos *instrumentos* jurídicos utilizados na protecção do ambiente e, deste modo, nas formas de acção ou actividade que a Administração para o efeito utiliza. Apesar de o papel da Administração Pública se ter diluído ou, talvez melhor, diversificado, é para nós absolutamente claro que não se pode prescindir dele. A diversificação passa por uma nova atitude da Administração a qual, apesar de continuar a realizar actividades *ordenadoras* e *impositivas*, dispõe agora de uma panóplia muito alargada de instrumentos que reflectem uma atitude mais suave, dúctil e cooperativa, para além de uma muito maior atenção aos custos da regulação (para ela e para os regulados), à sua eficácia, eficiência e performance, bem como uma estratégia diferente de abordar a questão ambiental, nomeadamente salientando os méritos de uma actuação integrada que ponha o foco da sua atenção na prevenção da poluição e não tanto no seu combate, que corrija na fonte os problemas ambientais e que coordene da melhor forma possível a protecção do ambiente com o desenvolvimento económico e social.

A actuação administrativa tornou-se mais célere, mais ligeira, mais desburocratizada e está hoje incindivelmente ligada a estratégias de prevenção e tutela do ambiente oriundas

da sociedade civil e dos agentes económicos, isto é, a formas de acção cooperativas, que buscam a participação e o esforço dos agentes económicos, o consenso, o acordo, de forma a ir buscar o máximo e o melhor que os diversos agentes sociais e económicos têm para dar. Para além disso, a lógica liberalizadora, privatizadora e desreguladora da política e do direito administrativo impõem um maior recurso a instrumentos de tutela ambiental económicos e de mercado, a formas de comando ou orientação indirecta da conduta dos potenciais poluidores, a mecanismos ligados à própria organização e funcionamento das empresas poluidoras — formas de acção que demonstram um afastamento da disciplina ordenadora e impositiva típica da primeira geração do direito ambiental. Disciplina da qual, todavia, não se pode prescindir por inteiro.

2.1. Pressupostos filosóficos e dogmáticos

Pensamos ser adequado começar a caracterização daquilo que mudou no direito do ambiente pelo “pano de fundo” teórico e dogmático do movimento político e jurídico da tutela ambiental o qual, como é evidente, teve repercussões profundas na protecção jurídico-administrativa do ambiente, nomeadamente ao nível das formas da actividade administrativa relacionadas com esta finalidade e, também, da autorização administrativa ambiental, matéria objecto do próximo capítulo.

Desde o acolhimento expresso do objectivo do *desenvolvimento sustentável*, na Cimeira da Terra, em 1992¹⁴⁰⁵, que a adopção deste desiderato por parte das políticas postas em prática a nível internacional e também no domínio nacional obrigou a uma alteração profunda das formas de protecção do ambiente. E uma consciencialização mais exacta da real dimensão da questão ambiental obrigou a que entrassem no discurso jurídico e político do ambiente e no léxico comum dos especialistas e dos cidadãos comuns expressões e palavras como “risco”, “ignorância”, “medo”, “futuro”, “responsabilidade pelo futuro”, “globalização”, “equidade intrageracional”, “gerações futuras”, “equidade intergeracional”, entre muitas outras. É nosso objectivo, neste momento, aflorar alguns dos temas que passaram a fazer a linguagem e o substracto teórico do direito ambiental dos últimos 20 anos, procurando projectar os efeitos e resultados de tais temas no domínio em que esta dissertação trabalha e para o seu objecto central — isto é, para as formas de actividade administrativa destinadas à tutela ambiental e para a autorização ambiental, respectivamente.

Uma das primeiras ideias que gostaríamos de assinalar, relacionada com o relevo do *desenvolvimento sustentável* no discurso do direito e da política do ambiente é a da *introdução do futuro* nas decisões e nas questões jurídicas. Como especialmente realçou entre nós Dias Garcia, numa perspectiva multi ou transdisciplinar — na medida em que toda a

¹⁴⁰⁵ Referimo-nos à Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como ECO 92, que se realizou no Rio de Janeiro entre 3 e 14 de Junho de 1992, com a participação de 117 chefes de Estado (ao tempo, a maior reunião de líderes alguma vez realizada). Uma das preocupações centrais da Conferência foi avançar pistas que tornassem exequível a compatibilização do desenvolvimento económico com a protecção do ambiente, o que levou à consagração do princípio do desenvolvimento sustentável, em termos muito amplos, na respectiva Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (cfr. Princípios 1., 4, 5., 7., 8., 9., 12., 20., 21., 22., 24. e 27.).

sua obra pretende salientar a necessidade de “construir a acção com futuro no diálogo entre justiça e direito” com base numa acção estadual *cientificamente* fundada, *tecnicamente* adequada, *eticamente* assente numa responsabilidade projectada no futuro, *economicamente* eficiente, *politicamente* legitimada e *juridicamente* realizada —, o relevo do futuro projecta-se nessas diversas dimensões do saber, da ética e da técnica que procuram dar respostas à questão ambiental, devendo o direito abrir-se a um “discurso intercomunicativo sem prazo” no seio do qual o homem assume um compromisso, através do direito, não só perante o outro ser vivo mas perante o outro que há-de viver, no sentido de que “o presente não pode ser um obstáculo a que o futuro da pessoa simplesmente seja”¹⁴⁰⁶.

Articulado com a afirmação de uma atitude reflexiva e do próprio direito reflexivo, o futuro torna-se cada vez mais o “determinante do agir presente”, não apenas em termos éticos mas também ao nível da conformação dos institutos jurídicos, na medida em que esta nova postura ética traz consigo uma crescente percepção da *responsabilidade pelo futuro*, apesar do carácter cada vez mais incerto deste último¹⁴⁰⁷. Dentro da mesma óptica pluridisciplinar, tal afirmação da responsabilidade pelo futuro acarreta igualmente consequências para a análise económica, ao exigir a minimização dos custos e a maximização dos benefícios das medidas de tutela ambiental, procurando a alteração do comportamento dos agentes económicos no sentido de condutas ambientalmente amigas¹⁴⁰⁸. O mesmo se devendo dizer em termos da *política*, articulada com a responsabilidade do futuro que deve estar presente em muitas das decisões políticas, em particular naquelas susceptíveis de afectar a sustentabilidade antes de mais corporizada na capacidade de manutenção e renovação da vida por parte dos componentes ambientais naturais. Ainda segundo DIAS GARCIA, a cultura do Estado ambiental é uma cultura de vida, de reflexão, criatividade e de gestão de bens escassos, onde assume importância incontornável o reconhecimento da responsabilidade pelo futuro¹⁴⁰⁹.

Focando a nossa atenção no *direito* e na forma como este incorpora o futuro nos fundamentos dos seus institutos e nas suas formas de actuação, está em causa, antes de mais, a circunstância de o direito do ambiente apelar não apenas a uma *solidariedade intrageracional* — convocada pelos resultados do processo de globalização e pela consciência de

¹⁴⁰⁶ Cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., *passim* — especialmente p. 496 e seg.. De acordo com a nossa percepção, é esse o ambicioso objectivo desta obra de referência, a qual, ao procurar contribuir “para a reflexão sobre o lugar do direito na defesa do ambiente, com o sentido que lhe inere, na sua autonomia diferenciadora e na sua capacidade propulsora, como resposta cultural possível ao problema humano de convivência no mundo de hoje” (p. 15), percorre sucessivamente o relevo da *ecologia* na protecção do ambiente (pp. 39-54), as relações entre a *técnica* e a tutela ambiental (pp. 57-68) e entre esta última e a *ética* (pp. 71-141), a profunda influência da *análise económica* no desenvolvimento e amadurecimento da defesa do ambiente (pp. 145-249) e o relacionamento entre a *política* e a protecção do ambiente (pp. 253-366) — para finalmente se debruçar sobre a questão inicial, isto é, sobre o relacionamento do *direito* e a protecção do ambiente, sobre o lugar do Direito nesta ingente tutela (pp. 369-498).

¹⁴⁰⁷ Cfr. DIAS GARCIA, *ob. cit.*, pp. 89-94.

¹⁴⁰⁸ Cfr. DIAS GARCIA, *ob. cit.*, pp. 145-147.

¹⁴⁰⁹ Cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 310-312. Neste contexto, a Autora põe também em destaque as dificuldades do clássico Estado de Direito em responder à questão ecológica, sublinhando a necessidade presente de tornar o futuro um *significante político* no contexto do confronto do Estado de Direito com a temática ecológica na medida em que esta impõe também uma *garantia do futuro enquanto espaço de vida com dignidade* para além das gerações presentes (cfr. pp. 288-296).

que a grande maioria dos problemas ambientais tem carácter global, o que não invalida as vantagens de, em muitos casos, serem resolvidos a nível local¹⁴¹⁰ — mas, sobretudo, à *equidade intergeracional*, ao respeito pelos direitos das gerações vindouras e à possibilidade de manter o planeta em condições sãs e susceptíveis de serem o suporte para uma vida digna por parte daqueles que ainda não nasceram. Daí que se fale cada vez mais na exigência de estabelecer uma *ética solidária*, a nível mundial, em virtude de os sistemas ambientais serem indefectivelmente globais¹⁴¹¹.

É fundamental apelar aqui ao ensinamento de Edith Brown Weiss e de Hans Jonas que se destacaram no tratamento das questões ora sob a nossa apreciação, em particular e respectivamente da *equidade intergeracional* e da *responsabilidade pelo futuro*.

Weiss teve o mérito de, na sua obra de referência¹⁴¹², trazer para as luzes da ribalta a questão da solidariedade espacial e a necessidade de completar essa dimensão espacial por uma dimensão temporal dirigida para a tutela das gerações futuras, pretendendo a noção da *equidade intergeracional* incorporar a responsabilidade das actuais gerações em

¹⁴¹⁰ Sendo aqui que se insere o conhecido termo “glocalização” de que nos falam Beck, Robertson e Giddens. Segundo ULRICH BECK (“Risk Society Revisited...”, cit., p. 218 e seg.), apesar do dinamismo que transcende as fronteiras dos novos riscos e permite falar numa sociedade do risco mundial (de ter sido a verificação de que os riscos ambientais não conhecem fronteiras e são universalizados pelas cadeias atmosféricas, aquáticas, do vento e alimentares que trouxe os riscos globais para a mesa das discussões), a antítese entre *globalidade* e *localidade* é posta em causa pelo risco, pois os novos riscos são simultaneamente locais e globais. Por isso é que se defende, sob o termo da *glocalização*, que a perspectiva óptima será a de entender e pensar os problemas de forma global, mas agir preferencialmente ao nível local, isto é, através de soluções diferenciadas para a situação ou para o problema concreto.

DIAS GARCIA (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 355-361) articula este tipo de pensamento ou estratégia com a *democracia cosmopolita* tal como é entendida pelo mesmo ULRICH BECK: por um lado, a resposta à questão ecológica passa por uma acção conjunta da comunidade global de cidadãos (apelo à cidadania mundial), também porque a análise e a avaliação dos riscos ecológicos implicam a sua comparabilidade e compreensão global; mas, por outro, os problemas são diferenciados em virtude da localização das matérias-primas, das indústrias, das temperaturas atmosféricas do local — concluindo que *o global e o local são princípios que se implicam reciprocamente*, sendo neste âmbito que R. ROBERTSON (*Globalization: Social theory and global culture*, Sage, London, 1992) decantou o conceito de *glocalização* o qual, ainda segundo DIAS GARCIA, “é um neologismo que reflecte o conceito de globalização tornado cultura concreta do quotidiano de cada um, na sua vivência local. Corresponde a uma procura, no local, de cumprimento de princípios modelados na dimensão global” (cfr. p. 357, nota 742). Sobre o tema cfr. ainda PAULO MÁRCIO CRUZ/ZENILDO BODNAR, “Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck”, *Studia Iuridica*, Tomo LIX, 2010, n.º 323, pp. 525-541 — os quais realçam o imbricamento na questão ambiental dos temas da colaboração, solidariedade e participação, bem como a partilha solidária da responsabilidade entre os espaços públicos e os privados na tentativa de garantir um futuro com sustentabilidade, passando pela substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

¹⁴¹¹ Cfr. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, Tomo IV, cit.: nos termos referidos no texto, Martín Mateo considera o postulado da *equidade intergeracional* como o princípio chave do desenvolvimento sustentável, relacionando-o com a *globalização* e com a aludida necessidade de uma *ética solidária* a nível mundial (cfr. p. 29), debruçando-se também o carácter global dos sistemas ambientais (cfr. p. 45). Mais desenvolvidamente sobre o *direito ambiental global*, cfr. TSEMING YANG/ROBERT V. PERCIVAL, “The Emergence of Global Environmental Law”, *ELQ*, vol. 36 (2009), Issue 3, pp. 615-664, ilustrando o seu desenvolvimento com base em acordos ambientais internacionais e no crescimento e crescente sofisticação de sistemas legais ambientais nacionais pelo mundo, os quais têm como resultado a *emergência de um conjunto de princípios e normas jurídicas* relativas ao ambiente que legitimam que se fale num corpo de direito.

¹⁴¹² Cfr. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Innovation in International Law, The United Nations University, Transnational Publishers, Inc., New York, 1992. Cfr. também, o prefácio de EDWARD W. PLOMAN à mesma obra (“Forward”, pp. xxv-xxix).

relação às gerações futuras. Segundo a própria Autora, a tese central da sua obra é a de que cada geração recebe uma herança natural e cultural *in trust* das gerações anteriores, devendo mantê-la para as gerações futuras. E é esta relação que impõe a cada geração certas obrigações planetárias para conservar a base dos recursos naturais e culturais para as gerações futuras e dá também a cada geração certos direitos planetários como beneficiários do *trust* para poderem dispor, dentro de limites, da herança dos seus antecessores. Estes direitos e obrigações planetárias formam o *corpus* da doutrina proposta da *equidade intergeracional* ou *justiça entre as gerações*, defendendo que tais direitos e obrigações só podem ser exequíveis ao tornarem-se parte integrante do direito internacional e das ordens jurídicas nacionais e sub-nacionais — propugnando ainda a incorporação sistemática de uma dimensão inter-temporal na fundação espacial tradicional do direito internacional¹⁴¹³.

¹⁴¹³ Cfr. *ob. cit.*, p. 2. A *teoria da equidade intergeracional* é desenvolvida ao longo das pp. 17-46, passando pela atribuição a cada geração, em qualquer momento histórico, do papel simultâneo de *tutor* ou *curador* do planeta para as gerações futuras e de *beneficiário* dos seus frutos, o que conduz à atribuição cumulativa, a todos nós, de *obrigações* de cuidarmos do planeta e de certos *direitos* para o usar, indo buscar as suas raízes profundas à *atitude islâmica sobre a relação entre o Homem e a Natureza*, nos termos da qual o homem herdou todos os recursos da vida e da natureza, tendo certos deveres para com Deus no seu uso. A Autora autonomiza, no essencial, três *princípios da equidade intergeracional* que aparentemente poderão ser partilhados pelas principais tradições culturais do mundo, sendo consistentes com diferentes sistemas políticos e económicos e que podem ser vistos como concretização do repto ao desenvolvimento sustentável: o princípio da *conservação das opções*, segundo o qual cada geração deve conservar a diversidade do recurso natural e cultural base, para não restringir as opções disponíveis para as gerações futuras resolverem os seus problemas, satisfazerem os seus próprios valores e para terem a disponibilidade de uma diversidade comparável à das gerações prévias; o da *conservação da qualidade*, que reclama de cada geração a manutenção da qualidade do planeta para não o transmitir em pior condição do que aquela em que a geração presente o recebeu; e o da *conservação do acesso*, que aponta para a disponibilização, por cada geração, de direitos equitativos aos seus membros para acederem ao legado das gerações passadas, devendo conservar este acesso para as gerações futuras (cfr. pp. 34-45). Estes princípios constituem a base de um conjunto de obrigações planetárias (ou inter-geracionais) e de direitos planetários (cfr. p. 45 e seg.): obrigações planetárias (cfr. pp. 47-86) que são igualmente conformadas no plano inter-geracional, na medida em que derivam da relação temporal entre as diversas gerações no uso do planeta e dos seus recursos, que são devidas tanto em relação às gerações futuras como aos membros da geração presente, que têm direitos planetários ou inter-geracionais para usar e beneficiar do legado. Direitos esses (cfr. pp. 95-108) dos quais cada geração dispõe no sentido de receber o planeta numa condição pelo menos comparável àquela em que a geração anterior o herdou, de herdar diversidade comparável nos recursos naturais e culturais bases e de ter um acesso equitativo ao uso e benefícios do legado e que derivam da posição temporal dos membros da geração presente como beneficiários. Pelo menos do ponto de vista teórico, o Estado é o primeiro garantidor dos direitos planetários tanto da geração presente como das futuras. De salientar que, noutra local da mesma obra (cfr. pp. 5-15), BROWN WEISS analisa os *problemas centrais da equidade entre gerações* que, na sua opinião, são os do *esgotamento dos recursos*, da *degradação da qualidade ambiental* e do *acesso e uso discriminatórios* dos recursos.

A Autora não se furta a reconhecer as enormes dificuldades de execução prática dos planos propostos (cfr. p. 119), uma vez que as instituições políticas e jurídicas de que dispomos, ao nível internacional, nacional e local, estão concebidas apenas para tratar de problemas de relativo curto prazo, o que não a inibe de propor algumas estratégias (p. 119 e segs.), como a representação das gerações futuras, o uso sustentável de recursos renováveis, a manutenção de equipamentos e serviços, a monitorização do património natural e cultural, a realização de avaliações de conservação inter-geracional, o desenvolvimento e a pesquisa científica e tecnológica, algumas tentativas de codificação (p. ex. uma declaração de obrigações e direitos planetários e posteriores convenções internacionais e regionais; uma declaração universal sobre protecção ambiental e desenvolvimento sustentável) e a educação. Entre as *iniciativas institucionais* sugere o *financiamento da equidade inter-geracional* e os *incentivos à cooperação*.

A Segunda Parte da obra é dedicada ao desenvolvimento dos problemas da justiça inter-geracional no contexto de *estudos de caso específicos*: os casos dos *resíduos nucleares* (pp. 169-191; Cap. VI), dos *recursos biológicos* (pp. 193-216), dos *recursos renováveis* (pp. 217-255) e dos *recursos culturais* (pp. 257-287).

A grande conclusão a que Weiss chega¹⁴¹⁴ é a de que, numa perspectiva inter-geracional, o planeta e os recursos culturais da espécie humana constituem um património comum (“global commons”) partilhado por todas as gerações, porque no mundo global no qual vivemos o que fazemos numa parte do planeta afecta os sistemas naturais e culturais noutra parte e o bem-estar das gerações futuras, sublinhando o papel decisivo que a informação e o conhecimento assumem neste âmbito, bem como o do estabelecimento de acordos normativos internacionais que previnam os danos ambientais, destacando como direitos mais relevantes da geração presente os direitos ao abastecimento de água sanitária, à informação que lhes permita gerir os nossos sistemas naturais numa perspectiva sustentável e aos benefícios do nosso diversificado património biológico.

De acordo com algumas propostas da doutrina portuguesa, em especial de Maria Alexandra Aragão, a palavra *trust* — que deliberadamente mantivemos em língua inglesa — corresponderá a uma espécie de *fideicomisso ecológico* na medida em que se estabelece “uma relação tripolar virtual entre diferentes gerações pela instituição de um regime patrimonial de uso, fruição e preservação prudentes de uma coisa para vigorar após a morte do testador (geração passada) e durante toda a vida dos possuidores fiduciários (geração presente)”, acabando os interesses dos fideicomissários por coincidir, pelo menos tendencialmente, com os interesses das *gerações futuras*. Ainda segundo a Autora, cria-se uma relação tripolar entre as comunidades que viveram no passado, as que vivem no presente e as que habitarão no futuro o nosso planeta (relativa indeterminação do sujeito activo), assinalando ainda o carácter tendencialmente *perpétuo* do fideicomisso ecológico (não há previsão da geração na qual vai acabar a substituição fideicomissária), bem como as suas características de *universalidade* (tem por objecto um património comum) e de ser um *fideicomisso-fim* (incide sobre um património por destinação) e um *fideicomisso-usufruto*, entre outras¹⁴¹⁵.

Em relação ao filósofo alemão Hans Jonas¹⁴¹⁶ salienta-se o tratamento precursor de temas como os da *ética da responsabilidade*, da *heurística do medo* e da *responsabilidade pelo futuro*, tendo por pano de fundo os *perigos da tecnologia* e a *filosofia da natureza*.

¹⁴¹⁴ Cfr. *ob. cit.*, pp. 289-291.

¹⁴¹⁵ Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, *O Princípio do Nível Elevado...*, cit., pp. 289-300 (sem todavia ligar esta sua construção à obra de Edith Brown Weiss). Sobre a tradução sugerida cfr. também DIOGO LEITE CAMPOS, MARIA JOÃO TOMÉ, *A propriedade fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, especialmente p. 13 (onde equiparam a noção de *trust* à de *confiança*, explicando que o instituto jurídico que, por excelência, permite o desempenho da *administração de bens para outrem* nos sistemas jurídicos da *common law* é o *private trust* e que os ingleses e americanos “manifestaram sempre a sua preferência pela confiança em terceiros, em detrimento da confiança em disposições legais gerais e abstractas (...) sempre passíveis de serem violadas”) e 19, onde definem *trust* recorrendo à obra de M. REUTLINGER (*Wills, Trusts, and Estates, Essential Terms and Concepts*, Little Brown and Company, Boston, 1993, p. 143) como uma “relação fiduciária relacionada com a propriedade, na qual uma pessoa (o *trustee*) detém o bem em questão (a *trust res*) em benefício de outra (o beneficiário), tendo ainda deveres específicos relativos à forma pela qual o *trustee* lida com a propriedade” (tradução nossa). No articulado proposto os Autores definem *propriedade fiduciária* como “o direito de propriedade atribuído ao fiduciário que administra e dispõe desse direito no interesse do beneficiário ou para qualquer outro fim digno de protecção legal” (cfr. p. 327). Ainda na mesma obra, sobre a distinção do *trust* face à *substituição fideicomissária*, cfr. pp. 252-254.

¹⁴¹⁶ Para estudo do pensamento de HANS JONAS compulsámos a obra *Le Principe Responsabilité — Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 1998, tradução (da responsabilidade de Jean Greisch) da 3.ª edição do *Das Prinzip Verantwortung*, ed. Suhrkamp, cuja 1.ª edição é datada de 1979, publicada pela Insel Verlag, Frankfurt a. M., 1979.

Como salienta Jean Greisch¹⁴¹⁷, na ética subjacente à obra de Jonas está em causa a *protecção e preservação da vida* de todos os que, *no futuro*, surgem como frágeis e ameaçados, sejam vítimas potenciais as gerações futuras ou a própria natureza, passando a responsabilidade da geração presente pelo facto de sermos todos nós “os arquitectos da sociedade do futuro”.

No limite, o pensamento de Jonas conduz à necessidade de proibir todas as formas de tecnologia que contenham em si o risco de destruir a humanidade, lançando as bases do princípio da precaução através do imperativo *in dubio pro malo*, isto é, no caso de o uso de uma determinada tecnologia poder ter por consequência vários efeitos possíveis, deve decidir-se como se o pior de todos se fosse verificar.

Hans Jonas teve o mérito de descortinar muito cedo¹⁴¹⁸ que as promessas da técnica moderna se tinham, afinal, convertido em ameaças ou que, pelo menos, estas estavam indissociavelmente ligadas àquela, uma vez que a submissão da natureza com vista à felicidade humana, devido à “desmesura do seu sucesso”, conduziu ao maior desafio alguma vez colocado ao ser humano, mostrando o desfasamento resultante do facto de os novos terrenos que pisamos com a tecnologia de ponta serem ainda terras virgens da teoria ética. Neste contexto, lembra que o que pode servir de “bússola” é a antecipação da ameaça, sendo a isto que chama a *heurística do medo*, a qual tem de se suportar numa ética não apenas da sagacidade mas também do respeito, devendo as fundações desta atitude ética alargar-se ao campo metafísico, pois só a metafísica permite perguntar porque devem os homens existir no mundo e, assim, porque vale a pena o imperativo incondicional de preservar a sua existência no futuro. Em relação ao conceito de *responsabilidade* o seu sentido actual vê-se alargado em relação ao futuro, opondo o *princípio responsabilidade* à utopia, que constitui “a mais perigosa das tentações actuais da humanidade”, decorrendo daquele princípio a preservação para o homem da integridade do seu mundo e da sua essência contra os abusos do seu (próprio) poder. E assim se compreende e justifica o repto lançado por JONAS: “Qualquer que seja a fraqueza do discurso face ao constrangimento das coisas e à pressão dos interesses, ela pode no entanto contribuir para que esta consciência caminhe no sentido da crença na responsabilidade por um futuro ameaçado, tornando-nos assim um pouco mais disponíveis para o que a causa da humanidade exigirá de nós com uma urgência crescente”¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁷ Na apresentação à obra citada na nota anterior: cfr. Jean Greisch, “Présentation”, pp. 9-14 (pp. 12-14).

¹⁴¹⁸ Como resulta do Prefácio da sua obra citada: cfr. HANS JONAS, *Le Principe Responsabilité...*, cit., pp. 15-20.

¹⁴¹⁹ Cfr. *ob. cit.*, p. 20. Ao longo desta obra salienta-se ainda o desafio da *transformação da essência do agir humano*, devidamente enquadrado em exemplos históricos de formas anteriores da “ética do futuro”, mas desvelando novas dimensões da responsabilidade, reportadas à vulnerabilidade da natureza (cfr. pp. 30-33). A nossa *obrigação pelo futuro* é desenvolvida a pp. 67-70 e, especialmente, pp. 87-99, mostrando entre outros aspectos a ausência de reciprocidade da ética do futuro (a responsabilidade é agora assumida como uma “relação não recíproca”) e a responsabilidade ontológica em face da própria ideia de homem, dimensão ontológica que gera um imperativo categórico (e não meramente hipotético) o que reclama a necessidade da dimensão metafísica. A ética da responsabilidade é desenvolvida em contraponto à crítica da utopia (cfr. p. 334 e segs., especialmente pp. 417-424), salientando-se que *o homem se deve sentir responsável por antecipação mesmo em relação ao desconhecido* sem se deixar desencorajar por ele (p. 421), sendo fundamental a “coragem de assumir a responsabilidade”. O medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que desaconselha a acção mas o que convida a

Em suma, a nova teleologia do direito ambiental tem por detrás de si um novo dever ser do homem, baseado no respeito pelas gerações futuras, na solidariedade intra- e intergeracional, na responsabilidade pelo futuro da qual resulta uma nova ética, produzindo em conjunto uma *renovação da axiologia do direito* e uma compreensão mais funda e alargada da justiça, no âmbito da qual se vislumbram as fundações de um *Estado de Justiça Ambiental*¹⁴²⁰.

Também as bases teóricas da *sociedade do risco*, desenvolvidas por Ulrich Beck e Anthony Giddens, são em simultâneo pressupostos dogmáticos do direito ambiental renovado dos finais do século passado e do século agora em curso.

A *sociedade do risco* está por demais recenseada, comentada e caracterizada para nos permitir aditar alguma nota. Mencionaremos apenas, de forma telegráfica, as insuficiências e incompletude do conhecimento científico, o nascimento de novos riscos que penetram o nosso dia-a-dia ligados ao desenvolvimento da ciência e da técnica, a consciencialização dos *riscos globais*, a incerteza e o medo quanto ao futuro, o facto de ser uma sociedade global, o *carácter reflexivo do risco*¹⁴²¹, a necessidade de os cidadãos, os cientistas, os juristas e os políticos — no fundo todos os agentes sociais e económicos — porem em causa todas as suas acções, ponderarem todas as opções em jogo e escolherem as alternativas de acção presentes em função de um futuro desconhecido, incerto e arriscado e de tornarem a dúvida sistemática “o princípio ético do agir social”¹⁴²². Seguindo os contributos de Anthony Giddens, a sociedade do risco pode ser definida como “uma sociedade onde vivemos, de forma crescente, numa fronteira de alta tecnologia que ninguém compreende completamente e que gera uma diversidade de possíveis futuros”, podendo as origens desta sociedade ser fundadas em duas transformações fundamentais que afectam hoje as nossas vidas: o *fim da natureza* (já praticamente não há quaisquer aspectos do mundo físico nos quais não se encontrem marcas da intervenção humana) e o *fim da tradição* (vivemos num mundo onde a vida já não é vivida como destino)¹⁴²³. Como o mesmo Autor mostra noutra lugar¹⁴²⁴, vivemos hoje num “num mundo descontrolado” em virtude dos novos riscos e incertezas, da globalização e da diversidade cultural dos fundamentalismos exacerbado e da própria crise da família em que as tentativas de controlar o futuro se viraram contra nós, tendo presente

agir, o medo que tem por objecto a própria responsabilidade. A responsabilidade é a solicitude, reconhecida como um dever de outrem que, no momento em que a sua vulnerabilidade é ameaçada, se transforma num motivo de preocupação (cfr. p. 421 e seg.).

¹⁴²⁰ Cfr. de novo DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 376-378.

¹⁴²¹ Sobre o carácter reflexivo do risco e, em geral, da vida social moderna diremos, acompanhando ANTHONY GIDDENS (*The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1990), que ele resulta de “as práticas sociais serem constantemente examinadas e reformadas à luz da informação recebida sobre aquelas mesmas práticas, alterando em termos constitutivos as suas características” (p. 38). O conhecimento actual é incerto e, como causa e consequência disso, ele é constantemente desafiado e reconstituído, ao ponto de “até as noções tidas como mais firmes só poderem ser vistas como válidas «em princípio» ou «até prova em contrário»” (cfr. p. 47).

¹⁴²² A expressão é de DIAS GARCIA, apoiada em Beck e na sua “cultura da dúvida”: cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., p. 93.

¹⁴²³ Cfr. ANTHONY GIDDENS, “Risk and Responsibility”, *MLR*, vol. 62, nº 1 (Jan. 99), pp. 1-10 (p. 3). Neste mesmo estudo (cfr. p. 7 e seg.) GIDDENS aborda outra das características da sociedade de risco, a da “irresponsabilidade organizada” (a responsabilidade não pode ser facilmente atribuída ou assumida).

¹⁴²⁴ Cfr. ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, cit., pp. 15-18 e 31-43.

a distinção entre *risco exterior* e *risco provocado*: até há pouco, só nos preocupávamos com os riscos da natureza exterior, mas agora há novos riscos, provocados por nós, que convivem com os tradicionais.

Todavia, ao lado da faceta negativa do risco convive o seu lado positivo, tradutor de dinamismo e de uma força de energia criadora da riqueza, não devendo o risco ser encarado como um factor inteiramente negativo, pois "a aceitação de riscos é um dos elementos fundamentais de uma economia dinâmica e de uma sociedade inovadora"¹⁴²⁵.

Nesta medida é que a construção teórica da sociedade do risco ajuda a compreender o aparente paradoxo de uma sociedade que, se por um lado é considerada *do conhecimento*, é cada vez mais uma sociedade de insegurança, incerteza, medo e ignorância. Entre os factores que contribuíram para estas atitudes negativas e para a consciencialização dos "buracos negros" da ignorância conta-se, sem qualquer sombra de dúvidas, a consciencialização da questão ambiental, o conhecimento ou a percepção de tudo o que se desconhece sendo, em última instância, abalados os pressupostos da lógica cartesiana que dominou o pensamento ocidental durante cerca de três séculos¹⁴²⁶ e a ideia de domínio do homem sobre a natureza que, na sua base, se tinha criado.

E é ainda a concepção da sociedade do risco que permite compreender melhor o sucesso que as *abordagens reflexivas* vêm a alcançar no novo tratamento jurídico da questão ambiental: a natureza é, cada vez mais, não um "aliud" mas o próprio reflexo do homem e na preservação do ambiente "vai implicada uma reflexividade permanente do homem consigo próprio", no âmbito de uma postura ética responsabilizante por um futuro cujos limites se ignoram¹⁴²⁷.

A crescente consciencialização das preocupações ambientais por parte de empresários e administradores, dos operadores, dos funcionários, dos consumidores e dos cidadãos em geral levou ao desenvolvimento de instrumentos relacionados com a concepção de um direito reflexivo na medida em que o objectivo deste é o da *internalização das preocupações e normas ambientais* por parte das empresas e outras organizações, em oposição ao controlo externo da sua conduta, apontando assim para a "auto-organização ecológica" no seio da qual as empresas se assumem como organismos auto-regulatórios, desenvolvendo a Administração incentivos especiais para essas estratégias¹⁴²⁸.

¹⁴²⁵ Cfr. ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, cit., p. 42 e seg.

¹⁴²⁶ PAULO MAGALHÃES (*O Condomínio da Terra...*, cit., p. 35) põe a nu a incompatibilidade do direito clássico com as exigências conceptuais do direito do ambiente, na medida em que aquele foi construído numa lógica de separação das coisas, de desenhar o "meu" e o "teu", riscar fronteiras, pois com Hobbes o paradigma cartesiano invadiu o direito; o Autor em apreço defende que, pelo contrário, em matéria ambiental não há "meu" e "teu", a única "casa" que temos é feita de partes comuns, lançando o desafio de pensar de maneira inovadora para poder inovar a própria realidade. E o mesmo Autor mostra (cfr. *ob. cit.*, p. 14) como o pensamento de Descartes levou, no direito, à construção da organização das sociedades humanas com base num conhecimento segmentado, limitativo e isolador de cada área de intervenção social e de "uma organização autista em que as condições básicas para o desenvolvimento do diálogo com o meio estão desactivadas".

Em sentido próximo, cfr. JOSÉ MANUEL PUREZA, *Tribunais, natureza e sociedade...*, cit., p. 16, afirmando que "O estatuto jurídico liberal da Natureza é moldado no dualismo cartesiano e feito à medida de quem se arroga dono e possuidor da Natureza".

¹⁴²⁷ Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 131 e seg.

¹⁴²⁸ Cfr. RICHARD B. STEWART, "A New Generation...", cit., pp. 127-130.

Antes de desenvolver um pouco mais o papel da abordagem reflexiva no direito do ambiente convém adiantar que não há a pretensão de levar a cabo nem se pode esperar uma regulação global do ambiente apenas com base nas técnicas do direito reflexivo: os instrumentos do direito reflexivo só fazem sentido se usados *conjuntamente* com outros.

Como alguma doutrina tem posto em evidência¹⁴²⁹, para melhor enquadrar o direito reflexivo e os seus eventuais méritos como uma peça ou princípio para fazer face à crise (também) ambiental que vivemos é relevante compará-lo com outros níveis de revelação e evolução do direito e do sistema jurídico. Nesta análise emergem o *direito formal-racional* como direito preocupado antes de mais com as relações entre os particulares, em garantir o princípio da autonomia da vontade o que, ao nível ambiental, passa nomeadamente pelo acolhimento de princípios e instrumentos orientados para o mercado; o *direito material ou substancial* que se tornou num instrumento de intervenção do legislador para a prossecução de fins públicos que, na arena ambiental, se reflecte na adopção do ambiente como tarefa ou fim do Estado, no desenvolvimento do direito público do ambiente com base num modelo de ordenação ou no paradigma de comando e controlo, o qual veio a trazer as dificuldades e problemas especialmente realçados pela doutrina norte-americana na sua cruzada contra o "command-and-control"¹⁴³⁰.

Indo buscar as suas raízes, como vimos no Capítulo anterior, à teoria da evolução dos sistemas de Niklas Luhmann e baseando-se fundamentalmente nos contributos deste e de Gunter Teubner, a utilização de estratégias de direito reflexivo na tarefa de protecção e promoção do ambiente pretende, de alguma forma, ultrapassar esta dicotomia entre regras formais e substanciais, salientando a importância da *teoria auto-crítica do direito*, dos mecanismos auto-referenciais ou auto-reflexivos, não procurando ordenar directamente os comportamentos mas constituir uma charneira entre as estruturas sociais e institucionais, desenvolvendo um sistema auto-referencial¹⁴³¹.

A ideia base que preside a esta abordagem passa pela criação de novos institutos que encorajem as empresas a reforçar a protecção ambiental no seu interior, a adoptar e desenvolver tecnologias compatíveis com esse desiderato e pelo reforço de um papel activo e positivo com vista a assegurar uma protecção ambiental mais efectiva e eficiente. Ainda segundo Knut Unger¹⁴³², o objectivo do direito ambiental será alcançado quando for criada uma auto-consciência na luta contra a degradação ambiental sobre a necessidade de *ir para além das exigências do direito material*.

O recurso aos expedientes do direito reflexivo, no direito ambiental, pretende assim influenciar as capacidades auto-referenciais das instituições sociais sujeitas à regulação,

¹⁴²⁹ Cfr., entre outros, KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente des Umweltverwaltungsrechts in der Umwelthaftung*, Shaker Verlag Aachen, 2001, especialmente pp. 8-12; ERIC W. ORTS, "Reflexive Environmental Law", *Nw. U. L. Rev.*, volume 89, n.º 4, Summer 1995, pp. 1227-1340, *passim* (especialmente pp. 1252-1268); e RICHARD STEWART, "A New Generation...", cit., pp. 130-133.

¹⁴³⁰ ERIC ORTS ("Reflexive Environmental Law", cit., pp. 1252-1259) dá como exemplo de instituto de tutela ambiental correspondente ao direito formal o da *nuisance*; mostrando como os limites destas técnicas levaram ao recurso a *leis ambientais substantivas*, identificando o modelo de "command-and-control" com a abordagem de direito substantivo.

¹⁴³¹ Cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 8-11.

¹⁴³² *Ob. cit.*, p. 165.

procurando aumentar as capacidades auto-referenciais e auto-críticas dos sistemas e instituições sociais fora do sistema jurídico. Em vez de se basear numa intervenção directa do sistema jurídico sobre o comportamento dos poluidores, este modelo alternativo da regulação ambiental, reconhecendo os limites cognitivos e administrativos da disciplina directa dos problemas ambientais, enfatiza os limites do direito perante uma realidade cada vez mais complexa e convoca as instituições sociais numa posição intermédia entre o Estado e o mercado para as tarefas de tutela do ambiente, procurando estabelecer processos que encorajem o pensamento institucional auto-reflectido¹⁴³³ — razão pela qual os poderes públicos, em particular o administrativo, surgem como mediadores entre os objectivos das empresas e dos investidores privados e os da sociedade.

Compreende-se assim o lugar central que ocupa na análise reflexiva do direito do ambiente a crítica ao modelo de ordenação ou de comando e controlo: a excessiva “juridificação” (traduzida, nomeadamente, no conhecido fenómeno da “poluição” normativa) e complexidade, o recurso a leis muito densas, complexas e pormenorizadas que se reflectem numa regulação com enormes pesos e custos para a comunidade regulada, a falta de clareza e a contradição das exigências normativas, a necessidade de atribuir ou delegar amplos espaços de discricionariedade à Administração e a necessidade de, no mínimo, o seu complemento por intermédio de outros instrumentos.

O estabelecimento de processos de auto-reflexão nas empresas e o incentivo a pensamentos e processos auto-críticos, criativos e inovadores sobre as formas de minimizar os danos e ameaças ambientais e de maximizar os ganhos ou benefícios ambientais conduzem à criação de uma *gestão ambiental* mais responsável. Os instrumentos de direito reflexivo postos ao serviço da tutela ambiental são instrumentos de *controlo indirecto*: uma vez que as bases para o desenvolvimento do direito reflexivo são em larga medida fornecidas pela crescente *complexidade e diferenciação* da sociedade — com base nos postulados luhmanianos do desenvolvimento de esferas ou sistemas semi-autónomos dentro da sociedade — a solução para a diferenciação não pode passar pela expansão do direito substantivo, apontando o direito reflexivo, pelo contrário, para a restrição da performance jurídica, através do recurso a formas mais indirectas e abstractas de controlo social¹⁴³⁴.

Neste âmbito, o direito é obrigado a ter um papel mais modesto, abandonando-se a eventual crença na sua capacidade de resolver directamente todos os problemas — o que leva os reguladores a procurarem formas de usar o direito para encorajar outras forças da sociedade a trabalharem em prol do ambiente. Daqui resulta a força e atractividade do direito reflexivo ambiental enquanto poderosa alternativa aos métodos convencionais da regulação, também pelas vantagens resultantes da execução de mecanismos de auto-referência que apontam para que a escolha da melhor estratégia jurídica em cada caso dependa das circunstâncias concretas de cada tema e de cada empresa em particular.

O direito reflexivo liga-se de forma intensa a novas tendências estruturais e formas de regulação da questão ambiental que vamos abordar ao longo do capítulo. Para além do papel dos instrumentos cooperativos e de formas mais participadas, abertas e consen-

¹⁴³³ Seguimos aqui de perto o pensamento de ERIC ORTS: cfr. “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1254-1268.

¹⁴³⁴ Cfr. ERIC ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., p. 1257 e segs. (especialmente p. 1262).

suais de regulação, gostaríamos sobretudo de destacar já a relação muito próxima com a *procedimentalização* do direito ambiental e com o protagonismo da revelação e partilha da informação no seu seio. Em relação à primeira tendência, a execução de estratégias reflexivas não passa pela adopção de regras substanciais em relação aos regulados, mas sobretudo pela adopção de processos ou procedimentos para estes seguirem, como se vê particularmente em relação ao EMAS, reconhecidamente a estratégia de direito reflexivo ambiental mais desenvolvida. Quanto à informação, as estratégias de partilha e revelação de informação (rotulagem ecológica, certificação, revelação de riscos, compilação e revelação de inventários, registos, dados, etc.) são uma peça essencial para a execução prática da dimensão reflexiva do direito ambiental.

Dos instrumentos do direito ambiental e das formas de actividade administrativa que vamos estudar ao longo do capítulo muitos deles podem ser entendidos como reflexos ou afloramentos do direito reflexivo ambiental, na medida em que resultam sobretudo da auto-consciencialização dos potenciais poluidores da necessidade — ou, muitas vezes, das vantagens — em assumirem atitudes pró-activas de tutela ambiental e do incentivo, motivação, sensibilização e activação por parte dos poderes públicos.

Como mostra Gertude Lübbe-Wolff¹⁴³⁵, em face da vasta gama de instrumentos de direito ambiental hoje disponíveis para as tarefas de orientação ou pilotagem político-ambiental é adequado proceder à sua arrumação em diversas categorias, no caso distinguindo entre os *instrumentos do direito de ordenação*, os *instrumentos económicos*, os *instrumentos reflexivos e consensuais* e os instrumentos “de segunda ordem” (planeamento e formação da capacidade dos diversos sujeitos envolvidos na tarefa ciclópica da tutela ambiental).

Procurando por agora fazer um elenco sumário dos *instrumentos reflexivos de tutela ambiental* e indicar as razões que justificam essa sua caracterização, diremos que a regulação baseada no mercado ou os *instrumentos de mercado* se podem considerar também reflexivos, na medida em que apontam para a assunção das consequências dos comportamentos dos operadores e dos consumidores, estando muito mais em harmonia com a visão reflexiva do que as regulações de comando e controlo¹⁴³⁶. No direito norte-americano¹⁴³⁷ são também salientadas algumas “propriedades reflexivas” do NEPA (em concreto a revelação de informações sobre o impacte ambiental de determinadas decisões, embora a obrigação em causa se limite às agências administrativas, pelo que se trata apenas de direito *administrativo* reflexivo), dos standards e das políticas usadas no controlo da execução e do cumprimento do direito ambiental quando concedem incentivos ao “bom comportamento ambiental” dos regulados (em particular as políticas da EPA e do Departamento da Justiça que concedem benefícios às empresas que realizem *auditorias ambientais*¹⁴³⁸) e, ainda, de

¹⁴³⁵ Cfr. “Instrumente des Umweltrechts...”, cit., p. 490 e seg.

¹⁴³⁶ Expressamente neste sentido, ERIC ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1269-1272 — dando como exemplos o pensamento de Pigou e, em particular, as autorizações de emissão negociáveis como ferramentas jurídicas que encorajam a reflexão, considerando todavia como as mais reflexivas as que resultam de leis relativas ao comportamento dos consumidores, em particular a etiqueta ou rótulo ecológico.

¹⁴³⁷ ERIC ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1272-1287.

¹⁴³⁸ Foi isso o que se verificou, em meados da década de noventa do século passado, com os programas *Voluntary Environmental Self-Policing and Self-Disclosing Interim Policy Statements*, da EPA, com a *Environmental Prosecution Policy*, do *Department of Justice* e, depois, com as *Environmental Sentencing Guidelines*.

uma série de programas voluntários patrocinados pelo Governo federal norte-americano em boa parte acolhedores das ideias reflexivas, ao encorajarem as empresas à adopção de práticas ambientais pró-activas e à realização de controlos internos das actividades das empresas, maxime de actividades metódicas e sistemáticas de monitorização, como por exemplo o Projecto 33/50 ou o Programa "Green Lights".

Mais genericamente considera-se que todas as estratégias concretizadas na revelação e partilha de informação são concretizadoras de instrumentos reflexivos, destacando-se a etiqueta ou rótulo ecológico, os sistemas de gestão ambiental e as auditorias ambientais. Como veremos¹⁴³⁹, em especial no direito norte-americano, discutem-se os benefícios práticos que as empresas possam obter da revelação de informação própria, também como forma de compensar a eventual auto-incriminação de tal divulgação.

No direito ambiental germânico há um acolhimento muito satisfatório na legislação e na *praxis* ambiental e um amplo tratamento doutrinal de instrumentos de comando indirecto do comportamento e de organização interna das empresas que se revestem de um considerável teor reflexivo¹⁴⁴⁰.

Ao nível dos expedientes que passam pela *organização interna das empresas* com vista a atingir finalidades de protecção ambiental, o direito alemão comporta diversas obrigações com conteúdo reflexivo. É isso o que se passa, desde logo, com a atribuição de *responsabilidade ambiental* à própria empresa em virtude dos danos provocados pelo seu funcionamento, o que obriga o operador a reflectir e a organizar a produção interna e a divisão das tarefas na empresa atendendo a critérios de protecção ambiental¹⁴⁴¹. O mesmo se passa em relação às obrigações de comunicação relacionadas com a protecção ambiental, que reflectem também os princípios do direito reflexivo. Todavia, de entre os expedientes reflexivos da organização da empresa no direito alemão destaca-se, sem dúvida, a figura do *mandatário para a protecção ambiental* ("Umweltbeauftragte") — que consideramos aqui genericamente, apesar de haver diversas figuras deste tipo, como o mandatário de protecção da atmosfera/das imissões, de protecção de acidentes, de protecção das águas ou dos resíduos — o qual constitui um elemento importantíssimo do auto-controlo do funcionamento da empresa, apesar de o seu êxito real ser bastante inferior ao que potencialmente se poderia esperar dele.

Também a instituição de *sistemas de gestão ambiental*, em regra acompanhados da realização de *auditorias ambientais*, constituem elementos reflexivos do direito do ambien-

¹⁴³⁹ Cfr. *infra*, 6.3.5.

¹⁴⁴⁰ Cfr., entre outros, KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 13-75.

¹⁴⁴¹ Sobre o relevo dos diversos tipos de responsabilidade no direito do ambiente, cfr. RONELLENFITSCH, *Selbstverwaltung und Deregulierung in Ordnungs- und Umweltrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, p. 27 e segs. — mostrando que no direito do ambiente todos os tipos de responsabilidade são relevantes, exprimindo-se a *responsabilidade causal* através do plurisignificativo *Verursacherprinzip*. A responsabilidade de capacidade e a responsabilidade civil extra-contratual destacam-se nas pretensões secundárias relativas à indemnização de danos; a responsabilidade organizatória refere-se aos interesses pessoais perante as autoridades de controlo e também face aos terceiros afectados e à generalidade das pessoas. No âmbito da *auto-responsabilidade* é particularmente relevante a responsabilidade pelas tarefas, uma vez que ela significa aqui que as actividades de controlo e a responsabilidade dos controlados revertem sobre eles próprios. RONELLENFITSCH aplica depois o princípio da auto-responsabilidade a diversas técnicas específicas de tutela ambiental (cfr. pp. 28-39): as auditorias, as actividades de monitorização e a constituição de mandatários.

te, com enorme destaque para o sistema europeu de ecogestão e auditoria (EMAS), sendo também aqui de mencionar a gestão ambiental de acordo com os standards ISO 14.000 e segs. — qualquer um destes sistemas ou métodos traduzindo, de forma profunda, a *internalização de uma atitude ecológica* em todos os níveis e actividades da empresa. De notar que estes sistemas de gestão ambiental traduzem bem o carácter instrumental ou procedimental dos instrumentos reflexivos, na medida em que eles por si só não asseguram os resultados, tendo apenas por finalidade a instituição de práticas, processos, formas de actividade e de revelação da informação potencialmente conducentes a uma defesa do ambiente mais efectiva e a uma motivação dos comportamentos internos num sentido ambientalmente amigo.

Para terminar esta breve nota sobre os instrumentos reflexivos de tutela ambiental impõe-se desenvolver um pouco a referência ao EMAS, genericamente considerado a *mais bem sucedida experiência do direito ambiental reflexivo*, não havendo nenhuma tentativa que tivesse chegado tão longe no encorajamento da adopção de práticas de gestão e de auditoria em termos tão amplos e pormenorizados. O EMAS, apesar de ter a sua conformação “legalmente” definida (no Regulamento CE n.º 1221/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, que revogou o Regulamento n.º 761/2001, de 19 de Março¹⁴⁴²) é voluntário em relação à sua adopção e execução por parte das empresas potencialmente afectadas¹⁴⁴³. As empresas participantes assumem o compromisso de avaliar, gerir, explicitar e melhorar o seu desempenho ambiental, sendo fundamental o aspecto da revelação da informação, perante terceiros, dos dados resultantes do sistema de gestão ambiental adoptado e do seu desempenho ambiental¹⁴⁴⁴.

O EMAS é considerado antes de mais uma forma de *direito reflexivo*, por razões óbvias: está em causa a instituição de um sistema transparente de gestão ambiental dirigido da empresa para o público, centrando-se muito mais no *processo de decisão* do que nos resultados, na medida em que se destina a melhorar os *processos* que têm lugar *no interior da empresa*¹⁴⁴⁵. Apesar da importância e da confiança que o EMAS deposita no mercado e

¹⁴⁴² No direito interno português, cfr. o Decreto-Lei n.º 142/2002, de 20 de Maio, que designa as entidades responsáveis pelo Sistema Português de Ecogestão e Auditoria (EMAS), para assegurar a aplicação na ordem jurídica interna do Regulamento (CE) n.º 761/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Março — sendo essa entidade, actualmente, a Agência Portuguesa do Ambiente.

¹⁴⁴³ A diferença do EMAS em relação aos standards ISO 14.000 e segs. é que nestes não só a participação é voluntária, à imagem do que se passa no EMAS, mas também as regras adoptadas pelos interessados — ao contrário do primeiro, em que as regras procedimentais estão, à partida, definidas.

¹⁴⁴⁴ De notar que os próprios autores norte-americanos reconhecem, sem tergiversar, a liderança europeia na abordagem reflexiva do direito ambiental, propondo a “cópia”, pelos norte-americanos, de estratégias bem sucedidas na Europa, sempre com o EMAS na primeira posição. Por todos, cfr. ERIC ORTS, que além de considerar o EMAS europeu a “lei” ambiental reflexiva mais pura, alude expressamente à possibilidade de “importação” para os EUA da noção do direito ambiental reflexivo e defende a adopção de um EMAS americano numa base experimental: cfr. “Reflexive Environmental Law”, cit., em especial pp. 1313-1338, onde explica as razões pelas quais o EMAS foi adoptado na Europa e não nos EUA (nomeadamente o facto de este país ter o direito ambiental de tipo “command-and-control” mais pormenorizado do mundo) e avança com uma proposta para uma gestão ambiental e um sistema de auditoria reflexivos nos EUA, isto é, de um EMAS americano concebido como um programa voluntário de liderança ambiental aberto a todas as empresas com finalidades lucrativas (e não apenas às industriais, como na Europa) e mais flexível que o europeu, apresentando argumentos (económicos, processuais, tecnológicos, de coordenação e administrativos) que apontam no sentido da adopção de tal programa.

¹⁴⁴⁵ Cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., p. 60 e segs. — considerando que o EMAS constitui um *sistema bem sucedido para converter a teoria do direito reflexivo na praxis da política e do direito do ambiente* (cfr. p. 63).

na influência que procura projectar nele, o seu ponto central é o da *revelação de informação*, sendo a publicidade dessa informação que deve encorajar os operadores e empresários a aderirem à sua execução no interior das empresas — publicidade que tanto pode ser perspectivada em termos positivos como negativos¹⁴⁴⁶.

O direito reflexivo deve ser articulado com a natureza crescentemente internacional ou global tanto da economia como dos problemas ambientais: esta natureza impõe que *uma solução reflexiva tenha de ser forçosamente global*. Também aqui o modelo do Estado-nação e a ordem internacional tradicional se revelam insuficientes para responder à questão ambiental, o que põe em evidência a *dimensão internacional ou global do direito ambiental reflexivo*¹⁴⁴⁷.

Por último, uma nota de salvaguarda: apesar do papel de inegável préstimo que os instrumentos do direito reflexivo assumem no contexto das novas formas de acção administrativas de tutela do ambiente e de estratégias mais modernas, imaginativas, engenhosas e inteligentes de convocar os interesses próprios dos operadores, empresários e dos cidadãos em geral na preservação do ambiente, tem de se assegurar que os “espaços livres” deixados pelo direito reflexivo não venham a significar ruptura¹⁴⁴⁸, razão pela qual estes instrumentos devem ser vistos apenas como uma “peça” ou um elemento de um puzzle complexo de instrumentos e formas de acção administrativas que hoje se articulam no direito do ambiente.

2.2. A crise do direito de ordenação na tutela ambiental – propostas de mudança

Após os primeiros passos da tutela jurídica do ambiente, iniciados grosso modo na década de setenta do século passado, o direito do ambiente, na sua configuração originária — isto é, baseada num modelo impositivo, de comando e controlo, em instrumentos oriundos do direito de polícia ou, mais genericamente, do direito de ordenação, dando amplos poderes de conformação, autorização, controlo, fiscalização e aplicação de sanções aos órgãos administrativos — foi crescendo e reforçando-se ao longo das décadas seguintes, nos termos descritos no Capítulo II da Parte I. Apesar do caminho imparável da degradação ambiental, a verdade é que os resultados alcançados por aquilo que é comum designar-se por primeira geração do direito do ambiente não deixaram de ser assinaláveis. Todavia, tanto na Europa como, sobretudo, nos EUA, desde meados da década de oitenta do século XX que se começou a fazer sentir uma tendência de crítica ao modelo tradicional e a tentativa paulatina de recorrer a novos métodos, técnicas, instrumentos e modelos de ordenação jurídica do ambiente — em paralelo com a profunda tendência de renovação do direito administrativo, abordada no capítulo anterior.

¹⁴⁴⁶ Em face deste relevo da revelação da informação, ERIC ORTS considera que o EMAS, mais do que um instrumento baseado no mercado (“market-based”) é baseado na informação e na sua revelação (“disclosure-based” ou “information based”): cfr. “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1311-1313.

¹⁴⁴⁷ Os autores norte-americanos, para além de reconhecerem o protagonismo das iniciativas europeias em matéria de direito reflexivo ambiental, defendem a adopção de soluções reflexivas em termos globais: por todos, cfr. ERIC ORTS, o qual considera poder o EMAS fornecer a ligação regulatória com os standards ISO, fundando na sua base os alicerces de tal direito ambiental reflexivo global (“Reflexive Environmental Law”, cit., p. 1337 e seg.).

¹⁴⁴⁸ Neste sentido, KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., p. 165.

Neste ponto pretendemos dar nota das principais críticas feitas ao modelo inerente à primeira geração do direito do ambiente, ao nível administrativo, e à afirmação da “reinvenção” da tutela ambiental com recurso a novos métodos, técnicas, institutos e instrumentos de protecção jurídico-administrativa do ambiente orientados pelas ideias de flexibilidade, atenção aos custos, eficiência e eficácia, inovação, acento tónico na prevenção e na performance ambiental de tais técnicas, integração da tutela ambiental, recurso ao mercado e a instrumentos económicos e financeiros — tudo com vista a despertar as forças e capacidades próprias dos regulados e a conseguir uma maior protecção ambiental a um custo mais baixo. Tendência ligada à consagração de instrumentos de comando indirecto do comportamento e de expedientes de protecção inovadores, dinâmicos e mais ousados, em particular no seio das empresas e dos operadores responsáveis pelo desenvolvimento de actividades poluidoras.

Os sucessos do modelo impositivo e de comando utilizado na primeira geração do direito do ambiente estão amplamente recenseados pela doutrina, que salienta o seu préstimo na luta contra os chamados “problemas ambientais de primeira geração”: em particular ao nível do controlo da poluição atmosférica, da poluição aquática, dos malefícios dos pesticidas e da ordenação dos resíduos foram conseguidos resultados apreciáveis. Mesmo nos EUA, país muito sensível à forma impositiva do modelo de comando e controlo utilizado nessa fase da tutela jurídico-ambiental, por se tratar de um sistema de “one-way street” em que os poderes públicos (as agências) comandam e os destinatários da regulação (particulares, empresas e outras entidades públicas) obedecem — o que se revela frontalmente contrário à lógica da *common law* e aos pressupostos liberais da vida em sociedade — a doutrina ilustra massivamente os resultados alcançados pelas leis federais de protecção do ambiente, com destaque para o CAA e o CWA. Salientando não apenas os resultados atingidos por estes poderosíssimos e complexos “estatutos” legais, mas também a abertura das portas dos tribunais para o desenvolvimento da litigância em prol da tutela do ambiente.

No espaço norte-americano, a leitura da obra de Cass Sunstein é muito profícua no sentido dos benefícios produzidos por este modelo de regulação, com destaque para o CAA — assinalando, em 1993, as enormes reduções de poluentes alcançadas e o facto de mais de 2.600 dos 3.151 *counties* americanos estarem já a cumprir objectivos de qualidade do ar — e também, ainda que em termos menos impressionantes, pelo CWA. Sunstein alude ainda a outras áreas do direito ambiental em que foram alcançados resultados muito significativos ao nível da redução dos problemas de saúde e de segurança resultantes da poluição industrial, referindo ainda os sucessos nos domínios da segurança automóvel, protecção dos consumidores e discriminação racial¹⁴⁴⁹.

Não obstante o reconhecimento destes resultados e destes sucessos a verdade é que, um pouco por todo o lado, na seqüência da insatisfação tanto da comunidade dos regulados

¹⁴⁴⁹ Cfr. CASS SUNSTEIN, *After the Rights...*, cit., pp. 77-79 e 229. No mesmo sentido, ROBERT V. PERCIVAL, “Regulatory Evolution and the Future of Environmental Policy”, *The University of Chicago Legal Forum*, volume 1997, pp. 159-198 (p. 164 e segs.); MICHAEL P. VANDENBERGH, “An Alternative to Ready, Fire, Aim: A New Framework to Link Environmental Targets in Environmental Law”, *Kentucky Law Journal*, vol. 85, n.º 4, pp. 803-918 (p. 814 e segs.). Sobre as vantagens dos instrumentos do direito de ordenação na Alemanha, cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, “Instrumente des Umweltrechts...”, cit., pp. 483-485 — destacando nomeadamente as vantagens de certeza e segurança jurídica, na medida em que o direito da ordenação oferece a enorme vantagem de garantir um “controlo infalível do comportamento”.

(dos operadores e dos empresários) como dos próprios ambientalistas e num contexto muito mais amplo de liberalização, privatização, desregulação e de todas as mudanças estudadas no capítulo anterior, foram-se salientando as fraquezas do modelo impositivo e ordenador de comando e controlo, por intermédio do qual os poderes públicos — em especial o administrativo — conduziam a tutela jurídica do ambiente¹⁴⁵⁰. Críticas enquadradas no âmbito da necessidade sentida de enfrentar agora problemas ou questões ambientais diferentes — a segunda geração dos problemas ambientais¹⁴⁵¹ — ou, pelo menos, o novo alcance e as novas dimensões das necessidades de tutela dos componentes ambientais, não apenas de forma autónoma ou isolada, mas também no seu conjunto, procurando soluções que permitissem maiores níveis de protecção do ambiente considerado na sua globalidade.

Tomando sobretudo por base a doutrina norte-americana, que se destacou nas críticas à utilização do modelo de comando e controlo na tutela ambiental¹⁴⁵², deve assinalar-se que num impressionante (por aquilo que defendem, numa publicação datada de 1985!) escrito de Bruce Ackerman e Richard B. Stewart¹⁴⁵³ já estes Autores salientavam que, apesar dos bons resultados do sistema regulatório então vigente, a reforma se impunha devido às enormes despesas que aquele apresentava, à falta de incentivos à inovação, à expansão da litigância que potenciava, defendendo soluções que permitissem o aumento da performance ambiental e económica dos instrumentos de tutela, concluindo pela urgência da reforma do direito ambiental com base em estratégias de gestão do risco que estabelecessem prioridades inteligentes e um uso eficiente dos recursos empregues na melhoria da qualidade ambiental, incentivando tecnologias ambientais superiores, evitando sanções indesejadas e poupando biliões de dólares por ano. A conclusão do artigo é sintomática: “É tempo de os novos juristas ambientais pararem de celebrar a revolução legal dos anos setenta e começarem a construir uma estrutura legal meritória para o ano 2000”.

Procurando sintetizar os principais defeitos ou desvantagens apontados ao modelo anterior, começaremos por salientar as dificuldades resultantes do modelo legal e regulamentar imposto, traduzido em normas densas e altamente prescritivas, que originaram uma verdadeira “poluição normativa”. Defeitos exacerbados pelo facto de a legislação se ver constantemente ultrapassada pela complexidade crescente dos problemas ambientais, em

¹⁴⁵⁰ Como defende JEFFREY M. HIRSCH (cfr. “Emissions Allowance Trading Under the Clean Air Act: a Model for Future Environmental Regulations?”, *New York University Environmental Law Journal*, volume 7, 1999, n.º 3, pp. 352-397, pp. 352-354) a regulação tradicional de tipo comando e controlo, no domínio ambiental, traduzir-se-ia num “jogo de soma zero” (na medida em que qualquer redução da poluição resulta num custo directo para o poluidor) cujos resultados, muitas vezes, não satisfazem nenhuma das partes.

¹⁴⁵¹ Sobre os problemas ambientais de segunda geração — recenseando, entre outros, os resultantes das fontes difusas e mais pequenas de poluição, do aumento dos níveis de actividade, as potenciais alterações climáticas de longo prazo, a destruição, à escala global, de habitats críticos e a perda da biodiversidade, a degradação das áreas costeiras e dos estuários, a erosão, o assoreamento e o excesso de pesca, a poluição atmosférica no interior dos edifícios, os perigos da exposição a produtos químicos, etc. — cfr. MICHAEL P. VANDENBERGH, “An Alternative...”, cit., pp. 818-823. Cfr. ainda, entre nós, PAULO MAGALHÃES, *O Condomínio da Terra...*, cit., p. 10 — aludindo aos efeitos combinados da poluição e às suas implicações globais e duradouras, como o efeito de estufa, a destruição da camada de ozono, as alterações climáticas e a perda da biodiversidade, que eram questões que já se poderiam pôr nos anos sessenta mas que, então, foram negligenciadas.

¹⁴⁵² Como deixámos evidenciado no nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 313-317.

¹⁴⁵³ Cfr. BRUCE A. ACKERMAN/RICHARD B. STEWART, “Reforming Environmental Law”, *Stan. L. Rev.*, volume 37, 1985, pp. 1333-1365.

particular se tivermos em conta a rigidez das prescrições (nomeadamente dos standards ambientais) a que por norma se recorria, os quais representavam constrangimentos reais para os operadores. Ainda neste seio, critica-se o facto de o modelo se virar antes de mais para o cumprimento das exigências legais, secundarizando a eventual atenção aos resultados alcançados. Como tal, este modelo, muitas vezes baseado em exigências tecnológicas, representa no seu conjunto um sistema de exigências complexo e contraditório que demonstrou enormes dificuldades em lidar com a incerteza científica que se foi sempre evidenciando na arena ambiental¹⁴⁵⁴.

Outro dos principais defeitos do modelo de ordenação da primeira geração do direito ambiental passou pelo enorme peso que ele representava para o Estado, em geral, e para a Administração em particular. Como com argúcia salienta Kloepfer¹⁴⁵⁵, à medida que as tarefas públicas de protecção ambiental se foram tornando mais exigentes concluiu-se que o Estado não poderia continuar a assegurar sozinho a fixação dos standards ambientais necessários nem a vigiar a sua observância: em especial a tecnicidade do direito ambiental trouxe à ribalta os limites da regulação e da capacidade de acção dos poderes públicos, sendo crescente a ameaça de fracasso do modelo de comando até então utilizado em face de situações problemáticas cada vez mais complexas, do *deficit* da informação e da falta de domínio em relação às interacções dos efeitos — tudo levando à conclusão de que, pelo menos em relação aos resultados, *mais Estado não significava necessariamente mais e melhor protecção ambiental*. Daí a sua progressiva retracção neste âmbito e a atribuição de mais tarefas e responsabilidades a instituições não estaduais que assegurassem uma protecção ambiental e um controlo técnico efectivos. Acrescente-se que este fracasso dos poderes públicos se fez sentir, sobretudo, no controlo da execução e do cumprimento das exigências legais, regulamentares e técnicas, em face das dificuldades na vigilância, fiscalização, monitorização e avaliação do cumprimento e da performance atingida pelos regulados.

Muitos dos problemas do modelo criticado passaram pelo clima de hostilidade e desconfiança gerado em relação aos regulados — em particular operadores e empresários privados —, para além da ausência de estímulos à inovação e ao alcance, por parte dos poluidores, de metas para além do estrito cumprimento das exigências normativas. O modelo de ordenação até então vigente representava, segundo os seus críticos, o desencorajamento da iniciativa e do espírito criativo dos regulados, para além dos perigos — muito salientados pela doutrina norte-americana — de “captura” do regime pelos regulados, em face dos poderosos interesses económicos e financeiros em jogo¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁴ RENA I. STEINZOR (cfr. “Reinventing Environmental Regulation...”, cit., p. 112 e segs.) considera uma das *falhas intrínsecas* do modelo de comando e controlo a resultante das dificuldades que os standards baseados em exigências sanitárias enfrentaram, devido às incertezas científicas, o que determinou o trânsito para os standards baseados em exigências tecnológicas, os quais todavia se revelaram ineficientes, caros, com exigências complexas, contraditórias e inexequíveis, não estimulando a inovação tecnológica e eliminando os incentivos à prevenção da poluição.

¹⁴⁵⁵ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Einführung”, in: MICHAEL KLOEPFER (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich — Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz*, Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung, Schriften zum Umweltrecht, Band 85, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 11-13.

¹⁴⁵⁶ Sobre o desencorajamento da iniciativa privada pelo sistema regulatório em análise, considerando mesmo que ele funcionava numa “base militar” no âmbito de uma sociedade oprimida pelo Estado, cfr. D. SCHOENBROD,

Uma outra questão central na crítica ao modelo tradicional foi a que tinha a ver com a *fragmentação da tutela*: na primeira geração do direito ambiental a abordagem utilizada era compartimentada, no sentido de se levar a cabo uma protecção por componentes ambientais, esquecendo as interacções entre eles e o alto nível de protecção ambiental no seu conjunto. De harmonia com as tendências então dominantes da divisão e especialização do trabalho, os textos normativos orientavam-se para *um* componente ambiental determinado, os diversos órgãos administrativos cuidavam da tutela dos elementos naturais de forma isolada, o que determinava muitas vezes a transferência da poluição de um meio para outro, custos mais altos tanto para reguladores como para regulados e ausência de uma perspectiva global que tratasse os problemas ambientais de forma compreensiva.

Uma das principais dimensões da cruzada contra o modelo de comando e controlo partiu dos economistas e da análise das consequências económicas da regulação e das exigências jurídico-políticas de tutela do ambiente. Esta análise conduziu, antes de mais, à demonstração da ineficiência do modelo, salientando os altos custos do cumprimento (tanto para os reguladores como para os regulados) e o contraste entre a eficiência dos instrumentos económicos que paulatinamente se foram afirmando e a ineficiência da regulação com base no direito da ordenação¹⁴⁵⁷. No fundo, pelo menos segundo os críticos, o sistema seria, no seu conjunto, demasiado estático, não dando incentivos aos poluidores potenciais para um elevado nível de tutela ambiental e descurando a ponderação exigida entre os custos da regulação e os benefícios ambientais atingidos. Como veremos, o recurso à ponderação custos-benefícios será uma das bandeiras do novo modelo que entretanto se impôs.

De salientar ainda que à necessidade de mudança e ao apelo a novas formas de tutela ambiental mais distanciadas do originário modelo de ordenação não é de forma alguma alheio o contexto de *crise do acto administrativo* e de deslocamento da dogmática administrativa para a relação jurídica administrativa e para o procedimento¹⁴⁵⁸.

"Protecting the Environment in the Spirit of the Common Law", in: E. MEINERS/ANDREW P. MORRIS (ed.), *The Common Law and the Environment-Rethinking the Statutory Basis for Modern Environmental Law*, Rowman and Littlefield Publishers, Inc., 2000, pp. 3-24, o qual afirma, no mesmo tom em nosso entender manifestamente exagerado, que "a tirania exercida com sinceridade para o bem das suas vítimas pode ser a mais opressiva".

Em relação à vulnerabilidade das agências norte-americanas e à sua captura pelos interesses da indústria, cfr. ERIC W. ORTS, "Reflexive Environmental Law", cit., p. 1237 e seg. Em sentido próximo, assinalando a necessidade de controlo dos poderes discricionários titulados pelos funcionários administrativos, em particular devido ao perigo de captura de tais funcionários pela indústria, cfr. DANIEL J. FIORINO, "Toward a New System...", cit., p. 479.

¹⁴⁵⁷ Sobre este contraste e o estudo da eficiência de três tipos de abordagens de controlo da poluição utilizadas na Europa, no seio de um modelo de comando e controlo — em concreto, a protecção do ambiente com base em *prescrições técnicas*, em *standards de emissões* e em *standards de qualidade*, analisando a questão da sua eficiência (com base nos critérios da flexibilidade e da orientação para fins ou metas), cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, "Efficient Environmental Legislation — On Different Philosophies of Pollution Control in Europe", *JEL*, vol. 13, n.º 1, 2001, pp. 79-87 — concluindo a abordagem dos *standards de qualidade* como a mais eficiente das três.

¹⁴⁵⁸ Deslocamento bem evidenciado, entre nós, por VASCO PEREIRA DA SILVA, tanto em termos gerais como especificamente em relação ao ambiente. Em termos gerais é este o cerne da sua obra *Em Busca do Acto...*, cit.: depois de mostrar (cfr. pp. 109-122) que, com a afirmação, ao longo do século XX, da administração prestadora e concertada, o acto administrativo perde a sua posição de exclusividade no âmbito das relações e das formas de actuação administrativas, afirmando-se a *crise do acto administrativo* como reflexo da mais vasta crise da dogmática clássica do direito administrativo e de mostrar a necessidade de reconstruir o direito administrativo com base num novo conceito central, seja ele a *relação jurídica* (perspectiva "subjectivista" defendida na Alemanha) ou o *procedimento administrativo* (perspectiva "objectivista" propugnada em Itália), Vasco Pereira da Silva defende (p.

Apesar de termos centrado a nossa atenção na doutrina germânica e norte-americana, por estas se terem destacado na sistematização crítica ao modelo tradicional, este movimento fez-se sentir em todas as ordens jurídicas que temos tido sob a nossa atenção e, naturalmente, também no nosso próprio país¹⁴⁵⁹.

Antes de avançarmos para uma análise de alguns dos rasgos da evolução e da reinvenção a que se assistiu no domínio da tutela jurídica do ambiente, convém assinalar que a crítica ao modelo de comando não regista unanimidade: apesar de uma tendencial concórdia nessa censura, mesmo na doutrina norte-americana não faltam algumas vozes em sentido contrário, alertando para os excessos da tendência para subestimar os benefícios reais alcançados com a abordagem da primeira geração. De acordo com Cole e Grossman¹⁴⁶⁰,

121 e seg.) que se deve partir de uma orientação subjectivista, considerando a *relação jurídica* como conceito central do direito administrativo, entendendo o *procedimento* como o “quadro” ou “pano de fundo” onde se estabelecem e desenvolvem relações jurídicas administrativas. Este estado de coisas é acentuado no “Estado pós-social” com a afirmação da “Administração prospectiva ou de infra-estruturas” (pp. 122-135), a partir da década de setenta do século XX: o que mais caracteriza esta Administração é a sua dimensão infra-estrutural, os *efeitos que ela produz em relação à sociedade no seu conjunto*, realçando o papel dos actos genéricos e modificando profundamente a eficácia dos actos individuais, que produzem agora efeitos muito para lá das pessoas por eles directamente visadas. Com o acento tónico colocado nas decisões-plano, na organização, no plano, no orçamento e, em geral, na atitude prospectiva da Administração (competência para preparar o futuro), as notas principais desta Administração prospectiva ou prefigurativa são as da *multilateralidade* (mesmo os seus actos individuais não possuem eficácia limitada aos particulares visados, mas multilateral, com o exemplo destacado das autorizações, transformadas em “instrumentos de regulação de determinado sector da actividade económica, em razão dos efeitos produzidos relativamente aos terceiros afectados”), que implica o *alargamento da protecção jurídica subjectiva perante a Administração*, a *durabilidade das relações jurídicas* e o *esbatimento da diferenciação entre formas de actuação genéricas e individuais* que contribui para a perda de nitidez dos contornos distintivos entre regulamentos e actos administrativos e para a intermutabilidade na sua escolha. Do que resulta a *continuada crise do acto administrativo no Estado pós-social* (pp. 135-144): a Administração de infra-estruturas potenciou a complexificação das formas de actuação administrativas e o reequacionamento do papel do acto com a proliferação das decisões-plano, o surgimento das actuações administrativas informais, a eficácia do acto em relação a terceiros, saindo reforçadas as *limitações conceptuais da figura do acto administrativo*, insuficiente para compreender os efeitos do relacionamento da Administração com os particulares. O que leva o Autor a defender a *relação jurídica multilateral* como a modalidade de relação jurídica típica da Administração de infra-estruturas adequada para explicitar os vínculos que se estabelecem entre todos os intervenientes. Entre algumas das características desta nova *Administração de infra-estruturas* contam-se a multiplicação de decisões administrativas programáticas, a afirmação de novas modalidades de acção administrativa de carácter muito heterogéneo (actuação administrativa informal) e a substituição de métodos impositivos por estratégias de negociação. De todo este excurso Vasco Pereira da Silva extrai a conclusão (p. 144 e seg.) da *crise da decisão administrativa clássica como conceito central do direito administrativo*.

Sobre este “deslocamento” da dogmática administrativa do acto para a relação jurídica administrativa e para o procedimento em relação às *formas de actuação administrativa em sede ambiental*, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., pp. 173-177.

¹⁴⁵⁹ A título de exemplo, p. ex. em Itália FRANCESCO FONDERICO (cfr. “La Tutela dell’Ambiente”, in: SABINO CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo — Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo Secondo, Seconda Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, pp. 2015-2107 — p. 2016 e seg.) autonomiza como uma das fases de evolução do direito ambiental italiano a vivida entre 1986 e 1997, apresentando como suas notas peculiares uma série de modificações — consideração unitária e autónoma do ambiente, instituição do Ministério do Ambiente e da Agência Nacional de Protecção do Ambiente, criação de diversos institutos e procedimentos de tutela ambiental, com destaque para a AIA, direito à informação ambiental e programação ambiental, entre outras alterações — resultantes do *falhanço das políticas de comando e controlo*, com um recurso crescente a instrumentos alternativos virados para o mercado ou de carácter voluntário.

¹⁴⁶⁰ Cfr. DANIEL H. COLE/PETER Z. GROSSMAN, “When is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection”, *Wis. L. Rev.*,

apesar de constituir uma “verdade de fé” entre economistas, juristas e políticos que as formas económicas de regulação ambiental são mais eficientes na protecção ambiental que o tradicional modelo de “command-and-control”, a verdade é que as formas de controlo inerentes a este último modelo podem ser até mais eficientes do que os instrumentos de mercado, tudo dependendo de factores institucionais e tecnológicos que afectam os custos da regulação. Centram-se em particular nos “números” do CAA, os quais contrariam a visão de ineficiência daquele modelo, na medida em que, nas décadas de setenta a noventa, as suas vantagens ultrapassaram substancialmente os custos, com enormes benefícios sociais líquidos. E mesmo no final do século transacto, altura em que o artigo foi escrito, os Autores defendem que, nos casos que envolvam altos custos de monitorização, o *command-and-control* pode revelar maior eficiência e eficácia do que os instrumentos de mercado. Pelo contrário, as inovações tecnológicas e institucionais tornaram as alternativas baseadas no mercado falíveis e, nalguns casos, promotoras de menor eficiência. Em todo o caso, os Autores não deixam de salientar a história de grande sucesso do programa das chuvas ácidas — em nossa opinião, a mais bem sucedida experiência de largo alcance do direito ambiental norte-americano, utilizando instrumentos de mercado mas sem prescindir do recurso a instrumentos de comando na arquitectura do programa —, história essa que os leva a considerar justificado um maior uso de instrumentos económicos e de mercado no futuro. O maior problema destas análises, segundo Cole e Grossman, é que a ponderação comparativa da eficiência dos vários regimes é por norma insensível aos contextos histórico, institucional e tecnológico. Daí a grande conclusão, de acordo com a qual não há uma resposta absoluta, devendo fazer-se uma análise caso a caso para concluir sobre a maior ou menor eficiência de um modelo, sendo certo que quando os custos de redução da poluição forem baixos e os custos de monitorização elevados a abordagem de comando e controlo deverá ser pelo menos tão eficiente como alguns dos instrumentos económicos e de mercado estudados pelos Autores¹⁴⁶¹.

Porventura devido a esta falta de unanimidade na crítica ao modelo de ordenação e comando, em particular nos EUA houve uma série de propostas que passaram pelo acolhimento daquilo que poderemos apelidar de uma “reforma evolutiva”, no sentido de tomar por base o sucesso da primeira geração da ordenação (em especial, legal) ambiental, aproveitando muitas das vantagens demonstradas por aquele modelo, mas procurando levar a cabo melhorias na política regulatória, experimentando novas abordagens com maior flexibilidade e uma maior atenção na performance ambiental, em vez de propor alternativas revolucionárias do modelo de regulação ambiental¹⁴⁶². Estas tentativas passaram, sobretudo, pela introdução de uma maior flexibilidade e por formas inovativas de regulação, incluindo

volume 1999, n.º 5, pp. 887-938, *passim*. É curioso registar que um dos Autores é jurista ao passo que o outro é economista, o que não deixa de ser significativo no âmbito do tema em apreço.

¹⁴⁶¹ Em sentido análogo, cfr. ROBERT V. PERCIVAL, “Regulatory Evolution...”, cit. (especialmente pp. 176-184), o qual afasta em geral neste estudo a ideia muito difundida da irracionalidade e ineficiência da primeira geração da regulação ambiental, defendendo que apesar de actuar de forma centralizada e com base comandos legislativos — contrariando, assim, a tradição da *common law* — alcançou reduções de poluição de grande significado, havendo exagero nas críticas que lhe são feitas. A escolha inicial pelo tipo de instrumentos utilizados justificava-se em face da gravidade dos problemas e produziu resultados de grande alcance.

¹⁴⁶² Cfr., por todos, ROBERT V. PERCIVAL, “Regulatory Evolution...”, cit., em especial pp. 167-171.

o maior uso e troca da informação e, no limite, a criação de autorizações de emissão negociáveis, destacando-se no seu âmbito o programa da “reinvenção da regulação ambiental” da Administração Clinton/Gore¹⁴⁶³.

Esta estratégia propõe uma nova abordagem reguladora dos problemas ambientais, a qual foi articulada com as políticas da EPA, apelando à flexibilidade da regulação, a uma maior responsabilização dos actores económicos (especialmente dos empresários) na tutela ambiental, com a conseqüente diminuição do peso e exigência da regulação pública (por vezes com a disposição de tolerar violações ambientais menores, desde que acompanhadas por resultados globais mais positivos), uma maior atenção aos custos excessivos que a regulação ambiental impõe às empresas, apelo a iniciativas e projectos inovadores da sua iniciativa, maior relevo de estratégias “criativas” e de prevenção da poluição, concentração nos resultados ambientais globais, através de abordagens mais integradas, etc. Em suma, uma abordagem mais cooperativa e participada, com envolvimento da comunidade regulada e de outros interessados e uma maior importância dada às forças e aos mecanismos de mercado, numa tendência clara de fuga ao excessivo rigor, aos elevados custos e à ineficiência do paradigma *command-and-control* — sem, todavia, implicar pôr totalmente de lado os pressupostos, os institutos e os instrumentos inerentes a este modelo jurídico de ordenação da tutela ambiental.

Do programa de “reinvenção da regulação ambiental” destacaram-se algumas iniciativas e propostas concretas, com inegável protagonismo para o *Projecto XL*, a mais arrojada e inovadora iniciativa de todos os programas¹⁴⁶⁴. Apesar do sucesso inicial do Programa, ele veio a deparar com algumas dificuldades de execução e dúvidas em relação à competência da EPA para *dispensar* o cumprimento de certas exigências legais e/ou regulamentares¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶³ Aludimos ao relatório “*Reinventing Environmental Regulation*”, anunciado em 16 de Março de 1995 e “desenhado para reinventar os paradigmas correntes que informam a regulação pública”, com a promessa de “simultaneamente aumentar a protecção ambiental e aliviar os pesos reguladores sobre a indústria” (cfr. BENJAMIN STARBUCK WECHSLER, “Rethinking Reinvention...”, cit., p. 255). Desenvolvidamente sobre ele e sobre as suas principais concretizações, cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 322-329.

¹⁴⁶⁴ Este Projecto — cuja sigla resulta de “eXcellence and Leadership” — permitia aos empresários, à EPA e ao público trabalharem juntos em estratégias de prevenção da poluição (projectos-piloto, baseados em reduções na fonte ou em tecnologias e processos inovadores) para instalações *específicas* (pretende-se uma regulamentação *específica para o local* — “*site-specific regulation*”) no sentido de diminuir os custos dessa *prevenção* (preferencialmente ao seu controlo) e de aumentarem a protecção ambiental, prometendo a EPA tolerar o não cumprimento de exigências previstas na regulação *command-and-control* e, em troca, comprometendo-se as empresas a ultrapassar os níveis de performance ambiental que seriam atingidos com a aplicação estrita dos *standards command-and-control*.

¹⁴⁶⁵ Sobre estas dúvidas cfr. DENNIS D. HIRSCH, “Bill and AL’s XL-Ent Adventure: an Analysis of the EPA’s Legal Authority to Implement the Clinton Administration’s Project XL”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 1998, n.º 1, pp. 129-172: apesar de o A. basear tal possibilidade da EPA na competência de renúncia ou desistência tácita (“*implied waiver authority*”), poder que permite às agências administrativas conceder dispensas do cumprimento dos requisitos existentes onde se verifiquem determinadas condições, ele não fornece uma resposta categórica sobre a legitimidade dessa prática (cfr. pp. 157-172). Cfr. também THOMAS E. CABALLERO, “Project XL: Making it Legal, Making it Work”, *Stan. Envtl. L.J.*, volume 17, number 2, May 1998, pp. 399-471, que alude aos resultados pouco significativos do Projecto XL, descrevendo as *barreiras* que ele encontrou e que o tornaram num *programa fraco e ineficaz*: para além das *barreiras políticas* (pp. 406-412), fala-nos nas *barreiras jurídicas* (pp. 412-430) relacionadas com a incerteza em volta da competência da EPA para executar o projecto e para proteger as empresas participantes de acções judiciais, cuja possibilidade é bem real, devido ao não cumprimento de exigências legais (apesar da dispensa da EPA).

Em virtude destas dúvidas e das dificuldades práticas em conceber projectos inovadores, assegurando simultaneamente a participação e adesão dos diversos grupos interessados, os resultados do Projecto XL vieram a revelar-se inferiores ao esperado: como tal, e apesar de representar um marco significativo no caminho da mudança de paradigma da regulação ambiental, sobretudo por ser uma tentativa expressa e assumida pelos próprios reguladores de obviar a alguns dos principais defeitos da abordagem *command-and-control*, as dúvidas e dificuldades que suscitou conduziram a que poucos viessem a lamentar o seu abandono pelos novos gestores da EPA¹⁴⁶⁶.

Para além do Projecto XL houve diversas iniciativas similares empreendidas pela EPA no contexto da "reinvenção da regulação ambiental" ao longo da década de noventa, nomeadamente: a *Common Sense Initiative* (CSI), que vigorou entre 1994 e 1998, com acento tónico na *prevenção e redução da poluição*, procurando atingir o objectivo de encontrar formas mais limpas, baratas e inteligentes de reduzir e prevenir a poluição, para o que recomendava alterações à abordagem vigente da gestão ambiental, centrando-se em *sectores específicos da indústria* (as indústrias automóvel, informática e electrónica, do ferro e aço, tipográfica, de acabamento de metais e das refinarias de petróleo)¹⁴⁶⁷; o *Programa 33/50*, lançado pela EPA em 1991 (ainda na Administração Bush) e ligado à estratégia de prevenção da poluição, o qual visava fomentar a prevenção da poluição química, para cujo efeito a EPA criou uma lista dos 17 produtos químicos mais tóxicos usados nos EUA, solicitando às empresas reduções voluntárias quanto a tipos específicos de emissões químicas e, em contrapartida, pondo de lado o cumprimento de algumas exigências de *command-and-control*, com o objectivo de as reduzir em 33% até ao fim de 1992 e em 50% até ao fim de 1995, com reconhecimento público das empresas que o conseguissem¹⁴⁶⁸; o *Environmental Leadership Program* que, ainda no âmbito de uma política de flexibilidade, propôs a concentração da regulação na *prevenção da poluição* e em *objectivos de performance* (mais do que nos *meios* para os atingir), visando premiar, através de reconhecimento público, as empresas que alcançassem registos de forte cumprimento e que quisessem desenvolver formas inovadoras de melhorar a sua performance ambiental¹⁴⁶⁹; a *National Environmental Technology Strategy*, também ela

¹⁴⁶⁶ Cfr. o debate relatado por JOEL A. MINTZ ("Whither Environmental Reform?: Some Thoughts on a Recent AALS Debate", *The Environmental Law Report — News and Analysis*, volume xxxi, n.º 6, June 2001, pp. 10.719-10725, pp. 10.719-10.722): o facto de ele ser um programa "legalmente suspeito", que foi em boa parte "capturado" pelas empresas e guiado pelas necessidades destas, de ter sido demasiadamente politizado e as falhas da EPA (que o planeou com ligeireza e com falta de coordenação) conduziram os participantes no debate a esta conclusão.

¹⁴⁶⁷ Com o objectivo de estabelecer uma abordagem interactiva, criou-se em cada um dos sectores um "painel" de interessados representativo das diversas sensibilidades (empresas, associações comerciais, ambientalistas, funcionários estaduais e locais e representantes do movimento da "justiça ambiental"), com um órgão de chefia, o *CSI Council*, formado no seio da EPA. Segundo DANIEL J. FIORINO ("Toward a New System...", cit., p. 471) os resultados desta iniciativa não foram muito significativos, talvez por uma imperfeita definição e articulação dos instrumentos políticos a utilizar e dos objectivos ambientais a atingir.

¹⁴⁶⁸ Cfr. PATRICIA M. BAILEY, "The Changing Role of Environmental Agencies", *EELR*, vol. 6, n.º 5, May 97, pp. 148-155 (p. 152) que nos informa dos excelentes resultados alcançados por este Programa.

¹⁴⁶⁹ Cfr. PAULA C. MURRAY, "Inching Toward Environmental Regulatory Reform — ISO 14000: Much Ado about Nothing or a Reinvention Tool?", *America Business Law Journal*, vol. 37, n.º 1, Fall 1999, pp. 35-71 (p. 64); DANIEL J. FIORINO, "Toward a New System...", cit., p. 475 e seg. e DAVID B. SPENCE, "Can the Second Generation Learn from the First? Understanding the Politics of Regulatory Reform", *Cap. U. L. Rev.*, volume 29, n.º 1, 2001, pp. 205-222 (pp. 216-220).

um projecto-piloto instituído pela EPA em 1993, que defendia o trânsito de um paradigma baseado na limpeza e no controlo para um outro baseado na *prevenção da poluição*, focado exclusivamente em questões de cumprimento e que obteve algum sucesso “no terreno”, talvez devido aos benefícios que proporcionava, com saliência para a atenuação de algumas inspecções federais e estaduais de rotina, aceitação de auto-certificação da performance e fixação de “períodos de graça” limitados para corrigir violações¹⁴⁷⁰; o *Aiming for Excellence*, relatório elaborado em Setembro de 1999 por uma “Task Force on Innovative Approaches to Environmental Protection”, criada em Janeiro do mesmo ano, sob a direcção do então vice-presidente Al Gore, com os objectivos de melhorar a capacidade da EPA para assistir empresas a cumprirem requisitos ambientais mínimos, encorajando aquelas que estivessem em condições de o fazer a respeitarem voluntariamente *standards* de performance ambiental que ultrapassassem o mero cumprimento da regulação existente, tudo no âmbito da defesa de uma “ética de gestão ambiental” para atingir a excelência ambiental¹⁴⁷¹. Como dissemos, estamos perante tentativas que não afastam o recurso a expedientes do modelo de regulação ambiental tradicional, nomeadamente a autorização administrativa ambiental, sendo bom reflexo desta ideia a elaboração de um relatório pela EPA, em Fevereiro de 1999, intitulado “Action Plan for Achieving the Next Generation in Environmental Permitting”¹⁴⁷². A estes programas, projectos, relatórios e acções somam-se ainda alguns expedientes institucionais, como o concretizado na criação do *National Environmental Performance Partnership System*, que permitiu a transferência de algumas das responsabilidades da prevenção da poluição para os Estados e do *Permits Improvement Team*, encarregado de aperfeiçoar os métodos de autorização, nomeadamente pela emissão de autorizações de grupo e pela concessão de dispensas menores¹⁴⁷³. Tudo dentro do espírito de abandonar a rigidez dos instrumentos de *command-and-control* — sem todavia prescindir deles em absoluto — e de abrir as portas para a cooperação e colaboração com a comunidade regulada e com grupos de interesse, para uma política ambiental mais flexível e para uma maior consideração dos custos das exigências reguladoras de tutela ambiental.

Em todo o caso, as propostas de “reformas evolutivas” foram também formuladas no espaço europeu a propósito de uma transição paulatina de um uso massivo de instrumentos de comando e controlo para instrumentos baseados no mercado e numa defesa de comportamentos ambientalmente responsáveis por parte das empresas, também por força das tentativas de consagrar políticas e práticas de desenvolvimento sustentável e procurar atingir um ponto de equilíbrio entre as preocupações pela qualidade ambiental e uma melhoria da competitividade económica. Destacando-se neste âmbito a ideia de acordo com a qual em 1998 a maior parte dos instrumentos de protecção ambiental utilizadas pela então Comuni-

¹⁴⁷⁰ Cfr. KURT A. STRASSER, “Cleaner Technology, Pollution Prevention and Environmental Regulation”, *Fordham Environmental Law Journal*, volume IX, n.º 1, Fall 1997, pp. 1-106 (p. 100 e seg.), que nos informa sobre o número significativo de instalações que requereram a adesão ao projecto.

¹⁴⁷¹ Sobre ela cfr. DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative...”, cit., pp. 58-89. Este Autor põe em evidência o que constitui, para ele, mais um falhanço das tentativas de reinvenção da EPA.

¹⁴⁷² Sobre ele, cfr. DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative...”, cit., p. 82 e seg.

¹⁴⁷³ Sobre eles, cfr. JOEL B. GOLDSTEEN, *The ABCs of Environmental Regulation*, Governmental Institutes, 1999, p. 27 e seg.

dade Europeia eram ainda de tipo comando e controlo, embora tal abordagem estivesse sob grande pressão, debaixo dos ecos da subsidiariedade, da desregulação e de uma tendência para um cada vez maior recurso a instrumentos baseados no mercado¹⁴⁷⁴.

2.3. Sentido geral da renovação

Tendo por pano de fundo a evolução caracterizada no capítulo anterior e, no que à arena ambiental respeita, as críticas ao modelo de ordenação, de comando ou de controlo impositivo dos poluidores ou de “command-and-control”, a tutela jurídica (e política) do ambiente seguiu o seu caminho, sendo a tendência geral da última quinzena de anos do século xx a do trânsito para uma utilização mais funda e frequente de instrumentos económicos, de mercado, de comando indirecto dos comportamentos, no sentido de conferir uma maior flexibilidade às formas de actuação administrativas ordenadoras do ambiente, uma atenção mais clara aos custos das medidas de protecção — à ponderação entre os seus custos económicos e sociais e os benefícios ambientais alcançados — bem como um relevo mais intenso à eficiência, à inovação, à performance ambiental dos operadores regulados, procurando centrar as medidas não no combate à poluição mas na prevenção, despertando as forças e os interesses próprios dos regulados e as iniciativas das comunidades empresariais, científicas, ambientalistas, etc. dando passos efectivos no sentido de uma auto-regulação da questão ambiental e ensaiando estratégias mais ousadas e imaginativas de tutela, procurando evitar a fragmentação das políticas e das medidas de defesa e defendendo a integração de tais medidas no sentido de uma promoção efectiva da defesa ambiental e do desenvolvimento sustentável.

A maior sensibilidade aos custos e as tentativas de integração das medidas de protecção ambiental conduziram também à defesa de abordagens mais amplas e mais coordenadas da gestão dos riscos ambientais e de outros com eles conexos. Já as estratégias de auto-regulação e de uma maior confiança na consciencialização e mobilização dos operadores em relação à necessidade de proteger o ambiente — consciencialização fortemente induzida por muitos dos instrumentos económicos e de mercado utilizados, os quais apelam à internalização dos custos da protecção ambiental nas próprias empresas e à convocação de motivações egoístas, maxime o lucro, por parte de operadores e empresários, na tutela ambiental — permitem em simultâneo libertar ou aliviar as entidades públicas com responsabilidades neste domínio para se concentrarem nos principais problemas ou em actividades de fiscalização e controlo dos controladores privados.

Nos EUA, muitos dos projectos inovativos integrados no programa geral de “reinvenção da regulação ambiental” a que fizemos referência, com destaque para o Programa XL¹⁴⁷⁵, acolheram as ideias em causa, acentuando a importância da performance global da

¹⁴⁷⁴ Cfr. UTE COLLIER, “The Environmental Dimensions...”, cit., p. 15. Para fazer face às crescentes dificuldades e para procurar o ponto de equilíbrio entre as preocupações pela qualidade ambiental e uma melhoria da competitividade económica, este Autor defendia (cfr. *ob. cit.*, p. 12) que os pilares da mudança para estratégias de desenvolvimento sustentável passariam por acções políticas que fizessem simultaneamente sentido do ponto de vista económico e ambiental (opções “no-regrets”, situações de “win-win” ou de “double dividend”).

¹⁴⁷⁵ Este é porventura o Programa mais discutido e mais ambicioso no que toca à reinvenção da regulação ambiental norte-americana e ao trânsito de um modelo de command-and-control para uma abordagem baseada

instalação ou do sector industrial em causa sublinhando as vantagens resultantes do desenvolvimento de sistemas mais flexíveis e integrados de regulação ambiental. As necessidades de mudança concretizaram-se também no desenvolvimento de formas novas e dinâmicas de participação, como as constituídas pelos órgãos consultivos comunitários (“community advisory boards”)¹⁴⁷⁶.

Este debate sobre a ineficácia da regulação ambiental baseada no *command-and-control* e relativo à necessidade de a substituir ou complementar por um sistema baseado na performance, nos objectivos ou indicadores de qualidade ambiental, na atribuição de discricionariedade às entidades reguladoras e de margens de escolha aos regulados fez-se sentir nos diversos quadrantes da sociedade, da economia e das organizações políticas norte-americanas, o que levou também à elaboração de diversos relatórios, na década de noventa, sobre o tema — os documentos *Entreprise for the Environment* (E4E), *Thinking Ecologically* e uma série de trabalhos da autoria da *National Academy of Public Administration* (NAPA), criada pelo Congresso¹⁴⁷⁷. Destes trabalhos resulta uma crítica profunda à fragmentação do sistema vigente, específico para a regulação de cada componente ambiental — fragmentação que sempre se revelou mais extensa nos EUA, onde as tentativas de integração das políticas e das medidas de defesa ambiental se fizeram sentir mais tarde do que na Europa — e a correspondente defesa da regulação integrada, bem como propostas de defesa da gestão global dos ecossistemas, da adopção de medidas voluntárias de gestão do produto, da compreensão integrada dos custos da poluição, da devolução da tomada de decisões do nível federal para o estadual e local, do envolvimento dos cidadãos em processos de tomada de decisão próprios do local (movimento conhecido como ambientalismo cívico — “civil environmentalism”) e da revelação e partilha de informação, entre outras. Não deixa de ser relevante notar, em todo o caso, a conclusão a que se chega segundo a qual os incentivos económicos e baseados no mercado se revelam inaceitavelmente fracos em comparação com a responsabilidade que os operadores têm de assumir em face das exigências de comando e controlo.

no mercado e na auto-regulação. Como mostra RENA I. STEINZOR (cfr. “Reinventing Environmental Regulation...”, cit., p. 112 e segs. e 126-150) este Projecto funciona como verdadeiro “caso de estudo” da reinvenção e como *alternativa* ao modelo de “command-and-control” em termos *institucionais, substanciais, procedimentais e legais*.

¹⁴⁷⁶ Defendendo as vantagens de uma *abordagem baseada na performance e por sector industrial* e mostrando algumas das inovações referidas no texto, cfr. DANIEL J. FIORINO, “Toward a New System...”, cit., pp. 467-470. O Autor desenvolve, nas páginas seguintes (pp. 470-477), algumas das iniciativas de concretização de uma *abordagem por sector industrial* (a *Common Sense Initiative*, o *Projecto XL*, o *Sustainable Industry Project* e o *Environmental Leadership Program*), ilustrando em seguida (pp. 477-482), determinadas dificuldades e barreiras que a execução de tal estratégia enfrenta e os principais passos que devem ser dados para a sua consagração (aumento da informação para medir e verificar a performance ambiental, com a execução de melhorias nos métodos de monitorização; controlo da discricionariedade administrativa, uma vez que nesta abordagem as margens de apreciação discricionária são bastante superiores; as dificuldades superiores com que as pequenas empresas deparam; o recurso a formas diferentes e mais efectivas de participação e de consentimento das comunidades envolvidas).

¹⁴⁷⁷ Sobre estes relatórios e para a sua análise, cfr. RENA I. STEINZOR, “Reinventing Environmental Regulation: Back to the Past by Way of the Future”, *Environmental Law Reporter*, volume XXVIII, n.º 7, July 1998, pp. 10361-10372. De notar que, no ano seguinte, e na mesma Revista, um outro Autor vem rebater algumas das teses fundamentais defendidas por Steinzor no trabalho citado — trabalho este que, não obstante tais críticas, seguimos no fundamental no nosso texto sobre as conclusões dos relatórios: cfr. KARL HAUSKER, “Reinventing Environmental Regulation: The Only Path to a Sustainable Future”, *Environmental Law Reporter*, volume XXIX, n.º 3, March 1999, pp. 10148-10157.

A tendência geral que, em especial nos EUA mas também na Europa se sente joga no sentido de pôr paulatinamente de lado os meios de comando rígidos de ilegalização e proibição de comportamentos, apelando antes à mobilização dos interesses próprios dos cidadãos e dos poluidores potenciais na protecção do ambiente¹⁴⁷⁸. O repto da *flexibilidade* assume, também aqui, um enorme protagonismo, como expressão da ordem económica liberal e social, concretizando-se, ao nível jurídico, na previsão de formas alternativas de comportamento e de margens de apreciação decisórias que os particulares podem e devem utilizar de forma autónoma e auto-responsável, renunciando os poderes públicos, de forma assumida e consciente, a actuações imperativas. Tudo, naturalmente, sem pôr de lado os limites da flexibilidade, isto é, a renúncia de atribuição de tais espaços de livre decisão sempre que os limites do perigo sejam ultrapassados¹⁴⁷⁹.

No que ao nosso espaço jurídico especificamente respeita, não se pode de forma alguma negligenciar o papel fundamental que a Comunidade Europeia desempenhou na reinvenção da regulação ambiental, passando muitas das estratégias inovadoras e criativas levadas a cabo nos Estados Membros pela aplicação directa de regulamentos comunitários, pela concretização das políticas adoptadas e objectivos consagrados nos programas de acção comunitários em matéria de ambiente ou pela transposição de directivas "ambientais". Na realidade, muitos dos novos instrumentos ou das novas técnicas específicas de protecção do ambiente que analisaremos adiante — como a avaliação de impacte ambiental, os sistemas de certificação e gestão ambiental, a etiqueta ecológica, a verdadeira revolução que implicou a adopção do regime da prevenção e controlo integrados da poluição, o protagonismo da informação ambiental, entre muitos outros — resultaram directa ou indirectamente do direito adoptado pela instituições comunitárias.

Naquilo que mais nos interessa, o ambiente de renovação da política e do direito do ambiente vai-se plasmar, sobretudo, na adopção de novas formas de acção por parte dos poderes públicos, em particular do administrativo, na sua actividade de prossecução do interesse público de tutela ambiental, formas de acção essas que passam a supor e a exigir um muito maior comprometimento e responsabilização dos particulares e das suas organizações. O ambiente passa a ser de muito maior cooperação, com grande protagonismo da auto-regulação — nalguns casos publicamente induzida —, reflectindo estas formas de actividade muito menos um teor prescritivo e impositivo e, pelo contrário, uma abertura mais ampla à inovação, à flexibilidade, à eficiência, à atenção aos custos, à concentração nos objectivos e nos resultados alcançados, ao dinamismo e à adaptabilidade das soluções encontradas. E, ainda, o acentuar da contratualização dos instrumentos utilizados, o reforço dos incentivos e da mobilização de interesses próprios, por parte dos operadores, na tutela ambiental, bem como um enquadramento da política ambiental na intersecção dos

¹⁴⁷⁸ Cfr., em termos lapidares, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 279 e seg.

¹⁴⁷⁹ Seguimos aqui de perto o interessante estudo de MATTHIAS SCHMIDT-PREUB, "Flexible Instrumente des Umweltschutzes", in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 309-331. O Autor fornece-nos exemplos de casos de renúncia do Estado ao cumprimento das exigências ambientais legalmente previstas, nomeadamente ao abrigo dos regimes de compensação (em especial o previsto nos §§ 7, n.º 3 e 17, n.º 3 a da BImSchG): cfr. p. 330 e seg.

objectivos e padrões ecológicos e económicos¹⁴⁸⁰, o que explica a maior atenção dada aos instrumentos de mercado.

As concretizações deste movimento de renovação das formas de acção ou actividade administrativa — concretizadas numa panóplia de alternativas que se foram paulatinamente juntando, complementando-se às formas de acção inerentes à abordagem ordenadora de comando tradicional — serão por nós desenvolvidas mais tarde, nesta lógica de continuidade ou transição faseada, isto é, sem pôr de lado o “lastro” fundamental fornecido pela estratégia tradicional, que teve de se manter vigente (pelo menos) para assegurar que os valores, interesses e bens fundamentais tutelados não seriam postos em causa. O que não invalida, em todo o caso, que alguns autores, em especial nos EUA, defendam o recurso ao que designam por estratégias de tutela ambiental “de terceira geração” que passam por uma gestão e planificação do ambiente e dos recursos naturais de forma integradas. Como vimos, defendem medidas mais ambiciosas que não sejam apenas propostas de melhoria que perpetuam a fragmentação regulatória, centrando-se na definição dos objectivos da regulação, na estrutura legal e institucional para atingir esses fins e na selecção dos instrumentos regulatórios mais apropriados¹⁴⁸¹.

2.4. Os meios de comando indirecto do comportamento na doutrina germânica

A abordagem germânica merece-nos uma referência autónoma, em face do protagonismo que, na respectiva doutrina, assume a diferenciação entre as formas de comando directo e indirecto dos comportamentos ambientalmente relevantes e a importância que o trânsito das primeiras para as segundas assume na renovação do direito ambiental dos últimos 25 anos.

Como vimos no capítulo anterior, a discussão política e jurídico-administrativa na Alemanha tem posto um grande peso na necessidade de “emagrecimento” ou “adelgamento” do Estado e de tornar o “lugar Alemanha” mais atractivo aos investidores e ao desenvolvimento. Nesta linha, ao nível do direito do ambiente o Estado tem vindo a transferir cada vez mais responsabilidades para os privados, confiando no potencial de auto-comando dos grupos e sistemas sociais parciais interessados ou envolvidos na protecção ambiental e no desenvolvimento tecnológico, acreditando também na motivação dos interessados para fazerem mais do que aquilo que está legalmente prescrito para a protecção do ambiente e

¹⁴⁸⁰ Sobre o enquadramento da política ambiental entre a economia e a ecologia, cfr. MATTHIAS SCHMIDT-PREUB, “Flexible Instrumente...”, cit., pp. 309-312. A este propósito, o Autor debruça-se sobre as relações entre a protecção ambiental e o mercado, especialmente ao nível das decisões de localização das empresas, onde a intensidade da regulação e o peso financeiro das exigências ambientais desempenha um papel relevante, estudando também o contributo, a este nível, da auto-regulação — uma estratégia da política ambiental — e da flexibilidade — o *modus operandi* ou instrumental daquela estratégia — bem como a necessidade de manter nas mãos do Estado a competência para a última decisão e possibilidades de intervenção em caso de violação ou colocação em perigo de exigências ou níveis determinados de tutela.

¹⁴⁸¹ Cfr. RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 151-173.

para o controlo técnico¹⁴⁸².

No seio destas preocupações ganhou força o recurso às formas indirectas de comando do comportamento as quais, por oposição aos *instrumentos de comando directo do comportamento* — que mais não são do que o instrumentário tradicional do direito administrativo de ordenação, os meios de comando caracterizados no Capítulo II da Parte I da dissertação — se traduzem numa prossecução mediata ou indirecta das finalidades públicas, sem se proceder a uma determinação directa dos comportamentos dos destinatários das normas jurídicas, procurando antes influenciá-los e motivá-los a adoptarem voluntariamente as condutas desejadas, sem qualificar como ilícitos ou ilegais os comportamentos contrários ao pretendido, prescindindo de formas impositivas e sancionatórias¹⁴⁸³. A ideia central é a de fugir às formas de comando ou ordenação rígidas da ilegalização de comportamentos e de, pelo contrário, obter um maior efeito de aceitação por parte da comunidade regulada e a criação de estímulos dinâmicos para a adopção de comportamentos ambientalmente benéficos, obtendo em simultâneo um alívio das tarefas públicas de comando e controlo e a já diversas vezes referida mobilização de interesses próprios na protecção do ambiente, num processo mais livre e democrático — na medida em que os destinatários de tais formas de acção podem legitimamente decidir o que querem e o que não querem fazer — revelando-se também por esta razão uma estratégia mais de acordo com o ideário neo-liberal¹⁴⁸⁴.

Os instrumentos que a doutrina germânica subsume na categoria do comando indirecto do comportamento serão por nós estudados adiante¹⁴⁸⁵, pelo que por ora não diremos muito mais sobre eles. Merecem apenas nota as desvantagens que a doutrina não deixa de lhes assinalar: as pesadas exigências que apresentam do ponto de vista da recolha, tratamento e revelação da informação; os elevados meios e conhecimentos científicos e técnicos que envolvem e pressupõem; a perda de clareza, de segurança e certeza jurídicas que implicam; os perigos que, em todo o caso, representam em termos de execução, não podendo muitas vezes garantir o alcance dos resultados ambientais pretendidos nem afastar défices na execução pretendida.

Deve ainda ser mencionado que alguns autores¹⁴⁸⁶ autonomizam dos instrumentos de comando indirecto os chamados *instrumentos de organização das empresas* (na linha da alusão, no direito alemão, a um “direito ambiental das empresas”) categoria no seio da qual surgem integrados instrumentos e formas de acção que também nos interessam. É o que se passa, desde logo, com a figura do *mandatário de protecção ambiental* (“Umwelts-

¹⁴⁸² Cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Einführung”, cit., p. 12.

¹⁴⁸³ Sobre a relação entre, por um lado, algumas questões centrais presentes e futuras do direito público — como o papel do Estado, a visão geral das formas jurídicas da sua actuação, a mudança estrutural nas formas de comando ou orientação pública e a auto-regulação social — e, por outro, as condições fundamentais para o recurso a *instrumentos de comando indirecto do comportamento no direito ambiental alemão*, cfr. CLAUDIO FRANZIUS, *Die Herausbildung...*, cit., *passim*.

¹⁴⁸⁴ Sobre esta distinção e a caracterização das formas de comando indirecto do comportamento, cfr. o nosso “A estabilidade jurídica da autorização administrativa...”, cit., pp. 754-757, em especial nota 9.

¹⁴⁸⁵ Cfr. *infra*, 6.

¹⁴⁸⁶ Com destaque para MICHAEL KLOEPFER, um dos principais vultos da doutrina germânica do direito do ambiente: cfr. *Umweltrecht*, pp. 345-366; e, do mesmo Autor, “Umwelrecht”, cit., pp. 407-410; por último, cfr. H.-J. PETERS, *Umweltrecht*, cit., que analisa, no âmbito dos princípios jurídico-administrativos de tutela do ambiente, os instrumentos de “auto-gestão” das empresas” (pp. 77-82).

chutzbeauftragte”) e as suas diversas variantes, o qual é nomeado pelas empresas que a ele recorrem como responsável pela institucionalização e centralização do controlo interno das empresas, de forma especializada, desempenhando funções de aconselhamento, iniciativa, controlo, esclarecimento e relato — bem como de elaboração de relatórios ambientais e de colaboração activa nas auditorias ambientais. Além dos mandatários de protecção ambiental é comum inserir-se na categoria em apreço as obrigações de publicitação da empresa e do operador, as auditorias, o recurso a peritos e outros especialistas e a actividade de consultadoria ambiental¹⁴⁸⁷.

No seio da nova lógica privatizadora, desreguladora e de maior atenção aos custos e à sua ponderação com os benefícios alcançados, os instrumentos de comando indirecto do comportamento — em sentido amplo, abrangendo os instrumentos de organização das empresas — visam contribuir para uma maior protecção ambiental a um custo mais baixo, com vista à concretização do princípio da eficiência e à internalização das externalidades ambientais¹⁴⁸⁸.

Como tal, impõem-se algumas palavras sobre o trânsito ou alargamento dos mecanismos tradicionais de tutela jurídica da defesa de perigos para a *precaução de riscos*. Como vimos na Parte I, os instrumentos do direito de polícia e do direito de ordenação estavam colocados ao serviço da *defesa de perigos*, no sentido de todos os acontecimentos que pudessem ameaçar a manutenção da tranquilidade, segurança e ordem públicas. Ora, como foi também já por nós realçado, a doutrina alemã foi alargando progressivamente as obrigações de defesa das entidades públicas dos perigos para a precaução de riscos, extensão essa que é incontornável no direito do ambiente.

O conceito de risco é hoje um dos mais utilizados e com maior conteúdo significativo no discurso científico, político e também jurídico. O seu sucesso no mundo das ciências sociais está incontornavelmente ligado à *sociedade do risco*, de Ulrich Beck, apesar de o seu nascimento ser muito mais antigo e, ao que parece, estar ligado à sua utilização pelos navegadores portugueses no período histórico dos “Descobrimentos”, com o sentido de “navegação em mares ainda desconhecidos, ainda não descritos nas cartas de navegação”¹⁴⁸⁹.

Neste seu sentido genérico — e seguindo o entendimento que lhe dá Giddens¹⁴⁹⁰ — o conceito de risco liga-se à *probabilidade*, à *incerteza* e ao *futuro*, reportando-se a perigos que, sem serem reais ou actuais, são calculados em função de possibilidades futuras, mostrando tanto uma faceta negativa (sobre a qual nos centraremos) como um lado positivo, devido ao seu conteúdo dinâmico, enquanto “fonte de energia criadora da riqueza”, sendo a aceitação de riscos “um dos elementos fundamentais de uma economia dinâmica e de uma sociedade inovadora”. Apesar de o conceito “risco” já estar ligado ao Estado Providência que, em certa medida, representava um “sistema de gestão de riscos”, por exemplo

¹⁴⁸⁷ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 375-397.

¹⁴⁸⁸ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 283-285.

¹⁴⁸⁹ Expressamente neste sentido, cfr. ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, cit., p. 32 — afirmando que a palavra e a noção de “risco” surgiu nos séculos XVI e XVII, por intermédio de portugueses e espanhóis, com o sentido assinalado no texto; cfr. também, entre nós, DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 13 e seg. (nota 7).

¹⁴⁹⁰ Cfr. *ob. ult. cit.*, pp. 31-43.

expresso ao nível da assistência social, nos nossos dias ele prende-se mais com o resultado das tentativas humanas de dominar ou controlar o futuro, tentativas que se viraram contra nós próprios, sendo a convivência dos riscos exteriores da natureza com aqueles que nós próprios criamos e dos quais temos consciência que representa a principal novidade¹⁴⁹¹. Como veremos, em termos jurídico-políticos a emergência do conceito de risco vai-se ligar à consagração do *princípio da precaução* ao nível do direito ambiental — e do direito da genética, por exemplo.

Todavia, o que mais nos interessa neste momento é realçar as alterações que o acolhimento jurídico do conceito de risco representa em relação à tradicional actividade administrativa de polícia que estudámos na Parte I, notando-se, também aqui, a insuficiência dos tradicionais instrumentos de prevenção de perigos do direito de ordenação e a necessidade de reinventar a regulação ambiental e enriquecer a panóplia de instrumentos jurídicos ao seu serviço.

Seguindo o ensinamento de Michael Kloepfer¹⁴⁹², o risco apresenta-se como uma subcategoria (*Unterfall*) do perigo, pressupondo o reconhecimento (*percepção* do risco) da aptidão abstracta de uma fonte para provocar um dano, estando em causa a “probabilidade de verificação de acontecimentos causadores de danos num momento tomado por base” (*probabilidade de verificação*) e a “extensão do dano causado através do aparecimento do acontecimento”. Isto é: apesar de não haver, como no perigo, um decurso causal inelutável conducente à verificação de um dano, no risco existe ainda um grau suficiente de probabilidade de verificação do dano, o que conduz à sua valoração pelo legislador como inaceitável, sendo certo que para que exista um tal grau de probabilidade suficiente é necessário que o receio do seu aparecimento esteja fundamentado. É que existe aqui uma diferença fundamental entre o perigo e o risco¹⁴⁹³: enquanto no caso do perigo a manutenção da ordem pública a que se aspira pressupunha a ausência de perigos, ao “perigo zero”, no caso do risco é impossível aspirar ao risco zero, não é razoável exigir-se a sua eliminação total. Daí não apenas a modificação da orientação finalista (da eliminação dos perigos à *redução dos riscos*) mas também a necessidade de admitir o “risco remanescente” ou “risco permitido”, isto é, de um risco contra o qual não é legítima, do ponto de vista jurídico-constitucional, qualquer intervenção: apenas perante riscos valorizados como indesejados, porque superiores ao limiar do risco permitido ou remanescente é possível a intervenção jurídico-pública. No final, é necessário fazer a gradação e a contraposição entre *perigos*, *riscos* e *riscos remanescentes* ou *permitidos*.

A distinção entre perigo e risco faz-se também por intermédio do tipo de conhecimento que se tem de um e de outro: ao passo que o âmbito do perigo se orienta para a experiência (para um “saber de experiência feito”, diríamos nós, na medida em que em função desta sabe-se que determinada situação conduz necessariamente a um dano), *o domínio do risco é o domínio da incerteza*, uma vez que não há certezas ou experiências que nos digam

¹⁴⁹¹ GIDDENS distingue, a este propósito, os conceitos de *risco exterior* e de *risco provocado*: cfr. *ob. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁹² Cfr. “Handeln unter Unsicherheit im Umweltstaat (Zusammenfassung)”, in: *Umweltstaat als Zukunft...*, cit., pp. 185-186.

¹⁴⁹³ Além da obra citada de KLOEPFER seguimos agora também ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *REDA*, n.º 119 (Julio-Septiembre 2003), pp. 323-346 (p. 327 e seg. e 333-337).

que determinado risco conduzirá necessariamente a um dano¹⁴⁹⁴.

A jurisprudência alemã tem-se ocupado também da densificação dos conceitos e da sua mais exacta diferenciação, destacando-se nomeadamente a sentença conhecida por “Kalkar-Beschluß”, do BVerfG e a “Whyll-Urteil”, do BVerwG¹⁴⁹⁵. Na primeira foi posto em evidência o facto de a tomada das medidas necessárias para defesa de perigos serem categóricas, ao passo que aquelas exigidas para a precaução de riscos só deverem ser tomadas no caso de serem tecnicamente factíveis e economicamente justificáveis, não tendo de o ser sempre que estejam para lá dos limites da razão prática e da proporcionalidade, embora o tribunal tenha acabado por determinar que só as medidas relativas ao risco remanescente ficam no âmbito da discricionariedade administrativa.

Centrando-nos exclusivamente no sentido desta distinção no direito ambiental germânico (tomando quase sempre por base o direito de protecção da atmosfera), diremos que foi sobretudo neste direito que se foi sentindo a necessidade de alargar a protecção tradicional para além dos perigos, fosse por intermédio de uma simples *ampliação do conceito de risco*, reconhecendo que aquele direito especial do ambiente — o sector de referência básico do direito ambiental germânico — tinha por finalidade principal não a defesa de perigos mas a cautela ou prevenção de perigos (“Gefahrenvorbeugung”)¹⁴⁹⁶; fosse, em termos que nos parecem mais exactos, por meio da transição da defesa de perigos para uma precaução de riscos em nome do interesse público, libertando-se dos estritos limites da defesa de perigos do direito de polícia e de ordenação e assumindo agora também uma tarefa de precaução¹⁴⁹⁷.

No § 5 da BImSchG há muito que estão autonomizadas as obrigações de defesa de perigos e de precaução de riscos a propósito das obrigações do operador de uma instalação necessitada de autorização. De acordo com o seu n.º 1, “As instalações necessitadas de autorização devem ser construídas e funcionar de maneira a que, para assegurar um alto nível de protecção para o ambiente no seu todo:

1. não possa ser provocada poluição («efeitos ambientalmente nocivos») nem outros perigos, desvantagens significativos e danos significativos para o interesse público e para a vizinhança,
2. seja tomada precaução contra a poluição e outros perigos, desvantagens importantes e danos importantes, especialmente através de medidas correspondentes ao estado da técnica”.

¹⁴⁹⁴ Cfr. a intervenção de Karl-Heinz Ladeur no Colóquio relatado por THOMAS GROSS, “Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts — Bericht über das Kolloquium ‘Reform des Verwaltungsrechts — Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit’”, *DÖV*, Jahr. 47, Heft 2 (1994), pp. 66-68 (p. 67).

¹⁴⁹⁵ Sobre elas, cfr. RUDOLF STEINBERG/GERHARD ROLLER, “Atomrechtliche Schädenvorsorge und ‘Restrisiko’”, in: HANS-PETER SCHNEIDER/RUDOLF STEINBERG, *Schädenvorsorge im Atomrecht zwischen Genehmigung, Bestandschutz und staatlicher Aufsicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 9-114 (pp. 23-32).

¹⁴⁹⁶ Cfr. FRANZ-LUDWIG KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht* . . . , cit., p. 236 e segs. O Autor defende que a especificidade deste direito, concretizada na ampliação do conceito de perigo, leva a que se alarguem as possibilidades de intervenção administrativa previstas na lei a simples *desvantagens* e não apenas a danos, com o correlativo alargamento da obrigação de protecção e do âmbito do objecto de protecção por intermédio do conceito “schädliche Umwelteinwirkungen”, sendo o *próprio legislador a concretizar o conceito de perigo*.

¹⁴⁹⁷ Cfr. VOLKMAR GÖTZ, *Allgemeines Polizei-* . . . , cit., pp. 39-42.

A doutrina tem-se pronunciado profusamente sobre esta distinção, sendo de reter algumas das diferenças entre as duas obrigações, em especial o facto de na *obrigação de protecção* (perigos), em termos de causalidade, bastar que o perigo seja em parte causado pela instalação, o que simplifica de modo muito significativo a prova da causalidade, ao passo que a finalidade da *obrigação de precaução* é a criação de uma zona de segurança abaixo do limiar de perigo, concedendo espaços livres para que possa haver zonas de “repouso” em face da crescente compressão do espaço de vida por forma a poderem ainda ser construídas novas instalações em determinadas áreas¹⁴⁹⁸. Daí a afirmação segundo a qual o *dever* ou *obrigação de precaução* estende-se *abaixo do limiar da perigosidade*, não estando em causa evitar danos ambientais mas antes a *conservação de reservas para o futuro*, sendo as medidas respectivas orientadas pelo estado da técnica, com grande relevo dado à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade¹⁴⁹⁹.

O conceito de risco foi fazendo o seu caminho no direito positivo alemão, notando-se a separação paulatina da noção da *precaução de risco* em relação à tradicional defesa de perigos, primeiro com a BImSchG, depois com a ChemG, em seguida com a UVPG e ainda com a GenTG. Posteriormente ele foi acolhido nos projectos de Código de Ambiente¹⁵⁰⁰, os quais previram o *conceito de risco* como *conceito central do direito ambiental*¹⁵⁰¹. O “Projecto dos Professores” levou a cabo uma definição de *risco ambiental* na qual é de sublinhar, para além da sua contraposição à noção de perigo ambiental, o recurso à noção de razão prática. Assim, o risco ambiental aparece definido, no n.º 6 do § 2 como “a possibilidade da verificação de um prejuízo ambiental (*Umweltbeeinträchtigung*), desde que ela não pareça excluída com base na razão prática”. Assinalando a doutrina¹⁵⁰² como com o termo “*Umweltbeeinträchtigung*” se pretende abranger todas as “modificações desvantajosas para o ambiente” renunciando-se à rigidez da noção “dano” como última característica da defesa de perigos. Ou seja: com a noção proposta pretendia-se que o conceito por um lado disciplinador mas por outro limitado e apertado de perigo perdesse a sua posição central no direito do ambiente, passando a actuação estadual a abarcar também os riscos valorados como indesejáveis.

Esta mudança é de uma profundidade e alcance que vão muito para lá da questão terminológica, sendo reflexo de uma filosofia de protecção muito mais lata que se vai projectar inelutavelmente na discussão dos meios ou instrumentos de acção no direito do ambiente e produzir consequências na “reinvenção da regulação ambiental”, nomeadamente pela ligação que tem com o princípio da precaução: os juristas alemães foram-se apercebendo que o caminho para uma efectiva precaução de riscos só poderia ser trilhado através de um alívio da regulação efectuada pelos meios e instrumentos do direito de ordenação clássica e

¹⁴⁹⁸ Cfr. HANS JARASS, *Bundes-Immissionschutzgesetz - Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 5. Aufl., 2002, p. 168.

¹⁴⁹⁹ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1262 e seg.

¹⁵⁰⁰ O *Professorentwurf zum Umweltgesetzbuch* (UGB-ProfE; Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Abmann/Kunig, *Umweltgesetzbuch — Allgemeiner Teil*, UBA-Berichte 7/90, 1991) e a *Kommissionsetwurf* (UGB-KomE; BMU (Hg.), *Umweltgesetzbuch*, 1998).

¹⁵⁰¹ Cfr. CLAUDIO FRANZIUS, *Die Herausbildung...*, cit., pp. 87-91.

¹⁵⁰² Cfr. ainda CLAUDIO FRANZIUS, *ob. ult. cit., loc. cit.*

por um recurso mais forte a instrumentos indirectos e flexíveis de estímulo, nomeadamente instrumentos económicos e de mercado. Esta mudança não foi, assim, de forma alguma despicienda, pois no direito do ambiente os conceitos típicos da polícia administrativa foram substituídos — ou, pelo menos, complementados de forma muito profunda — por novas referências assentes na noção de risco, o que produziu iguais modificações ao nível da configuração e da tipologia da actividade pública de intervenção¹⁵⁰³.

Como demonstra lapidarmente Franzius¹⁵⁰⁴ o acolhimento do conceito de risco no direito do ambiente exigiu uma nova abordagem dos instrumentos de tutela, com um recurso mais intenso e efectivo a instrumentos indirectos, na medida em que se liga à sua utilização a expectativa de levar a cabo acções mais rápidas, efectivas e amigas da liberdade: a utilização de instrumentos de precaução tende a ser mais consentida quanto menor for o carácter interventivo das suas modalidades, nomeadamente através da produção de normas por privados e do recurso a instrumentos da organização interna das empresas. O que traduz, simultaneamente, uma mudança fundamental na acção pública, que passa a recorrer com muito maior intensidade a medidas auto-reguladoras, configurando-se a tarefa de protecção do ambiente como uma missão partilhada entre o Estado e os cidadãos, combinando intervenções tradicionais com a produção de normas auto-reguladoras e uma execução das exigências de precaução por instrumentos mais suaves e diversificados.

Em todo o caso, e como demonstrou entre nós Carla Amado Gomes, a introdução do risco no discurso jurídico teve um efeito desestabilizador no contexto normativo, pois foi também por seu intermédio que a “cláusula técnica” e a permeabilidade da norma à sua evolução fez caminho, criando a enorme dificuldade de conciliar “a intrínseca mutabilidade da técnica com a tendencial estabilidade do Direito”¹⁵⁰⁵, com problemas ao nível do princípio da *reserva da lei* e dificuldades acrescidas, no plano administrativo, em virtude da necessidade de incorporar a ciência e a técnica no procedimento de tomada de decisões em cenários de incerteza¹⁵⁰⁶.

Como tem sido dito ao longo desta curta exposição sobre o trânsito do perigo para o risco e o emergir deste este no lugar até então ocupado exclusivamente pelo primeiro é em larga medida a afirmação deste conceito que explica o aparecimento e amadurecimento do princípio da precaução no direito do ambiente, princípio este com “direito de cidade” no elenco dos princípios fundamentais do direito do ambiente e com consagração expressa nos tratados da Comunidade Europeia — hoje, no n.º 2 do art. 191.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁵⁰⁷. A marca que para nós constitui a principal novidade trazida pela afirmação do princípio da precaução é a de, através dela, a *incerteza* — que constitui a essência do risco — ter feito a sua entrada no mundo do direito, com todas as

¹⁵⁰³ Cfr., num diferente espaço jurídico, um Autor espanhol que utiliza a noção de *gestão de riscos* como a fundamental para ocupar o lugar até então ocupado pelo perigo: ESTEVE PARDO, “De la policia administrativa...”, cit., pp. 329-333.

¹⁵⁰⁴ Cfr. *ob. ult. cit.*, loc. cit.

¹⁵⁰⁵ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 424.

¹⁵⁰⁶ Aspecto tratado desenvolvidamente por CARLA AMADO GOMES: cfr. *ob. ult. cit.*, pp. 436-494.

¹⁵⁰⁷ O qual, sob a égide do objectivo básico em matéria de protecção ambiental — o alcance de um *nível de protecção elevado*, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas várias regiões da União — autonomiza os princípios da *precaução*, da *acção preventiva*, da *correção na fonte* e do *poluidor-pagador*.

consequências daí resultantes, em termos de perda de segurança jurídica, de necessária restrição da protecção da confiança e do alargamento da indeterminação das normas bem como dos espaços de apreciação discricionária da Administração decisora. Sobretudo para esta última, a incerteza e a indefinição positivadas pelo princípio da precaução trazem enormes dificuldades ao nível da sua actuação concreta contra os riscos, exigindo ao mesmo tempo o relacionamento do direito com a ciência e com a técnica, dando-lhe a cobertura legal necessária para actuar em situações de incerteza perante riscos desconhecidos ou, pelo menos, só parcialmente conhecidos, sem todavia haver necessariamente uma violação ou incumprimento de normas determinadas¹⁵⁰⁸.

Com o *princípio da precaução* — o qual foi desde cedo trabalhado pela doutrina e jurisprudência alemãs, as quais têm precisado e burilado o *Risikovorsorgeprinzip*, e recebeu acolhimento expresso na Carta Constitucional do Ambiente francesa — o medo, a dúvida e, acima de tudo, a incerteza científica, fizeram a sua entrada no direito: como sobretudo KARL POPPER demonstrou, a ciência não produz provas e nunca pode fazer mais do que aproximar-se da verdade¹⁵⁰⁹. Estando ligado de forma vincada ao progresso dos conhecimentos científicos e à remissão do direito para o estado da técnica e para as melhores técnicas disponíveis, o princípio da precaução tem inerente uma ideia de *in dubio pro ambiente* que faz dele o mais ambicioso mas, ao mesmo tempo, o mais impreciso e incerto dos princípios fundamentais do direito do ambiente.

De acordo com Paolo Dell'Anno¹⁵¹⁰ — para quem este princípio deve ser valorado como uma forma de *tutela procedimental* do ambiente realizada mediante o emprego de técnicas de ponderação dos valores envolvidos, isto é, de ponderação entre os riscos recedidos e a eficácia das medidas para lhes fazer frente — na Comunicação da Comissão de 2 de Fevereiro de 2000 individualizaram-se três *pressupostos para a aplicação do princípio da precaução*, a saber: uma avaliação científica o mais completa possível dos riscos para o ambiente e para a saúde que podem resultar de uma actividade, a identificação dos dados científicos disponíveis e do grau de incerteza científica em cada fase e, por último, a análise e gestão do risco. Estes pressupostos legitimam a conclusão de acordo com a qual a escolha final é, afinal, de *natureza essencialmente política*¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁸ Neste sentido, cfr. ESTEVE PARDO, "De la policia administrativa...", cit., pp. 338-341.

¹⁵⁰⁹ Cfr. ANTHONY GIDDENS, "Risk and Responsibility", cit., p. 1.

¹⁵¹⁰ Cfr. *Principi...*, cit., pp. 89-101.

¹⁵¹¹ É em parte a essa conclusão que chega uma das autoras que, entre nós, mais tem trabalhado o princípio da precaução. Referimo-nos a MARIA ALEXANDRA ARAGÃO que na densificação do princípio (*O Princípio do Nível Elevado...*, cit., pp. 263-277) começa por destacar o papel da mencionada Comunicação da Comissão Europeia (COM (2000)1, final, de 2 de Fevereiro) defendendo entre outros aspectos que o princípio da precaução não é aplicável à avaliação de riscos mas, sobretudo, à *gestão de riscos*, concluindo que a definição dos "riscos aceitáveis" depende sempre de uma decisão política. Compreende-se bem o protagonismo do princípio da precaução na obra desta Autora, uma vez que o considera "uma garantia material de realização efectiva do princípio do nível elevado de protecção ecológica" (o NEPE), garantindo "que a obrigação assumida de *proteger o ambiente de forma elevada* não seja privada do seu objecto ou do seu fim antes do cumprimento". "A precaução, fundando-se na verosimelhança e com a sua dispensa de provas científicas absolutas, pretende evitar isso, garantindo que o nível de protecção é efectivamente elevado". Daí a articulação deste princípio com o dever de preservação de reservas ecológicas mínimas de cada bem natural abiótico (*ob. cit.*, p. 270 e segs.), pois estes bens não renováveis "não podem ser exauridos até à última gota e, pelo contrário, devem ser preservadas reservas ecológicas (...)", de onde resulta que "a preservação da reserva mínima, imposta pelo princípio da precaução, transforma o princípio

Como é bom de ver, este estado de coisas produziu consequências profundas ao nível do direito autorizativo, como analisaremos no próximo capítulo. Ao emitir autorizações os poderes públicos não podem aceitar todos os riscos eventualmente resultantes do exercício da actividade e da exploração da instalação autorizadas, sendo necessário reservar algum espaço relativo à (im)previsibilidade de possíveis circunstâncias futuras. No direito alemão do ambiente existe uma série de expedientes legais que permitem a adaptabilidade das actividades e instalações autorizadas à evolução das circunstâncias futuras, com evidente destaque, em nossa opinião, para as decisões posteriores que, no fundo, constituem reservas de modos legais que permitem à Administração adaptar as actividades e instalações autorizadas a novas circunstâncias, no âmbito da precaução de riscos e, no limite, até por mudanças na “filosofia” de segurança¹⁵¹². Nas palavras de THOMAS GROß¹⁵¹³, nas autorizações ambientalmente relevantes deve ser concedido à Administração um *espaço de apreciação experimental* (“Experimentierspielraum”) dentro do qual ela deve agir com hipóteses plausíveis sobre perigos e riscos podendo-se confiar na sua gestão apenas quanto à *antecipação de um futuro conhecimento do risco*.

2.5. Avaliação. Sequência

A grande conclusão que pretendemos retirar do estudo das tentativas de reinvenção da regulação ambiental, e empreender em particular no próximo ponto 6., é a de que, apesar do pano de fundo profundamente crítico em relação à abordagem de comando e impositiva da primeira geração do direito ambiental, um grande “lastro” dos seus instrumentos e formas de acção típicos continuaram a revelar-se fundamentais para a tutela jurídica do ambiente. Antecipando um pouco aquela que será, porventura, a principal conclusão deste capítulo — o nosso entendimento de que se deve procurar o melhor dos dois modelos,

da precaução numa espécie de garantia material do NEPE”.

MARIA ALEXANDRA ARAGÃO trata o princípio da precaução de forma mais desenvolvida num outro escrito (cfr. “Princípio da precaução: manual de instruções”, *RevCEDOUA*, n.º 22, Ano XI, 2.08, pp. 9-57), abordando, com bastante interesse, o surgimento e evolução do princípio (pp. 9-12). Todavia, para nós, duas notas decisivas deste trabalho (cfr. pp. 12-14) são as de, por um lado, “desmistificar o princípio da precaução, defendendo que ele não é (ao contrário do que diz uma parte da doutrina) um princípio de medo ou de irracionalidade mas é, pelo contrário, um princípio racional e cientificamente fundado de «responsabilidade pelo futuro»”; e, por outro, a sua consideração “como um princípio de justiça em sentido clássico, na medida em que o princípio da precaução protege sobretudo a parte mais frágil, aqueles que não têm condições de se proteger a si próprios, e responsabiliza quem tem o poder e o dever de controlar os riscos. Num *tempo* e numa *sociedade de riscos*, o princípio da precaução contribui determinantemente para realizar a justiça tanto numa perspectiva sincrónica como diacrónica ou, por outras palavras, justiça intrageracional e intergeracional”. Contribuindo para a densificação do princípio, Alexandra Aragão mostra como “a gestão precaucional implica a regulação urgente de riscos hipotéticos, ainda não comprovados” (p. 20), destinando-se sobretudo a regular os “novos riscos” ambientais, caracterizados por serem *riscos globais, retardados e irreversíveis* (p. 21 e segs.). Para além da existência destes novos riscos, o outro pressuposto para aplicação do princípio da precaução é a *incerteza científica* (p. 32 e segs.). A valoração francamente positiva da Autora em relação ao princípio da precaução leva-a a realçar (p. 53) o seu papel enquanto instrumento de realização do *desenvolvimento sustentável* e a resposta adequada que dá ao imperativo de protecção das gerações actuais e futuras contra riscos globais, retardados e irreversíveis.

¹⁵¹² O preceito legal mais característico desta possibilidade é o § 17 da BImSchG.

¹⁵¹³ Cfr. “Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts...”, cit., p. 67.

isto é, potenciar a eficácia e a performance ambiental do sistema de protecção ambiental global pela combinação de instrumentos de comando directo e de comando indirecto de comportamento, de meios de acção oriundos do direito de ordenação clássico e de outros nascidos no seio da nova estratégia ou modelo de regulação ambiental, sem todavia poder prescindir dos primeiros, em função da importância dos bens e interesses que estão em jogo e da necessidade vital de os proteger —, aquilo a que se assistiu foi a um complemento ou suplemento da regulação tradicional por novos instrumentos mais cooperativos e menos impositivos, mais imaginativos, apelando às forças do mercado e da auto-regulação social, o que explica também a mudança da atitude do Estado, agora recorrendo mais ao aconselhamento, à cooperação, à partilha de informação e de conhecimento e a meios mais suaves e flexíveis. Os novos perigos e riscos que o desenvolvimento económico e científico foi trazendo para a ribalta exigiram uma mudança de atitude dos poderes públicos e dos actores económicos e sociais, mas a resposta do direito ambiental às novas exigências não se traduziu, em nossa opinião, num “corte epistemológico” em relação ao saber anterior, na afirmação de um novo paradigma, mas antes no desenvolvimento de novas competências, novos meios, novas formas de acção que completam e alteram o quadro tradicional oriundo do direito de polícia, sem todavia prescindir dele de forma radical¹⁵¹⁴.

Mesmo nos EUA, apesar da maior extensão e profundidade das críticas ao modelo *command-and-control* não há unanimidade nessa censura, encontrando-se inúmeras referências legislativas e doutrinárias ao papel central que alguns dos instrumentos respectivos continuam a desempenhar no seio de um contexto geral de renovação, limitando ou restringindo as possibilidades de utilização dos “novos” instrumentos, em particular dos económicos. É esse, entre muitos outros, o caso de ROBERT PERCIVAL¹⁵¹⁵: debruçando-se sobre a modelação da política regulatória ambiental do futuro, defende que *a melhor abordagem passa pela mistura de instrumentos regulatórios*, uma vez que nenhuma abordagem única ou isolada é superior em todos os contextos, mistura que se justifica também como resposta às exigências crescentes de flexibilidade, o que o conduz ainda à conclusão de que o sistema regulatório ambiental norte-americano se está a tornar mais justo e eficiente e a evoluir no sentido de uma maior harmonia entre as políticas contemporâneas e os princípios da *common law*. Também Paul Weiland, apesar de destacar a importância de diversos “instrumentos regulatórios inter-governamentais alternativos” (incentivos de mercado, fornecimento e partilha de informação e programas voluntários) não deixa de salientar que a regulação de tipo *command-and-control* deverá manter um papel importante no seio de tais esforços de renovação, devendo dar-se primazia aos poderes estaduais, em detrimento do federal, na aplicação das medidas deste tipo¹⁵¹⁶.

Como mostra CLAUDIO FRANZIUS¹⁵¹⁷, a *sobreposição entre a orientação directa e indirecta do comportamento* é uma realidade, em resultado da *crescente flexibilização dos*

¹⁵¹⁴ Nas lapidárias palavras de GOMES CANOTILHO, “o direito administrativo (...) parece ser obrigado a reabilitar o direito de polícia por amor ao ambiente”: cfr. “Juridicização da Ecologia...”, cit., p. 77.

¹⁵¹⁵ Cfr. “Regulatory Evolution...”, cit., p. 190 e seg. e 197 e seg.

¹⁵¹⁶ Cfr. PAUL S. WEILAND, “Unfunded Environmental Mandates: Causes, Burdens, and Benefits”, *HELR*, volume 22, number 1, 1999, pp. 283-311 (pp. 303-310, especialmente pp. 307-309).

¹⁵¹⁷ Cfr. *Die Herausbildung...*, cit., pp. 115-120.

instrumentos jurídico-ordenadores e de um efeito pelo menos parcialmente *estabilizador* das formas de orientação indirecta do comportamento que, na prática, acabam muitas vezes por ser em larga medida disciplinadoras, conduzindo até a uma estabilização reforçada. Retirando do quadro de sobreposição da orientação directa e indirecta a conclusão de que o recurso a formas de orientação indirecta pode conduzir a uma forte união com os meios de direito de ordenação existentes, como se demonstra nomeadamente na remissão para obrigações de tipo jurídico-ordenador no direito da responsabilidade ambiental e dos seguros, bem como no regulamento comunitário de auditoria ambiental, onde a certificação está ligada ao cumprimento de obrigações jurídicas.

Desta forma, o acto autorizativo continua, no nosso século, a assumir um papel fundamental nas tarefas públicas de protecção do ambiente, ainda que os seus contornos se modifiquem e adaptem às novas realidades e aos novos princípios, nomeadamente através da sua flexibilização e enfraquecimento da protecção concedida, sendo agora um acto mais aberto à actualização, à revisão e até à revogação. Aliás, a execução de alguns dos programas mais modernos e que mais sucessos produziram no direito ambiental das últimas duas décadas — com destaque para o programa das chuvas ácidas, nos EUA — só se tornou possível por haver uma prévia utilização de instrumentos de comando e controlo e por intermédio da utilização de autorizações ambientais, embora no seio de um seu novo entendimento¹⁵¹⁸.

3. O novo papel do Estado na tutela do ambiente

A renovação do direito do ambiente e o recurso mais efectivo e sistemático a instrumentos de comando indirecto do comportamento — em geral, a formas mais imaginativas, flexíveis, dinâmicas e eficientes de tutela ambiental e com menor teor impositivo e ordenador — é também consequência e simultaneamente factor potenciador de uma mudança fundamental na posição e atitude do Estado ao nível da regulação da vida social e económica, marcando desta forma um poderoso desafio para a evolução do direito público¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁸ Como tivemos ocasião de desenvolver no nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 362-365 (especialmente p. 363). Como mostra DALE B. THOMPSON (cfr. “Political Obstacles to the Implementation of Emission Markets: Lessons from RECLAIM”, *Natural Resources Journal*, vol. 40, n.º 3, Summer 2000, pp. 645-697) antes da execução de mercados de emissões é necessário aplicar regulações de tipo *command-and-control*, de onde resulta a conclusão a que chega, de acordo com a qual *uma regulação de comando e controlo é um pré-requisito indispensável para a execução de um mercado de emissões*, fornecendo informação e um consenso geral necessários para obter um compromisso político a tal nível.

No âmbito da conclusão mais geral de acordo com a qual “a regulação directa ainda domina o campo de jogos ambiental” — em que planeamento, standards de qualidade, autorizações e permissões gerais e a AIA se juntam a um mais cuidadoso e crescentemente sofisticado e integrado processo decisório ambiental — cfr. MICHEL A. HELDWEG/RENÉ J. G. H. SEERDEN/KURT R. DEKETELAERE, “Public environmental law in Europe; a comparative search for a *ius commune*”, *European Environmental Law*, vol. 13, n.º 3, March 2004, pp. 78-89. Neste artigo, em que trata as regras comuns dos *diversos direitos do ambiente europeus* ao nível das bases legais, dos principais instrumentos, das regras procedimentais e das regras de execução, os Autores consideram ser o *sistema de autorizações* ainda o *instrumento dominante* nos Estados membros da Comunidade Europeia (e nos EUA), no seio da crescente afirmação do regime da prevenção e controlo integrados da poluição.

¹⁵¹⁹ Em sentido próximo, cfr. CLAUDIO FRANZIUS, “Vorwort”, *Die Herausbildung...*, cit., p. 5.

A nova atitude, as novas formas de acção, os novos princípios emergentes, a nova filosofia pública de protecção revelam uma mudança fundamental na posição dos poderes públicos e uma sua muito maior abertura às forças sociais, ao seu potencial de auto-regulação e a uma colaboração e cooperação dinâmicas entre entidades públicas, empresas privadas e cidadãos. Sem curar de saber se tais mudanças justificam ou não que se aluda a um novo paradigma do Estado moderno ou pós-moderno¹⁵²⁰, está pelo menos em causa uma alteração estrutural nas formas de comando ou orientação social por parte do Estado o que, no nosso âmbito, conduz a que a tarefa de protecção do ambiente seja hoje um desígnio partilhado entre o Estado e os cidadãos.

Não é de estranhar que os autores norte-americanos se destaquem ao assinalar as *desvantagens do Estado administrativo* na tutela ambiental, salientando o seu carácter “idealista” (protecção do ambiente sem olhar a custos), o facto de exigir a produção maciça de comandos (leis, regulamentos, planos, autorizações, relatórios, etc.) por órgãos diferentes (por uma “cadeia de comando”), com as inerentes perdas de tempo e flexibilidade, constituir um sistema muito severo de exigências vinculativas virtualmente impossíveis de cumprir pelo menos pelas grandes empresas, a circunstância de os custos do controlo directo da poluição serem imensos e o desencorajamento da iniciativa privada que representam, por o sistema regulatório funcionar numa base quase militar¹⁵²¹.

Pelo contrário, nas últimas décadas do século xx e como consequência das tendências privatizadora, liberalizadora e promotora do protagonismo do mercado e das forças sociais, afirmou-se, como vimos¹⁵²², um novo perfil do Estado baseado na cooperação, actuando em rede com outros Estados e organizações, constituindo um Estado magro ou emagrecido, um Estado de garantia, um Estado mais assente na activação das forças sociais do que na sua regulação directa, assumindo mais responsabilidades de garantia e de reserva do que de cumprimento e execução de tarefas públicas, muitas das quais lhe estavam outrora confiadas em exclusivo. No domínio ambiental este movimento fez-se também sentir, pondo em causa a responsabilidade última do Estado (dos poderes públicos, em geral) na matéria, devido à impossibilidade de ser ele a fixar e vigiar o cumprimento de todas as exigências ambientais. A sua capacidade de acção reduziu-se, colocando cada vez mais responsabilidades no potencial de auto-comando dos grupos e sistemas sociais parciais, também pelo reconhecimento de que os sujeitos respectivos estarão em muitos casos dispostos a ir para lá do exigido, ou seja, a fazer mais do que aquilo que está ou estaria prescrito juridicamente, através de meios do direito de ordenação, para defesa do ambiente¹⁵²³. Em suma, assiste-se ao recuo do Estado e a uma partilha de responsabilidades, a uma cooperação entre ele e os privados na prossecução das finalidades de tutela ambiental.

¹⁵²⁰ Defendendo tal concepção, entre nós e por todos, cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 390-394 e 442 (nota 941) — considerando que tal novo paradigma resulta da governança mundial, europeia e estadual e do recurso a instrumentos jurídicos de *soft law*, flexíveis e não vinculantes, tais como recomendações, avisos, conselhos, declarações, alertas; da *jurisdicção do risco* (isto é, a aceitação mais ou menos consensual pela comunidade da necessidade de lhe fazer face, com o que o risco ganha significado jurídico e passa a legitimar a acção estadual), a qual também transporta consigo o embrião de um novo paradigma da acção jurídica do Estado.

¹⁵²¹ Neste sentido, cfr. D. SCHOENBROD, “Protecting the Environment...”, cit..

¹⁵²² Cfr. *supra*, Cap. I da Parte II, 2.5.

¹⁵²³ Cfr. KLOEPFER, “Einführung”, cit., p. 12.

Assim, no direito do ambiente sente-se também o trânsito de um Estado que ordenava, impunha e comandava para um outro mais aberto à cooperação e à participação, que coordena, partilha, incentiva, motiva, aconselha, acompanha. Em particular a Administração Pública é agora muito mais flexível, suave e apaziguadora actuando, mais do que como reguladora, enquanto facilitadora, catalisadora e activadora¹⁵²⁴. Entre nós, Dias Garcia — na esteira principalmente da obra de Pierre Moor — alude mesmo, como vimos, a um *novo paradigma do direito que rege o Estado* e que aponta para um Estado “souple” que, em vez de impor comportamentos, informa, publicita, divulga, aconselha, sugere, aconselha, incentiva, alerta, transige, etc. — potenciando, desta forma, uma *cidadania participativa*¹⁵²⁵. Esta nova atitude, extravasando o campo ambiental, tem todavia aqui das suas expressões mais acabadas, demonstrando como o actual Estado democrático já não assenta apenas sobre a ordem e a coacção, mas também sobre a cooperação, a participação e a aceitação dos interessados, com o que a própria legalidade perde importância como meio ou forma de orientação das condutas e ganha ainda mais terreno a afirmação do *princípio da juridicidade*, em detrimento de um limitado princípio da (estrita) legalidade¹⁵²⁶.

A ligação às formas de comando indirecto do comportamento, em particular aos instrumentos económicos, parece óbvia: a tentativa de convocar e motivar os destinatários das medidas de protecção ambiental através de incentivos, encargos, vantagens competitivas do mercado e muitos dos expedientes que vamos ainda estudar conduz à construção de uma “consciência ambiental” mais pujante por parte dos operadores, empresários e outros poluidores potenciais, impondo assim, por via do mercado, uma tutela efectiva do ambiente em que o Estado intervém, pelo menos supostamente, como pouco mais do que um árbitro¹⁵²⁷.

Este “novo” Estado e esta “nova” Administração apoiam-se também num direito que, sem ser propriamente novo, reforça algumas características até então afloradas de forma muito mais incipiente. Referimo-nos, em particular, ao reforço da *soft law* no direito do ambiente, num direito mais suave, mole e flexível que passa também, em larga medida, por um recurso muito significativo aos *princípios jurídicos ambientais* estruturados a partir da *ideia de justiça*¹⁵²⁸.

Ligado a este último ponto está a poderosa afirmação, no campo ambiental, da ideia da governança, neste caso articulada com a da europeização do direito administrativo ambiental. Na verdade, com a extensa afirmação do *princípio da cooperação* no direito do ambiente e com o inerente protagonismo da auto-regulação que, todavia, é cada vez mais uma auto-regulação publicamente regulada, os laços entre comunidade e Estado são mais

¹⁵²⁴ Cfr. NEIL GUNNINGHAM, “Environmental Management Systems and Community Participation: Rethinking Chemical Industry Regulation”, *UCLA JELP*, vol. 16, n.º 2, 1997/98, pp. 319-439 (pp. 426-428).

¹⁵²⁵ Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., *passim*, especialmente pp. 440-448.

¹⁵²⁶ Cfr. M. KLOEPFER, “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *DocA*, n.º 235-236, 1993, pp. 33-53 (pp. 33-36).

¹⁵²⁷ Neste sentido, cfr. RAMON MARTÍN MATEO, *Tratado...*, Tomo IV, cit., p. 50. M. KLOEPFER refere, a este propósito (cfr. *Umweltrecht*, cit., pp. 279-283), que a utilização dos instrumentos de comando indirecto pretende motivar os destinatários das normas, podendo significar um *alívio das tarefas de comando estadual* (p. 282) e possibilitar reacções diferenciadas por parte dos destinatários.

¹⁵²⁸ Cfr. DIAS GARCIA, sublinhando a importância dos *princípios jurídicos ambientais* moldados a partir da ideia de justiça e a sua originalidade, formação e características: *O Lugar do Direito...*, cit., p. 386 e segs.

apertados e o *Estado reinventa a governança*, que o envolve a ele, à comunidade e à ideia de participação.

No nosso espaço jurídico, esta realidade tem uma fortíssima dimensão europeia: a aceitação generalizada da esmagadora maioria das novas técnicas e instrumentos de protecção ambiental está directamente ligada à influência europeia nos actuais direito e política ambientais¹⁵²⁹. Daí a ideia de que a governança ambiental deve ser vista como uma governança europeia. A este título, Massimiliano Montini aborda expressamente a questão de saber se existe ou não um *modelo europeu de governance ambiental*, acabando por concluir no sentido afirmativo, pois a política sectorial madura e integrada com as outras políticas da UE legítima que se fale naquela como um “conjunto limitado de instrumentos, princípios e regras sobre os quais se funda a política e a legislação ambiental europeia”. Este modelo europeu de abordagem das questões ambientais é, desta forma, definível como um sistema de *governance ambiental* o qual, apesar das suas diversas fraquezas e defeitos, se revela suficientemente eficiente, eficaz e credível para servir como “modelo” para exportação para terceiros países¹⁵³⁰.

Uma nota incontornável do novo Estado responsável pela prossecução da tarefa ou finalidade pública de tutela ambiental é, desta forma, a *deslocação de muitas responsabilidades públicas para os particulares*, tornando-se a acção administrativa uma acção cooperativa e emergindo neste seio o *princípio da cooperação* como princípio fundamental do direito do ambiente. O apelo e o potenciar de uma *cidadania participativa* constitui uma das novas preocupações do Estado ainda mais marcada no direito do ambiente.

Como sublinha H.-H. Trute em relação ao Estado alemão, no qual a protecção do ambiente é apenas tutelada, do ponto de vista jurídico-constitucional, enquanto *tarefa* ou *fim do Estado*, não resulta da Constituição (nem sequer do art. 20-A da Grundgesetz) qualquer prioridade do direito da ordenação no cumprimento das tarefas estaduais, nem sequer uma obrigação de princípio de ser o Estado a cumprir as metas ou tarefas que a Constituição lhe assinala pelas suas próprias mãos, resultando deste entendimento um *grande espaço de manobra para a realização de tarefas públicas por formas cooperativas*¹⁵³¹. Como tal, parece perfeitamente pacífico que a realização do interesse público ambiental não é hoje um domínio ou uma responsabilidade exclusiva do Estado, respeitando também e cada vez mais aos actores privados.

Por todas estas razões é legítimo considerar que a *cooperação* se institucionalizou como *princípio geral de direito* do ambiente, o que poderá porventura ter em larga medida resultado da acentuação das necessidades de colaboração entre os diversos actores — públicos e privados — interessados ou envolvidos na tutela ambiental por parte do Quinto

¹⁵²⁹ Sobre as *regras comuns dos diversos direitos ambientais europeus*, a ideia de governança e os principais instrumentos utilizados neste âmbito, que justificam a eventual edificação de um *ius commune* no direito público ambiental europeu por força da aproximação determinada pela UE, cfr. RENÉ SEERDEN/MICHEL HELDEWEG, “Towards a *Ius Commune* in Public Environmental Law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maastricht 12-13 June 1997”, *EELR*, vol. 7, n.º 2 (Feb. 98), pp. 40-60.

¹⁵³⁰ Cfr. MASSIMILIANO MONTINI, “Riflessioni sul modello...”, cit., especialmente p. 1120.

¹⁵³¹ Cfr. HANS-HEINRICH TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., p. 18 e seg.

Programa de Acção em Matéria de Ambiente da Comunidade Europeia¹⁵³², fazendo hoje caminho firme a sua progressiva inclusão no elenco dos princípios do direito ambiental, como é também reconhecido pela doutrina nacional¹⁵³³.

Esta cooperação entre entidades públicas e privadas na prossecução das finalidades de tutela ambiental conduz a uma ligação mais forte entre a auto-responsabilidade privada e o controlo estadual sendo, desta forma, mais uma marca da forma *reflexiva* ou mais um meio de direito reflexivo utilizado nesta sede, em face da exigência de uma assunção das responsabilidades próprias por todos os actores envolvidos. Aliás, a dimensão da cooperação no direito do ambiente vai para além da colaboração entre cidadãos, empresas privadas e Administração Pública, envolvendo igualmente a comunidade científica, chamada a desempenhar funções relevantíssimas, nomeadamente na concretização das exigências técnicas de protecção — é inimaginável prescindir da competência e conhecimentos especializados na prossecução desta tarefa vital.

O princípio da cooperação, para além de ter concretizações óbvias ao nível organizatório¹⁵³⁴, tem-na hoje também ao *nível procedimental*, fazendo-se sentir o *trânsito de uma cooperação* (meramente) *informal para uma cooperação estruturada no procedimento administrativo*, nomeadamente ao permitir uma mais ampla ponderação dos interesses do complexo “entrelaçado multipolar” que hoje em dia caracteriza muitas das decisões em sede ambiental, bem como ao reforçar a responsabilidade do titular do projecto: apesar de a Administração manter a responsabilidade pela última decisão, a importância do requerimento é cada vez maior, como veremos melhor a propósito da autorização ambiental, fazendo-se também sentir o papel do requerente ao nível da assunção de grande parte da responsabilidade pela instrução do procedimento¹⁵³⁵. Em todo o caso, é fundamental ter presente que a cooperação

¹⁵³² Nomeadamente pelo papel que nele desempenha a celebração de acordos voluntários de protecção ambiental. Sobre o Quinto Programa de Acção (aprovado pela Comissão em 18 de Março de 1992) cfr. GIOVANNI CORDINI, *Diritto Ambientale Comparato*, cit., p. 170 e seg., o qual mostra ainda como na “estratégia comunitária global” configurada pelo Programa de Acção a Comissão se comprometia a promover a cooperação entre as várias políticas comunitárias. Sobre a cooperação como princípio de direito do ambiente acolhida naquele Programa cfr. TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., p. 15 e seg.

¹⁵³³ Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 445 e seg. O que não invalida que haja vozes críticas, até na própria doutrina germânica: HANS-JOACHIM KOCH, apesar de reconhecer que o *princípio da cooperação* tem estado no centro do debate da reforma do direito administrativo e de mostrar que, em 1998, o BVerfG considerou o princípio positivado tanto no direito de protecção do ar como no direito dos resíduos, defende que ele não pertence ao elenco dos princípios do direito ambiental: cfr. HANS-JOACHIM KOCH, “Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht...”, cit., especialmente p. 545 e segs.

¹⁵³⁴ Com o exemplo paradigmático das experiências norte-americanas em termos de participação e envolvimento das comunidades nas decisões com efeitos ambientais, nomeadamente por intermédio de órgãos consultivos comunitários (“community advisory boards”): cfr. *supra*, nota 1476. No direito alemão também é a este propósito mencionada a constituição de diversas juntas e associações com funções de emissão de normas técnicas, aconselhamento técnico e outras funções (sobre elas cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 649), bem como alguns dos “instrumentos de organização das empresas”, com destaque para o mandatário de protecção ambiental.

¹⁵³⁵ Sobre esta dimensão procedimental da cooperação, cfr. TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., pp. 28-35. Desenvolvidamente sobre a privatização do procedimento, no contexto das responsabilidades partilhadas entre Estado e entidades particulares e da *complementaridade e cooperação entre público e privado*, no seio da auto-regulação privada publicamente regulada, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 208-211. Segundo PEDRO GONÇALVES, apesar da substituição de alguns controlos públicos preventivos por controlos privados, os resultados destes últimos podem relevar num procedimento administrativo (por exemplo de autorização), verificando-se então uma *privatização material de partes da instrução de procedi-*

não se revela apenas em decisões concretas e individuais de aplicação e execução de normas, mas também na elaboração das normas, tanto das técnicas ou de boas práticas, por parte de associações privadas, como das próprias normas administrativas, para cuja elaboração a Administração conta agora com a colaboração directa de cidadãos e entidades privadas, nomeadamente daqueles e daquelas que possuem conhecimentos especializados¹⁵³⁶.

Enquadrada na deslocação de muitas das responsabilidades públicas de tutela do ambiente para os particulares e na afirmação do princípio da cooperação como princípio fundamental do direito do ambiente, bem como na pretensão de conferir maior flexibilidade às actuações jurídicas nesta sede, a auto-regulação e assunção de responsabilidades pelos operadores e outros potenciais poluidores surge, na segunda geração do direito do ambiente, articulada com actividades de *auto-controlo*, convocadas em função da passagem de um sistema de vigilância e fiscalização pública para uma concentração desta actividade pública num "controlo dos controladores" privados.

De facto, a auto-regulação, como estratégia da política ambiental, aliada à flexibilidade, como o seu *modus operandi*, apresenta-se como uma característica básica da nova ordem económico-social liberal, como expressão do triunfo das correntes de privatização, liberalização e desregulação, embora o Estado mantenha a competência para a última decisão e garanta o cumprimento das tarefas e prestações básicas¹⁵³⁷. Daí que a emergência e o reforço do papel da auto-regulação seja um elemento mais na complexificação das relações entre a esfera pública e a esfera privada, entre o direito público e o direito privado.

Também aqui se faz sentir o protagonismo do direito do ambiente como sector de referência do direito administrativo geral, pois tem sido no campo ambiental que as experiências de auto-regulação têm sido levadas mais longe¹⁵³⁸. Na verdade, poucas áreas como o ambiente estão tão predispostas a permitir aos poderes públicos aprenderem com as forças sociais, económicas, empresariais e científicas.

De acordo com Farber¹⁵³⁹ o conceito de auto-regulação acolhido pelo direito público ambiental é mais sociológico do que jurídico, sendo as suas principais notas a *voluntarie-*

mentos, citando como exemplo a declaração de um projectista a atestar a observância das normas em matéria de instalação das infra-estruturas de telecomunicações em edifícios.

¹⁵³⁶ Sobre a elaboração de normas cooperativas cfr. TRUTE, "Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...", cit., pp. 41-51; e CASADO CASADO/FUENTES I GASÓ/JARIA I MANZANO E PALLARÈS SERRANO, *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier — Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, pp. 33-37 — analisando a questão da legitimidade constitucional e legal da remissão para regulações associativas e profissionais, concluindo pela sua admissibilidade.

¹⁵³⁷ Cfr. SCHMIDT-PREUB, "Flexible Instrumente...", cit., p. 311.

¹⁵³⁸ Cfr. ANGEL FABER, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht — unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen*, Kohlhammer, Deutscher Gemeindeverlag, Köln, 2001: a Autora pretende assimidamente levar a cabo um estudo monográfico da *auto-regulação social* tomando como campo de referência o direito do ambiente, para assim fazer uma análise jurídico-dogmática abrangente das possibilidades e dos limites da auto-regulação social regulada pelo direito público (pp. 1-3). Apesar de hoje se encontrarem fenómenos de auto-regulação em quase todas as áreas do direito público (direito bancário, dos seguros, das profissões liberais, da imprensa, etc.) Farber elege o direito do ambiente como domínio de referência devido à particular força daquele fenómeno neste direito e à especial propensão do direito do ambiente como campo de experimentação para novas formas jurídicas de acção (pp. 3-4).

¹⁵³⁹ Cfr. *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme...*, cit., *passim*; a síntese das principais teses defendidas ao longo da obra poder ver-se nas pp. 404-424.

dade (consagração de um espaço de livre actuação jurídica) e o *efeito de substituição* da regulação e/ou da execução ou aplicação das regras. O facto de a auto-regulação se poder concretizar ao nível da regulação ou da execução conduz à distinção entre *auto-regulação em sentido estrito* (substituição da regulação estadual, concretizada por exemplo em regulações técnicas por associações privadas, acordos entre o Estado e a sociedade, actividades reguladoras desenvolvidas por corporações ambientais, etc.) e *auto-regulação em sentido amplo* (se está apenas em causa a substituição da execução pública).

A auto-regulação social concretiza-se em diversos instrumentos e formas de acção, representando uma nova forma de orientação jurídica das condutas que se enquadra, como parece evidente, na crise das formas clássicas do direito de ordenação, nos seus défices de aplicação e nas suas falhas estruturais, revestidas de particular impacte no direito do ambiente. Na maior parte dos casos a separação ou distinção entre as formas públicas de comando ou orientação dos comportamentos e a auto-regulação social é bastante fluida, razão pela qual existem aqui muitas formas intermédias. O sistema de auto-regulação em sentido amplo abrange tanto o *sistema de controlo externo privado*, em que os cidadãos (o público, em geral) se assumem como guardiões e assistentes da execução das regras e programas ambientais¹⁵⁴⁰ como o *sistema de auto-controlo privado*, em que se levam a cabo actividades de vigilância dos comportamentos próprios ambientalmente relevantes¹⁵⁴¹.

Em inúmeras situações, a auto-regulação dos particulares — dos poluidores potenciais ou efectivos — não é espontânea, existindo uma participação ou um contributo sistemático para o desenvolvimento de sistemas auto-reguladores, verificando-se assim a *auto-regulação social publicamente induzida*. Esta indução pública da auto-regulação social tem-se feito sentir, sobremaneira, no direito do ambiente embora, na Alemanha, se considere que não existem directrizes jurídico-constitucionais para a indução pública da auto-regulação, sendo o art. 20.º-A da Constituição neutro a este respeito, pelo que está na liberdade de conformação do Estado saber se e em que medida tal auto-regulação é ou não compatível com a *responsabilidade de garantia* do Estado para a protecção ambiental¹⁵⁴².

O reconhecimento de que a auto-regulação é, afinal, na maioria dos casos publicamente regulada, é fundamental para compreender que o Estado e os poderes públicos não saem de cena com a sua consagração: a auto-regulação na protecção ambiental assume-se como uma *tarefa de conformação pública* não significando uma renúncia mas pretendendo, pelo contrário, alcançar o mais difícil objectivo de pôr ao serviço da protecção ambiental as forças da auto-regulação, através de uma conformação política correctamente doseada¹⁵⁴³. Conclusão que podemos generalizar, tomando em conta que não há aqui, na verdade, uma verdadeira desregulação mas uma re-regulação ou neo-regulação, isto, é uma substituição

¹⁵⁴⁰ Situação que se verifica, por exemplo, ao nível do regime estabelecido na Directiva de informação ambiental (e nos regimes nacionais que a transpuseram) ou do Regulamento EMAS.

¹⁵⁴¹ Através do mandatário da empresa para a protecção ambiental, da auditoria ecológica, da privatização do procedimento e do sistema de compensação previsto no direito alemão de protecção da atmosfera.

¹⁵⁴² Cfr. ANGEL FABER, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme...*, cit., pp. 243-246. A Autora defende, em todo o caso que, de *lege ferenda* se deveria estabelecer um *quadro regulatório jurídico-procedimental* para protecção do interesse público e dos direitos de terceiros.

¹⁵⁴³ Cfr. WALTER HIRCHE, "Mehr Umweltschutz durch mehr Eigenverantwortung", in: MICHAEL KLOEPFER (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung...*, cit., pp. 163-173 (p. 163).

ou complemento das formas de regulação pública por formas privadas de regulação e/ou execução, mas publicamente enquadradas e garantidas¹⁵⁴⁴.

Como já sugerimos, no direito do ambiente, a deslocação das responsabilidades públicas para os particulares e o desenvolvimento de tarefas de auto-regulação tem-se feito sentir, de forma particular, ao nível das *actividades de controlo, vigilância, inspecção e fiscalização*. Ora, se em geral, nas diversas ordens jurídicas, não existe uma regulação básica e genérica do controlo ambiental, uma das novidades mais relevantes nesta sede das duas últimas dezenas de anos é a do papel do auto-controlo, bem como da realização de funções de controlo técnico por sujeitos e organismos privados e, ainda, de fórmulas de intervenção reflexivas¹⁵⁴⁵.

Como concretização da abordagem cooperativa e do princípio da cooperação, o controlo e vigilância das actividades ambientalmente relevantes são, cada vez mais, realizados por sujeitos privados, sendo de realçar, desde logo, que a delegação ou atribuição e posterior execução destas tarefas em (pr) privados levantam muito menos problemas do ponto de vista jurídico-constitucional, se a compararmos com a elaboração de normas (a regulação propriamente dita) por entidades privadas¹⁵⁴⁶.

No entanto, e apesar desta fortíssima nota do direito ambiental hodierno no sentido da delegação ou atribuição das funções de controlo e fiscalização das instalações e actividades susceptíveis de produzirem efeitos ambientais nas mãos dos próprios operadores ou de organizações privadas independentes, a verdade é que estamos perante tarefas destinadas

¹⁵⁴⁴ Desenvolvidamente sobre o *incentivo* ou *indução* da auto-regulação privada pelo Estado cfr., entre nós, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 211-222 — dando como exemplo desta situação os *sistemas privados de certificação voluntária*, com destaque para o sistema de ecogestão e auditoria plasmado no EMAS.

¹⁵⁴⁵ Neste sentido, em relação ao ordenamento jurídico espanhol, cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., pp. 50-52 — referindo, nas formas de auto-controlo, os sistemas de gestão ambiental e as auditorias; quanto à realização de funções de controlo técnico por sujeitos e organismos privados menciona as actividades de certificação e acreditação das normas ambientais e, em geral, o exercício privado de funções públicas; quanto às fórmulas de intervenção reflexiva cita a comunicação ambiental como exemplo mais emblemático. Na Alemanha, M. KLOEPFER considera igualmente que o controlo público das actividades ambientalmente relevantes está regulado de forma sectorial nas diversas leis ambientais especiais, variando o grau de "suavidade" ou de "autoridade" da intervenção em causa — embora com previsão da possibilidade de delegação em organizações privadas, para além do relevo das medidas de auto-controlo, com destaque para os mandatários de protecção ambiental: cfr. *Umweltrecht*, p. 270 e seg.

¹⁵⁴⁶ Neste sentido, cfr. CASADO CASADO/FUENTES I GASÓ/JARIA I MANZANO E PALLARÈS SERRANO, *La externalización...*, cit., pp. 37-39: quando se atribui aos particulares o exercício de funções de inspecção e controlo não se transferem para eles nem funções normativas, nem funções sancionatórias, as quais suscitam grandes problemas do ponto de vista jurídico-constitucional. Agora está essencialmente em causa a assistência técnica prestada por aquelas entidades à Administração, o que não suscita problemas jurídico-constitucionais relevantes, buscando-se o fundamento constitucional desta colaboração na garantia da eficácia na prossecução do interesse público. Em geral, e desenvolvidamente sobre a privatização das tarefas de controlo, fiscalização e inspecção, estudando diversos casos de organismos que desenvolvem *actividades privadas de interesse público*, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 191-201. O Autor distingue, no âmbito do que designa por "novo modelo de controlo e certificação" — que marca a passagem de um modelo de homologação pública para um *modelo de certificação privada* — os casos de *normalização*, em que os poderes públicos fixam as exigências essenciais de segurança, ambiente, etc., cabendo as normas e os detalhes técnicos aos organismos europeus de normalização; de *certificação*, nos quais organismos privados de controlo e de certificação acreditados pelo Estado verificam o cumprimento das normas técnicas; e de *acreditação*, a qual passa pelo reconhecimento por parte do Estado ou de uma entidade privada com funções públicas de que uma entidade é competente para uma função específica.

à realização de um interesse público vital e, desta forma, em face de actividades materialmente administrativas. O que exige — nomeadamente em face dos incontornáveis perigos em termos de défices de execução e de segurança para o interesse público — que o controlo último por parte da Administração esteja garantido e seja irrenunciável, através de *mecanismos de fiscalização e controlos* sobre as entidades privadas colaboradoras no exercício dessa função¹⁵⁴⁷. Está em causa o exercício de uma *função de garantia* e de *protecção* do interesse público da tutela ambiental e dos direitos e interesses dos cidadãos com ele conexonados, que a Administração assegura através do controlo final da respectiva actividade. Por esta razão é que hoje, ao nível do ambiente, o controlo público ou administrativo é, em boa parte, um “controlo dos controladores”, sejam eles os próprios responsáveis por tais tarefas no seio das empresas e instalações sejam entidades privadas independentes a estas últimas¹⁵⁴⁸.

Também por esta razão, a grande conclusão a que chegamos no final deste ponto é a de que a renovação do direito do ambiente nas duas últimas décadas marcou, ao nível do papel desempenhado pelo Estado e pelos poderes públicos, mais do que um recuo ou uma retirada, uma *diferenciação da actuação e da responsabilidade estadual* (pública, em geral): também aqui não se pode pôr de lado ou afastar, em absoluto, o préstimo das tradicionais formas de comando e orientação, típicas do direito de ordenação, sobretudo se pusermos o acento tónico na necessidade de o Estado manter a competência para a última decisão e a possibilidade de manter competências de tutela através da fiscalização, da regulação ou da imposição de medidas sempre que os perigos ou riscos se tornem insuportáveis ou haja mesmo verificação de danos ecológicos — para o que lhe é reservada a possibilidade de, em última instância, “reinstalar o direito de ordenação”¹⁵⁴⁹.

Esta diferenciação, mais do que retrecção, é também reforçada pelas indicações do direito europeu: a crescente europeização do direito do ambiente impõe, ela própria, limites à debandada do Estado na medida em que o direito comunitário secundário (hoje o direito derivado da UE) estatui, em regra, uma responsabilidade dos Estados para a execução prática das suas regras, a qual não pode ser satisfeita pela (mera) transposição normativa das directivas¹⁵⁵⁰.

O entendimento mais correcto, em nosso entender, é o de que não há nenhum conflito — nem sequer oposição! — entre direito da ordenação e princípio da cooperação, mas antes um suplemento ou complemento do primeiro pelo segundo: para além de a acção cooperativa necessitar, no direito do ambiente, de condições ordenatórias que criem estímulos nesse sentido e de a cooperação ser estruturada num quadro ordenador jurídico-público¹⁵⁵¹,

¹⁵⁴⁷ Cfr. CASADO CASADO/FUENTES I GASÓ/JARIA I MANZANO E PALLARÉS SERRANO, *La externalización...*, cit., p. 188 e seg. Entre tais mecanismos de fiscalização e controlo sobre as entidades colaboradoras referem a exigência de títulos habilitantes (os quais devem ter efeitos temporários, para permitir a comprovação periódica da capacidade técnica da entidade em questão), a realização de auditorias e inspecções regulares, a possibilidade de revogar ou suspender os títulos habilitantes e o exercício do poder sancionatório.

¹⁵⁴⁸ Sobre a concentração do controlo público num “controlo dos controladores internos das empresas”, cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 271.

¹⁵⁴⁹ Cfr. SCHMIDT-PREUB, “Flexible Instrumente...”, cit., p. 311.

¹⁵⁵⁰ Expressamente neste sentido, cfr. PETER M. HUBER, “Weniger Staat im Umweltschutz — Verfassungs- und unionsrechtliche Determinanten”, *DVBL*, 8/99, pp. 489-496 (p. 489).

¹⁵⁵¹ Cfr. TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., p. 26 e seg.

são necessárias formas e meios impositivos, de comando, típicos do direito de ordenação para garantir os valores fundamentais em jogo, por forma a evitar ou fazer face a atentados ambientais e a garantir a manutenção e promoção da qualidade dos componentes ambientais. A garantia dos interesses públicos pelo Estado constitui algo de irrenunciável, por tudo se concluindo que não se trata de cooperação *em vez do* direito de ordenação mas antes de direito da ordenação e cooperação¹⁵⁵².

Esta conclusão vai ser igualmente a conclusão geral de todo o capítulo pois, como veremos, a utilização de instrumentos de mercado pressupõe sempre a intervenção administrativa prévia, reforçando a ideia de que a tutela ambiental não pode prescindir ainda dos meios ordenadores facultados pelo direito administrativo de ordenação clássico.

Uma última palavra, em jeito de remissão, relativa ao direito autorizativo: esta diferenciação do papel do Estado na tutela ambiental também tem repercussões fortíssimas a este nível, com a substituição, em muitos casos, da exigência de uma autorização administrativa por comportamentos declarativos dos cidadãos, das empresas ou, em geral, dos operadores. Como refere Pedro Gonçalves, num cada vez maior número de situações há, por parte do Estado, uma “renúncia à decisão administrativa”, traduzida na substituição dos procedimentos de autorização por procedimentos de comunicação de início de actividade¹⁵⁵³. Esta substituição tem grande ressonância em diversos ordenamentos jurídicos europeus, provavelmente com destaque para o italiano e para o alemão. Neste último, alguma doutrina tem mesmo considerado que a previsão legal de proibições preventivas com reserva de *Anzeige* ou de *Anmeldung* — ambos comportamentos declarativos dos interessados, distinguidos pelas suas maiores ou menores exigências formais — constitui um meio adequado para a *retirada* dos meios ou instrumentos do direito de ordenação do direito do ambiente¹⁵⁵⁴, o que não é exactamente a nossa posição, como acabámos de ver. Mais do que retirada ou retracção, deve falar-se, neste contexto, de um suplemento ou complemento dos instrumentos da primeira geração do direito ambiental.

4. O repto à interdisciplinaridade no direito do ambiente renovado

Uma das marcas de nascença do direito do ambiente é, sem dúvida, a sua interdisciplinaridade, quer num sentido “meta-jurídico”, quer no interior da ordem jurídica propria-

¹⁵⁵² Cfr. TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., p. 52.

¹⁵⁵³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 201-208 (p. 207).

¹⁵⁵⁴ Cfr. JÜRGEN FLUCK, “Anzeige statt Genehmigung”, in: *Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz*, 14. Trieter Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 6. bis 8. September 1998, Erich Schmidt Verlag, 1999, pp. 165-201. O artigo é dedicado precisamente à questão de saber se os tipos legais de *Anzeige* (em especial o § 15 da BImSchG) e de *Anmeldung* têm ou não o efeito de um recuo ou retracção do direito da ordenação do direito ambiental ou se são ou não apropriados a possibilitar um retrocesso da intensidade do controlo estadual, concluindo o Autor em sentido afirmativo (cfr. p. 200 e seg.). De notar também a posição do Autor, segundo a qual a obrigação de *Anzeige* constitui um meio intermédio entre a obrigação de autorização e a liberdade de desenvolver uma actividade, sendo apropriada, da mesma forma que a reserva de autorização, para assegurar a protecção dos cidadãos.

mente dita — isto é, tanto no que se refere ao seu relacionamento com outras ciências sociais, com as ciências ditas “naturais”, com a técnica, com a medicina, etc.; como quanto à sua localização no universo jurídico, abrangendo e relacionando-se com institutos, meios e instrumentos da maioria dos ramos tradicionais do direito¹⁵⁵⁵.

Com o primeiro sentido pretende sobretudo aludir-se à configuração extremamente complexa da “questão ambiental”, a qual só pode ser compreendida e explicada na sua globalidade com o recurso aos contributos de diversas especialidades científicas e técnicas. Ao nível jurídico, os comportamentos, actividades, instalações e operações regulados pelo direito só podem ser compreendidos e regulamentados com o auxílio de diversas ciências naturais (biologia, física, química, medicina, etc.) e humanas (antropologia, geografia, sociologia), da engenharia e do saber técnico. Para estabelecer valores-limite de emissões e de efluentes, para medir, registar, monitorizar e contabilizar o funcionamento das instalações com impactes ambientais significativos, com vista a determinar o uso de determinadas tecnologias ou instrumentos em detrimento de outros, no sentido de avaliar as consequências para o ambiente de certas actividades ou acções lesivas, para ponderar o funcionamento de instalações e de forma a estabelecer metas, objectivos e fins o recurso a esses outros saberes é indispensável, sob pena de a actuação jurídica ser totalmente desprovida de sentido e desfasada da realidade. O mesmo se dizendo das medidas que devem ser tomadas para restabelecer ou recuperar o estado do ambiente, das imposições a que têm de estar sujeitos os operadores de instalações e actividades ambientalmente nocivas, da determinação da forma de realizar acções promotoras da melhoria da qualidade ambiental, etc. Por todas estas razões, a interdependência estreita entre o direito, a ciência e a tecnologia na área do ambiente sempre foi uma realidade inquestionável.

Também ao nível jurídico a doutrina, a legislação e a jurisprudência sempre assinalaram o *carácter horizontal* ou *transversal* do direito do ambiente o qual, numa primeira fase, se viu forçado a recorrer aos conceitos, meios, institutos e instrumentos dos diferentes ramos clássicos do direito para levar a cabo a ordenação jurídica do ambiente para depois, numa fase de maior maturidade, proceder à reformulação, transformação, actualização e renovação desses meios e instrumentos. Assim, por causa do ambiente e a propósito do ambiente, surgem problemas nas relações entre os privados, emergindo o direito civil do ambiente; geram-se conflitos entre os Estados e as políticas e medidas destes e das organizações internacionais no plano das relações internacionais (direito internacional do ambiente), destacando-se em particular, no nosso espaço jurídico, as políticas e medidas da União Europeia (direito europeu do ambiente); o ambiente ganha estatuto entre as opções fundamentais da comunidade politicamente organizada, fixando-se como uma das metas ou tarefas fundamentais do Estado e/ou corporizando um direito fundamental constitucionalmente tutelado (direito constitucional do ambiente); e é um sector fundamental da intervenção do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, suscitando a necessidade de regular as intervenções administrativas para a tutela e promoção do ambiente, bem como as relações entre os sujeitos particulares e os diversos entes administrativos e destes entre si (direito administrativo do ambiente).

¹⁵⁵⁵ Sobre a *interdisciplinaridade* do direito do ambiente (primeira acepção) e o seu *carácter horizontal* ou *transversal* (segunda) cfr., de forma sucinta, o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., p. 15 e seg. — que seguimos no texto.

A realidade do direito do ambiente sempre foi esta, não sendo portanto uma característica da renovação do direito do ambiente na sua segunda geração nem um dado novo que impulse ou seja resposta às novas exigências. Todavia, a emergência dos problemas ambientais de segunda geração, nomeadamente o eclodir da problemática do risco deu novos contornos a esta questão e obriga-nos hoje a ser mais ambiciosos no seu tratamento e na resposta que se pede ao direito.

Como demonstra Ulrich Beck¹⁵⁵⁶, a própria lógica do risco e da sociedade do risco envolve interdisciplinaridade: as declarações de risco têm uma componente factual e uma componente axiológica (também em virtude da lógica reflexiva que lhes é inerente), sendo “por natureza declarações que só podem ser decifradas com base numa relação interdisciplinar, porque eles assumem em igual medida percepção do *know-how* técnico e familiaridade com as percepções culturais e as normas”. Só podem ser assim entendidos e, dizemo-lo nós, acautelados na medida do possível.

No seio destes novos problemas e deste direito do ambiente renovado, a atitude que se exige aos juristas é outra, bem mais ousada, inteligente, ambiciosa e abrangente. Exige-se deles (de nós!) que ultrapassem as fronteiras e as compreensões clássicas e que ousem ir mais além, mais longe. Na linha do pensamento de Descartes e da afirmação da “omnipotência de uma razão consciente da sua capacidade de *tornar o homem dono e senhor da natureza*”¹⁵⁵⁷ as sociedades actuais foram construídas com base num conhecimento segmentado, limitativo, levando a cabo a análise isolada de cada área de intervenção social e que separa, ignorando ou pretendendo ignorar todas as ligações, interacções e influências recíprocas e sinérgicas entre as realidades sociais, humanas e biológicas¹⁵⁵⁸.

Ora, segundo Paulo Magalhães¹⁵⁵⁹, o grande desafio do direito do ambiente — ou, talvez mais correctamente, o grande desafio *presente* do direito do ambiente — é o de dialogar com as ligações ocultas de um *sistema uno e complexo*. Nesta medida, e tentando evitar a compartimentação, a especialização, a segmentação dos saberes, temos de nos esforçar por levar a cabo um entendimento “holístico” do ambiente, sem prescindir de todos os conhecimentos técnicos e científicos que nos ajudem a compreender a realidade e a tentar prever os problemas, disciplinando as condutas humanas da melhor forma possível para procurar garantir a manutenção da vida no nosso planeta, para nós e para as gerações

¹⁵⁵⁶ Cfr. ULRICH BECK, “Risk Society Revisited...”, cit., p. 215.

¹⁵⁵⁷ Cfr. NOËLLA BARAQUIN/JACQUELINE LAFFITTE, *Dicionário de Filósofos*, edições 70, 2000, p. 115.

¹⁵⁵⁸ Neste sentido, cfr. EDGAR MORIN, *Introdução ao Pensamento Complexo*, Instituto Piaget, Lisboa, 3.ª ed., 2001. Ao longo desta obra, EDGAR MORIN faz o elogio do *pensamento complexo*: ao passo que o “conhecimento simplificador” (cfr. p. 8) sentiu a necessidade “de pôr ordem nos fenómenos ao rejeitar a desordem, de afastar o incerto, isto é, de seleccionar os elementos de ordem e de certeza, de retirar a ambiguidade, de clarificar, de distinguir, de hierarquizar” operações que, apesar de necessárias à inteligibilidade, “correm o risco de a tornar cega se eliminarem os outros caracteres do *complexus*” (p. 20), a ambição do pensamento complexo (p. 9) “é dar conta das articulações entre domínios disciplinares”, aspirando ao *conhecimento multidimensional*, apesar de reconhecer a incompletude e incerteza do conhecimento — mas trazendo no seu princípio “o reconhecimento dos elos entre as entidades que o nosso pensamento deve necessariamente distinguir, mas não isolar umas das outras”. Tomando por base o ensinamento de Morin em apreço e transpondo-o para o mundo jurídico, PAULO MAGALHÃES, vai mais longe, defendendo que, ao nível do direito, nós construímos “uma organização autista em que as condições básicas para o desenvolvimento do diálogo com o meio estão desactivadas” (*O Condomínio da Terra...*, cit., p. 14).

¹⁵⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 15.

vindouras. Compreensão esta que se estende ao próprio mundo do direito, evitando a segmentação e a compartimentação referidas.

Como bem destaca Gomes Canotilho¹⁵⁶⁰, o direito do ambiente deve ser cada vez mais um campo de investigação de uma *cultura e discursos jurídicos interdisciplinares*, sendo indispensável, nesta sede, *redescobrir um novo jus commune* que aceite o contributo do direito civil (por exemplo em relação à matéria da protecção da vizinhança), do direito penal (através da previsão de crimes de perigo abstracto, crimes de perigo concreto e dos resultados do perigo no bem jurídico ambiental), do direito administrativo (que reclama um “estado de vigília permanente da Administração” e que procure, como a nossa dissertação pretende, conciliar, na medida do possível, alguns dos princípios tradicionais fundadores do Estado de Direito concretizados na segurança e certeza jurídicas e na estabilidade e protecção da confiança, com a abertura de novas dimensões e uma maior flexibilidade e actualização, fazendo repercutir tais desideratos nos procedimentos autorizativos, na abertura e intensificação da participação e da cooperação dos cidadãos e outros actores da “sociedade civil”, com enriquecimento e diversificação dos efeitos procedimentais e substanciais das decisões administrativas e o alargamento da panóplia de formas de acção¹⁵⁶¹) e do direito constitucional (nomeadamente partindo da consagração e do reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente).

É cada vez mais evidente que, melhor do que falar em interdisciplinaridade é referirmo-nos à *transdisciplinaridade*, procurando “ir para além de”, ultrapassar os limites do tal conhecimento fraccionado e estabilizado e tentando compreender da forma mais abrangente possível a questão ambiental, as suas matizes e contornos e a melhor forma de a resolver, garantindo a manutenção da vida na Terra em condições dignas e sãs. Sendo aqui que, em nosso entender, se deve compreender o repto de alguns autores, procurando o lugar do direito na protecção do ambiente devidamente articulado com outros saberes científicos e técnicos, com a política, a economia e a ética¹⁵⁶².

A ultrapassagem das fronteiras entre o direito público e o direito privado é apenas uma das manifestações desta nova realidade e atitude renovada que se reclama dos juristas: a cooperação entre Administração, cidadãos, empresas e comunidades científicas, empresariais e académicas; o fortalecimento da auto-regulação, muitas vezes publicamente incentivada e regulada; os novos modelos de colaboração e de relacionamento procedimental; o desempenho de tarefas materialmente públicas por entidades privadas. Estes são apenas alguns exemplos ou concretizações desta nova realidade, em que se esbatem cada vez mais as fronteiras tradicionais, os limites formais entre o direito (e os instrumentos, os institutos, os conceitos, as formas de acção) público e o privado.

¹⁵⁶⁰ Cfr. “Juridicização da Ecologia...”, cit., pp. 75-79; e “Actos autorizativos jurídico-públicos...”, cit., pp. 55-59.

¹⁵⁶¹ GOMES CANOTILHO (“Actos autorizativos jurídico-públicos...”, cit., p. 57 e seg.) considera que o direito administrativo, se por um lado deve reabilitar o direito de polícia e garantir a estabilidade, a protecção da confiança, a liberdade de iniciativa económica e a segurança jurídica inerentes à sua compreensão clássica, por outro deve compatibilizá-las com as novas figuras das autorizações (e, diríamos nós, em geral, dos actos) precárias, parciais e provisórias, o alargamento dos seus efeitos (nomeadamente com reconhecimento de efeitos de preclusão e de concentração), a consagração de procedimentos de licenciamento condicionado e a possibilidade de intervenções administrativas *a posteriori*.

¹⁵⁶² Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., *passim*.

Desta forma, o que se procura ou se deve tentar alcançar em termos de compreensão, ordenação e resposta aos problemas ambientais globais dos nossos dias é uma perspectiva o mais global possível do ponto de vista jurídico e, ao mesmo tempo, pressupondo um entendimento com a maior abrangência que seja exequível dos outros saberes e especialidades que permitem a compreensão dos problemas em questão. Sem olvidar, naturalmente, a abordagem política e económica desta problemática, nomeadamente assente na ciência política, na teoria da escolha pública — a qual pressupõe, precisamente, uma discussão conjunta da problemática económica e política —, na teoria económica ambiental e noutros conhecimentos e experiências relevantes. É aliás notável a forma como esta compreensão se mostra adequada para o correcto enquadramento e entendimento de alguns dos instrumentos económicos e de mercado da nova política ambiental, com destaque para os sistemas de autorizações negociáveis experimentados primeiro nos EUA e agora um pouco por todo o mundo, com base no Protocolo de Kyoto¹⁵⁶³.

5. Complexidade e tecnicidade do direito do ambiente

5.1. Enquadramento

É pertinente começar por explicitar as razões pelas quais nos propomos abordar conjuntamente os temas da *complexidade* e da *tecnicidade* do direito do ambiente. Com o primeiro conceito, mais amplo, refere-se em regra a natureza intrincada deste novo direito, desde logo pela natureza complexa do fenómeno a disciplinar: a poluição e os problemas ambientais, em geral, têm um carácter sistémico que torna muito difícil ou impossível determinar o contributo de cada elemento, de cada acção para a degradação ambiental, bem como o “isolamento” do ou dos componentes ambientais afectados e a transferência dos problemas de um para

¹⁵⁶³ Por todos, cfr. o relevantíssimo estudo de GERT TINGGAARD SVENDSEN, *Public Choice and Environmental Regulation — Tradable Permit Systems in the United States and CO₂ Taxation in Europe*, New Horizons in Environmental Economics, Edward Elgar (Ed.), Cheltenham, UK/Northampton/USA, 1998 — no qual se analisa a utilização dos sistemas de autorizações negociáveis na gestão ambiental, em particular com o objectivo de reduzir as emissões de dióxido de carbono, estudo feito com base numa estrutura de *public choice* comparando a escolha ao tempo preferencial na Europa (impostos “verdes”) com a dos EUA (autorizações negociáveis). Neste momento interessamos sobretudo destacar a *abordagem interdisciplinar* levada a cabo pelo Autor (cfr., em especial, pp. 2-4), juntando o estudo dos contextos político e administrativo à análise tradicional dos instrumentos económicos efectuada na regulação ambiental, isto é, procedendo, com base na teoria da *escolha pública*, à discussão conjunta da problemática económica e ambiental destes instrumentos de tutela ambiental. Sobre a importância da *teoria da escolha pública*, de James Buchanan e Gordon Tullock e a análise económica do Estado ao nível da protecção do ambiente, cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 188-226 — salientando o mérito de “ter evidenciado a complexidade dos interesses particulares que cruzam a sociedade (...) tornando difícil escolhas públicas maioritárias”, de ter realçado “as debilidades do sistema democrático, assente, no principio maioritário”, a “possibilidade de os interesses públicos serem «capturados» pelos interesses privados” e de procurar demonstrar “a conciliação possível das virtualidades do mercado concorrencial com as virtualidades da democracia estadual” (p. 223).

Ainda sobre o “diálogo” interdisciplinar entre o direito e a economia a propósito dos *procedimentos de autorização flexibilizados*, cfr. JENS-PETER SCHNEIDER, “Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren”, in: DIETER SCHMIDTCHEN/HANS-JÖRG SCHMIDT-TRENZ (Hrsg.), *Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat — Ökonomische Analyse der Flexibilisierung von Genehmigungsverfahren*, Baden-Baden, 1999, pp. 80-95 (p. 80).

outro: houve degradação da qualidade do ar e/ou poluição aquática? Quais serão as consequências para o solo do inquinamento de determinado curso de água? Em que medida a não valorização e/ou o tratamento não adequado de resíduos vai influir na qualidade do ar e/ou da água? Quais os efeitos da perda de determinada espécie vegetal ou animal nos diversos componentes ambientais e no equilíbrio global do ecossistema? A extrema complexidade dos fenómenos a regular vai-se repercutir, como é bom de ver, nas regras que disciplinam esse mesmo fenómeno, nas autoridades administrativas que pretendem protegê-lo e promovê-lo, nas formas jurídicas com as quais se visa regulamentá-los, nos procedimentos administrativos dirigidos a essa mesma regulamentação — no fundo, em todos os meios, autoridades, formas, regras e demais aspectos que compõem o direito do ambiente.

A tecnicidade do direito do ambiente é uma das notas reveladoras e determinantes dessa complexidade. Todavia, pode ser considerado um dos aspectos mais relevantes dessa característica do direito ambiental ou, pelo menos, que mais sentido aqui faz, por comparação com outros direitos administrativos especiais onde a complexidade também se faz sentir. Daí a utilidade, em nosso entender, de associar os dois temas, embora tendo presente que o segundo constitui apenas uma das dimensões do primeiro.

A complexidade e a tecnicidade do direito ambiental não podem, em si mesmas, ser consideradas uma nota da renovação deste direito nos últimos 20 anos: bem pelo contrário, também aqui estamos perante uma marca de nascença do direito do ambiente. No entanto, a questão assume contornos renovados e suscita novas questões no dealbar deste século. Aliás, um dos defeitos intrínsecos que a doutrina comumente assinala ao direito ambiental de primeira geração e ao sistema de comando e controlo com base no qual foi estruturado é exactamente o facto de as exigências legais, regulamentares e técnicas constituírem um sistema de exigências complexas, contraditórias e inexecutáveis¹⁵⁶⁴ — exigências continuamente ultrapassadas pela sempre crescente complexidade dos problemas ambientais.

5.2. Configuração actual do problema

A renovação da regulação ambiental cujo esboço temos vindo a tentar delinear ao longo do presente capítulo teve consequências muito significativas ao nível do problema agora sob a nossa atenção, não no sentido de o eliminar, se calhar nem sequer de diminuir a sua agudeza mas, seguramente, de o passar a perspectivar de forma diferente, no contexto de um enquadramento mais vasto. A adaptação do direito às exigências da técnica e à diversidade, pluralidade e complexidade da degradação ambiental, à multi-funcionalidade dos instrumentos dirigidos à tutela deste bem jurídico fundamental e aos constantes progresso e mutabilidade dos critérios de percepção da poluição e das medidas e tecnologias para prevenir e controlar a sua ocorrência constitui um dos mais relevantes desafios que o direito do ambiente dos nossos dias enfrenta.

¹⁵⁶⁴ Problema posto em evidência, de forma mais incisiva, pela doutrina norte-americana: por todos, cfr. RENA I. STEINZOR, "Reinventing Environmental Regulation...", cit., p. 103 e seg. e 112-121; e RICHARD B. STEWART, "A New Generation...", cit., pp. 27-36, salientando em particular as dificuldades de decisão para os poderes públicos, devido aos grandes poderes discricionários atribuídos pelas normas legais ambientais, por se tratar de matérias técnicas e complexas.

De acordo com Esteve Pardo, no seu estudo monográfico sobre as relações entre a técnica, o risco e o direito¹⁵⁶⁵, as duas grandes novidades que caracterizam as relações entre o Direito e a técnica na última década do século xx — novidades essas, dizemos nós, que se projectaram para a primeira década do século xxi — são em primeiro lugar o emergir do “lado obscuro do progresso” do qual assoma o personagem central que constitui o *risco*: agora, o repto já não é o domínio da natureza e dos seus perigos, mas antes o domínio da técnica e dos seus riscos, que são riscos consubstanciais ao progresso; e, em segundo, a organização do mundo da técnica no sentido da sua autonomia e substantivação, configurado em poderosas organizações e estabelecendo as suas próprias normas num sistema integrado que se apresenta como um ordenamento paralelo com âmbito territorial europeu ou mesmo planetário (emergência de uma constelação de sujeitos e organizações, ao mesmo tempo que se nota o recuo ou retracção das administrações públicas).

A questão da *técnica* e da *cláusula técnica* é das mais debatidas nos últimos anos pela doutrina jus-ambientalista, com enormes progressos e novidades a registar ao nível material, decisório, organizatório e procedimental, entre outros. Tendo sido reconhecida, desde muito cedo, a dependência umbilical das regras e prescrições destinadas à tutela ambiental em relação às exigências, aos critérios e aos valores técnicos, a ignorância dos juristas e da Administração revelou a necessidade de recorrer a conhecimentos técnicos especializados. Para o efeito, e em face do reconhecimento da “utopia da regulação normativa da técnica”¹⁵⁶⁶, foram tentadas diversas formas de fazer a ponte entre o direito e a técnica ou, mais exactamente, a remissão da norma jurídica para a norma técnica¹⁵⁶⁷. A *remissão directa* para o ordenamento técnico foi uma forma utilizada, podendo essa remissão ser *estática*, quando a concreta norma técnica é designada e identificada, ou *dinâmica* ou *flexível*, quando se refere a norma na sua versão vigente, presente ou futura¹⁵⁶⁸.

Em face da impossibilidade de aceitar a remissão dinâmica, do ponto de vista jurídico — pelo atentado frontal que implicava à certeza e à segurança jurídica e por constituir uma capitulação absoluta do direito à técnica — e dos grandes limites da remissão estática — a qual, apesar de oferecer segurança jurídica, se revelou totalmente inadequada para garantir a adaptação do direito aos avanços da técnica — começou a ser utilizada uma outra forma constituída pela *remissão indirecta*, a qual opera através de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados que designam de forma genérica o “estado da técnica” ou “dos conhecimentos científicos”, a “melhor tecnologia disponível”, as “melhores técnicas conhecidas”,

¹⁵⁶⁵ Cfr. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho — Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1999, pp. 9-10.

¹⁵⁶⁶ Cfr. ESTEVE PARDO, “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n.º 149 (Mayo-Agosto 99), pp. 37-61 (pp. 44-47). Sobre as mesmas dificuldades, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 423 e segs.

¹⁵⁶⁷ Sobre as diversas formas que assume a técnica jurídica do reenvio ou remissão legal da norma jurídica para a norma técnica, cfr. TARRÉS VIVES, “Las normas técnicas en el Derecho Administrativo”, *DocA*, n.º 265-266 (enero-agosto 2003), pp. 151-184 (pp. 170-184).

¹⁵⁶⁸ De acordo com ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., pp. 147-149) ao passo que a remissão estática foi admitida pelo Tribunal Supremo de Espanha como uma forma legítima de remissão, desde que se tratasse de normas de segurança ambiental e fosse identificada a concreta norma técnica que se assume e cujo conteúdo não pode ser alterado, já a remissão dinâmica, ao admitir as modificações e adaptações da norma técnica, não foi considerada admissível no ordenamento jurídico espanhol.

etc. Esta prática legislativa foi considerada por Schmidt-Preuss como a ponte para uma legislação aberta à normatividade auto-reguladora¹⁵⁶⁹ e veio a granjear grande sucesso como forma de ultrapassar, pelo menos em alguma medida, a tensão entre a “vontade estática” da norma jurídica e o dinamismo da técnica, domiciliando a decisão técnica dentro das margens do Estado de Direito, ao mesmo tempo que possibilitava alguma flexibilidade em relação ao entendimento do que se deve entender por “estado da técnica”¹⁵⁷⁰.

Ora, quando nos referimos hoje à *cláusula técnica* pensamos primordialmente nesta *exigência de permanente adaptação tecnológica* — em particular dos actos administrativos com conteúdo autorizativo — como forma de realizar a prevenção e controlo de perigos ambientais, bem como a precaução de riscos¹⁵⁷¹. Como bem destaca Esteve Pardo¹⁵⁷², esta cláusula é a resposta encontrada pela ordem jurídica à incapacidade da norma jurídica, com o seu típico enunciado firme e estático, de incorporar a mutabilidade e o progresso constante das exigências técnicas, efectuando uma *remissão aberta e permanente* para o desenvolvimento tecnológico e para as exigências que dele resultam em relação à actividade ou instalação autorizada — não através de uma remissão explícita para aquilo que as normas técnicas disponham, mas com recurso a conceitos imprecisos ou indeterminados, assegurando o protagonismo das normas jurídicas e não das normas técnicas propriamente ditas¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁹ Cfr. SCHMIDT-PREUSS, “Normierung und Selbstnormierung aus der Sicht des Öffentlichen Rechts”, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, n.º 3, 1997, p. 254 (apud TARRÉS VIVES, “Las normas técnicas...”, cit., p. 183 e seg.).

¹⁵⁷⁰ Cfr. TARRÉS VIVES, “Las normas técnicas...”, cit., p. 184. Sobre o conceito “estado da técnica” no direito alemão e a sua comparação com o conceito das “melhores tecnologias disponíveis” utilizado na Directiva PCIP, cfr. LOTHAR KNOPP/ANKE HEINZE, “‘Beste verfügbare Technik’ und ‘Stand der Technik’ im Umweltrecht”, *UPR*, 6/2004, pp. 212-216.

¹⁵⁷¹ Segundo ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., p. 43 e seg.) a cláusula técnica terá tido a sua origem no Canadá e nos EUA, onde foi introduzida pela primeira vez sob a fórmula da *Best Available Control Technology* (BACT). Na Europa, a BImSchG de 1990 atribuiu um papel central ao conceito do “estado da técnica”, tendo o seu uso sido generalizado, na Comunidade Europeia, por intermédio da Directiva 96/61/CE, do Conselho, de 26 de Setembro, relativa à PCIP (através da exigência, contida no seu art. 3.º, de os Estados-membros tomarem as medidas necessárias para garantir que as instalações visadas pela Directiva seriam exploradas de modo a que fossem tomadas todas as medidas preventivas adequadas contra a poluição, “(...) designadamente mediante a utilização das *melhores técnicas disponíveis*” (itálico nosso), técnicas essas definidas no n.º 11 do art. 2.º da mesma Directiva). Foi também por intermédio desta Directiva, na transposição efectuada pelo Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto, que a noção das *melhores técnicas disponíveis* foi acolhida no nosso direito (cfr. art. 2.º, n.º 1, j)). Para uma análise crítica desta noção, tal como foi plasmada no diploma legal em causa, cfr. o nosso “A Licença Ambiental no Novo Regime da PCIP”, *RevCEDOUA*, n.º 7, pp. 65-79 (p. 77 e seg.). Essa definição foi mantida, de forma praticamente inalterada, no novo regime da PCIP, consagrado no Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto (art. 2.º, al. l)).

¹⁵⁷² Cfr. *Técnica, riesgo y Derecho...*, cit., p. 93 e segs.

¹⁵⁷³ Como mais uma vez sublinha ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., pp. 149-151) apesar de, com a remissão legal para conceitos como o “estado da técnica” ou as “melhores técnicas disponíveis”, não estar em causa uma remissão normativa para normas técnicas, mas sim o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, as normas técnicas propriamente ditas não deixam de ser importantes, como resulta da leitura do Anexo IV da Directiva PCIP actualmente em vigor (Directiva 2008/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro de 2008, que foi revogada, mas apenas com efeitos a partir de 7 de Janeiro de 2014, pela Directiva 2010/75/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010), à imagem do que já fazia o Anexo IV da Directiva 96/61/CE, que criou este regime. Neste âmbito têm assumido um papel crucial os “BREFs” (“Best Available Technologies (BAT) reference Documents”) elaborados pelo “Grupo de Sevilha”, o EIPPCB (European IPPC Bureau, em português Centro Europeu PCIP), que são uma espécie de “manuais de instruções” sobre as MTDs, constituindo documentos que os Estados-membros devem tomar em conta na determinação destas técnicas. Sobre os BREFs cfr. CHRISTIAN TAUSCH, “Die Bedeutung der BVT-Merkblätter im Umweltrecht”, *NVwZ*, 21. Jahrgang (2002), Heft 6, pp. 666-676.

Ainda segundo Esteve Pardo¹⁵⁷⁴, as fórmulas do “estado da técnica”, da “adaptação à melhor tecnologia” ou outras análogas — como, dizemo-lo nós, a das melhores técnicas disponíveis — são suficientemente abertas e com margem de imprecisão bastante para que não se possa precisar qual será em concreto essa técnica: a questão de saber em que medida a incorporação das novas técnicas é *obrigatória* será sempre gradual e matizada, devendo sublinhar-se que a exigência nunca deverá passar pela obrigatoriedade de incorporação das técnicas mais avançadas, que se encontrem ainda em fase de investigação e experimentação, mas apenas as inovações técnicas geralmente aceites, já experimentadas e disponíveis no mercado. Como se verifica no referido conceito da Directiva e na noção acolhida no nosso direito positivo, a exigência de que tais técnicas se encontrem “disponíveis” leva a que, em último termo, seja o *factor económico* a revelar-se decisivo, isto é, a ponderação entre os custos que a aplicação de tais medidas comporta em comparação com os benefícios que se pode esperar da sua utilização¹⁵⁷⁵.

Apesar de todas as salvaguardas que o sentido actual da cláusula técnica comporta, ela coloca problemas muito melindrosos quanto a uma série de princípios e regras fundamentais do direito. Desde logo um problema de legitimação política e democrática uma vez que, na prática, se opera em alguma medida a substituição de instâncias políticas de decisão por organizações e sujeitos com conhecimentos especializados mas, as mais das vezes, sem qualquer lastro de legitimação política ou democrática. Para além disso, são postos em evidência os perigos que resultam para a segurança jurídica de uma remissão que não deixa de ser *volátil e difusa*¹⁵⁷⁶.

Carla Amado Gomes abordou, entre nós, este conflito profundo entre a *instabilidade da técnica* e a *estabilidade do direito*, isto é, a questão de saber como conciliar a mutabilidade da técnica com a tendencial estabilidade do direito, centrando-se em algumas das dificuldades suscitadas pela remissão para normas técnicas¹⁵⁷⁷. A Autora salienta que mesmo esta remissão indirecta — em especial por intermédio das *melhores técnicas disponíveis* — põe à prova os princípios da *reserva da lei* (no que toca à exigência de *determinabilidade* da lei) e da *separação de poderes* (em função da margem de sindicabilidade das decisões administrativas baseadas em normas técnicas). O aspecto fundamental prende-se com a *perda de determinabilidade da lei*, a qual levanta a questão de saber se será ou não legítimo ao legislador delegar uma parte fundamental da decisão nas mãos dos técnicos, decisão essa que se vai traduzir numa ingerência mais ou menos intensa nos direitos dos administrados — pois a eventual exigência de adaptação a uma nova técnica, ainda que no pressuposto

¹⁵⁷⁴ Cfr. *ob. ult. cit., loc. cit.*

¹⁵⁷⁵ Em todo o caso, a literatura ambiental esforça-se por demonstrar — o que merece, de forma clara, o nosso aplauso — a *prevalência da função protectora sobre a exigência económica* na determinação das melhores técnicas disponíveis: neste sentido, apoiando-se em jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 197.

¹⁵⁷⁶ Cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 43.

¹⁵⁷⁷ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit.: o Cap. II da Parte II (pp. 423-511, em especial p. 423) é centrado no afrontamento, por parte da “instabilidade da técnica”, da “estabilidade do Direito”, no confronto entre liberdade e segurança, entre a iniciativa económica, a liberdade de investigação científica e o livre desenvolvimento da personalidade, por um lado, e o imperativo de protecção de valores individuais objectivados (como a vida e a integridade física) e a necessidade de salvaguarda do princípio do Estado de Direito democrático e dos seus sub-princípios concretizadores (segurança jurídica, tutela da confiança e separação dos poderes), por outro.

de que ela já esteja desenvolvida “a uma escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector económico em causa em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios” (al. *iii*) da al. *l*) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 173/2008), pode representar um grande custo para o operador e para a empresa em questão. Esta técnica põe em causa o respeito pelo art. 112.º, n.º 5, da CRP, em face das dúvidas que remissões deste tipo suscitam quanto ao preenchimento dos requisitos mínimos do princípio da determinabilidade da lei, concluindo Amado Gomes que este princípio tende a esvaziar-se, devendo a diluição normativa ser compensada — em nome da defesa da protecção jurídica do particular, sempre que esta seja digna de tutela — através da introdução de garantias de racionalidade do exercício do poder¹⁵⁷⁸. Estando em causa, naturalmente, o exercício do *poder administrativo*, a Autora em questão concretiza tais garantias de racionalidade em *limites internos* da competência administrativa (erigidos pelos princípios da igualdade e da proporcionalidade) e em *limites externos*, traduzidos na transparência procedimental e na admissibilidade do controlo jurisdicional da plausibilidade da decisão.

Em nosso entender, estão em causa compressões e limitações a princípios jurídicos fundamentais que, todavia, têm de as admitir e suportar, em nome dos ingentes valores em jogo e da realização e concretização da tarefa fundamental do Estado traduzida na tutela ambiental. Só assim poderá a ordem jurídica reagir com efectividade à gravidade das questões em jogo e aos riscos que as gerações presentes e vindouras enfrentam a este nível. O que terá de passar, cada vez mais, pela responsabilização e actuação do poder público administrativo, em contacto com as situações concretas da vida, onde tais opções sobretudo se jogam. Daí a ampla margem de conformação que a Administração acaba por dispor nesta sede, no exercício daquilo que tradicionalmente se designaria por “discricionariedade técnica”¹⁵⁷⁹. No fundo,

¹⁵⁷⁸ Cfr. *ob. cit.*, pp. 474-494.

¹⁵⁷⁹ Sobre a articulação entre a *prognose de riscos* e a *discricionariedade técnica*, em face da *incerteza científica* que rodeia os riscos, cfr. PONCE SOLÉ, “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental”, *RDUMA*, n.º 183 (Enero-Febrero 2001), pp. 147-192 (pp. 150-155). O Autor considera estar-se aqui no âmbito da discricionariedade técnica uma vez que é outorgado à Administração o poder de tomar uma decisão com base em critérios científicos os quais, todavia, *não oferecem uma resposta unívoca e obrigam o órgão decisor a efectuar uma valoração com recurso a critérios extra-jurídicos* — mencionando como exemplo a referência legal às *melhores técnicas disponíveis*, conceito que concede uma *margem de valoração administrativa* a qual deverá ser concretizada com base numa análise pormenorizada do caso concreto.

Criticamente sobre a questão, apoiando-se no pensamento de Giannini ao afirmar que “a aliança entre discricionariedade e técnica revela uma falha de perspectiva, um ‘erro histórico da doutrina’”, uma vez que “quando a lei submete a actuação administrativa a parâmetros técnicos, a Administração não dispõe de qualquer margem de livre decisão, não formula qualquer juízo valorativo, reflexo de um balanceamento de interesses conflituantes, antes se encontra vinculada a uma base de sustentação da decisão constituída por juízos de conteúdo científico”, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 461-464 (p. 462). Todavia, a Autora reconhece que a cláusula das “melhores técnicas disponíveis” encerra uma dualidade pois, para além dos critérios de apreciação assentes nos conhecimentos dos especialistas, implica também uma imprevisibilidade que tem de ser gerida pela Administração no âmbito do “espaço de valoração” de que a Constituição a incumba, traduzindo, no fundo, uma “necessidade de ponderação de probabilidades”.

De notar que, vários anos antes, Vasco Pereira da Silva assinalava, em sentido próximo e na linha do pensamento de Nigro (embora sem se referir especificamente ao direito técnico nem tão-pouco em concreto à “cláusula técnica”, mas em geral ao uso de meios técnicos pela Administração), que a *tecnicização* da actividade administrativa *reduz o âmbito da discricionariedade*, resultando da utilização de meios técnicos por parte da Ad-

sente-se uma certa retracção do ordenamento jurídico ou, talvez melhor, a reformulação do papel do direito.

A retracção do ordenamento jurídico e o relevo do ordenamento técnico faz-se também sentir, de forma muito vincada, ao nível dos processos de *normalização técnica*, especialmente no domínio *industrial*, processos que demonstram o relevo da *auto-regulação* e da privatização de tarefas públicas, sendo mais uma marca para caracterizar a complexidade presente do direito ambiental.

A normalização industrial — fenómeno que terá tido as suas origens na indústria militar do século XVIII, estendendo-se à indústria “civil” ao longo do século XIX — pode ser definida como o “processo destinado ao estabelecimento das normas que regem a vida industrial, como os parâmetros ou critérios que terão de ser respeitados pelos produtos ou pelos seus fabricantes para que possam ocupar um lugar no mercado” ou, de forma mais precisa, como “o processo ou actividade destinada, por um lado, a estabelecer de forma unificada os critérios técnicos que tanto os produtos industriais como as próprias empresas encarregadas de os produzir devem respeitar e, por outro, a fixar uma linguagem comum relativa a estes dois campos concretos de actividade”¹⁵⁸⁰.

A normalização em apreço começou por ser guiada pelo objectivo de garantir a compatibilidade e equivalência dos produtos e dos seus componentes, para depois se alargar a finalidades de racionalização na variedade dos produtos e, em seguida, estender-se a outros objectivos como a *salubridade*, a *segurança* e a *qualidade* não apenas dos produtos mas também das empresas produtoras e dos processos utilizados. Nos últimos anos, a *protecção do ambiente* tornou-se um dos objectivos prioritários da normalização, um factor mais que contribuiu para a complexificação do respectivo direito, ainda mais evidente em função da *europização* e *internacionalização* das regras e dos processos de normalização industrial e do enorme relevo que os sistemas voluntários assumiram no seu seio, em virtude da elaboração de normas técnicas por organismos privados de normalização adoptadas pelas empresas numa base voluntária.

Fala-se então, nesta sede, da *normalização voluntária em matéria ambiental*, processo que tem por detrás de si a ideia de que, apesar da voluntariedade que preside à adopção de regras produzidas por organismos privados de normalização¹⁵⁸¹, existe um fortíssimo

ministração o alargamento do controlo jurisdicional (cfr. *Em Busca do Acto...*, cit., p. 109). Pereira da Silva chegava a esta conclusão depois de apresentar a *tecnicização da vida administrativa* como um recuo da Administração autoritária, implicando que a actividade administrativa deixe de ser o domínio da discricionariedade para passar a ser cada vez mais o universo da técnica. Para além disso, o uso de meios técnicos revela uma “despromoção” da actividade administrativa que deixa de ser uma actuação autoritária para passar a ser uma *mera tarefa de gestão* em termos que não se distinguem de tarefas semelhantes executadas por privados (cfr. *ob. cit.*, p. 107 e seg.).

¹⁵⁸⁰ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “Normalización industrial y medio ambiente”, in: F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., Tomo III, pp. 3711-3788 (p. 3712). De notar que este artigo, que seguimos no essencial no texto subsequente, não é mais do que o desenvolvimento de um outro, do mesmo Autor, publicado sob o título “La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación” na *REDA*, n.º 105 (Enero-Marzo 2000), pp. 59-77.

¹⁵⁸¹ Para além daqueles com produção de normas com impacte global, porque estendidas a praticamente todo o planeta — com destaque para a *International Organization for Standardization*, a ISO — existem múltiplos organismos de normalização “regionais”, como por exemplo o CEI (Comissão Electrotécnica Internacional — em inglês IEC, sigla de *International Electrotechnical Commission*), a COPANT (*Comisión Panamericana de Normas Técnicas*), o ASAC (Asian Standards Advisory Committee), a ORAN (Organização Regional Africana de Normaliza-

constrangimento para a adesão a tais regras, sob pena de o próprio mercado “expulsar” os produtos e as empresas que as não cumpram.

Como mostrou entre nós Pedro Gonçalves¹⁵⁸², estamos uma vez mais no âmbito de actividades privadas que substituem (ou complementam) controlos públicos: apesar de os poderes públicos guardarem para si a fixação das regras essenciais nas matérias em causa (com destaque para a segurança e a protecção do ambiente), as normas e a regulação das questões técnicas cabem a organismos de normalização, nomeadamente organismos europeus. Sendo certo que tais normas, ainda que de natureza privada — porque elaboradas por pessoas colectivas privadas — e de aceitação voluntária, produzem efeitos públicos, uma vez que permitem acautelar a realização de interesses públicos, em particular o de protecção ambiental¹⁵⁸³.

Para além das normas técnicas ambientais aprovadas pela ISO, na adopção de normas ambientais de natureza voluntária tem claro protagonismo o EMAS que permite às empresas avaliar, gerir e melhorar o seu desempenho ambiental, dando-lhes simultaneamente a possibilidade de demonstrarem, perante terceiros (consumidores e outras empresas), os níveis de performance ambiental dos seus processos de produção e dos seus produtos, garantindo a disponibilização de informação credível sobre tais processos e produtos.

O relevo dos processos e das regras de normalização são hoje incontornáveis no direito do ambiente, em virtude da sua *unificação* (com o alargamento do raio dos processos de normalização) e, sobretudo, da sua *racionalização*. A sistematização das normas técnicas pelos organismos referenciados procura a *uniformização*, manifestando uma *tendência sistémica dos processos de normalização* que tendem a configurar um ordenamento de normas

ção — em inglês ARSO, *African Regional Organization for Standardization*), sobretudo na Europa, onde são de mencionar o CEN (Comité Europeu de Normalização), o CENELEC (Comité Europeu de Normalização Electrotécnica), o ETSI (Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações). Em relação aos sistemas de normalização nacionais podem ser referidos, a título meramente exemplificativo, o DIN alemão (Deutsches Institut für Normung), a BSI britânica (British Standards Institution, hoje também presente e desempenhando funções nos EUA, na China e no Japão), o AFNOR francês (Association Française de Normalization) e a AENOR espanhola (Asociación Española de Normalización y Certificación). Sobre o enquadramento destes organismos nas actividades de normalização industrial cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, “Normalización industrial...”, cit., pp. 3713-3718.

Em Portugal o organismo responsável pelas tarefas de acreditação e certificação era o Instituto Português de Qualidade (IPQ). Todavia, em 2004 o Decreto-Lei n.º 125/2004, de 31 de Maio, criou o Instituto Português de Acreditação (IPAC), que passou a ser o organismo nacional responsável pelo desempenho das funções de *acreditação*, com o fim de “reconhecer a competência técnica dos agentes de avaliação da conformidade actuantes no mercado de acordo com referenciais normativos pré-estabelecidos” (art. 5.º). Neste âmbito, a APCER (Associação Portuguesa de Certificação) tem hoje um papel fundamental no desempenho das funções de *certificação*, uma vez que se trata do organismo português privado que se dedica à certificação de Sistemas de Gestão, Serviços, Produtos e Pessoas. Ou seja: a APCER é uma das entidades certificadoras acreditada pelo IPAC.

¹⁵⁸² Cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., 192 e seg.

¹⁵⁸³ Como afirma ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., p. 143) o processo de normalização técnica no espaço ambiental “é um genuíno fenómeno de auto-regulação: são os próprios sectores industriais, as empresas que neles operam e associações destas empresas que, normalmente através da partilha dos conhecimentos dos seus técnicos e especialistas, estabelecem normas e especificações sobre os seus processos de actuação e os seus produtos”. No direito espanhol podemos assinalar um exemplo em que é a própria lei a remeter para tais normas: o n.º 2 do art. 6.º da Lei catalã n.º 3/1998 (intervenção integral da administração ambiental) determina que as instalações e actividades a que ela se aplica devem “ser projectadas, instaladas, controladas e mantidas de acordo com a regulamentação vigente e as instruções da Administração competente e, na ausência de regulamentações e instruções específicas, que se ajustem às *normas técnicas de reconhecimento geral*” (itálico nosso).

técnicas, com categorias próprias e mecanismos de articulação entre elas, à imagem do ordenamento jurídico: um para-ordenamento da técnica, com lógica interna e força vinculante próprias e distintas das do ordenamento jurídico. Também aqui se faz sentir a *retracção do ordenamento jurídico* ficando-se as normas ambientais, como veremos a seguir, pela disciplina dos objectivos e do procedimento, e deixando para o ordenamento da técnica as referências materiais, nomeadamente no que tange aos níveis ou valores de emissão, medidas e especificações técnicas, processos de produção, etc.¹⁵⁸⁴.

A complexidade e tecnicidade do direito do ambiente assumem dimensões diversas e heterogéneas, às quais dedicaremos algumas palavras, de forma tópica:

i) A complexidade revela-se desde logo na sua faceta *organizatória*, como resultado de fenómenos já abordados como o enorme relevo do princípio e dos expedientes da *cooperação* ou a assunção de uma verdadeira *governança ambiental* no exercício do poder neste domínio¹⁵⁸⁵. Basta ver o que acontece com algumas soluções criadas a propósito de decisões ambientalmente relevantes para garantir a participação dos interessados e a cooperação entre a sociedade civil e a Administração, em particular no direito norte-americano¹⁵⁸⁶.

Como vimos, o conceito de *governança*, que vem ganhando força e protagonismo na tomada de decisões ambientais, aponta para uma forma de acção mais flexível, branda, suave, criativa e inventiva, o que aumenta a complexidade pela descentração do poder, envolvimento de uma pluralidade de sujeitos, busca da convergência entre os centros de poder e as comunidades envolvidas e construção paulatina e progressiva das decisões que satisfaçam o interesse público, também convertido num conceito muito mais móvel, dinâmico e insusceptível de definições ou contornos apriorísticos¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁴ Neste sentido, cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 143 e seg.

¹⁵⁸⁵ Como salienta ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., p. 29) "é inevitável o choque da Administração com a complexidade técnica que envolve a maioria das actividades industriais. Uma *complexidade que ultrapassa as administrações (...)*" (itálico nosso).

¹⁵⁸⁶ Como mostra JOHN S. APPLGATE ("Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking", *Ind. L. J.*, volume 73, n.º 3, Summer 1998, pp. 903-957, especialmente pp. 921-926), os *citizen advisory boards* são um excelente exemplo desta realidade: trata-se de órgãos *ad hoc* (a propósito de decisões de localização de instalações de resíduos perigosos, de planeamento da deposição de resíduos, de funcionamento de indústrias químicas, etc.) cujos membros são seleccionados por uma agência de entre os cidadãos interessados ou afectados, o que é muito mais fácil de conseguir nas decisões com forte impacte local ou regional; a nota específica porventura mais interessante passa pela oportunidade dada aos cidadãos de conhecerem os assuntos técnicos em discussão, criando-se um fórum no qual técnicos e cidadãos trabalham em conjunto, o que mostra como estes últimos são efectivamente envolvidos nas decisões. Ainda segundo APPLGATE houve um recurso muito extenso a este expediente organizatório e procedimental nas decisões sobre o programa de gestão ambiental do U. S. *Department of Energy* (limpeza da contaminação ambiental resultante da produção de armas nucleares), para as quais foram criados *site-specific advisory boards*, conselhos consultivos definidos pela EPA como órgãos públicos independentes criados para *fornecer consultoria técnica e política* às agências reguladoras no que respeita a decisões fundamentais de limpeza e descontaminação, devendo incluir tanto pessoas afectadas identificáveis e residentes individuais não organizados que vivam nas comunidades onde se localiza o projecto em questão, ter entre 10 e 20 membros e incluir decisores públicos sem direito a voto, sendo considerados conselhos independentes e devendo promover decisões consensuais (cfr. pp. 926-931). Todavia, JOHN S. APPLGATE alerta (*ob. cit., loc. cit.*) para a morosidade e custos que o procedimento envolve.

¹⁵⁸⁷ Na definição de governança proposta por ANTÓNIO MATURO (cfr. "Network governance as a response to risk society dilemmas: a proposal from the sociology of health", *Topoi. An international review of philosophy*, vol. 23, n.º 2, p. 198 — *apud* DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 354) é referida, de forma expressa, a complexidade

ii) Em estreita ligação com a dimensão anterior, a complexidade faz-se sentir ao nível *procedimental*: para além da dimensão procedimental da complexidade organizatória — na medida em que é necessário criar formas novas de assegurar, mais do que a participação, o envolvimento e a cooperação dos diversos interessados nas decisões, envolvimento e cooperação essas que se expressam, antes de mais, na tramitação procedimental, não podendo ser esquecido o papel dos *peritos* nos procedimentos administrativos ambientais¹⁵⁸⁸ —, a gradação dos procedimentos ambientais é hoje uma realidade, com a tomada de decisões parciais, prévias e provisórias¹⁵⁸⁹ e a permissão do início antecipado (em relação a um acto permissivo necessário) de actividades ou práticas. A que se soma a necessidade imperiosa de reforçar a transparência e racionalidade do procedimento e a sua permeabilidade aos conhecimentos e progressos técnicos e científicos, bem como o papel desempenhado pelos *peritos* que intervêm no procedimento.

Não pode ser aqui negligenciada a importância da *privatização do procedimento administrativo* — ou, pelo menos, de *subprocedimentos* enxertados no procedimento — nomeadamente pela intervenção de peritos e de outras entidades técnicas privadas incumbidas de tarefas de avaliação de vertentes técnicas das decisões em causa. Segundo Carla Amado Gomes¹⁵⁹⁰ a Administração abre mão de tais tarefas por razões de *necessidade* (não dispõe dos meios necessários para a sua execução), de *economia* (a sua onerosidade é significativa) e de *simplificação*, sendo certo que no seu exercício não há ponderações valorativas (as quais permanecem nas mãos da Administração) mas apenas de carácter técnico. Em todo o caso, a nota mais relevante é a que resulta de, apesar de se tratar de sujeitos privados, estes organismos desempenharem uma *função pública* na medida em que a sua actividade típica se traduz no *controlo do cumprimento da legalidade vigente*¹⁵⁹¹.

A complexidade procedimental tem sido ainda exacerbada, de forma muito notável, por aspectos que têm sobretudo a ver com a prática de actos autorizativos (e cujo tratamento, por isso, reservamos para o próximo capítulo): a *integração* das decisões autoritárias ambientalmente relevantes, com destaque para a autorização administrativa, ao exigir que se incorporem na *mesma decisão* as medidas destinadas a evitar ou a reduzir as emissões de determinadas actividades “para o ar, a água ou o solo, a prevenção do controlo do ruído

que temos em mente: ela nasceu e é reinventada no ambiente político como “coordenação e orientação conduzida pelo Estado de um grande número de organizações e redes sociais, baseada na negociação e na participação, num enquadramento complexo e arriscado” (itálico nosso).

¹⁵⁸⁸ Sobre a participação de peritos no procedimento, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 440 e seg. — sublinhando que, apesar de a intervenção de comissões especializadas ou de órgãos integrados por peritos ocorrer amiúde no domínio ambiental, por força da complexidade das questões em jogo, a decisão final será sempre um acto praticado pela autoridade *administrativa* competente o que atenua o receio de um “governo de peritos”.

¹⁵⁸⁹ A gradação dos procedimentos ambientais e a prática de actos parciais e provisórios pode servir tanto os interesses da Administração (outorgando-lhe um prazo maior para a decisão definitiva, reforçando a agilidade e racionalidade procedimentais e não a vinculando, cedo de mais, às suas próprias decisões), do requerente (maior segurança dos seus investimentos, permitindo ir modelando o seu projecto às exigências estabelecidas pela Administração) e dos terceiros afectados (maior transparência das decisões e maiores possibilidades de efectivar a tutela jurídica perante decisões administrativas).

¹⁵⁹⁰ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., pp. 441-444.

¹⁵⁹¹ É essa a opinião de ESTEVE PARDO (*Técnica, riesgo y Derecho*, cit., p. 138 e seg.), referindo-se às entidades privadas que desempenham funções de controlo de riscos ambientais ao nível da segurança industrial.

e a produção de resíduos, tendo em vista alcançar um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo” (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 173/2008, diploma vigente sobre a PCIP). E, interligada com essa exigência, a necessidade de *concentração* procedimental, evitando a profusão de actos praticados por autoridades diferentes e tentando agrupar numa só decisão as sensibilidades de diversas autoridades administrativas, incumbidas de levar a cabo a prossecução de diferentes interesses públicos — ou, pelo menos, de diferentes aspectos do mesmo interesse público¹⁵⁹².

iii) O carácter complexo das decisões ambientais, tanto sob o ponto de vista organizatório como procedimental, estende-se, como parece óbvio, ao momento ou vector *decisório* propriamente dito. Os aspectos referidos em último lugar, a propósito da complexidade procedimental — a *integração* e a *concentração* dos procedimentos e das *decisões* respectivas — são aqueles que, nos nossos dias, mais vêm complexificar a tomada de decisão administrativa sobre questões ambientais. Na verdade, a sempre crescente exigência de integração das medidas destinadas a proteger o ambiente complexifica extraordinariamente as decisões, cujos efeitos se projectam agora em relação a uma diversidade de componentes ambientais (ar, água, solo, fauna, flora) e a uma pluralidade de outros factores (valorização e eliminação de resíduos, aproveitamento energético, etc.).

Também a configuração da relação jurídica administrativa como multipolar ou poligonal exige do decisor uma muito maior abrangência na ponderação e possível harmonização a fazer entre os diversos direitos e interesses particulares em jogo e os vários interesses públicos envolvidos¹⁵⁹³.

iv) Em função do que acabámos de dizer, resulta também evidente a complexidade derivada da estrutura da própria *relação jurídica ambiental* que está subjacente às decisões administrativas nesta sede ou que estas pretendem ordenar e regular. Esta complexidade tanto se faz sentir a montante da decisão que a visa pacificar, no sentido que acabámos de referir, como a jusante, na medida em que as relações jurídicas que se entretecem em redor das decisões ambientalmente relevantes também são de enorme significado, sentindo-se a tensão entre *estabilidade* e *flexibilidade*, entre *segurança/certeza jurídica* e *adaptação às flutuações do interesse público*, entre *protecção da confiança* dos operadores económicos e *tutela ambiental*, tensão que perpassa todo o direito do ambiente do século XXI e, porque não dizer-lo, todo o direito administrativo actual. De facto, de um lado destas relações jurídicas exige-se certeza, segurança, estabilidade, previsibilidade, protecção da confiança, garantia do investimento; mas, do outro lado, reclama-se flexibilidade, adaptação às novas exigências, novos conhecimentos, novas tecnologias, alteração das decisões administrativas e a sua revogação, quando haja lesões insuportáveis dos interesses (públicos e/ou privados)

¹⁵⁹² Por ora fornecemos apenas uma noção limitada e não técnica de *concentração*, pondo de lado diferentes matizes que a concentração procedimental pode assumir. A questão será retomada, *infra*, Parte II, Cap. II, 3.4.2.

¹⁵⁹³ Sobre a noção de relação jurídica multipolar ou poligonal e o seu relevo a nível decisório e procedimental cfr., em termos sintéticos, o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., pp. 55-58. Em termos muito mais desenvolvidos, a matéria tem sido tratada entre nós, especialmente, por VASCO PEREIRA DA SILVA, tanto em geral como no que tange em concreto ao ambiente (cfr. *supra*, nota 1458) e, mais recentemente, por FRANCISCO PAES MARQUES (*As Relações Jurídicas Administrativas...*, cit., *passim*).

de tutela ambiental. É este um aspecto decisivo de toda a nossa dissertação, que fica aqui uma vez mais indiciado.

v) Como já está largamente sugerido mas veremos desenvolvidamente no ponto seguinte do presente capítulo, uma das principais modificações no direito do ambiente das últimas duas décadas, relacionada com a sua progressiva libertação de um mero direito administrativo de polícia ou de ordenação para um outro em que as estratégias e as formas de atingir objectivos de protecção e promoção se diversificaram de forma notável, é a que se traduz no enorme alargamento e diferenciação dos instrumentos ao dispor do direito do ambiente. Diversificação que tanto se nota em relação à variedade dos instrumentos ou formas de acção utilizados como quanto à sua configuração e à sua estrutura.

Assim, a juntar às formas de actividade administrativa herdadas da primeira geração do direito do ambiente, a grande maioria das quais se mantém — regulamentos e actos administrativos com saliência, nestes últimos, para as ordens, proibições e, sobretudo, para as autorizações — surgiu e amadureceu uma gama muito diversificada de instrumentos económicos, de mercado, produto da auto-regulação social, oriundos da organização das próprias empresas reguladas, da revelação e partilha da informação, etc. A gama é muito diversificada e os seus regimes e efeitos jurídicos muito complexos. É neste plano que surgiram e se afirmaram as taxas e os impostos ecológicos, as autorizações de emissão negociáveis, os sistemas de gestão ambiental, os acordos ambientais, as etiquetas ecológicas, as avaliações de impacte ambiental, as declarações de início de actividade, os livros de registos, etc. Instrumentos no âmbito dos quais as auditorias ambientais, a realização de peritagens, as exigências de revelação de dados e de informação diversa, as tarefas de monitorização, a elaboração de registos e muitas outras se tornaram tarefas extremamente complexas¹⁵⁹⁴. Não podemos deixar de acompanhar Franzius na sua ideia segundo a qual *o direito ambiental do futuro vai ser analisado no âmbito de um complexo de instrumentos*, não devendo haver confronto entre eles¹⁵⁹⁵. Registrando apenas que tal se verifica já no presente e que, em vez de confronto, os juristas terão de se esforçar por fomentar a *complementaridade* entre esta panóplia de instrumentos jurídicos.

vi) Por último, em termos remissivos, não se pode deixar de sublinhar o enorme acréscimo de complexidade dos procedimentos autorizativos e das suas exigências, dos quais nos ocuparemos no último capítulo. Cumprindo apenas por ora assinalar que esta referência ganha sentido — assim como toda a presente dissertação — no pressuposto, que temos por incontornável, da manutenção do protagonismo da autorização administrativa como instrumento de tutela ambiental o qual soube resistir aos ventos de mudança do direito administrativo e do direito do ambiente, renovando-se, reestruturando-se, ganhando novas dimensões e novos contornos, mas mantendo o seu papel central no seio do diversificado e

¹⁵⁹⁴ Um dos principais defeitos assinalados pela doutrina aos instrumentos de comando indirecto do comportamento tem a ver com a sua enorme exigência em termos de informação, de conhecimentos técnicos e científicos e a perda de clareza que lhes é inerente.

¹⁵⁹⁵ Ideia subjacente a todo o estudo de CLAUDIO FRANZIUS, “Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht”, *AöR*, 126. Band, Heft 3, September 2001, pp. 403-440 (cfr., especialmente, p. 433 e segs.).

complexo conjunto hoje constituído pelas formas de acção administrativas teleologicamente orientadas para a tutela do ambiente.

Cumprindo por ora registar apenas, com Carla Amado Gomes, que tal complexidade resulta dos interesses muito diversificados que normalmente estão em jogo nas decisões com efeitos ambientais, em particular nas mais complexas, e à aludida necessidade de fazer ponderações difíceis e abrangentes; da multiplicação das autoridades competentes em sede ambiental; da necessidade de garantir a imparcialidade e a proporcionalidade da decisão; e do papel desempenhado pelos mecanismos de participação com os quais se garante a legitimação e credibilização das decisões administrativas¹⁵⁹⁶. Tendo também a ver, em boa medida, com a complexidade dos pressupostos para a outorga das autorizações, nomeadamente devido à utilização pela lei, na sua redacção, de numerosos conceitos indeterminados, com destaque para os relativos à cláusula técnica¹⁵⁹⁷.

5.3. Contornos actuais da complexidade e tecnicidade

A terminar, gostaríamos de dar nota daquelas que são, em nosso entender, as principais questões que se colocam em virtude da complexidade e tecnicidade do direito do ambiente ou, dito de outra forma, sistematizar alguns dos principais aspectos que se discutem a propósito da complexidade e tecnicidade, em particular os que mais se projectam sobre o objecto central da dissertação.

Um desses aspectos é o que tem a ver com a retracção do direito e do ordenamento jurídico na regulação da questão ambiental, isto é, o papel inevitavelmente mais modesto que estes assumem no contexto de uma questão com importantíssimas valências técnicas, científicas, políticas, empresariais, onde a privatização, a auto-regulação das comunidades reguladas e o exercício privado de funções materialmente públicas, porque dirigidas à satisfação de interesses públicos, se impuseram em termos inquestionáveis¹⁵⁹⁸. De qualquer modo continuamos a defender que será mais correcto falar na *renovação do direito* e do sistema normativo do que na sua retracção¹⁵⁹⁹: sobretudo em virtude do relevo das normas técnicas, do facto de as normas jurídicas prescindirem de estabelecer directamente os critérios, padrões e pressupostos técnicos das decisões, optando antes por fazer uma remissão

¹⁵⁹⁶ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 556 e segs (p. 626).

¹⁵⁹⁷ Neste sentido, cfr. R. WAHL, "Erlaubnis", cit., p. 532.

¹⁵⁹⁸ É esta também, em larga medida, a proposta do *direito ambiental reflexivo*, modelo alternativo da regulação ambiental que *ênfatiza os limites do direito perante a complexidade* e põe em evidência os problemas sistémicos de uma sociedade que confie demasiadamente no direito substantivo: cfr. ERIC W. ORTS, "Reflexive Environmental Law", cit., p. 1258 e segs.

¹⁵⁹⁹ É esse o entendimento de DIAS GARCIA: em virtude da dinâmica evolutiva dos conhecimentos científicos que têm penetrado no sistema normativo e da ligação da norma ambiental à ciência e à técnica há uma degradação do sentido (da axiologia) do direito, acabando este por entregar aquelas matérias a outros saberes e a outras ciências, o que conduz a Autora à conclusão de que *o direito como sistema normativo está obrigado a reflectir-se e a renovar-se* (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 372-376). A Autora desenvolve as razões pelas quais *o direito como sistema de normas é inadequado para dar resposta à questão ecológica* (p. 418 e segs.) destacando-se, em nosso entender, a razão hermenêutica: há um atraso da lei formal em relação à ciência e à técnica, o cumprimento da norma ambiental cria desfasamentos contínuos em relação à realidade que pretende alterar (p. 432).

para critérios técnicos ou, como acontece hoje em dia, através da utilização de conceitos imprecisos ou indeterminados que remetem para as “melhores técnicas disponíveis” ou para o “estado da técnica”, as normas jurídico-ambientais tendem agora a concentrar-se nos aspectos *formais* e *procedimentais* das decisões e não no seu conteúdo, sendo normas de remissão em termos de referências materiais¹⁶⁰⁰. Há um reconhecimento de que a complexidade da realização das tarefas técnicas ultrapassa a Administração, pelo que a própria determinação do conteúdo dos actos administrativos (em especial dos autorizativos) é feita de acordo com tais cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, remetendo para a melhor tecnologia disponível, em condições económica e tecnicamente viáveis.

O EMAS é um exemplo paradigmático da nova realidade, uma vez que se conjugam neste sistema europeu a utilização de sistemas de gestão ambientais, a adopção voluntária de normas técnicas, a realização de auditorias, os incentivos de mercado para a sua utilização, os verificadores ambientais privados, as entidades de acreditação públicas, os registos públicos, a revelação e disponibilização de informação, a participação dos interessados e o diálogo com o público, entre outros aspectos que veremos no ponto seguinte. A atitude reflexiva, as fórmulas de intervenção reflexiva e o *direito ambiental reflexivo* de que falámos no início do capítulo assumem aqui toda a sua força¹⁶⁰¹.

A questão da complexidade e tecnicidade do direito do ambiente projecta-se com especial intensidade ao nível do acto jurídico autorizativo, sendo também por essa razão que lhe prestámos atenção. Como veremos no próximo capítulo, a “cláusula técnica” exige que as obrigações dos operadores de instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais, mesmo (ou sobretudo, por serem as mais perigosas) daquelas que sejam suportadas por uma autorização administrativa, sejam *obrigações dinâmicas e duradouras*, ou seja, que se projectem por toda a vida da instalação e/ou da actividade autorizada e mesmo para além da sua vida, abrangendo a cessão da actividade e o desmantelamento da instalação — com o que se garante as necessárias adaptabilidade e dinamização das condições da autorização e das exigências do seu funcionamento e laboração ao progresso da ciência e da técnica.

Essa dinamização é assegurada, desde logo, pela exigência de utilização das MTDs e concretizada por uma série de expedientes, nomeadamente os facultados pela gradação do procedimento e, sobretudo, pela prática ou tomada de *decisões posteriores* ou mesmo por um regime mais aberto de *revogação da autorização*. As decisões ou modos posteriores são um expediente (expressamente previsto nas leis ambientais mais importantes) com enorme relevo no direito do ambiente alemão, ao permitir à Administração adaptar o conteúdo das autorizações às modificações legislativas, factuais ou *do estado da ciência e da técnica* (ou inclusive a alterações da filosofia de segurança e de protecção) que ocorram ao longo da vida da instalação ou actividade, mesmo se ela tiver sido previamente autorizada. Como veremos melhor no próximo capítulo, o fundamento para a prática destas decisões posteriores,

¹⁶⁰⁰ Cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 28 e segs.

¹⁶⁰¹ Saindo também reforçada a *ligação entre a complexidade e a tecnicidade* do direito ambiental: sobre a *complexidade* e as *dificuldades técnicas* que resultam da colaboração de entidades privadas nas actividades de controlo da qualidade e da segurança ambiental cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, “La infraestructura organizativa de la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control”, in: F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., Tomo II., pp. 2575-2590 (pp. 2578-2580).

quando se referir a instalações autorizadas, é precisamente a *dinamização das obrigações do operador*.

Sendo a este propósito que Carla Amado Gomes trata, em relação ao nosso país e com inúmeros exemplos legais, as vicissitudes das autorizações ambientais que, por incidirem sobre uma realidade permanentemente mutável — quer em virtude de alterações de funcionamento do ecossistema, quer por força dos progressos técnico-científicos —, estão sujeitas a períodos de vida curtos e, sobretudo, a um princípio de revisibilidade por alteração de circunstâncias. A relação estabelecida através do acto autorizativo é dinâmica e cria, para a Administração, competências de fiscalização que se renovam ao ritmo das alterações, fácticas e legislativas, que vão surgindo¹⁶⁰².

Uma última palavra, para mencionar a forma como, apesar da intrincada natureza técnica do direito ambiental e das numerosas vicissitudes da “cláusula técnica”, este direito tem conseguido garantir aquilo que alguns já apelidaram de “coabitação eficaz” estabelecida entre normas com uma forte tecnicidade, necessariamente complexas e diversificadas, de um lado, e os grandes princípios federativos que as sublimam e lhes dão legitimidade, do outro¹⁶⁰³.

6. Os novos instrumentos de tutela

O ponto do presente capítulo que mais interesse tem para a nossa dissertação é o que agora abordamos: também os instrumentos de tutela administrativa do ambiente ou as formas de acção ou actividade administrativa destinadas à protecção ambiental se renovaram nas últimas duas décadas de forma muito significativa. Atrever-nos-emos mesmo a dizer que terá sido sobretudo aqui que a renovação do direito do ambiente foi mais profunda, sendo porventura a este propósito que mais sentido faz falar numa segunda geração do direito do ambiente. As modificações que temos vindo a estudar ao longo capítulo e que se traduziram na *renovação do direito do ambiente* — os novos pressupostos filosóficos e dogmáticos que subjazem à tutela ambiental, a crise do direito e do modelo clássico de ordenação neste direito, o novo papel assumido pelo Estado, em particular pela Administração Pública, no movimento de regulação da questão ambiental, os reptos à interdisciplinaridade e a forma como a complexidade e tecnicidade do direito ambiental hoje se manifestam — projectaram-se de maneira muito forte nas formas de acção administrativa teleologicamente orientadas para a defesa e promoção do ambiente, havendo hoje em dia uma gama nova e, sobretudo, muito mais diversificada de instrumentos específicos de protecção do ambiente.

Sendo o âmbito da dissertação o direito administrativo do ambiente têm estado apenas sob o nosso escrutínio os meios ou formas de acção administrativa, situação que não se vai alterar agora. No entanto, como já tem sido largamente sugerido ao longo do capítulo

¹⁶⁰² 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, pp. 127-161 (p. 141).

¹⁶⁰³ Cfr. JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Le droit...*, cit., p. 123.

e será confirmado agora, muitas das novas formas de acção passam pela atribuição de um papel de grande protagonismo à comunidade regulada. Todavia, são formas ainda ligadas a um importante “lastro” administrativo, mesmo que em muitas delas o papel da Administração se dilua ou modifique, passando da assunção de responsabilidades directas para um papel bem mais modesto de controladora, vigilante, receptora e compiladora de dados e informações, incentivadora, activadora, mas por norma responsável em última instância por *garantir* a prevenção de danos ao ambiente ou uma resposta rápida e adequada, nos casos em que tais danos ocorram. Isto é: se o mundo dos instrumentos ou técnicas específicas de tutela ambiental é cada vez mais um mundo privatizado, de auto-regulação, de *soft law*, que apela e estimula os interesses próprios na tutela ambiental, de uma Administração de cooperação que incentiva, apoia, estimula e informa, a qual é apenas *um sujeito* de entre vários que partilham o poder, exercido mais em termos de governança do que de governo também não deixa de ser verdade que em relação à quase totalidade desta nova gama de instrumentos a *intervenção administrativa* não deixa de estar presente, seja em termos prévios — a mediação da Administração é um *prius* em relação à utilização de muitas das novas formas — seja quanto à intervenção *a posteriori* na recolha, tratamento e revelação de dados, de vigilância, inspecção, fiscalização e controlo ou mesmo de sancionamento e exercício de responsabilidades de reserva para garantir que os interesses públicos em jogo não são postos em causa. Tarefa cuja prossecução é, cada vez mais, inalienável para garantir a continuidade da vida na Terra, em condições dignas e sãs, tanto para as gerações actuais como para as vindouras.

6.1. O novo enquadramento dos instrumentos de tutela ambiental

Os novos instrumentos que vamos analisar inserem-se no contexto que temos vindo a tratar, tanto em termos da renovação do direito administrativo como do direito ambiental propriamente dito. Toda a “entourage” de privatização, de retracção do Estado, do protagonismo crescente do mercado, das políticas e práticas liberais ou neo-liberais, da convocação dos interesses próprios dos regulados na tutela ambiental e da assunção de objectivos, práticas e medidas numa base voluntária fazem aqui todo o sentido. Bem como o reforço dos expedientes que passam pela revelação, partilha e compilação de informação, as estratégias de colaboração e cooperação entre a Administração Pública e os regulados, a digitalização ou informatização da actividade administrativa, a eficiência administrativa, a atenção aos custos das medidas e práticas exigidas aos operadores e a sua ponderação em relação aos benefícios ambientais deles esperados (economicidade, redução e prevenção da poluição a custos mais baixos), a maior flexibilidade das actuações administrativas, o contexto geral de crise do acto administrativo — genericamente, das actuações administrativas autoritárias e dos meios ou instrumentos provenientes do direito de ordenação clássico — e o deslocamento da dogmática administrativa para a relação jurídica e para o procedimento.

É isso que acontece também, talvez de forma particular, com a auto-regulação na indústria — e noutros sectores de actividades potencialmente poluentes — e uma poderosa *teoria da reflexividade* subjacente a tal fenómeno uma vez que, como com acutilância de-

monstram Stanford E. Gaines e Cliona Kimber, a auto-regulação traduz sobretudo uma auto-consciencialização para a tutela ambiental dos potenciais operadores, sendo os instrumentos que a materializam simultaneamente instrumentos deste direito ambiental reflexivo¹⁶⁰⁴.

Em termos doutrinários, há dois nomes a este propósito incontornáveis, os de Pigou e de Coase, que deram contributos inestimáveis para a compreensão da dimensão financeira e económica da protecção ambiental¹⁶⁰⁵. Arthur Cecil Pigou, economista de Cambridge que viveu entre 1877 e 1959 apresentou a primeira proposta de solução do problema dos custos sociais marginais: partindo do pressuposto, também com base em alguns exemplos “ambientais”, de que estes custos permitiam a um grupo da sociedade enriquecer à custa dos demais, propõe a intervenção do Estado para resolver o problema, através de impostos, subsídios e, em geral, da regulação económica. Da sua obra emerge, em particular, a chamada “taxa de Pigou” com base na qual o Estado deveria influenciar o comportamento dos agentes económicos no mercado, com o objectivo de corrigir externalidades negativas. Ronald Coase, economista inglês que viveu no século xx, e a quem foi concedido o prémio Nobel da Economia em 1991, parte dos mesmos pressupostos de Pigou mas diverge dele propondo que a solução do problema passe pelo *mercado* e não pelo Estado: através da atribuição de um valor ao direito de poluir, titulado numa licença, o exercício daquele “direito” passa a ter um custo; o facto de o montante pago pela licença ser elevado conduz a empresa a investir em tecnologias não poluentes, vendendo a licença no mercado a quem pretenda levar a cabo actividades poluentes. Na base do pensamento deste Autor foi formulado o chamado “teorema de Coase”, de acordo com o qual o óptimo social pode ser atingido internalizando os efeitos externos se forem atribuídos direitos de propriedade plena dos recursos e se estes direitos puderem ser livremente transaccionados independentemente do agente a quem os direitos de propriedade forem atribuídos¹⁶⁰⁶. Os mecanismos do comércio de licenças de emissão e uma série de outros instrumentos mais ou menos próximos foram desenvolvidos com base nos pressupostos avançados por Ronald Coase.

¹⁶⁰⁴ Cfr. STANFORD E. GAINES/CLIONA KIMBER, “Redirecting Self-Regulation”, cit., *passim* (p. 183 e seg.): para além de demonstrarem a forma como o direito privado começou por falhar quando os problemas ambientais começaram a ser regulados, os Autores invocam que a posterior entrada em cena do direito público só em termos parciais foi bem sucedida. Daí a consideração de que as iniciativas da auto-regulação no direito do ambiente são bem-vindas, apesar dos inúmeros problemas que também suscitam, nomeadamente ao nível da participação pública. De notar que Gaines e Kimber não consideram o domínio do controlo da poluição industrial o melhor domínio para este tipo de iniciativas, achando que elas deviam ser direccionadas para outros sectores como as *indústrias de serviços* e, em geral, para as decisões dos proprietários privados e dos indivíduos a actuar no exercício da sua capacidade privada.

¹⁶⁰⁵ Na brevíssima análise da sua obra, que é feita a seguir no texto, seguimos DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 173-188.

¹⁶⁰⁶ Desenvolvimento sobre o “teorema de Coase”, cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 276-288, chamando a atenção para a internalização no mercado das externalidades e para a atribuição de um valor ao direito de poluir (que estará na base dos sistemas de licenças ou quotas negociáveis, em face da natureza bilateral das externalidades), na procura de um “nível óptimo” (e não da eliminação total) da poluição, para a grande importância que os chamados “custos de transacção” assumem e o reconhecimento de direitos de apropriação dos bens naturais, entre outros aspectos. Criticamente sobre o teorema de Coase, defendendo que ele nem sempre se mantém ou verifica e que, por isso, não é um teorema, havendo ameaças que o colocam sempre em causa, cfr. DANIEL Q. POSIN, “The Error of the Coase Theorem: of Judges Hand and Posner and *Carroll Towing*”, *Tul. L. Rev.*, vol. 74, n.º 2 (Dec. 99), pp. 629-658 (especialmente pp. 645-650).

6.2. As dificuldades de catalogação e sistematização

Mais do que levar a cabo uma sistematização das diversas categorias e sub-categorias que podem ser autonomizadas a partir da plêiade de novos instrumentos, interessa-nos dar nota desses novos instrumentos, para tentarmos extrair a partir do breve cotejo que por eles efectuarmos as principais características que resultam do conjunto: flexibilidade, diversidade, abertura, eficiência, atenção a custos, partilha do poder, envolvimento, participação e colaboração das comunidades reguladas, revelação e partilha de informação, atenção às forças e aos estímulos do mercado, motivação dos operadores, empresários e consumidores para a tutela ambiental, entre outras. Como tal, não nos vamos embrenhar na difícil questão da sua catalogação a qual é bastante diversa nas diferentes ordens jurídicas que têm merecido a nossa atenção: os dois ordenamentos que têm ido mais longe em termos de criatividade e inovação, por um lado, e sistematização e análise dogmática, por outro, são, em nossa opinião e respectivamente, o norte-americano e o alemão. Ora, as diferenças terminológicas são, a este nível, assinaláveis, para além das próprias variações existentes no contexto das ordens jurídicas europeias.

Por estas razões, em vez de procurarmos integrar os instrumentos nas diferentes classes que os vários autores propõem — as categorias dos *instrumentos financeiros*, dos *instrumentos económicos*, dos *instrumentos de mercado*, dos *instrumentos de comando ou orientação indirecta do comportamento*, dos *instrumentos de auto-organização das empresas*, etc. — vamos centrar-nos no novo instrumentário ou nas novas formas de acção utilizadas na tutela do ambiente.

Em todo o caso, dedicaremos de seguida breves palavras a tais categorias.

A doutrina germânica jus-ambiental faz, em regra, um estudo muito aprofundado dos *instrumentos do direito ambiental*, com uma sistematização muito racional e clara, distinguindo, para além dos *instrumentos de planeamento* e dos *instrumentos de orientação ou comando directo do comportamento*, os instrumentos que agora mais nos interessam: antes de mais e sobretudo os *instrumentos de orientação ou comando indirecto do comportamento* (nos quais são subsumidos os instrumentos económicos), mas também os instrumentos informativos, os instrumentos de organização das empresas e os instrumentos cooperativos¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁷ É esta a actual sistematização proposta por MICHAEL KLOEPFER (cfr. *Umweltrecht*, pp. 225-414), que refere ainda o auto-exercício ou auto-execução estadual (*Staatliche Eingenvornahme*) e a responsabilidade ambiental dos titulares dos órgãos de soberania (pp. 414-424). A maioria da doutrina germânica faz uma sistematização próxima da de Kloepfer (o qual, de qualquer forma, constituirá a nossa referência básica a este respeito): entre outros, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 41 e segs.; RÜDIGER BREUER, "Umweltschutzrecht", cit., pp. 636-671; e WERNER HOPPE/MARTIN BECKMANN/PETRA KAUCH, *Umweltrecht*, cit., pp. 135-236.

Sobre a questão cfr. também alguns interessantes escritos dedicados especificamente ao tema, com destaque para os de GERTRUDE LÜBBE-WOLFF ("Instrumente des Umweltrechts...", cit., pp. 481-493) e de HANS-HEINRICH TRUTE ("Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...", cit., especialmente pp. 26-51).

De notar ainda a referência aos *instrumentos reflexivos* no direito do ambiente, por parte da doutrina que tem procurado reforçar a utilização da abordagem reflexiva neste domínio do direito. Assim, KNUT UNGER (cfr. *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 13-75) insere nesta categoria o *mandatário de protecção ambiental* (e outros instrumentos de organização das empresas asseguradores da protecção ambiental), as auditorias ecológicas (com protagonismo evidente para o sistema comunitário EMAS) e, ainda, a *gestão ambiental* de acordo com as normas ISO 14000 e segs.

Já a doutrina norte-americana dá sobretudo ênfase aos instrumentos económicos, nuns casos equiparando-os aos instrumentos de mercado, noutros subsumindo estes dentro daqueles. O que não é de estranhar, pois foi nos EUA que mais longe foram levadas as críticas à ineficiência e à desatenção aos custos dos instrumentos de comando e controlo típicos da primeira geração do direito do ambiente. Para além ou dentro de tais instrumentos são também referenciados, com muito menores preocupações de rigor classificatório do que as demonstradas pela doutrina alemã, estratégias de auto-regulação, instrumentos que passam pela partilha, disponibilização e revelação de informação, sistemas de gestão ambiental, auditorias, etc.¹⁶⁰⁸

Embora nomeadamente a doutrina alemã não os distinga, podemos considerar que a noção de *instrumentos económicos* — a qual parte do pressuposto, hoje incontornável, de que o ambiente e os seus componentes são dotados de valor económico, sendo por isso mesmo passíveis de ser influenciados e regulados pela utilização de expedientes económicos — terá um sentido mais lato do que a de *instrumentos de mercado*, na medida em que abrange os instrumentos financeiros, com destaque para os fiscais (taxas e impostos ecológicos) e toda a gama de *subsídios* (tanto a nível fiscal como de atribuição de créditos para instalação de determinados equipamentos ou tecnologias, subvenções a entidades locais para construção e exploração de estações de tratamento de resíduos, etc.) e *encargos* (seja pela utilização de bens comuns, seja sobre as actividades geradoras de externalidades ambientais, aqui inclusive sob a forma de sanções pecuniárias). É esse o sentido da definição proposta pela OCDE, de acordo com a qual os *instrumentos económicos* são os “que afectam custos e benefícios de opções alternativas abertas a agentes económicos, com o efeito de influenciar o comportamento num sentido favorável ao ambiente”¹⁶⁰⁹.

De acordo com a doutrina norte-americana, os *instrumentos de mercado* propriamente ditos abrangem todas as medidas orientadas para a transposição dos custos económicos da prevenção e combate à poluição e da resposta aos danos ambientais para o próprio mercado, concretizando-se em “sistemas de controlo da poluição baseados na imposição de um encargo em dinheiro sobre a emissão de uma quantidade de um dado poluente numa dada

¹⁶⁰⁸ Sobre a caracterização e utilização de instrumentos económicos ao serviço da tutela ambiental nos EUA, cfr., entre outros, WILLIAM RODGERS, *Environmental Law*, cit., p. 60 e seg.; e ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law...*, cit., p. 60 e seg.; quanto ao mesmo tema, distinguindo os *instrumentos económicos* das “estratégias de direito reflexivo” — as quais visam a internalização das normas ambientais pelas empresas e outras organizações, apelando à auto-regulação — e entre as últimas, as *estratégias de informação* (etiqueta ecológica e declarações de impactes ambientais) e as auditorias e os sistemas de gestão ambiental, cfr. RICHARD STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 94-127 (sobre os instrumentos económicos) e pp. 127-151 (em relação às estratégias de direito reflexivo).

A tentativa de utilização de instrumentos de mercado na protecção ambiental tem-se feito sentir noutros países não europeus integrados no sistema da *common law*, como o Canadá e a Austrália. No Canadá, através de experiências-piloto como o *Greenhouse Gas Emission Reduction Trading* e o *Pilot Emission Reduction Trading*: sobre elas, cfr. RUSSELL S. JUTLAH, “Economic Instruments and Environmental Policy in Canada”, *J. Environ. Law Pract.*, volume 8, n.º 3, October 1999, pp. 323-352; na Austrália, por intermédio do programa voluntário *Greenhouse Challenge*, proposto pela indústria (cfr. FRASER K. CAMERON, “The Greenhouse Effect: Proposed Reforms for the Australian Environmental Regulatory Regime”, *Colum. J. Envtl. L.*, vol. 25, n.º 2, 2000, pp. 347-368).

¹⁶⁰⁹ Cfr. as *Guidelines and Considerations for the Use of Economic Instruments in Environmental Policy* adoptadas pelo Conselho da OCDE em 1991 (OECD Council Recommendation C(90) 177/Final, de 31 de Janeiro de 1991) e ainda um “explanatory report” (*Environmental Policy: How to Apply Economic Instruments*, OECD, 1991). Sobre estes instrumentos cfr. PETER H. SAND, “Sticks, carrots and games”, cit., pp. 3-8.

unidade de tempo. O encargo pode assumir a forma de uma taxa ou imposto estabelecido pelo regulador, habitualmente referida como uma taxa *Pigouviana* (...). Em alternativa, o encargo pode ser imposto exigindo às fontes que comprem autorizações, ao governo ou a outras autoridades, autorizando a emissão de uma quantidade de um dado poluente numa unidade de tempo determinada”¹⁶¹⁰.

Muito genericamente, a ideia subjacente a estes mecanismos é a de promover esforços baseados em *incentivos* na redução ou prevenção da poluição, convocando os interesses próprios dos regulados na protecção ambiental, em função das vantagens de mercado que poderão assim obter, bem como de revestir as técnicas de tutela jurídica do ambiente de uma *flexibilidade* muito superior à dos instrumentos reguladores de tipo *command-and-control*.

Na medida em que estes instrumentos indirectos estão também ligados a ideias reflexivas, à motivação e incentivo dado aos potenciais poluidores para alcançarem níveis mais elevados de performance ambiental, à assunção de crescentes responsabilidades pelos regulados na própria regulação, à ideia de dar cada vez maior efectividade ao princípio da cooperação em sede ambiental, ao relevo que é atribuído à revelação, disponibilização e partilha de informação e à atribuição de um papel de menor significado ou, talvez melhor, de diferente significado aos poderes públicos na defesa do ambiente, compreende-se que ao lado dos instrumentos especificamente económicos e de mercado se refiram também as estratégias de auto-organização e funcionamento das empresas e instalações poluidoras, os instrumentos de informação, os expedientes cooperativos e outras formas de designar ou catalogar os novos instrumentos que surgiram e amadureceram no seio do direito ambiental renovado que temos vindo a estudar. Dedicamo-nos, em seguida, a assinalar alguns dos aspectos mais relevantes destes novos instrumentos, sem termos a preocupação de sermos exaustivos em relação ao seu elenco.

6.3. Os novos instrumentos ao serviço do direito ambiental renovado

Num capítulo sobre o direito ambiental renovado faz sentido que tenhamos apenas sob o nosso escrutínio os instrumentos desenvolvidos no contexto dessa renovação. O conjunto dos instrumentos do direito do ambiente, em particular das formas de acção administrativas, é hoje muito rico e diversificado, continuando a abarcar instrumentos de direito de ordenação e expedientes planificatórios. Todavia, como esses foram tratados na Parte I da dissertação, limitar-nos-emos agora ao tratamento dos novos instrumentos entretanto surgidos.

6.3.1. Alguns instrumentos financeiros tradicionais

De entre os diversos instrumentos económicos colocados ao serviço da tutela ambiental, alguns constituem formas há muito instituídas na economia política e reguladas pelo direito financeiro, constituindo a novidade esta sua específica valência ambiental.

¹⁶¹⁰ Cfr. THOMAS W. MERRIL, “Explaining Market Mechanisms”, *J. Ill. L. Rev.*, vol. 2000, n.º 1, pp. 275-298 (p. 276).

É isso que acontece, desde logo, com a figura dos *preços políticos*: a fixação de preços à margem do mercado, pelo Estado, nomeadamente aqueles que este cobra ou paga em mercados oligopolistas ou monopolistas é um meio por intermédio do qual o Estado pode influenciar o ambiente o que se verifica, por exemplo, em relação a um dos componentes ambientais fundamentais (a água) ou em relação às entradas e utilização de parques e reservas naturais¹⁶¹¹.

No entanto, merece aqui maior protagonismo a atribuição de uma gama muito diversificada de *subsídios* e *subvenções* estaduais — ou, talvez mais correctamente, públicos, na medida em que são muitas vezes concedidos por pessoas colectivas públicas diferentes do Estado — atribuídas com uma finalidade directa ou indirecta de preservação ou promoção ambiental.

Estas subvenções passam pela atribuição de uma vantagem financeira aos poluidores para que estes desenvolvam acções promotoras do ambiente ou, pelo menos, para que utilizem materiais, processos e técnicas de extracção, produção, tratamento, etc. que sejam menos danosas para o ambiente — configurando-se, assim, em *incentivos* à redução ou prevenção da poluição. Contrapõem-se-lhes uma série de *encargos* devidos por acções prejudiciais para o ambiente geradoras de “externalidades ambientais”, designadamente encargos pela produção de emissões ou lançamento de efluentes. Todavia, a maioria destes encargos é de natureza fiscal ou tributária, razão pela qual remetemos o seu tratamento para essa sede¹⁶¹².

A noção de subvenção, ao passar pela atribuição de uma vantagem financeira, pode ser entendida em termos bastante genéricos, como nos mostra Kloepfer, que distingue as *subvenções directas* (de prestação e financiadas pelo orçamento de Estado, podendo ter fundamentos jurídicos bastante diversos, sendo todavia a forma jurídica ainda mais utilizada para a sua concessão, pelo menos no direito alemão, o acto administrativo) das *indirectas* (isenções, nomeadamente fiscais, em virtude de comportamentos e investimentos “amigos do ambiente”)¹⁶¹³.

Em relação aos subsídios propriamente ditos, eles tanto podem fornecer um estímulo positivo à alteração de comportamentos num sentido mais benéfico para o ambiente (por exemplo a redução das emissões poluentes num valor superior ao exigido pela lei ou o

¹⁶¹¹ Neste sentido, cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico — Contributo para o Estudo dos Instrumentos Económicos de Defesa do Ambiente*, Coimbra Editora, Studia Iuridica n.º 58, 2001, pp. 144-148.

¹⁶¹² Cfr. *infra*, 6.3.3. Na doutrina e na prática norte-americana usa-se com bastante frequência a expressão “charges” para referir uma série de encargos que oneram os responsáveis pelo desenvolvimento de actividades poluidoras. Apesar de a maioria deles ser de natureza tributária, nem sempre tal se verifica, uma vez que se podem concretizar também no pagamento de preços pela utilização de bens públicos com expressão ambiental ou em penalizações devidas pelas mais variadas razões — para além da deterioração ilegal do ambiente também sanções devidas por outro tipo de actos, por exemplo actividades legítimas que todavia geram externalidades ambientais negativas ou pelo não cumprimento de objectivos fixados.

A literatura norte-americana sobre o tema é muito extensa: cfr., por todos, ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law...*, cit., p. 135 e segs. — mencionando expressamente a sua preferência pelos “encargos por efluente” (traduzidos no pagamento de uma taxa ou multa por unidade de poluição lançada no ar ou na água) e por “noncompliance penalties”, que procuram retirar as vantagens financeiras auferidas pelos poluidores com as actividades poluentes.

¹⁶¹³ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, pp. 290-292.

investimento na investigação e desenvolvimento de tecnologias limpas) como procurar reduzir o impacto económico negativo, para o operador, da introdução de medidas de tutela ambiental¹⁶¹⁴.

No âmbito do direito europeu esta matéria cai no tema muito complexo dos auxílios de Estado, genericamente proibidos, embora com excepções, pelo actual art. 107.º do TFUE. O conceito de *auxílio de Estado* é bastante mais genérico compreendendo, para além das *subvenções* propriamente ditas, toda uma série de ajudas que se podem traduzir em reduções de taxas e outras vantagens fiscais, concessão de créditos para instalação de equipamentos ou utilização de tecnologias, empréstimos a taxas inferiores às de mercado e bonificações de juros, regimes de amortização acelerada, injeções de capital, reduções de contribuições para a Segurança Social, etc.¹⁶¹⁵.

Em face da complexidade da matéria e da eventual violação do art. 107.º do TFUE que a atribuição dos auxílios de Estado em sede ambiental pode determinar, a Comissão tem emitido diversas comunicações sobre o tema, na última das quais informa que “Os auxílios podem ser utilizados como meio de incentivar as empresas a alcançarem um nível de protecção ambiental superior ao que conseguiriam na ausência de normas restritivas. A Comissão fixa as condições mediante as quais estes auxílios podem ser concedidos às empresas sem que estes prejudiquem o bom funcionamento do mercado comum”¹⁶¹⁶. O objectivo central desta problemática e das comunicações da Comissão é o de garantir o equilíbrio entre as exigências colocadas pela política ambiental e as da política da concorrência, fornecendo os critérios com base nos quais este órgão aprecia aqueles auxílios, em função do quadro normativo citado¹⁶¹⁷. A verdade é que estão em jogo interesses, valores e princípios pelo menos em parte conflitantes, mas todos tutelados pela ordem jurídica da UE: o princípio do poluidor-pagador, nomeadamente na sua vertente de princípio da responsabilização, reforça a proibição geral de auxílios estatais contida no art. 107.º; mas, por outro, a necessidade de intervenção dos poderes públicos na defesa e promoção do ambiente e do desenvolvimento sustentável, reforçada pelo funcionamento imperfeito dos mercados, aponta no sentido contrário. Daí que a Comissão reconheça que, em muitos casos, o incremento do rigor na

¹⁶¹⁴ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 191-204 (p. 191).

¹⁶¹⁵ De acordo com CLÁUDIA SOARES (cfr. “Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente”, *RevCEDOUA*, n.º 4 (Ano II, 2.2002), pp. 53-70 (pp. 57-63)) os auxílios de Estado podem ser agrupados em três grandes categorias: a dos *auxílios ao investimento*, que visam promover uma prossecução mais rápida e mais profunda, por parte das empresas, da protecção ambiental imposta por lei, sem que estas incorram em custos económicos e sociais insuportáveis (que foram considerados pela Comissão, em geral, incompatíveis com o mercado comum mas com reconhecimento de que, no domínio ambiental, os benefícios obtidos superavam as suas desvantagens, delimitando casos de custos elegíveis para a concessão deste tipo de auxílios); a dos auxílios destinados a *medidas de apoio horizontal*, que visam promover objectivos de longo prazo, podendo traduzir-se em auxílios nos domínios da ciência, da investigação e do desenvolvimento tecnológico e no domínio da informação; e, por último, a categoria dos *auxílios ao funcionamento*, que visam promover alterações de comportamento dos agentes económicos a curto prazo, actuando como medidas desincentivadoras de escolhas economicamente indesejáveis ou incentivadoras de escolhas ambientalmente desejáveis, podendo assumir a forma de desagravamentos de tributos ou concessão de subvenções que cubram custos de funcionamento (em relação aos quais a Comissão manifestou uma posição bastante restritiva).

¹⁶¹⁶ Cfr. Comunicação da Comissão — “Enquadramento de 1 de Abril de 2008 relativas aos auxílios estatais a favor do ambiente”, *Jornal Oficial*, C 82, de 1.4.2008.

¹⁶¹⁷ Neste sentido, cfr. CLÁUDIA SOARES, “Enquadramento Comunitário dos Auxílios...”, cit., p. 53.

protecção ambiental só é possível se acompanhado pela assistência financeira aos agentes económicos envolvidos¹⁶¹⁸.

Para além desta eventual violação do direito europeu, a doutrina assinala uma série de problemas que a atribuição de subsídios — ou outro tipo de ajuda financeira, acrescentamos nós — pode levantar, no domínio ambiental: a circunstância de poderem constituir uma forma de protecção “encapotada”, a potencial violação do princípio da responsabilização, as dificuldades de fixar, no caso das ajudas atribuídas com base na diminuição das emissões, qual o nível mínimo de respeito ambiental elegível para a atribuição, o extraordinário volume de informação de que carecem, entre outros¹⁶¹⁹.

Em todo o caso, no âmbito de uma acção articulada de múltiplos instrumentos na ingente tarefa de protecção ambiental e da combinação, sem receios, de diversas formas de acção administrativa, este tipo de instrumentos não deixa de relevar, tanto como apoio ou complemento de algumas das formas tradicionais oriundas do direito de ordenação — por exemplo como forma de reduzir o pesado encargo que o respeito por normas novas e mais exigentes de tutela ambiental impõe a alguns operadores — como enquanto suplemento ou auxílio aquando da possível introdução de um novo tributo ambiental¹⁶²⁰.

6.3.2. Os fundos ecológicos

Um outro mecanismo que não deixa de ser um instrumento financeiro de tipo tradicional mas que optámos por autonomizar, na nossa exposição, pelas especificidades de que se reveste no direito do ambiente, passa pela constituição de *fundos* (neste caso *ecológicos*) destinados a servir de suporte económico a actividades diversas relacionadas com a tutela ambiental — desde o desenvolvimento de acções promocionais do ambiente, passando pelo apoio à procuradoria ambiental e fazendo especial sentido ao nível do ressarcimento subsequente à ocorrência de um dano ambiental. Isto numa lógica hoje em dia em larga medida ultrapassada (desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Junho, que aprovou o regime jurídico da responsabilidade por danos ecológicos e do qual curaremos ainda neste ponto) de indemnização dos danos ambientais, isto é, dos danos sofridos pelas pessoas e pelas coisas em virtude do ambiente em que se encontram.

Ainda de acordo com tal lógica, em que sem deixar de se manifestar a preferência pela restauração natural, se concebia a indemnização pecuniária como uma forma normal de ressarcir os danos ambientais, Cláudia Soares apresenta um elenco das diversas situações que tornam indispensável a existência de uma “rede de segurança financeira que garanta a recuperação ambiental e/ou a reparação dos danos ocorridos quando a via tradicional não se encontre disponível para este efeito”, sem que tal se traduza numa violação do princípio do

¹⁶¹⁸ Cfr. CLÁUDIA SOARES, “Enquadramento Comunitário dos Auxílios...”, cit., p. 63 e seg.

¹⁶¹⁹ São estes alguns dos aspectos negativos resultantes da atribuição de subsídios identificados por CLÁUDIA SOARES: cfr. *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 191-201. O que explica, em boa parte, a reflexão final da Autora, na mesma obra (cfr. p. 605): “A utilização de subsídios (...) mostra-se, em regra, ineficiente, iniquitativa e ineficaz, só se justificando nos casos de internalização de externalidades positivas e por motivos de ordem social ou de preservação da competitividade da economia nacional”.

¹⁶²⁰ Em sentido próximo, cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., p. 201 e seg.

poluidor-pagador¹⁶²¹: a impossibilidade, em muitos casos, de identificar os responsáveis pelo dano ambiental; a dificuldade na prova da culpa do causador do dano, em especial em casos de danos ambientais continuados, bem como outros obstáculos levantados pelo instituto da responsabilidade civil, sentidos na tentativa de obter o ressarcimento e na quantificação da indemnização dos danos ambientais; a frequente indeterminação do emissor da poluição; o facto de o limite da tolerabilidade do dano ambiental ser muito difuso; a necessidade de conceder auxílios destinados à reparação de danos causados ao ambiente no passado; os efeitos preclusivos de algumas autorizações, cuja eventual eficácia justificativa poderá excluir a ilicitude mas não compensa o sacrifício de direitos fundamentais dos cidadãos; e, ainda, os casos em que seja o Estado a compensar tal sacrifício e em que a criação de um fundo suportado pelos beneficiários de actos autorizativos preclusivos se mostre como uma alternativa razoável para não violar o princípio do poluidor-pagador.

O primeiro exemplo de constituição de um fundo deste tipo que conhecemos, no direito comparado, é o constituído por uma lei do Québec de reforma do respectivo Código de Processo Civil (L.R.Q., 1978, C. 8), a qual criou um *recurso colectivo* inspirado no modelo das “acções de classe” norte-americanas mas que foi bastante longe em termos de recuperação colectiva, consagrando um verdadeiro instrumento de solidariedade entre os cidadãos. De acordo com o regime dessa lei as quantias que os infractores são condenados a pagar e que não sejam reclamadas ou afectadas a usos públicos em benefício da comunidade lesada são atribuídas ao Fundo de Ajuda ao Recurso Colectivo, instituído como um organismo autónomo e, como o seu próprio nome indica, com a afectação dos seus recursos financeiros aos futuros demandantes destes recursos colectivos.

Apesar de vigorar nos Estados Unidos da América, como é sabido, um sistema altamente protector e garantidor da propriedade privada, o exemplo porventura mais conhecido, em termos de direito comparado, da constituição de fundos para tutela ambiental é oriundo deste país. Referimo-nos a um Fundo previsto numa lei de 1980, conhecida em regra pelo acrónimo CERCLA (Comprehensive Environmental Compensation and Liability Act) ou, simplesmente, por *Superfund*, em atenção às suas disposições mais relevantes, que passaram pela constituição deste Fundo¹⁶²². Um dos elementos básicos desta lei foi a criação do *Hazardous Substances Trust Fund* destinado a custear as acções de remoção e outras formas de resolver problemas relacionados com os resíduos. A lei é considerada, do ponto de vista material, uma lei sobre *responsabilidade*, determinando a imputação a todas as pessoas que levem a cabo acções de libertação de substâncias perigosas num sítio ou instalação dos respectivos custos de limpeza (com a previsão de uma rede alargada de responsabilidade para os geradores de resíduos, através da previsão normativa de situações de responsabilidade objectiva, solidária, conjunta e retroactiva) — permitindo, assim, que os custos de limpeza sejam suportados pelos poluidores. O *Superfund* (isto é, o referido *Hazardous Substances Trust Fund*) foi criado com vista ao pagamento das acções de limpeza e reabilitação dos locais afectados pela deposição de resíduos perigosos.

De notar que os danos a interesses privados não cabem nesta lei, na qual a titularida-

¹⁶²¹ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 204-214.

¹⁶²² Nas brevíssimas considerações sobre o CERCLA seguimos o nosso “Que Estratégia...”, cit. (cfr., em particular, p. 307) e a doutrina norte-americana aí citada.

de do direito de indemnização por danos ecológicos pertence ao Estado Federal, aos Estados federados ou às tribos nativas índias. Só estas entidades têm legitimidade para reclamar a reparação e as correspondentes indemnizações dos danos causados aos bens ambientais naturais fora do regime da propriedade privada.

Noutras leis ambientais norte-americanas foram criados fundos de menor importância, mas que traduzem um pouco a mesma ideia de atribuir quantias pecuniárias a finalidades ambientais determinadas, nomeadamente através da tributação de actividades e da consignação de parte das receitas a fundos que patrocinarão actividades de promoção da qualidade ambiental. É isso que acontece nomeadamente na lei ambiental norte-americana de mais longo alcance, o CAA, desde a sua revisão de 1990¹⁶²³.

Como avançámos na Parte I da dissertação¹⁶²⁴, o direito brasileiro foi um dos precursores nesta matéria, ao criar, em 1985, o *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* (FDD). Este Fundo foi pela primeira vez previsto na Lei de Acção Civil Pública (art. 13.º da Lei n.º 7.347/85, de 24 de Julho de 1985), orientada para os casos de responsabilidade por danos ambientais, sendo o seu financiamento primordialmente feito com as indemnizações provenientes de acções propostas pelo Ministério Público e por diversos entes públicos com legitimidade para o efeito, bem como pelas associações legalmente legitimadas — e, ainda, pela consignação do produto da aplicação de diversas multas na sequência de infracções ambientais. Em termos do regime da responsabilidade por danos ambientais importa assinalar que à consideração dos componentes ambientais como património de toda a colectividade não se segue a atribuição das quantias provenientes das respectivas indemnizações para os cofres do Estado ou qualquer outro ente público territorial, mas a sua consignação específica ao FDD¹⁶²⁵.

O FDD — entretanto disciplinado no Decreto n.º 1.306, de 9 de Novembro de 1994 — tem por finalidade a reparação dos danos protegidos pela Lei de Acção Civil Pública (com destaque indiscutível para os ambientais), sendo gerido por um Conselho Federal. Para além da reparação específica dos danos causados, sempre que seja possível os recursos do Fundo podem ainda ser afectados a projectos de reconstituição de bens lesados e à promoção de eventos educativos ou científicos. O FDD mantém uma acção muito dinâmica, com apoio a inúmeros projectos nas áreas da defesa e promoção do ambiente, do apoio aos consumidores e na conservação do património histórico e cultural. O Brasil tem continuado a revelar dinamismo neste domínio, nomeadamente com a criação, pela Lei n.º 7.797, de 10 de Julho de 1989, do Fundo Nacional do Ambiente, orientado para o apoio a projectos patrocinadores da sustentabilidade dos recursos naturais e da melhoria ou recuperação da qualidade ambiental e da qualidade de vida dos brasileiros. Havendo ainda uma série de

¹⁶²³ Sobre estes “fee-based funding mechanisms”, nomeadamente através de uma taxa cobrada por cada tonelada de emissões produzidas, cfr. STEPHEN MAHFOOD, “Implementing the 1990 Clean Air Act Amendments: a State Perspective”, *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, vol. XX, n.º 1, 2001, pp. 15-20 (p. 17). Em relação ao articulado do CAA cfr., p. ex., o n.º 5 da alínea j) da sua Secção 211 (aditivos de gasolina substitutivos do chumbo), de acordo com o qual todos os tributos cobrados ao abrigo desta secção são depositados num Fundo especial do Tesouro norte-americano destinado ao licenciamento e outras actividades a levar a cabo pela EPA.

¹⁶²⁴ Cfr. *supra*, Parte I, Cap. II, 2.2.

¹⁶²⁵ Neste sentido, cfr. ANTONIO HERMAN V. BENJAMIM, “Função Ambiental”, in: ANTONIO HERMAN V. BENJAMIM (coord.), *Dano Ambiental...*, cit., pp. 9-82 (p. 75 e seg.).

fundos estaduais e municipais de meio ambiente, aos quais são afectadas as quantias resultantes do pagamento de multas pelo cometimento de infracções ambientais. Também na Alemanha Kloepper nos fala da constituição de *fundos solidários* no domínio dos *resíduos*, especialmente destinados ao financiamento público da reciclagem de resíduos ilegalmente gerados ou transferidos, de acordo com o § 8 da AbfVerbrG, existindo um regulamento sobre a instituição do fundo de solidariedade da reciclagem de resíduos, de 20.5.1996¹⁶²⁶.

Em face da sua teleologia bastante diferente, em particular no que toca ao seu financiamento, por norma resultante do Orçamento Geral da União Europeia e não da canalização ou consignação de quantias resultantes de indemnizações ou de tributos ou outras contribuições dos poluidores, deixamos de fora da nossa análise os diversos fundos comunitários em matéria ambiental. Referiremos apenas a principal iniciativa vigente, o instrumento financeiro para o ambiente "LIFE +", disciplinado no Regulamento Comunitário n.º 614/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Maio de 2007, que entrou em vigor em 9 de Junho de 2007, está centrado nas medidas de apoio à conservação da natureza e da biodiversidade, tem um orçamento global de € 2.143.409.000 (n.º 2 do art. 10.º) e deverá vigorar até 31 de Dezembro de 2013, em face do disposto no n.º 1 deste art. 10.º.

Também ficará fora do nosso escrutínio a criação, no âmbito dos chamados "mecanismos flexíveis" para cumprimento das metas do Protocolo de Quioto — nomeadamente os projectos de "implementação conjunta" (IC) e os "mecanismos de desenvolvimento limpo" (MDL) — de diversos "fundos de carbono": os países ou as empresas que desenvolvam projectos deste tipo, com os investimentos respectivos, obtêm créditos de carbono, cuja importância actual é bem visível no facto de o Banco Mundial gerir diversos destes fundos através do seu "Prototype Carbon Fund" no qual participam diversas empresas e governos nacionais. Em Portugal, o *Fundo Português do Carbono* foi criado pelo Decreto-Lei n.º 71/2006, de 24 de Março, com vista ao desenvolvimento de actividades para a obtenção de créditos de emissão de gases com efeito de estufa, nomeadamente através do investimento nos mecanismos de flexibilidade possibilitados pelo Protocolo de Quioto. De acordo com o art. 1.º do Decreto-Lei referido o Fundo Português de Carbono funciona no âmbito do Ministério do Ambiente (n.º 1), tendo a natureza de património autónomo sem personalidade jurídica (n.º 2), com o objectivo de contribuir para o cumprimento dos compromissos assumidos por Portugal ao ratificar o Protocolo de Quioto (n.º 1 do art. 2.º), centrando a sua actividade na aquisição de créditos de emissão de gases com efeito de estufa através do investimento em mecanismos de flexibilidade, em fundos geridos por terceiros ou outros instrumentos do mercado de carbono e no apoio a projectos que, em Portugal, conduzam à redução de emissões daqueles gases, tudo nos termos do n.º 2 do art. 2.º.

No que toca à articulação desta matéria com o instituto da responsabilidade por danos ambientais e ecológicos, há muito que defendemos, em relação às soluções do direito nacional nesta matéria que, nos casos em que não fosse possível ressarcir estes danos (sobretudo na sua dimensão de danos ecológicos¹⁶²⁷) através da restauração natural e fosse necessário

¹⁶²⁶ O Verordnung über die Anstalt Solidarfonds Abfallrückführung (SolidarfAbfV): cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 317.

¹⁶²⁷ Sobre a distinção entre danos ambientais e danos ecológicos, que perdeu parte do seu sentido com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho (regime jurídico da responsabilidade civil por danos

proceder ao pagamento de uma indemnização, como está previsto há mais de 20 anos na nossa Lei de Bases do Ambiente (art. 48.º, n.º 3¹⁶²⁸), o destino a dar aos montantes provenientes de eventuais indemnizações por violação de interesses difusos teria de ser o de um “Fundo” destinado ao pagamento da procuradoria, ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais para defesa do ambiente e para a realização de iniciativas promocionais do ambiente, como acções de reflorestação, plantação de jardins e de bosques, limpeza de matas, etc.¹⁶²⁹.

Deste modo, convém terminar o estudo dos fundos com uma referência ao direito nacional que os prevê, primeiro no domínio específico da defesa da floresta e, mais recentemente, em termos mais genéricos. Assim, a Lei n.º 33/96, de 17 de Agosto (Lei de Bases da Política Florestal) impôs ao Estado a criação de um *fundo financeiro de carácter permanente* destinado a apoiar medidas de fomento florestal, financiar projectos de rearborização e acções de investigação específica, entre outras acções, de acordo com o seu art. 18.º, remetendo todavia a criação do fundo, as suas receitas e a sua gestão para regulamentação específica. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de Novembro, reafirma como medida prioritária, na al. vii) da al. a) do seu n.º 3, a criação do *Fundo Florestal Permanente*, “destinado a apoiar o sector florestal e as actividades não imediatamente rendíveis (...)”. A instituição do Fundo, junto do Instituto de Financiamento e Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura e Pescas (IFADAP), foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 63/2004, de 22 de Março, tendo o seu regulamento sido aprovado pela Portaria n.º 287/2010, de 27 de Maio. Em termos mais genéricos, o Fundo de Intervenção Ambiental (FIA) foi criado pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto (lei quadro das contra-ordenações ambientais) a qual, no seu art. 69.º, institui o FIA, consignando-lhe 50 % das receitas provenientes de coimas aplicadas (art. 73.º, n.º 1, al. a)), devendo as respectivas verbas ser utilizadas para “prevenir e reparar danos resultantes de actividades lesivas para o ambiente, nomeadamente nos casos em que os responsáveis não os possam ressarcir em tempo útil”. Não surpreendeu, pois, que a Lei Orgânica do MAOTDR, aprovada cerca de 2 meses mais tarde (Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro), passasse a incluir nas atribuições do Ministério a colaboração “na gestão dos fundos nacionais (...) afectos às políticas de ambiente” (al. r) do art. 2.º) e que a sua Secretaria-Geral tenha sido incumbida de “Assegurar a gestão do Fundo de Intervenção Ambiental” (al. l) do n.º 2 do art. 12.º).

ambientais) cfr., de forma sintética, a distinção feita no Preâmbulo deste diploma legal: o *dano ambiental* é visto como o dano causado às *pessoas e às coisas* pelo meio ambiente, sendo o problema central, neste âmbito, o da “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 consequência da contaminação do ambiente”. O *dano ecológico*, pelo seu lado, refere-se ao dano causado à *natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida*, existindo um dano ecológico puro ou propriamente dito “quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado-dever de um componente do ambiente é alterado negativamente”.

¹⁶²⁸ Disposição completada por outros normativos que apontam no mesmo sentido, como o art. 22.º da Lei de Acção Popular ou o art. 41.º do regime jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental.

¹⁶²⁹ Cfr. JOSÉ EDUARDO F. DIAS, “Os Efeitos da Sentença na Lei de Acção Popular”, *RevCEDOUA*, n.º 3 (Ano II_1.99), pp. 47-64 (p. 58). No direito mais antigo, tal solução era também defendida por VASCO PEREIRA DA SILVA (*Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, Principia, Lisboa, 1997, p. 42) e por MANUELA FLORES FERREIRA (“Acesso Colectivo à Justiça e Protecção do Meio Ambiente”, in: *Textos Ambiente e Consumo*, CEJ, 1996, vol. I, pp. 353-363 — p. 360 e segs.).

O diploma base em relação ao FIA é o Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho, que “Aprova o regulamento do Fundo de Intervenção Ambiental” como “património autónomo sem personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira e com personalidade judiciária” (art. 2.º), incumbido, nos termos do n.º 1 do art. 3.º, de “financiar iniciativas de prevenção e reparação de danos a componentes ambientais naturais ou humanos (...) que exijam uma intervenção rápida ou para os quais se não possam mobilizar outros instrumentos jurídicos e financeiros”.

Embora no novo regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (ecológicos), plasmado no Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho (o qual transpõe para o direito interno a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro), a responsabilização passe sobretudo pela assunção, por parte do operador, dos custos das *medidas de prevenção* e *de reparação* que constituem o cerne do diploma — medidas estas previstas nos arts. 14.º e 15.º e que têm de ser tomadas na sequência da verificação de ameaças iminentes de danos ambientais ou da efectiva ocorrência de tais danos —, seja através da prática das medidas exigidas, seja por intermédio da recuperação, por parte da autoridade competente, do pagamento dos custos que tenha suportado com tais medidas, seja ainda pelo financiamento através da garantia financeira (nomeadamente resultantes da participação em fundos ambientais reservados para o efeito, nos termos do n.º 1 do art. 22.º).

No entanto, nas situações (que, na teleologia deste diploma, deverão ser sempre situações-limite) 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 FIA: 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 FIA, conforme dispõe o artigo 6º, n.º 1, al. d), do Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho¹⁶³⁰.

Este entendimento das relações entre o FIA e o regime da responsabilidade civil por danos ecológicos contida no Decreto-Lei n.º 147/2008 foi também posto em evidência, a diversos títulos, por Carla Amado Gomes¹⁶³¹. Desde logo ao salientar que o novo diploma permitiu ultrapassar os equívocos que resultavam, em sede de acção de responsabilidade, da acção popular, na medida em que é agora mais claro que a reparação de danos ecológicos promovida por autores populares *não resulta na atribuição de quantias pecuniárias aos peticionantes*: no caso de as vias de reconstituição natural ou por equivalente serem esgotadas — de acordo com o Anexo V, 1., do diploma, a sua “reparação primária”, que abrange “qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado” ou “complementar”, traduzida 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” — recorre-se a uma “reparação compensatória” a qual, no entanto, não se traduz na atribuição de uma quantia pecuniária mas antes

¹⁶³⁰ Foi esta a posição por nós defendida noutra local, que seguimos aqui no essencial: cfr. “Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental — A questão da legitimidade, em especial”, *BFDUC*, vol. 85 (2009), pp. 531-564 (p. 562 e seg.).

¹⁶³¹ Cfr. “A responsabilidade civil por dano ecológico...”, cit, pp. 147-149.

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”. Ora, se no decurso de uma acção de efectivação da responsabilidade, e perante a inércia do lesante na execução das medidas em que foi condenado, os autores tiverem de pedir a *execução para pagamento de quantia certa*, esta deverá reverter para o FIA, conforme prevê a al. d) do n.º 1 do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 150/2008 — devendo o produto das acções de regresso propostas pelo Estado contra o responsável pelo dano ecológico para recuperar os custos das medidas de prevenção e reparação de danos ecológicos que o primeiro tenha tido de suportar ter também como destino o Fundo¹⁶³².

O FIA revela-se fundamental na concretização do regime da responsabilidade por danos ecológicos, pois em todos os casos em que o Estado — ou qualquer outra entidade pública — tenha de assumir ou suportar a prática das medidas de prevenção e reparação necessárias para fazer face ao perigo iminente ou à ocorrência de um dano ambiental, as despesas respectivas devem ser repercutidas neste Fundo, conforme prevê o n.º 1 do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 147/2008.

De notar que, na sequência da Directiva que levou à criação do novo regime da responsabilidade por danos ecológicos, a instituição destes fundos tem feito escola, um pouco por toda a Europa. Tomando apenas por base o exemplo espanhol, a lei de transposição da Directiva em causa — Lei n.º 26/2007, de 23 de Outubro, sobre a responsabilidade ambiental — institui, no seu art. 34.º, o “Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales”, incluído num Capítulo sobre as garantias financeiras, Fundo gerido pelo Ministério do Meio Ambiente com recursos provenientes do Orçamento Geral do Estado e destinado a custear as medidas de reparação de bens públicos do Estado, nos casos em que o operador não possa ser responsabilizado a suportar os custos inerentes às medidas de reparação, por não ter praticado qualquer conduta dolosa ou negligente. Exige-se ainda que a emissão ou facto causador do dano ambiental esteja suportado por uma autorização administrativa outorgada em conformidade com as normas aplicáveis e que o operador se tenha adaptado às condições impostas em tal autorização e nas normas aplicáveis no momento do facto ou prove que o dano foi causado por uma actividade, emissão ou utilização de um produto que, no momento da verificação do facto danoso, não era considerado potencialmente prejudicial para o ambiente, de acordo com o estado dos conhecimentos científicos e técnicos existentes nesse momento (art. 14.º, n.º 2). Quando estas mesmas circunstâncias se verificarem o operador que tenha suportado os custos das medidas de reparação dos danos ambientais terá direito à sua recuperação (art. 15.º, n.º 2)¹⁶³³.

¹⁶³² Cfr. CARLA AMADO GOMES, *ob. ult. cit.*, p. 149.

¹⁶³³ A lei em apreço prevê ainda a criação de um outro Fundo, um pouco à margem das nossas preocupações actuais: o “Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros”, previsto no art. 33.º, administrado e gerido pelo Consórcio de Compensação de Seguros e constituído com as contribuições dos operadores que celebrem seguros para garantir a sua responsabilidade ambiental, através de uma taxa suplementar sobre o valor do seguro.

6.3.3. Instrumentos tributários¹⁶³⁴

A legitimidade jurídico-constitucional para convocar os mecanismos tributários — em particular os fiscais — para as tarefas públicas de tutela ambiental parece, entre nós, inquestionável. Se a magnitude das tarefas de tutela ambiental reclama hoje, por todo o mundo, a utilização de praticamente todos os instrumentos de actuação dos organismos públicos para a defesa e promoção do ambiente, tal é indiscutível no ordenamento jurídico português, onde a efectivação dos direitos ambientais, a defesa da natureza e do ambiente e a preservação dos recursos naturais foram erigidas em tarefas fundamentais do Estado (alíneas *d*) e *e*) do art. 9.º da CRP). Legitimidade que, no que toca aos instrumentos fiscais, foi reforçada com a revisão constitucional de 1997, que aditou ao rol das incumbências do Estado destinadas a “assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável”, previstas no n.º 2 do art. 66.º, a de “Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida” (al. *h*)).

Esta norma, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁶³⁵, “aponta para o recorte de um *direito fiscal do ambiente* que tome em conta: (1) a selectividade ambiental de instrumentos formais (impostos, taxas, benefícios fiscais) que sejam «amigos do ambiente» e contribuam para o desenvolvimento do país (...); (2) a operacionalidade dos mesmos instrumentos (ex.: benefícios fiscais) no sentido de captarem a colaboração de entidades privadas que utilizem tecnologias «amigas do ambiente» (ex.: utilização de energias renováveis) ou contribuam com donativos possibilitadores da utilização destas tecnologias (*sponsors ambientais*)”. Desta forma, a defesa do ambiente requer a participação do Estado através do recurso ao sistema fiscal, uma vez que este “não pode deixar de funcionar como o mecanismo social corrector último do mercado e responsável final pelo bem-estar dos indivíduos”¹⁶³⁶.

¹⁶³⁴ Em face do desenvolvimento teórico da matéria em Portugal, na nossa opinião bastante satisfatório, praticamente limitámos o estudo deste ponto à doutrina nacional, apesar das inúmeras referências que recolhemos em muitos outros ordenamentos jurídicos sobre o tema. Por todos, na Alemanha, cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, pp. 300-322 — o qual apresenta um tratamento dos impostos ambientais muito próximo do que vai ser tratado no texto, em conformidade com a doutrina nacional que vamos citar.

¹⁶³⁵ CRP *Anotada*, vol. I, cit., p. 852.

¹⁶³⁶ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., p. 614. Também no espaço europeu se tem salientado, em geral, a importância dos instrumentos financeiros na tutela ambiental e na concretização dos objectivos de luta contra os gases produtores de efeito de estufa plasmados no Protocolo de Kyoto e, em especial, da *fiscalidade ecológica*: por todos, cfr. MAURIZIO MIGIARRA, “Politiche nazionali ed europee per la riduzione del livello di emissione di gás ad effetto serra e per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal protocollo di Kyoto”, *RGA*, Anno XIX n.º 1, Gennaio-Febrario 2004, pp. 131-163 (pp. 154-159) — o qual mostra como a adopção de taxas e impostos se tem revelado muito eficaz, particularmente nos sectores industriais que não se demonstram sensíveis aos instrumentos administrativos de regulação directa (mencionando, neste âmbito, o encorajamento feito à utilização de instrumentos fiscais por parte dos Estados membros da então Comunidade Europeia, por parte da Comissão). Sobre o confronto da performance económica e ambiental entre o modelo de comando e controlo e os regimes regulatórios baseados em incentivos, em particular dos *impostos sobre emissões* e sobre outros tipos de poluição, concluindo pela vantagem dos segundos, também em termos de performance ambiental, sobre a regulação de comando e controlo, cfr. ERIK ROMSTAD, “Theoretical Considerations Regarding the Effectiveness of Policy Instruments”, in: THOMAS STERNER (ed.), *The Market and the Environment — the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, 1999, pp. 50-65 (pp. 62-63).

Também neste domínio se sente alguma confusão terminológica, nomeadamente na *vexata quaestio* de saber quando estamos perante uma taxa ou em face de um imposto, sendo recorrente a utilização de outros expedientes, em particular dos benefícios fiscais. Daí termos preferido utilizar o título mais genérico de “instrumentos tributários” os quais surgem no contexto de um também geral *direito tributário ambiental* que abrange não apenas os *tributos ambientais* (taxas e impostos ecológicos) mas também os *benefícios fiscais ambientais*, concretizando todos, no seu conjunto, a ideia de fazer pagar os danos ambientais àqueles que os provocam, isto é, aos próprios poluidores¹⁶³⁷.

Os benefícios fiscais, de acordo com o art. 2.º do Estatuto respectivo, são definidos como “as medidas de carácter excepcional instituídas para *tutela de interesses públicos extrafiscais* relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem” (n.º 1; itálico nosso), abrangendo “as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedecem às características enunciadas no número anterior” (n.º 2). A tutela e promoção do ambiente constitui um dos possíveis “interesses públicos extrafiscais relevantes” que justificam a atribuição do benefício. É relevante destacar a diferença entre os *benefícios fiscais estáticos*, que não visam incentivar ou estimular nenhuma prática ou acção mas apenas beneficiar o contribuinte por razões de política de defesa, externa, económica, social, cultural, etc., e os *benefícios fiscais dinâmicos* que, pelo contrário, pretendem incentivar ou estimular certas actividades e, por essa razão, devem assumir carácter temporário¹⁶³⁸.

De acordo com a informação de Casalta Nabais, a atribuição de benefícios fiscais — sobretudo concretizada em isenções fiscais — tem sido a via tributária de tutela do ambiente mais activa, apesar das dificuldades que a sua atribuição às empresas suscita em termos de compatibilidade com o direito europeu, na medida em que são considerados *auxílios de Estado*, como tal em princípio interditos por este direito, em face da violação da política da concorrência que representam ou podem representar¹⁶³⁹.

Para uma descrição breve de algumas tentativas para a instituição de impostos ecológicos na Europa, no final do século XX, cfr. MARIA TERESA RIBEIRO/KAI SCHLEGELMILCH/DAVID GEE, “Environmental Taxes seem to be Effective Instruments for the Environment”, in: THOMAS STERNER (ed.), *The Market and the Environment...*, cit., pp. 181-203. Os Autores tratam os diversos impostos suecos existentes na Suécia sobre o enxofre (promovendo o recurso a combustíveis mais limpos), dióxido de carbono, voos domésticos, gasolina com chumbo, adubos, baterias de chumbo, cádmio e mercúrio, etc.); e também na Dinamarca (imposto sobre resíduos não perigosos), na Holanda (sobre a poluição aquática e sobre resíduos domésticos), Noruega (imposto sobre dióxido do carbono), Alemanha (sobre resíduos tóxicos e sobre a poluição aquática) e em França (sobre a poluição aquática). Para uma análise específica da muito desenvolvida tributação ecológica sueca, cfr. RUNAR BRÄNNLUND/BENGT KRISTRÖM, “Energy and Environmental Taxation in Sweden: Some Experience from the Swedish Green Tax Commission”, in: THOMAS STERNER (ed.), *The Market and the Environment...*, cit., pp. 233-256 — sublinhando como desde 1988 se assistiu a uma grande transferência de impostos sobre o rendimento para impostos ambientais e energéticos com a criação, em especial depois de 1991, de uma série de impostos ambientais, os quais são estudados nas suas características fundamentais, demonstrando os seus bons resultados na redução das emissões poluentes.

¹⁶³⁷ Neste sentido, cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, in: JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável — Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, vol. III, 2010, pp. 173-207. Este texto, juntamente com a obra monográfica de Cláudia Soares dedicada à matéria (*O Imposto Ecológico...*, cit.), constituirá a nossa referência básica em relação aos problemas da tributação ambiental nas linhas que se seguem.

¹⁶³⁸ Cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 189.

¹⁶³⁹ Cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 190.

Quanto às taxas, apesar de a obra de PIGOU apontar para o seu protagonismo na protecção ambiental — considerando-as, em geral, a melhor solução para resolver o problema das externalidades —, elas vieram a perder tal posição a favor dos impostos, como veremos. Em todo o caso, também devido ao papel daquele Autor, as taxas gozam de uma “prioridade histórica” de entre os instrumentos financeiros postos ao dispor da defesa do ambiente¹⁶⁴⁰. Sendo a nota da *bilateralidade*, isto é, o facto de corresponder ao pagamento da taxa uma *contraprestação específica* por parte do Estado ou outra entidade pública que a cobra a principal nota diferenciadora do imposto o qual, em termos concretos ou específicos, é um tributo sem causa, cabendo-lhe apenas uma *contraprestação genérica por parte do Estado*¹⁶⁴¹, torna-se fundamental identificar essa *contraprestação*. No caso de um tributo não passar o teste da *bilateralidade*, não se procede sequer à aferição da sua proporcionalidade, isto é, à determinação de saber se existe ou não uma equivalência económica/jurídica entre o montante da taxa e a *contraprestação* recebida pelo contribuinte.

Ora, as taxas ambientais podem ser a contrapartida da prestação de serviços ambientais ou da utilização, ocupação ou aproveitamento de bens ecológicos do domínio público, salientando-se sobretudo a *contraprestação* concretizada nos custos suportados pela Administração na recolha, tratamento e/ou eliminação dos resíduos. Em função da natureza da prestação pública que dá causa ao pagamento da taxa ecológica — e não da sua finalidade, que é sempre a cobertura dos custos suportados pelas entidades públicas — Cláudia Soares autonomiza diferentes espécies destes tributos: *taxas sobre a poluição*, que tomam em conta a quantidade e as características da poluição gerada; *taxas administrativas latu sensu*, as quais se apresentam como correspectivos da prestação de serviços públicos individualizados que se podem traduzir na utilização de estruturas de depósito ou no tratamento ou eliminação de emissões poluentes; *taxas sobre os produtos*, aplicadas a bens cuja produção, consumo ou eliminação causa danos ambientais, em função do dano concreto causado; *taxas devidas por licenças*, isto é, pela remoção de um obstáculo jurídico ao qual esteja associado um impacte ambiental negativo, como acontece no licenciamento de actividades perigosas, na autorização de venda de produtos poluentes ou na exploração de recursos naturais; e, por último, *taxas devidas pela utilização do domínio público*, naturalmente quando tal utilização seja susceptível de individualização.

No entanto, a aplicação das taxas no domínio ambiental depara-se com grandes dificuldades práticas ou de operacionalidade, tanto por razões que têm a ver com o direito do ambiente (dificuldade em fazer funcionar o princípio do poluidor-pagador) como por motivos relacionados com o direito tributário e com a essência da figura (determinar e quantificar o benefício ou *contraprestação* específica que corresponde ao seu pagamento): não só é difícil identificar o beneficiário que as deve suportar — ou, noutra perspectiva, o responsável pelos

¹⁶⁴⁰ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., p. 160.

¹⁶⁴¹ O art. 4.º da Lei Geral Tributária deu acolhimento legal, pelo menos em parte, a tal distinção, de há muito feita pela doutrina e pela jurisprudência: ao passo que “Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património” (n.º 1), já “As taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares” (n.º 2). O tratamento doutrinário do tema é inabarcável: por todos, com amplas referências jurisprudenciais, cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2010, pp. 12-15 e 20-26.

custos que a Administração tem de suportar e que devem ou deveriam ser internalizados no seu causador — como a sua quantificação se revela extremamente problemática. Quando haja um benefício directo é praticamente impossível fazer a sua divisibilidade pelos diversos beneficiários.

Em face destas dificuldades, a figura do direito tributário que assume o protagonismo em sede ambiental é o tributo unilateral, o *imposto*: há uma ideia fundamental de extrafiscalidade por detrás da utilização dos mecanismos tributários nas tarefas de protecção ambiental, não se coadunando a prossecução de objectivos extrafiscais com a proporcionalidade inerente às taxas. Os tributos ambientais em sentido próprio pretendem evitar a verificação do facto tributário e, dessa forma, têm como objectivo diminuir as receitas¹⁶⁴².

Passemos, então, ao estudo específico da figura do *imposto ambiental* ou *ecológico*, do qual resultarão também as razões que levam a que ele seja a figura central do direito fiscal ecológico.

A doutrina e a legislação têm encontrado algumas dificuldades na formulação de uma definição de imposto ambiental, tarefa à qual também não nos propomos. O que nos parece decisivo é antes assinalar o *fim* e a *função extrafiscal* do imposto ambiental para compreender, desta forma, o seu sentido e a sua razão de ser.

No direito tributário ambiental existe um certo equilíbrio entre os objectivos fiscais e extrafiscais, na medida em que a *obtenção de receitas* (a finalidade central da cobrança de impostos, como estabelece o n.º 1 do art. 103.º da Constituição, em face do qual “O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas”) se conjuga, tendencialmente por igual medida, com a *modelação dos comportamentos ecológicos* (que constitui, desta forma, a finalidade extrafiscal dos impostos ecológicos)¹⁶⁴³.

Tal equilíbrio verifica-se, uma vez que os impostos ambientais — prescindindo, por ora, da distinção entre os seus grandes tipos — tanto têm uma finalidade *reditícia, recaudatória* ou *redistributiva*, isto é, orientam-se para a *percepção de receitas*, recolhendo fundos que vão depois ser aplicados na despesa pública ambiental; como procuram prosseguir objectivos *incentivantes*, em direcção à preservação e promoção da qualidade ambiental, incitando os poluidores potenciais a alterarem os seus comportamentos num sentido “ambientalmente amigo”. O que não invalida que seja esta segunda finalidade aquela que dá sentido à figura do imposto ambiental: é a preservação e promoção do ambiente que caracteriza a verdadeira natureza ambiental do tributo, uma vez que os verdadeiros tributos ambientais têm por base e por medida o princípio do poluidor pagador e não o princípio da capacidade contributiva, que constitui o critério central e a medida dos impostos fiscais e, também, dos “falsos” impostos ambientais que têm natureza meramente recaudatória¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² Cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., pp. 191-193. No mesmo sentido, CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., que para além de defender tal posição ao fazer a apreciação comparativa da taxa e do imposto enquanto instrumentos de prossecução da política ambiental (pp. 173-175) conclui, sem deixar dúvidas (p. 605): “As taxas apresentam uma menor capacidade operativa no domínio da defesa ambiental do que os impostos, em virtude de estarem condicionadas pelo princípio da proporcionalidade”.

¹⁶⁴³ Cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 183. Em geral sobre a diferença entre a finalidade fiscal e a finalidade extrafiscal dos impostos e a admissibilidade constitucional desta última, cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 64, 162 e seg. e 425-432

¹⁶⁴⁴ Neste sentido, cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., especialmente pp. 290-295; e CASALTA

O facto de poder coexistir na figura do imposto ecológico esta dupla finalidade, leva a doutrina¹⁶⁴⁵ a distinguir entre, por um lado, os impostos ambientais em sentido técnico, estrito ou próprio¹⁶⁴⁶ ou simplesmente *impostos ambientais*¹⁶⁴⁷; e, por outro, os *impostos ambientais em sentido amplo, atécnico* ou *impróprio* ou impostos ambientalmente relevantes. Ao passo que os primeiros prosseguem finalidades extrafiscais que funcionam como um incentivo aos contribuintes-poluidores para adoptarem condutas promocionais do ambiente, incentivando a alteração comportamental designadamente no sentido de diminuírem as actividades e emissões poluentes, os segundos visam antes de mais arrecadar receitas, recorrendo para o efeito a uma realidade poluente em termos da sua base de incidência, sendo por tais razões considerados falsos tributos ambientais. O que reforça a ideia, já avançada, de que o que caracteriza a natureza ambiental do tributo é o *objectivo* ou *finalidade extrafiscal primordial*, traduzida na preservação e melhoria do ambiente¹⁶⁴⁸.

Fechando o círculo: é o princípio do poluidor pagador que fornece a base, o critério e a medida dos verdadeiros tributos ambientais, por oposição aos falsos tributos ambientais que, da mesma forma que qualquer outro imposto, têm por base e medida o princípio da capacidade contributiva¹⁶⁴⁹. É o facto de ser a tutela ambiental a *finalidade* que preside à criação do imposto, e não o seu facto gerador, que permite qualificá-lo como ambiental.

O que se articula, de forma lógica, com o facto de os tributos ambientais encontrarem a justificação para a sua legitimidade constitucional nas tarefas estaduais de tutela ambiental e nos princípios orientadores da política económica e social, com especial destaque para a citada al. *h*) do n.º 2 do art. 66.º da CRP: os tributos ecológicos são um meio de que o Estado se serve para exercer as funções que lhe cumpre realizar ao nível da tutela ambiental, sendo por essa razão que o uso de instrumentos de natureza fiscal neste âmbito está em concordância com os princípios que orientam a política ambiental¹⁶⁵⁰.

Em conclusão quanto a este ponto: os “falsos” impostos ambientais, que integram a tributação indirecta, concentram-se fundamentalmente na tarefa de *obter receitas*, o que pode passar pela introdução, em tributos “clássicos”, de elementos que possam influenciar o comportamento dos agentes económicos em vista da protecção ou promoção da qualidade ambiental — através da introdução de isenções, taxas reduzidas, deduções à matéria colectável ou à colecta — não sendo o seu critério ou parâmetro o princípio do poluidor

NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., em particular p. 192 e seg.

¹⁶⁴⁵ Cfr., por todos, AA. e *ob. cit.* na nota anterior, *loc. cit.*

¹⁶⁴⁶ É esta a designação utilizada por CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 191.

¹⁶⁴⁷ De acordo com a formulação preferida por CLÁUDIA SOARES, *ob. ult. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁴⁸ Assim, de forma expressa, CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 192.

¹⁶⁴⁹ Cfr. CASALTA NABAIS, “Tributos com fins ambientais”, cit., p. 197 e segs. — Autor que vai mesmo ao ponto de afirmar que os verdadeiros impostos ambientais “não precisam do princípio da capacidade contributiva para nada” (p. 205) assentando a sua legitimidade constitucional na tarefa imposta ao Estado de tutela do ambiente e no princípio do poluidor-pagador, devendo a colisão ou conflito deste princípio com o da capacidade contributiva resolver-se através do princípio da proporcionalidade em sentido lato, ou seja, exigindo que os impostos ambientais se revelem “necessários, adequados e proporcionais em sentido estrito face ao objectivo ambiental que se visa prosseguir” (p. 205).

¹⁶⁵⁰ Sobre este confronto, tomando por base os princípios da *prevenção*, da *precaução*, da *integração*, da *cooperação*, da *subsidiariedade*, da *recuperação*, da *responsabilização*, do *poluidor-pagador*, do *produtor-eliminador*, do *utilizador-pagador* e da *permissividade*, cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 367-378.

pagador mas antes um dos princípios fundamentais do direito fiscal, o da capacidade contributiva¹⁶⁵¹. Já os verdadeiros tributos ambientais integram a tributação directa, tendo por objectivo a protecção de efectivos bens de natureza ambiental, formando uma *figura tributária independente* ao lado dos impostos sobre o rendimento e sobre o património¹⁶⁵².

Desta forma, no caso da verdadeira tributação ambiental — dos *impostos ambientais* propriamente ditos — o legislador deve ater-se a circunstâncias ambientais ou ecológicas na selecção dos factos tributários ou factos geradores do imposto, ou seja, na selecção das circunstâncias da vida que fazem nascer a obrigação de imposto — sejam elas a geração de emissões atmosféricas poluentes, o lançamento de efluentes, a exploração de recursos naturais, a utilização de processos de produção poluentes, a afectação de zonas protegidas, o fabrico de produtos nocivos para o ambiente, etc. Estamos assim perante factos que fazem nascer a obrigação de imposto não por serem reveladores da capacidade contributiva dos contribuintes — o critério geral da tributação — mas porque suscitam a intervenção do *princípio do poluidor-pagador*, o *critério de justiça dos impostos ambientais*¹⁶⁵³.

Sendo muito diversos os factos relacionados com a afectação ou deterioração do ambiente que podem justificar as diferentes modalidades de impostos ecológicos. De acordo com a classificação proposta há cerca de uma década por Cláudia Soares, mas que consideramos ainda hoje adequada à sistematização em abstracto dos diferentes tipos de impostos ambientais, podemos distinguir três grandes modalidades destes tributos¹⁶⁵⁴.

Em primeiro lugar temos a modalidade dos *impostos sobre as emissões poluentes*, que vão buscar o seu suporte teórico ao pensamento de Pigou, cuja base tributária é constituída pela medição ou peso das emissões poluentes. Sendo o sujeito passivo, em princípio, o próprio poluidor — ainda que possa haver repercussão sobre o consumidor — e o facto tributário o acto de poluir, o imposto constitui um incentivo à adopção de técnicas, estratégias e instrumentos que reduzam as emissões, incentivando processos preventivos. Apesar de a doutrina considerar que este tipo de tributação pode ser muito eficaz na prevenção dos danos ecológicos, não deixa de reconhecer as dificuldades práticas que suscita, só sendo uma solução viável quando as fontes poluentes sejam em pequeno número e facilmente identificáveis¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵¹ Seguimos aqui de perto e de novo CASALTA NABAIS, "Tributos com fins ambientais", cit., p. 201.

¹⁶⁵² CASALTA NABAIS, "Tributos com fins ambientais", cit., p. 197.

¹⁶⁵³ Cfr. CASALTA NABAIS, "Tributos com fins ambientais", cit., p. 198.

¹⁶⁵⁴ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 392-434. CASALTA NABAIS optou por uma categorização um pouco diversa dos *verdadeiros impostos ambientais* (afastando os *tributos ambientais puramente financeiros*, que visam exclusivamente a obtenção de receitas consignadas a objectivos ecológicos e os *tributos ambientais orientadores de comportamentos* com objectivo financeiro ecológico) designados como *tributos de conformação ambiental*. Dentro deles distingue os tributos ambientais *de orientação* (visam impedir encargos ambientais ou desenvolver comportamentos filoambientais), *de utilização* (têm em vista contribuir para a utilização de bens e meios ambientais) e *de compensação* (como o seu próprio nome indica, pretendem compensar economicamente as vantagens resultantes da utilização, pelos operadores de actividades e instalações ambientalmente relevantes, de bens ambientais sem a adopção das correspondentes medidas de protecção ambiental). Todavia, é o próprio Autor a reconhecer que estas diversas categorias não são mais do que variantes dos tributos orientadores dos comportamentos. Cfr. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos — Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 266 e seg., especialmente nota 254.

¹⁶⁵⁵ Cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., p. 409.

Os impostos sobre produtos constituem outra categoria, incidindo sobre bens que indiciem a produção de emissões poluentes (entendidas em sentido amplo), nomeadamente quando se associam danos ambientais à produção, obtenção ou consumo de um produto e/ou à sua eliminação final ou das suas embalagens. Mais simples e fácil do que tributar bens intermédios ou produtos finais é fazer incidir o tributo sobre as matérias-primas, os combustíveis ou os resíduos, traduzindo-se a base tributável numa proporção do custo de fabrico ou do preço de venda do produto, proporção essa que deverá reflectir a dimensão poluente que o produto integra. A ideia de incentivo é também aqui clara, uma vez que tanto os produtores como os consumidores serão encorajados a reduzir a produção e o consumo de bens com impactes ambientais negativos e a direccionarem as suas escolhas para produtos mais “amigos” do ambiente.

Finalmente, temos a categoria dos *impostos sobre a extracção de recursos naturais*, que visam incentivar os agentes económicos a não extraírem os recursos naturais como verdadeiros “predadores”, fazendo-o antes de forma mais moderada e ambientalmente sustentável, para não colocar em crise a capacidade de regeneração de tais recursos.

Uma última nota é devida sobre a valoração muito positiva que a doutrina faz da utilização de instrumentos tributários, em especial do imposto ambiental ou ecológico, no contexto da gama diversificada de instrumentos de orientação indirecta do comportamento e, mais especificamente, dos instrumentos económicos de tutela ambiental¹⁶⁵⁶.

6.3.4. A informação ambiental

Uma nota comum a muitas das abordagens e estratégias criadoras e inovativas de tutela ambiental passa pela revelação e partilha de informação ou, pelo menos, pressupõe para a sua execução a utilização de muitos meios que assentam na informação, pois só é possível garantir um ambiente de participação, cooperação, confiança e vontade de acção conjunta e uma cada vez mais reclamada cultura de transparência se os canais de comunicação entre os diversos intervenientes estiverem perfeitamente abertos¹⁶⁵⁷. O modelo de

¹⁶⁵⁶ Neste sentido, cfr. CLÁUDIA SOARES, *O Imposto Ecológico...*, cit., *passim*, especialmente p. 615. A Autora salienta, em particular, a *eficiência* e *democraticidade* que envolvem os instrumentos económicos, surgindo os fiscais, de “entre os mecanismos de incentivo, como *especialmente apetecíveis*” (itálico nosso), o que aponta para a “sua utilização com preferência sobre o uso de mecanismos de comando e controlo e sobre a concessão de subsídios”. Na linha desta valoração positiva, Cláudia Soares apresenta, no final do seu trabalho (pp. 619-623), alguns “casos de sucesso” na aferição da eficácia dos impostos ambientais: a tributação da energia, na Dinamarca, introduzida em 1977, que reduziu o consumo energético das famílias em 45 %; o imposto sueco sobre o sulfúreo (1991), com o qual se obteve uma diminuição da presença deste elemento nos óleos para automóveis em 40 % para além do limite fixado na lei; o imposto sobre o dióxido de carbono (Noruega, 1991), que determinou a diminuição em 21 % das emissões; a diferenciação fiscal entre gasolina com e sem chumbo foi também responsável pela conquista de quota de mercado pela segunda; o imposto italiano sobre sacos de plástico; no sector agrícola, os tributos ecológicos mais eficazes parecem ser os que incidem sobre os pesticidas e os fertilizantes.

Apesar desta avaliação francamente positiva, Cláudia Soares não deixa de reconhecer (conforme é bem sintetizado a p. 616 da obra citada) que os tributos ecológicos — e, em geral, os instrumentos económicos — são *soluções acessórias* (a sua utilização exclusiva não é suficiente, requerendo-se um uso combinado de várias espécies de medidas), *parciais* (nenhum instrumento é apto a resolver todos os tipos de perturbação ambiental), *limitadas* (o grau da sua utilização é sempre relativo) e *subordinadas* (a sua adopção depende de uma decisão política).

¹⁶⁵⁷ Salientando o relevo da informação no trânsito das formas de acção imperativas para as cooperativas, no seio de uma ponderação de interesses *comunicativa* e *interactiva*, que passa pela criação de consensos e por uma

execução descentralizada que se tem vindo a impor, tanto no direito administrativo geral como no direito do ambiente, aponta para a necessidade de garantir fluxos constantes de informação entre os diversos sujeitos envolvidos. Aliás, um dos principais problemas que a doutrina alemã identifica, em geral, com as formas indirectas de orientação do comportamento tem a ver com o facto de elas serem extremamente exigentes em termos da informação requerida aos operadores que participem nos diversos programas ou sejam regulados por formas indirectas de orientação das condutas¹⁶⁵⁸.

A revelação e a partilha da informação tanto se relacionam com alguns dos pressupostos teóricos da nova abordagem do ambiente — em especial a teoria do *direito ambiental reflexivo*, no seio da qual tal revelação e partilha entre os diversos intervenientes constitui um eixo axiomático — como com uma série de expedientes usados na tutela e promoção do ambiente, em especial os sistemas de gestão ambiental (e uma das suas concretizações mais relevantes, a auditoria ambiental), da etiquetagem ecológica e de autorizações de emissão transaccionáveis, dependentes em absoluto de formas adequadas e eficientes de revelação e partilha de informação.

Da mesma forma, a informação é uma nota ínsita à afirmação de algumas das tendências evolutivas do direito administrativo e do direito do ambiente, como acontece com a sua procedimentalização¹⁶⁵⁹. O mesmo se verifica no que se refere à relação muito próxima, salientada no Capítulo anterior, entre a noção de governança e o direito à informação, pois só cidadãos informados podem ser cidadãos activos e responsáveis, sendo também a informação um pressuposto das diversas formas de interacção entre o cidadão, o poder económico e as várias administrações que hoje em dia partilham o exercício “global” da função administrativa. As próprias ideias de regulação e das estruturas de regulação em rede só fazem sentido por serem articuladas com um novo ambiente de colaboração e de revelação e partilha da informação, sendo esta última um pressuposto indeclinável daquelas. Um dos novos papéis assumidos pelo Estado no seio da sua nova configuração e das suas tarefas renovadas é precisamente o do Estado que *informa* os seus cidadãos e, dessa forma, os orienta, incentiva, motiva, activa os seus interesses e coordena as suas acções com vista a uma protecção do ambiente mais eficiente e mais eficaz.

O direito administrativo da informação é um dos domínios do direito administrativo geral onde mais se faz sentir a sua relação sinérgica e dialéctica com o direito do ambiente enquanto seu principal sector de referência: o papel de protagonismo que o direito da informação hoje assume no direito administrativo geral¹⁶⁶⁰ foi em grande parte induzido pelo seu

maior garantia de aceitação por parte dos cidadãos, cfr. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen...”, cit., p. 435. Devendo também a este nível ser evidenciado, com WOLFGANG WEIB (cfr. “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung...”, cit., p. 1181 e seg., o relevo da informação e da sua disponibilização, tanto pela Administração Pública como pelos cidadãos, na efectivação de uma *responsabilidade partilhada* no seio do direito administrativo.

¹⁶⁵⁸ Por todos, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 281.

¹⁶⁵⁹ Para SCHMIDT-ABMANN um dos dois pressupostos mais importantes para o estabelecimento de um *direito ambiental centrado no procedimento* é a existência de uma *opinião pública informada*, informação que tanto pode ser transmitida ao longo da tramitação procedimental, como acontece na AIA, como independentemente dela, como na Directiva sobre informação ambiental: cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., pp. 295-297.

¹⁶⁶⁰ Como vimos (cfr. Parte II, Capítulo I, 2.3, nota 1156) alguma doutrina defende que o direito administrativo da informação constitui hoje a *coluna vertebral da reforma da teoria geral* do direito administrativo.

especial desenvolvimento no direito ambiental, o que conduz a que o *direito da informação ambiental* seja, ao mesmo tempo, um veículo condutor de novas regras e uma nova teleologia para o direito administrativo geral e o domínio por excelência para concretizar e pôr à prova novas regras e princípios do direito administrativo geral.

Como veremos no capítulo seguinte, uma das muitas especificidades da autorização ambiental “reinventada” é a que tem a ver com uma muito maior exigência ao requerente de fornecimento e disponibilização de informação: cada vez mais o requerente da autorização é o arquitecto do respectivo acto autorizativo e tal só é possível se ele fornecer informação credível, pormenorizada, técnica e cientificamente sustentada e se for garantida a manutenção de um fluxo contínuo de disponibilização de informação ao público e de intercâmbio com as autoridades competentes.

O novo ordenamento jurídico-público da informação e a necessidade de um direito da informação sistemático que regule tanto o direito a dispor e a receber informação como a protecção do segredo e que abarque tanto a dimensão jurídica individual como a vertente institucional tem uma especial razão de ser na arena ambiental.

O ordenamento jurídico-público da informação ambiental apresenta-se hoje como uma realidade vasta e complexa, entretecendo-se relações multipolares ou poligonais entre os diversos sujeitos que são titulares de posições jurídicas activas e passivas neste domínio: o Estado e, em particular, a Administração Pública, com importantes deveres de transparência e abertura e de recolha, tratamento, sistematização e disponibilização de informações, mas também com o direito de acesso e de recolha de informação junto de empresas e operadores; estes têm igualmente direito de acesso aos arquivos, registos e informações administrativas e importantíssimos deveres de transparência, tratamento, sistematização e disponibilização de informação, tanto à Administração como ao público em geral, constituindo cada vez mais a assunção de vastas e profundas obrigações de informação e comunicação uma forma de “compensar” a flexibilização e abrandamento das exigências e imposições típicas do anterior modelo de comando; os cidadãos têm sobretudo direitos de acesso à informação detida pelas autoridades e pelos operadores, sendo cada vez mais relevante, no seio da panóplia de instrumentos de mercado utilizados com finalidades de tutela ambiental, a sua face de consumidores; em face do dever de protecção do ambiente — constitucionalmente consagrado, entre nós — os cidadãos têm a obrigação de responder a todas as pretensões jurídico-públicas que lhe sejam dirigidas; os investidores potenciais têm interesse legítimo, quando não um verdadeiro direito subjectivo, no acesso à informação ambientalmente relevante; finalmente, as organizações não governamentais de ambiente têm importantes direitos de acesso e recolha de informações ambientais, sendo cada vez mais sujeitos com um papel muito activo na divulgação de tais informações¹⁶⁶¹. Deste quadro complexo de sujeitos envolvidos, activa e passivamente, na divulgação da informação ambiental, resulta mais claro aquilo a que nos pretendemos referir quando falamos na necessidade de estabelecer “fluxos de informação contínua” entre todos estes sujeitos.

¹⁶⁶¹ A Lei das ONGA (Lei n.º 35/98, de 18 de Julho) garante a estas organizações, em termos muito latos, no seu art. 5.º, o *direito de consulta e informação* junto dos órgãos da Administração Pública sobre documentos ou decisões administrativas com incidência no ambiente, consulta essa que é gratuita e de certa forma funcionalizada ao exercício dos seus direitos de participação e de representação, regulados nos artigos 6.º e 7.º da mesma lei, respectivamente.

No que especificamente respeita à componente administrativa de realização do direito à informação, tem-se assistido, tanto no seio do direito europeu como nos ordenamentos nacionais, à constituição de múltiplos organismos com competências no domínio da informação ambiental, por forma a assegurar o fluxo contínuo de informações e a efectiva realização do direito à informação ambiental.

A concepção mais ampla do direito da informação ambiental reflecte-se também na sua dimensão simultaneamente negativa (direito de defesa) e positiva (vertente pró-activa e obrigação de prestação estadual)¹⁶⁶². Notando-se que a assunção destas obrigações de prestação informativa assumidas pelo Estado não é, de forma alguma, “inocente”, uma vez que se pretende, desta forma, facilitar e incentivar um comportamento responsável, em termos ambientais, por parte dos cidadãos, configurando-se o direito à informação ambiental como um *instrumento de colaboração informativa em benefício da comunidade*¹⁶⁶³.

Compreende-se e justifica-se, assim, a real dimensão da informação como um *expediente regulatório alternativo* ou, pelo menos, *complementar* dos tradicionais mecanismos de imposição do modelo de comando e controlo, no sentido de uma actuação mais indirecta, cooperativa e flexível¹⁶⁶⁴. O sublinhar dos méritos e das possibilidades da auto-regulação no campo ambiental tem de passar, em larga medida, por um auto-controlo e auto-policiamento dos operadores, o que só é possível com base em sistemas de informação eficazes disponibilizados pelos próprios regulados: a auto-regulação e a maior flexibilidade, eficiência e dinamismo da regulação exigem e pressupõem partilha da informação, levando a actual configuração dinâmica e duradoura das obrigações dos operadores de instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais a estender-se às obrigações de informação e comunicação, já que as informações têm de ser recolhidas, tratadas, disponibilizadas e prestadas de forma contínua e permanente.

No seio de um direito ambiental mais flexível, incentivador, dinâmico e de uma preferência por formas mais indirectas e matizadas de orientação das condutas no sentido da protecção e promoção do ambiente, a regulação através da informação revela diversas vantagens, tanto em termos estratégicos como por motivos financeiros ou de eficiência económica e por razões democráticas, ao pressupor uma administração mais aberta, participada, motivada para o diálogo e para a busca do consenso, reforçando um clima de confiança recíproca, de sensibilização dos operadores e de implicação dos diversos parceiros sócio-económicos. Ao prestarem informações e “contas” sobre o seu desempenho ou performance ambiental as empresas responsabilizam-se, sendo também uma forma de

¹⁶⁶² Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 236 e seg. — salientando que se devem valorar os efeitos positivos das novas técnicas de informação, uma vez que esta joga um papel central como objecto de prestação ou procura estatal e defendendo, em conformidade, uma concepção ampla do *direito da informação* que torne possível o cumprimento ordenado das tarefas que incumbem ao Estado neste âmbito.

¹⁶⁶³ Cfr. RAINER PITSCHAS, “El Derecho Administrativo de la Información...”, cit., p. 252.

¹⁶⁶⁴ Cfr. VEERLE HEYVAERT, “Access to information in a deregulated environment”, in: UTE COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union...*, cit., pp. 55-74 (especialmente pp. 57-59). Ao longo do artigo o Autor defende a ideia segundo a qual um sistema de acesso à informação ambiental desenvolvido, onde estejam asseguradas maiores transparência e disponibilidade de informação ambiental, pode constituir um instrumento indispensável de apoio às políticas desreguladoras e de correcção de algumas deficiências da desregulação na área do ambiente.

evitar a aplicação das sanções¹⁶⁶⁵. Um dos principais valores ou objectivos que atravessam todo o movimento de renovação do direito ambiental, que temos vindo a tratar ao longo do Capítulo — o da *eficiência* — reflecte-se igualmente a este nível, levando a que se fale na *eficiência informativa* ou *informacional* como uma das dimensões do princípio da eficiência¹⁶⁶⁶. Sendo relevante aludir, neste ponto, ao facto de o controlo exercido através do fornecimento e disponibilização da informação, por parte dos regulados, constituir um meio mais informal de fiscalização, por comparação com a necessidade da prática de actos de autoridade, reforçando o desiderato de uma actuação menos burocrática e mais informal da Administração Pública¹⁶⁶⁷.

Constituindo a questão ambiental um dos principais — senão o principal — riscos que a Humanidade hoje enfrenta e que legitimam o epíteto de sociedade do risco para aquela em que vivemos, importa também fazer uma referência à articulação entre o ordenamento da informação (em particular da ambiental) e o risco: na sociedade do risco um dos desafios fundamentais é a necessidade de estarmos sempre alertas e vigilantes, o que pressupõe uma informação o mais vasta, credível e actual possível e a sua disponibilização pelos organismos públicos e pelos operadores e investidores cujas decisões, práticas e actividades geram constantemente novos riscos ou incrementam e diversificam riscos já identificados.

Não surpreende, desta forma, que um dos *princípios gerais* relativos ao “direito do risco” decantados no âmbito do direito do ambiente seja, para além dos princípios da precaução, da prevenção e da vigilância, o *princípio da informação e da transparência* — em que “informação, transparência e participação do público constituem (...) um tríptico que muda o conteúdo do direito”¹⁶⁶⁸. O nome de Cass Sunstein é aqui incontornável, uma vez que o Autor tem-se debruçado com insistência e acutilância sobre o risco, salientando que o século XXI deverá mostrar, como temos vindo a ver, a transição de programas de comando e controlo para métodos de *redução do risco* constituindo a *revelação da informação* relacionada com o risco a estratégia mais interessante e produtiva a este nível¹⁶⁶⁹.

Um outro aspecto muito relevante em termos de informação ambiental é o que se reporta à sua *dimensão internacional*: desde a Cimeira da Terra de 1992 que os princípios da *informação* e da *transparência* ganharam foros de cidade no direito internacional do ambiente, ao plasmar-se no Princípio 10 da *Declaração do Rio Sobre Ambiente e Desen-*

¹⁶⁶⁵ Sobre estas vantagens ou ganhos do “reporting” ambiental, cfr. JULIEN GIRARD, “(Voici venu) de temps de rendre compte de ses performances environnementales...”, *RJE*, n.º 4/2003, pp. 417-430. Em sentido próximo, salientando a *eficiência económica* e as *razões democráticas* como os dois grandes tipos de razões que justificam que se assegure uma maior divulgação da informação relativa ao *risco*, cfr. CASS R. SUNSTEIN, “Tools”, in: CASS R. SUNSTEIN, *Risk and Reason...*, cit., pp. 251-288 (pp. 254-269).

¹⁶⁶⁶ Cfr. HOFFMANN-RIEM, “Effizienz als Herausforderung...”, cit., p. 30.

¹⁶⁶⁷ Neste sentido, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 640-642.

¹⁶⁶⁸ Cfr. MARIE-ANGÈLE HERMITTE, “Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco — Uma análise de U. Beck”, in: MARCELO DIAS VARELLA, (Organ.), *Rede latino-americana — Européia sobre Governo dos Riscos — Governo dos Riscos*, Centro Universitário de Brasília, 2005, pp. 11-40 (pp. 26-31, p. 31).

¹⁶⁶⁹ Ela é uma das quatro estratégias alternativas propostas por Cass Sunstein (juntamente com as dos *incentivos económicos*, dos *contratos de redução do risco* e do *ambientalismo de mercado livre*) para uma mudança de larga escala no direito de ordenação do risco com benefícios regulatórios e custos mais baixos: cfr. CASS R. SUNSTEIN, “Tools”, cit., p. 251 e 264 e segs.; e “Afterword: On Consequences and Technocrats”, in: CASS R. SUNSTEIN, *Risk and Reason...*, cit., pp. 289-295 (p. 291).

volvimento que “As questões ambientais são mais eficazmente tratadas com a *participação* (...) de todos os cidadãos implicados”, devendo todos os indivíduos, ao nível nacional, “ter *acesso adequado à informação* relativa ao ambiente detida pelas autoridades” e os Estados “facilitar e incentivar a consciencialização e a participação do público, *disponibilizando amplamente a informação*” (itálicos nossos). Em face da indelével dimensão global da questão ambiental e da projecção internacional de diversos sistemas de gestão ambiental, com destaque para o EMAS europeu e para as normas ISO, a internacionalização da informação ambiental é hoje uma realidade.

Como tal, é forçoso aludirmos à Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, normalmente conhecida por “Convenção de Aarhus”, a qual foi adoptada na cidade dinamarquesa com o mesmo nome, em 25 de Junho de 1998, no âmbito da UNECE (“United Nations Economic Commission for Europe”), tendo entrado em vigor em 30 de Outubro de 2001, após a sua ratificação por 16 Estados-membros da UNECE e pela própria Comunidade Europeia¹⁶⁷⁰. Tem três objectivos fundamentais: o acesso à informação, a garantia da participação do público e o acesso à justiça, em qualquer dos casos no que respeita à matéria ambiental¹⁶⁷¹. Tem grande relevo no que respeita à cooperação entre cidadãos e administrações, na medida em que procura garantir o envolvimento de todos os cidadãos efectiva ou potencialmente interessados na protecção e promoção do ambiente, tendo já tido lugar diversas Conferências das Partes na Convenção e havendo alguns grupos de trabalho constituídos no seu seio, com destaque para o Registo Europeu de Emissões e Transferências Poluentes, designado pelo acrónimo PRTR (*Pollutant Release and Transfer Register*), na sequência do Protocolo adoptado na Conferência das Partes que teve lugar em 21 de Maio de 2003 em Kiev¹⁶⁷².

Do seu conteúdo destaca-se sobretudo a forma muito ampla como reconhece ao público direitos de informação e de participação (e, ainda, de acesso à justiça) e as correspectivas obrigações que impõe às Partes signatárias em sede de acesso à informação e à participação pública (e acesso à justiça), sendo um marco absolutamente decisivo na matéria ora sobre a nossa apreciação. De notar que, ao contrário do que normalmente acontece nas convenções internacionais, a Convenção de Aarhus não se destina a regular relações intergovernamen-

¹⁶⁷⁰ Posteriormente, deve mencionar-se a Decisão 2005/370/CE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 2005, relativa à celebração em nome da Comunidade Europeia da Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente.

Em Portugal, a Convenção de Aarhus foi aprovada para ratificação pela Assembleia da República pela Resolução n.º 11/2003, de 19 de Dezembro de 2002 (Diário da República, I Série-A, n.º 47, de 25 de Fevereiro de 2003) e ratificada pelo Decreto n.º 9/2003, do Presidente da República, de 25 de Fevereiro (publicada no mesmo número do Diário da República), estando em vigor desde 7 de Setembro de 2003.

¹⁶⁷¹ A doutrina reporta-se habitualmente aos “três pilares” da Convenção. Benjamin Dalle alude a estes “três pilares de boa governança ambiental” estabelecidos pela Convenção, salientando as fundações robustas destas matérias no direito administrativo norte-americano e o facto de a Convenção seguir uma lógica inserida no “corpo crescente” do direito administrativo global, que passa também pela aplicação e execução de normas globais pelas administrações nacionais: cfr. BENJAMIN DALLE, “Instruments of a Universal Toolbox or Gadgets of Domestic Administration? The Aarhus Convention and Global Governance”, *RTDP* 2008, Fascicolo n.º 1, pp. 1-40 (p. 2 e seg.).

¹⁶⁷² Na Quinta Conferência Ministerial do Ambiente para a Europa, que teve lugar em Kiev em 21 de Maio de 2003, tendo o Protocolo sido ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 87/2009, de 15 de Setembro.

tais, reportando-se directamente às relações entre os governos (administrações) nacionais e as suas empresas, organizações não governamentais e cidadãos.

A doutrina faz, em geral, uma avaliação muito positiva da Convenção, desde logo quando mostra que ela constitui um marco na mudança de concepção da regulação ambiental europeia sentida desde meados dos anos oitenta do século passado e caracterizada pelo acentuar da vertente procedimental do direito do ambiente, pelo aumento da influência do direito anglo-saxónico e escandinavo e pela transição de uma regulação de tipo "condicional" para uma regulação "final"¹⁶⁷³. Segundo outros autores, ela é uma excelente expressão do *direito ambiental moderno*, caracterizado em simultâneo por ser um direito *processual* (na medida em que a Convenção é expressão da "protecção ambiental através do processo" em que se envolvem actores não estaduais) e *transnacional* (porque se coloca fora dos centros de decisão administrativos estaduais), sendo uma das marcas da emergência do *direito administrativo transnacional*¹⁶⁷⁴. Daí que não surpreenda a conclusão de alguns, para quem a Convenção de Aarhus é "o texto legal internacional mais pormenorizado que fornece princípios de responsabilização robustos e compreensivos relativos à governança ambiental"¹⁶⁷⁵.

O quadro que temos vindo a tratar repercutiu-se por todas as ordens jurídicas que temos tido sob o nosso escrutínio, no caso das europeias muito por força da influência do direito europeu. Mas também para lá do Atlântico o relevo da informação e das técnicas respectivas como forma de regulação ambiental se fez sentir com grande pujança.

Começando pelos EUA, o clima de interesse pela partilha da informação ambiental nas relações entre reguladores, regulados e interessados (abrangendo representantes da comunidade, grupos ambientalistas e outros grupos de interesse), em especial na fase de "renovação" do direito ambiental, foi evidente. O que não invalida que as raízes para tal interesse se tenham de ir buscar ao próprio NEPA, a primeira lei ambiental norte-americana de larga escala: para além de, segundo alguns autores, o principal objectivo desta lei ser a compilação e divulgação, por parte dos poderes públicos, da máxima e mais rigorosa informação ambiental possível antes de se avançar com projectos com impactes ambientais significativos¹⁶⁷⁶, a previsão mais importante da lei, a exigência de uma declaração de impacte ambiental (*Environmental Impact Statement* — EIS) para todos os projectos federais, tem um grande teor informativo, já que estas declarações são concebidas como estratégias de revelação da informação¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷³ Cfr. WOLFGANG DURNER/RASSO LUDWIG, "Paradigmenwechsel in der europäischen Umweltrechtsetzung? Überlegungen zu Bedeutung und Grundstrukturen des Instruments der Maßnahmenplanung im neueren Umweltrecht der Gemeinschaft", *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 7, Juli 2008, pp. 457-467 (pp. 457-460), que indicam como uma das marcas desta fase a atribuição de direitos de informação, de participação e de acção judicial aos cidadãos, mencionando, para além de várias directivas comunitárias, a Convenção de Aarhus.

¹⁶⁷⁴ Cfr. ANDREAS FISCHER-LESCANO, "Transnationales Verwaltungsrecht", *JZ*, 63. Jahrgang, n.º 8/2008, pp. 373-383, p. 373 e seg.

¹⁶⁷⁵ Cfr. BENJAMIN DALLE, "Instruments of a Universal Toolbox...", cit., p. 5. Mais desenvolvimentos sobre a Convenção de Aarhus podem ser vistos num número da *Revue Juridique de l'Environnement* a ela integralmente dedicado, com diversos artigos doutrinários e documentos normativos: cfr. *RJE*, numéro spécial/1999.

¹⁶⁷⁶ Neste sentido, CASS SUNSTEIN, "Tools", cit., p. 257 e seg.

¹⁶⁷⁷ Cfr. RICHARD B. STEWART, "A New Generation...", cit., p. 140 e seg.

Ainda antes do extraordinário programa de reinvenção da regulação ambiental levado a cabo pela Administração Clinton/Gore são de mencionar dois importantes diplomas legais. Em primeiro lugar, o *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* (EPCRA), criado pelo Título III do *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA, de 1986), destinado no essencial a melhorar o acesso da comunidade à informação sobre perigos resultantes de produtos químicos, estabelecendo uma diversidade de obrigações de relato e informação às instalações que armazenam ou trabalham com determinados produtos químicos. Dentro do EPCRA destaca-se a instituição, por parte da EPA, de uma compilação ou inventário de substâncias tóxicas contidas em produtos ou libertadas aquando da sua produção — o *Toxic Release Inventory*, por alguns considerado “uma das histórias mais bem sucedidas em todo o direito ambiental”, em face das amplas reduções de emissões tóxicas que produziu, ainda para mais com uma boa relação custo-benefício¹⁶⁷⁸. Em segundo lugar, a publicação, no ano de 1990, da *Pollution Prevention Act*, lei que atribui um papel muito destacado à informação, sendo também um passo decisivo para a execução de estratégias de prevenção da poluição como alternativa às estratégias de “fim de linha” até aí dominantes¹⁶⁷⁹.

Um dos vectores que estava subjacente à estratégia de reinvenção da regulação ambiental era o da acentuação das virtudes e méritos da revelação, fornecimento, acesso e partilha de informação, sendo uma nota comum a vários dos programas ensaiados, nomeadamente ao *Aiming for Excellence*¹⁶⁸⁰.

Finalmente, no poderoso programa de comércio de emissões erigido ao abrigo do Título IV do CAA de 1990 — ao qual retornaremos no próximo capítulo — qualquer fonte de poluição sujeita àquele Título IV que pretenda participar no programa das chuvas ácidas está obrigada a instalar um sistema contínuo de monitorização das emissões da cada uma das suas instalações, designado por *Continuous Emission Monitoring System* (CEMS), bem como à *comunicação trimestral dos dados* relativos às emissões a um sistema de registo (o *Emission Tracking System*). Estas obrigações exigiram da EPA a elaboração de uma base de dados para garantir a segurança das informações e o conhecimento integral e actual do número de autorizações de que cada unidade dispõe: o *Allowance Tracking System* (ATS) com a finalidade de permitir à EPA determinar o número de autorizações que cada unidade afectada possui, bem como o registo de todas as transacções e o estado de cada “conta” de autorizações. E, ainda, de uma base de dados com uma série de informações necessárias para a atribuição de autorizações — a *National Allowance Data Base* (NADB)¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁸ Cfr. CASS R. SUNSTEIN, “Tools”, cit., p. 252.

¹⁶⁷⁹ Como tivemos oportunidade de mostrar já, no nosso “Que Estratégia...”, cit., p. 320 — estribando-nos, antes de mais, em NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., pp. 141-143.

¹⁶⁸⁰ Sobre a importância das *estratégias de revelação da informação* no âmbito dos instrumentos de mercado ao serviço da regulação ambiental, cfr. TOM TIETENBERG, “Disclosure Strategies for Pollution Control”, in: THOMAS STERNER (ed.), *The Market and the Environment...*, cit., pp. 14-49. Estas estratégias têm, segundo o Autor (cfr. pp. 24-28), as funções de estabelecer mecanismos para descobrir e/ou revelar riscos ambientais, assegurar o carácter fidedigno da informação, garantir a publicização ou partilha da informação e permitir trabalhar ou actuar sobre a informação, mencionando como principais programas representativos, neste domínio (cfr. p. 29 e segs.), o *Toxic Release Inventory Program*, o *Programa 33/50*, a *Proposition 65*, a política de auditorias da EPA (*EPA Audit Policy*) e o *Green Electricity Pricing*, por intermédio do qual se pedia ao cliente que pagasse mais 15% do que o preço normal, assegurando a empresa a aquisição de fontes de energia renovável.

¹⁶⁸¹ Seguimos aqui o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 365-367. Neste local, assinalámos também que gran-

Também no Brasil, com uma legislação ambiental muito avançada desde muito cedo, os expedientes informativos não foram negligenciados: desde 1981 que a Lei sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 31 de Agosto de 1981) determina, no seu § 3.º, que “Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada”. Com base nesta disposição, a doutrina mostra como “o direito de informação é pedra basilar para o exercício de uma política do meio ambiente independente e atuante”, destacando que a exigência de a solicitação ser feita “por pessoa legitimamente interessada” não é muito limitadora, uma vez que o ambiente constitui património público que tem em vista o uso colectivo (nomeadamente com base no art. 5.º, LXXIII da Constituição Federal), permitindo a qualquer cidadão ser, em princípio, pessoa legitimamente interessada na qualidade do meio ambiente¹⁶⁸².

Assim, apesar da matéria da informação ambiental ter um alcance e um tratamento porventura mais desenvolvidos na Europa, como veremos já de seguida, um pouco por todo o mundo se tem chamado a atenção para os expedientes informativos em sede ambiental e para a necessidade de garantir aos cidadãos, entidades e associações interessadas o direito de acesso à informação ambiental¹⁶⁸³.

O tema assumiu enorme protagonismo no seio das políticas e regras desenvolvidas pelos órgãos da Comunidade Europeia ao serviço da tutela ambiental e, desde o início da década de noventa do século passado que é legítimo falar-se numa tentativa real de *regulação ambiental através da informação*. Tanto em termos jurídicos (por intermédio de actos legislativos), como políticos (com consagração nos programas de acção comunitários em matéria de ambiente) e organizatórios (através da criação de estruturas orgânicas com competências específicas nesta sede) a Comunidade Europeia pôs de pé uma relevante estrutura destinada a garantir o direito à informação ambiental e fluxos contínuos de informação entre autoridades europeias e nacionais, operadores de instalações potencialmente poluentes, consumidores, investidores e público em geral¹⁶⁸⁴.

de parte das inúmeras disposições de regulamentação emitidas pela EPA (muitas das quais através do *Acid Rain Advisory Committee*, que engloba representantes das empresas afectadas, vendedores de equipamento de controlo de emissões, grupos ambientalistas, comissões públicas estaduais, agências estaduais de controlo da poluição e organizações de trabalhadores) ao longo dos vários anos de funcionamento do Programa se referem a estas matérias.

¹⁶⁸² Cfr. LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 16.ª edição, 2008, pp. 184-186. O Autor salienta os méritos da referência legal à “pessoa”, pois tanto as pessoas físicas como as colectivas podem solicitar a informação, pondo também em evidência, neste âmbito, a Lei n.º 10.650, de 14.4.2003, reguladora do acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), prevendo que qualquer indivíduo tem acesso às informações ambientais, mediante requerimento, não tendo de provar qualquer interesse específico.

¹⁶⁸³ O que se verifica também, por exemplo, no Japão: como nos informa LARA FOWLER (cfr. “From Technical Fix to Regulatory Mix: Japan’s New Environmental Law”, *Pac. Rim L. & Pol’y J.*, vol. 12, n.º 2, March 2003, pp. 441-466) também aqui se verificou o trânsito de um modelo que confiava em leis que impunham exigências técnicas e tecnológicas (modelo com algum sucesso em diversos domínios, como o da poluição atmosférica) para um outro muito mais diversificado: desde a Lei de Avaliação de Impacte Ambiental de 1997 que o Japão diversificou bastante a sua política ambiental, notando-se a grande importância da garantia do acesso público à *informação* como forma de assegurar a *participação pública* nas decisões ambientalmente relevantes.

¹⁶⁸⁴ Não é por acaso que alguns autores se referem à atribuição aos cidadãos de direitos de informação (e par-

Depois de algumas tomadas de posição dos órgãos comunitários sobre a matéria, a informação ambiental assumiu grande importância no Quarto Programa de Acção em Matéria de Ambiente (1987-2010), nomeadamente no seu ponto 2.6¹⁶⁸⁵. O que não invalida, em todo o caso, que já antes disso se reconhecessem algumas virtualidades relevantes a estes expedientes em regras próprias de domínios específicos relacionados com a tutela ambiental: para além das obrigações de notificação que desde cedo foram plasmadas no regime das substâncias químicas perigosas¹⁶⁸⁶, salienta-se a Directiva 82/501/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1982, relativa aos riscos de acidentes graves de certas actividades industriais, conhecida por Directiva “Seveso I”, em face do acidente que esteve por detrás da sua elaboração. O acento tónico da Directiva é colocado na prevenção de acidentes graves; todavia, ela é antes de mais baseada em expedientes de informação e comunicação, como resulta logo do seu preâmbulo, onde se destaca a importância da “informação do pessoal que trabalha no local”, a necessidade de que os industriais responsáveis por “actividades industriais que envolvam ou possam envolver substâncias particularmente perigosas (...) apresentem às autoridades competentes uma notificação contendo informações relativas às substâncias em jogo, às instalações e às eventuais situações de acidente grave, a fim de reduzir os riscos de acidente grave e de se estabelecerem as medidas adequadas para lhes limitar as consequências”, bem como de informação das pessoas susceptíveis de virem a ser afectadas no exterior dos estabelecimentos industriais e o dever de o industrial informar imediatamente as autoridades em caso de ocorrência de acidentes graves, dever de informação que também incide sobre os Estados-membros perante a Comissão. As obrigações de informação e notificação, por parte dos operadores industriais, são sobretudo concretizadas nos artigos 4.º e 5.º, notando-se neste último a enorme extensão da obrigação de notificação dos industriais em face dos Estados-membros, tanto quanto às substâncias que utilizem, fabriquem, armazenem ou gerem, como em relação às instalações onde elas são utilizadas e, ainda, aos eventuais acidentes graves que ocorram, notificação esta que deve ser actualizada periodicamente.

ticipação) e às directivas sobre informação ambiental (Directiva 90/313/CEE, do Conselho, de 7 de Junho de 1990, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente) e de transposição da já citada Convenção de Aarhus (Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente e que revogou a Directiva antes citada) como alguns dos marcos que caracterizam uma segunda geração da regulação ambiental europeia: cfr. WOLFGANG DURNER/RASSO LUDWIG, “Paradigmenwechsel in der europäischen Umweltrechtsetzung?”, cit., p. 457.

¹⁶⁸⁵ Sobre alguns dados históricos relativos ao acesso à informação ambiental, cfr. VEERLE HEYVAERT, “Access to information...”, cit., pp. 55-74 (pp. 55-57). O Quarto Programa de Acção em Matéria de Ambiente pode ser visto em JO n.º C 70, de 18.3.1987, p. 3.

¹⁶⁸⁶ Como mostra GIOVANNI CORDINI (cfr. *Diritto Ambientale Comparato*, cit., pp. 263-274), a evolução da disciplina comunitária das substâncias químicas perigosas foi feita em torno de exigências de relato e divulgação de informação, como se vê de forma clara no Regulamento (CEE) n.º 793/93, do Conselho, de 23 de Março de 1993 relativo à avaliação e controlo dos riscos ambientais associados às substâncias existentes: logo na al. a) do seu art. 1.º se pode ler que ele se aplica “À recolha, difusão e acessibilidade das *informações* sobre as substâncias existentes”, contendo os seus normativos mais relevantes *obrigações de comunicação* que impendem sobre os fabricantes ou importadores (cfr. artigos 3.º e 4.º). Este Regulamento tem vindo a ser completado e desenvolvido, ao longo dos anos, por inúmeros diplomas normativos, concentrados prioritariamente na informação, comunicação e divulgação de dados relativos às listas de substâncias perigosas e outras matérias de teor informativo previstas naquele Regulamento 793/1993, incluindo a criação e organização no EINECS (Inventário Europeu das Substâncias Químicas Existentes no Mercado).

Em todo o caso, o grande marco evolutivo é constituído pela já mencionada Directiva 90/313/CEE, do Conselho, de 7 de Junho de 1990, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente, ao abrigo do Quarto Programa de Acção em Matéria de Ambiente. A Directiva em causa assegura, em termos muito amplos, a “liberdade de acesso e de divulgação das informações relativas ao ambiente¹⁶⁸⁷ na posse das autoridades públicas”, determinando a forma e as condições de disponibilização de tais informações (cfr. art. 1.º). Apesar de o requerente — qualquer pessoa singular ou colectiva que solicite as informações — não ter sequer de provar um interesse na questão (n.º 1 do art. 3.º), existem uma série de razões para o indeferimento da pretensão (n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito). O direito de acesso é alargado às informações relativas ao ambiente “na posse de organismos com responsabilidades públicas em matéria de ambiente e sob o controlo das autoridades públicas” (art. 6.º). Esta Directiva foi, mais tarde, revogada pela Directiva que transpõe a Convenção de Aarhus para o direito europeu (a já mencionada Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003), mantendo um escopo muito próximo da sua antecessora, embora indo mais longe, nomeadamente ao pretender garantir “a mais vasta disponibilização e divulgação sistemáticas junto do público de informação sobre o ambiente”, promovendo a utilização de tecnologias telemáticas e/ou electrónicas (cfr. al. b) do seu art. 1.º), garantindo o direito de acesso ao requerente sem necessidade de este justificar o seu interesse (art. 3.º, n.º 1), embora conservando um elenco porventura demasiado vasto de fundamentos para o indeferimento de um pedido de informação sobre ambiente (art. 4.º). Todavia, as obrigações na matéria das autoridades públicas e dos trabalhadores da Administração Pública são alargadas (n.º 5 do art. 3.º), bem como os deveres dos próprios Estados-membros quanto à organização da informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome e relativa ao seu âmbito e à sua actualização (de acordo com os artigos 7.º e 8.º).

Em termos de legislação sectorial do ambiente a “regulação pela informação” foi-se assumindo cada vez mais como uma marca do direito ambiental europeu, sendo nomeadamente de mencionar a directiva “Seveso II” (Directiva 96/82/CE, do Conselho, de 9 de Dezembro de 1996, relativa ao controlo dos perigos associados a acidentes graves que envolvem substâncias perigosas), na qual se continua a dar um relevo muito particular à transmissão de informações entre os operadores de instalações que caíam no âmbito de aplicação da Directiva, salientando-se as obrigações que impendem sobre tais operadores — nomeadamente *de notificação*, ao abrigo do art. 6.º, de apresentação de um relatório de segurança, com base no art. 9.º e de prestarem diversas informações em caso de acidente grave, nos termos do art. 14.º — e sobre os próprios Estados-membros — de informarem as pessoas susceptíveis de ser afectadas por um acidente grave, de acordo com o art. 13.º e de comunicarem os acidentes graves à Comissão, em face do art. 15.º. Ao que acresce as regras sobre *intercâmbio e sistema de informações*, contidas no art. 19.º, aplicáveis às relações

¹⁶⁸⁷ Definindo-se *informação relativa ao ambiente*, na al. a) do art. 2.º, como “qualquer informação disponível sob forma escrita, visual, oral ou de base de dados relativa ao estado das águas, do ar, do solo, da fauna, da flora, dos terrenos e dos espaços naturais, às actividades (incluindo as que provocam perturbações, tais como os ruídos) ou medidas que os afectem ou possam afectar negativamente e às actividades ou medidas destinadas a protegê-los, incluindo medidas administrativas e programas de gestão ambiental”.

entre os Estados-membros e a Comissão. Neste âmbito foram criados dois instrumentos: o SPIRS (*Seveso Plants Information Retrieval System*) e o MARS (*Major Accident Reporting System*)¹⁶⁸⁸.

No *Sexto Programa de Acção em Matéria de Ambiente* — com o título “Ambiente 2010 — o nosso futuro, a nossa escolha” e destinado a vigorar entre 2001 e 2012¹⁶⁸⁹ — é dado um grande protagonismo à informação, articulada com o objectivo central de melhorar a aplicação e o efectivo cumprimento da legislação ambiental europeia, aumentando as exigências das políticas públicas de informação e salientando a necessidade de facultar informações aos consumidores para que estes possam escolher produtos respeitadores do ambiente orientando, desta forma, o mercado. Depois de se assinalar logo no Considerando (15) como “Será importante para o êxito do programa que se preveja o acesso à informação em matéria de ambiente e à justiça, bem como a participação do público na definição das políticas”, prevê-se no n.º 3 do art. 2.º (“Princípios e finalidades gerais”) o “desenvolvimento de iniciativas europeias destinadas a consciencializar os cidadãos e as autoridades locais”, o “diálogo alargado com os interessados, promovendo a sensibilização do público para o ambiente e a sua participação” e, ainda, os “dados e informações sobre o estado e a evolução do ambiente”. Ao estabelecerem-se as “Abordagens estratégicas que visam atingir os objectivos ambientais” (art. 3.º) determina-se a necessidade de melhorar o intercâmbio de informações sobre as melhores práticas de execução, designadamente através da Rede Europeia para a Implementação e Execução da Legislação Ambiental (rede IMPEL), bem como de estabelecer mecanismos que promovam a transparência e o acesso à informação e, ainda, de “Contribuir para que os consumidores particulares, as empresas e os organismos públicos, enquanto compradores, sejam *mais bem informados das incidências ambientais dos processos e produtos*, a fim de se *alcançarem padrões de consumo sustentáveis*” (itálicos nossos). Bem como uma séria de medidas ao nível das políticas sectoriais e várias acções prioritárias, tudo com o apoio de relatórios periódicos da Agência Europeia do Ambiente e de outros órgãos competentes.

A revelação, transmissão e partilha de informação é também uma peça decisiva dos programas europeus relacionados com autorizações ambientais, nomeadamente dos regimes da PCIP e do comércio de emissões. Em relação ao primeiro assinala-se, como vimos já, a instituição de um sistema europeu de informação sobre a poluição industrial, hoje o PRTR, que cobre todas as emissões poluentes procedentes das actividades submetidas a autorização ambiental integrada, embora o seu âmbito de aplicação não se limite a elas¹⁶⁹⁰.

Em termos organizatórios, instituiu-se, em 1990, a Agência Europeia do Ambiente, a qual assumiu desde o seu início competências sobretudo ao nível da recolha, tratamento, sistematização e disponibilização de informação sobre o ambiente; e, no mesmo ano e por

¹⁶⁸⁸ Sobre estes instrumentos cfr. CHRISTIAN KIRCHSTEIGER, “Il rischio industriale nell’Unione europea”, *RGA*, Anno XV n.º 2, Marzo-Aprile 2000, pp. 227-248 (especialmente pp. 232-235 e 238-241).

¹⁶⁸⁹ Cfr. Decisão n.º 1600/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Julho de 2002, que estabelece o sexto programa comunitário de acção em matéria de ambiente. Cfr. também a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões. Originariamente o Programa destinava-se a vigorar até 2010, mas a sua vigência foi, entretanto, alargada até 2012.

¹⁶⁹⁰ Cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 361 e seg.

intermédio do mesmo diploma (o Regulamento (CEE) n.º 1210/90, do Conselho, de 7 de Maio de 1990), a Rede Europeia de Informação e de Observação (EIONET, acrónimo para *European Environment Information and Observation Network*). Apesar da instituição legal datar de 1990, elas só começaram a funcionar plenamente em 1994, estando a Agência aberta a países que não sejam Estados-membros da União Europeia e sendo ela que coordena a Rede referida. Como salienta Lozano Cutanda, a criação da Agência implicou o estabelecimento de um sistema europeu permanente de informação e observação do ambiente, uma vez que ela pretende proporcionar à União e aos Estados-membros informações objectivas, fiáveis e comparáveis à escala europeia, bem como o apoio técnico necessário para esse fim. A Rede Europeia que ela coordena, a EIONET, é uma rede telemática na qual se integram os principais centros e instituições nacionais de informação e observação ambiental, tendo vindo a promover uma informação pan-europeia, resultando do trabalho das duas entidades uma “regulação através da informação” ou “através de redes”¹⁶⁹¹. Desde a reorganização da Comissão Europeia levada a cabo em 1999 que existe uma Direcção-Geral do Ambiente (a “DG Ambiente”), actualmente composta por sete Directórios, para além do Gabinete do Director-Geral.

Devemos chamar aqui à colação as palavras de Schmidt-Aßmann, para quem o direito europeu do ambiente, para além da influência notabilíssima ao nível sectorial, tem vindo a criar os elementos essenciais de uma parte geral do direito do ambiente dos Estados membros, mencionando os temas do *acesso à informação* e das *auditorias ambientais* — para além dos regimes da AIA e da PCIP — como correspondendo “a um novo modelo em que os instrumentos chave se baseiam numa opinião pública informada e na ideia de auto-regulação, modelo este que parece ser chamado a substituir, pelo menos parcialmente, o conceito tradicional em que se articulou a competência estadual de controlo”¹⁶⁹². Indo ainda mais longe quando alude a uma tendência evolutiva geral do direito do ambiente, a da sua transformação num *ambicioso direito da informação*, impulsionada pelo direito europeu¹⁶⁹³.

O direito à informação ambiental e, em geral, os instrumentos informativos no direito do ambiente têm um alcance e uma profundidade porventura únicos no direito alemão, tanto no que se refere ao *comportamento informativo do Estado* (contando-se, entre o comportamento público de informação a disponibilização de estatísticas ambientais, obrigações de relato e o aconselhamento científico do Governo federal em questões ambientais, bem como a AIA¹⁶⁹⁴), como em relação ao *direito de acesso à informação ambiental dos cidadãos* e, ainda, às *informações a prestar pelas empresas*. A doutrina considera normalmente o cumprimento das obrigações de informação ambiental por parte das empresas um *instrumento* (de tutela ambiental) *de organização* (interna) *das empresas*, se bem que Kloepper tenha passado a autonomizar estes expedientes no contexto dos instrumentos do

¹⁶⁹¹ Cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., pp. 189-191.

¹⁶⁹² Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 67.

¹⁶⁹³ *Ob. cit.*, p. 117.

¹⁶⁹⁴ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 337-358. Sobre a extensão e a importância das diversas facetas do direito à informação ambiental germânico cfr., do mesmo MICHAEL KLOEPFER, “Umweltrecht als Informationsrecht”, *UPR*, 2/2005, pp. 41-49.

direito ambiental¹⁶⁹⁵. A sua importância é tal que o mesmo Kloepfer considera hoje que “o direito do ambiente é, numa parte considerável, um direito das informações relacionadas com o ambiente”¹⁶⁹⁶.

Também na Alemanha o direito europeu teve a responsabilidade de inovações legislativas importantes, que se iniciaram em 1994, com a publicação da lei de informação ambiental, dirigida à transposição da já múltiplas vezes citada Directiva 90/313/CEE, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente: a *Umweltinformationengesetz* (UIG) de 19.5.1994, que atribui a todos os cidadãos o direito de acesso à informação, se bem que seja restritiva quanto aos pressupostos de acesso, havendo até algumas restrições que levantavam a questão da sua eventual incompatibilidade com a finalidade da Directiva¹⁶⁹⁷.

Em 22.12.2004 foi publicada a nova UIG, que está em vigor desde 14.2.2005, com a qual se adoptou na Alemanha o “modelo das três colunas” da Convenção de Aarhus, com o que o direito de acesso à informação ambiental alcançou um ainda maior grau de reconhecimento¹⁶⁹⁸.

Posteriormente à publicação da UIG federal a doutrina germânica chamou a atenção para a necessidade de também os Estados federados emitirem disciplinas jurídicas reguladoras da matéria¹⁶⁹⁹, existindo hoje uma pluralidade de regimes a consagrarem o acesso à informação ambiental nos Estados federados alemães, a crescer ao federal. Ao passo que uma boa parte das leis estaduais remete quase tudo para a UIG federal, outras fazem uma regulação integral da matéria, havendo algumas especificidades dignas de nota ao nível das obrigações dos sujeitos privados, da protecção jurisdicional e das taxas pagas pelo acesso à informação¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁵ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 335-372.

¹⁶⁹⁶ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 336. Apoiando-se no § 12 da BNatSchG o mesmo Autor define (*ob. cit.*, p. 335) *informação ambiental* como a informação sobre o estado do ambiente e as suas modificações, as consequências de tais modificações, os efeitos sobre o ambiente e as suas consequências, bem como os efeitos das medidas de protecção ambiental.

¹⁶⁹⁷ Era essa a opinião de KLOEPFER na edição anterior do seu *Umweltrecht* (cfr. 2. Aufl., p. 279), onde assinalava também os altos custos para as empresas afectadas que a lei acarreta, salientando as vantagens da utilização de sistemas de gestão ambiental e da realização de auditorias ambientais a este nível, o que continua a fazer na edição mais recente da sua monumental obra: cfr. *Umweltrecht*, 3. Aufl., p. 372.

¹⁶⁹⁸ Expressamente neste sentido, cfr. HENNING SCHMIDT/THILO WÖRN, “Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Umweltinformationsgesetz in den Jahren 2007 und 2008”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 11, November 2009, pp. 770-773 (p. 771). Ao longo do artigo os Autores tratam algumas das principais questões suscitadas na jurisprudência alemã, nos anos de 2007 e 2008, em relação à aplicação desta UIG federal e também das leis específicas de alguns Estados federados alemães.

¹⁶⁹⁹ Cfr. ANTJE NÄCKEL/ANDREAS WASIELEWSKI, “Das neue Recht auf Zugang zu Umweltinformationen”, *DVBL*, Heft 21/2005, 1. November 2005, pp. 1351-1359. O artigo parte do exemplo do regime já publicado no Estado de Schleswig-Holstein abordando também alguns dos projectos já existentes noutros Estados, bem como a questão das relações entre as diversas leis de acesso à informação ambiental.

¹⁷⁰⁰ Sobre elas cfr. THOMAS SCHOMERUS/ULRIKE TOLKMITT, “Die Umweltinformationsgesetze der Länder im Vergleich”, *NVwZ*, 26. Jahrgang (2007), Heft 10, pp. 1119-1125. Os Autores apresentam um quadro com as leis estaduais de acesso à informação ambiental (cfr. p. 1125), informando-nos de cada uma delas e das especificidades que apresentam em relação à lei federal. De acordo com a sua opinião, teria sido preferível que uma só lei federal disciplinasse unitariamente a matéria, em vez das 17 leis que já existiam em Junho de 2007 (a federal e 16 estaduais).

Há ainda a registar o papel da informação em alguns ramos do direito especial do ambiente: para além da presença de diversas normas com interesse na principal lei ambiental especial, a BImSchG¹⁷⁰¹, o direito dos produtos químicos e a respectiva lei assumiam aqui um papel que não pode ser negligenciado. No que toca aos instrumentos da ChemG na sua versão anterior¹⁷⁰², esta lei não previa controlos autorizativos optando antes pelo caminho mais suave dos procedimentos de simples declaração, participação e comunicação e por avaliações de substâncias ou produtos e outros controlos. Os instrumentos desta lei concretizavam-se, antes de mais, nas obrigações que incidiam sobre os fabricantes e importadores destes produtos: declarações, apresentação de provas para controlo, deveres de colaboração e, em termos mais específicos, de embalagem, etiquetagem, sobre boas práticas de trabalho e laboração, etc. O seu princípio básico estava contido no § 4, onde se previa uma *obrigação de declaração* ou *registo de novos materiais*, que tem de ser acompanhada(o) por uma série de provas de controlo. Por esta razão, alguns apelidavam a lei dos produtos químicos alemã como uma “lei de extracção de informação relativa a substâncias”¹⁷⁰³. Naturalmente que todas estas declarações e participações não são um fim em si mesmo, destinando-se antes a informar a Administração de todos os factos e eventuais razões de suspeita para que ela possa fazer as avaliações que se mostrem necessárias, dependendo de tais avaliações a forma como vão ser classificados, embalados e etiquetados os produtos respectivos¹⁷⁰⁴.

Tomámos a Alemanha como modelo daquilo que se vai passando um pouco por toda a Europa em termos da regulação ambiental pela informação, da garantia de acesso à informação e de manutenção de fluxos contínuos de troca e disponibilização de informação entre Administração Pública, operadores, empresas, investidores, associações ambientalistas e cidadãos, sobretudo nas vestes de consumidores. Encontram-se normas e expedientes análogos, embora porventura não tão desenvolvidos e não escrutinados pela doutrina de forma tão rigorosa, em países como a Espanha, a Itália ou a França.

Na legislação espanhola destaca-se a Lei n.º 27/2006, que regula os direitos de acesso à informação, de participação pública e de acesso à justiça em matéria de ambiente, transpondo para a ordem interna as Directivas que incorporaram a Convenção de Aarhus no direito europeu. A Lei atribui em termos muito latos o *direito de acesso à informação ambiental* em poder das autoridades públicas ou de outros sujeitos (compreendendo os direitos previstos no art. 3.º, destacando-se o n.º 1 no que tange directamente ao *acesso à informação*), prevendo também uma série de *obrigações das autoridades públicas* relativas à informação ambiental (art. 5.º) e em matéria de *difusão da informação ambiental* (art. 6.º), assim como a exigência de elaboração e publicação pelo menos uma vez por ano, por parte

¹⁷⁰¹ Referimo-nos aos seus §§ 26 e segs., ao abrigo dos quais a Administração pode ordenar ao operador que permita às autoridades proceder a diversas medições de emissões e imissões produzidas pela instalação, bem como obter informações continuadas através de aparelhos de medição, podendo ainda o operador ser obrigado a realizar uma declaração ou justificação de emissões e ser ordenado o recurso a peritos para a realização de controlos de segurança. Sobre estas normas cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1299 e seg.

¹⁷⁰² Seguimos aqui, no essencial, as informações colhidas em SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 936 e segs.

¹⁷⁰³ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 936-954 (p. 936).

¹⁷⁰⁴ A situação foi de alguma forma mudada na última revisão da lei, uma vez que na sua versão vigente a ChemG dedica todo o seu Capítulo IIa (§§ 12a a 12j) à autorização de produtos (biocidas).

das administrações públicas, de um relatório de conjuntura sobre o estado do ambiente e um relatório mais completo, de quatro em quatro anos (art. 8.º)¹⁷⁰⁵.

Em termos organizatórios e dos instrumentos de apoio para execução das tarefas administrativas a este nível são ainda de mencionar a *Rede Nacional de Vigilancia y Prevención de la Contaminación Atmosférica* (RNVPCA) na qual se integram todas as estações que registam dados, incluindo as privadas e os centros de investigação, com vista à disponibilização da maior informação possível (podendo as Comunidades Autónomas criar as suas próprias redes de vigilância, em conexão com aquela), sendo com base nas informações recolhidas e tratadas por estas redes que se elaboram os mapas de vulnerabilidade e capacidade do território quanto às emissões¹⁷⁰⁶.

Em Itália, a consagração plena do direito à informação ambiental é valorada pela doutrina como uma das notas que permite identificar e caracterizar uma das fases de evolução do direito ambiental italiano: juntamente com outros elementos, o direito à informação ambiental e a utilização de uma série de instrumentos alternativos orientados para o mercado ou de carácter voluntário (contando-se entre estes últimos expedientes de raiz informativa, dirigidos para informar os consumidores ou para registar, avaliar e gerir emissões e outras poluições, como as etiquetas ecológicas ou as auditorias ecológicas) marca uma das fases do direito ambiental transalpino¹⁷⁰⁷.

Em termos de legislação, ao reconhecimento do direito à informação sobre o estado do ambiente a qualquer cidadão no art. 14.º da Lei que instituiu o Ministério do Ambiente (Lei n.º 349/1986, de 8 de Julho) e à aplicação da lei geral do procedimento administrativo e de direito de acesso aos documentos administrativos (d. lgs. 39/1997), acrescem os diplomas posteriores à Convenção de Aarhus e à Directiva 2003/4/CE: para além da ratificação daquela Convenção, por intermédio da Lei n.º 108/2001, de 16 de Março¹⁷⁰⁸, o Decreto Legislativo n.º 195/2005, de 19 de Agosto, de “Transposição da Directiva 2003/4/CE sobre acesso do público à informação ambiental” garante este direito de acesso e estabelece os seus termos, condições e modalidades de exercício, assegurando ainda, em nome da transparência, que

¹⁷⁰⁵ Informações mais desenvolvidas sobre esta lei podem ser vistas em JESÚS LÓPEZ-MEDEL BASCONES, “El derecho a la información medioambiental”, *REDA*, n.º 144 (Octubre — Diciembre 2009), pp. 667-678; e em L. CASADO CASADO, “El derecho de acceso a la información ambiental através de la jurisprudencia”, *RAP*, n.º 178 (enero/abril 2009), pp. 281-322. A análise jurisprudencial — tanto espanhola como europeia — levada a cabo neste artigo põe em evidência a escassez de decisões judiciais sobre o tema. Em todo o caso, apesar de ser sugerido que o direito à informação ambiental, não obstante a sua ampla consagração legal, não está dotado de garantias efectivas, nomeadamente devido à remissão genérica que a lei citada faz para o sistema geral de recursos administrativos e contencioso (o que legitima a conclusão da Autora de acordo com a qual “estamos perante um direito reconhecido em termos muito avançados e amplos, mas cuja garantia repousa sobre mecanismos de impugnação lentos e que não oferecem uma resposta adequada às necessidades colocadas”), a Autora regista a interpretação ampliadora do exercício do direito de acesso à informação ambiental que os tribunais têm levado a cabo. Também o protagonismo das associações ambientalistas nesta sede é sublinhado.

¹⁷⁰⁶ Cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 245.

¹⁷⁰⁷ Cfr. FRANCESCO FONDERICO, “La Tutela dell’Ambiente”, cit., p. 2016 e seg. — referimo-nos à terceira fase de evolução do direito ambiental italiano identificada pelo Autor, correspondente ao período cronológico entre 1986 e 1997.

¹⁷⁰⁸ Sobre a legislação italiana publicada até ao ano de 2004 no que se refere ao direito de acesso à informação ambiental, cfr. FEDERICA FRANZOSO, “Il diritto di accesso alle informazioni ambientali”, *RGA*, Anno XIX n.º 5, Settembre-Ottobre 2004, pp. 631-642.

a informação ambiental seja sistemática e progressivamente posta à disposição do público e difundida, através de meios de telecomunicação e instrumentos informáticos, promovendo em particular o uso de tecnologias informativas e de comunicação (cfr. o art. 1.º).

Uma das tarefas mais destacadas dos organismos públicos neste domínio, em particular do Ministério do Ambiente, é a de *monitorização* da qualidade do ar, realçando-se o papel do Serviço Informativo Nacional Ambiental (SINA, instituído pela Lei n.º 305/1989, de 28 de Agosto). Este sistema de monitorização tem três níveis, o nacional, o regional e o provincial, sendo ao último que compete assegurar a gestão técnico-operativa das redes públicas, a supervisão dos sistemas de levantamento e a avaliação higiénico-sanitária dos dados¹⁷⁰⁹.

Em França, por último, a importância da informação (e participação) dos cidadãos em questões ambientais e das obrigações assumidas pelas autoridades públicas neste domínio é também evidente. O Código do Ambiente, no seu livro primeiro (“disposições comuns”), dedica todo o Título II à “Informação e participação dos cidadãos”, com saliência para o papel da *Commission nationale du débat public*¹⁷¹⁰, bem como para o relevo dos inquéritos públicos relativos a operações susceptíveis de afectar o ambiente e, acima de tudo, para o *direito de acesso à informação relativa ao ambiente*, também ele garantido de forma muito ampla, em concordância com as directivas europeias sobre o tema e a Convenção de Aarhus. Daí que a doutrina francesa subsuma no catálogo dos princípios fundamentais do direito do ambiente o princípio da (direito à) informação e de participação dos administrados nas decisões em matéria ambiental¹⁷¹¹.

Portugal também não ficou — como nunca poderia ficar, designadamente em face das obrigações assumidas perante a União Europeia — imune a este movimento tendente à ampla consagração do direito à informação ambiental e à utilização da informação como um expediente regulatório de grande significado.

Logo na precursora Lei de Bases do Ambiente se dava grande destaque à informação, a diversos níveis: ao considerar-se instrumento da política do ambiente o “inventário dos recursos e de outras informações sobre o ambiente a nível nacional e regional” (al. l) do n.º 1 do art. 27.º); ao determinar-se, entre os objectivos e medidas necessários para garantir a existência de um ambiente propício à saúde e bem-estar das pessoas, o “estabelecimento de fluxos contínuos de informação entre os órgãos da Administração por ela responsáveis e os cidadãos a quem se dirige” (al. i) do art. 4.º). E, depois, ao nível das políticas sectoriais, fosse quanto ao ruído (na al. e) do art. 22.º, n.º 1, prevê-se que a luta contra o ruído se faz através “Da obrigação de os fabricantes de máquinas e electrodomésticos apresentarem informações detalhadas, homologadas, sobre o nível sonoro dos mesmos nas instruções de uso e facilitarem a execução das inspecções oficiais”); ou em relação aos compostos qui-

¹⁷⁰⁹ Cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 424 e seg.

¹⁷¹⁰ De notar que a Lei n.º 191/95, de 2 de Fevereiro, relativa ao procedimento de *debate público* é especificamente dedicada ao reforço da *protecção do ambiente*. A Lei n.º 276/2002, de 27 de Fevereiro, que modifica a Lei n.º 191/95, transformou a Comissão citada em texto numa *autoridade administrativa independente*: cfr. CHANTAL CANS/PHILIPPE BILLET, *Code de l'Environnement...*, cit., p. 24. Sobre a composição e funcionamento desta Comissão cfr. a mesma obra, p. 28 e seg.

¹⁷¹¹ Entre outros, cfr. INSEGUET-BRISSET, *Droit de l'environnement*, cit., p. 51 e segs.; e MICHEL PRIEUR, *Droit de l'Environnement*, cit., pp. 105-112.

nicos, prevendo-se a necessidade de o Governo emitir legislação sobre a “criação de um sistema de informação sobre as novas substâncias químicas, obrigando os industriais a actualizar e avaliar os riscos potenciais dos seus produtos antes da comercialização”.

Ao longo dos anos houve inúmera legislação, medidas e criação de entidades responsáveis pela informação ambiental. O PNPA, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, de 21 de Abril, chamou a atenção para três aspectos essenciais relativos às competências do Ministério do Ambiente: racionalização, expansão e *melhoria dos sistemas de informação ambiental*, por forma a fortalecer o suporte científico em que se apoia o exercício das actividades da Administração e a melhoria das interfaces com o público. Dando também grande saliência aos *mecanismos de participação da sociedade civil*, que pressupõem um sistema de informação ambiental abrangente e credível, para além do reforço dos mecanismos de participação na política de ambiente e da necessidade de abrir caminho a novas formas de participação¹⁷¹².

Depois de um período em que a informação ambiental estava regulada na lei geral de acesso aos documentos administrativos (hoje a Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que ressalva no n.º 1 do seu art. 1.º o disposto na legislação relativa ao acesso à informação em matéria de ambiente¹⁷¹³), desde 2006 que existe um diploma específico a regular o *acesso à informação sobre ambiente*: a Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro. Como pressuposto e forma de garantir a participação pública ambiental, ao nível individual e colectivo, a Lei assegura a informação ambiental dos cidadãos e associações em termos muito amplos (cfr., em particular, o n.º 1 do seu art. 6.º, nos termos do qual “As autoridades públicas estão obrigadas a disponibilizar ao requerente informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome, *sem que o requerente tenha de justificar o seu interesse*” — itálico nosso), prevendo uma série de deveres que incidem sobre as autoridades públicas para efectivar o direito de acesso à informação ambiental (disponibilizar ao público listas e registos de informação de ambiente, criar e manter instalações para consulta da informação, prestar apoio ao público no exercício do seu direito de acesso, entre muitos outros consagrados no art. 4.º¹⁷¹⁴), dando papel de notável importância ao recurso a tecnologias telemáticas e electrónicas para disponibilização da informação (cfr., entre outras normas, as contidas na al. c) do art. 2.º, no n.º 2 do art. 4.º, nos n.ºs 1 e 2 do art. 5.º e no n.º 3 do art. 10.º). Esta Lei teve a virtualidade de dotar o nosso ordenamento de expedientes actualizados às determinações do direito europeu e às regras convencionadas em Aarhus. A ela se junta muita legislação sectorial em termos de informação, registos, cadastros, monitorizações, etc. Como já foi visto, encontra-se ratificado por Portugal o Protocolo sobre Registos de Emissões e Transferências de Poluentes (PRTR, na sigla inglesa), o qual tem por objectivo melhorar o acesso do público à informação através do estabelecimento de registos

¹⁷¹² Neste sentido, cfr. FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *Direito do Ambiente*, cit., pp. 400-403.

¹⁷¹³ Lei esta que, todavia, continua a ser legislação de aplicação subsidiária no novo regime do direito de acesso à informação ambiental: cfr. o art. 18.º da Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que vai ser tratada a seguir no texto.

¹⁷¹⁴ Estas tarefas administrativas, no entender de CARLA AMADO GOMES, destinam-se a dar resposta à necessidade de promover a *cidadania ambiental*: cfr. “O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime — Breve notícia sobre a Lei 19/2006, de 12 de Junho”, *RMP*, Ano 28, n.º 109 (2007), pp. 5-21 (p. 13 e seg.).

de emissões e transferências de poluentes coerentes e integrados, por forma a facilitar a participação pública nas decisões ambientais, contribuindo para a prevenção e redução da poluição ambiental (cfr. o art. 1.º do Protocolo).

É ainda de notar que a Agência Portuguesa do Ambiente é responsável, entre nós, pela realização dos inventários nacionais de emissões de poluentes atmosféricos, em especial dos gases com efeito de estufa, muito importante ao nível do cumprimento das metas fixadas no Acordo de Partilha de Responsabilidades entre os Estados Membros (celebrado através da Decisão n.º 2002/358/CE, do Conselho, de 25 de Abril) e no Protocolo de Quioto, tendo neste âmbito sido criado o Sistema Nacional de Inventário de Emissões por Fontes e Remoção por Sumidouros de Poluentes Atmosféricos (o SNIERPA, instituído pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/2005, de 17 de Março¹⁷¹⁵). Ainda no âmbito das actividades da APA conta-se a responsabilidade pelo *Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável* (SIDS), cuja primeira edição formal foi publicada em 2000¹⁷¹⁶, tendo a própria APA assumido a responsabilidade pela segunda edição, datada de 2007¹⁷¹⁷.

Deixando o tratamento específico da questão ao nível da ordem jurídica portuguesa e voltando a conduzir a nossa análise em termos gerais, deve ainda notar-se que existe hoje uma panóplia de instrumentos jurídicos específicos de concretização das estratégias de regulação pela informação ao nível ambiental, para além da garantia em termos amplos do direito de acesso a tal informação. Foi isso que aconteceu, como deixámos sugerido atrás, com instrumentos como a avaliação de impacte ambiental — em particular a “declaração de impacte ambiental” norte-americana — considerada por muitos autores como um instrumento de informação, devido à importância que assume neste procedimento a participação pública¹⁷¹⁸.

Merece também referência uma série de deveres (em alguma medida “acessórios” da plena realização do direito à informação) de documentação, registo e relato que impendem sobre os operadores de instalações potencialmente poluentes: a necessidade de inscrever em registos administrativos pessoas físicas ou jurídicas, actividades desempenhadas, tipos de produtos produzidos, etc. Já os deveres documentais passam pela necessidade de possuir, manter e exhibir documentação determinada¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁵ De acordo com o ponto 2. da Resolução, o SNIERPA garante a elaboração do inventário nacional de emissões antropogénicas por fontes e remoção por sumidouros de poluentes atmosféricos (INERPA). Em face do ponto 1., ele inclui três instrumentos de carácter técnico: o Sistema de Controlo e Garantia de Qualidade (SCGQ); o Programa de Desenvolvimento Metodológico (PDM); e o Sistema Integrado para a Gestão Automatizada (SIGA).

¹⁷¹⁶ Cfr. DGA, *Proposta para Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável*, 2000.

¹⁷¹⁷ APA (MARGARIDA MARCELINO/MARIA DA GRAÇA ESPADA/REGINA VILÃO), *Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável — SIDS PORTUGAL*, Dezembro 2007.

¹⁷¹⁸ Expressamente neste sentido, cfr. KLOEPFER, o qual desenvolve a matéria da avaliação de impacte ambiental a propósito das “prestações informativas do Estado”, por sua vez inseridas nos “instrumentos informativos” (cfr. *Umweltrecht*, cit., pp. 340-358). No mesmo sentido, em relação ao direito norte-americano, cfr. RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 134-143.

¹⁷¹⁹ Sobre os deveres de registo e documentais, em geral, cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 642 e seg. Ainda em Espanha, cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, cit., pp. 263-267) que classifica, em geral, as formas e pressupostos de obtenção da informação em três grupos: o dos *deveres de identificação*, relativos à recolha de dados e ao dever de inscrição em registos públicos, tanto de alcance geral (registo comercial, de fundações, de associações, de partidos políticos, etc.) como de alcance sectorial (de entidades financeiras, desportivas, religiosas, etc.); os *deveres formais e documentais*, que obrigam os operadores a

Como veremos melhor no capítulo seguinte, uma alternativa ágil e relativamente eficaz que tem vindo a ser experimentada em relação a diversas actividades e instalações e tem também alguma aceitação na arena ambiental, apesar dos perigos potenciais que pode representar, é a da substituição de alguns controlos autorizativos por deveres de informação ou de comunicação — mais ou menos formalizada — à Administração do início de uma actividade, ficando esta com o poder de a proibir ou condicionar num determinado prazo. Esta substituição tem tido uma particular ressonância no direito alemão, com a subordinação de diversas actividades a *Anmeldung* ou a *Anzeige* e no direito italiano onde, desde 1990, se prevê no art. 19.º da Lei n.º 241/1990 a possibilidade de substituir uma série de actividades sujeitas a actos autorizativos por uma simples denúncia de início da actividade, ficando a Administração competente com o ónus de averiguar oficiosamente a verificação dos pressupostos e requisitos legalmente exigidos e determinar, se for o caso, a proibição de prossecução da actividade — isto é, em vez de exercer o tradicional poder preventivo permissivo, a Administração passa a exercer uma função de controlo sucessivo, no qual não lhe compete fazer qualquer ponderação discricionária¹⁷²⁰.

Também os *sistemas de gestão ambiental*, de que nos ocuparemos no ponto seguinte — assim como as suas diversas concretizações e expedientes, em particular as auditorias ambientais — passam pela revelação de informação e publicitação de processos, técnicas, instrumentos e formas de produção utilizadas, por forma a gerar publicidade positiva e a afastar publicidade negativa¹⁷²¹.

O mesmo se diga, por último, de instrumentos de mercado como a etiqueta ecológica, cuja razão de ser é a *informação* dada aos consumidores e a possibilidade de, em função da influência dessa informação nas escolhas dos consumidores, fomentar as escolhas por produtos ambientalmente amigos.

Em suma e em conclusão, a revelação da informação por parte dos operadores e da Administração Pública, a partilha entre eles e os outros operadores, os investidores e o público e o estabelecimento de fluxos contínuos de informação entre todos os sujeitos envolvidos na tutela ambiental tem-se revelado uma das estratégias de regulação mais fecundas do direito ambiental reinventado. Na feliz expressão de Cass Sunstein a informação é mais uma das “ferramentas inteligentes” utilizadas na nova geração do direito ambiental, justificando também a conclusão de acordo com a qual estamos perante uma das mais inequívocas histórias de sucesso do direito ambiental moderno¹⁷²².

fazer constar dados relativos à sua actividade em corpos documentais que devem formalizar e conservar e a que a Administração pode aceder; e, por último, os *deveres de comunicação*, impondo o dever de darem notícia à Administração sobre a ocorrência de determinados factos ou circunstâncias, que tanto podem ser alheios à pessoa sobre a qual pesa o dever de informar (p. ex. médicos) como respeitar à actividade da pessoa ou entidade (dever normalmente reforçado com o direito de inspecção da Administração).

¹⁷²⁰ Cfr. apenas, por ora e por todos, ELIO CASETTA, *Manuale...*, cit., pp. 455-460.

¹⁷²¹ Neste sentido, cfr. ERIC W. ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1311-1313. Também FRANS VAN DER WOERD (“Environmental Management Systems in the Netherlands: Towards the third generation of environmental licensing?”, in: UTE COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union...*, cit., pp. 198-211) salienta (cfr., em particular, p. 209 e seg.) o papel decisivo, no seio da regulação levada a cabo pelos sistemas de gestão ambiental, dos relatórios anuais das empresas baseados no planeamento e no *ciclo de informação* destes sistemas, estando os *fluxos de informação* no cerne destas novas formas de interacção.

¹⁷²² Cfr. CASS R. SUNSTEIN, “Afterword...”, cit., p. 258.

6.3.5. Sistemas de gestão ambiental

Dentro da mesma lógica que temos vindo a verificar ao longo deste capítulo — reacção do Estado na regulação da questão ambiental e activação das forças, das responsabilidades e das “competências” dos regulados, em especial no domínio empresarial, com o reforço da auto-regulação que reclama um papel mais positivo e pró-activo por parte dos operadores com vista a assegurar uma protecção ambiental efectiva e eficiente — é incontornável uma nota sobre os sistemas de gestão ambiental (doravante SGA) que, dos dois lados do Atlântico Norte, se têm assumido como uma forma de regulação ambiental por parte de operadores, empresas e seus responsáveis. Os SGA são instrumentos voluntariamente adoptados que constituem formas de auto-regulação e de auto-controlo, permitindo um melhor desempenho ambiental das organizações e operadores que os adoptam e reflectindo um papel do Estado simultaneamente *activador* (em função dos incentivos e vantagens que oferece aos operadores) e *de garantia* (por se exigir aos poderes públicos assegurar que o nível de tutela ambiental não é posto em causa com a flexibilização e abrandamento que a sua utilização pressupõe) — num ambiente geral de partilha de responsabilidades entre o sector público e o sector privado, que constitui uma marca genética do direito ambiental de segunda geração. Daí que os SGA contribuam inequivocamente para enriquecer uma regulação ambiental mais flexível e responsabilizante para os operadores e agentes económicos em geral¹⁷²³. A raiz procedimental destes sistemas é evidente o que leva a que se trate mais de processos e formas de trabalho, de controlo e de regulação do que do cumprimento de requisitos ou exigências substantivas, como era típico no modelo de comando e controlo.

Uma das primeiras aplicações práticas de sistemas de gestão ambiental verificou-se na Holanda onde, em 1989, foi instituído um programa de acção — o NEPP, acrónimo para *National Environmental Policy Plan*, no qual se incluiu um “livro branco” sobre SGA — para estimular a sua adopção numa base voluntária, no contexto de um movimento mais geral de desregulação e modificação dos procedimentos autorizativos. Este Programa foi muito bem sucedido pois, em 1992, 71 % das grandes empresas holandesas estavam já muito avançadas na execução de SGA¹⁷²⁴.

Um SGA — cujo objectivo central é, como se pode ver no Preâmbulo do Regulamento EMAS¹⁷²⁵, o de “promover a melhoria contínua do desempenho ambiental das organizações”, sem descuidar o cumprimento das disposições normativas aplicáveis — pode ser definido, nos termos do mesmo diploma, como “a componente do sistema global de gestão,

¹⁷²³ Cfr. NEIL GUNNINGHAM, “Environmental Management Systems...”, cit., p. 365 — o qual destaca a importância dos sistemas de gestão ambiental no âmbito das estratégias para regular as grandes empresas químicas, num caminho para uma mistura de regulação mais ampla (*ob. cit.*, p. 365 e segs.).

¹⁷²⁴ Sobre este Programa e os dados estatísticos que afluíram no texto, cfr. FRANS VAN DER WOERD, “Environmental Management Systems...”, cit., pp. 199-202. Segundo o Autor este programa de acção foi um precursor daqueles que são porventura os mais importantes sistemas de gestão ambiental numa escala global: o EMAS e as normas ISO 14.001 (cfr. p. 198).

¹⁷²⁵ Forma abreviada de designarmos o Regulamento (CE) n.º 1221/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativo à participação voluntária de organizações num *sistema comunitário de ecogestão e auditoria* (EMAS), que revoga o Regulamento (CE) n.º 761/2001 e as Decisões 2001/681/CE e 2006/193/CE da Comissão.

que inclui a estrutura organizacional, actividades de planeamento, responsabilidades, práticas, processos, procedimentos e recursos destinados a definir, aplicar, consolidar, rever e manter a política ambiental e a gerir os aspectos ambientais” (cfr. n.º 13 do art. 2.º). Ou, em termos não muito afastados, agora no plural, como “processos pelos quais a gestão de uma organização identifica aspectos e impactes ambientais do seu funcionamento, regulados e não regulados, avalia a performance actual e desenvolve objectivos e planos para alcançar melhorias ambientais significativas”¹⁷²⁶. Desta forma, os SGA facultam às empresas e outras organizações que os utilizem um enquadramento e uma estrutura que lhes permite identificar, avaliar e gerir os seus riscos ambientais, facultando-lhes a opção por uma abordagem sistemática e integrada da gestão ambiental, colocando aí as suas próprias políticas, objectivos, programas e metodologias de medição e de avaliação, o que justifica o sucesso que têm desde meados dos anos noventa do século XX, sendo adoptados por organismos nacionais, regionais e internacional¹⁷²⁷.

O papel da organização autora e responsável pelo SGA resulta de estarmos perante uma *fórmula de regulação primária* ou de *primeiro grau*: trata-se de uma actividade de auto-controlo ambiental desenvolvida por uma entidade, empresa ou instalação sobre si mesma, ainda que não se possa negligenciar a conformação pública desta forma de auto-regulação privada, uma vez que apesar de se tratar de estratégias desenvolvidas voluntariamente, os SGA acabam por vir a ser objecto de uma certa regulação pública, constituindo mais um fenómeno de “auto-regulação regulada”¹⁷²⁸.

Em face das múltiplas vantagens que apresentam, não é de estranhar o grande sucesso dos SGA numa escala global. A análise dos requisitos prévios necessários para a concessão de larga flexibilidade às grandes empresas, ao mesmo tempo que se melhoram os resultados económicos e a aceitação por parte da comunidade — objectivo que pode, em larga medida, ser atingido por intermédio da instituição de SGA — é simultaneamente reveladora das principais vantagens destes sistemas. De acordo com Neil Gunningham¹⁷²⁹ essas medidas ou requisitos passam pela medição dos resultados ambientais através de indicadores transparentes da performance (realçando-se a importância das estratégias de prevenção da poluição e de se obterem resultados superiores aos que seriam alcançados através do cumprimento estrito das exigências legais), pela possibilidade de supervisão por terceiros independentes, nomeadamente auditores, pelo reforço dos poderes da comunidade, em particular fortalecendo os mecanismos de participação, sem pôr totalmente de lado

¹⁷²⁶ É esta a definição válida para o direito norte-americano, de acordo com a proposta da EPA: cfr. KEITH PEZZOLI, “Environmental Management Systems (EMSs) and Regulatory Innovation”, *Cal. W. L. Rev.*, vol. 36, n.º 2, Spring 2000, pp. 335-365 (p. 336).

¹⁷²⁷ Cfr. NEIL GUNNINGHAM, “Environmental Management Systems...”, cit., p. 352.

¹⁷²⁸ Expressamente neste sentido, cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 136 e 141. As fórmulas de auto-regulação primárias ou de primeiro grau, referidas no texto, distinguem-se das *secundárias* ou de *segundo grau*, que se caracterizam pela intervenção de uma entidade externa, como os auditores ambientais externos ou as organizações privadas com funções de normalização e acreditação. Todavia, o Autor reconhece (cfr. p. 140 e seg.) que há segmentos da auto-regulação que se conectam com a regulação pública, dando novamente o exemplo dos SGA (e das auditorias ambientais), nos quais há uma primeira fase, passada na esfera privada e estritamente voluntária, à qual se segue uma segunda, em que os seus efeitos ganham relevo público, designadamente com a intervenção administrativa de registo e verificação.

¹⁷²⁹ Cfr. “Environmental Management Systems...”, cit., pp. 368-400.

o controlo público e a aplicação de sanções (no pressuposto de uma adequada repartição de funções e competências entre os diversos intervenientes) e, ainda, através da utilização de incentivos económicos, políticos e administrativos para a participação da indústria.

Para além do referido, as vantagens da adopção de SGA traduzem-se na melhoria da performance global das organizações, em virtude de uma mais adequada fixação das responsabilidades dos diversos trabalhadores e agentes envolvidos e da comunicação entre eles, da monitorização da performance, permitindo ultrapassar uma série de patologias organizativas determinantes de fracos resultados atingidos em termos de protecção ambiental¹⁷³⁰. É ainda de assinalar a redução do risco de conflitos e controvérsias eventualmente dirimidas em tribunal, bem como da possibilidade de responsabilização da empresa perante danos ambientais causados, para além das poupanças em recursos e em energia resultantes de um funcionamento mais eficiente da empresa. Todavia, serão as razões de publicidade e de reforço da posição de mercado da empresa e dos produtos que fabrica ou comercializa porventura as vantagens mais destacadas e que demonstram a inequívoca conformação dos SGA como instrumentos de mercado de protecção ambiental.

Os SGA revelam-se como mais uma peça decisiva do “puzzle” da desregulação, auto-regulação, privatização e da fuga para o mercado: sendo sistemas voluntários, são os incentivos de mercado que levam um cada vez maior número de organizações, em especial empresas privadas, a reconhecerem as vantagens de serem vistas pelos consumidores como “bons cidadãos ambientais”, justificando em última instância o seu sucesso¹⁷³¹. Sucesso que se faz sentir um pouco por todo o mundo, uma vez que depois da adopção precursora na Holanda, na respectiva lei de gestão ambiental, se seguiram textos legais com acolhimento paralelo: para além das ordens jurídicas que temos tido como referência, foi isso que se passou também, por exemplo, na Nova Zelândia, na Austrália, na Áustria, em Singapura e no Canadá¹⁷³².

Os programas que incentivam a aplicação de SGA por parte dos operadores privados assumem inequivocamente a promoção do interesse público, surgindo pelo menos em parte no lugar até então desempenhado por estratégias de regulação públicas: daí estarmos perante mais um meio de transferir a realização da política ambiental de organismos públicos para organizações privadas sendo uma das formas de “neo-regulação” ou “re-regulação” ensaiadas no direito do ambiente, formas estas que segundo Van der Woerd, podem abrir a “caixa negra” e estimular a execução pública do direito ambiental, em particular pela informação que disponibilizam e pelos fluxos de informação que se estabelecem entre reguladores e regulados¹⁷³³.

¹⁷³⁰ Cfr. NEIL GUNNINGHAM, “Environmental Management Systems...”, cit., p. 353.

¹⁷³¹ Cfr. PAULA C. MURRAY, “Inching Toward Environmental Regulatory Reform...”, cit., p. 40.

¹⁷³² Sobre estes diversos exemplos, desenvolvendo em particular as leis holandesa, neo-zelandesa e australiana, cfr. RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 158-164. Em relação ao Canadá é de notar que, em face da proximidade geográfica e, até certo ponto, político-cultural em relação aos EUA, foram formuladas propostas para a adopção de um esquema conjunto de auditoria ambiental: cfr. NANCY KUBASEK/M. NEIL BROWNE/KARA JENNINGS/CARRIE WILLIAMSON, “Mandatory Environmental Auditing: A Better Way to Secure Environmental Protection in the United States and Canada”, *J. Land Res. & Envtl. L.*, volume 18, n.º 2, 1998, pp. 261-292 (p. 291).

¹⁷³³ Cfr. FRANS VAN DER WOERD, “Environmental Management Systems...”, cit., p. 204 — Autor que não deixa de concluir, em todo o caso, tratar-se de um processo complicado e moroso e que a articulação entre os SGA e o

Como já tivemos ocasião de dizer¹⁷³⁴, a utilização dos SGA ultrapassou os limites dos grupos e empresas industriais, tendo-se alargado não só a outras empresas (por exemplo de serviços) e organizações não governamentais (como universidades) mas também a governos locais e municipais, às agências e outros organismos públicos. Nos EUA, na sequência de uma *Executive Order* do Presidente Clinton a tornar obrigatória a adopção destes sistemas pelas agências federais, a EPA emitiu, em Novembro de 2000, um plano de acção encorajando a sua utilização¹⁷³⁵.

Quanto à sua adopção por organismos públicos, destaca-se o papel da Agenda 21 para as autarquias locais ou “Agenda Local XXI”, a qual pretende levar a cabo estratégias de desenvolvimento sustentável, também com o recurso a SGA, resultando da Carta de Aalborg elaborada aquando da Convenção de Aalborg¹⁷³⁶. O Regulamento EMAS é bem sintomático da abrangência da aplicação dos SGA, uma vez que ele é “relativo à participação voluntária de *organizações* num sistema comunitário de ecogestão e auditoria...” (itálico nosso), estipulando-se no seu art. 1.º que o EMAS “permite a participação voluntária de *organizações* situadas dentro ou fora da Comunidade” e que o seu objectivo é o de “promover a melhoria contínua do desempenho ambiental das *organizações*” (itálicos nossos). A noção de “organização” é-nos dada pelo n.º 21 do art. 2.º: “uma sociedade, pessoa colectiva, empresa, autoridade ou instituição, situada dentro ou fora da Comunidade, ou parte ou uma combinação destas entidades, dotada ou não de personalidade jurídica, de direito público ou privado, com funções e administração próprias”.

Naturalmente que a adopção e execução de SGA não estão isentas de dificuldades, a menor das quais não é o elevadíssimo custo que pode representar para as empresas, bem como a grande complexidade de que se podem revestir, em especial devido à quantidade e diversidade de informações e dados que é necessário medir, compilar, tratar e registar e a constante mutação dos requisitos e critérios de monitorização e comunicação, que evoluem à medida que progridem as melhores técnicas disponíveis¹⁷³⁷. E, ainda, o perigo não despidendo de a informação disponibilizada pelas empresas às autoridades públicas poder redundar numa sua auto-incriminação. Reportando-se especificamente às auditorias — que, como veremos já de seguida, são porventura o mais relevante instrumento de execução de um SGA — Kloepper aludia aos seus “pontos críticos”¹⁷³⁸, entre os quais a colocação em perigo dos “segredos” da empresa e dos seus produtos e actividade o facto de se estabe-

movimento da desregulação não será a panaceia para todos os problemas ambientais e de execução das estratégias de promoção do ambiente (cfr. p. 209 e seg.).

¹⁷³⁴ Cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 340-342.

¹⁷³⁵ Intitulado “Action Plan for Promoting the Use of Environmental Management Systems 3 (2000)”. Sobre a *Executive Order* do Presidente Clinton (“Greening the Government Through Leadership in Environmental Management”) e o *Action Plan* da EPA, cfr. JOHN VOORHEES, “The Changing Environmental Management Scene: Federal Policy Impacts the Private and Public Sectors”, *Environmental Law Reporter*, volume XXXI, n.º 1, January 2001, pp. 10.079-10.101.

¹⁷³⁶ Sobre a “Agenda Local XXI”, cfr. *supra*, Parte I, Cap. II, 2.4.2. e 4.3.

¹⁷³⁷ Como já assinalámos em referência à realidade norte-americana (cfr. “Que Estratégia...”, cit., p. 340 e 369), no âmbito da aplicação do CAA — a qual tem conhecido enorme sucesso e uma dose elevada de aceitação pela comunidade regulada — as regulações sobre monitorização emitidas pela EPA são provavelmente as mais controversas de todas as promulgadas no contexto do programa das chuvas ácidas.

¹⁷³⁸ Cfr. *Umweltrecht*, 2. Aufl, cit., pp. 364-366.

lecer uma espécie de duplo controlo sobre a empresa, uma vez que a adopção de SGA não implica um afastamento total dos instrumentos de direito de ordenação. Sendo certo que esta situação, perspectivada nos seus termos opostos, pode implicar um efeito de exoneração tanto para a empresa como para os poderes públicos e, ainda, a possibilidade de haver uma *livre escolha dos consultores* encarregados de controlar a gestão ambiental levada a cabo, eventualmente conducente a uma tentativa de influenciar os peritos.

Quanto aos instrumentos para levar a cabo e concretizar os SGA adoptados pela organização, as *auditorias* assumem protagonismo inegável, não tanto aquelas com relevo meramente interno, isto é, ao nível do desempenho das funções internas da organização, mas sobretudo as auditorias externas, que atestam o desempenho e a performance ambiental das organizações perante o exterior¹⁷³⁹. O principal contributo das auditorias no contexto mais geral da adopção de SGAs ao nível das funções regulatórias tradicionalmente reservadas à Administração parece ser no domínio do *controlo*¹⁷⁴⁰, permitindo às organizações que as realizam a libertação, pelo menos parcial, de exigências típicas do direito de ordenação, isto é, do modelo de comando e controlo.

As raízes do instituto ora em apreciação devem ir buscar-se ao direito anglo-saxónico, sendo a sua introdução em larga escala nos países europeus uma decorrência da sua assunção pela Comunidade Europeia como um instrumento fundamental da nova geração do direito do ambiente.

Em face do seu particular protagonismo no direito ambiental norte-americano, pensamos justificar-se o recurso à noção proposta pela EPA para definir auditoria ambiental: “o controlo sistemático, documentado, periódico e objectivo, pelas entidades reguladas, do funcionamento e práticas da instalação relacionadas com o cumprimento de exigências ambientais”¹⁷⁴¹.

Da realização de auditorias ambientais por parte das organizações — em particular das organizações empresariais privadas — resultam diversas vantagens para os próprios regulados, para os reguladores e, ainda, para o público em geral¹⁷⁴²: entre as primeiras, podem citar-se a maior efectividade do sistema de gestão ambiental da empresa, com uma mais fácil e célere identificação das violações e a constituição de fóruns de troca de informação dentro da própria empresa; uma maior segurança de que as responsabilidades e danos potenciais resultantes de falhas de cumprimento são minimizados, em face da detecção oportuna dos problemas e/ou da resolução de problemas iminentes. Em relação às vantagens dos regula-

¹⁷³⁹ Sobre a diferença entre *auditorias externas* e *auditorias internas* cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., p. 39.

¹⁷⁴⁰ Neste sentido, cfr. HANS-HEINRICH TRUTE, “Vom Obrikeitsstaat zum Kooperation”, pp. 38-41, sublinhando também o seu papel ao nível da introdução de elementos cooperativos na abordagem vigente do direito ambiental.

¹⁷⁴¹ Cfr. NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., p. 22 — apresentando-nos igualmente os elementos necessários, ainda segundo a EPA, para o estabelecimento de um programa de auditoria ambiental bem sucedido. Em sentido próximo, também no direito norte-americano, cfr. a definição de *auditoria ambiental* proposta por KAREN HEYOB, “Ohio’s New Statutory Audit Privilege Promoting Environmental Performance or a Dirty Little Secrets Act?”, *Cap. U. L. Rev.*, volume 26, n.º 2, 1997, pp. 379-420 (p. 383): “processo através do qual a gestão da empresa realiza e reexamina avaliações periódicas dos aspectos ambientais das actividades da empresa (entidade regulada) relativamente a critérios de auditoria estabelecidos”.

¹⁷⁴² Cfr. KAREN HEYOB, “Ohio’s New Statutory Audit Privilege...”, cit., p. 385 e seg.

dores consegue-se uma utilização mais eficiente dos recursos públicos empregues na tutela ambiental, a qual constitui também uma vantagem para o público em geral (menor gasto dos dinheiros públicos) sendo todavia para este a vantagem porventura mais significativa a melhoria dos índices de tutela do ambiente. Como é evidente, há também uma série de riscos, assinalando a doutrina norte-americana sobretudo aqueles que podem resultar para as entidades reguladas: danos para a sua imagem pública; um controlo regulatório geral mais rigoroso; e o risco de um aumento das responsabilidades, em face da possibilidade de auto-incriminação resultante da extensa informação que tanto o público como a Administração obtêm e que esta pode utilizar em acções tendentes a obter o cumprimento¹⁷⁴³.

Nos EUA a ponderação entre as vantagens e os riscos pendeu, claramente, no sentido das primeiras, tendo a EPA instituído desde meados da década de oitenta uma série de políticas e práticas para incentivar o seu uso¹⁷⁴⁴. Em 1986 foi adoptada por esta Agência uma *declaração sobre a política de auditorias ambientais*¹⁷⁴⁵, a qual encorajava a adopção de “programas de auditoria ambiental para ajudar a assegurar a adequação dos sistemas internos a alcançar, manter e monitorizar o cumprimento” das normas ambientais, bem como a utilização de auditorias de gestão no sentido de avaliar os esforços para estabelecer “boas práticas de gestão ambiental”. Em 1993 foram emanadas uma série de directrizes de encorajamento da adopção de auditorias e de práticas de gestão ambiental — as *Environmental Sentencing Guidelines* — às quais se seguiu a promulgação, em 12 de Janeiro de 1994, conjuntamente pela EPA e pelo *Department of Justice*, de uma política relevante: a *Environmental Prosecution Policy*, que concedia benefícios às empresas que realizassem auditorias ambientais. Em Abril de 1995 foi emanada uma nova declaração, a “Voluntary Environmental Self-Policing and Self-Disclosing Interim Policy Statement”, na qual foram atribuídos incentivos suplementares para as empresas que adoptassem programas de auditoria ambiental, nomeadamente a propósito da disponibilização para não aplicar sanções pela violação de leis ambientais federais desde que fossem cumpridas uma série de condições. Uma das maiores dúvidas e questões mais discutidas tinha a ver com a extensão dos benefícios concedidos pelas autoridades públicas às empresas que realizassem estas auditorias, em particular o problema de saber se eles deveriam ou não ir ao ponto de conceder privilégios e imunidades, no sentido de não aplicar sanções em virtude do incumprimento de exigências legais¹⁷⁴⁶.

Com base nestes programas e nas diversas tentativas ensaiadas, a doutrina desenvolveu bastante os requisitos necessários para adoptar nas empresas a realização sistemática de auditorias ambientais. Entre os “elementos de um programa de auditoria ambiental bem sucedido”¹⁷⁴⁷ conta-se o apoio explícito por parte da administração da empresa e o compro-

¹⁷⁴³ Cfr. KAREN HEYOB, “Ohio’s New Statutory Audit Privilege...”, cit., p. 387.

¹⁷⁴⁴ A propósito das diversas políticas de auditorias ambientais instituídas pela EPA seguimos as informações colhidas em ERIC ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., p. 1275 e segs.

¹⁷⁴⁵ A “Environmental Auditing Policy Statement”: cfr. 51 Fed. Reg. 25,004 (1986).

¹⁷⁴⁶ Sobre o assunto, cfr. de novo KAREN HEYOB, “Ohio’s New Statutory Audit Privilege...”, cit., concluindo pela necessidade de ser publicada uma lei federal a consagrar essas imunidades, no sentido de encorajar o uso das auditorias e o conseqüente reforço do cumprimento das exigências ambientais (p. 419); e LISA KOVEN, “The Environmental Self-Audit Evidentiary Privilege”, *UCLA L. Rev.*, volume 45, n.º 4, April 1998, pp. 1167-1200.

¹⁷⁴⁷ Cfr. NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., p. 22.

misso de acompanhar os resultados obtidos; a realização das funções de auditoria de forma independente em relação às actividades auditadas; treino e assessoria adequada dos auditores; programa, objectivos, finalidade, recurso e frequência das auditorias explícitos; um procedimento de recolha, análise, interpretação e documentação da informação suficiente para atingir os objectivos da auditoria; procedimentos específicos para elaborar relatórios escritos creíveis, claros e adequados sobre as conclusões das auditorias, bem como acções correctivas e calendários de execução; realizar procedimentos de garantia da qualidade que controlem a exactidão e o rigor das auditorias.

Em relação ao direito alemão, a doutrina respectiva tem assinalado abundantemente o papel das auditorias ambientais como expressão de um controlo ambiental auto-responsável, reconhecendo todavia o carácter precursor da sua utilização nos EUA. Apesar do protagonismo do Regulamento comunitário EMAS nesta sede, desde 1993 que existe uma lei sobre o tema, dirigida à transposição daquele Regulamento: a *Umwelt Audit-Gesetz* (UAG), substancialmente alterada em 2002, para ser adaptada ao segundo Regulamento comunitário sobre o regime EMAS¹⁷⁴⁸. Também no direito germânico se discute a possibilidade de dispensar as empresas auditadas de exigências determinadas do direito de ordenação, assumindo papel preponderante os peritos e a consultadoria ambientais, em face das exigências de qualificação positivadas na UAG: exigência de confiança (§ 5), de independência (§ 6) e de competência (§ 7). Os requisitos para a autorização de organizações de peritos ambientais estão previstos no § 10 da UAG, existindo uma entidade competente para a acreditação e autorização de peritos ambientais: a "Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter" (DAU), com a tarefa central de acreditação dos peritos ambientais¹⁷⁴⁹.

As auditorias devem, nestes termos, ser acompanhados de processos de certificação e acreditação que, de alguma forma, vão validar os seus resultados e fomentar a sua credibilidade e reconhecimento público. Como sublinhou entre nós, em geral, Pedro Gonçalves, a propósito dos casos em que a lei confia aos particulares a responsabilidade pelo controlo ou fiscalização preventiva das suas próprias actuações — que considera reflexo de uma "autêntica privatização de tarefas de controlo, de fiscalização e de inspecção" — em muitos casos os particulares têm de se submeter a controlos efectuados por organismos externos, independentes e imparciais, os quais são oficialmente acreditados, reconhecidos

¹⁷⁴⁸ A Lei de 2002 é a "Umweltauditgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2002" (BGBl. I S. 3490), tendo sido alterada pela última vez através do art. 10.º da Lei de 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163). Sobre esta lei e uma diversidade de directivas e diplomas regulamentares a ter em conta, a este nível, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 386 e seg.; e MICHAEL LANGERFELDT, "Das novellierte Umweltauditgesetz", *NVwZ*, 21. Jahrgang (2002), Heft 10, pp. 1156-1164, que analisa com algum pormenor o conteúdo da lei (pp. 1158-1161), fazendo a avaliação da mesma (pp. 1161-1163), destacando as suas relações com o Regulamento EMAS e com as normas constitucionais pertinentes, em particular o Art. 12, n.º 1, consagrador da liberdade de exercício de uma profissão.

Uma análise sobre a relação da lei alemã, na sua versão anterior a 2002, e o Regulamento EMAS pode ser vista em M. TARRÉS VIVES, "Los sujetos privados en la gestión y auditoria medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana", *RAP*, n.º 145 (Enero-Abril 98), pp. 503-542.

¹⁷⁴⁹ Sobre esta matéria cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 391-395. A DAU exerce as suas actividades em aplicação directa do Regulamento EMAS, como resulta da descrição que faz das suas próprias responsabilidades: cfr. <http://www.dau-bonn-gmbh.de/index.htm>.

ou credenciados, falando-se aqui na "third party certification". Apesar da natureza privada da actividade prestada por estes organismos de controlo e de certificação eles actuam muitas vezes por *delegação pública*, desempenhando funções de controlo preventivo até aí assumidas pelo Estado¹⁷⁵⁰. Neste domínio, o mesmo Autor estuda o modelo comunitário de certificação da conformidade de produtos industriais com normas técnicas de segurança e com requisitos destinados a *preservar o ambiente* ou a saúde dos consumidores¹⁷⁵¹, no qual se promove a liberalização e privatização das actividades de *normalização* e de *certificação*, confiando ao Estado a função de *acreditação*: ao passo que a *certificação* é expressão da privatização, uma vez que passa pela verificação do cumprimento de normas técnicas por organismos privados de controlo e certificação acreditados pelo Estado, na *acreditação* regista-se a intervenção do Estado ou de uma entidade privada com funções públicas que reconhecem formalmente a competência de uma determinada entidade para exercer uma função específica, traduzindo-se na prática de um acto administrativo constitutivo de um estatuto. De tudo resultando a *passagem de um modelo de homologação pública para um modelo de certificação privada*. Como mostra Lozano Cutanda, no domínio ambiental a certificação vem ocupar, em boa medida, o lugar da tarefa pública de *homologação*: esta consiste na aprovação oficial de um produto, ou seja, na certificação por parte da própria Administração Pública de que as amostras de um produto cumprem os requisitos técnicos regulamentares, falando-se na certificação propriamente dita quando a actividade de controlo do cumprimento das normas técnicas por um produto, um serviço ou uma empresa não é realizada pela Administração mas por entidades ou agentes externos, sejam eles públicos ou privados, realçando-se que a *certificação voluntária* obrigatória proporciona à empresa a confiança junto de compradores, distribuidores ou profissionais, concedendo-lhes uma situação muito mais favorável no mercado¹⁷⁵².

Em suma, a realização de auditorias pelas próprias organizações, em especial por empresas privadas, bem como a atribuição de outras funções de controlo, vigilância, recolha e tratamento de informação aos próprios regulados — no fundo, a já falada *privatização das tarefas de controlo* que esta nova abordagem traz consigo — é complementada por um sistema complexo de validação, certificação e acreditação ambientais, no qual peritos e consultores desempenham funções relevantes, em mais uma nota de imbricamento entre o exercício da auto-regulação privada e o seu acompanhamento público. Sendo de realçar, também aqui, o papel de grande protagonismo do direito do ambiente no estabelecimento destes sistemas de certificação e acreditação, no qual constitui o sector de referência por excelência do direito administrativo geral. Na verdade, estas técnicas foram "importadas" do mundo empresarial onde eram sobretudo utilizadas para o controlo da qualidade e segurança industrial, sendo a sua colocação ao serviço de fins de tutela ambiental que mais protagonismo lhes trouxe.

De notar ainda o grande significado que a doutrina alemã dá à figura do *mandatário de protecção ambiental* ("Umweltbeauftragte"), também expressão do auto-controlo

¹⁷⁵⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 185-191.

¹⁷⁵¹ *Ob. ult. cit.*, pp. 191-200, onde são desenvolvidas as noções que vamos ver a seguir no texto, baseadas nesta fonte.

¹⁷⁵² Cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 439 e seg.

das empresas potencialmente poluidoras. De acordo com Knut Unger¹⁷⁵³ as funções destes mandatários são muito diversas, agrupando-se em três âmbitos: *de controlo* (órgão de autocontrolo da empresa), de *informação e relato* e desempenhando funções *de iniciativa* (desenvolvimento de produções e processos mais seguros e amigos do ambiente) — notando em particular o direito de relato (o *Vortragrecht*, hoje legalmente acolhido no § 57 da BImSchG, de acordo com o qual o operador tem de assegurar que o mandatário pode apresentar directamente à Administração da empresa as suas sugestões e preocupações) que o torna uma espécie de *consciência ambiental* da organização.

Para a doutrina germânica¹⁷⁵⁴ os mandatários de tutela ambiental são um *instrumento da organização interna das empresas*: trata-se de um caso qualificado da obrigação de autocontrolo, havendo diversas leis ambientais a prevê-los (com destaque para a BImSchG, que lhe dedica hoje os §§ 53 a 58 d, regulando as suas tarefas, as obrigações dos operadores perante eles, a sua posição no seio da empresa e o direito de relato, entre outras questões; também os §§ 21 a a 21 g — na nova versão da lei os §§ 64 a 66 — da WHG, os §§ 54 e 55 da KrW-/AbfG e os §§ 31 e segs. do StrlSchV¹⁷⁵⁵, entre outras). É muito importante notar que se trata exclusivamente de *funcionários da empresa*, a qual goza de liberdade na escolha da pessoa do mandatário, desde que cumpra os exigentes requisitos legais para o efeito, não tendo qualquer relação com o Estado ou qualquer outra entidade pública, bem como o facto de pelo menos em geral não assumirem responsabilidade civil ou penal pelos danos ambientais que a empresa cause. São sobretudo expressão do princípio da cooperação, pretendendo criar um novo tipo de cooperação.

Sem pretendermos alongar-nos demasiado nesta matéria cumpre ainda dizer que, ao lado dos mandatários de protecção ambiental do direito ambiental alemão, existe hoje uma plêiade de colaboradores e especialistas que desempenham funções nesta sede e que reforçam as responsabilidades de sujeitos privados no controlo e fiscalização do cumprimento das exigências ambientais por parte dos operadores e das instalações pelas quais são responsáveis. O consultor ou perito (privado) de protecção ambiental não pode ser reduzido a uma figura unitária, na medida em que são vários os seus campos de actividade e diversas as suas funções¹⁷⁵⁶: pode até notar-se aqui alguma contraditoriedade, na medida em que eles tanto se configuram como “auxiliares” da Administração, como mandatários das empresas; e tanto podem ser “ajudantes” do cumprimento como verificadores.

A verdade é que, qualquer que seja o seu estatuto, os peritos ambientais conferem uma garantia adicional de tutela do ambiente, especialmente num quadro de transferência de tarefas cada vez mais importantes para as mãos dos próprios regulados, muitas vezes empresas privadas, em última instância sempre interessadas no lucro. A garantia de uma certa independência em face dos interesses da empresa “verificada” é, sem dúvida, uma

¹⁷⁵³ Cfr. *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 30-34.

¹⁷⁵⁴ Por todos, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 375-380.

¹⁷⁵⁵ Sigla para *Strahlenschutzverordnung* (Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen).

¹⁷⁵⁶ Cfr. ARNO SCHERZBERG, “Der private Gutacher im Umweltschutz”, *NVwZ*, 25. Jahrgang (2006), Heft 4, pp. 377-385 — Autor que sublinha, de forma muito vincada, a assunção de um papel cada vez mais importante na execução do direito ambiental por parte destes peritos ou consultores.

nota de imparcialidade no exercício das suas tarefas, emergindo a figura do verificador independente como alguém encarregue da missão de examinar as políticas, os programas, sistemas de gestão, procedimentos de auditoria e declarações ambientais com o fim de verificar que as empresas ou operadores cumprem os requisitos previstos nas normas e de ratificar aquelas declarações¹⁷⁵⁷.

Neste âmbito destaca-se a figura do *verificador ambiental (acreditado)*, prevista no Regulamento EMAS e desenvolvida já em alguns direitos nacionais. Trata-se de uma entidade ou pessoa externa à empresa sujeita a verificação que vai confirmar se e em que medida a empresa que utiliza processos internos de controlo — nomeadamente SGA — cumpre ou não os requisitos previstos pelas normas aplicáveis, procedendo à validação de tais dados internos.

De acordo com o n.º 20 do art. 2.º do Regulamento EMAS, *verificador ambiental* é "Um organismo de avaliação da conformidade tal como definido no Regulamento (CE) n.º 765/2008, ou qualquer associação ou grupo de pessoas singulares ou colectivas que tenha obtido acreditação nos termos do presente regulamento; ou (...) Qualquer pessoa singular ou colectiva, associação ou grupo de pessoas singulares ou colectivas, que tenha obtido autorização para proceder a uma verificação e validação nos termos do presente regulamento". Já a actividade de *verificação* é precisada como "o processo de avaliação da conformidade executado por um verificador ambiental para demonstrar se o levantamento ambiental, a política ambiental, o sistema de gestão ambiental e a auditoria ambiental interna e respectiva aplicação de uma organização cumprem os requisitos do presente regulamento" (n.º 24 da mesma norma)¹⁷⁵⁸.

Este diploma normativo europeu dedica todo o seu Cap. V aos verificadores ambientais, definindo com grande densidade as suas *tarefas* (art. 18.º) que passam, em geral, pela realização da actividade de verificação tal como já ficou definida, para o que averigam o cumprimento pela organização que adoptou um SGA de uma série de requisitos, no sentido da melhoria contínua do seu desempenho ambiental. Um aspecto decisivo é o dos *requisitos aplicáveis aos verificadores ambientais* com vista à sua acreditação ou autorização por parte do organismo responsável (art. 20.º)¹⁷⁵⁹, os quais pretendem atestar a sua competência, experiência, capacidades técnicas, aperfeiçoamento profissional, independência, integridade, etc. É também disciplinada, nos artigos 23.º e 24.º, a importante questão da *supervisão* dos verificadores ambientais a qual compete, nos Estados-membros onde estão acreditados ou autorizados, aos organismos que concederam a acreditação ou autorização.

No exercício das actividades de verificação e de validação (cfr. art. 25.º) o verificador ambiental tem o dever de examinar todos os documentos, visitar a organização, efectuar

¹⁷⁵⁷ Expressamente neste sentido, cfr. DIONISIO F. G. SANCHEZ/PEDRO T. N. MORENO, "Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoria ambiental, analisis y régimen jurídico", *RDUMA*, n.º 155 (Julio-Agosto 97), pp. 999-1042 (p. 1030).

¹⁷⁵⁸ Sendo ainda relevante referir a noção de *validação* (n.º 25 do art. 2.º): "a confirmação pelo verificador ambiental que efectuou a verificação de que as informações e os dados contidos na declaração ambiental e na declaração ambiental actualizada de uma organização são fiáveis, credíveis e correctos e cumprem os requisitos do presente regulamento".

¹⁷⁵⁹ O art. 21.º estabelece requisitos adicionais aplicáveis aos verificadores ambientais que sejam pessoas singulares e exerçam actividades de verificação e validação a título individual e o art. 22.º os requisitos adicionais aplicáveis aos verificadores ambientais em exercício em países terceiros.

verificações no local e entrevistar o pessoal, após o que validará a declaração ambiental da organização, desde que seja confirmado o cumprimento dos requisitos previstos no Regulamento, redigindo e assinando uma declaração em conformidade.

No direito português, em face do disposto no Decreto-Lei n.º 142/2002, de 20 de Maio, que designa as entidades responsáveis pelo EMAS entre nós, é à APA que cabe a validação periódica da qualificação dos verificadores ambientais. A APA publica regularmente listagens dos verificadores qualificados dotados de um certificado de qualificação EMAS.

É significativo mencionar a inclusão de medidas de gestão ambiental nos regimes da AIA, isto é, a sua previsão como um instrumento ao serviço de uma adequada avaliação dos impactes ambientais dos projectos a ela sujeitos. Nos termos do regime nacional vigente da AIA (Decreto-Lei n.º 69/2000, alterado pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro, que procedeu à republicação integral do regime) as medidas de gestão ambiental relevam tanto ao nível do *Estudo de Impacte Ambiental* (de acordo com a al. i) do art. 2.º, o EIA deve conter “as medidas de gestão ambiental destinadas a evitar, minimizar ou compensar os impactes negativos esperados (...)”, como da *pós-avaliação* (em face do disposto na al. n) do mesmo preceito legal, trata-se de um processo conduzido após a emissão da DIA que tem também o objectivo de avaliar “a eficácia das medidas de gestão ambiental adoptadas, com o fim de evitar, minimizar ou compensar os efeitos negativos do projecto”).

Para terminar o estudo dos SGA falta-nos dedicar algumas linhas às suas concretizações paradigmáticas, a nível global: o EMAS do direito europeu e as normas ISO 14.001, provenientes da *International Organization for Standardization*.

O EMAS constitui, muito provavelmente, a mais bem sucedida tentativa geral de implementação de sistemas de gestão ambiental alguma vez tentada, o que é confirmado pelos assinaláveis méritos que a própria doutrina norte-americana, tantas vezes fechada sobre si mesma, lhe dedica. A sua fonte directa é constituída por regulamentos comunitários¹⁷⁶⁰ que, nalguns casos, são complementados por normas de direito interno. Apesar de este sistema estar legalmente conformado, a adesão ou participação no EMAS é voluntária, ou seja, não há qualquer obrigatoriedade jurídica de adesão ao EMAS por parte das organizações. Como se refere no Preâmbulo do Regulamento (considerando 2.) os compromissos voluntários são uma parte essencial da estratégia delineada no Sexto programa comunitário de acção em

¹⁷⁶⁰ O Regulamento (CEE) n.º 1836/93 do Conselho, de 29 de Junho de 1993 (permite a participação voluntária das empresas do sector industrial num sistema comunitário de ecogestão e auditoria) instituiu o chamado EMAS I; o Regulamento (CE) n.º 761/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Março de 2001 (permite a participação voluntária de organizações num sistema comunitário de ecogestão e auditoria (EMAS)) pôs em vigor o EMAS II; mais recentemente entrou em vigor o EMAS III, por intermédio do Regulamento (CE) n.º 1221/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, também ele relativo à participação voluntária de organizações num sistema comunitário de ecogestão e auditoria, revogando o Regulamento anteriormente vigente. Doravante, sempre que nos referirmos ao “Regulamento EMAS” sem qualquer indicação em contrário estará em causa o Regulamento vigente, citado em último lugar.

De acordo com ÁLVAREZ GARCÍA (cfr. “Normalización industrial...”, cit., p. 3725 e seg.) o EMAS, na sua versão originária terá ido buscar a sua principal inspiração às normas da série ISO 9000, consagradoras de um regime voluntário de *gestão e controlo da qualidade* das empresas industriais e que serviram muito tempo como referência para as relações contratuais entre produtores e clientes, em todo o mundo, apesar de destacar o maior alcance das normas ambientais por comparação com as normas de controlo da qualidade, já que estas afectam apenas uma organização e os seus clientes, ao passo que aquelas tocam as relações de uma organização com os seus vizinhos, animais, ecossistemas ambientais e, em última instância, com a própria Humanidade.

matéria de ambiente no sentido de reforçar a colaboração e as parcerias com as empresas para atingir os objectivos ambientais.

A *informação* ocupa neste SGA um papel de enorme protagonismo: o que está em causa é revelar, publicitar, demonstrar os procedimentos internos das organizações, em particular das empresas privadas, bem como as técnicas, processos, materiais e expedientes utilizados para desenvolverem a sua actividade de forma ambientalmente amiga, procurando desta forma obter o reconhecimento público dessa performance e, por essa via, vantagens de mercado junto de consumidores, investidores e potenciais colaboradores¹⁷⁶¹. O próprio Regulamento não deixa dúvidas a este propósito, mencionando logo no seu art. 1.º, o objectivo de promover a *comunicação de informações* sobre o desempenho ambiental e um *diálogo aberto com o público* e com outras partes interessadas.

Também por aqui se compreende a diferença fundamental que subjaz a este SGA, em comparação com os instrumentos de comando e controlo: ao passo que nestes as exigências de tutela ambiental passam, sobretudo, por requisitos substanciais ou substantivos, o EMAS é configurado como *direito ambiental procedimental* ou *processual*, uma vez que ele se foca nos processos e não nos requisitos substantivos. Como mostra Knut Unger, o EMAS centra-se mais no *processo de decisão* do que nos resultados da decisão, visando sobretudo melhorar os processos internos da empresa¹⁷⁶².

Uma enorme virtualidade do EMAS é a que resulta de ele ser — e convém lembrar que o EMAS data de 1993 — um instrumento de tutela de índole claramente multi-media (aplicável e tomando em conta os diversos componentes ambientais) e integrado o que, ao tempo, constituiu um prenúncio de mudança num direito do ambiente ainda em grande medida sectorial¹⁷⁶³.

O EMAS não assenta apenas na revelação e partilha da informação sobre o funcionamento interno da organização que o adoptou, mas também na tentativa de implementar no seu interior (em especial das instalações industriais potencialmente nocivas para o ambiente)

¹⁷⁶¹ Há diversos autores que atestam o papel central que a revelação e partilha da *informação* assumem no EMAS, considerando que ele, mais do que um instrumento de mercado ("market based"), é um instrumento baseado na revelação ou na informação ("disclosure-based" ou "information-based"): como vimos, é essa a opinião de ERIC W. ORTS, "Reflexive Environmental Law", cit., pp. 1311-1313. Também LOZANO CUTANDA alude à informação como a pedra angular de todo o sistema EMAS, em função da difusão da informação obtida através da declaração ambiental, sendo o *diálogo constante com o público* um dos objectivos do sistema: cfr. *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 453 e seg. A noção de *declaração ambiental* contida no Regulamento EMAS confirma esta compreensão das coisas: de acordo com o n.º 18 do art. 2.º ela é "a *informação completa ao público* e a outras partes interessadas" (itálico nosso) sobre uma série de elementos relativos à organização respectiva (suas estrutura e actividades, política ambiental e SGA, os seus impactes ambientais, a sua política, os seus objectivos e metas ambientais, o desempenho ambiental da organização em causa e a conformidade com as obrigações legais aplicáveis em matéria de ambiente).

¹⁷⁶² Cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., p. 56 e seg.

¹⁷⁶³ Ao caracterizar a história do direito ambiental alemão, GERHARD FELDHAUS autonomiza a fase do "direito ambiental estendido aos diversos componentes e integrado", iniciada na primeira parte da década de noventa do século passado e caracterizada por leis ambientais referidas aos diversos componentes ambientais. Todavia, salienta que na categoria das leis simultaneamente incidentes sobre os diversos componentes ambientais e integradas apenas se contavam a UVPG e o Regulamento comunitário EMAS: cfr. GERHARD FELDHAUS, "Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland", in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel — Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 15-43 (p. 40 e segs.).

processos de auto-reflexão, aprendizagem, treino, trabalho, colaboração e actuação mais favoráveis ao ambiente. É através dos procedimentos internos na empresa, da sensibilização e motivação dos trabalhadores e da utilização de produtos, técnicas, instrumentos e expedientes adequados que se pretende melhorar a performance ambiental global da organização.

Como aspecto porventura valorado de forma mais negativa pela doutrina deve mencionar-se o facto de ser um tipo de regulação referido ou específico do lugar ("site-specific"), o que reflecte, pelo menos em parte, uma concepção antiquada da actividade empresarial¹⁷⁶⁴. É de notar que esta característica se continua a verificar no novo EMAS III: a noção "local de actividade" (cfr. art. 2.º) releva ao longo do diploma, para efeitos e em termos diversos¹⁷⁶⁵.

De acordo com o art. 1.º do Regulamento o sistema "permite a participação voluntária de organizações situadas dentro ou fora da Comunidade", pelo que o âmbito geográfico do EMAS não se circunscreve aos Estados membros da UE, abrangendo todos os países do Espaço Económico Europeu¹⁷⁶⁶. As entidades que podem participar no sistema e beneficiar das respectivas prerrogativas podem ser qualquer *organização* que tenha o propósito de melhorar o seu comportamento ambiental global, conceito este que abrange "uma sociedade, pessoa colectiva, empresa, autoridade ou instituição, situada dentro ou fora da Comunidade, ou parte ou uma combinação destas entidades, dotada ou não de personalidade jurídica, de direito público ou privado, com funções e administração próprias" (n.º 21 do art. 2.º).

Em face do relevo que hoje o princípio da cooperação assume, tanto no direito administrativo geral como no direito do ambiente, deve haver uma cooperação e um complemento no desempenho de todas as competências e responsabilidades entre as organizações que adoptem um EMAS, as pessoas e entidades privadas participantes no procedimento (em particular os verificadores ambientais), as autoridades nacionais responsáveis pelo registo, acreditação e supervisão, os Estados-membros e a Comissão Europeia — a qual é assistida, no exercício das suas funções, por um Comité, conforme o previsto no art. 49.º do Regulamento EMAS. Será do esforço conjugado de todos estes intervenientes e, em última instância, da resposta dos consumidores e outros elementos do "público" à adopção destas técnicas que resultará o sucesso do sistema.

No que toca ao procedimento EMAS propriamente dito¹⁷⁶⁷, o seu primeiro degrau, nível ou fase ocorre na organização e em relação à própria organização — nos casos que

¹⁷⁶⁴ É essa a opinião de KNUT UNGER: cfr. *Reflexive Instrumente...*, cit., p. 36 e seg. Também ERIC W. ORTS ("Reflexive Environmental Law", cit., pp. 1296-1298) alude ao facto de se tratar de um processo "site-based" de gestão ambiental.

¹⁷⁶⁵ Nomeadamente para as verificações e validações a levar a cabo pelos verificadores ambientais (artigos 18.º, n.º 4 e 25.º, n.º 4), para a supervisão das organizações no local (art. 23.º, n.º 5) e, ainda, em termos do *relato ambiental*, uma vez que as organizações que solicitem o registo EMAS podem apresentar uma declaração ambiental que abranja várias localizações geográficas, salientando-se todavia no diploma (Anexo IV, E.) que "*O intuito primordial do EMAS é garantir uma responsabilização local*, pelo que as organizações devem assegurar que os impactes ambientais significativos de cada local de actividade sejam claramente identificados e referidos na declaração ambiental colectiva" (itálico nosso).

¹⁷⁶⁶ Neste sentido, cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 446.

¹⁷⁶⁷ Seguimos aqui, fundamentalmente, as obras de KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., pp. 388-392), de ESTEVE PARDO (*Derecho del medio ambiente*, cit., pp. 157-167) e de LOZANO CUTANDA (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., pp. 449-453). Todas elas se referem ao EMAS II, sendo efectuadas por nós as (escassas) modificações acolhidas no Regulamento EMAS III, ao qual pertencem todos os artigos a seguir referidos sem indicação em contrário.

temos em mente, uma instalação industrial — sendo a fase mais intensamente “reflexiva” de todo o procedimento. O primeiro aspecto desta fase é o *levantamento ambiental* definido pelo n.º 9 do art. 2.º como a “análise inicial exaustiva dos aspectos ambientais, impactes ambientais e desempenho ambiental relacionados com as actividades, produtos e serviços” da organização em causa. De acordo com a al. a) do art. 4.º esse levantamento reporta-se a *todos os aspectos ambientais da organização*, os quais estão definidos no anexo I e no ponto A.3.1 do anexo II.

Com base neste levantamento vai ser formulada a *política ambiental* da organização onde se determinam os objectivos gerais e os princípios de acção relativos ao ambiente. A política ambiental subjaz ao *sistema de gestão ambiental* que a organização vai erigir, constituindo “a componente do sistema global de gestão, que inclui a estrutura organizacional, actividades de planeamento, responsabilidades, práticas, processos, procedimentos e recursos destinados a definir, aplicar, consolidar, rever e manter a política ambiental e a gerir os aspectos ambientais” (n.º 13 do art. 2.º), cujo elemento nuclear é constituído pelo *programa (de gestão) ambiental*: “uma descrição das medidas, responsabilidades e meios adoptados ou programados para atingir objectivos e metas ambientais e os prazos para atingir esses objectivos e metas ambientais” (n.º 10 do mesmo preceito). A implantação efectiva do SGA pressupõe igualmente a atenção dada à formação específica do pessoal da organização, pois é necessário não apenas a sua habilitação mas também o seu compromisso com a política ambiental definida. De acordo com a Câmara da Indústria e do Comércio alemã¹⁷⁶⁸ um SGA constitui uma “organização da protecção ambiental da empresa a funcionar harmoniosamente”. A organização procede à *auditoria ambiental interna*, isto é, à “avaliação sistemática, documentada, periódica e objectiva do desempenho ambiental de uma organização, do sistema de gestão e dos processos destinados a proteger o ambiente” (n.º 6 do art. 2.º) — devendo ser estabelecido um programa de auditoria que garanta a sujeição periódica a auditoria ambiental interna a realizar por auditores competentes, com garantia de independência de todas as actividades realizadas na organização (art. 9.º).

Está assim implantado o SGA na organização em causa, a qual, com a realização das auditorias, começa a ganhar relevo externo na medida em que os auditores estão obrigados a elaborar um relatório de auditoria por escrito, no final de cada auditoria ou ciclo de auditorias, devendo comunicar à própria organização os resultados e conclusões a que chegaram (cfr. art. 9.º)¹⁷⁶⁹.

Os elementos até aqui analisados — isto é, o *levantamento ambiental*, a *política ambiental*, o *sistema de gestão ambiental*, a *auditoria ambiental interna* e a sua aplicação — vão constituir a base para a elaboração da *declaração ambiental* e para o trabalho de verificação a levar a cabo pelos verificadores. A *verificação* é definida como “o processo de avaliação da conformidade executado por um verificador ambiental para demonstrar se o *levantamento ambiental*, a *política ambiental*, o *sistema de gestão ambiental* e a *auditoria ambiental interna* e respectiva aplicação de uma organização cumprem os requisitos do

¹⁷⁶⁸ Cfr. INDUSTRIE UND HANDELSKAMMER BERLIN (Hg.), *EU-Umwelt-Audit-Wegweiser, Ratgeber für die betriebliche Praxis*, 1995, citada por KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 389 (nota 894).

¹⁷⁶⁹ De acordo com o n.º 6 do art. 25.º o relatório escrito a apresentar pelo verificador à organização sobre o resultado da verificação deve especificar uma série de elementos aí discriminados.

presente regulamento” (n.º 24 do art. 2.º; itálicos nossos). Nos termos do n.º 20 do art. 2.º o verificador ambiental tem de ser *acreditado* ou *autorizado* para proceder às tarefas de verificação e de validação.

O relatório apresentado pelo verificador à organização que está a implementar o SGA vai constituir uma peça chave para aquela redigir a *declaração ambiental* que constitui um elemento fundamental em termos de exteriorização do SGA e para o reconhecimento público da performance ambiental da empresa, se for esse o caso.

A declaração ambiental é um pressuposto incontornável do registo da organização no EMAS, constituindo “a informação completa ao público e a outras partes interessadas” sobre uma diversidade de aspectos, com realce para a política ambiental e o SGA da organização, os seus impactes ambientais, objectivos e metas ambientais e o desempenho ambiental da organização em conformidade com as obrigações legais aplicáveis (n.º 18 do art. 2.º). De acordo com o Anexo IV, esta declaração constitui a mais relevante peça de informação da organização.

Para ganhar eficácia pública, a declaração ambiental vai ser submetida a um processo de *validação*, ou seja, à “confirmação pelo verificador ambiental que efectuou a verificação de que as informações e os dados” nela contidos “são fiáveis, credíveis e correctos e cumprem os requisitos do presente regulamento” (n.º 25 do art. 2.º). Para o registo como organização EMAS só valem, naturalmente, as declarações ambientais validadas (cfr. al. b) do n.º 2 do art. 5.º), sendo elas que vão ser colocadas à disposição do público (n.º 3 do art. 6.º).

Como é bom de ver já estamos num grau, nível ou fase *externa* do EMAS, devendo-se considerar a actividade de verificação como materialmente administrativa: ainda que os verificadores sejam indivíduos ou organizações privadas, eles estão *administrativamente acreditados ou autorizados* para a realização destas actividades, as quais estão dirigidas à prossecução directa de um interesse público, concretamente o de garantir perante a comunidade, os cidadãos (em especial nas vestes de consumidores), os concorrentes, os investidores e as autoridades públicas que a declaração ambiental da organização e o SGA respectivo são fiáveis, credíveis e que estão preenchidos os requisitos para o reconhecimento público da organização.

O relevo externo é ainda mais evidente a propósito do *registo oficial* da organização: a previsão de um *sistema registral* permite reforçar o controlo do cumprimento da legislação ambiental, independentemente de ser uma entidade pública ou privada a fazer o registo na medida em que, neste segundo caso, a organização privada em causa está investida dos poderes públicos necessários para o efeito. Também nesta sede o Regulamento remete para os direitos nacionais, ao determinar que os pedidos de registo de organizações situadas num Estado-membro sejam apresentados no organismo competente desse Estado (art. 3.º, n.º 1). Para a formalização do pedido de registo é necessário apresentar a *declaração ambiental validada* em formato electrónico ou impresso (n.º 1 do art. 5.º). Após confirmar que o pedido de registo cumpre todas as exigências procedimentais, documentais, formais e que está devidamente verificado e validado, o organismo competente procede ao registo da organização, conforme o disposto no art. 13.º.

Começam assim a tornar-se claras as vantagens para as organizações da implementação de um EMAS: para além das medidas de assistência técnica disponibilizadas pelas

autoridades competentes, elas passam a constar do registo respectivo como participantes no EMAS e adquirem o direito a usar um emblema que atesta essa mesma participação — o logótipo EMAS que pretende ser “um instrumento atraente de comunicação e comercialização para as organizações, que aumente a sensibilização dos compradores e outras partes interessadas para o EMAS” (n.º 15 do art. 2.º). De acordo com o anexo V o logótipo EMAS pode ser utilizado em qualquer uma das 23 línguas da União, sendo a formulação utilizada em português a de “Gestão ambiental verificada”.

Mas o procedimento EMAS não termina aqui: após o primeiro controlo público, que culmina com o registo da organização e a atribuição do logótipo EMAS, outros controlos se seguem, no sentido de garantir um melhoramento contínuo da prestação ambiental da empresa. De três em três anos, no mínimo, as organizações registadas têm de proceder à verificação de todo o SGA e do programa de auditoria, reelaborar a declaração ambiental e submetê-la de novo à validação pelo verificador ambiental, enviando-a ao organismo competente após validação, juntamente com outra informação exigida, tudo de acordo com o n.º 1 do art. 6.º.

O incumprimento do Regulamento EMAS por parte de uma organização registada pode conduzir à suspensão ou cancelamento do registo (art. 15.º).

A outra concretização de grande relevo de um SGA que queríamos abordar reporta-se à norma ISO 14001, elaborada pela organização privada “International Organization for Standardization” e que se tem destacado na criação de normas internacionais de adopção voluntária, a níveis diversos. A norma em questão insere-se na “família” da ISO 14000, reportada a diversos aspectos da gestão ambiental, ocupando-se a ISO 14.001 dos requisitos para a adopção de SGA e a ISO 14.004 das directrizes gerais destes sistemas¹⁷⁷⁰. Pode dizer-se que, em geral, pretende-se com estas normas o *estabelecimento de standards de gestão ambiental a nível mundial* e de processos para uma contínua minimização dos danos ambientais provocados pelas empresas.

Como já tivemos ocasião de mostrar¹⁷⁷¹ a ISO é uma organização com grande prestígio e influência no mundo empresarial, empenhada na standardização das práticas, processos,

¹⁷⁷⁰ Em 1993 a ISO instituiu o Comité Técnico TC 207 com o objectivo de criar diversas normas (a futura série 14000) relativas à tutela ambiental. A citada ISO 14001 estabeleceu os requisitos fundamentais para a instituição de sistemas de gestão ambiental no interior das empresas. Além das já referidas — na versão actualmente vigente, a ISO 14001:2004 e a ISO 14004:2004 — foram desenvolvidas outras normas relativas à execução de *auditorias ambientais* (em 1996, as ISO 14010, ISO 14011 e ISO 14012, em 2001 a ISO 14015, revista em 2003 e em 2002 a ISO 10011, que substitui as 14010, 11 e 12), à *rotulagem ambiental ou ecológica* (a ISO 14020, criada em 1998 e revista em 2002) e, ainda, as ISO 14024 e ISO 14025, tendo esta última criado o “Selo Verde Tipo III”, à *avaliação da performance ambiental* (ISO 14031 e ISO 14032, criadas em 1999, tendo a primeira sido revista em 2004), ao *ciclo de vida dos produtos, processos ou serviços* fabricados, levados a cabo ou fornecidos pelas empresas (as ISO 14040, ISO 14041, ISO 14042, ISO 14043, ISO 14047, ISO 14048 e ISO 14049), à *terminologia* utilizada em toda a série de normas 14.000 (através da ISO 14050, criada em 1998 e revista em 2004), à *integração de aspectos ambientais* nos projectos e no desenvolvimento de produtos (ISO 14062, que se destacou pela criação do conceito de *ecodesign*), à *comunicação ambiental* (ISO/TC 207/WG 4 e ISO 14063) e, ainda, sobre as *alterações climáticas* a nível global (ISO/TC 207/WG 5, ISO/TC 14064, ISO/TC 207/WG 6 e ISO 14065, todas publicadas em 2006).

Deve ainda notar-se a ligação da série ISO 14000 à série ISO 9000 (sistema de gestão de qualidade das organizações), partilhando princípios comuns, o que facilita e dá sentido à adopção das primeiras por parte das organizações que já tenham adoptado as segundas.

¹⁷⁷¹ Cfr. “Que Estratégia...”, cit., p. 345 e seg.

métodos e técnicas industriais, tendo os seus standards vindo a ganhar uma atenção crescente neste meio. Ao contrário do EMAS, as normas ISO contêm standards rigorosamente voluntários, que não carecem de qualquer acção política, legislativa ou administrativa para a sua adopção e aplicação — não estão dependentes de passos ou actos suplementares de autoridade, ainda que praticados por agentes privados oficialmente acreditados ou autorizados, como acontece no EMAS. A sua importância é bem visível pela análise da sua repercussão na realidade empresarial norte-americana, onde existem inclusive sugestões no sentido de a EPA colaborar com a ISO no desenvolvimento de novos standards e na revisão dos já existentes, devendo também dar passos no sentido de tornar a realização das auditorias ambientais obrigatória e de incentivar as empresas a obterem a certificação ISO 14.001¹⁷⁷².

Da comparação com o esquema EMAS ressalta a raiz mais privatística das normas ISO: como salienta Knut Unger, nestas não é só a participação que é voluntária, mas também as próprias regras adoptadas pelos interessados, bem como os correspondentes processos de acreditação e certificação, que têm natureza puramente privada. Por esta razão, ao comparar os dois sistemas, o Autor em causa conclui que, apesar de ambos visarem a instituição de um SGA, o modelo EMAS é mais exigente, pois ao passo que neste estamos perante um sistema misto, que liga notas de voluntariedade e privatização a um suporte de direito administrativo e de direito europeu, a adopção da norma ISO 14001 depende em absoluto da auto-responsabilidade das empresas¹⁷⁷³.

Em todo o caso, o objectivo central é o mesmo: também com as normas ISO se pretende a internalização de uma atitude ecológica em todos os sectores, pessoal, funções e práticas da empresa, estando nós também aqui perante direito ambiental procedimental, pois não há uma garantia dos resultados obtidos mas apenas uma orientação das práticas e dos procedimentos internos no sentido de uma atitude ambientalmente amiga. Os elementos que compõem o sistema de gestão ambiental propugnado na ISO 14001 são muito próximos dos do EMAS, ao abrangerem uma política ambiental, uma avaliação dos aspectos ambientais da empresa e das suas obrigações legais e voluntárias, um sistema de gestão, uma série de auditorias internas e relatórios para a administração e uma declaração pública, verificada por um agente de certificação independente, de que o sistema está a ser implementado. Em todo o caso, as exigências de revelação de informação são menores, se comparadas com as do EMAS¹⁷⁷⁴.

A verdade é que, nomeadamente face ao papel central que a noção de *desenvolvimento sustentável* ocupa hoje em dia em boa parte também já no domínio dos interesses e das preocupações dos empresários, dos operadores e do pessoal que labora em organizações susceptíveis de produzir impactes ambientais adversos com a sua laboração, com os seus produtos e/ou com as suas práticas, a adopção voluntária de standards de práticas empresariais, concretizados na norma ISO 14001 e no respectivo sistema de gestão ambiental, faz

¹⁷⁷² Neste sentido, PAULETTE L. STENZEL, "Can the ISO 14000 Series Environmental Standards Provide a Viable Alternative to Government Regulation?", *America Business Law Journal*, vol. 37, n.º 2, Winter 2000, pp. 237-298 (especialmente pp. 293-295).

¹⁷⁷³ Cfr. KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 72-75.

¹⁷⁷⁴ Cfr. ROGER ADAMS, "ISO 14001: A Key Ingredient of Competitive Edge", *ELM*, vol. 11, Issue 3 (May-June 1999), pp. 103-104 (p. 103); e KNUT UNGER, *Reflexive Instrumente...*, cit., pp. 65-71.

todo o sentido, também devido às implicações de um público que, particularmente enquanto consumidor, está cada vez mais atento e receptivo às exigências de tutela e promoção ambiental. A que crescem, ainda, os ganhos competitivos devidos às poupanças energéticas, à diminuição da produção de resíduos e aos cortes no consumo de matérias-primas¹⁷⁷⁵.

6.3.6. A etiqueta ou rótulo ecológico

Com profundas relações com os temas que vindo a tratar, surge o tema da etiquetagem ou rotulagem ambiental ou ecológica¹⁷⁷⁶, no qual confluem alguns dos SGA que vimos, corporizados num rótulo identificativo, tema que é também reflexo do papel que a revelação da informação desempenha nos novos instrumentos de tutela ambiental. A etiqueta ecológica é, ainda, mais um reflexo da força das ideias de auto-regulação e da assunção voluntária de compromissos no direito ambiental, bem como um exemplo claro da importância do mercado e dos instrumentos respectivos nesta sede.

A etiqueta ecológica é indiscutivelmente um instrumento de orientação indirecta dos comportamentos¹⁷⁷⁷ uma vez que se pretende, com ela, imprimir um sentido ambientalmente amigo às opções e estratégias de produtores, fabricantes e vendedores e às escolhas dos consumidores — partindo do pressuposto que, numa sociedade cada vez mais educada quanto aos hábitos de consumo, e onde a emergência de uma *cidadania ambiental* é uma realidade incontornável¹⁷⁷⁸, pesará cada vez mais nas escolhas dos consumidores a performance ambiental dos produtos que compram. A associação desta vertente com a implementação de melhorias ambientais por intermédio do mercado é bem evidenciada por Martin Mateo, para quem o maior interesse para os operadores, a este nível, passa pela obtenção de vantagens competitivas por aqueles que disponibilizam produtos que demonstrem níveis superiores de protecção do ambiente (aludindo aqui às etiquetas ecológicas), reforçando que uma consciência ambiental pujante pode impor, via mercado, uma tutela efectiva do ambiente sem que o Estado tenha de intervir mais do que como (mero) árbitro¹⁷⁷⁹. O rótulo

¹⁷⁷⁵ Sobre algumas das vantagens competitivas e o crescente relevo da internalização de uma atitude ambientalmente amiga, favorável à adopção da norma ISO 14001, cfr. ROGER ADAMS, "ISO 14001...", cit., *passim*.

¹⁷⁷⁶ Sempre que não seja ressalvada uma indicação em sentido contrário, utilizaremos indistintamente as expressões "etiqueta ambiental", "etiqueta ecológica", "rótulo ecológico" e outras com conotação idêntica.

¹⁷⁷⁷ Sobre a configuração das marcas ou etiquetas ambientais como "instrumentos de orientação indirecta dos comportamentos através de informações", cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 359-364.

¹⁷⁷⁸ Sobre a noção de *cidadania ambiental* ou *cidadania ecológica* cfr. CHRIS HILSON, "Greening Citizenship: Boundaries of Membership and the Environment", *JEL*, vol. 13, n.º 3, 2001, pp. 335-348. Trata-se de uma reflexão ao nível da *cidadania europeia*, a qual parte do pressuposto de que o conceito tradicional de cidadania, referido ao Estado-nação, já não reflecte as realidades contemporâneas, nomeadamente ao nível ambiental. O tema da etiqueta ecológica não é aqui tratado, incidindo a análise do Autor sobre os domínios das *ações políticas* (nomeadamente medidas comerciais tomadas por um Estado para proteger o ambiente dentro de um outro Estado), da *legitimidade activa* para a propositura de ações de defesa do ambiente e do uso de análises de custo-benefício no desenvolvimento das políticas e na tomada de medidas de tutela ambiental.

¹⁷⁷⁹ *Tratado...*, Tomo IV, cit., p. 50. Para uma curiosa comparação entre o regime da etiqueta ecológica e o do comércio de autorizações de emissão, nos EUA, cfr. IÑIGO SANZ RUBIALES, "Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica", in: F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI...*, cit., Tomo III, pp. 3693-3710 (p. 3697): Sanz Rubiales considera-os ambos mecanismos de mercado que têm em comum a transferência da reponsabilidade ambiental para o agente contaminador ou mesmo para o beneficiário da actividade

ecológico visa estimular tanto a oferta como a procura de produtos com o menor impacto ambiental possível, ao permitir ao fabricante ou vendedor anunciar os níveis elevados de performance ambiental atingidos na extracção, fabrico ou transformação do produto e orienta os consumidores nas suas escolhas, no pressuposto de que estes estão cada vez mais sensibilizados para optarem por produtos com um melhor desempenho ambiental. Em relação à voluntariedade cumpre ainda assinalar que estamos perante um dos casos em que as empresas privadas se submetem livremente a controlos por razões de interesse público¹⁷⁸⁰, embora, como acabámos de ver, o peso das vantagens concorrenciais no mercado não possa nunca ser negligenciado.

Não surpreende, por esta razão, que os paladinos da utilização de estratégias de direito reflexivo no direito ambiental considerem os diplomas normativos que disciplinam a utilização de etiquetas ecológicas como dos mais reflexivos, em função do papel desempenhado pelo comportamento dos consumidores, que as etiquetas pretendem influenciar ou guiar¹⁷⁸¹.

Em termos de direito comparado¹⁷⁸² o programa de etiquetagem ecológica alemão “anjo azul”, datado de 1978, costuma ser assinalado como o precursor de todos os outros, seguido mais de uma década depois por experiências no Canadá (1988)¹⁷⁸³, Japão¹⁷⁸⁴ e países nórdicos¹⁷⁸⁵ (ambos em 1989), havendo também diversas experiências norte-americanas neste domínio¹⁷⁸⁶.

económica poluente, mas mostrando que aquelas autorizações mercantilizam totalmente o valor da poluição, ao passo que a etiqueta ecológica aproveita o valor económico da poluição, influenciando ou orientando os consumidores para o produto ou método de produção menos poluente, pelo que se enquadra também na *política de defesa do consumidor*.

¹⁷⁸⁰ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 646.

¹⁷⁸¹ Cfr. ERIC ORTS, “Reflexive Environmental Law”, cit., pp. 1246-1252 e 1271 e seg.

¹⁷⁸² Para uma referência muito breve aos diversos programas de etiquetagem ambiental no direito comparado e aos seus elementos comuns, cfr. LOZANO CUTANDA, *ob. cit.*, p. 459 e seg.

¹⁷⁸³ Referimo-nos ao EcoLogo^M, considerado um dos mais importantes expedientes neste domínio na América do Norte. O Canadá utiliza hoje uma outra importante etiqueta ecológica, relativa à poupança energética, o símbolo “Energy Star”.

¹⁷⁸⁴ O *Eco-Mark*, que pode ser apostado aos produtos que tenham sido certificados como contribuindo para a preservação ambiental. Esta sigla, gerida por um organismo próprio (o Eco-Mark Office), foi alvo de um reconhecimento mútuo em relação à etiqueta nórdica *Nordic Swan*, bem como com a entidade Neo-zelandesa que administra um rótulo ecológico neste país.

¹⁷⁸⁵ O *Nordic Swan* ou *Nordic Ecolabel*, introduzido pelo Conselho de Ministros nórdico (dos cinco países nórdicos, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia) e que, na actualidade, cobre mais de 60 grupos de produtos, desde sabão até ao mobiliário de hotel. A sua atribuição depende do cumprimento de diversos standards e de uma verificação independente.

¹⁷⁸⁶ Desde logo as etiquetas Green Seal, atribuídas pela organização com o mesmo nome, fundada em 1989, que para além da emissão de standards ambientais procede à certificação ambiental atestando com o “selo”, marca ou etiqueta respectiva (o Green Seal ou “Seal of approval”) que um produto ou serviço foi testado e tem uma performance ambiental superior. Todavia, a etiqueta ecológica mais relevante nos EUA é a *Energy Star*, resultado de um programa criado em 1992 e centrado sobretudo na poupança energética. O “Energy Star” é da responsabilidade da EPA e do DOE (Department of Energy). São ainda de referir o rótulo “EnergyGuide”, também ao nível da utilização e eficiência energética dos produtos e diversas etiquetas atribuídas a madeiras, em nome da protecção da floresta, pelo FSC (“Forest Stewardship Council”), nomeadamente o logótipo “checkmark and tree”, a sigla FSC ou a etiqueta “Forest Stewardship Council”. Ainda nos EUA, é de mencionar a importância da etiquetagem no âmbito do “Toxic Release Inventory” (TRI) estabelecido em 1986 pelo “Emergency Planning and

Centrando-nos na Alemanha e no símbolo “anjo azul”, pioneiro e precursor das etiquetas ecológicas, ele procura articular a tutela ambiental com a protecção do consumidor e da concorrência, tendo em vista um consumo sustentável. Os critérios de protecção para concessão da etiqueta concentram-se em quatro domínios: saúde, clima, água e recursos naturais. O programa tem uma forte raiz publicista, uma vez que envolve diversas autoridades federais, em especial o Ministério do Ambiente, que estabelece os princípios para a concessão do rótulo e garante a credibilidade da informação fornecida ao consumidor, a Agência Federal do Ambiente (*Umweltbundesamt*), responsável pela parte técnica dos critérios de concessão do rótulo, havendo ainda um órgão de decisão independente, o Júri do Rótulo Ecológico (“Jury Umweltzeichen”, que inclui, para além de elementos em representação de organismos públicos, membros de associações ambientalistas, de protecção do consumidor, de sindicatos, cientistas, etc.), competente para a decisão final sobre os critérios ecológicos para a concessão do rótulo e, por último, o Instituto de Controlo da Qualidade e Rotulagem (“RAL gGmbH”), que assume a responsabilidade final pela concessão da etiqueta “Anjo azul”, depois de verificar o cumprimento das exigências e de todas as verificações necessárias, celebrando um contrato com o requerente para a utilização da etiqueta ecológica¹⁷⁸⁷.

Na Alemanha, nas leis ambientais que recorrem a formas menos impositivas e mais suaves, leves e desburocratizadas de controlo, a etiquetagem ecológica assume particular razão de ser. É isso que se passa, por exemplo, com a lei dos produtos químicos (a *Chemikaliengesetz*, abreviadamente ChemG): como nos informam Sparwasser/Engel/Voßkuhle¹⁷⁸⁸, com excepção de substâncias especialmente críticas (o cádmio ou substâncias químicas clorídricas nos produtos de consumo) esta lei não previa qualquer processo autorizativo, contendo em compensação uma série de obrigações sobre os seus fabricantes e importadores. Para além das declarações e comunicações exigidas, também estavam adstritos à apresentação de diversas provas de controlo, a obrigações de colaboração com as autoridades fiscalizadoras e a deveres de embalagem, *etiquetagem* e boas práticas de trabalho. Em relação às obrigações declarativas e às participações exigidas salienta-se que elas não são um fim em si mesmas, pretendendo outrossim fornecer à Administração elementos que lhe permitam estar ao corrente de todos os factos e razões de suspeita para poder fazer uma avaliação objectiva, avaliação esta de que depende a classificação, a embalagem e a *etiquetagem* dos respectivos produtos. Estes deveres dos produtores e importadores estão hoje disciplinados nos §§ 13 a 15a da ChemG, sob a epígrafe “Classificação, etiquetagem e rotulagem”.

A verdade é que dos diferentes sistemas de etiquetagem ecológica que têm vindo a ser ensaiados nas várias ordens jurídicas — com destaque para o rótulo europeu, de que vamos falar a seguir — conseguem extrair-se notas comuns, designadamente a incorporação de procedimentos de determinação dos critérios de valoração para a atribuição da etiqueta

Community Right-to-Know Act”, já que muita da informação exigida ao abrigo desta lei pode ser fornecida através de etiquetas ecológicas, em numerosos casos alertando para as características prejudiciais ou potencialmente prejudiciais de produtos, processos ou actividades da empresa. Sobre o TRI e as exigências referidas cfr. RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 138-140.

¹⁷⁸⁷ Seguimos aqui, no essencial, as informações recolhidas em MANUELA PRADO LEITÃO, *Verdes Rótulos, Verdes Direitos? Os rótulos ecológicos de produtos visitados pelos direitos fundamentais do consumidor à informação e ao ambiente*, Coimbra, FDUC, Junho de 2010 (inédito), pp. 59-61.

¹⁷⁸⁸ Cfr. *Umweltrecht*, 4. Auflage, p. 936 e segs.

ecológica e de avaliação, em conformidade, dos produtos que pretendem a sua obtenção, por intermédio de organismos neutros do ponto de vista dos interesses do mercado; a celebração de contratos relativos à utilização e difusão da etiqueta, sendo muitas vezes o fabricante obrigado a pagar uma taxa por aquela utilização; o registo administrativo das marcas que utilizam esse rótulo; e a previsão de procedimentos de acompanhamento e controlo¹⁷⁸⁹.

Como já deixámos insinuado, aquele que consideramos o principal sistema público de atribuição de uma etiqueta ecológica é o *Rótulo Ecológico Europeu*, criado por intermédio do Regulamento (CEE) n.º 880/92, do Conselho, de 23 de Março de 1992, relativo a um sistema comunitário de atribuição de rótulo ecológico (revogado pelo Regulamento (CE) n.º 1980/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Julho de 2000, por sua vez substituído pelo Regulamento (CE) n.º 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009). Trata-se de um sistema público, pois, como afirma Sanz Rubiales, “o reconhecimento pela Administração do direito a utilizar uma marca identificadora de um determinado sistema de produção (da qualidade de um produto) constitui uma *manifestação indiscutível da actividade administrativa* no âmbito do direito do consumo”¹⁷⁹⁰.

Como resulta do preâmbulo do citado Regulamento n.º 66/2010 este sistema é totalmente voluntário, pretendendo “promover os produtos que apresentam um reduzido impacto ambiental ao longo de todo o seu ciclo de vida e (...) prestar informações precisas, exactas e cientificamente comprovadas aos consumidores sobre o impacto ambiental dos produtos”. O rótulo ecológico destina-se à identificação dos produtos que tenham um nível elevado de desempenho ambiental, não sendo negligenciada a sua articulação com os sistemas de rótulo ecológico dos Estados membros e as normas ISO sobre a matéria.

O regime aplica-se aos “produtos”, entendidos como os “bens e serviços fornecidos para distribuição, consumo ou utilização no mercado comunitário, a título oneroso ou gratuito” (n.º 1 do art. 2.º), com exclusão dos medicamentos e dispositivos médicos. Uma peça extremamente importante de todo o regime tem a ver com os *organismos competentes* para a realização das tarefas previstas no Regulamento e que, a uma visão mais superficial, poderia pôr em causa o que dissemos sobre tratar-se de um sistema público: é que tais organismos são designados pelos Estados-membros, podendo localizar-se “no interior da orgânica dos ministérios ou fora dela” (art. 4.º, n.º 1), podendo inclusive tratar-se de organizações privadas. Todavia, se tal se verificar, essas entidades privadas estarão a exercer, indiscutivelmente, uma tarefa ou função pública, razão pela qual o legislador europeu foi

¹⁷⁸⁹ Cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 459 e seg. Com base nestes aspectos comuns, a Autora considera possível e desejável o estabelecimento de programas de harmonização dos sistemas a nível internacional, propondo a opção por um de dois modelos: estabelecer um organismo decisor supranacional que gira o procedimento de concessão da etiqueta ecológica (dando como exemplos o programa harmonizado pelo Conselho Nórdico e a etiqueta ecológica da UE); ou basear a harmonização na reciprocidade, isto é, a atribuição automática da etiqueta por um país aos produtos que hajam sido autorizados à sua utilização num outro país, e vice-versa. A proposta da Autora tem toda a razão de ser, na medida em que existe já uma Rede Mundial das Etiquetas Ecológicas, a *Global Ecolabelling Network* (GEN), associação não-lucrativa de reconhecimento da performance ambiental, certificação e etiquetagem, fundada em 1994 com o intuito principal de melhorar, promover e desenvolver a etiquetagem ecológica de produtos e serviços. A GEN reúne diversos países e a própria UE.

¹⁷⁹⁰ Cfr. *ob. cit.*, p. 3697, itálico nosso. No mesmo sentido, entre nós, reportando-se especificamente ao sistema comunitário de atribuição do rótulo ecológico como uma forma de auto-regulação privada incentivada ou induzida pelo Estado, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., pp. 211-213.

muito cuidadoso quanto às garantias que devem estar asseguradas, constantes do art. 4.º e do Anexo V¹⁷⁹¹.

O regime em apreço densifica ainda os requisitos de atribuição do rótulo ecológico da UE, baseados no desempenho ambiental dos produtos e tendo em conta o seu ciclo de vida (art. 6.º), os quais são estabelecidos para cada grupo de produtos¹⁷⁹² de acordo com o procedimento previsto no Anexo I, por remissão do art. 8.º. Qualquer operador que pretenda utilizar o rótulo ecológico da UE tem de apresentar um pedido ao organismo competente, assumindo o rótulo ecológico a forma apresentada no Anexo II. No caso de o produto cumprir os critérios de atribuição do rótulo ecológico e os requisitos de avaliação previstos o organismo competente defere o pedido, atribuindo um número de registo ao produto (cfr. n.º 5 do art. 9.º).

É aqui que surge, em nosso entender, o aspecto porventura mais relevante do diploma, em termos técnico-jurídicos: é que, a seguir a estes trâmites, é necessária a *celebração de um contrato* no qual são “estabelecidas as condições do rótulo ecológico da UE (incluindo disposições relativas à autorização e revogação da autorização do rótulo...)” (n.º 8 do art. 9.º), só podendo o operador apor o rótulo ao produto após essa celebração (n.º 9)¹⁷⁹³. Parece-nos indiscutível a configuração deste contrato como um *contrato administrativo*, na medida em que o organismo competente mantém na sua titularidade, de acordo com o art. 10.º, poderes de fiscalização e controlo da utilização do rótulo, estando para este efeito dotado do direito de acesso às instalações em que o produto em causa é produzido, bem como das competências para proibir a aposição do rótulo ecológico no produto sem que o seu utilizador tenha direito ao reembolso das taxas pagas, abrindo o Regulamento igualmente as portas à aplicação de sanções (art. 17.º).

Os poderes e competências do organismo competente para a celebração do “Contrato-tipo relativo às condições de utilização do rótulo ecológico da UE” (Anexo III) conferem inegavelmente, quanto a nós, a administratividade material ou substancial a este contrato: ele pode realizar as investigações necessárias para verificar se o requerente continua a

¹⁷⁹¹ A questão do organismo competente para a atribuição do rótulo ecológico da UE afigura-se relativamente complexa, entre nós: à partida, a Direcção-Geral das Actividades Económicas (DGAE) é o organismo competente, sendo junto a ela que devem ser apresentados os pedidos de atribuição respectivos, existindo Manuais de Candidatura para diversos Grupos de Produtos, com os formulários, elementos a fornecer, explicações e critérios técnicos a cumprir, etc. Todavia, nos termos do Despacho Conjunto n.º 15.512/2006, de 28 de Junho, dos Ministérios do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional e da Economia e da Inovação (Diário da República, 2.ª série, n.º 138, de 19 de Julho de 2006), a decisão de atribuição é tomada por uma Comissão de Selecção que integra, além da DGAE, a APA, sendo esta última que preside. No entanto, o contrato de utilização do rótulo (a que nos vamos referir *infra*) é celebrado entre o requerente e a DGAE, reforçando-se aqui o seu papel de Organismo Competente Nacional, sendo ela que deve notificar a Comissão Europeia da respectiva atribuição.

¹⁷⁹² Nos termos da al. 1) do art. 3.º o *grupo de produtos* é constituído pelos “bens ou serviços que tenham finalidades similares e que sejam equivalentes em termos de utilização, ou que tenham propriedades funcionais similares e sejam similares em termos de percepção pelos consumidores”.

¹⁷⁹³ Como nota VASCO PEREIRA DA SILVA (*Verde Cor de Direito*, p. 176) “O que está aqui em causa é, portanto, a combinação de um acto administrativo com um contrato e uma multiplicidade de actuações administrativas informais, que vão desde o controlo da qualidade dos bens à promoção do rótulo ecológico, no âmbito de uma relação jurídica duradoura (...)”. Acrescentando: “A Administração, para além de verificar a qualidade ambiental de um produto (através de uma actuação unilateral) e de promover a sua produção de forma ecologicamente sustentável (através de um contrato administrativo), vai também intervir no mercado mediante o fornecimento de informações aos consumidores, num mecanismo típico da moderna Administração infra-estrutural”.

obedecer aos critérios previstos e condições de utilização fixadas (1.7.); *pode suspender ou revogar a autorização de utilização do rótulo ecológico* e tomar as medidas necessárias para obstar à sua utilização, no caso de considerar que o requerente deixou de cumprir qualquer das condições de utilização ou disposições do contrato (2.2.). Ao que acresce, ainda, a irresponsabilidade do organismo competente e dos seus agentes por quaisquer perdas ou danos sofridos pelo requerente ou por terceiros em virtude da autorização e/ou utilização do rótulo ecológico (3.2. e 3.3.), cabendo pelo contrário ao requerente o dever de indemnizar o organismo competente por quaisquer perdas, danos ou responsabilidade incorrida em consequência do incumprimento do contrato (3.4.). E, por último, o organismo competente tem a faculdade de “considerar” como incumprimento do contrato qualquer infracção, pelo requerente, dos termos ou do disposto nas suas cláusulas, o que lhe dá o poder de *proceder à resolução do contrato antes da data fixada* (5.2.).

A estrutura organizativa do rótulo ecológico baseia-se num sistema de *responsabilidade partilhada* entre os Estados membros e a União Europeia¹⁷⁹⁴. Tal partilha resulta evidente em face da criação do *Comité do Rótulo Ecológico da União Europeia* (CREUE) agora disciplinado no art. 5.º do Regulamento n.º 66/2010, que temos vindo a analisar. Este Comité é composto por representantes dos organismos competentes de todos os Estados-membros e de outras partes interessadas, contribuindo designadamente para a elaboração e revisão dos critérios de atribuição do rótulo ecológico da UE, bem como para a revisão de qualquer aplicação do sistema de rótulo ecológico da UE (n.º 1 do art. 5.º), devendo a Comissão assegurar que o CREUE garante a participação, em cada grupo de produtos, de todos os interessados (organismos competentes, produtores, fabricantes, importadores, prestadores de serviços, grossistas, retalhistas e grupos de defesa do ambiente e organizações de consumidores, em face do n.º 2 da mesma disposição).

Como resulta do próprio Regulamento relativo ao rótulo ecológico da UE, as normas ISO têm neste domínio enorme importância, sendo especialmente importantes as normas da Organização em causa sobre etiquetagem ecológica — já por nós recenseadas —, consideradas por alguns como “as normas técnicas que tratam do tema da rotulagem ecológica de forma mais completa na actualidade”¹⁷⁹⁵, devendo ser mencionadas as normas ISO 14.020:2000 (contendo os princípios gerais desta matéria), ISO 14.021:1999 (rótulos tipo II), ISO 14.024:2000 (rótulos tipo I) e ISO 14.025:2006 (rótulos tipo III).

Por último, uma brevíssima referência à realidade portuguesa, para mencionar a existência de um projecto, o *Remade in Portugal* que se consubstancia também na outorga de um rótulo. O projecto centra-se na problemática dos resíduos, procurando incentivar a sua reciclagem, a recolha selectiva de resíduos e a transformação das embalagens. Trata-se de um expediente voluntário, podendo o rótulo REMADE ser atribuído a qualquer produto de uso corrente, com exclusão dos produtos alimentares, hospitalares e farmacêuticos que possuam, na sua composição, pelo menos 50 % de material reciclado¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁴ Neste sentido, cfr. CONSUELO ALONSO GARCÍA e JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, “Técnicas Jurídicas de Protección Ambiental: Instrumentos de Intervención Administrativa”, in: AA. VV. (dir. LUIS ORTEGA ÁLVAREZ), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, cit., pp. 117-138 (p. 135).

¹⁷⁹⁵ Cfr. MANUELA PRADO LEITÃO, *Verdes Rótulos, Verdes Direitos?*..., cit., p. 50 e seg.

¹⁷⁹⁶ Para mais informação, cfr. o sítio do projecto na Internet: <http://www.remadeinportugal.pt>.

6.3.7. Acordos ambientais

Como vimos no Capítulo anterior, o recurso ao contrato e a acordos, mais ou menos formalizados, é uma das tendências de evolução do direito administrativo mais recente e em muitos casos os órgãos administrativos deparam-se com a possibilidade de escolher o caminho autoritário do acto administrativo ou a forma consensual do contrato para satisfazer o mesmo interesse público. No âmbito das tentativas de melhorar a eficiência e eficácia da actuação administrativa e enquadrado nas tentativas de transferência para a Administração Pública das experiências de modernização da economia privada, o maior recurso à figura do contrato emerge como uma alternativa lógica e natural.

Sendo a regulação do ambiente uma componente cada vez mais relevante da regulação económico-social, não é estranho que entre as diversas formas de regulação pública neste âmbito, à panóplia dos meios impositivos tradicionais se junte o instrumento contratual, ainda que com matizes por vezes bastante diferenciadas. Assim, no domínio ambiental tem-se sentido, nas últimas décadas, a uma propagação do recurso a formas contratuais por parte das administrações públicas, não sendo a portuguesa excepção, sendo mais um elemento do movimento geral de renovação do direito do ambiente e de recurso a formas de auto-regulação que têm subjacente os pressupostos da teoria reflexiva do direito ambiental, ao sublinharem o papel da auto-consciencialização dos operadores e empresários responsáveis pelo exercício da actividade industrial e de outras susceptíveis de produzir impactes ambientais negativos¹⁷⁹⁷. No fundo, a Administração opta, também aqui, por prescindir dos seus poderes imperativos e unilaterais, procurando atingir objectivos análogos ou até mais ambiciosos por via da concertação, apelando de forma mais enérgica à colaboração activa dos agentes económicos poluidores.

A doutrina não se exime de colocar em evidência a relação entre a utilização destes mecanismos contratuais mais ou menos formalizados e o *princípio da cooperação*: também no direito ambiental a celebração de acordos voluntários é considerada uma técnica de carácter cooperativo¹⁷⁹⁸. Por isso, não se colocam dúvidas à doutrina jus-ambientalista germânica quanto à inclusão dos acordos ambientais nos *instrumentos cooperativos*. Recorrendo a um dos seus principais expoentes é, em nosso entender, um bom reflexo da importância destes instrumentos o facto de Michael Kloepfer ter deixado de subsumir os acordos ambientais num dos tipos de “instrumentos de orientação indirecta dos comportamentos”, passando a autonomizar a categoria dos *instrumentos cooperativos* na sistematização dos instrumentos do direito ambiental, dentro da qual aparecem os contratos jurídico-públicos e jurídico-pri-

¹⁷⁹⁷ Neste sentido, cfr. STANFORD E. GAINES/CLIONA KIMBER, “Redirecting Self-Regulation”, cit., pp. 159-162 e 168.

¹⁷⁹⁸ Cfr., por exemplo, LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 104. Noutro local da mesma obra (p. 245 e segs.), ao tratar a participação dos cidadãos em decisões políticas e administrativas ambientalmente relevantes, a Autora alude a uma modalidade de participação dos cidadãos na defesa do ambiente baptizada como *participação cooperativa*, na qual o administrado colabora, de forma voluntária, em programas ou actividades que a Administração patrocina ou promove, incluindo nesta forma de participação a celebração de *acordos voluntários*. Ainda sobre o princípio da cooperação, no direito europeu, e a sua consagração nos acordos voluntários de protecção ambiental a que já se referia o Quinto Programa de Acção em Matéria de Ambiente, cfr. ANGEL FABER, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme...*, cit., pp. 186-188.

vados e, ainda, os contratos informais, todos relativos à protecção do ambiente¹⁷⁹⁹.

Como veremos mais à frente os acordos e contratos no domínio ambiental podem assumir uma tipologia bastante diversa. Os acordos celebrados com vista ao *cumprimento voluntário de objectivos de qualidade ambiental* por parte dos operadores, sejam eles celebrados com empresas determinadas ou com representantes ou associações de um sector industrial¹⁸⁰⁰, têm mostrado assinaláveis vantagens neste domínio.

A doutrina norte-americana tem chamado especialmente a atenção para a importância dos acordos voluntários¹⁸⁰¹ na modernização do direito ambiental e no recurso a formas mais flexíveis, inovadoras e “inteligentes” de levar a cabo a tutela ambiental¹⁸⁰². Inserindo-os no movimento geral de luta contra o recurso a estratégias de comando e controlo na ordenação da questão ambiental, a doutrina mencionada salienta como estes acordos são expressão da deslocação do papel do Estado no seu tratamento, fazendo-o agora de forma mais abrangente e utilizando abordagens interactivas e participadas, numa relação mais colaborativa entre actores públicos e actores privados, alegando que os acordos ambientais, mais do que uma forma de desregulação, constituem um passo para a *modernização ecológica* e para a internalização dos problemas ambientais, numa forma de orientação mais preventiva, participativa e reflexiva¹⁸⁰³. Não se devendo também afastar a celebração de acordos ambientais voluntários não apenas entre os governos e a indústria, mas também entre a indústria e organizações associativas (não governamentais) ou entre aquela e a própria comunidade, como forma de resolver problemas ambientais específicos — o que reforça o papel destes acordos como parte da tendência para experimentar abordagens da protecção ambiental mais flexíveis, integradas, pró-activas e baseadas em parcerias, por oposição às estratégias impositivas do modelo de comando e controlo¹⁸⁰⁴.

¹⁷⁹⁹ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, 2. Aufl., cit., pp. 281-299; e *Umweltrecht*, 3. Aufl., cit., p. 397 e segs., especialmente pp. 400-414.

¹⁸⁰⁰ PONCE SOLÉ caracteriza os *acordos voluntários*, no domínio ambiental, como concretizadores da possibilidade de celebração de contratos entre a Administração ambiental competente e uma empresa ou representantes de um sector industrial sobre o *cumprimento voluntário de objectivos quantificados de qualidade ambiental* referidos a valores limite de emissão e a prescrições técnicas, no respeito dos limites gerais estabelecidos pela lei, mas passíveis de celebração nos casos em que haja margem valorativa a determinar pela Administração: cfr. PONCE SOLÉ, “Prevención, precaución...”, cit., p. 180.

¹⁸⁰¹ Como adverte LOZANO CUTANDA (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 246) a expressão “acuerdos voluntarios” é usada na língua castelhana, apesar da sua tautologia, como tradução da expressão anglo-saxónica “voluntary agreements”. O mesmo se pode dizer para a língua portuguesa: apesar do seu carácter pelo menos parcialmente pleonástico, generalizou-se em Portugal o uso da expressão “acordos voluntários”, pelas mesmas razões. Sobre o carácter redundante ou tautológico da expressão “acordo voluntário”, cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os Acordos Sectoriais como um Instrumento da Política Ambiental”, *RevCEDOUA*, n.º 5 (1.2000), pp. 37-54 (p. 46).

¹⁸⁰² CASS SUNSTEIN inclui a contratação ambiental no conjunto de “ferramentas inteligentes” utilizadas no combate à poluição ambiental (cfr. “Afterword...”, cit., p. 291), enquadrando os mais gerais “contratos de redução do risco” nas estratégias alternativas com base nas quais se pode levar a cabo uma mudança de larga escala no direito de redução do risco: cfr. “Tools”, cit., p. 251 e 282-286.

¹⁸⁰³ Cfr. DUNCAN LIEFFERINK/ARTHUR P. J. MOL, “Voluntary Agreements as a Form of Deregulation? — The Dutch Experience”, in: UTE COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union...*, cit., pp. 181-197. O aspecto mais destacado deste escrito é, em nossa opinião, a subsunção dos acordos ambientais na teoria da *modernização ecológica* e o sublinhar da relação entre a *internalização* de custos e estes instrumentos.

¹⁸⁰⁴ Cfr. JOHN MOFFET/FRAÇOIS BREGHA, “An Overview of Issues With Respect to Voluntary Environmental Agreements”, *J. Environ. Law Pract.*, volume 8, n.º 1, December 1998, pp. 63-94. Em sentido próximo, tratando o suporte

Desde as profundas alterações à mais relevante lei especial do ambiente norte-americana, o CAA, produzidas em 1990, foi promovido um estilo mais cooperativo na administração da política ambiental, com a celebração de acordos voluntários de prevenção da poluição ao nível industrial e uma utilização maciça da chamada regulação negociada (conhecida pelo acrónimo “regneg”) para elaborar os regulamentos e outras regras necessárias para a execução daquela lei¹⁸⁰⁵.

Com base nestas modificações, alguns autores referem a passagem do modelo de comando e controlo para um *modelo contratual* no qual os seus actores aceitam voluntariamente “obrigações” não vinculativas, havendo quem fale num “novo paradigma contratualista da regulação ambiental”¹⁸⁰⁶. Este novo paradigma concretizar-se-á numa abordagem em que os reguladores concordam em não executar ou não fazer cumprir as leis e regulamentos aplicáveis às entidades reguladas, em troca do acordo destas em satisfazer obrigações adicionais não exigidas pelas leis vigentes, sendo isso que terá acontecido numa série de projectos e iniciativas tomadas nos EUA ao longo da década de noventa do século passado¹⁸⁰⁷. Esta abordagem contratualista contrapunha-se à de comando e controlo devido ao modo de formação das exigências regulatórias, em termos negociados, ao objectivo destas exigências (específicas do sítio ou instalação e não gerais e abstractas), às bases utilizadas para os tribunais resolverem os conflitos interpretativos (por exemplo a “intenção

legal, prático e económico dos acordos voluntários e valorizando-os como uma ferramenta útil para complementar os instrumentos de comando e os instrumentos económicos, mostrando que estes acordos, ao visarem obter um “consenso ambiental”, exteriorizam uma estrutura mais flexível que potencia o *know-how* científico e industrial, reduzindo o peso da regulação e a sua ineficiência, cfr. ZEN MAKUCH, “Smart Regulation and the Revised Batteries Directive: The Future of Voluntary Agreements”, *EELR*, vol. 12, n.º 8/9, August/September 2003, pp. 233-249. Este artigo continua no número seguinte da mesma revista.

¹⁸⁰⁵ Cfr. RICHARD A. HARRIS/SIDNEY M. MILKIS, *The Politics of Regulatory Change — A Tale of Two Agencies*, 2nd ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1996, p. 346 e seg. Como aflorámos (cfr. *supra*, Parte II, Cap. I, 2.8., iv), nota 1291) o *reg-neg* constitui uma abordagem alternativa ao processo de feitura de normas tradicional, cuja principal característica é a de envolver os grupos interessados, isto é, empresas, organizações associativas ou cidadãos com a agência pública responsável pelo regulamento, podendo ainda participar mediadores para facilitarem o consenso. Em suma, um processo onde se pretende um reforço claro dos princípios e correspondentes direitos de participação, de colaboração e de cooperação. Desde 1990 que existe uma Lei da Regulação Negociada, o “Negotiated Rulemaking Act”. Sobre a emergência do *negotiated rulemaking* nos EUA, sobretudo por influência do direito do ambiente, como alternativa ao processo standard de *rulemaking* consagrado no APA (*Administrative Procedure Act*), cfr. RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 87-94.

¹⁸⁰⁶ Cfr. DAVID A. DANA, “The New ‘Contractarian’ Paradigm in Environmental Regulation”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 2000, n.º 1, pp. 35-59.

¹⁸⁰⁷ DAVID A. DANA (ob. cit., pp. 38-44) refere os casos dos *habitat conservation plans* previstos no *Endangered Species Act* (ESA), o Projecto XL, os programas estaduais e federais conhecidos por “Brownfields” destinados a atrair potenciais compradores de terrenos contaminados, em relação aos quais os governos estaduais, com cooperação federal, celebravam acordos pelos quais os compradores se comprometiam a comprar, limpar e descontaminar o terreno, não se exigindo todavia o cumprimento de todos os standards de limpeza, por vezes excessivamente rigorosos ao abrigo da lei federal e estadual, recebendo o comprador uma “carta de garantia” dos reguladores em que estes se comprometiam a mais tarde não exigir a sua responsabilidade por medidas de limpeza adicionais ou outras despesas; os acordos “Brownfields”, na prática, substituíam os standards gerais para a limpeza de terrenos contaminados por standards negociados e reportados àquele terreno em concreto; e os *supplemental environmental projects* (SEPs), nos quais se negociavam acordos substitutivos das acções de cumprimento (em princípio sanções) ao abrigo de regulações ambientais de comando e controlo, nos quais as entidades infractoras se comprometiam a realizar acções ambientais “para além do cumprimento” legalmente exigido em vez de pagarem uma sanção pecuniária.

do Congresso” torna-se irrelevante, aparecendo no seu lugar as intenções das partes reguladas), não deixando todavia de apresentar custos e dificuldades, designadamente em termos de participação pública e monitorização, estando a participação dos terceiros interessados muito mais dificultada no paradigma contratualista¹⁸⁰⁸.

Para além do Projecto XL, provavelmente o programa mais bem sucedido ao nível da utilização de expedientes contratuais ou para-contratuais na gestão ambiental, é também isso que se passa com a “gestão contratual dos ecossistemas” ao abrigo do disposto na lei federal das espécies ameaçadas¹⁸⁰⁹, bem como outros programas e iniciativas tomadas sob a égide de outras leis federais, como o próprio CWA¹⁸¹⁰, O TSCA¹⁸¹¹ ou, ao nível estadual, com programas e iniciativas de índole próxima¹⁸¹².

São ainda de mencionar algumas iniciativas mais concretas, como a que nos é relatada por Sarah Richardson ao nível do licenciamento de projectos hidroeléctricos¹⁸¹³: o licencia-

¹⁸⁰⁸ Seguimos ainda o estudo citado de DAVID A. DANA: sobre as diferenças entre os dois tipos de abordagens, cfr. pp. 44-51; em relação aos custos da abordagem contratualista, cfr. pp. 51-59.

¹⁸⁰⁹ O ESA. Sobre o tema cfr. JEAN O. MELIUS/ROBERT D. THORNTON, “Contractual Ecosystem Management Under the Endangered Species Act: Can Federal Agencies Make Enforceable Commitments?”, *ELQ*, vol. 26 (1999), n.º 3, pp. 489-542.

¹⁸¹⁰ Cfr. um interessante estudo sobre algumas cláusulas desta lei: MELISSA A. THORME, “Antibacksliding: Understanding one of the Most Misunderstood Provisions of the Clean Water Act”, *Environmental Law Reporter — News and Analysis*, Environmental Law Institute, vol. XXXI, n.º 3, March 2001, pp. 10.322-10.329. As cláusulas “antibacksliding” do CWA proíbem a EPA de renovar uma autorização ao abrigo do sistema nacional de eliminação da poluição das descargas (NPDES, “national pollutant discharge elimination system”) em condições menos rigorosas que as da autorização anterior, com contadas excepções. Ou seja, os operadores autorizados a fazer descargas de efluentes têm de cumprir os limites da autorização em termos tais que lhe permitam fazer progressos para atingir os standards ou objectivos de qualidade da água, o que se pode tornar extremamente difícil. Em face desta regra (consagrada na Secção 402, al. o) do CWA), a Autora considera a autorização de descarga “equivalente a um contrato entre o poluidor e a agência regulatória”, alertando os titulares das autorizações para a necessidade de serem muito cautelosos em relação às cláusulas de tal autorização. Em todo o caso, o que nos interessa sublinhar é a concepção da autorização NPDES como equivalente a um contrato, o que reclama uma negociação prudente dos seus termos por parte dos respectivos titulares.

¹⁸¹¹ As *Significant New Use Rules* emitidas pela EPA ao abrigo da Secção 5, al. e) do *Toxic Substance Control Act* (TSCA) visam incentivar as empresas a entrar em acordos com as comunidades locais, servindo também de fundamento para a celebração de diversos acordos tanto pelo Governo Federal como pelos governos estaduais: cfr. JOHN MOFFET/FRAÇOIS BREGHA, “An Overview of Issues...”, cit., pp. 63-94 (p. 68). Estas regras são normalmente promulgadas pela EPA após a prática de uma decisão de consentimento, ao abrigo da disposição citada, tendo o conteúdo de vincular os produtores, importadores e transformadores de certas substâncias tóxicas a notificar a EPA pelo menos 90 dias antes de iniciarem qualquer actividade que a agência considere como um “novo uso significativo”.

¹⁸¹² A título meramente exemplificativo, vejam-se os dois casos apresentados por JOHN MOFFET/FRAÇOIS BREGHA (*ob. cit.*, pp. 68-70), o primeiro dos quais relativo ao Estado de New Jersey: o *New Jersey Pollution Prevention Act* impõe às instalações industriais a elaboração de planos de prevenção da poluição, que têm de ser actualizados todos os 5 anos, havendo todavia um programa de simplificação das autorizações (o *facility wide permit program*) ao abrigo do qual as empresas participantes desenvolvem planos, em colaboração ou de forma concertada com a administração responsável para que as suas instalações cumpram ou vão mesmo para além do mero cumprimento dos requisitos da autorização, recebendo em troca uma autorização “consolidada” que substitui as dezenas de autorizações que, de outra forma, necessitariam; o segundo tem lugar no Estado de Minnesota onde, com base num programa de saneamento de aterros (*Minnesota Landfill Cleanup Program*, relativo aos aterros municipais de resíduos sólidos) se estabelece um acordo vinculativo entre o Estado e o dono ou operador do aterro, tendo-se conseguido melhores resultados e um saneamento mais rápido do que ao abrigo do *Superfund*.

¹⁸¹³ Cfr. SARAH C. RICHARDSON, “The Changing Political Landscape of Hydropower Project Relicensing”, *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol’y Rev.*, vol. 25, n.º 2, Inter 2000, pp. 499-531.

mento das barragens produtoras de energia eléctrica sempre assumiu grande complexidade no direito norte-americano, com partilha de responsabilidades entre o Governo Federal e os governos estaduais, embora o Governo Federal tenha vindo a assumir uma posição de liderança, por intermédio da *Federal Power Commission*, depois convertida na FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*), entidade que atribuiu diversas licenças válidas por 50 anos nos anos trinta, quarenta e cinquenta do século xx, com base no *Federal Power Act* (FPA), tempo considerado suficiente para a recuperação dos investimentos respectivos e rentabilização dos projectos. Em face das preocupações ambientais que estas barragens foram levantando, em 1986 o Congresso promulgou o ECPA (*Electric Consumers Protection Act*), com o objectivo de reforçar a protecção ambiental, obrigando a FERC, nos processos de renovação das autorizações, a dar igual consideração à conservação da energia, preservação dos peixes e da vida selvagem, oportunidades recreativas e protecção da qualidade do ambiente.

À medida que foi sendo posto em marcha o processo de renovação das autorizações¹⁸¹⁴ suscitou-se nalguns casos a necessidade de proceder à desactivação da central hidroeléctrica. Em face dos enormes custos económicos e ambientais dessa desactivação, a FERC formulou em 1994 uma política de desactivação, a qual lhe permitia negar a renovação da licença, tendo-se verificado situações em que a desactivação foi operada no âmbito de um complexo acordo entre a FERC, o Estado onde se localizava a barragem, o operador da barragem, o consórcio das barragens a montante e a jusante e uma companhia de construção de barcos. Sarah Richardson defende convictamente estes acordos negociados de desactivação, os quais permitem obter "*trade-offs*" económicos e ambientais significativos, pelo que conclui¹⁸¹⁵ que este "modelo regulatório baseado em acordos" dá à FERC o poder de prorrogar e até de desactivar a barragem, o que encoraja os gestores hidroeléctricos a colaborar com os afectados e com todas as partes interessadas no sentido de obter um acordo potencialmente vantajoso para todas as partes.

A Holanda é habitualmente considerada como a pátria dos acordos voluntários ambientais e, em geral, a ordem jurídica onde se deram os primeiros passos firmes para a utilização do mecanismo contratual na ordenação jurídica do ambiente, numa abordagem sectorial ou "sector a sector". Desde 1989 que o Governo holandês, com base num plano nacional de acção em matéria ambiental adoptado nesse ano, desenvolveu um sistema de acordos negociados com a indústria, passando a trabalhar com diversos sectores industriais no sentido de estabelecer objectivos de redução da poluição tanto em geral para o sector, como para empresas específicas: no primeiro caso, depois de negociado o acordo com o sector, cada empresa celebra um acordo específico com o Governo¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁴ De acordo com KURT STEPHENSON (cfr. "Taking Nature into Account: Observations about the Changing Role of Analysis and Negotiation in Hydropower Relicensing", *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 25, n.º 2 (Winter 2000), pp. 473-498) um número de projectos que representa 20 % da capacidade de geração hidroeléctrica nacional iria apresentar requerimentos de novas licenças de funcionamento entre 2000 e 2010.

¹⁸¹⁵ Cfr. "The Changing Political Landscape...", cit., p. 530 e seg.

¹⁸¹⁶ Cfr. DANIEL J. FIORINO, "Toward a New System...", cit., pp. 485-487. No final da década de noventa JOHN MOFFET/FRAÇOIS BREGHA salientavam (cfr. "An Overview of Issues...", cit., p. 65 e segs.) a grande utilização dos acordos ambientais voluntários nos ordenamentos jurídicos europeus, aludindo ao protagonismo da Holanda, país que mais os usava, tendo então o Governo respectivo identificado já os vinte sectores que mais contribuíam para

Para além da Holanda, notou-se em geral na Europa o fomento do estabelecimento de acordos voluntários de redução da poluição por parte dos órgãos comunitários. O seu incentivo no Sexto Programa de Acção em Matéria de Ambiente foi evidente, como resulta da leitura da já citada Comunicação da Comissão aos outros órgãos europeus¹⁸¹⁷. De acordo com a abordagem estratégica proposta, conforme pode ser lido nesta Comunicação sobre o Sexto Programa de Acção, pretende-se que a realização dos objectivos ambientais da Comissão passe também por “Encorajar o mercado a funcionar de modo favorável ao ambiente” (2.3.), entendendo-se que um dos modos de “reforçar a parceria com a comunidade empresarial é o recurso a *acordos ambientais voluntários*, os quais têm de respeitar critérios rigorosos em termos de clareza de objectivos, transparência e monitorização e ser eficazes na consecução de objectivos ambientais ambiciosos” (itálicos nossos), aludindo-se no mesmo local à necessidade de “Encorajar o estabelecimento de compromissos e *acordos voluntários* que tracem *objectivos ambientais claros*” (itálicos nossos). E a propósito da *abordagem política* ao problema das alterações climáticas (3.3.) a Comissão anuncia que os seus esforços se desenvolverão para uma série de medidas que “poderão ser implementadas, por exemplo, através de uma legislação específica (...) de acordos ambientais com a indústria, da utilização de instrumentos de mercado e do apoio à aplicação de tecnologias avançadas”. É também mencionada, a propósito da utilização sustentável dos recursos naturais e dos resíduos (6.3.1.), um apelo à integração de considerações de eficiência na utilização dos recursos nas políticas de contratos públicos favoráveis ao ambiente e para a tentativa de influenciar a procura dos consumidores de produtos e processos que originem menos resíduos, por exemplo através de contratos públicos favoráveis ao ambiente. Por último, no que concerne à busca de uma melhor regulamentação das políticas baseadas na participação e em conhecimentos sólidos (8.1.), menciona-se entre as “alternativas à regulamentação tradicional” o caso dos “compromissos e acordos voluntários, que poderão melhorar a capacidade de inovação e mudança das empresas”¹⁸¹⁸.

Para além dos países europeus e do caso norte-americano, há outros países que têm estado fora da nossa atenção onde a utilização de acordos ambientais se tem mostrado

a poluição, procurando desenvolver declarações de intenção com os seus representantes, traduzidas depois em planos detalhados para todo o sector ou em planos específicos para cada empresa.

¹⁸¹⁷ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre o sexto programa de acção da Comunidade Europeia em matéria de ambiente “Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha”.

¹⁸¹⁸ Sobre a importância dos acordos voluntários no direito comunitário, cfr. SANCHEZ SÁEZ, “Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente”, *RAP*, n.º 163 (Enero-Abril 2004), pp. 279-310 (pp. 279-286). Com um âmbito de análise mais alargado, incidindo sobre os acordos ambientais celebrados em alguns Estados-membros da UE (Holanda, Dinamarca, Alemanha e França) mas analisando igualmente a influência da Comissão e algumas das suas directrizes sobre acordos ambientais, cfr. CAROLINE LONDON, “Instruments économiques et droit communautaire”, *RJE*, n.º 1/1998, pp. 31-48 (pp. 37-40). Nas tomadas de posição da Comissão Europeia sobre o tema citadas pela Autora realça-se a preferência pela *forma contratual* (maiores segurança jurídica e garantias para a realização dos objectivos), seja ela de direito público ou de direito privado; as vantagens de *publicação* dos contratos, bem como de definir o mais precisamente possível o objecto do acordo, as partes envolvidas e as obrigações de cada uma, a duração do contrato, a sua revisão, a rescisão unilateral, preconizando ainda a previsão de compromissos quantitativos e de sanções. Ainda sobre a utilização dos “acordos sectoriais em matéria ambiental” no espaço europeu, com alusão a exemplos da Bélgica, Alemanha, Espanha e França, sob o impulso do direito europeu, cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 41 e seg..

pujante. É isso que acontece, designadamente, com o Japão, com uma celebração muito frequente de acordos ambientais voluntários entre empresas individuais e administrações locais, salientando-se a existência de grandes factores de pressão a “forçarem” as empresas a cooperar, bem como a prestação de orientação administrativa por parte dos co-contratantes públicos; o mesmo se passa no Canadá, onde o licenciamento e a regulação de um grande número de projectos que envolvem utilização de recursos são feitos por intermédio de acordos especiais, à semelhança do que se passa na Austrália¹⁸¹⁹.

Entre as diversas vantagens da opção por mecanismos contratuais ou acordos mais ou menos informais na regulação da questão ambiental — para além da já citada concretização do princípio da cooperação, de tão grande significado no direito ambiental dos nossos dias — está subjacente todo o lastro de benefícios decorrentes da utilização dos instrumentos económicos, de mercado e de orientação indirecta dos comportamentos: o apelo a uma regulação mais flexível, menos impositiva, mais motivadora e impulsionadora da convocação dos interesses egoístas dos poluidores potenciais, maior eficácia e eficiência e, pelo menos em parte, ganhos em termos de simplificação e aceleração das medidas de tutela ambiental.

Especialmente no caso de tais acordos serem devidamente concebidos por forma a potenciar os ganhos ambientais e a sua eficácia, as vantagens podem ser inúmeras. Como destacaram, de forma relativamente desenvolvida, John Moffet e François Bregha¹⁸²⁰, para além dos ganhos resultantes de uma abordagem mais pró-activa, as empresas que celebrem estes acordos podem alcançar importantes reduções de custos devido à maior flexibilidade transmitida por estes instrumentos, propiciando uma relação mais paritária com os poderes públicos e uma melhor imagem pública, ao passo que as autoridades administrativas beneficiam de ser a própria indústria a assumir o domínio do problema, com a redução dos custos administrativos, não sendo ainda de descurar o facto de haver mais e melhor informação sobre a poluição produzida e as oportunidades de evitar processos de regulação longos e caros. Na mesma linha, a avaliação destes acordos poderá conduzir à verificação da sua *efectividade ambiental* (obtendo-se níveis de protecção mais elevados do que os resultantes da aplicação dos standards de comando e controlo), a resultados positivos ao nível da “cultura” da empresa (encorajamento de comportamentos pró-activos, na medida em que o centro das respostas é transferido da Administração para as empresas), dos custos (uma melhor relação custo-benefício para as empresas, devido à flexibilidade, embora os possíveis altos custos de negociação possam constituir um problema, assim como os resultantes das exigências de monitorização e divulgação de informação; da parte da Administração, a ponderação entre custos e benefícios afigura-se bastante complexa) e da confiança (só se os acordos forem efectivos é que eles poderão ser publicamente aceites como alternativa ou suplemento credível da regulação)¹⁸²¹.

¹⁸¹⁹ Sobre diversas “experiências internacionais” de utilização de acordos voluntários em sede ambiental, cfr. JOHN MOFFET/FRANÇOIS BREGHA, “An Overview of Issues...”, cit., pp. 64-72.

¹⁸²⁰ Cfr. “An Overview of Issues...”, cit., pp. 74-80. Esta análise é feita em relação aos “critérios a usar para avaliar os acordos ambientais voluntários”, concluindo-se que o seu cumprimento determinará as correspondentes vantagens.

¹⁸²¹ Cfr. JOHN MOFFET e FRANÇOIS BREGHA, *ob. cit., loc. cit.*. Em face desta avaliação, os Autores apresentam

Ainda no que se refere em particular à realidade norte-americana¹⁸²², as características mais relevantes para garantir a efectividade destes acordos passam pelo seu estabelecimento através de *processos transparentes* (o envolvimento do público é decisivo para o seu sucesso); pela fixação de objectivos e alvos claros; pela concessão de incentivos à participação que acrescem aos incentivos inerentes à mera celebração do acordo, em particular à flexibilidade¹⁸²³; a existência de mecanismos de monitorização e divulgação de informação constitui também um ponto sensível, na medida em que o público necessita de ter conhecimento para haver encorajamento ao cumprimento; e, por último, pela existência de mecanismos juridicamente relevantes de garantia do cumprimento.

As vantagens da utilização destes acordos podem ser ainda mais evidentes no caso dos acordos informais. Os acordos ambientais informais não são apenas os que não revestem forma contratual, mas também aqueles que, revestindo-a, contêm na fase pré-contratual elementos que se integram na actuação administrativa informal¹⁸²⁴. De acordo com M. Kloepfer, as notas distintivas destes acordos são as de a sua formação não estar vinculada a pressupostos determinados nem resultarem deles efeitos jurídicos directos, uma vez que não contêm indicações de comportamento juridicamente vinculativas, aparecendo sob a forma de "acordos de cavalheiros" ou declarações de intenção (*gentlemen's agreements*)¹⁸²⁵. Quando eles assumem funções reguladoras (contratos que, no fundo, são substitutivos de normas) traduzem-se numa auto-limitação das partes, podendo as suas consequências económicas fazer-se sentir não apenas para estas mas também para terceiros (é o que acontece com os acordos estabelecidos no domínio do direito dos resíduos ou no dos materiais), apresentando entre as suas principais vantagens as da flexibilidade, adaptabilidade e do estímulo ao recurso a peritos ou mandatários de protecção ambiental pelas empresas, os quais diminuem as necessidades de controlo público, sendo simultaneamente um meio mais suave e favorável à liberdade do operador; entre as suas desvantagens são de referir a diminuição ou mesmo ausência de possibilidade de controlo e sancionamento, bem como

ainda as circunstâncias que tornam recomendável o recurso aos acordos ambientais voluntários (pp. 81-83): os três principais factores a ponderar, para responder a esta questão, são a *estrutura e capacidade da indústria* em questão (o número de empresas, os custos de cumprimento, a utilização de sistemas de gestão ambiental, o facto de terem uma liderança efectiva, etc.); o *contexto político* (tem de haver um contexto político e legislativo de apoio aos acordos); e a *cultura política* (que passa, por exemplo, pela existência de altos níveis de consciência ambiental por parte do público e de mecanismos de efectiva supervisão, os quais favorecem o seu estabelecimento).

¹⁸²² Seguimos novamente o estudo citado de JOHN MOFFET e FRANÇOIS BREGHA, pp. 88-93.

¹⁸²³ Podem ser concedidos *benefícios positivos*, como a dispensa do cumprimento estrito de requisitos regulatórios, reconhecimento através de prémios ou publicidade, assistência técnica, acesso privilegiado a outros programas públicos, designadamente de promoção de exportações, incentivos financeiros, etc.; e desvantagens ou prejuízos pela sua não celebração, como por exemplo ameaça de intervenção administrativa através da regulação, incidência de taxas ou de impostos, publicidade negativa, pressão dos consumidores, etc.

¹⁸²⁴ A propósito dos "novos desafios da legalidade administrativa" e, mais concretamente, da "marginalização formal da legalidade", PAULO OTERO mostra que as actuações informais incidem também sobre os trâmites procedimentais da negociação ou concertação, quando salienta que a *actuação administrativa informal* se perfila como "alternativa a um agir procedimental da Administração Pública dentro do quadro formal normativo", podendo ser observada no domínio da negociação ou concertação do procedimento administrativo decisório bilateral (procedimentos contratuais), incluindo a preparação de decisões administrativas de elevada complexidade: cfr. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, pp. 183-187.

¹⁸²⁵ Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 407. A análise das suas *funções*, onde se evidenciam as respectivas vantagens, é sustentada pelo mesmo Autor na mesma obra, pp. 408-414.

a eventualidade de limitação da concorrência. Quando se trate de *acordos ambientais referidos a projectos específicos*, procedendo à aplicação ou execução de normas ambientais em relação a esse projecto, são um sinal claro da flexibilidade por comparação com a rigidez do direito da ordenação, o que lhes atribui as vantagens de a Administração poder intervir atempadamente no planeamento do projecto (uma boa condução das negociações prévias pode conduzir a evitar posteriores litígios, um pouco à imagem do que acontece na fase de “scoping” da AIA), sendo porventura a sua desvantagem mais relevante a hipótese de haver uma assimetria em relação a outros potenciais participantes no procedimento, que em regra são afastados dessas negociações prévias.

No que se refere à tipologia dos acordos e contratos ambientais, a questão apresenta-se rodeada de grande diversidade e, por isso mesmo, acentuada complexidade — designadamente porque é possível apresentar uma categorização muito diferenciada, em função dos vários critérios que presidam à classificação. Na impossibilidade de levarmos a cabo tal tarefa, que ultrapassaria em muito os limites do tratamento que queremos dispensar aos acordos ambientais, limitar-nos-emos a aludir a algumas das suas principais categorias. A própria diversidade das designações dos instrumentos consensuais postos ao serviço da tutela ambiental — acordos, contratos, protocolos, códigos de conduta, declarações de intenções, etc. — não é senão o reflexo de uma multiplicidade de critérios que podem ser utilizados nesta classificação: diferentes tipos de contratos quanto às *partes envolvidas* (entre entidades públicas ou entre um órgão administrativo, em princípio o governo, e organizações representativas de um sector industrial ou empresas específicas ou, ainda, organizações não governamentais de ambiente), quanto ao *objecto* (podem incidir sobre a elaboração de um produto, sobre a reciclagem de resíduos ou sobre a informação a ser utilizada num produto), quanto ao *regime jurídico* (meras declarações de intenção ou contratos juridicamente vinculativos e, dentro destes últimos, celebrados ao abrigo do direito civil ou com base no direito administrativo) e, por último, quanto à *função* que desempenham em relação ao regime legal vigente, que tanto pode ser uma função de “ponte” (meio usado até existir regulamentação legal), de suporte (ajudar ou completar a legislação vigente ou futura) ou uma função independente (substituem a legislação)¹⁸²⁶.

A distinção entre acordos informais ou *gentlement's agreements* (que já deixámos caracterizados) e contratos juridicamente vinculativos afigura-se particularmente relevante, sendo também fundamental separar, dentro destes últimos, os contratos jurídico-privados, disciplinados pela lei civil, e os contratos jurídico-públicos, sendo estes os que mais nos interessam, na medida em que são celebrados no uso de poderes jurídico-administrativos que permitem à Administração utilizar uma forma *alternativa à prática de um acto administrativo*, podendo os contratos jurídico-públicos aparecer como contratos de *subordinação* ou de *colaboração subordinada* (a Administração mantém-se numa posição de supra-ordenação em relação à parte privada) ou como contratos de *colaboração* ou de *cooperação paritária*, quando tal posição de superioridade não existe, sendo isso o que acontece, designadamente, nos contratos celebrados entre entidades públicas¹⁸²⁷.

¹⁸²⁶ Neste sentido, cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 42 e seg.

¹⁸²⁷ Sobre o relevo desta distinção para os contratos ambientais, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 400 e seg. O Autor assinala ainda como tipos de contratos especiais dentro dos contratos jurídico-públicos o contrato de tran-

Também no âmbito da actividade do Estado como regulador da economia se estuda a diferente tipologia dos *contratos económicos* a qual releva, de alguma forma, para a categorização dos contratos ambientais. A própria noção de *contrato económico* demonstra a sua importância ao nível da tutela ambiental, uma vez que ele pode ser definido como “um meio de o Estado pôr em prática as suas políticas económicas, tendo em vista assegurar a coerência dos comportamentos das empresas com aquelas políticas”, tratando-se “de contratos de atribuição, que têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao co-contratante da Administração, celebrados com fins de intervenção económica”, tendo como nota comum o facto de as empresas contratantes assumirem certas obrigações, em contrapartida de prestações a que o Estado se obriga¹⁸²⁸.

Quanto à sua tipologia, autonomizam-se desde logo os *contratos-programa*, que pressupõem uma negociação entre as partes visando a definição de compromissos (devem conter um *programa* das actividades a desenvolver e dos resultados a obter pela empresa ou empresas contratante(s)) e cujo objectivo tradicional era permitir a execução do plano mas que hoje se utilizam para a prossecução de outros objectivos, designadamente em matéria de *política ambiental*¹⁸²⁹. Os *contratos de desenvolvimento* podem ser vistos como uma variante daqueles, sendo no entanto revestidos de especificidades, uma vez que se traduzem no fornecimento de estímulos e auxílios pelo Estado como contrapartida de iniciativas de organização e desenvolvimento enquadradas nas linhas da política de desenvolvimento regional ou nacional. Nos contratos fiscais, pelo seu lado, as contrapartidas oferecidas pelo Estado são vantagens fiscais outorgadas aos empresários que desenvolvam projectos de investimento relevantes para o interesse público¹⁸³⁰.

No direito comparado, esta diversidade dos tipos de contratos ambientais tem sido amplamente posta em relevo pela doutrina, considerando alguns autores que a designação de acordos “voluntários” pode ser, muitas vezes, enganosa, pois o que em múltiplas situações está efectivamente em causa é a realização de acordos de *execução*¹⁸³¹. Em todo o

sacção ou de compromisso (*Vergleichsvertrag*, previsto no § 55 da *VwVfG*) e o *contrato de permuta* ou *contrato administrativo sinalagmático* (*Austauschvertrag*, disciplinado no § 56 da mesma lei alemã).

¹⁸²⁸ É esta a noção proposta por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS ET ALLII (*Direito Económico*, cit., p. 213 e seg.), directamente apoiados na lição de SÉRVULO CORREIA (*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 422 e segs. e 775). A tipologia dos contratos económicos que vai ser a seguir apresentada em texto apoia-se ainda em ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS ET ALLII (*Direito Económico*, cit., pp. 214-218).

¹⁸²⁹ Ainda segundo ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS ET ALLII (*Direito Económico*, cit., p. 491), a utilização pelo Estado do contrato-programa para a promoção de objectivos de política ambiental pode ser feita quer nas relações entre o Estado e as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional e os municípios (visando encorajar investimentos públicos de âmbito municipal), quer nas relações entre aquele e as empresas industriais e suas associações (com o objectivo de estimular a redução das emissões poluentes, a economia dos consumos de água e energia ou a recuperação de matérias primas, entre outros).

¹⁸³⁰ A figura dos contratos fiscais foi amplamente desenvolvida entre nós por CASALTA NABAIS, especialmente ao nível da sua admissibilidade constitucional: cfr. *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

¹⁸³¹ Cfr. DUNCAN LIEFFERINK/ARTHUR P. J. MOL, “Voluntary Agreements...”, cit., p. 181. Esta visão explica também o sentido bastante crítico com que estes Autores encaram a alegação de que estes contratos seriam uma forma de desregulação, sendo mais o reflexo da nova atitude do Estado no tratamento da questão ambiental, face à inefectividade dos instrumentos de comando e controlo.

caso, tomando por boa a designação de “acordos ambientais voluntários”, a doutrina norte-americana assinala a sua diferente tipologia: eles podem ser estabelecidos para negociar o (controlo do) *cumprimento* das obrigações regulatórias que resultam das normas vigentes aplicáveis ou (d) a *performance* ambiental, em especial a relativa a aspectos não regulados; podem ser *reactivos* ou *pró-activos*; uns assumem carácter vinculativo, ao passo que outros não são vinculativos; tanto há acordos *não estatutários*, isto é, em que os direitos das partes estão circunscritos aos termos das cláusulas acordadas e às regras gerais que regulam o direito dos contratos (constituem a regra), como acordos *estatutários*, quando o acordo está codificado e a violação dos seus termos significa o não cumprimento legal ou regulamentar (são excepcionais)¹⁸³².

Centrando-nos, por último, nalguns tipos de instrumentos consensuais utilizados — ou, pelo menos, consagrados na lei — na ordenação jurídica do ambiente em Portugal, cumpre começar por mencionar os *contratos de redução da carga poluente*, previstos desde 1987 no art. 35.º da LBA¹⁸³³: depois de prever, no n.º 1, a possibilidade de ser determinada a *redução* ou *suspensão temporária* ou definitiva (isto é, o encerramento) das actividades geradoras de poluição que ultrapassem os limites de emissões, efluentes ou resíduos estipulados na lei, admite-se (n.º 2) a celebração de contratos-programa entre o Governo e os responsáveis pelas actividades poluidoras, com vista à redução gradual da carga poluente, no pressuposto de que da continuação da laboração não decorram riscos significativos para o homem ou para o ambiente (n.º 3). Está em jogo o não exercício do poder administrativo sancionador — aqui com consequências gravíssimas, potencialmente o encerramento da instalação — conduzindo a celebração do contrato a uma espécie de consentimento tácito da Administração de que não exigirá o cumprimento dos standards ambientais durante o período pelo qual o contrato perdure e em que o operador vai reduzindo a poluição. No fundo, há uma tolerância administrativa na ultrapassagem dos limites fixados legalmente, acompanhada eventualmente de apoios técnicos, financeiros ou fiscais e o compromisso do agente poluidor que vai reduzir a carga poluente para níveis aceitáveis — o que reforça a grande similitude com os contratos de adaptação ambiental, que vamos referir a seguir¹⁸³⁴.

Três anos mais tarde, com a aprovação das normas de qualidade da água, por intermédio do Decreto-Lei n.º 74/90, de 7 de Março, surgiu um novo impulso para a celebração de

¹⁸³² Cfr. JOHN MOFFET/FRAÇOIS BREGHA, “An Overview of Issues...”, cit., pp. 72-74.

¹⁸³³ Desenvolvidamente sobre estes contratos, cfr. PAULO CASTRO RANGEL, *Concertação, Programação e Direito do Ambiente (A propósito do sentido e da causa-função do contrato-programa de redução da carga poluente)*, Argumentum 7, Coimbra Editora, 1994, pp. 47-101. Uma vez que a “regulação-intervenção” do Estado, na defesa do ambiente tem de ser concertada e programada, o contrato-programa surge, na opinião do Autor, como instrumento idóneo para a associação da concertação à programação (p. 97 e seg.). O contrato previsto no art. 35.º da LBA é “um contrato administrativo, celebrado entre a Administração e uma ou mais entidades poluidoras, com carácter derogatório de certas normas regulamentares de qualidade ambiental, carácter derogatório esse pré-ordenado a uma reconversão da unidade poluente, que lhe permita, na vigência da relação contratual, atingir níveis de poluição compatíveis com as referidas normas provisoriamente «afastadas»”, sendo “configurável como um dúctil instrumento de *regulamentação* da lei” (p. 100 e seg.).

¹⁸³⁴ Na verdade, a propósito destes contratos de adaptação ambiental FERNANDA MAÇAS salienta: “o seu objecto é o não exercício do poder sancionador por parte da Administração. Com efeito, através deles a Administração como que se compromete a não exigir o cumprimento das regras ambientais durante o período de tempo acordado para a adaptação tecnológica das empresas aos objectivos ambientais”: cfr. “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 49.

contratos ambientais. No art. 40.º deste diploma definia-se a noção e o âmbito das normas gerais de descarga: de acordo com o n.º 2 a preservação do meio aquático da poluição por substâncias perigosas faz-se por eliminação ou redução das substâncias previstas nas listas constantes dos anexos. Todavia, em face da al. b) do n.º 3, para facilitar a aplicação das normas de descargas de águas residuais às instalações existentes, o director-geral da Qualidade do Ambiente deveria fixar um prazo de adaptação para o correspondente sector de actividade. Tal fixação, nos termos da norma em apreço, deveria ser feita por despacho. No entanto, com base nesta norma, vieram a ser celebrados diversos “acordos voluntários de adaptação à legislação ambiental” (também chamados “acordos sectoriais” ou “protocolos de adaptação à legislação ambiental”)¹⁸³⁵, os quais tinham por objectivo definir aquele prazo de adaptação, não por via de despacho unilateral mas por intermédio de acordo, concedendo às empresas prazos razoáveis para se modernizarem e adaptarem às novas exigências legais, sendo os termos e os prazos dessa adaptação estipulados num “Plano de Adaptação do Sector à Legislação Ambiental”, estabelecido entre o Governo e as associações representativas do sector em questão: as empresas que posteriormente aderissem obrigavam-se ao cumprimento das prescrições e dos prazos acordados no Plano, tolerando a Administração contratante, durante o período de vigência do contrato, a emissão de cargas poluentes superiores às legais sem o sancionamento das empresas abrangidas¹⁸³⁶. De acordo com Mark Kirkby os contratos de adaptação ambiental não foram só utilizados no domínio do combate à poluição do meio aquático mas como instrumento transversal de toda a política e combate à poluição, nos mais diversos domínios. Assim, ao longo da década de noventa, foram celebrados com diversas associações representativas da indústria: em 1988 com as associações representativas da indústria da pasta de papel, em 1989 com o sector dos couros, em 1990 com os das embalagens em vidro e das embalagens de cartão para líquidos e, a partir de 1995, foram celebrados acordos com um conjunto alargado de sectores económicos, sempre com vista à *adaptação gradual* das empresas às normas ambientais, abrangendo 18 sectores da actividade industrial, com a celebração de 26 contratos de adaptação ambiental e a adesão expressa de 3.655 empresas¹⁸³⁷. Em todo o caso, a doutrina faz uma apreciação crítica destes acordos, quer quanto aos resultados ambientais alcançados, quer no que toca à sua compatibilidade com as regras jurídicas vigentes¹⁸³⁸.

¹⁸³⁵ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 44 e seg.

¹⁸³⁶ IDEM, *IBIDEM*.

¹⁸³⁷ Cfr. MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental — A concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 14 e seg. (nota 2). De acordo com os dados fornecidos por FERNANDA MAÇÃS (“Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 46) os sectores abrangidos por estes acordos em 1996 eram os da suinicultura, leite e lacticínios, transformação do tomate, química de base, metalúrgica, Assimagri (Associação Portuguesa dos Industriais de Mármore e Ramos Afins e Associação dos Industriais de Pedra do Norte) e APIGN (Federação que incluía Sabão e Detergentes, Refinação e Extracção de Girassol, Margarinas e Gorduras Alimentares e Cosmética, Perfumaria e Higiene Pessoal), óleos e, finalmente, a Associação Industrial de Água.

¹⁸³⁸ Sobre os fracos resultados ambientais alcançados, cfr. FERNANDA MAÇÃS (*ob. cit., loc. cit.*), Autora que também formula uma série de críticas sob o ponto de vista jurídico, nomeadamente a diluição de responsabilidades resultante de os acordos terem sido assinados pelas estruturas associativas, vindo a configurar-se como “meros protocolos ou meros acordos de intenções, sem natureza contratual” (p. 47). Em relação às dúvidas quanto à sua compatibilidade com princípios e normas e ao facto de a sua utilização ser mais resultado da prática administrativa

Com a revogação deste diploma legal pelo Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de Agosto (“Estabelece normas, critérios e objectivos de qualidade com a finalidade de proteger o meio aquático e melhorar a qualidade das águas em função dos seus principais usos”) os acordos até aqui celebrados ganharam uma base legal mais consistente, convertendo-se em verdadeiros *contratos de adaptação ambiental*, a epígrafe do respectivo art. 78.º. De acordo com o n.º 1, “Com vista à adaptação à legislação ambiental em vigor (...) das instalações industriais e agro-alimentares em funcionamento (...) e à redução da poluição causada pela descarga de águas residuais no meio aquático e no solo, poderão ser celebrados, entre as associações representativas dos sectores, por um lado, e os Ministério do Ambiente e Ministério responsável pelo sector da actividade económica, por outro, contratos de adaptação ambiental”. A ideia que preside à celebração destes contratos continua a ser a mesma (cfr., em especial, o n.º 3 do art. 78.º): a concessão de um prazo de adaptação ao cumprimento das normas legais obrigatórias (relativas a descargas), cumprimento esse que pode ser derogado ou isentado. O seu aspecto porventura mais singular reside no facto de eles aparecerem revestidos de *conteúdo quase regulamentar*, uma vez que o mesmo n.º 3 prevê a possibilidade de os contratos incluírem a fixação de normas sectoriais de descarga no meio aquático, consubstanciando-se, assim, na definição geral e abstracta de normas de polícia administrativa para um determinado sector industrial, muito próximas de poder ser consideradas cláusulas regulamentares¹⁸³⁹.

De notar ainda a consagração, neste Decreto-Lei n.º 236/98, da figura dos *contratos de promoção ambiental*, previstos no respectivo art. 68.º e destinados a promover a “melhoria da qualidade das águas e da protecção do meio aquático através da redução gradual da poluição causada pela descarga de águas residuais no meio aquático e no solo” (n.º 1), remetendo expressamente para a base legal constituída pelo já citado art. 35.º, n.º 2, da LBA e tendo por objecto a concessão de um prazo, a fixação de um calendário e a definição de normas de descarga mais exigentes do que as vigentes, tudo a cumprir pelas empresas aderentes (n.º 3). De notar que o art. 64.º, disciplinador das normas de descarga de águas residuais, ressalva no seu n.º 3 a aplicação das normas constantes destes contratos que prevalecem, para as instalações por eles abrangidos, na fixação dos valores limite de emissão, sobre os parâmetros estabelecidos no diploma legal¹⁸⁴⁰.

Ainda neste domínio, a Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro), tem várias previsões sobre contratos ambientais, designadamente a propósito da celebração de contratos-programa, de protocolos ou contratos de parceria e de contratos de concessão de utilizações privativas dos recursos hídricos do domínio público. Também aqui se destacam os *contratos de adaptação ambiental* regulados no art. 96.º, que mais uma vez se configuram como *contratos de derrogação temporária da legislação ambiental*, ao permitirem que a entidade administrativa responsável determine a apresentação, pelo infractor, de um “projecto de recuperação” que assegure o cumprimento dos deveres jurídicos exigíveis (n.º 1),

do que das regras plasmadas pelo legislador, MARK KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental...*, cit., p. 16.

¹⁸³⁹ Neste sentido, cfr. MARK KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental...*, cit., p. 81 e segs. — o qual salienta o paralelo desta parte “regulamentar” com o expediente das condições colectivas de trabalho.

¹⁸⁴⁰ Sobre a comparação destes *contratos de promoção ambiental* com os *contratos de adaptação ambiental*, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito...*, cit., pp. 209-215.

estabelecendo-se no n.º 2 que, no caso de o projecto ser aprovado pela autoridade nacional da água ele deve ser objecto de um *contrato de adaptação ambiental*, ao qual a lei confere expressamente o estatuto de contrato administrativo a celebrar entre a entidade licenciadora e o infractor (n.º 2).

Em relação a outras previsões legais da figura dos acordos e contratos ambientais fora do direito das águas, o Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro (regime de protecção e controlo da qualidade do ar) previa, no seu art. 17.º, a possibilidade de tanto os “sectores industriais” como as empresas estabelecerem contratos-programa de redução de emissões com a Administração, com a possibilidade de prorrogação do período de adaptação (de 5 anos, de acordo com o n.º 1, para 10 anos) aos limites de emissão da portaria que viesse a fixar os valores limites e os valores guias no ambiente para o dióxido de enxofre, partículas em suspensão, dióxido de azoto, monóxido de carbono e ozono e o valor limite para o chumbo (cfr. os n.º 1 e 4 deste art. 17.º e o n.º 1 do art. 5.º). Todavia, o Decreto-Lei n.º 78/2004, que revogou este diploma, deixou de contemplar a possibilidade de celebração de tais contratos.

Em suma, dentro da diferente tipologia de contratos ambientais, a figura que assumiu maior importância no direito positivo português foi a dos *contratos de adaptação ambiental* que se apresentam sobretudo com o objecto do *não exercício do poder sancionador pela Administração*, comprometendo-se esta a não exigir o cumprimento de regras ambientais durante o período de tempo acordado para adaptação tecnológica das empresas aos objectivos ambientais¹⁸⁴¹, obtendo em troca uma progressiva adaptação dos poluidores às exigências ambientais que poderá, nalguns casos, ir mesmo para além do estrito cumprimento das exigências legais renovadas.

Quanto à sua natureza jurídica, e segundo a opinião de Mark Kirkby¹⁸⁴², trata-se de uma *figura jurídica complexa*, na medida em que se desdobra em dois pactos ou acordos: por um lado, o “acordo-quadro” celebrado entre a Administração e a associação empresarial; por outro, as posteriores adesões individuais das empresas, que constituem vínculos autónomos. Mas qualquer um dos vínculos tem natureza contratual, porque as empresas, singularmente consideradas, mantêm a possibilidade de não aderir ao acordo-quadro, sendo a vontade destas últimas constitutiva da relação. Para além da sua natureza contratual, e na medida em que mesmo após a entrada em vigor do CCP continua a fazer sentido a autonomização substancial da categoria dos contratos administrativos¹⁸⁴³, segue-se a conclusão de que se

¹⁸⁴¹ Cfr. FERNANDA MAÇÃS, “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 49.

¹⁸⁴² Cfr. *Os Contratos de Adaptação Ambiental...*, cit., pp. 96-103.

¹⁸⁴³ Apesar de o CCP o fazer em termos diferentes do que fazia o CPA, dispensando o recurso à figura da relação jurídica administrativa para definir a administratividade do contrato e recorrendo, no seu lugar, a factores de administratividade os quais, estando presentes, conferem natureza administrativa ao contrato (sobre esta questão, cfr. PEDRO GONÇALVES, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *CJA*, n.º 63, pp. 36-46, p. 48). Assim, de acordo com o n.º 6 do art. 1.º do CCP, os critérios que permitem qualificar um contrato como administrativo são a *qualificação legal*, a *submissão a um regime substantivo de direito público* (aqueles que por força da lei ou da vontade das partes estejam submetidos a um tal regime), a *vontade das partes* (que podem sempre qualificá-lo como administrativo, embora tal possibilidade não deva permitir que se transforme um contrato de direito privado num contrato administrativo), o *carácter público do seu objecto* (contratos com objecto passível de acto administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos), os que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público. Criticamente sobre a

trata de contratos administrativos, pois todos os critérios utilizados para a diferenciação destes são preenchidos, acima de tudo o facto de serem contratos com objecto passível de acto administrativo, já que envolvem o exercício típico da função administrativa (são uma forma de exercício de poderes administrativos em alternativa à prática de um acto administrativo)¹⁸⁴⁴.

Para além dos tipos de contratos ou acordos ambientais celebrados nas ordens jurídicas internas, cumpre assinalar outros domínios em que se recorre a expedientes contratuais mais ou menos formalizados. Antes de mais, para falar da sua aplicação em geral à *gestão do risco* que não é necessariamente ambiental. Cass Sunstein propõe uma mudança de larga escala no direito de redução do risco, com base em quatro estratégias alternativas, todas prometendo benefícios regulatórios a um custo mais baixo: a divulgação da informação, os incentivos económicos, o "ambientalismo de livre mercado" e os *contratos de redução do risco*¹⁸⁴⁵. Nestes contratos, a Administração limita-se a fixar os objectivos básicos aos geradores do risco (em princípio, mas não necessariamente, um risco ambiental), entrando depois num acordo no qual se convencionam o atingir de tais objectivos, mas deixando os meios de cumprimento ao sector privado.

Mas queremos, sobretudo, pôr em evidência o largo campo de utilização que os acordos ambientais têm tido na arena internacional, seguindo diversas sugestões doutrinárias nesse sentido. A própria Edith Brown Weiss, na sua paradigmática obra sobre a justiça ambiental intra e intergeracional, não deixa de salientar a necessidade premente de serem celebrados *acordos normativos internacionais* que permitam a prevenção dos danos, mais do que tentar compensá-los mais tarde, o que se enquadra na sua concepção do planeta Terra como um "global commons" ou património comum partilhado por todas as gerações¹⁸⁴⁶.

Outras propostas, em sentido idêntico, vão no sentido tanto de considerar os acordos ambientais internacionais como uma peça fundamental do *direito ambiental global* emergente¹⁸⁴⁷, como no de mostrar a importância destes acordos internacionais para uma recepção mais ampla e plena do *princípio da precaução*, o qual tem tido uma aplicação porventura mais efectiva no domínio internacional¹⁸⁴⁸.

manutenção desta opção dualista, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, para quem "a distinção cortante entre dois mundos é desarmónica e imprópria, como se o regime geral dos contratos de natureza administrativa pudesse ser unicitário e radicalmente aplicado a uma categoria de contratos de direito público, sem considerar o *continuum* no conjunto extremamente diversificado dos contratos celebrados pela administração": cfr. "A propósito do regime do contrato administrativo no código dos contratos públicos", in: PEDRO GONÇALVES (organ.), *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Coimbra Editora, vol. II, 2010, pp. 7-39 (p. 13).

¹⁸⁴⁴ Conclusão ainda suportada no estudo de MARK KIRKBY, *ob. cit.*, *loc. ult. cit.*

¹⁸⁴⁵ Cfr. "Tools", *cit.*, pp. 251-258 (pp. 282-286). Para além de alguns exemplos do direito europeu (da Holanda e da própria CE) e do Japão, o Autor refere contratos de redução do risco celebrados nos EUA, todos na arena ambiental: os contratos de controlo da tecnologia do CAA 1990; os *planos de conservação dos habitats*, que incluem "bancos" de habitats; o *Projecto xl*; os SEP ("supplemental environmental projects", por intermédio dos quais a EPA, em caso de violação de leis ambientais, em vez de reagir com sanções celebra um acordo pelo qual o violador se compromete a empreender um projecto ambiental em troca da renúncia de parte da sanção financeira imposta por lei); o *Green Lights Program* da EPA; e o Programa 33/50.

¹⁸⁴⁶ Cfr. EDITH BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations...*, *cit.*, p. 291.

¹⁸⁴⁷ Cfr. TSEMING YANG/ROBERT V. PERCIVAL, "The Emergence...", *cit.*, p. 623 e seg., 629 e seg. e 655 e seg.

¹⁸⁴⁸ Cfr. SCOTT LAFRANCHI, "Surveying the precautionary principle's ongoing global development: the evolution of an emergent environmental management environmental tool", *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 32, n.º 3, 2005, pp. 679-720.

Em Portugal, há múltiplos acordos internacionais adoptados e ratificados, a maioria dos quais sob a égide das Nações Unidas, em especial no quadro da UNECE, sendo a APA a autoridade administrativa responsável pela aplicação e execução destes acordos multilaterais de ambiente (AMA)¹⁸⁴⁹.

Regressando ao direito europeu, é inevitável apontar o novo direito da contratação pública, fundado nas Directivas 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais) e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços).

No Preâmbulo do primeiro destes diplomas salienta-se (considerando (12)) a necessidade de integração das exigências em matéria de protecção ambiental na definição e execução das políticas e acções da Comunidade com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável, clarificando a directiva “a forma como as entidades adjudicantes poderão contribuir para a protecção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, garantindo ao mesmo tempo a possibilidade de obterem para os seus contratos a melhor relação qualidade/preço”. Para esse efeito, as *especificações técnicas* relativas ao caderno de encargos e aos documentos do contrato (art. 34.º) devem ser formuladas em termos de desempenho ou de exigências funcionais, “podendo estas últimas incluir características ambientais” (al. b) do n.º 3). Reconhecendo-se no art. 38.º a possibilidade de as entidades adjudicantes fixarem *condições especiais de execução do contrato*, as quais podem visar considerações de índole social e ambiental. É muito significativa a previsão, nos *critérios de adjudicação*, das características ambientais como um dos elementos com base nos quais as entidades adjudicantes devem tomar a sua decisão (art. 55.º, n.º 1, al. a)).

Na Directiva 2004/18/CE encontram-se normas idênticas, nomeadamente no que toca às especificações técnicas (al. b) do art. 23.º, n.º 3), às *condições de execução do contrato* (art. 26.º) e aos critérios de adjudicação (art. 53.º), dando maior relevo às normas de gestão ambiental que, em princípio, se referirão ao sistema comunitário de gestão ambiental e auditoria (EMAS), nos termos do art. 50.^{o1850}. Refira-se ainda, no direito europeu mais recente, a menção expressa à contratação pública no Regulamento (CE) n.º 66/2010 (rótulo ecológico da UE), no qual não é esquecido o repto aos Estados-membros de tomarem em conta as linhas de orientação ambientais ao “elaborarem os seus planos de acção nacionais em matéria de contratos públicos ecológicos e ponderar a fixação de metas para a aquisição pública de produtos mais respeitadores do ambiente” (Considerando (14)).

Como tal, no novo *direito da contratação pública* dos Estados-membros, nomeadamente em virtude da necessidade de transposição das directivas citadas, os critérios e variantes

¹⁸⁴⁹ Uma listagem destes acordos pode ser consultada no site da APA na Internet: cfr. <http://www.apambiente.pt/INSTRUMENTOS/CONVENCOESACORDOSMULTILATERAIS/Paginas/default.aspx>.

¹⁸⁵⁰ A Directiva 2004/17/CE contém uma norma idêntica, se bem que “diluída” num dos números (o n.º 3) do art. 52.º, sobre “Reconhecimento mútuo em matéria de condições administrativas, técnicas ou financeiras, bem como relativamente a certificados, testes e justificações”.

ecológicas passaram a ser tidos em devida conta¹⁸⁵¹. Em Portugal a componente ambiental assume um papel significativo no CCP, como tivemos ocasião de referir noutro lugar¹⁸⁵². Antes da publicação deste diploma legal, tinha já sido criada a *Agência Nacional de Compras Públicas* (ANCP) a qual, de acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro (decreto-lei que aprovou os estatutos da ANCP), visa “Conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à protecção do ambiente” (al. a)) e “Assegurar, de forma centralizada, a aquisição ou a locação, em qualquer das suas modalidades, a afectação, a manutenção, a assistência, a reparação, o abate e a alienação dos veículos que compõem o parque de veículos do Estado (...)” (al. b)). E tinha também sido já definida a *Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas*, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, publicada em 7 de Maio de 2007, traduzida na necessidade de introduzir *critérios ambientais* nos procedimentos de aquisição pelo Estado¹⁸⁵³.

O CCP toma por diversas vezes em conta, ao longo do seu articulado, a necessidade de aditar a dimensão ambiental aos contratos públicos: a título meramente exemplificativo, é isso o que acontece quanto aos aspectos da execução do contrato constantes das cláusulas do caderno de encargos, que podem dizer respeito a condições de natureza ambiental (n.º 6 do art. 42.º) ou no que tange às especificações técnicas que devem ser fixadas no caderno de encargos (como dispõe a al. c) do n.º 2 do art. 49.º elas devem incluir práticas e critérios ambientais em termos de desempenho ou de exigências funcionais).

Para terminar, afigura-se-nos fundamental, numa dissertação que é centrada no papel de um dos mais tradicionais actos administrativos na tutela do ambiente, usar de alguma contenção em relação às potencialidades destes mecanismos de concertação na ordenação

¹⁸⁵¹ A título meramente exemplificativo, veja-se o que acontece em Espanha, onde o Ministério do Ambiente introduziu como critério a tomar em conta na contratação o da “qualidade ambiental” das ofertas apresentadas (qualidade essa que pode ser demonstrada pela etiqueta ambiental, pela realização de sistemas de gestão ambiental ou por outras características ambientais relevantes das propostas), havendo regras similares nas normas emanadas por algumas Comunidades Autónomas, com realce para a Lei de medidas fiscais e administrativas (Lei n.º 18/2003, de 29 de Dezembro), da Comunidade Autónoma da Andaluzia: cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., pp. 429-431. Ou em França, onde o recente Código dos Mercados Públicos permite a integração das restrições ambientais entre as condições dos contratos públicos, embora a doutrina se mostre pouco satisfeita com o alcance apenas relativo dos critérios ambientais na contratação pública, já que a sua eficácia depende em boa medida da boa vontade das administrações adjudicatárias em impô-las aos seus co-contratantes (neste sentido, cfr. MARIE-PIERRE LAVOILLOTTE, “L’environnement dans le nouveau code des marchés publics : l’affirmation du contrat au service de l’environnement”, *AJDA — L’actualité juridique — Droit Administratif* n.º 38, 8 novembre 2004, pp. 2081-2084).

¹⁸⁵² Cfr. o nosso “Os Contratos de Locação e Aquisição de Bens e Serviços e de Alienação de Bens”, in: PEDRO GONÇALVES (organ.), *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, vol. I, pp. 431-479 (especialmente p. 458 e seg. e 462).

¹⁸⁵³ Nesta Estratégia é importante aludir ao *conceito de compras públicas ecológicas*, o qual é definido (cfr. ponto 3.) como “a integração de critérios ambientais no processo de contratação pública de aquisição de bens, prestação de serviços e empreitadas, visando a identificação e possível escolha de produtos ou serviços com um melhor desempenho ambiental”. Acrescentando: “O objectivo das compras públicas ecológicas é garantir a oferta, no mercado, de produtos e serviços com um desempenho ambiental adequado e a redução dos impactes ambientais associados ao consumo dos bens e serviços”.

jurídica do ambiente. Sem pôr por um segundo sequer em causa o seu préstimo, os acordos ambientais — à imagem do que acontece, em nossa opinião, com as diversas formas alternativas de regulação da questão ambiental que temos vindo a estudar ao longo deste capítulo — não podem ser vistos como uma alternativa radical às formas impositivas e ordenadoras de disciplinar o nosso problema, tendo pelo contrário uma função complementar ou suplementar em relação a elas¹⁸⁵⁴.

Em nossa opinião, estamos ainda longe de um estado de progresso na consciência ecológica dos operadores e empresários responsáveis pelo exercício de actividades potencial ou efectivamente poluentes para se poder prescindir da autoridade e imposição dos meios tradicionais. Como tal, os mecanismos contratuais e de concertação, se bem que tenham um peso cada vez maior na resposta à questão ambiental, não podem excluir o recurso aos meios impositivos e às exigências normativamente previstas, bem como à combinação de boa parte dos novos instrumentos económicos e financeiros, só da articulação de todos eles se podendo partir para uma maior protecção do ambiente, em termos globais¹⁸⁵⁵. Mesmo para os Autores que, como Maria Elizabeth Fernandez, incluem a celebração de contratos-programa entre os *instrumentos administrativos mais idóneos de protecção ambiental* (consagrados nas leis teleologicamente orientadas para a protecção da paisagem, da natureza ou do património artístico e cultural), eles são *um de entre vários*, ao lado da classificação de áreas, da determinação de medidas preventivas e da elaboração de planos¹⁸⁵⁶. No fundo, eles constituem um instrumento mais na busca da “mistura de instrumentos” mais efectiva possível ao nível da ordenação jurídica da questão ambiental e não um substituto da regulação¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁴ Como paradigmaticamente defende SCHMIDT-ABMANN: depois de tratar, a propósito do “arsenal de instrumentos” à disposição do direito administrativo do ambiente, o papel dos modelos de cooperação (combinando instrumentos regulatórios de direito público com o auto-controlo privado), dos instrumentos de auto-regulação, dos informativos e dos *acordos, convénios* e da colaboração informal, conclui que os instrumentos imperativos são irrenunciáveis no domínio deste “arsenal”, nomeadamente devido às garantias de Estado de Direito que oferecem: cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 115 e seg.

¹⁸⁵⁵ Concordamos por isso, com FERNANDA MAÇÃS, quando conclui, no seu estudo sobre os acordos ambientais sectoriais (cfr. “Os Acordos Sectoriais...”, cit., p. 51): “os acordos podem ser um meio importante de efectivação da legislação ambiental, mas não excluem a necessidade de uma estratégia que articule a aplicação de todos os meios de concretização dos objectivos ambientais”, tendo de se conjugar a celebração dos acordos com a efectivação do regime de licenciamento da utilização do domínio hídrico e do seu regime económico e financeiro, reforçando também o papel da fiscalização e da inspecção administrativas. Em sentido próximo, dirigindo a sua análise para o direito europeu (tanto da Comunidade como dos seus Estados-membros), cfr. ARMIN SANDHÖVWEL, “What can be achieved using instruments of self-regulation in environmental policy making?”, *EELR*, vol. 7, n.º 3 (March 98), pp. 83-85, o qual defende uma abordagem cautelosa, na qual se demonstram, com grande moderação, algumas das vantagens dos instrumentos de auto-regulação (em particular, dos acordos voluntários) na política e no direito do ambiente, em princípio *combinados* com instrumentos tradicionais. Mesmo no direito norte-americano tal perspectiva é defendida: cfr. JOHN MOFFET/FRANÇOIS BREGHA, “An Overview of Issues...”, cit., escrito do qual transparece a ideia base de que estes “acordos ambientais voluntários” devem ser usados como *um de entre vários* instrumentos para promover a consecução de objectivos ambientais (p. 63).

¹⁸⁵⁶ Cfr. *Direito ao Ambiente...*, cit., pp. 88-105, especialmente p. 104 e seg. A Autora atribui aos *planos* o lugar de destaque no elenco citado em texto, em face do seu papel como instrumentos de concretização e implementação do princípio da prevenção e como elementos fundamentais da protecção da confiança dos particulares.

¹⁸⁵⁷ É esta a conclusão de GIORGIO PORTA no seu “Environmental Policy Instruments in a Deregulatory Climate — The business perspective”, in: UTE COLLIER, *Deregulation in the European Union...*, cit., pp., 165-180 (p. 179).

6.3.8. As alterações aos instrumentos autorizativos – remissão

A renovação da panóplia de instrumentos e formas de acção jurídico-administrativas de tutela ambiental teve uma repercussão tremenda ao nível do acto autorizativo, nomeadamente quanto à sua parcial substituição por comportamentos mais informalizados, do aparecimento de novos procedimentos autorizativos rodeados de contornos particulares, na profunda renovação do procedimento ambiental “comum” e na nova configuração de alguns actos autorizativos ambientais, em particular daqueles susceptíveis de ser transaccionados no mercado pelos seus titulares. É esta renovação, em grande medida, a razão de ser e o objectivo da dissertação.

No entanto, o próximo capítulo será integralmente dedicado ao estudo destes problemas, razão pela qual lhe deixamos aqui apenas uma nota remissiva. Entre outros temas que abordaremos, podemos avançar por agora a substituição, em diversas situações, do acto autorizativo por comportamentos declarativos, comunicações e inscrições em registos de actividades ambientalmente relevantes; a precarização dos actos autorizativos com o desenvolvimento de novas figuras como as pré-decisões, as autorizações provisórias e as autorizações parciais; a diminuição da estabilidade das autorizações, com o recurso frequente à aposição de cláusulas acessórias que enfraquecem aquela estabilidade e a previsão legal de expedientes que permitem à Administração modificar o acto praticado; o crescente relevo do instituto da avaliação de impacte ambiental e o seu enquadramento nos procedimentos autorizativos; a profunda modificação e modernização que o acto autorizativo sofreu, em sede ambiental, com o instituto da prevenção e controlo integrados da poluição; algumas das inovações e problemas que, do ponto de vista exclusivamente jurídico, a introdução de sistemas de comércio de emissões, através de autorizações negociáveis no mercado, provocou e que legitimam porventura a sua consideração como o *instrumento económico* mais poderoso e mais bem sucedido ao nível da tutela ambiental; a flexibilização da rigidez das autorizações ambientais, muitas vezes por efeito da própria lei ou por intermédio de decisões administrativas modificativas do seu conteúdo, em sede ambiental; as profundas alterações que as matérias do acompanhamento, fiscalização e controlo das actividades e instalações autorizadas têm vindo a sofrer; e a abertura de novos fundamentos para uma revogação mais facilitada dos actos autorizativos ambientais.

6.3.9. Outros instrumentos ou formas de acção

O conteúdo deste capítulo é excessivamente longo e, apesar do nosso esforço de contenção, ultrapassámos há muito os limites que seriam razoáveis. Em todo o caso, e com a consciência de que ficaram ainda por tratar muitas das novas possibilidades que, nas últimas duas décadas, se abriram à Administração Pública e aos administrados ao nível da ordenação jurídica do ambiente, vamos referir de forma meramente tópica alguns dos aspectos mais importantes que ignorámos.

6.3.9.1. A actuação administrativa informal no direito do ambiente

Uma dessas notas reporta-se ao indiscutível protagonismo que diversas formas da *actuação administrativa informal* têm assumido no direito ambiental, em particular ao ní-

vel dos procedimentos administrativos conducentes à prática de decisões ambientalmente relevantes e, dentro destes, com especial sentido quanto às configurações e processos de garantir a participação dos interessados. Nos EUA há inúmeras experiências a este nível, seja no que toca a formas muito inventivas e avançadas de assegurar a participação dos regulados e dos membros das comunidades potencialmente afectadas pelas decisões, seja quanto ao tipo de procedimento utilizado. O próprio procedimento administrativo “comum” varia em função do tipo de decisão administrativa que se tem em vista, podendo traduzir-se num procedimento normativo de *rulemaking* ou num procedimento que tenha em vista a tomada de uma decisão concreta (*adjudication*) ou, ainda, traduzir-se numa mera *acção informal*, a qual está prevista no próprio APA (§ 552, (a), (1), (A))¹⁸⁵⁸. Para além disso, nos termos que já deixámos exposto, ao nível das decisões regulatórias que podem ter, pelo menos em parte, efeitos para-normativos, a *regulação negociada* é cada vez uma realidade mais frequente, com especial sentido ao nível do direito do ambiente, a que se juntam ainda tomadas de decisões concretas com base em formas alternativas de resolução dos litígios ou disputas (arbitragem, mediação, conciliação, etc.), as quais são muito mais fáceis de levar a cabo no universo jurídico norte-americano, muito menos rígido em face dos ditames de alguns princípios fundamentais, como o da legalidade, que no espaço europeu continental criam grandes obstáculos a tais formas de decisão. O mesmo William F. Fox informa-nos de que a acção informal das agências administrativas norte-americanas representa cerca de 90 % da sua actividade, o que atesta bem a importância desta forma de acção¹⁸⁵⁹.

A EPA é uma das agências que utiliza intensamente estes expedientes procedimentais e participativos informais, sendo muito frequentes as reuniões que decorrem sob a sua égide de forma informal, com possibilidade dada ao público de fazer perguntas e sugestões, na fase de consulta pública (*public review and comment*)¹⁸⁶⁰.

No direito germânico muitos dos expedientes que tratámos ao longo do capítulo são expressamente relacionados, pela doutrina, com o comportamento administrativo informal, o que acontece de forma destacada, como vimos, com os *acordos ambientais informais*, os quais não estão ligados a uma forma específica, não decorrendo tão-pouco efeitos jurídicos directos da sua celebração, pelo que não contêm determinações vinculativas dos comportamentos¹⁸⁶¹.

Também quanto ao direito da informação ambiental há uma série de instrumentos informativos ou informacionais com um pendor essencialmente informal, por não pressuporem ou exigirem um veículo ou forma de transmissão formal da informação. Comportamentos informativos integrados num modelo de governância e de desinformalização, passando por advertências, avisos, conselhos, persuasão e pela influência que se pretende incutir em

¹⁸⁵⁸ Sobre a tipologia do procedimento administrativo, em função das características da decisão administrativa em preparação, nos termos referidos no texto, cfr. WILLIAM F. FOX, JR., *Understanding Administrative Law*, 4th Edition, Lexis Publishing, 2000, pp. 15-18.

¹⁸⁵⁹ Cfr. *Understanding Administrative Law*, cit., pp. 261-269 (p. 261). O Autor inclui nesta categoria todas as decisões tomadas pelas agências que não se subsumam no *rulemaking* ou no *trial type hearing*.

¹⁸⁶⁰ Sobre estes procedimentos que decorrem perante a agência ambiental norte-americana e são por ela organizados, cfr. NANCY K. KUBASEK/GARY S. SILVERMAN, *Environmental Law*, cit., p. 249 e segs.

¹⁸⁶¹ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 407.

produtores, comerciantes e consumidores, em particular através das etiquetas ou rótulos ambientais¹⁸⁶².

Não se pode igualmente negligenciar as crescentes iniciativas conducentes à “informalização” de instrumentos formalizados, isto é, à pelo menos parcial negociação das leis e, sobretudo, dos regulamentos, aos actos pactuados e à sempre crescente influência dos regulados, dos cidadãos e dos seus agrupamentos e associações nas decisões administrativas, em especial por intermédio de uma participação cada vez mais de teor pró-activo.

Por último, de acordo com informações dadas pela doutrina norte-americana, cumpre registar que o direito japonês utiliza expedientes de grande pendor informal, que levam os Autores americanos a valorizar a regulação japonesa como muito mais informal e cooperativa, informalidade que se estende ao próprio domínio do controlo do cumprimento e das respostas ao incumprimento, permitindo-lhe alcançar grandes poupanças de recursos para as empresas reguladas e uma maior efectividade e eficiência do ponto de vista económico¹⁸⁶³.

6.3.9.2. A componente económica da regulação ambiental – em especial o préstimo das análises de custos-benefícios

Como vimos em momentos dispersos ao longo do Capítulo, um dos blocos de críticas que mais fortemente se fez sentir à tradicional regulação de comando e controlo, sobretudo no direito ambiental norte-americano, reporta-se ao seu excessivo custo económico e ao contraste com a alegada maior eficiência dos instrumentos económicos e de mercado no domínio ambiental, bem como para a necessidade de levar a cabo análises de custos-benefícios das regimes e decisões em preparação para assim avaliar as vantagens da sua eventual utilização e aplicação¹⁸⁶⁴. Durante todo o período da Administração Clinton a dimensão económica da política e da regulação ambiental foi uma nota persistente, tendo sobretudo por base a operacionalidade da noção de eficiência económica e das análises custos-benefícios, neste caso no domínio ambiental¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶² Sobre as medidas administrativas de “cooperação informal relativas a projectos”, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 136-138.

¹⁸⁶³ Cfr. ROBERT A. KAGAN, “Introduction: Comparing National Styles of Regulation in Japan and the United States”, *Law & Pol’y*, vol. 22, n.º 3/4 (October 2000), pp. 225-244; no mesmo sentido cfr., no mesmo número da mesma Revista, KAZUMASU AOKI, “Comparing Japanese and American Industrial Effluent Control: A Case Study of the Consequences of Contrasting Regulatory Styles”, pp. 319-351, o qual acentua também o carácter informal dos regimes japoneses e o facto de as interações e a cooperação entre Governo e indústria encorajarem as empresas a adoptar medidas para lá do estrito cumprimento das normas vigentes, com reduções assinaláveis ao nível do custo marginal do controlo da poluição.

¹⁸⁶⁴ Dizemos alegada na medida em que não deixa de haver vozes dissonantes, mesmo nos EUA, a defenderem a impropriedade da utilização de análises de custos-benefícios em relação às regras e decisões ambientais, nomeadamente por ignorarem, não poucas vezes, o valor do ambiente para as gerações futuras. Por todos, cfr. RICHARD STARKEY, “Competitiveness, deregulation and environmental protection”, in: UTE COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union...*, cit., pp. 23-41. Defendendo em geral, ao longo do artigo, que as considerações de *justiça social* exigem à nossa geração a manutenção da capacidade de utilizar e onerar o ambiente para as gerações futuras, STARKEY invoca, em termos mais específicos (cfr. pp. 24-26), a impropriedade da análise de custos-benefícios proposta pelos economistas para estabelecer o nível apropriado de protecção ambiental, nomeadamente pela razão invocada da deficitária consideração do valor do ambiente para as gerações futuras, sendo para o Autor inaceitável descontar as vidas dessas gerações, uma vez que não haverá razões para as considerar menos importantes do que a nossa, sendo equivalentes do ponto de vista moral.

¹⁸⁶⁵ Sobre esta tendência, cfr. ROBERT W. HAHN/SHEILA M. OLMSTEAD/ROBERT N. STAVINS, “Environmental Regula-

O nome que porventura mais se terá destacado, na doutrina norte-americana, no tratamento desta questão, será o de Cass Sunstein, que na sua obra mais emblemática, ao fazer a avaliação dos bons resultados alcançados pela legislação ambiental de primeira geração nos EUA, destacava que as principais leis desse período tinham produzido benefícios muito significativos quanto às reduções de emissões atmosféricas poluentes e do lançamento de efluentes para os cursos de água, com poucos problemas de saúde e de segurança resultantes da poluição ambiental, havendo ainda registos significativos nas áreas da segurança automóvel, protecção dos consumidores e (não) discriminação racial. Todavia, entre os elementos reveladores de insucesso destacava o custo económico demasiado pesado da regulação ambiental, que se apresentava como mais cara do que aquilo que poderia ser¹⁸⁶⁶.

Numa obra onde podemos ter uma visão panorâmica da concepção defendida por Cass Sunstein a propósito do tema mais geral da redução de riscos, embora quase sempre com a protecção ambiental no horizonte¹⁸⁶⁷, o Autor propõe a análise custos-benefícios — definida como uma “contabilização pormenorizada das consequências das formas de acção alternativas” — como a peça-chave para enfrentar os problemas do risco, em especial na relação do direito com o ambiente. Em todo o caso, o “Estado de custos-benefícios” proposto não assenta exclusiva ou sequer fundamentalmente em bases económicas, pretendendo ser também um correctivo às limitações cognitivas e uma resposta às necessidades democráticas, uma “ferramenta prática concebida para promover uma melhor apreciação das consequências da regulação”¹⁸⁶⁸.

Nos EUA os três princípios fundamentais que terão conduzido a um consenso sobre as vantagens da análise de custos-benefícios tiveram a ver com a necessidade de os poderes públicos procurarem avaliar a *magnitude* de qualquer problema que enfrentavam através de *avaliações quantitativas*; com a tentativa de avaliar os compromissos (*tradeoffs*) explorando os custos da regulação, se possível também em termos quantitativos (por exemplo considerar os custos da protecção atmosférica nos objectivos de qualidade da água, segurança automóvel, exigências energéticas); e tentando utilizar “ferramentas” simultaneamente efectivas e pouco dispendiosas, que minimizassem o peso da intervenção pública¹⁸⁶⁹. Nestas

tion in the 1990s: A Retrospective Analysis”, *HELR*, vol. 27 (2003), n.º 1, pp. 379-415. Os Autores não deixam de pôr em relevo a controvérsia em torno da assunção do critério da eficiência na avaliação dos regimes e regras ambientais, sendo todavia este padrão um objectivo central do movimento da reforma regulatória vivida nos anos noventa no Congresso norte-americano.

¹⁸⁶⁶ Cfr. CASS R. SUNSTEIN, *After the Rights...*, cit., p. 81 e seg.

¹⁸⁶⁷ Cfr. CASS R. SUNSTEIN, *Risk and Reason...*, cit. — obra na qual se reúnem vários escritos do Autor com destaque, para os propósitos que nos guiam, para “Beyond 1970s Environmentalism”, pp. 10-27; “Reducing Risks Rationally”, pp. 99-132; “Of Courts and Law: Cost-Benefit Default Principles”, pp. 191-228; “Cleaning the Air”, pp. 229-250; “Tools”, pp. 251-288; e “Afterword...”, cit., pp. 289-295.

¹⁸⁶⁸ Cfr. “Preface”, in: *Risk and Reason...*, cit., pp. viii-x. A configuração dos Estados hodiernos como “Estados de custos-benefícios” resulta da avaliação da regulação pública no sentido de averiguar se as vantagens da regulação justificam os seus custos, procedendo-se a uma quantificação e ponderação destas vantagens e destes custos: cfr. “Introduction...”, cit., p. 5.

¹⁸⁶⁹ Cfr. CASS SUNSTEIN, “Introduction...”, cit., p. 5 e seg., considerando que o antónimo ou oposto da análise custos-benefícios não é a regulação mas sim o que designa por “punhaladas desinformadas no escuro”. Neste mesmo local, o Autor informa que se passou depois para um debate de “segunda geração” onde se discutem a natureza e os limites das análises custos-benefícios, constituindo os direitos e interesses das gerações futuras um aspecto fundamental do debate.

tentativas, o recurso a conhecimentos técnicos e científicos sólidos é primordial, pelo que os tecnocratas têm um papel decisivo nas políticas de redução de riscos, devendo em termos políticos recorrer-se a “ferramentas inteligentes” que potenciem os benefícios da regulação e a redução dos custos que lhe estão associados, tendo sempre em vista a diminuição do peso da intervenção pública.

Em termos mais concretos, Sunstein defende que devem ser feitos cálculos de custos-benefícios de todos os regimes mais importantes e que, depois, as agências deverão mostrar que os benefícios justificam os custos, para o que os tais instrumentos ou ferramentas inteligentes — a informação, os incentivos económicos, a contratação ambiental e o ambientalismo de livre mercado — se revelam fundamentais, nomeadamente em termos de modelos para o futuro¹⁸⁷⁰.

A noção da análise de custos-benefícios proposta por Sunstein¹⁸⁷¹ compreende uma contabilização global das consequências da redução do risco, tanto em termos quantitativos como qualitativos; exige um procedimento determinado de contabilização quantitativa e qualitativa dos efeitos da regulação e um dever de explicar as razões para a acção, a não ser que os benefícios justifiquem os custos; tem vantagens democráticas ao diminuir o perigo de manipulação por grupos de interesse; e um dos seus objectivos passa por aumentar o papel da ciência na regulação do risco. As ferramentas inteligentes, sempre presentes no estudo

Os três princípios mencionados são desenvolvidos pelo Autor (cfr. “Reducing Risks...”, cit., pp. 99-132), passando o primeiro deles também pela desconsideração de riscos relativamente pequenos, o segundo pela ponderação de todos os efeitos da redução do risco, incluindo os custos e perigos criados pela própria redução do risco e o terceiro pela análise de alternativas a qualquer acção proposta, tomando sobretudo em conta as opções que envolvam formas menos intrusivas de atingir os mesmos resultados (cfr. p. 100). A este nível “desmonta” três ideias feitas, que são consideradas inadequadas (cfr. pp. 100-106): a de que a prevenção da poluição conduz necessariamente à prevenção do risco (uma vez que não se justifica a prevenção da poluição sem indagar pelas consequências, boas ou más, dessa prevenção); a máxima “better safe than sorry” do princípio da precaução, uma vez que a própria regulação envolve riscos potenciais que o princípio da precaução não toma em conta, considerando-o um princípio “paralisador”, por contraposição à análise custos-benefícios, que incorpora todos os riscos, todos os lados da equação; e o princípio do desenvolvimento sustentável, que não está em contradição com a análise custos-benefícios, uma vez que uma ponderação abrangente, tal como é defendida pelo Autor, toma em consideração as gerações futuras.

¹⁸⁷⁰ Cfr. “Afterword...”, cit., especialmente p. 291. Desenvolvidamente sobre estas quatro “ferramentas” ou *estratégias alternativas* com as quais se pretende levar a cabo uma mudança de larga escala no direito da redução do risco, estratégias estas que prometem benefícios regulatórios a um custo mais baixo, cfr. “Tools”, pp. 251-288. Cada uma delas é autonomamente tratada ao longo do artigo: na *informação sobre o risco* (pp. 254-269) valorase a exigência de divulgação da informação como “uma das histórias mais inequívocas de sucesso no direito ambiental moderno” (p. 258), tomando especialmente em conta o *Toxic Release Inventory*; nos *incentivos económicos* (pp. 269-282) são enfatizadas as vantagens do princípio do poluidor-pagador e do sistema de direitos (autorizações) de emissões negociáveis ao nível da *eficiência* (em virtude da criação de desincentivos à poluição e de incentivos baseados no mercado para o controlo da poluição e, mais em geral, para a adopção de condutas socialmente desejáveis) e da *democracia* (devido à concentração dos cidadãos e dos seus representantes nos níveis de redução de poluição necessários, com menor espaço para as manobras dos grupos de interesse). O papel do comércio de emissões (em especial as alterações de 1990 ao CAA, com a instituição de um sistema de comércio de emissões para o controlo das chuvas ácidas) é valorado, neste escrito, de forma francamente positiva, falando-se no seu “tremendo sucesso”, nas enormes poupanças económicas alcançadas, estando o programa “entre as histórias de sucesso mais espectaculares em toda a regulação ambiental”, com um *ratio* custo-benefício notável (p. 276). Os *contratos de redução do risco* são também autonomamente estudados (cfr. “Contratos de redução do risco”, pp. 282-286) e, por fim, o *ambientalismo de livre mercado* (cfr. pp. 286-288).

¹⁸⁷¹ Cfr. “Reducing Risks...”, cit., p. 106 e seg.

do Autor, serão o maior imperativo para a redução do risco, podendo a análise de custos-benefícios ajudar a identificar esses instrumentos, *como já tem acontecido diversas vezes no âmbito da EPA*¹⁸⁷². Em todo o caso, Sunstein não deixa de valorar em termos críticos a visão economicista que sobretudo neste momento temos em vista, alegando que a magnitude dos custos e dos benefícios não é tudo o que interessa, sendo também fundamentais as considerações *distributivas*, uma vez que em muitas situações os custos da regulação não são suportados pelas empresas mas pelas pessoas comuns, sendo também fundamental que as análises de custos-benefícios revelem sensibilidade ao futuro e às gerações vindouras¹⁸⁷³.

Sempre de acordo com Sunstein¹⁸⁷⁴ já terão emergido no direito federal um conjunto de regras a este nível, os *princípios padrão de custos-benefícios*, aplicáveis sempre que o Congresso não disponha expressamente de outra forma. Estes princípios, entre outros aspectos, autorizam as agências a fazerem exceções “de minimis” a exigências legais, isentando pequenos riscos dos controlos regulatórios que à partida seriam aplicáveis; a considerarem os custos e os benefícios dos regulamentos por elas propostos sempre que as leis forem ambíguas; a ponderar os riscos para a saúde criados pelos regimes propostos em face dos seus benefícios; e, em geral, a ponderar os custos e os benefícios das regulamentações propostas.

Em termos especificamente ambientais, acompanhamos ainda Cass Sunstein quando concretiza a utilização das análises de custos benefícios por exemplo na revisão, pela EPA, dos regulamentos nacionais da qualidade do ar ambiente (*national ambient air quality regulation*), devendo a agência fornecer uma análise pormenorizada dos benefícios, especificando aqueles que espera do novo regime, comparando-os com duas abordagens alternativas razoáveis, uma mais rigorosa e outra mais branda, identificando os riscos residuais em todas elas, tudo no sentido de reforçar o peso da ciência na protecção ambiental. Devendo ainda explicar porque considera a regra escolhida como preferível e porque avalia o risco residual remanescente como aceitável, tudo com vista a reforçar o papel das forças democráticas na protecção ambiental¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷² Cfr. “Reducing Risks...”, cit., cit., pp. 130-132.

¹⁸⁷³ Cfr. “Afterword...”, cit., pp. 291-293.

¹⁸⁷⁴ Cfr. “Of courts and Law...”, cit., *passim*. CASS SUNSTEIN reconhece que estes princípios padrão deixam muitas questões em aberto, nomeadamente por serem gerais e abstractos, sendo os argumentos no sentido do seu acolhimento apenas presumíveis (cfr. p. 214 e segs.).

¹⁸⁷⁵ Cfr. “Cleaning the Air”, cit., especialmente p. 229 e seg.. O objectivo da abordagem aqui proposta é o de ela constituir uma espécie de *common law* federal da protecção ambiental, gerida em primeira instância pelas agências administrativas e desenhada para promover consistência e racionalidade na protecção da saúde e segurança. O controlo judicial passará pela exigência de que qualquer *national ambient air quality standard* seja acompanhado por uma explicação adequada das razões pelas quais foi aquele o nível de protecção escolhido e não um outro, mais ou menos exigente (p. 250).

Sobre a análise de custos-benefícios na arena ambiental, cfr. ainda um interessante escrito mais recente de CASS SUNSTEIN (“On the Divergent American Reactions to Terrorism and Climate Change”, *Colum. L. Rev.*, vol. 107, n.º 2, March 2007, pp. 503-557), onde o Autor compara a reacção do povo americano a dois tipos de riscos catastróficos, o do terrorismo e o das alterações climáticas. Ao passo que os EUA se têm empenhado muito em relação ao primeiro, muito pouco foi feito quanto ao segundo, explicando esse desfasamento com base na percepção do risco e numa “forma intuitiva da análise de custos-benefícios”: enquanto os cidadãos americanos valorizam os passos agressivos para reduzir o risco de atentados terroristas no sentido de poderem trazer benefícios significativos num futuro próximo a um custo aceitável, já os passos firmes para redução dos riscos relacionados com as

6.3.9.3. As propostas de abordagens sectoriais

Outro tipo de abordagem alternativa que tem sido proposta em várias ordens jurídicas prende-se com a adopção de regras diferenciadas, específicas de determinados sectores — em princípio industriais — também no sentido de uma regulação mais flexível, inovativa e eficiente. Tomaremos como exemplos alguns projectos desenvolvidos num país europeu, muitas vezes com soluções vanguardistas e inovadoras na tutela jurídica do ambiente — a Holanda — e nos EUA.

Como vimos, a regulação específica do sector tem relevado, sobretudo, ao nível dos acordos ambientais que, muitas vezes, são concebidos como acordos sectoriais, isto é, acordos celebrados entre o governo e uma associação representativa de um determinado sector industrial ou produtivo (por exemplo o sector dos lacticínios, da indústria química, da indústria metalomecânica, do sector automóvel, etc.), após o que cada uma das unidades ou instalações desse sector negocia um acordo específico, no âmbito do acordo-quadro. Esta abordagem permite tentar melhorar as respostas em relação a determinados “sectores alvo” da política ambiental, os quais são concebidos como domínios prioritários das políticas públicas de defesa do ambiente.

Foi nomeadamente por intermédio desta via consensual ou contratual que o Governo holandês, no início da década de noventa do século transacto e com base num plano de acção em matéria de ambiente adoptado em 1989 trabalhou com doze sectores industriais para estabelecer objectivos de redução da poluição adaptados a cada um desses ramos da actividade produtiva, com resultados bastante apreciáveis¹⁸⁷⁶.

Neste país a abordagem proposta em meados da década de oitenta era essencialmente centrada em *finis*, em *temas* e em *grupos-alvo* ou *sectores-chave*, identificados como as principais fontes da poluição ambiental — em concreto, os sectores da agricultura, indústria, refinarias, comércio a retalho, transportes, consumidores, indústria de construção, eliminação de resíduos, indústria de abastecimento de água potável, esgotos e tratamento de águas residuais e, por último, instituições de investigação. A estratégia proposta tinha uma componente procedimental muito relevante, que passava pela avaliação do estado do ambiente, em seguida pela selecção de um objectivo ambiental determinado, pela concentração na redução das emissões poluentes, pelo desenvolvimento de mecanismos de aplicação e execução e, finalmente, pela revisão periódica dos programas e regras estabelecidos.

Também nos EUA algumas das tentativas de reinvenção da regulação ambiental foram neste sentido, pelo menos no domínio doutrinal. É isso que em boa parte sucede em relação à “Framework Approach” proposta por Michael P. Vandenberg, a qual passa pela fixação

alterações climáticas são valorizados como não os beneficiando num futuro próximo, pelo que não estão dispostos a pagar muito para reduzir esse risco. Daí que SUNSTEIN defenda que os americanos só estarão dispostos a apoiar medidas fortes de resposta às alterações climáticas se os custos dessas medidas forem considerados como “aceitavelmente baixos” ou se houver nova informação, porventura incluindo um acidente grave, que demonstre que eles teriam muito a ganhar na redução desse risco num futuro relativamente próximo.

¹⁸⁷⁶ Cfr. DANIEL J. FIORINO, “Toward a New System...”, cit., pp. 485-487. O Autor enquadra esta experiência nas tentativas de consagrar novas ideias ou sistemas de regulação ambiental, aludindo ao “modelo holandês de regulação baseado no sector”. Na conclusão (p. 487 e seg.) a *abordagem por sector industrial* é apresentada como uma das “chaves” possíveis para conceber um novo sistema de regulação ambiental com uma regulação mais flexível, eficiente e inovativa. Ainda sobre o sistema holandês, cfr. MICHAEL P. VANDENBERGH, “An Alternative...”, cit., especialmente pp. 867-881.

de objectivos ambientais específicos de determinados sectores industriais, apresentando como modelo o caso holandês.

Com base neste modelo, Vandenberghe sugere a adopção hipotética de uma “abordagem de quadro” que passaria pela fixação de objectivos ambientais a três níveis — estabelecimento de um objectivo ambiental nacional, depois das condições ambientais exigidas e das reduções de emissões necessárias para atingir aquele objectivo e, finalmente, fixação das responsabilidades de cada instalação ou agente quanto à redução de emissões. A adopção desta abordagem teria consequências diversas, ao nível do debate político, da “agenda”, das prioridades ambientais e da responsabilidade dos diversos poderes federais e estaduais, sendo de salientar o seu impacto ao nível da possibilidade de aplicação e execução de estratégias flexíveis adaptáveis aos diversos sectores que caíssem sob o seu âmbito de aplicação, nomeadamente a utilização de programas voluntários, convénios e acordos, formas inovativas de prevenção da poluição e mesmo comércio de emissões¹⁸⁷⁷.

Para além destas tentativas, é inegável que há domínios industriais que, devido às suas especificidades e especial perigosidade tanto ambiental como em termos de segurança, sempre reclamaram uma regulação especial. É esse o caso destacado da indústria química, na linha da frente das tentativas de melhorar o desempenho ambiental das instalações poluentes, o que justifica a sua disciplina autónoma, como se verifica tanto no ordenamento jurídico global ou mundial, como no europeu, no alemão ou, ainda, no norte-americano.

A nível global constitui referência incontornável o programa *responsible care*, o qual constitui uma iniciativa voluntária assumida pelo ICCA (*International Council of Chemical Associations*) por intermédio da qual as empresas respectivas trabalham para melhorar o seu desempenho sanitário, de segurança e ambiental, tendo sido elogiada pelo seu contributo para o desenvolvimento sustentável na Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável que decorreu em Joanesburgo em Agosto de 2002. De acordo com Neil Gunningham¹⁸⁷⁸ trata-se de um “regime auto-regulatório destinado a reduzir os acidentes e a poluição da indústria química e a envolver a comunidade nos processos de decisão” sendo valorado, ao tempo, como “o mais avançado e sofisticado regime de auto-regulação no campo ambiental”. O “responsible care” — que foi iniciado em meados dos anos oitenta, no Canadá, pela associação canadiana dos produtores químicos, tendo-se depois a sua aplicação alargado aos EUA, à Austrália e cobrindo hoje inúmeros países, entre os quais praticamente todos os europeus — foi a resposta da indústria química à enorme pressão que estava a sofrer em virtude de acidentes gravíssimos ocorridos e das preocupações públicas com esta indústria, pretendendo recuperar a confiança do público neste sector. As suas principais características são o estabelecimento de uma série de códigos de conduta ou de boas práticas e o compromisso na consulta e participação pública (um envolvimento amplo do público), procurando sempre uma melhoria do desempenho ambiental para além do cumprimento da legislação vigente e o compromisso das empresas químicas na melhoria de todos os aspectos da sua

¹⁸⁷⁷ Quanto à definição das linhas gerais da “Framework Approach” nos EUA, cfr. “An Alternative...”, cit., pp. 881-900; no que respeita às implicações desta abordagem no sistema regulatório norte-americano vigente, cfr. pp. 900-917.

¹⁸⁷⁸ Cfr. “Environment, Self-Regulation and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care”, *Law & Pol’y*, vol. 17, n.º 1, Jan. 1995, pp. 57-109 (pp. 59-63).

performance relacionados com a protecção da saúde, segurança e ambiente, o que inclui o comprometimento na melhoria das relações com os clientes e as comunidades.

No que se refere à Comunidade Europeia e às organizações que a antecederam¹⁸⁷⁹, depois de algumas normas editadas na década de sessenta sobre classificação, embalagem e etiquetagem de substâncias perigosas (Directiva do Conselho de 23 de Outubro de 1962, relativa à aproximação das regulamentações dos Estados-membros respeitantes aos corantes que podem ser utilizados nos géneros destinados à alimentação humana, alterada por sucessivas vezes), destacam-se na década de setenta a Directiva 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade e, sobretudo, a Directiva 76/769/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas.

Ainda na década de setenta foi publicada a Directiva 79/831/CEE do Conselho, de 18 de Setembro de 1979, que alterou pela sexta vez a Directiva 67/548/CEE relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas, passando a conter uma disciplina mais sistematizada sobre a utilização de *substâncias químicas perigosas* para a saúde e ambiente e a *prevenção dos riscos ambientais* derivados do seu uso, cujo aspecto central se prende com a *obrigação de notificação* das substâncias químicas introduzidas pela primeira vez no mercado comum. Segue-se o Regulamento (CEE) n.º 793/93, do Conselho, de 23 de Março de 1993, relativo à avaliação e controlo dos riscos ambientais associados às substâncias existentes, com inúmeros textos normativos comunitários posteriores, revogados ou substituídos (incluindo o Regulamento primitivo) pelo Regulamento (CE) n.º 1907/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas (REACH), que criou a Agência Europeia das Substâncias Químicas, alterou a Directiva 1999/45/CE e revogou o Regulamento (CEE) n.º 793/93 do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 1488/94 da Comissão, bem como a Directiva 76/769/CEE do Conselho e as Directivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE da Comissão.

O Sexto Programa de Acção em matéria de ambiente não se esquece, de forma alguma, da importância do tema dos produtos químicos, identificando-o entre os sectores prioritários, a merecer tratamento específico. Para além de inúmeras referências ao longo do texto, o ponto 5.4. da já citada Comunicação da Comissão sobre este Programa de Acção¹⁸⁸⁰ regula os produtos químicos autonomamente, em face dos problemas específicos que levantam (nomeadamente a existência de mais de 30.000 substâncias químicas artificiais produzidas e utilizadas em quantidades superiores a uma tonelada, com um co-

¹⁸⁷⁹ Sobre o regime que vamos abordar, cfr. GIOVANNI CORDINI, *Diritto Ambientale Comparato*, cit., pp. 263-275.

¹⁸⁸⁰ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões Sobre o sexto programa de acção da Comunidade Europeia em matéria de ambiente "Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha" — Sexto Programa de Acção em matéria de Ambiente, COM/2001/0031 final.

reconhecimento muito limitado, ou pura e simplesmente inexistente, dos riscos que a sua grande maioria apresenta para a saúde e para o ambiente). Pretende-se “assegurar a criação de um novo sistema de avaliação e de gestão dos riscos dos produtos químicos fabricados, utilizados e colocados no mercado, que permita que a sociedade usufrua dos benefícios da utilização desses produtos, evitando simultaneamente quaisquer riscos inaceitáveis para a saúde humana e o ambiente”. O objectivo definido no Programa é o de “Conseguir que o ambiente não apresente níveis de produtos químicos fabricados pelo Homem que suscitem riscos ou tenham incidências significativas na saúde humana e no próprio ambiente”, para o que se continuou a propor a utilização de procedimentos de avaliação, notificação dos novos produtos químicos, listagens de substâncias perigosas, ensaios, registos e outros procedimentos de gestão dos riscos.

No direito alemão existe uma lei especial sobre produtos químicos, a ChemG, a qual, como já tivemos ocasião de salientar, se caracteriza antes de mais pelas inúmeras obrigações informativas e de colaboração que faz incidir sobre os fabricantes e importadores daqueles produtos — obrigações de declaração, de controlo, de colaboração, embalagem, etiquetagem, sobre a boa *praxis* de laboração, etc.¹⁸⁸¹ Apesar de a sua redacção ter sido entretanto em alguma medida alterada, a opção do legislador neste domínio foi, durante muito tempo, no sentido de afastar a aplicabilidade dos controlos autorizativos, substituindo-os pelo caminho mais suave dos procedimentos de simples participação ou comunicação, o que levava a doutrina a considerá-la uma “lei de extracção de informação referida a substâncias”¹⁸⁸².

Também nos EUA a indústria química é considerada a mais poluente das práticas industriais, pelo que tem sido alvo de programas ou estratégias regulatórias específicas, com grande destaque para o Programa 33/50, lançado pela EPA em 1991: como já tivemos ocasião de salientar¹⁸⁸³, este programa orientou-se para a prevenção da poluição química, com base numa lista elaborada pela EPA dos 17 produtos químicos com maior grau de toxicidade usados nos Estados Unidos, “oferecendo” a não imposição de algumas das exigências legais e regulamentares em troca de reduções voluntárias, por parte dos operadores, instalações ou empresas, quanto a tipos específicos de emissões químicas. O nome do programa resultava do objectivo de reduzir até ao final de 1992 em 33 % as emissões químicas previstas e em 50 % até ao fim de 1995, com reconhecimento público das empresas que o conseguissem.

Para além da grande influência que o já citado programa “global” da indústria química, o “responsible care”, assume nos EUA, outras iniciativas têm sido tomadas neste país, em face do reconhecimento da enorme perigosidade do sector, que o tornam inevitavelmente um domínio de referência no direito ambiental¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁸¹ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 936-938.

¹⁸⁸² Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 942-953 (p. 942).

¹⁸⁸³ Cfr. “Que Estratégia...”, cit., p. 326. Cfr. também PATRICIA M. BAILEY, “The Changing Role...”, cit., p. 152, que nos informa dos excelentes resultados alcançados por este Programa; e RENA I. STEINZOR, “Reinventing Environmental Regulation...”, cit., p. 109.

¹⁸⁸⁴ Sobre essa importância e especificidades, valorando-o como sector chave em todo o mundo industrializado, cfr. NEIL GUNNINGHAM, “Environmental Management Systems...”, cit., especialmente pp. 324-326 (sobre as características específicas da indústria química e a sua projecção no ambiente). O Autor propõe (cfr. p. 333 e segs.) o “redesenho” da regulação desta indústria, em direcção a instrumentos mais eficientes e efectivos, isto é, uma *visão alternativa da indústria química*, concretizando-a em relação a dois tipos de inovações, o programa

7. Conclusão – a imprescindibilidade dos instrumentos de comando. Sequência

No fim deste longo percurso, a nossa conclusão pode parecer contraditória, mas julgamos que é a que melhor se compatibiliza com o alcance da renovação do direito ambiental das últimas duas décadas. Por um lado, vivemos num novo ambiente da regulação, em que as palavras de ordem são as da privatização, auto-regulação, auto-controlo, utilização de instrumentos económicos, de mercado, cooperativos e de orientação indirecta das condutas, caminhamos para um direito globalizado, mais dúctil, para uma estratégia de governança e não tanto de governo, para uma utilização de expedientes e instrumentos que pretendem colocar os interesses egoístas ao serviço da protecção ambiental. Para formas mais flexíveis, abertas, participadas e reflexivas de regulação da questão ambiental e para um muito maior envolvimento dos regulados e dos interessados nas estratégias e formas de ordenação jurídica dos comportamentos ambientalmente relevantes.

É indiscutível a enorme força dos instrumentos financeiros e fiscais na ordenação jurídica do ambiente, o papel decisivo da partilha e revelação da informação, dos sistemas de gestão ambiental, das tentativas de motivar os consumidores a terem comportamentos ambientalmente orientados, do papel cada vez mais decisivo dos acordos ambientais, da actuação administrativa informal, da atenção prestada à dimensão económica e à ponderação dos custos e dos benefícios das medidas de tutela e de muitas outras inovações que não foram por nós recenseadas.

E todavia... o recurso a soluções de cariz impositivo, aos instrumentos e expedientes do direito de ordenação clássico com base nos quais foram erigidos os fundamentos do direito ambiental dos nossos dias e tomadas as primeiras grandes medidas de tutela ambiental continua a ser, para nós, indispensável, sobretudo por se estar a defender bens, valores, direitos e interesses que fazem parte do nosso património enquanto pessoas e que são decisivos para a manutenção da vida em condições dignas e sãs. Tanto da nossa geração como das que estão para vir.

Como tal, não se pode ter a pretensão de, com os novos instrumentos e formas de acção administrativa utilizados para levar a cabo a tarefa de todos — poderes públicos e sujeitos privados, reguladores e regulados, governos, actores económicos, público, associações, cidadãos, consumidores, etc. — na defesa e promoção do ambiente, pôr de parte ou substituir todo o lastro de instrumentos, institutos, meios e formas de acção herdados da primeira geração do direito do ambiente, os quais continuam a desempenhar um papel fundamental.

O caminho, em nosso entender, é o de aproveitar o melhor de cada um dos modelos, ou seja, fazer com que a nova panóplia de instrumentos desempenhe uma função de complemento ou suplemento do instrumentário clássico. Antes de mais para insuflar sangue novo nos institutos clássicos, renovando-os, actualizando-os, modernizando-os, por forma a potenciar a sua eficácia e performance ambiental e as suas vantagens. Em função do valor

dos bens e interesses em jogo não se pode prescindir das formas de orientação directa dos comportamentos, embora elas joguem cada vez um papel menos visível.

Nessa medida, acompanhamos por completo a conclusão que Kloeffer retira da análise dos instrumentos de comando indirecto do comportamento, em especial dos instrumentos económicos. Em nossa opinião essa conclusão pode ser generalizada a todos os novos instrumentos do direito ambiental renovado que tratámos ao longo do capítulo. De acordo com o Mestre alemão¹⁸⁸⁵ o desenvolvimento da protecção internacional do ambiente e em especial a política ambiental da UE tem reforçado as possibilidades práticas da utilização destes instrumentos, devendo a Alemanha aceitá-los, procurando introduzir naqueles âmbitos as suas próprias ideias e experiências. O que passa sobretudo por acentuar a ideia de que *o Estado não deve retirar-se completamente do terreno da protecção ambiental* sendo indispensável, pelo contrário, a fiscalização e acompanhamento públicos dos comportamentos sociais ambientalmente relevantes. Todavia, esta *função de reserva* de uma regulação “dura” dos comportamentos terá de ser compatibilizada, no futuro, com uma certa redução ou alívio do direito de ordenação, criando um espaço para uma precaução de riscos efectiva através de instrumentos flexíveis.

Na mesma linha, a propósito do recurso ao *mercado* como dispositivo adequado para potenciar a efectividade do direito ambiental e para constituir um filtro chave para depurar o mau uso dos bens naturais também em articulação com a reflexão de compradores conscientes sobre a ética ambiental (no sentido de compradores conscientes expulsarem do mercado os produtores perigosos) Martín Mateo não deixa de salientar que a contribuição do legislador, representando o interesse geral, continua a ser imprescindível e, mesmo no âmbito dos controlos de mercado, *a intervenção administrativa constitui um prius*, pois a tutela ambiental requer o suporte imprescindível do ordenamento jurídico¹⁸⁸⁶.

Defendemos assim a indispensabilidade dos instrumentos clássicos, sem ignorar a profunda renovação do direito ambiental nas últimas duas décadas, devendo pelo contrário articular-se com ela, potenciando as vantagens de ambas.

Entre as principais vantagens que fomos assinalando ao longo do capítulo e que a doutrina mais tem evidenciado salientam-se as da *flexibilidade, eficiência, atenção a custos* — ou uma relação melhor escrutinada entre os custos económicos e as vantagens para o ambiente das medidas tomadas — e uma série de outros benefícios no sentido de tornar a tutela ambiental mais célere, mais barata e mais inteligente. Benefícios que passam por um maior envolvimento dos regulados — dos potenciais poluidores — dos interessados, das associações e do público em geral, através da partilha e fornecimento de informação, de uma colaboração e cooperação mais intensa entre todos os actores envolvidos, em muitos casos uma desmaterialização dos procedimentos e das decisões administrativas, num ambiente de menor imposição e de maior partilha de responsabilidades. Esta protecção do ambiente simultaneamente mais flexível e mais eficiente permitirá a redução e a prevenção da poluição a custos mais baixos e despertará as forças da própria indústria, através da criação de incentivos dinâmicos para níveis mais altos de protecção ambiental — sem esquecer a

¹⁸⁸⁵ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 334.

¹⁸⁸⁶ Cfr. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, Tomo IV, cit., p. 40 e seg.

motivação dos cidadãos, das associações e das comunidades em geral para formas de tutela inovadoras, inteligentes e dinâmicas, numa lógica que se quer e se exige cada vez mais global. A flexibilidade articula-se também com a adaptabilidade, pois em virtude da constante modificação das condições ambientais exógenas, dos conhecimentos técnicos e científicos e dos níveis de segurança e protecção exigidos por parte das autoridades reclama-se uma opção mais forte por soluções e medidas adaptáveis a tais flutuações¹⁸⁸⁷.

No entanto, estas suas vantagens não fazem apagar por completo os defeitos e — sendo este para nós o ponto decisivo — os perigos que resultariam de fazer assentar o sistema jurídico-público de tutela ambiental exclusivamente em formas indirectas de orientação dos comportamentos, em confiar exclusivamente na auto-regulação e nas estratégias reflexivas, cooperativas e dinâmicas de regulação. Estamos ainda muito longe de um estágio de desenvolvimento social e motivacional que nos garanta que essas medidas não conduzirão a um relaxamento dos níveis de tutela, a uma prioridade dada aos *custos* das medidas de prevenção e protecção que leve os operadores e empresários a quererem sobretudo flexibilidade, aceleração, atenção a custos, desregulação, diminuição dos controlos e fiscalizações públicas, não prestando igual atenção ao desempenho e performance ambiental das suas instalações e a níveis de controlo e prevenção da poluição adequados. O trânsito de um modelo de comando e controlo para um sistema mais flexível de auto-regulação industrial não pode significar que se prescindia em absoluto do primeiro, sob pena de estar em causa a degradação do ambiente — entendido no seu conjunto ou em atenção aos componentes e biótopos protegidos —, devendo manter-se uma atitude de algum cepticismo ou desconfiança em relação à nova panóplia de instrumentos.

¹⁸⁸⁷ Cláudia Soares sintetiza as “vantagens dos instrumentos de incentivo económico face à imposição de medidas quantitativas pelas autoridades públicas” (correspondendo estas últimas, no fundo, ao *sistema de comando e controlo* e aos *instrumentos de natureza administrativa*) em sete pontos. Estas vantagens, em nosso entender, podem ser em larga medida aplicáveis em geral aos instrumentos de comando indirecto de comportamento, às novas formas de acção e instrumentos do direito ambiental renovado que percorremos ao longo do capítulo. As vantagens são, então, as seguintes (cfr. *O Imposto Ecológico...*, cit., pp. 246-265): a *eficiência estática* ou *menor custo* daqueles instrumentos, na medida em que é dada aos poluidores flexibilidade da qual resulta não ser exigido de todos o mesmo esforço, podendo ele variar em função da localização, da idade, da estrutura e de outras especificidades da instalação (permitindo ainda aos operadores uma certa margem de escolha dos meios mais compatíveis para atingir os fins, isto é, a possibilidade de atingir objectivos pré-definidos a um custo mais baixo); *menores encargos* da política ambiental, que erige um sistema mais eficaz e menos dispendioso; a *eficiência dinâmica (inovação)* cria um estímulo contínuo de redução das emissões poluentes a longo prazo, com incentivo no investimento em tecnologias limpas; também o *nível de controlo da poluição* obtido será maior, no entender da Autora; o *impacto sobre a indústria* é muito mais benéfico, se comparado com os encargos desproporcionados que as medidas administrativas impõem às novas fontes poluentes e aos sectores produtivo e lucrativo em geral; a *assimetria de interesses e de informação* constitui um argumento mais a jogar a favor dos instrumentos económicos, já que o poder de os poluidores intervirem no funcionamento de um sistema de incentivos é muito menor do que o existente face às medidas impositivas; por último, também a *responsabilidade* e a *transparência democrática* são invocadas, defendendo-se que o controlo das decisões políticas pela opinião pública é muito mais fácil em relação aos mecanismos económicos do que face às medidas administrativas.

Mais adiante (cfr. *ob. cit.*, pp. 280-282) Cláudia Soares faz nova defesa dos instrumentos económicos, os quais reduzem a necessidade de um sistema rígido de normas, apontando para a desregulamentação, salientando igualmente a maior sensibilidade da “indústria ambiental” (sector económico que se dedica ao desenvolvimento, produção e comercialização de processos, tecnologias e produtos cuja utilidade imediata, ainda que não única, é a defesa do ambiente) para os instrumentos de incentivo. Também a crise financeira do Estado, em seu entender, exige que se descubram novas formas de financiamento, o que torna os mecanismos propiciadores de receitas mais apetecíveis.

Os instrumentos económicos, de mercado e auto-reguladores e as novas formas de acção que passam por uma orientação ou controlo menos impositivo e mais indirecto dos comportamentos susceptíveis de afectar o ambiente reclamam métodos seguros — e caros! — de monitorização, de auditoria, de vigilância, fiscalização e controlo. E se bem que uma boa parte destas actividades seja também devolvida aos regulados ou entregues a associações e indivíduos com competências técnicas e credibilidade suficientes para permitirem essa devolução, é fundamental estar atento e deixar, no mínimo, poderes à Administração para lhe permitirem exercer a sua *responsabilidade de garantia e de reserva* com vista a assegurar, em última instância, a prossecução das finalidades de tutela ambiental¹⁸⁸⁸.

De referir ainda que, em termos éticos ou morais, há também bastantes reticências em relação aos pressupostos de muitos dos novos instrumentos os quais, por vezes, inculcam uma mensagem errada sobre a poluição, configurando-a mais como um “custo” das empresas e como uma possibilidade de “fazer negócio” — o que é particularmente visível no caso das autorizações de emissão livremente transaccionáveis no mercado, que abordaremos no capítulo seguinte — e escondendo um pouco o facto de estarmos perante comportamentos moralmente reprováveis que devem ser, na medida do possível, se não eliminados pelo menos controlados e minorados. Resultando destes instrumentos a possível ideia de que a poluição ambiental tem um preço e que é possível aos empresários e às grandes empresas “comprar” o ambiente.

A tensão entre estabilidade e flexibilidade, entre protecção do adquirido e adaptabilidade, entre instrumentos impositivos e instrumentos dinâmicos, entre defesa do ambiente e iniciativa económica privada reflecte-se, necessariamente, no papel do Estado na protecção ambiental. E a nossa ideia é a de que, se bem que a sua retracção, à imagem do que acontece no direito administrativo geral e em áreas mais vastas da vida política, económica e social, o levem cada vez mais a assumir uma responsabilidade de garantia e de reserva, falando-se de um novo Estado mais suave que, em vez de impor comportamentos, é agora um Estado activador que informa, publicita, aconselha, sugere, alerta, negocia, transige, etc.¹⁸⁸⁹, não pode em todo o caso pôr totalmente de lado o seu papel mais visível na imposição de comportamentos e na fiscalização, controlo e sancionamento das actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais negativos.

¹⁸⁸⁸ Como também nota CLÁUDIA SOARES (cfr. *O Imposto Ecológico...*, pp. 265-280) há uma miríade de razões que explicam a manutenção de uma certa preferência por medidas impositivas face aos instrumentos de incentivo, isto é, de uma regulamentação centralizada, com ordens pormenorizadas a prescrever condutas reclamadas: razões de “política simbólica” resultantes de as medidas administrativas serem um melhor sinal para a percepção pública de que a poluição é “má” e deve ser proibida; a maior facilidade na concepção, aplicação e imposição dos programas legislativos; a actuação dos grupos de pressão também aponta normalmente nesse sentido; o papel burocrático das autoridades responsáveis pela política ambiental, mais habituadas a medidas desta natureza; muitas vezes o apoio dos agentes económicos aos instrumentos de incentivo é mais aparente do que real; a classe política demonstra predilecção pelos instrumentos legislativos, em relação aos de índole económica, que têm igualmente escasso apoio eleitoral ou sindical; a apetência dos consumidores por instrumentos que não provoquem aumento dos preços dos produtos; a preferência dos próprios grupos ambientalistas por instrumentos de comando e controlo; e as exigências de aperfeiçoamento dos sistemas de medição que o uso de instrumentos económicos exige.

¹⁸⁸⁹ Retratado entre nós, de forma particularmente feliz, por MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA: cfr., *O Lugar do Direito...*, cit., *passim* (especialmente p. 390, 421 e 445).

Por último, convém voltar a tocar num problema assumido como fundamental ao longo do nosso trabalho. Também o tema da protecção da confiança e da manutenção de situações jurídicas adquiridas, dos direitos constituídos, da *Bestandschutz* sofreu uma alteração notável por força dos novos ventos que sopram nos últimos vinte e cinco anos no sentido da renovação do direito do ambiente e dos seus institutos e instrumentos. Na medida em que, ao longo do capítulo, nos centrámos acima de tudo nas *novas formas* de regulação da questão ambiental, dos *novos* instrumentos e formas de acção, deixámos um pouco de lado a renovação dos institutos e instrumentos clássicos. Mas, como fomos sugerindo, de forma expressa no capítulo anterior e porventura de forma meramente indiciária ao longo deste, o acto administrativo continua a ser uma “peça” fundamental para compreender e analisar o quadro global da protecção jurídico-pública do ambiente. Este tema será retomado e desenvolvido no capítulo seguinte, sendo neste momento relevante concluir pela indiscutível diminuição dos direitos constituídos, da protecção da confiança e das garantias de estabilidade nesta sede: se na ordenação das actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais se reclama e tem obtido maior flexibilidade, aceleração, desmaterialização, atenção a custos, diminuição dos controlos e da intervenção pública e toda a panóplia de modificações que estudámos, isso não pode deixar de se traduzir numa menor confiança na certeza e fixidez das regras e dos actos que disciplinam tais actividades. Isto é, não se pode permitir todos esses ganhos pretendendo manter a certeza e segurança que os instrumentos clássicos ofereciam.

Como mostra exemplarmente Horst Sendler¹⁸⁹⁰ o instituto da *Bestandschutz* tem permitido um desenvolvimento contínuo da protecção ambiental: ao passo que no século XIX o estado da questão era “amigo do operador”, pouco protector da vizinhança e do interesse público e o que estava autorizado gozava de uma protecção do adquirido sem limites, *no direito da protecção da atmosfera a história da Bestandschutz é a história da sua limitação*, uma vez que vigora aí o princípio segundo o qual o que não está autorizado é proibido, determinando uma limitada protecção das situações adquiridas e a correspondente oneração do operador, em benefício do ambiente¹⁸⁹¹. Em face do carácter ou da dimensão actualmente fragmentária da *Bestandschutz*, no direito da protecção da atmosfera alemão, direito especial do ambiente que constitui a referência axiomática do direito ambiental germânico, a posição jurídica de partida sobre a protecção da confiança e do adquirido é diferente da de uma série de outros direitos administrativos especiais, nomeadamente do urbanístico, pois no primeiro o *princípio da precaução* e as *obrigações dinâmicas de adaptação* desempenham um papel decisivo¹⁸⁹². E daí a conclusão de que a *Bestandschutz* só vale limitada-mente nestes campos, não podendo impedir, em regra, medidas de protecção ambiental reforçadas, ainda que nalguns casos possa ser necessário o pagamento de uma indemnização para ressarcir os titulares da autorização modificada ou revogada.

¹⁸⁹⁰ Cfr. HORST SENDLER, “Vom Nutzen und Nachteil der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für den Umweltschutz”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel*, cit., pp. 975-996 (p. 981 e segs.).

¹⁸⁹¹ Para além de pôr em relevo a importância do *princípio da precaução* em todo o direito do ambiente, Horst Sendler sublinha sobretudo o § 5 da BImSchG, que consagra as *obrigações dos operadores* das instalações abrangidas pela lei como obrigações *dinâmicas* e *duradouras* e o § 17, acolhedor de uma reserva de modos legal, que permite a tomada de decisões posteriores sobre as instalações autorizadas: cfr. “Vom Nutzen und Nachteil...”, cit., pp. 982-984.

¹⁸⁹² Neste sentido, cfr. R. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 538.

Novas tendências do acto autorizativo ambiental – a autorização ambiental reinventada

Contemporâneos passivos de uma civilização técnica e industrial, que nos serve o necessário poluído e o supérfluo esterilizado, já nem sequer nos indignamos de a ver acabar assim, pletórica e podre. Sornamente, vamos vegetando intoxicados, na esperança secreta de que o dilúvio não acontecerá na nossa vida, e, se acontecer, haverá sempre na Arca de salvação lugar para mais um”.

Miguel Torga,
Diário XVI

SECÇÃO I

MANUTENÇÃO DA AUTORIZAÇÃO COMO PRINCIPAL ACTO DE TUTELA AMBIENTAL. SUAS REINVENÇÃO E ESPECIFICIDADES

1. Enquadramento e ideia geral

O objectivo central do último capítulo da nossa dissertação é o de transportar para o acto autorizativo ambiental grande parte das novidades e transformações que analisámos nos dois capítulos anteriores, isto é, tanto ao nível do direito administrativo geral — na medida relativa em que a distinção entre o direito administrativo geral e os direitos administrativos especiais ainda faça sentido — como no que se refere ao direito ambiental. E foram duas, porventura, as conclusões mais fortes de ambos os capítulos: a da indispensabilidade da renovação, actualização, modernização, agilização e simplificação das formas de acção administrativas tradicionais, em virtude da influência dos movimentos da desregulação, da privatização, da globalização, da europeização, da procedimentalização, da influência do risco, da governança, da economicidade, dos novos papeis e roupagens assumidos pelo Estado, da complexidade e da tecnicidade das novas matérias e dos novos riscos com que a Administração tem de lidar e de toda uma nova plêiade de formas e instrumentos de acção administrativa com um destaque ainda mais evidente ao nível do direito ambiental; mas, por outro lado, a “resistência” do direito administrativo de ordenação e das suas formas de acção tradicionais, com indiscutível destaque para o acto administrativo, não se podendo nem devendo prescindir delas para a realização de algumas tarefas fundamentais que continu-

am a ser em larga medida da responsabilidade da Administração Pública, mostrando esses instrumentos tradicionais do direito da ordenação um préstimo incontornável na regulação jurídica do ambiente. A conjugação articulada destas duas ideias-chave de toda a dissertação conduziram-nos a defender que não há um “novo” direito administrativo, mas apenas novas tendências e novos instrumentos que vêm complementar os tradicionais, obrigando à renovação, reformulação e actualização destes últimos, sem todavia os pôr de lado.

No que se refere à *autorização administrativa*, é inegável que ela perdeu importância em geral e na ordenação jurídica do ambiente. Nas últimas décadas, tanto no espaço jurídico europeu como no norte-americano, uma série de novos instrumentos e formas de acção foram emergindo, como reflexo das aludidas tendências da privatização, auto-regulação, europeização, globalização, economicidade, procedimentalização, desburocratização, partilha do poder, introdução de estratégias de gestão do risco, entre muitas outras. Mas essa perda de importância não deixa de ser *relativa*, sendo nossa convicção que, designadamente onde haja valores fundamentais a proteger, reclamando estratégias de *prevenção* de perigos e de *precaução* de riscos, o acto autorizativo continua a apresentar-se como um instrumento indispensável.

Transportando estas ideias para o plano do acto autorizativo ambiental, a tese fundamental que vamos defender, procurar fundamentar e desenvolver neste último capítulo passa pela “resistência” da autorização ambiental como instrumento decisivo da prevenção de danos ecológicos e ambientais no século XXI, resistência que no entanto postula a sua “reinvenção”: da mesma forma que pensamos não haver um novo direito administrativo e muito menos um novo direito do ambiente, defenderemos que não há uma nova autorização ambiental mas uma sua nova concepção a diferentes níveis, salientando-se em especial a sua *precarização*: um dos pontos centrais da sua reinvenção e aquele que mais pretendemos explorar é o que passa por um novo regime — em larga medida específico do campo ambiental — da modificação, actualização e até revogação da autorização ambiental, com a inerente perda de *Bestandschutz* deste acto, agora aberto a um leque mais vasto de poderes administrativos que podem e devem ser exercidos quando esteja em causa a adaptação desse acto à resposta da própria realidade ambiental às actividades levadas a cabo sob a sua égide, às flutuações de interesse público relacionadas com a actividade autorizada ou até a exigências mais rigorosas e mais estritas em virtude de uma nova “filosofia” de protecção e de defesa do meio por parte das autoridades públicas. Daí que, como veremos, o acto autorizativo ambiental deva ser hoje sobretudo concebido como um *instrumento flexível de orientação e de controlo* das actividades humanas susceptíveis de produzirem impactes ambientais.

672

Em suma: para nós, a *autorização administrativa ambiental reinventada resistiu e resistirá como um acto fundamental de defesa do ambiente*. Importa prová-lo, fundamentá-lo e analisar alguns dos aspectos fundamentais em que se traduz essa reinvenção.

No fundo, e como Carla Amado Gomes pôs de forma notável em evidência, no conflito de interesses e valores que o regime da autorização ambiental reinventada é chamado a pacificar, ponderar e harmonizar, está também em causa um confronto mais geral entre *liberdade* — nomeadamente a liberdade que permite o progresso científico e que é expressa no direito à iniciativa privada, plasmada, na sua dimensão económica, no n.º 1 do art. 61.º

da CRP — e *segurança* — em relação às ameaças à saúde pública, ao ambiente e à própria vida¹⁸⁹³. Mas diremos mesmo mais, para procurar definir de forma mais precisa o que está em jogo: a tensão entre estabilidade e flexibilidade que o acto autorizativo ambiental pretende de alguma forma pacificar reflecte não só o choque entre liberdade e segurança, mas também entre outros valores fundamentais do princípio do Estado de Direito, como a protecção da confiança, por um lado, e os interesses públicos inerentes ao novo Estado de Direito ou de Justiça ambiental, por outro; entre certeza jurídica e protecção do investimento, de uma parte, e protecção dinâmica do ambiente, da outra; entre caso decidido, de um lado, e adaptabilidade, do outro; entre prevenção e precaução de perigos e riscos ambientais, de uma banda, e celeridade e agilização do procedimento, da outra; entre os interesses da continuidade, titulados pelo requerente, e os da flexibilidade, assumidos pela Administração, que não pode ficar totalmente vinculada às suas decisões¹⁸⁹⁴.

Para nós, e como veremos já a seguir no ponto 2., quando está em jogo a defesa de um valor e interesse público cada vez mais fundamental, como é o ambiente, uma vez que se reporta directamente à manutenção da vida na Terra em condições de salubridade e qualidade, tanto para a geração que vive hoje nas diferentes partes do planeta (solidariedade intra-geracional) como para as vindouras (solidariedade inter-geracional), não podemos “lavar as mãos” confiando no mercado e nas iniciativas da comunidade empresarial, cujo objectivo central não deixa de ser o lucro. Daí que o papel do acto autoritário, no caso a autorização administrativa ambiental, não possa ser negligenciado.

De qualquer forma, vamos tentar transportar para o campo da autorização ambiental os movimentos e reptos de actualização e renovação que estudámos nos dois capítulos precedentes e defender, no fundamental, que esses novos ventos que sopram com intensidade variável no direito administrativo e no direito ambiental, em particular no sentido da desburocratização, da privatização, da auto-regulação, da aceleração e simplificação dos procedimentos, entre muitas outras tendências, têm de ter o seu reverso. E este reverso, nas formas de acção tradicionais que continuam a ser imprescindíveis ao nível de alguns interesses fundamentais como o ambiental, traduz-se na perda da força de caso decidido do acto, na exigência da sua actualização, se não permanente pelo menos periódica, na configuração da autorização ambiental como um acto revisível e actualizável, mas também cooperativo, reflectindo a partilha de poder e de responsabilidades entre o Estado e os organismos públicos (muitas vezes apenas com uma responsabilidade de garantia e de reserva) e os operadores privados, sendo cada vez mais as empresas espaços de criação de novos conhecimentos, o que demonstra a necessidade de o procedimento autorizativo ser conformado com capacidades de auto-revisão que o racionalizem¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁹³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 758 e seg. (em termos conclusivos). Para a Autora é impossível eliminar em absoluto o risco (a não ser que se sufoque totalmente a liberdade) mas alguns dos riscos são evitáveis ou, pelo menos, minimizáveis, salvaguardando-se assim a segurança.

¹⁸⁹⁴ A complexidade destas ponderações é de tal forma grande, que os mesmos interesses podem ser simultaneamente defendidos por ambos os lados da “equação”, a propósitos diferentes: a título meramente exemplificativo, veja-se que se o requerente, potencial operador, reclama maior flexibilidade na obtenção e prática dos actos autorizativos, por um lado, vai depois assumir como seus os interesses na estabilidade do acto, para manter a situação jurídica e económica criada.

¹⁸⁹⁵ Neste sentido, cfr. THOMAS GROB, “Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts...”, cit. — reclamando,

A riqueza e as virtudes do acto autorizativo ambiental são de tal monta que há cada vez mais exemplos na legislação ambiental dos diversos países de actos permissivos que, se por um lado permitem grande flexibilidade aos operadores, por outro alargam as possibilidades de limitação ou mesmo supressão das autorizações, com verdadeiras “reservas de modo” (e, por vezes, de revogação) legais que não necessitam de previsão expressa por parte da autoridade autorizadora. Regras que limitam substancialmente a força de caso decidido dos actos autorizativos, sendo de destacar desde já a configuração das obrigações de funcionamento dos operadores de instalações autorizadas com relevância ambiental como obrigações dinâmicas e duradouras, na medida em que a tutela ambiental efectiva não pode de forma alguma limitar-se hoje ao momento da abertura da instalação, exigindo um controlo permanente. Como mostra M. Kloepfer¹⁸⁹⁶, na legislação ambiental a grande flexibilidade possibilitada ou permitida pelos actos autorizativos tem como contrapartida, ao contrário de outros domínios do direito administrativo, limitações e mesmo possibilidades de limitação ou eliminação muito alargadas, com destaque tanto para a revisão do acto através da sua anulação ou revogação como para as decisões posteriores.

A flexibilidade e modificabilidade do acto, de qualquer maneira, não deixa de estar em conflito com a protecção da confiança e a *Bestandschutz*, uma vez que quanto mais suaves forem os controlos e mais curtos os procedimentos menor terá de ser a garantia das posições jurídicas adquiridas concedida ao operador¹⁸⁹⁷. Por esta razão compreende-se que o *princípio da proporcionalidade* se assuma cada vez mais como um critério decisivo nesta matéria¹⁸⁹⁸.

já em 1994, o interesse em conceder à Administração um “espaço de apreciação experimental” (*Experimentierspielraum*) nas autorizações ambientalmente relevantes, dentro do qual ela age com hipóteses plausíveis sobre perigos e riscos, surgindo as empresas como lugares de criação de conhecimentos, no sentido referido no texto.

¹⁸⁹⁶ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 267 e seg.

¹⁸⁹⁷ Neste sentido, cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 258-261. Os Autores fazem uma excelente caracterização da relação de tensão que se concretiza na autorização entre o *efeito de estabilização* e a *flexibilidade e abertura à revisão*, mostrando como as limitações jurídico-materiais e procedimentais do controlo de abertura conduzem a um enfraquecimento do efeito de estabilização.

¹⁸⁹⁸ O *princípio da proporcionalidade* vai configurar-se como um critério ponderativo e decisório de enorme protagonismo a propósito de praticamente todas as questões que vamos discutir ao longo do capítulo, sendo hoje um princípio-chave do regime da autorização administrativa ambiental. Todavia, não é nosso propósito efectuar um estudo do princípio em si mesmo, tarefa que seria excessiva para os objectivos da dissertação. Como tal, limitámo-nos a seguir alguns dos contributos decisivos da doutrina nacional nesta sede. Desde logo, GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, cit., pp. 266-273), que apresenta o “princípio da proibição do excesso” ou “princípio da proporcionalidade em sentido amplo” como um dos subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito, tratando nomeadamente os *subprincípios constitutivos* deste princípio: o *princípio da conformidade ou adequação de meios* («*Geeignetheit*»), o *princípio da exigibilidade ou da necessidade* («*Erforderlichkeit*») e o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* («*Verhältnismässigkeit*»). JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 729-798) demonstra uma preferência ainda mais declarada pela terminologia *princípio da proibição do excesso*, tomado “como o princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade” (p. 731) desenvolvendo, no seu seio, o *princípio da idoneidade ou da aptidão*, o *princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo*, o *princípio da proporcionalidade* (em sentido estrito), o *princípio da razoabilidade*, o *princípio da determinabilidade* (na dimensão de proibição do excesso) e, ainda, a *garantia do conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. Impõe-se ainda citar o estudo sobre o princípio de VITALINO CANAS (“Proporcionalidade (Princípio da)”, *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 591-649) no qual este é definido como o “Princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada

Não deixa de ser de enorme interesse, em nossa opinião, recuperar uma ideia já relativamente antiga e exposta em geral e não no que diz respeito à autorização ambiental por Fabrizio Fracchia¹⁸⁹⁹, de acordo com a qual a *autorização administrativa*, enquanto um dos instrumentos por intermédio dos quais a Administração Pública intervém sobre a actividade económica dos privados, permite ver o *tipo de equilíbrio* (variável historicamente) que o ordenamento jurídico estabelece entre *liberdade dos privados e autoridade da Administração*, entre *iniciativa económica privada e condicionamento público*. Para nós, esse equilíbrio não é só variável historicamente mas também variável substancial ou materialmente, isto é, de acordo com os interesses, direitos e valores em jogo. Ora, no domínio ambiental, a finalidade de *evitar danos* ao ambiente aconselha, entre os instrumentos de tutela, os de tutela preventiva, o que explica o emprego crescente da autorização no domínio ambiental¹⁹⁰⁰, apesar de em muitos domínios se falar, como vimos, na “crise” deste acto administrativo.

De notar ainda que a *incerteza* que, devido à nota da reflexividade já bastante desenvolvida nos dois capítulos precedentes, fez a sua entrada no direito — em especial no ambiental — acentua a impossibilidade de decisões finais e definitivas que vamos acentuar ao longo do capítulo, reclamando também a reformulação e adaptação da configuração tradicional do acto autorizativo e contribuindo ainda para a acentuada complexidade dos actos e procedimentos autorizativos ambientais, que conflitua com os reptos à sua simplificação.

Há ainda que mencionar dois aspectos dogmáticos de grande significado que vamos abordar neste capítulo e que estão de alguma forma interligados.

Por um lado, a degradação do sentido e da axiologia do direito — em particular das normas legais — em virtude da sua ligação em simultâneo à ciência e à técnica, de uma banda, e ao universo do jurídico, da outra, o que demonstra a degradação do direito como sistema normativo e abre espaços de muito maior discricionariedade e margens de apreciação à Administração nas suas decisões, nomeadamente na conformação das autorizações ambientais, o que se compreende também pela extensão, importância e flexibilidade do interesse público ambiental¹⁹⁰¹.

um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins” (p. 591). Por último, e em função do universo em que nos movemos neste capítulo (o dos actos autorizativos) não é despidendo chamar à colação as palavras de Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim quando saúdam a consagração explícita do princípio da proporcionalidade no n.º 2 do art. 151.º do CPA, sublinhando que ele se aplica não apenas a actos impositivos *mas também em matéria de actos favoráveis ao particular*, que devem ser executados de acordo com o princípio do maior ou melhor benefício, em harmonia com o interesse público (CPA Comentado, cit., p. 722).

¹⁸⁹⁹ Cfr. *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 2. A obra é datada de 1996.

¹⁹⁰⁰ Cfr. ainda F. FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 31 e seg.

¹⁹⁰¹ Na doutrina nacional esta questão foi estudada por CARLA AMADO GOMES e MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA. A primeira coloca em evidência, de forma bastante certa, ao longo de boa parte da sua dissertação (cfr. *Risco e modificação...*, cit.), a degradação da lei na sua substância (pondo em causa algumas dimensões do princípio da *reserva de lei*), uma vez que, a emergência do risco no Direito e a necessidade da sua prevenção levanta problemas em relação à norma habilitante: essa norma tem de continuar a ser a lei mas em cada vez mais casos tem de se prescindir da sua determinabilidade *a priori* pelo legislador para apostar na sua determinação *a posteriori* pela Administração (cfr. p. 252 e 418). A Autora articula esta questão, noutra local da mesma obra (cfr. p. 423 e seg. e 444 e segs.) com a *instabilidade da técnica* que conflitua com a estabilidade do direito, o que se nota designadamente no confronto entre cláusulas mutantes e o princípio da reserva da lei, notando-se agora a *inconstância da lei* em face da tradicional persistência do Direito, sendo o risco o “factor desestabilizador” no contexto normativo

Por outro lado — e como a doutrina germânica, acima de todas as outras, tem destacado — entende-se cada vez mais que pode haver uma retroactividade imprópria ou impura na alteração posterior das autorizações, a qual é admitida e justificada jurídico-constitucionalmente em nome da protecção do interesse público: em regra, a *Bestandschutz* não pode impedir medidas de protecção ambiental reforçadas, embora nalguns casos possa haver obrigações de indemnizar a onerar os órgãos públicos que poderão dificultar a questão¹⁹⁰². Esta questão é de tal forma decisiva que M. Kloepfer apresenta como “problemas de Estado de Direito da protecção ambiental” a questão da *protecção da confiança*, em particular nas situações em que haja posições autorizadas fundadas no passado, que no presente ou no futuro possam ser postas em causa por uma *retroactividade impura* justificada com base no bem comum (interesse público)¹⁹⁰³.

e a técnica que obriga à abertura da norma e força a sua permeabilidade à evolução, procurando averiguar ao longo de toda esta parte da sua obra (pp. 423-511) a forma como será possível “conciliar a intrínseca mutabilidade da técnica com a tendencial estabilidade do Direito” e de justificar a “reformulação da teoria da reserva de lei face às solicitações de uma ciência em perpétuo desenvolvimento” (p. 424). A questão da *remissão para normas técnicas*, nomeadamente por intermédio das melhores técnicas disponíveis, põe à prova, segundo AMADO GOMES, o próprio princípio da separação de poderes (cfr. p. 446), conduzindo à aludida *perda de determinabilidade da lei* (p. 465 e segs.) — o que faz levantar a questão de saber se é ou não legítimo ao legislador delegar uma parte determinante da decisão nos técnicos, já que tal se vai traduzir numa ingerência mais ou menos intensa para os administrados, pondo em causa o respeito pelo art. 112.º, n.º 5, da CRP, uma vez que a remissão para cláusulas como a das MTDs poderá não ser suficiente para preencher os requisitos mínimos do princípio da determinabilidade da lei. A Autora conclui (p. 473 e segs.) que a *diluição normativa máxima* que se verifica na delimitação dos pressupostos da habilitação competencial das decisões sobre o risco obriga a um esforço de compensação, por forma a proteger a posição do particular: as compensações à abertura das normas e ao princípio da reserva de lei passam pela introdução de garantias de racionalidade do exercício do poder (traduzidas em *limites internos* da competência administrativa — princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade*) e em *limites externos* (o reforço da *transparência procedimental* e a admissibilidade do controlo jurisdicional da plausibilidade da decisão).

Ainda segundo AMADO GOMES (cfr. *ob. cit.*, p. 572 e segs.) a incapacidade do legislador responder à evolução sócio-económica e a referida necessidade de revisão do princípio da reserva da lei, articulada com a flexibilização das formas de actuação da Administração acaba por conduzir a um crescente *ascendente da função administrativa* como o outro lado desta moeda.

Toda esta questão é tratada com assinalável sucesso, em nossa opinião, por MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, ao nível do estudo das relações entre o direito e a compreensão integrada da protecção do ambiente (cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., pp. 372-376), sublinhando não apenas a forma como os conhecimentos científicos e a sua dinâmica evolutiva reclamam a entrada no sistema normativo, mas também como a ligação da norma ambiental à ciência e à técnica originam uma “avalanche” legislativa, que determina a degradação do sentido (da própria axiologia) do direito, enquadrando neste contexto não apenas o reforço da importância da *soft law* mas também a “desvirtuação do direito” e a entrega deste aos saberes de outras ciências, inserindo aqui a cláusula MTDs. Em suma, também para DIAS GARCIA *o direito como sistema normativo está obrigado a renovar-se*.

Na doutrina germânica cfr., por todos, HERMANN HILL, “Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationnsgerichte Flexibilität des Verwaltungshandelns”, *DÖV*, 40. Jahrgang (1987), Heft 20, pp. 885-895 (especialmente p. 888 e seg.) — mostrando como os fins das leis ambientais não podem ser hoje determinados em termos absolutos e inequívocos, sendo necessária a sua conciliação, concretização e desenvolvimento no caso concreto entre as diversas autoridades e em conjunto com os cidadãos potencialmente afectados: aqueles fins já não são fixos mas fluidos, tendo hoje por trás de si uma lógica de aprendizagem e processos de aprendizagem cooperativos. A ideia base que está por detrás de todo o artigo é a de não fazer uma opção entre os valores da determinação de acordo com a lei ou da *determinabilidade constitucional* (“Rechtsstaatliche Bestimmtheit”) e da *flexibilidade situacional* (“situationnsgerichte Flexibilität”), mas, pelo contrário, fazer a harmonização entre eles, no sentido da determinação de acordo com a lei e flexibilidade situacional (cfr., em especial, p. 895).

¹⁹⁰² Cfr. M. KLOEPFER, “Umweltrecht”, cit., p. 363 e seg.

¹⁹⁰³ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 141.

Para analisar os diferentes matizes em que se concretiza a renovação ou mesmo reinvenção do acto autorizativo ambiental vamos sobretudo ter por base três regimes: a disciplina do *licenciamento ambiental* concretizadora da estratégia da *prevenção e controlo integrados da poluição* (PCIP), tanto ao nível comunitário (hoje plasmada na Directiva 2008/1/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro de 2008, a qual será revogada com efeitos a partir de 7 de Janeiro de 2014, de acordo com o art. 81.º, n.º 1, da Directiva 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) — reformulação) como sobretudo no seu âmbito nacional (Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto); o regime da autorização de instalações do direito ambiental alemão, que se continua a centrar na lei federal de protecção das imissões, sendo a autorização do direito de protecção da atmosfera o tipo autorizativo central do direito do ambiente alemão, posição confirmada por ela ter servido como modelo à *autorização integrada de projectos* que constituía segundo opinião absolutamente pacífica da doutrina a principal novidade do (mais uma vez) fracassado projecto de Código Ambiental alemão¹⁹⁰⁴; e, ainda, a regulamentação do direito da protecção do ar nos EUA, contida no essencial no Título V do CAA (aditado na revisão de 1990), o qual é mais um excelente exemplo das tendências recentes dos actos autorizativos ambientais e da enorme complexidade dos programas regulatórios em que por vezes eles aparecem inseridos, determinando que todas as principais fontes de poluição atmosféricas sejam obrigadas a obter uma autorização ao abrigo daquele Título V, apesar da possibilidade de a EPA dispensar categorias determinadas de fontes de poluição dos requisitos da autorização¹⁹⁰⁵.

Em termos do direito que nos diz mais directamente respeito não esqueceremos a enorme importância do direito da União Europeia na conformação de uma série de aspectos

¹⁹⁰⁴ Cfr., por todos, CHRISTIAN TRÜE, "Germany — the Drafting of an Environmental Law Code (UGB)", *EELR*, vol. 18, n.º 2 (April 2009), pp. 80-90: depois de descrever a história dos diversos projectos de códigos do ambiente alemães, o Autor centra-se no *Código do Ambiente de 2009*, considerado "o projecto legislativo mais bem preparado da Alemanha moderna". O seu Cap. II, sobre o *procedimento integrado de autorização*, constitui o verdadeiro cerne do projecto legislativo, ao procurar substituir os múltiplos procedimentos de autorização existentes por uma *autorização integrada de projectos* (cfr. pp. 87-88), tendo tal autorização (que convive ainda com a *autorização de planeamento*, para os projectos que ocupem um grande espaço e modifiquem as características de uma área) sido moldada à luz da autorização da BImSchG, tal como dissemos no texto. Em sentido próximo, cfr. ALFRED SCHEIDLER, "Die Voraussetzungen der Immissionsschutzrechtliche Genehmigung", *BauR*, 39. Jahrgang (2008), Heft 6, Juni 2008, pp. 941-951, ao concluir (cfr. p. 950 e seg.) da mesma forma que o âmbito central do mais recente projecto de Código de Ambiente é o direito ambiental dos *projectos*, em especial a *autorização ambiental integrada*, em relação à qual a autorização do direito de protecção da atmosfera serviu como "protótipo".

¹⁹⁰⁵ A doutrina sobre este Título V do CAA é extremamente abundante. Entre outros, cfr. DAVID P. NOVELLO ("Overview of the Title V...", cit.) o qual se centra no programa federal de autorizações de funcionamento que todavia deve ser executado pelos Estados. Sobre a pouca transparência do programa e o objectivo central dos requerentes maximizarem a flexibilidade regulatória e a obtenção de um "escudo de protecção" fornecido pela autorização, cfr. SHANNON S. BROOME/CHARLES H. KNAUSS, "Preparing the Title V Permit Application", in: *The CAA Handbook*, cit., pp. 475-486. Também ARNOLD W. REITZE, JR. (cfr. *Air Pollution Law*, Michie Butterworth Law Publishers, Charlottesville, Virginia, 1995, pp. 433-466) salienta as dificuldades do Programa, apresentando com algum pormenor os seus *objectivos* (cfr. p. 435 e seg.), sendo ainda de citar STEPHEN MAHFOOD ("Implementing the 1990 Clean Air Act Amendments: a State Perspective", *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, vol. XX, n.º 1, 2001, pp. 15-20), com uma perspectiva muito mais positiva destes programas de autorizações, incluindo-os entre os resultados mais positivos da Revisão ao CAA de 1990, sem deixar todavia de mencionar a grande complexidade da lei. Para uma análise do regime das autorizações emitidas ao abrigo do Título V do CAA cfr. ainda o nosso "Que Estratégia...", cit., pp. 302-304.

das autorizações ambientais — que legitimam que se fale, não apenas no domínio ambiental, na *europização do direito autorizativo*¹⁹⁰⁶ — com destaque claro para o tema da sua *integração*.

Por último, a análise deste capítulo — o qual, sendo o último, coincide com a parte conclusiva da dissertação — exigirá ainda o estudo de alguns aspectos teóricos tratados ao nível de dois regimes já em execução: o do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE), que merecerá uma atenção menos aprofundada, na medida em que a sua estrutura terá porventura mais de político, de institucional e de económico do que propriamente jurídico, embora não se possa ignorar em absoluto o suporte regulatório que o Programa também comporta e que pertence ao mundo do Direito. E, sobretudo, com a já referida disciplina da PCIP e da *licença ambiental* no seu âmbito praticada a qual é, sem sombra de dúvidas, ao nível do direito nacional, aquela onde mais se fazem sentir todas as novidades e a verdadeira *reinvenção do acto autorizativo ambiental*.

2. A necessidade da autorização ambiental

Após as ideias de enquadramento agitadas no ponto inicial deste capítulo julgamos fazer sentido, antes de nos debruçarmos sobre as características específicas da autorização ambiental no contexto do direito do ambiente do século XXI, demonstrar a manutenção da necessidade e da razão de ser do acto para a tutela dos bens ambientais. Temos de partir do pressuposto de que vivemos numa época de desregulação (ainda que acompanhada, em diversos domínios, por um movimento contrário de re e neo-regulação), de privatização, de fuga para o direito privado, de crescente protagonismo do “soft law”, num momento em que o Estado surge com papéis menos autoritários e mais colaborativos, abertos e cooperativos que apontam para um Estado magro e activador, em que se fala cada vez mais na desmaterialização dos procedimentos. Nos dias que correm, os controlos administrativos prévios perdem importância, cedendo cada vez mais o seu lugar a comportamentos declarativos dos particulares, notificações, actos de registo, de classificação, sistemas de gestão ambiental, procedimentos de etiquetagem e muitos outros controlos e regimes alternativos aos actos autoritários, sendo neste contexto que se batalha também pela alegada “crise da autorização” e pela necessidade da sua substituição pelas formas acabadas de mencionar. Como tal, torna-se imperioso demonstrar que, no domínio ambiental, os valores fundamentais são os da prevenção e precaução de danos, mais do que a responsabilidade, o sancionamento ou outras formas de fazer face a controvérsias jurídicas. E que, para a concretização e realização de tais valores, a autorização administrativa ambiental continua a ser um acto fundamental. Ainda

¹⁹⁰⁶ Cfr. RAINER WAHL/DETLEF GROß, “Die Europäisierung des Genehmigungsrechts...”, cit., pp. 2-13. Este artigo parte do pressuposto de que, onde a autorização tem a função de uma permissão de entrada no mercado, tal acto não se pode limitar ao espaço de um Estado membro, tendo de abranger o de toda a União. Daí que seja diferente a situação das *autorizações espaciais para instalações* (aquelas que mais nos interessam) uma vez que os seus efeitos primários normalmente se limitam ao espaço nacional — embora mesmo aqui haja relevo transnacional (europeu), em face dos efeitos transfronteiriços que muitas dessas instalações acabam por produzir, nomeadamente no que se refere à poluição atmosférica, das águas e à própria produção de resíduos.

que seja uma autorização reinventada, em particular devido à sua abertura a uma adaptação e a uma revisibilidade permanentes, que diminuem substancialmente a força de caso decidido do acto e a protecção de situações jurídicas adquiridas que ele outrora garantia. Mas não é este o momento de curar de tal reinvenção, mas antes de justificar e provar que a autorização administrativa mantém o seu enorme protagonismo na tutela do ambiente.

Desta forma, é imperioso contrapor a poderosíssima tendência verificada nas últimas duas ou três décadas, nos diversos países europeus, no sentido da supressão dos controlos administrativos prévios e da sua substituição por meros comportamentos declarativos, bem como da desmaterialização dos procedimentos, da simplificação e desburocratização administrativa — em especial, e usando palavras mais recentes do legislador português, no Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de Abril¹⁹⁰⁷, o tema do “licenciamento zero” — à questão ambiental ou, se preferirmos, à ordenação jurídica das actividades humanas ambientalmente relevantes. Se a política que resumidamente apelidaremos de “licenciamento zero” — à qual o movimento da *desregulação* dá mais um impulso¹⁹⁰⁸ — faz todo o sentido em inúmeros sectores da actividade económica, tal não se verifica ao nível do ambiente, onde as aludidas exigências de prevenção e de precaução de danos impõem que em grande parte dos casos se continue a exigir um acto administrativo autoritário que torne juridicamente legítimo o exercício de tais actividades. Acto que, na esmagadora maioria dos casos, será um acto de conteúdo autorizativo, independentemente do nome com que o legislador o baptize¹⁹⁰⁹.

É devida uma palavra ao enorme sucesso que, nos diversos países europeus, a substituição de controlos autorizativos por formas mais suaves e menos autoritárias de controlo de abertura tem assumido em diversos sectores da actividade económica, como forma de dinamizar, acelerar, simplificar e desburocratizar o mundo dos negócios, facilitando a vida à comunidade empresarial e potenciando a atractividade dos países para o investimento nacional e estrangeiro. Para tal, tomaremos por base os contributos da legislação e doutrina germânica e transalpina, para depois nos debruçarmos sobre o caso português.

Na Alemanha a introdução legal de formas de anúncio e de registo como meios mais suaves por comparação com os tradicionais controlos autorizativos, tem sido uma realidade bem notada nas últimas duas décadas¹⁹¹⁰. Os tipos legais de *Anzeige* e de *Anmeldung* —

¹⁹⁰⁷ Diploma que “Simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas no âmbito da iniciativa «Licenciamento zero»” — e que foi exarado no desenvolvimento da autorização legislativa contida na Lei n.º 49/2010, de 12 de Novembro, que será desenvolvida no texto *infra*.

¹⁹⁰⁸ Neste sentido, cfr. STEFAN KADELBACH, “Verfassungsrechtliche Grenzen für Deregulierungen des Ordnungsverwaltungsrechts”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 80. Jahrgang, Heft 3/1997, pp. 263-279 — especialmente p. 269 e seg. onde, entre as *características gerais da abordagem de desregulação* menciona a *supressão de exigências de autorização* e a correlativa passagem de um controlo preventivo para um controlo repressivo, bem como a transferência de boa parte das tarefas de controlo e da assunção de riscos para os privados. No mesmo sentido, cfr. RAINER WAHL, “Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht...”, cit., o qual menciona, entre as “pressões de alteração do direito autorizativo” que se sentem desde meados dos anos oitenta do século passado (cfr. pp. 242-244), as trazidas pelo debate da desregulação, o qual tem posto esta figura do controlo de abertura, de forma particular, no “banco de ensaios”.

¹⁹⁰⁹ A confusão terminológica a propósito dos actos autorizativos é uma nota comum aos diferentes ordenamentos jurídicos, como vimos na Parte I (Cap. III, Secção I, nota 818).

¹⁹¹⁰ O tema está profusamente tratado na doutrina alemã. Por todos, cfr. JÜRGEN FLUCK, “Anzeige statt Genehmigung”, cit., *passim* — que seguimos no texto.

passíveis de ser distinguidos em virtude da maior formalização dos segundos, já que nas actividades sujeitas a *Anzeige* se exige praticamente apenas o preenchimento de formulários, sendo comportamentos meramente informativos, ao passo que na *Anmeldung* se mantêm certos trâmites procedimentais, bem como necessidade de decurso de alguns prazos, havendo uma maior proximidade com o procedimento autorizativo — traduzem, pelo menos numa certa medida, uma retracção ou recuo do direito de ordenação nos domínios aos quais se aplicam, determinando um retrocesso da intensidade do controlo público sobre actividades dos particulares. Embora haja uma diversidade apreciável de tipos legais de *Anzeige* e *Anmeldung* ou, talvez mais correctamente, de funções que tais formas desempenham. Na verdade, elas podem ser formas únicas do controlo de abertura, apresentar-se como “segunda forma” de controlo após o controlo de abertura por acto autorizativo (ao nível da comunicação de alterações), controlos prévios que complementam um tipo legal de autorização (quando servem para a Administração determinar a exigência ou não de autorização), ser configurados como meios do controlo de “reserva” (na medida em que, após a comunicação do particular, a Administração sujeita a autorização projectos que à partida não o estariam), constituírem uma alternativa para o proponente que pode escolher entre o comportamento declarativo ou o requerimento de autorização, entre muitas outras funções.

Nestes termos, a doutrina acaba por considerar que estas obrigações declarativas ou de comunicação/registo constituem um meio intermédio entre a obrigação e a liberdade pura e simples de autorização, sendo apropriadas para assegurar a protecção dos cidadãos.

No que toca ao direito italiano, a Lei n.º 241/1990, de 7 de Agosto¹⁹¹¹, fez escola nesta matéria, sendo porventura o texto legal mais conhecido no âmbito da substituição dos controlos autorizativos por simples comportamentos declarativos ou comunicações. Esta Lei prevê, em especial no seu art. 19.º, que uma série de actividades privadas, cujo exercício está sujeito a actos de consentimento (autorizações, licenças, concessões não constitutivas, permissões e outros actos de consentimento, abrangendo ainda os pedidos de inscrição em livros ou registos) possam ser realizadas após uma simples “denúncia de início de actividade por parte do interessado à Administração competente” (na versão vigente da lei por uma declaração ou relatório — “segnalazione” — do interessado), transformando a actividade de controlo *ex ante* da Administração em acções de verificação posterior da subsistência dos pressupostos e dos requisitos requeridos pela lei para a realização de tais actividades, acções que podem inclusive conduzir à proibição da continuação da actividade e à remoção dos seus efeitos. Ou, em alternativa, sujeitando-os ao regime do *silêncio consentimento* (deferimento tácito), nos termos do art. 20.º da mesma Lei.

À imagem do regime germânico, os preceitos em causa da lei italiana pretendem dar resposta a objectivos de reforço da autonomia dos cidadãos, de incremento do bom andamento e da eficiência da acção administrativa, aos princípios da economicidade e eficiência,

¹⁹¹¹ Modificada pela Lei n.º 15/2005, de 11 de Fevereiro, embora deixando inalterados os preceitos que vão ser objecto da nossa atenção. Sobre estas alterações, cfr. FEDERICO GAFFURI, “La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell’istituto”, *DAmM.*, Anno XV, Fascicolo n.º 2, 2007, pp. 369-404 — desenvolvendo especialmente as diferenças entre o regime da denúncia do início de actividade e o deferimento tácito, bem como os instrumentos de auto-tutela administrativa contidos no art. 19.º e os correspondentes poderes de controlo sobre as actividades sujeitas ao regime de denúncia do seu início.

operando uma “inversão da sequência procedimental” ao eliminarem a intermediação do acto autorizativo na realização de uma actividade privada, centrando-se a actividade administrativa na verificação sucessiva dos pressupostos legais e reforçando-se a ideia de que se transita de um *poder preventivo* (constituído pela autorização) para a verificação sucessiva de uma actividade¹⁹¹². Desta forma, as actividades privadas exercidas na sequência destes comportamentos declarativos encontram o seu título de legitimação, de forma directa, na lei.

A utilização destes mecanismos não apresenta apenas vantagens (inegáveis, em termos de celeridade, desburocratização, redução de custos e agilização do exercício das actividades) para os particulares: o facto de poderem iniciar uma actividade sem um controlo administrativo prévio conduzirá a uma menor garantia de protecção de situações jurídicas adquiridas (*Bestandschutz*) na medida em que a outra face dessa dispensa será o reforço dos poderes administrativos de fiscalização e de aplicação de sanções, bem como de alteração da actividade e até da possível determinação da sua cessação — já que, não havendo autorização, não se torna necessário praticar um acto administrativo específico de anulação ou de revogação. Para além disso, e como bem mostra Mathias Hafner¹⁹¹³, o conflito de objectivos para o operador (ainda enquanto investidor potencial) entre o processo de autorização e o de comunicação prévia é sobretudo um conflito de objectivos entre a redução temporal e a flexibilização do procedimento, por um lado, e a protecção do investimento, devido à diminuição da segurança, da estabilidade e do nível de protecção material do projecto, por outro. Conflito que leva o Autor a sugerir que por exemplo em instalações com teor fortemente inovatório que se caracterizem por altas quotas de investimento específico o requerente deve assegurar ou garantir a sua posição jurídica escolhendo o processo de autorização — quando haja uma possibilidade de escolha entre os dois tipos de procedimentos. Assim, apesar de em termos económicos (pelo menos imediatos) poder haver preferência pelo procedimento de *Anzeige*, na perspectiva da tutela da sua posição jurídica será preferível o procedimento de autorização.

Passando para os tipos de procedimentos com efeitos de substituição dos controlos administrativos, no direito do ambiente, diremos desde já que temos enormes dúvidas quanto à sua adopção nesta área, em face do relevo decisivo que os controlos administrativos prévios não podem deixar de continuar a assumir aqui, onde os *princípios da prevenção* e da *precaução* são regras de valor incontornável. Como vimos já, os valores e interesses não têm apenas a ver com o estabelecimento de regras de concorrência e de ordenação da vida comercial, empresarial e económica, pois está em jogo a continuação da vida na Terra, em termos de uma qualidade que nos permita a nós — e aos que virão a seguir a nós — con-

¹⁹¹² Seguimos aqui um escrito centrado na análise do regime da denúncia de início de uma actividade em matéria urbanística: cfr. CHIARA CUDIA, “La denuncia di inizio attività edile fra modello generale e modello speciale: controindicazioni di una liberalizzazione apparente”, *DAmM.*, Giuffrè, 2003, Fascicolo n.º 2, pp. 413-471. Sobre a *mudança do papel da Administração* a qual, em vez de exercer o tradicional poder de controlo permissivo, desenvolve agora uma função (de administração activa) de *controlo sucessivo*, concretizada num poder oficioso de verificação e controlo, defendendo todavia que não se trata de um poder de auto-tutela na medida em que a Administração se limita a analisar a correspondência com as normas legais, sem fazer qualquer ponderação entre o interesse público e os interesses privados, cfr. ELIO CASSETTA, *Manuale...*, cit., p. 456 e seg.

¹⁹¹³ Cfr. “Das optionale Anzeigeverfahren nach § 23 Ia BImSchG”, in: DIETER SCHMIDTCHEN/HANS-JÖRG SCHMIDT-TRENZ (Hrsg.), *Von Hoheitsstaat zum Konsensualstaat...*, cit., pp. 127-145 (especialmente pp. 143-145).

tinuar a desfrutar da Natureza e das condições ambientais em termos de uma vida digna, sã e de qualidade. Também aqui a autorização resiste e tem de se manter.

E ambas as ordens jurídicas que acabámos de estudar apontam nesse sentido. Sobre tudo a italiana, na qual o citado n.º 1 do art. 19.º da Lei n.º 241/1990 exclui expressamente os casos em que “subsistam vínculos ambientais, paisagísticos ou culturais”. Situação que, aliás, se verifica igualmente em relação ao deferimento tácito (art. 20.º da mesma Lei), uma vez que ele não se aplica “aos actos e procedimentos relativos ao património cultural e paisagístico, ao ambiente” e a outros bens e interesses previstos.

A doutrina alemã avança um pouco no mesmo sentido: apesar de uma utilização parcial dos tipos legais de *Anzeige* e *Anmeldung* no direito do ambiente germânico, não deixam alguns autores de assinalar a “pouca atenção” que o tema tem merecido nas discussões travadas no seio do direito ambiental¹⁹¹⁴.

De qualquer forma, é particularmente relevante, a este nível, o aditamento do n.º 1a) ao § 23 da BImSchG, em 1996, como resultado dos trabalhos e das sugestões da “Schlichter-Kommission” o qual, fazendo já parte dos preceitos relativos às instalações não necessitadas de autorização, vem estabelecer que “para certas instalações não necessitadas de autorização pode (...) ser determinado que, a requerimento do operador, seja aplicado/executado um procedimento para emissão de uma autorização, segundo o § 4, n.º 1, al. 1), em ligação com o § 6”. De acordo com a posição bastante esclarecedora de Mathias Hafner¹⁹¹⁵, a consagração deste *direito de escolha entre o procedimento de participação e o procedimento de autorização* acaba por retirar da obrigatoriedade de autorização alguns aspectos ou fracções de instalações até aí necessitadas de autorização ao atribuir carácter facultativo ao acto autorizativo, com vista à flexibilização, aceleração e simplificação dos controlos de abertura, melhorando as perspectivas de investimento das empresas, tornando a Alemanha um local de investimento mais atractivo e configurando os investidores e operadores como “clientes” que têm um direito de escolha de um serviço público. Mas para nós o mais relevante é a forma como o Autor salienta as repercussões contraditórias deste direito de opção que, se por um lado melhora as condições gerais de investimento, acaba por produzir um *abaixamento dos níveis de protecção e de segurança*, em termos materiais¹⁹¹⁶.

Em termos comparativos, a grande conclusão a que o Autor chega, é a de que a opção por processos de denúncia ou de comunicação conduz a uma protecção do adquirido mais reduzida, isto é, neste caso os operadores de instalações produtoras de poluição atmosférica não podem querer ganhar dos dois lados, pois a simplificação, agilização ou mesmo supressão dos controlos autorizativos não poderá deixar de ter como efeito uma redução da certeza, da segurança e da confiança do operador na manutenção da sua actividade e na

¹⁹¹⁴ Cfr. JÜRGEN FLUCK, “Anzeige statt Genehmigung”, cit., p. 201.

¹⁹¹⁵ Cfr. “Das optionale Anzeigeverfahren...”, cit., p. 127 e seg..

¹⁹¹⁶ MATHIAS HAFNER mostra ainda, em termos próximos àquilo que já foi visto em texto (cfr. *ob. cit.*, p. 130), como o *controlo posterior das instalações*, com vista à prova da manutenção dos standards ambientais exigidos e à eventual tomada de medidas, no caso de tal não se verificar, tem um significado especial nos procedimentos de *Anzeige*, uma vez que a inexistência do controlo de abertura e as garantias de protecção que ele concederia aos vizinhos, aos terceiros potencialmente afectados e ao interesse público em geral tem de ser compensada por um intensivo controlo *ex post*, o qual pode inclusive conduzir ou ter por consequência a interposição de processos judiciais de defesa.

protecção do seu investimento¹⁹¹⁷.

Em Portugal, o conhecido programa *Simplex* que tem vindo a ser executado em termos políticos, legislativos e administrativos, está orientado para a supressão dos controlos autorizativos, para a simplificação administrativa e desburocratização, bem como para a desmaterialização dos procedimentos através da instituição do balcão único electrónico. No que nos interessa, caminha-se por seu intermédio para a política do *licenciamento zero*, substituindo os actos de controlo de abertura por uma fiscalização reforçada e por uma aplicação de sanções robustecida, em caso de incumprimento. Nos termos já antes assinalados, a diminuição ou mesmo supressão dos controlos *ex ante* é compensada pelo fortalecimento da actividade administrativa de verificação *a posteriori*¹⁹¹⁸. Apesar da simplificação e da facilitação da realização de actividades económicas por parte dos potenciais empresários, não deixa de se pretender a racionalização e o aumento da eficiência dos serviços administrativos, também pela mediação da sua informatização e pelo recurso a tecnologias electrónicas e telemáticas.

Todavia, o Programa *Simplex* concentra-se em actividades comerciais e do campo dos “negócios”, a maior parte das quais não é susceptível de produzir impactes ambientais directos ou sequer indirectos (estabelecimentos de restauração e bebidas, de comércio ou armazenagem de produtos alimentares, esplanadas, colocação de toldos, floreiras ou rampas de acesso, etc.). Seguramente que estão fora do Programa as actividades com impactes ambientais mais significativos, nomeadamente a actividade industrial, nos seus diversos sectores.

O mesmo se verifica em regimes legais mais recentes orientados pela mesma teleologia: o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho (Estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços e transpõe a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro) aponta na mesma direcção: é um facto que toda a sua disciplina vai no sentido da *simplificação administrativa*, da *desburocratização*, da *desmaterialização de procedimentos* (através da criação de um balcão único electrónico) — cfr., em especial, os seus artigos 5.º e 6.º — e por um reforço do regime de fiscalização e de sancionamento — cfr. artigos 23.º a 25.º. Todavia, o seu *âmbito de aplicação objectivo* (cfr. art. 3.º e Anexo) afasta-se em boa parte da questão ambiental, ao incidir sobre as “actividades de serviços que se realizem mediante contraprestação económica”¹⁹¹⁹.

¹⁹¹⁷ Cfr. MATHIAS HAFNER, “Das optionale Anzeigeverfahren...”, cit., pp. 143-145.

¹⁹¹⁸ Como mostra PEDRO GONÇALVES (cfr. *Entidades Privadas com Poderes Públicos...*, cit., p. 203 e seg.) a comunicação dos interessados põe em marcha um “procedimento silencioso” em que a Administração deve efectuar a verificação da legalidade da intenção do particular, com o poder de veto, não deixando de se verificar uma deslocação de responsabilidades públicas para os particulares e a renúncia do Estado à decisão administrativa.

¹⁹¹⁹ A lista exemplificativa contida no Anexo reflecte aquilo que dizemos: se bem que possam ser assinalados impactes ambientais a certas actividades de alguns dos serviços enumerados (p. ex. as levadas a cabo por auditores energéticos de co-geração, auditorias energéticas e planos de racionalização dos consumos de energia e elaboração de relatórios de execução e progresso, comercialização de electricidade em regime de mercado livre, comercialização de gás natural em regime de mercado livre, exploração de aterros para resíduos, exploração de redes e ramais de distribuição de gás nas classes I e II, inspecção de instalação de combustíveis derivados de petróleo, inspecção de redes e ramais de distribuição e instalação de gás em edifícios, instalações de combustíveis derivados de petróleo, pesquisa, captação e montagem de equipamento de extracção de águas subterrâneas ou mesmo as actividades realizadas por agências de viagens de turismo ou relacionadas com o aluguer de veículos

A Lei n.º 49/2010, de 12 de Novembro (“Autoriza o Governo a simplificar o regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas no âmbito da iniciativa «Licenciamento zero»”), ao consentir na simplificação do “regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas” (art. 1.º), também se concentra sobretudo na eliminação de todo o tipo de actos permissivos (não só licenças e autorizações, mas também validações, autenticações, certificações, comunicações e registos, substituindo-os por uma mera comunicação prévia, compensando a ausência de controlo prévio por um reforço da fiscalização e das sanções, estas últimas em caso de incumprimento) sobre essas actividades, tudo de acordo com o art. 2.º, n.º 1.

Todavia, no art. 3.º verificamos que estão em causa diversos tipos de actividades económicas que pouco ou nada têm a ver com a tutela ambiental: estabelecimentos de restauração ou de bebidas, de comércio ou de armazenagem de bens e de prestação de serviços (n.º 2); o regime da afixação e da instalação de mensagens publicitárias de natureza comercial (n.º 3); a exploração de máquinas de diversão (n.º 4); a actividade das agências de venda de bilhetes para espectáculos públicos (n.º 5); o exercício da actividade de realização de leilões (n.º 6); e o mapa de horário de funcionamento e da respectiva afixação (n.º 7)¹⁹²⁰.

Assim, também no caso português se pode legitimamente concluir por uma dissociação entre a tendência da substituição da autorização por actos declarativos, de comunicação ou mesmo de registo e o tradicional controlo prévio, cujo expoente máximo é a autorização administrativa (em larga medida baptizado com o sugestivo nome de “licenciamento zero”) e a questão ambiental. Entre nós pode concluir-se, pelo menos em termos tendenciais, que — seguramente com base nas mesmas razões, mormente o relevo da problemática ecológica e a prioridade da abordagem preventiva na sua ordenação, que não pode pura e simplesmente dispensar o acto autorizativo, enquanto forma por excelência de controlo prévio — o debate da desregulação, da simplificação, da desburocratização e do “licenciamento zero” pode ter apenas uma escassa expressão ao nível da tutela do ambiente.

automóveis sem condutor), a verdade é que não só a grande maioria das actividades tem antes de mais um conteúdo comercial, profissional, lúdico, desportivo e de serviços “puros”, como as principais actividades susceptíveis de produzirem impactes ambientais estão fora da lista mencionada.

¹⁹²⁰ Âmbito de aplicação confirmado no Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de Abril (“Simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas no âmbito da iniciativa «Licenciamento zero», no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 49/2010, de 12 de Novembro, e pelo artigo 147.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro”). De acordo com o seu art. 1.º ficam sujeitos ao regime de mera comunicação prévia deste diploma os estabelecimentos de restauração ou de bebidas, de comércio de bens, de prestação de serviços ou de armazenagem, o regime de ocupação do espaço público para fins conexos com estabelecimentos de restauração ou de bebidas, de comércio de bens, de prestação de serviços ou de armazenagem, elimina-se o licenciamento da afixação e da inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial em determinadas situações, bem como da actividade das agências de venda de bilhetes para espectáculos públicos, do exercício da actividade de realização de leilões, proíbe-se a sujeição do horário de funcionamento e do respectivo mapa a licenciamento, a autorização, a autenticação, a validação, a certificação, a actos emitidos na sequência de comunicações prévias com prazo, a registo ou a qualquer outro acto permissivo e simplifica-se o procedimento de inscrição no cadastro dos estabelecimentos comerciais, passando a consistir numa comunicação efectuada num balcão único electrónico. Regimes, supressões e proibições extensivos às actividades conexas previstas no art. 2.º, incluindo estabelecimentos de comércio a retalho, estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de secções acessórias destinadas ao fabrico próprio de pastelaria, panificação, gelados e actividades industriais similares, ou que vendam produtos alimentares, prevendo ainda a aplicação do regime de inscrição no cadastro comercial aos estabelecimentos comerciais e agentes económicos previstos nas al. a) e b) do n.º 2 do mesmo art. 2.º.

Em suma e em conclusão, as tendências de substituição dos controlos preventivos autorizativos por comportamentos declarativos ou mesmo certificativos dos potenciais operadores — bem como toda uma série de mecanismos próximos que pretendem substituir-se à autorização, como a conformação do mercado por prescrições gerais e abstractas ou a instituição de autoridades independentes a quem tais controlos seriam atribuídos¹⁹²¹ — não pode ter uma adesão ampla no domínio ambiental, sendo apenas admissível em relação a instalações com (muito) baixo potencial poluidor ou, então, no que se refere a pequenas alterações ou outros actos materiais de reduzido impacte no funcionamento da instalação. A necessidade da autorização no domínio ambiental é, para nós incontornável, ainda que esse acto, como vamos ver ao longo deste capítulo, seja renovado numa série de vectores. A *reserva de autorização*, como especialmente a doutrina alemã pôs em evidência no século passado (a *Erlaubnisvorbehalt*) foi sempre colocada ao serviço da *defesa preventiva de perigos* e a defesa preventiva dos perigos ambientais, assim como a precaução dos riscos surgidos neste domínio, não pode dispensar a mediação do acto autorizativo, ainda que sob novas roupagens, com novos conteúdos — em suma, e uma vez mais, uma *autorização ambiental renovada*.

Renovação que, como bem demonstrou Karsten Sach já em 1994¹⁹²², passa antes de mais pela configuração muito específica da “autorização como modelo de regulação”, onde se discutem as fronteiras entre a sua *função de estabilização* (referida, antes de mais, ao proprietário e aos seus interesses) e a indissociável *função de protecção*, reportada à comunidade e, em geral, ao interesse público. Assumindo aqui, e cada vez mais, o *princípio da proporcionalidade* um papel decisivo.

3. Para uma primeira caracterização da autorização jurídico-ambiental renovada

Muitas das características específicas do acto autorizativo ambiental em relação ao seu homónimo utilizado nas primeiras décadas do direito do ambiente, ou seja, na sua primeira geração, resultam em larga medida do quadro traçado nos capítulos precedentes, razão pela qual nos vamos abster de os repetir. A título de mero exemplo, serão incontornáveis as repercussões neste acto de autoridade — se bem que cada vez menos autoritário! — da *globalização* e, entre nós, em especial da *europaização*, no sentido de as autorizações serem actos que cada vez mais devem estar sujeitos a um regime comum nos diversos Estados que fazem parte da União Europeia, devendo também as regras das ordens jurídicas mais desenvolvidas (*maxime*, da alemã) ser, na medida do possível, transportadas para outras ordens jurídicas; o mesmo se diga em relação à abertura à *cooperação*, na medida em que são em grande parte

¹⁹²¹ Cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 347 — dando como exemplos de mecanismos que “representam modelos diferentes [da autorização] que servem uma função similar” a conformação do mercado por meio de prescrições gerais e abstractas, a denúncia de início de actividade e, em parte, a instituição de uma autoridade independente.

¹⁹²² Cfr. KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 31-78.

os próprios regulados (em particular as empresas industriais) que constituem as fontes dos novos conhecimentos e técnicas e os responsáveis pela adaptação e conformação do direito que as rege e dos actos que as vinculam a esses conhecimentos e técnicas; o facto de tal cooperação pressupor, inelutavelmente, a *informação*, o que se articula em perfeição com a circunstância de a função informativa ser das mais importantes funções administrativas no início do século, também porque a assunção de tarefas e responsabilidades pelos cidadãos e regulados exige que eles estejam informados, devendo ser instituídas as condições para que os cidadãos e os empresários assumam uma “auto-regulação comunicativa”; não deixa de se repercutir sobre a configuração e o regime da autorização ambiental o facto de as diferentes formas e níveis de responsabilidade estadual e pública serem agora mais diversificadas, centrando-se mais numa responsabilidade de garantia, organizativa, de controlo e de reserva do que numa responsabilidade operativa e de execução; o mesmo se diga em relação a um direito que está hoje mais perto dos grandes princípios do que de normas pormenorizadas, do que resulta uma maior abertura e a necessidade de uma permanente criação do Direito; as próprias relações renovadas entre o direito público e o direito privado e, em especial, o desenvolvimento de zonas e domínios de intersecção entre ambos têm consequências não negligenciáveis na configuração e no regime da autorização ambiental¹⁹²³.

Mas todas estas são questões mais ou menos gerais que, antes de tocarem a autorização ambiental, constituem novas linhas ou tendências do direito administrativo e/ou do direito ambiental. Pretendemos agora centrar-nos apenas nas *especificidades do acto autorizativo ambiental*: é cada vez mais evidente, no dealbar do novo século, que o direito autorizativo não é um ramo unitário do direito, havendo diferenças notáveis nos diferentes direitos administrativos especiais¹⁹²⁴. Assim, ainda que as ideias e propostas que vamos estudar possam ter também validade em outros direitos administrativos especiais ou mesmo no direito administrativo geral, na medida em que este continue a fazer sentido, não nos vamos debruçar sobre tal circunstância, mas apenas na sua aplicação no acto por nós seleccionado e no seu regime jurídico-ambiental.

O que nos importa é saber porque é que faz sentido discutir o regime das autorizações ambientais no seio desta segunda geração do direito do ambiente, o que há aqui de específico, quais são os novos e mais relevantes desafios colocados à construção do acto autorizativo ambiental nas primeiras décadas do século com o qual se inicia o terceiro milénio. Enfim, quais as formas pelas quais este acto — o qual demonstrou possuir energia, ductilidade, flexibilidade e potencialidades suficientes para continuar a assumir posição de protagonismo no direito que regula e protege, antes de mais, os componentes ambientais naturais — se reconstruiu no seio do direito administrativo e do direito ambiental renovados.

¹⁹²³ Todavia, é de notar que já em 1969 Rogério Soares chamava a atenção para o “obscurecimento da distinção direito público-direito privado” — em virtude do frequente recurso, por parte dos órgãos públicos, a formas jurídicas privadas determinando que “o direito privado insensivelmente perde a indispensável ligação com as forças vivificadoras da autonomia da vontade”, criando-se “um direito público dos privados”, sendo ainda realçado o facto de o Estado, com frequência, “conceder a sujeitos privados o reconhecimento duma capacidade conformadora da sociedade, outorgando-lhes garantias públicas”, com o que esses órgãos alcançavam uma “dimensão quase-pública”. Segundo aquele Mestre, com aquele obscurecimento “obnibula-se o índice da esfera de liberdade, do mundo, da economia e da personalidade”: cfr. *Direito Público...*, cit., p. 97 e seg.

¹⁹²⁴ Por todos, cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 226.

E convém afirmar desde já duas ideias paradigmáticas: por um lado, aquela segundo a qual o “*novo*” *direito autorizativo ambiental* não será assim tão novo e, à imagem do que sucede com o direito do ambiente do século XXI acaba por ser, em grande medida, um *direito de polícia* ao serviço da tutela do meio; e, por outro, a ideia central já diversas vezes assinalada nas páginas iniciais deste capítulo, segundo a qual o acto autorizativo é, cada vez mais, um *acto aberto à revisão e à actualização*, especialmente pelos contributos trazidos pela dogmática da sociedade do risco e, em parte, pela sociedade da informação, jogando-se a sua configuração específica num balanço ou ponderação melindroso mas decisivo entre abertura e estabilidade, flexibilidade e garantia, adaptação e segurança.

Vamos, assim, partir para a caracterização — para já embrionária, indiciária e genérica — da autorização ambiental pensando que, a diversos níveis, ela constitui um acto *diferente* e *específico* em relação aos seus homónimos utilizados noutros ramos, sectores ou domínios do direito administrativo especial. Independentemente de as soluções que vamos estudar, propor e avançar poderem ter validade nesses outros domínios, a autorização ambiental é, em larga medida e devido à especificidade dos interesses, bens e valores que estão em jogo, um acto *diferente* e *específico* em comparação com os outros actos autorizativos — *maxime*, a autorização de construção — nomeadamente quanto ao aspecto que constitui um dos eixos de referência do nosso estudo: uma estabilidade, uma resistência à modificação posterior ou mesmo à revogação e uma *Bestandschutz* em larga medida diminuídas.

Vamos quase sempre ter em conta no estudo das autorizações ambientais as *autorizações de instalações* — deixando de lado as autorizações de produtos e as referidas a fontes móveis de poluição, em especial ao nível dos meios de transporte. Ora, como destaca James M. Thunder¹⁹²⁵ — embora sobretudo no contexto da autonomização da autorização face aos trâmites procedimentais que a precedem e se tornam, em muitos casos, longos e complexos — a *autorização* constitui o *direito da instalação*, reforçando o protagonismo deste acto na regulação da performance e actividade ambiental da empresa e na prevenção dos danos ambientais que dela possam resultar.

A ponderação conduzida e levada a cabo a propósito da autorização ambiental — em larga medida sob os critérios resultantes do *princípio da proporcionalidade*, um dos princípios jurídicos gerais que assume um protagonismo indiscutível no hodierno direito ambiental e no regime e soluções concretas relativas ao acto autorizativo ambiental — entre as exigências do Estado ambiental (e, em estrita conexão com este, da protecção e prossecução das finalidades públicas de tutela ambiental, das necessidades de adaptação a condições ambientais modificadas e a novas técnicas e práticas de tutela ambiental), por um lado, e as garantias, segurança e protecção da confiança do operador autorizado (protecção do seu investimento e das suas pretensões juridicamente tuteladas, *Bestandschutz* do acto autorizativo, exercício de actividades económicas privadas, entre muitos outros), por outro, torna-se particularmente melindrosa. Outros interesses, direitos e valores, como a aceleração e agilização dos procedimentos, a criação e manutenção de postos de trabalho, a defesa dos direitos e interesses legítimos dos vizinhos e, em geral, dos terceiros, a criação e manutenção

¹⁹²⁵ Cfr. “Reinventing Environmental Permitting: Drafting the Permit”, *Environmental Law Reporter*, volume XXVII, n.º 12, December 1997, pp. 10617-10621 (p. 10621).

de postos de trabalho, a atractividade económica de um determinado país, etc., tornam tal equação ainda mais difícil de resolver.

A autorização ambiental é assim, cada vez mais, uma *decisão complexa tomada no âmbito de uma relação jurídica poligonal*: como destacou entre nós Carla Amado Gomes, sente-se nela a multilateralização da relação jurídica administrativa e o feixe diversificado de direitos e interesses que congrega e que, na sua opinião, contribui para “deita(r) por terra a figura do acto constitutivo de direitos”, de que falaremos mais adiante¹⁹²⁶. Na sua prática têm de ser ponderados interesses contraditórios (as pretensões do requerente, os interesses de defesa de terceiros e os interesses gerais de protecção), o que tem efeitos ao nível do procedimento, com uma mais ampla consagração do direito de participação, e ao nível jurisdicional, com um mais largo acesso à justiça administrativa¹⁹²⁷.

Outro aspecto já diversas vezes insinuado mas que deve ser também aqui referido para enquadrarmos o alcance crescente da autorização ambiental tem a ver com o alargamento da medida do controlo, que vai hoje muito para lá da (simples) defesa de perigos, abrangendo também o domínio do *risco* e de medidas de precaução para o evitar, sempre que ele possa e deva ser evitado, designadamente tomando em conta as directrizes do princípio da proporcionalidade. Como é bem evidente na principal lei alemã de tutela ambiental (BImSchG), a qual começa por prescrever que visa “a protecção e a precaução contra perigos, desvantagens e danos significativos” que possam ser causados ao ambiente (§ 1, n.º 2), pelo que entre as obrigações dos operadores das instalações necessitadas de autorização se destacam (§ 5, n.º 1) as de garantirem que tais instalações sejam construídas e exploradas para que “não sejam provocados efeitos ambientalmente nocivos (poluição) e outros perigos, desvantagens e danos significativos para o interesse público e para os vizinhos” (inciso 1) e “sejam tomadas medidas de precaução contra efeitos ambientalmente nocivos (poluição), desvantagens e danos significativos, especialmente através de medidas correspondentes ao estado da técnica” (inciso 2)¹⁹²⁸.

Mais uma vez se exige a referência a Carla Amado Gomes, que estudou com grande desenvolvimento o risco, os seus contornos e, o que mais nos interessa, a *antecipação de riscos como tarefa inalienável do Estado hodierno*, em particular por intermédio dos procedimentos de avaliação e gestão dos riscos, tarefa cada vez mais remetida pelo legislador para as mãos da Administração, sendo hoje indiscutível que a vinculação da Administração à lei exige condutas administrativas flexíveis¹⁹²⁹. Apesar das dúvidas que a autonomização do princípio da precaução lhe suscita, defendendo pelo contrário o alargamento da ideia e das tarefas de prevenção ao risco, a Autora considera este último o factor decisivo na

¹⁹²⁶ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 651.

¹⁹²⁷ Esta complexidade e estes efeitos jurídicos junto de terceiros levam WAHL a configurá-la, na linha do que dissemos, como um *acto administrativo multilateral*, reforçando a sua proximidade com a decisão de aprovação do plano (*Planfeststellung*), à qual são reconhecidamente atribuídos tais efeitos: cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 531. Sobre a autorização “no contexto da relação jurídica multipolar” e as *funções de equilíbrio e repartição* que ela aqui desempenha, ao concretizar a lei, mostrando uma vez mais o extraordinário papel desempenhado pelo *princípio da proporcionalidade* neste âmbito, cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 221-225.

¹⁹²⁸ Sobre este controlo levado a cabo na autorização jurídico-ambiental e a sua extensão muito para além da simples defesa de perigos, tomando em conta o princípio da precaução, cfr. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 529.

¹⁹²⁹ Ao longo de toda a Parte II da sua dissertação: cfr. *Risco e modificação...*, cit., p. 223 e segs.

precarização do acto autorizativo ambiental, falando mesmo no enfraquecimento da função de estabilização da autorização devido ao *risco*¹⁹³⁰. Todavia — sendo essa uma das mais relevantes considerações para não autonomizar o princípio da precaução¹⁹³¹ — mostra que o risco é ineliminável, sob pena de se “sufocar” em absoluto a liberdade, cabendo todavia ao Estado prevenir e minimizar o risco ambiental, para o que é fundamental o estado de vigilância e alerta constante, bem como a repartição dos custos do risco entre as autoridades administrativas autorizadoras e os operadores.

Ao nível da construção dogmática do acto autorizativo ambiental, um ponto emerge com grande significado: a diferença entre a *proibição preventiva com reserva de autorização* e a *proibição repressiva com reserva de dispensa*. Como vimos na Parte I¹⁹³², a distinção separa, grosso modo, os casos em que a lei não quer vetar um comportamento, havendo tão-só uma *restrição provisória e preventiva* à liberdade geral de actuação, responsabilizando-se a Administração pela reposição da liberdade originária e sendo o requerente titular de um direito subjectivo à autorização na medida em que cumpra os pressupostos legalmente previstos para a sua outorga que é, assim, vinculada, sublinhando-se ainda o *carácter declarativo* da autorização; daqueles outros em que o comportamento requerido é em geral proibido, podendo *excepcionalmente* neutralizar-se tal proibição através de uma *dispensa* a qual tem o carácter de uma autorização excepcional, revestindo carácter constitutivo.

Ora, se esta diferença tradicional já era posta em causa na primeira geração do direito do ambiente, razões acrescidas existem hoje para o seu afastamento: desde logo porque os danos ambientais nunca poderão ser perspectivados como “socialmente aceitáveis”, muito menos “desejados” e também porque a ampla utilização de conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados nas normas legislativas ambientais (por exemplo as “cláusulas técnicas” que, como vimos, impõem a utilização das melhores técnicas disponíveis por parte das instalações autorizadas ou a referência legal à “precaução necessária” contra riscos) aponta cada vez mais para a atribuição de espaços de verdadeira criação do direito no momento de a Administração tomar as suas decisões e concretizar as normas e, sobretudo, os grandes princípios consagrados na legislação orientada para a tutela do meio ambiente. E, assim, ainda que se pensasse podermos estar perante casos de proibição preventiva com reserva de autorização, a utilização destes conceitos, ao remeter para espaços de apreciação administrativa discricionária¹⁹³³, pode sugerir fortemente a ideia contrária, agravando a confusão e a dificuldade de estabelecer uma linha divisória precisa entre os dois modelos.

A discricionariedade administrativa que daqui resulta aponta para que o requerente de um acto autorizativo não disponha de um direito à outorga da autorização, mas apenas

¹⁹³⁰ Cfr., especialmente, pp. 623-625.

¹⁹³¹ Sobre o *princípio da precaução*, as suas origens, a sua caracterização, difusão e crítica, cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 252 e segs. O essencial da crítica é sintetizado na p. 361 da obra citada: Amado Gomes considera a ideia de precaução *irrealista* (o risco-zero que preconiza não é praticável nem desejável), *perigosa* (extensão *ad infinitum* da competência de decisão em quadros de incerteza que privilegia desrazoavelmente a segurança em detrimento da liberdade) e despida de conteúdo.

¹⁹³² Cfr. Cap. III, Secção III, 2.2.

¹⁹³³ Como tem defendido parte da doutrina portuguesa: por todos, cfr. ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo*, Univ. Católica, cit., pp. 77-83) e VIEIRA DE ANDRADE, “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in: AA. VV., *Contencioso Administrativo (Breve Curso)*, Livraria Cruz, Braga, 1986, pp. 33-70, pp. 41-48, especialmente p. 43.

a um exercício sem vícios dos poderes discricionários de que a Administração dispõe, o que também se articula com uma administração de precaução cada vez mais reclamada.

A questão será autonomamente tratada neste capítulo¹⁹³⁴, sendo relevante notar apenas, por ora, que o aspecto chave para o seu adequado entendimento — a atribuição pela Constituição de um espaço de conformação ao legislador ordinário — só em parte é um problema novo, embora as necessidades vitais de protecção do ambiente o tenham tornado mais claro: já em 1959 Aldo Sandulli, a propósito da distinção entre autorização e licença, considerava que quando a lei (constitucional ou ordinária) atribuía um direito não podia uma fonte inferior (lei ordinária ou regulamento) degradar tal posição jurídica, prevendo uma licença onde a fonte superior atribuía uma autorização, uma vez que a licença não era considerada compatível com a figura do direito subjectivo. Todavia, quanto ao *diritto di iniziativa economica privata*, consagrado no art. 41.º da Constituição italiana, o insigne juspublicista transalpino defendia que era deixada pela Constituição ao legislador ordinário a faculdade de este último introduzir limites muito amplos, o que não seria sequer incompatível com um acto de licença¹⁹³⁵.

A situação em Portugal não diverge muito, em face da conjugação e ponderação das normas constitucionais pertinentes, os artigos 61.º (iniciativa económica privada), 62.º (direito de propriedade privada) e 66.º (direito ao ambiente). Como acentuam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹³⁶, uma vez que o *diritto di iniziativa economica privata* só pode exercer-se “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei” (n.º 1 do art. 61.º), tal “deixa uma ampla margem para a *delimitação e configuração legislativa*, em função da «constituição económica»” (itálico nosso), ainda que as limitações ou restrições tenham de ser justificadas pelo princípio da proporcionalidade e com respeito do “núcleo essencial” do direito (art. 18.º), que a lei não pode pôr em causa. A subordinação da liberdade de iniciativa económica privada ao *interesse geral* (n.º 1) sublinha a sua “funcionalização constitucional”, mencionando entre as *determinantes heterónomas* estabelecidas na Constituição o aumento do bem-estar e a qualidade de vida do povo (arts. 9.º/b, 64.º-3/d e 81.º/a e b) e a defesa do ambiente e utilização racional dos recursos naturais (arts. 66.º e 93.º-1/d). Em todo o caso, a liberdade de iniciativa económica privada é reforçada em outros preceitos da Constituição, como a al. c) do art. 80.º (um dos princípios em que assenta a organização económico-social é o da “liberdade de iniciativa e de organização empresarial (...)), o n.º 3 do art. 82.º (garantia da existência do sector privado, constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas) e, sobretudo, pelo art. 86.º, onde a Constituição prevê o regime das *empresas privadas*, cuja constituição é uma expressão clara da liberdade de iniciativa económica privada, ainda que tais empresas fiquem submetidas à fiscalização estadual (n.º 1), para além de outros limites (n.ºs 2 e 3). Mas são os mesmos Autores quem nos informam, em anotação ao art. 66.º da CRP¹⁹³⁷, que a defesa do ambiente pode justificar *restrições* a outros direitos constitucionalmente prote-

¹⁹³⁴ Cfr. *infra*, II., 2.

¹⁹³⁵ Cfr. ALDO M. SANDULLI, “Abilitazioni...”, cit., p. 362.

¹⁹³⁶ Cfr. CRP *Anotada*, vol. I., cit., p. 790 e segs.

¹⁹³⁷ Cfr. *ob. cit.*, p. 846.

gidos, mencionando à cabeça a liberdade de iniciativa económica, a qual “tem no direito ao ambiente um factor de numerosas restrições (localização de estabelecimentos, proibição ou limitação de efluentes e de gases, requisitos quanto à composição de produtos, limitações ao uso da terra, etc.)”, o mesmo valendo para o direito de propriedade, “sujeito a medidas planeadoras de protecção do ambiente”¹⁹³⁸.

Carla Amado Gomes aborda também esta questão de forma especialmente relevante para os nossos propósitos, enquadrada na prevenção dos perigos e do risco ambiental, em concreto quando se debruça sobre *a prevenção do perigo como tarefa do Estado*: não tanto quanto à iniciativa económica privada mas sobretudo quanto à substituição da tradicional ideia de *ordem pública* por uma “síntese ponderativa dos valores acolhidos pela Constituição” que conduz a abertura da cláusula geral de polícia e do conceito de ordem pública aos “valores da ordem constitucional aberta e pluralista do Estado de Direito democrático”, com a sua sujeição aos critérios da *concordância prática* e à *optimização dos valores constitucionais*¹⁹³⁹. É este último ponto, naturalmente, aquele que agora nos interessa, pois essa optimização acarreta, para nós, que a liberdade de iniciativa económica privada não possa deixar de ser fortemente conformada, pelo legislador ordinário, em função dos perigos e riscos que o seu exercício implica, em especial ao nível do ambiente, o que legitima a tal forte margem de conformação e limitação do legislador ordinário, o qual remete a sua concretização para a Administração, ao nível das situações concretas, com uma ampla margem de apreciação e ponderação. Ainda segundo Carla Amado Gomes¹⁹⁴⁰, o crescimento da importância da prevenção no Estado Social, sustentada por leis especiais para os novos domínios da intervenção pública (norma habilitante), assegura a legitimidade da ingerência da Administração na esfera jurídica dos cidadãos.

Toda esta concepção, radicada na interpretação e concretização da Constituição, terá de conduzir ao abandono e rejeição da configuração das *autorizações ambientais* como autorizações permissivas e à sua inclusão no campo das *licenças*, isto é, das *autorizações constitutivas*: para além da rejeição ética e jurídica de um “direito a poluir”, a dimensão dos perigos e riscos resultantes do exercício de actividades e da exploração de instalações nocivas do ponto de vista ambiental e os direitos, valores e interesses — numa lógica de solidariedade intra e inter-geracional — em jogo são de tal forma vitais que impedem o entendimento segundo o qual a Administração, quando outorga um acto autorizativo ambiental, está simplesmente a remover limites ou obstáculos ao exercício de um direito pré-existente, devendo outrossim considerar-se que não basta o simples preenchimento dos pressupostos legais, uma vez que a Administração tem uma abrangente e melindrosa tarefa

¹⁹³⁸ Em geral sobre os *limites constitucionais à iniciativa económica privada* cfr. COUTINHO DE ABREU, “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, in: AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, BFDUC*, Coimbra, 1991, vol. III, pp. 411-425 (mencionando entre as limitações a questão do *licenciamento*, pois uma vez “admitida ou permitida a criação de determinada empresa, é ainda necessário observar os requisitos de localização e construção, higiene, segurança e salubridade” — p. 417). A propósito do *direito de propriedade* (art. 62.º), GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA mencionam em primeiro lugar (*ob. cit.*, p. 801) nos limites e restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição que se colocam a este direito (o qual é garantido, no n.º 1 do preceito citado, “nos termos da Constituição”), as razões ambientais.

¹⁹³⁹ Cfr. *Risco e modificação...*, cit., p. 246 e segs., especialmente p. 248 e seg.

¹⁹⁴⁰ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 251 e seg.

de ponderação, só nascendo o “direito” — por sua vez um direito fortemente condicionado e sujeito ao posterior exercício de poderes administrativos de inspecção, fiscalização, modificação, intervenção e mesmo de revogação — a exercer a actividade em causa e a explorar a instalação ambientalmente nociva com a outorga da autorização. Ainda que esta construção possa não valer em geral para toda e qualquer actividade e instalação potencialmente nociva para o ambiente, temos para nós que ela terá de ser a válida para todas as instalações que atinjam um patamar relevante de perigo e risco ambiental, patamar esse que resultará tanto da definição legal dos pressupostos e do regime para o seu desenvolvimento como da concretização e ponderação administrativas de tais leis¹⁹⁴¹.

Como temos dito desde o início do Capítulo, o direito autorizativo não pode hoje ser concebido unitariamente e é cada vez mais um direito diferenciado e diversificado e a autorização ganha contornos e regimes diferenciados consoante a natureza dos bens jurídicos subjacentes: se ela pode continuar a ser declarativa no domínio dos direitos pessoais, terá de ser *constitutiva* quanto aos *direitos económicos*¹⁹⁴².

Este regime da autorização ambiental renovada enquadra-se ainda num aspecto mais geral: desde o seu aparecimento, há mais de 100 anos, e à medida que o acto autorizativo se foi afirmando como uma das formas principais da actividade administrativa, que ele passou também a ser um dos principais instrumentos da *política industrial e económica* nas diversas ordens jurídicas¹⁹⁴³. Numa altura em que há preocupações cada vez mais sérias, no plano ético, político, social e económico sobre a necessidade de compatibilizar desenvolvimento e bem-estar económico e social com tutela, preservação e promoção do ambiente e dos seus componentes — em boa parte expressas no princípio do *desenvolvimento sustentável*, que

¹⁹⁴¹ Seguimos assim, em larga medida, a proposta de CARLA AMADO GOMES quando, a propósito do estudo da *autorização como instrumento de prevenção do risco*, aborda aquilo que apelida de “refundação do conceito de autorização” (cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 529 e segs.), “cerrando fileiras” contra a teoria do direito pré-existente e reforçando a lógica constitutiva da autorização — com o enquadramento histórico da sua concepção no processo de erosão progressiva que os pressupostos das teorias de Ranelletti e Mayer têm sofrido desde os anos sessenta do século XX. Esse processo é devido à intervenção do Estado na economia (utilização da autorização como forma de aliciar os particulares para a realização de fins públicos, bem como a vocação de regulação duradoura da autorização que, moldada pelos poderes administrativos de fiscalização, se aproxima cada vez mais da concessão), conduzindo ao avolumar da *relativização de certos direitos*, com destaque para os direitos de propriedade e de iniciativa económica privada, tudo conduzindo à *refundação do conceito de autorização como acto constitutivo de direitos*, o aspecto que de momento mais nos interessa sublinhar. Refundação que passa ainda, para a Autora, pelo crescente *ascendente da função administrativa*, devido às incapacidades do legislador que impõem a necessidade de revisão do princípio da reserva de lei.

¹⁹⁴² Afirmando CARLA AMADO GOMES, no contexto da *crise da autorização (Risco e Modificação...*, cit., p. 541): “sempre que a lei investe a Administração no poder de controlar preventivamente o exercício de uma determinada liberdade pelo particular (...) o acto reveste uma *inegável dimensão constitutiva*”, o que conduz à *rejeição dos direitos preexistentes*. Noutro local da mesma obra (cfr. p. 629) a Autora fundamenta a *impossibilidade de subsistência da autorização como remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes* com base no *risco*, insistindo na responsabilidade administrativa pela actualização do conteúdo dos deveres ínsitos ao acto.

¹⁹⁴³ A título meramente exemplificativo cfr. o artigo de ALBERTO MASSERA (“La nuova legge per il mezzogiorno...”, cit.) onde se analisam as leis e as políticas anteriores e posteriores à II Guerra Mundial (isto é, vigentes no regime fascista de Mussolini e depois dele), enquadrando-se nessa mudança de regimes políticos a disciplina da *autorização de novos estabelecimentos* e as relações a seu propósito estabelecidas entre as autoridades públicas autorizativas e os empreendedores privados, mediadas precisamente pela autorização, que neste caso concreto se perfila como um acto que contraria algumas políticas de incentivo industrial em zonas determinadas do território italiano (cfr. especialmente pp. 356-359).

pretende harmonizar e fazer a ponderação devida entre esses diferentes desideratos — a *autorização pode e deve ser usada* para levar a cabo e concretizar estas políticas e estes objectivos.

A terminar este ponto, gostaríamos de enumerar algumas de entre as mais relevantes características da autorização ambiental renovada¹⁹⁴⁴, embora certas delas venham a ser tocadas e desenvolvidas ao longo do capítulo. Mesmo assim, e uma vez que estamos a fazer o esboço de uma “primeira caracterização da autorização jurídico-ambiental”, julgamos relevante este elenco não exaustivo e meramente tópico:

– A *precarização geral* da autorização jurídico-ambiental que constituirá, porventura, o ponto-chave da exposição, na qual pretendemos mostrar que uma das características mais marcantes do (relativamente) novo regime deste acto autorizativo é o que se consubstancia na diminuição da protecção da confiança, da segurança jurídica e da *Bestandschutz* do seu titular, sendo sobretudo por esta nota que, quanto a nós, o acto autorizativo ambiental consegue resistir e continuar a marcar o seu protagonismo no contexto dos meios de acção administrativa orientados para a tutela ambiental: ele não pode mais ser visto como um “escudo de protecção” do seu titular (do operador da instalação, na medida em que pensamos sobretudo nas autorizações de instalações onde se realizam actividades susceptíveis de produzir impactes ambientais negativos) perante modificações posteriores do acto que as disciplina ou mesmo da sua revogação, cujo regime poderá ser facilitado em comparação com aquele a que estão submetidos outros actos autorizativos.

– A enorme importância de que se reveste a aposição de *cláusulas acessórias*, de diverso conteúdo e significado que, no seu conjunto, contribuiu para a precarização da autorização, seja em termos de conteúdo, seja no que diz respeito à limitação do seu prazo, seja quanto à possibilidade de intervenção futura da Administração, entre outros aspectos que trataremos de forma autónoma¹⁹⁴⁵.

– A configuração muito particular das *obrigações do operador* das instalações autorizadas, as quais devem ser concebidas como *obrigações dinâmicas e duradouras*, isto é, que não se esgotam com a abertura da instalação, projectando os seus efeitos ao longo de toda a sua vida útil e mesmo para além dela (na fase do encerramento e posterior desmantelamento) e que, além disso, são obrigações que vão sendo renovadas em função dos progressos técnicos, da reacção do meio às emissões e imissões provenientes da instalação, à alteração dos elementos normativos que disciplinam aquele tipo de instalações e actividades e mesmo à modificação da “filosofia” de segurança e de protecção das autoridades autorizadas. Como a doutrina alemã tem destacado, a propósito de um preceito legal pa-

¹⁹⁴⁴ Partindo do pressuposto de que as autorizações ambientais são, provavelmente, o instituto jurídico onde mais se fazem sentir os esforços de reinvenção da regulação ambiental, como a doutrina norte-americana tem posto em evidência de forma particular, uma vez que o *sistema de autorização* foi um dos primeiros alvos dos esforços da *reinvenção regulatória* promovida pela Administração Clinton, no sentido de aumentar a *efectividade* e a *eficiência* do sistema de autorização ambiental: a atribuição de maior flexibilidade às autorizações ambientais não pretendia nunca diminuir os índices de protecção ambiental nem enfraquecer a participação pública, mas apenas racionalizar e simplificar os procedimentos de autorização. Por todos cfr. DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative...”, cit., pp. 82-84.

¹⁹⁴⁵ Tomando uma vez mais por base a prática germânica na conformação das autorizações ambientais, H.-J. PETERS informa-nos que, no direito do ambiente, quase não há autorizações emitidas sem a aposição de cláusulas acessórias, as quais muitas vezes o são em grande número: cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 52.

radigmático nesta sede (o § 5 da BImSchG), estas obrigações são expressão da avaliação do legislador, de acordo com a qual *a autorização não representa qualquer aceitação estadual ou pública de riscos* que não sejam conhecidos no momento da outorga da autorização, pressupondo uma defesa efectiva dos perigos e dos riscos, na sociedade do risco em que vivemos, que o Estado (os organismos públicos) possa emitir decisões depois da concessão da autorização¹⁹⁴⁶.

– Relacionada de perto com a precarização do acto autorizativo e com a conformação das obrigações do operador autorizado como obrigações dinâmicas e duradouras surge com um papel igualmente destacado a possibilidade da prática de decisões administrativas posteriores, fundadas em diversos títulos jurídicos, com realce para uma espécie de “reserva de modos legal” que é hoje inserida em diversa legislação ambiental, com destaque para a licença ambiental (outorgada ao abrigo do regime da PCIP) e para o direito alemão de protecção da atmosfera, que também merecerá a nossa atenção especial. Esta possibilidade demonstra, como veremos, que as alterações posteriores da situação e do direito que rege a instalação (consubstanciado no acto autorizativo) ficam em larga medida na *esfera de risco do operador*, sendo igualmente por seu intermédio que se consegue a *dinamização* das obrigações do operador e, por essa via, da própria autorização.

– A contribuir ainda para uma “desestabilização” ou flexibilização do acto autorizativo e para enfraquecer os seus pilares fundamentais, prevêm-se *regimes específicos de revogação* da autorização ambiental: ainda que se continue a defender *em geral* um regime bastante protector dos actos constitutivos de direitos, não poderá ser mais esse o caso das autorizações ambientais e, ainda que na prática o poder de revogação do acto autorizativo ambiental pareça ser ainda usado de forma bastante tímida, ele não pode deixar de estar consagrado na lei, seja para ser exercido mediante o pagamento de uma indemnização ao seu titular, seja sem ela.

– Ao *nível procedimental* há também diversos aspectos a serem considerados, demonstrando o seu contributo para novas matizes e configurações do acto autorizativo ambiental (ainda que, aqui em particular, a maioria dos aspectos a considerar esteja longe de constituir uma nota específica do domínio ambiental). Assiste-se, entre outras notas, a uma crescente *desmaterialização* do procedimento para a outorga da autorização ambiental, com a prática de inúmeros trâmites e formalidades por via informática; à graduação dos procedimentos administrativos ambientais, com a cada vez maior frequência de actos e decisões interlocutórias, em especial autorizações prévias e parciais; à diferenciação destes mesmos procedimentos, com previsão de uns muito mais formalizados e exigentes do que outros, em função da dimensão dos perigos e riscos que o projecto possa à partida suscitar; à atribuição de um papel muito mais relevante ao requerimento no desenho da autorização

¹⁹⁴⁶ KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 155 e segs. O Autor desenvolve o seu pensamento, acentuando que a aceitação de riscos futuros que a outorga da autorização pressupõe exige que o Estado tenha em mão um instrumentário com o qual possa dominar tais riscos. Em todo o caso, é evidente que a autorização (no caso, a autorização do direito de protecção da atmosfera) reduz para o operador o risco de danos para as consequências do funcionamento da instalação conhecidas no momento da emissão da autorização, desde que elas estejam abrangidas pelo conteúdo de regulação daquele acto (cfr. p. 165 e segs.). Mas da abrangente obrigação de controlo administrativo não resulta uma atribuição do risco ao Estado, o que é confirmado pela possibilidade de intervenção futura na autorização e na instalação autorizada.

e do seu regime, sendo o requerente de uma autorização ambiental em larga medida o seu próprio “arquitecto”;

– Uma resposta decidida ao problema da *ineficiência económica* da regulação ambiental da primeira geração e aos seus reflexos directos na autorização ambiental, implicando a entrada das análises sobre a eficiência em termos de custos e de custos-benefícios nesta regulação e nestes actos. Em especial nos EUA esta racionalidade invadiu não apenas as empresas sujeitas à regulamentação ambiental mas também as próprias regras a impor pela EPA — nomeadamente pela norma que viria a ser estabelecida de impor a esta agência a demonstração da eficiência dos custos das suas regras, sob a supervisão do *Office of Management and Budget*¹⁹⁴⁷. Tudo em conformidade com o aspecto, realçado no capítulo anterior, de recorrer a critérios de *eficiência económica* de entre os diversos padrões de escolha dos instrumentos a utilizar na tutela ambiental¹⁹⁴⁸.

– As inovações produzidas no regime da autorização ambiental conduzem a que ela se aproxime mais da concessão, em especial da *concessão de serviços públicos*, por uma diversidade de razões, que teremos oportunidade de desenvolver. Em todo o caso, e em jeito de síntese, poderemos desde já mencionar a circunstância de muitas vezes (porventura sempre, no domínio ambiental) a autorização não se referir a direitos subjectivos pré-existentes; o facto de algumas das actividades desenvolvidas ao abrigo do acto autorizativo se traduzirem na realização de fins públicos; a vocação de regulação duradoura da autorização, já que os amplos poderes de intervenção da Administração conduzem ao estabelecimento de uma relação permanente entre ela e o administrado autorizado; a “invasão” do interesse público no regime da autorização, que torna o autorizado, em múltiplas situações, num “colaborador qualificado” da Administração; pelo menos nos domínios mais sensíveis da tutela ambiental as actividades sujeitas a autorização são hoje actividades limitadas e excepcionais, havendo também situações em que o acesso ao mercado é limitado através da limitação do número de autorizações. Por todas estas razões, há hoje uma maior proximidade entre estes dois actos favoráveis que levam mesmo alguns autores a falar num “*tertium genus*” de título habilitante, entre a autorização e a concessão¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁷ Sobre a exigência às agências para ponderarem os custos e os benefícios dos diplomas normativos mais importantes propostos, para escolherem a alternativa com menores custos, a obrigação de darem a sua agenda anual ao *Office of Management and Budget* (OMB) e a supervisão pelo Executivo (ainda por intermédio do OMB) das análises de custos-benefícios das agências reguladoras cfr. RICHARD STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 40-48 e RICHARD A. HARRIS/SIDNEY M. MILKIS, *The Politics of Regulatory Change — A Tale of Two Agencies*, 2nd ed., Oxford University Press, New York-Oxford, 1996, pp. 100-112.

¹⁹⁴⁸ MICHAEL KLOEPFER refere que entre os *critérios de escolha* dos instrumentos a utilizar na protecção jurídica do ambiente se devem contar — para além de juízos relacionados com a *eficácia ecológica*, com a *praticabilidade*, *exequibilidade* e *aceitação*, conformidade com a concorrência, justiça ou equidade na distribuição, tanto ao nível dos encargos como dos custos e da *reversibilidade* e *flexibilidade* — os da *eficiência económica* (utilização máxima do ambiente com a utilização dos meios previstos ou alcance de standards ambientais previstos com a mínima utilização de recursos) e também o da *menor influência possível noutros objectivos político-económicos* (concretizada na redução máxima possível dos efeitos danosos laterais, como por exemplo para os trabalhadores): cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 223.

¹⁹⁴⁹ Cfr. FUENTETAJA PASTOR, “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, n.º 160 (Enero-Abril 2003), pp. 87-119 (pp. 95-113).

Sobre esta matéria cfr. ainda MATTHIAS SCHMIDT-PREUB, “Flexible Instrumente...”, cit., pp. 309-331 — o

– A *dimensão técnica* das modernas autorizações ambientais, umbilicalmente ligadas ao “estado da técnica”, às “melhores tecnologias” conhecidas ou às “melhores técnicas disponíveis”, não pode também ser negligenciada, embora a liguemos muitas vezes a outros aspectos do regime do acto autorizativo ambiental, quer porque essa tecnicidade foi já estudada no capítulo precedente, quer porque ela se articula com problemas diversos por nós abordados, designadamente as margens de apreciação discricionária que se abrem para a Administração ao abrigo das novas vertentes deste acto.

– Um aspecto incontornável da autorização ambiental reinventada é, sem sombra de dúvidas, o da *integração* das exigências que impendem sobre a instalação e/ou actividade sujeita a autorização a qual pode porventura ser considerada, no que ao acto autorizativo ambiental em concreto diz respeito, a principal novidade da segunda geração do direito do ambiente¹⁹⁵⁰. A questão é demasiado extensa, complexa e relevante para pretendermos alinhar algumas ideias condutoras da mesma, mas a análise da licença ambiental (no âmbito do regime da PCIP), bem como da *autorização integrada de projectos*, pacificamente considerada o núcleo duro do último projecto (malgrado, à imagem dos seus antecessores) legislativo do Código do Ambiente alemão¹⁹⁵¹, como vimos considerado o projecto legislativo melhor preparado da Alemanha moderna, serão por ora suficientes para atestar o que está em causa. No fundo, a substituição dos múltiplos actos e procedimentos sectoriais que dominaram a primeira geração do direito do ambiente, com uma valoração sectorial ou parcelar dos diversos componentes ambientais e das diversas problemáticas ecológicas suscitadas por uma instalação e/ou por uma actividade — que, mencionando apenas os mais significativos, exigiam actos autorizativos diferenciados e autónomos para a poluição

qual analisa a *política ambiental entre a economia e a ecologia*, centrando-se nas relações entre a protecção ambiental e o mercado, especialmente ao nível de decisões de *localização das empresas*, onde a intensidade da regulação e o peso financeiro das exigências ambientais também têm grande importância (cfr. p. 309 e seg.). O estudo é interessante na medida em que o Autor propõe formas de abrir espaços de *flexibilidade no direito de ordenação* (cfr. p. 330 e seg.), designadamente quando o Estado renuncia à execução de exigências ambientais, obtendo “ganhos ecológicos” de outras formas, sendo também isso que se passa ao nível legal quando se prevêem *regimes de compensação*, como por exemplo aquele contido no n.º 3 do § 7 da BImSchG (nos termos do qual podem ser afastadas algumas das exigências específicas aplicáveis a uma instalação determinada se, através da aplicação de medidas técnicas aplicáveis em instalações do mesmo operador ou de terceiros, a soma das emissões da instalação em causa com a dessas outras instalações resultar numa diminuição mais ampla das emissões no seu conjunto) ou no n.º 3a do art. 17.º da mesma Lei (que determina a possibilidade de a autoridade competente prescindir da prática de decisões posteriores desde que se prevejam, num plano apresentado pelo operador, medidas técnicas na instalação ou em instalações de terceiros que resultem numa redução dos níveis de emissão para as instalações em causa substancialmente superior ao conjunto de reduções que seria atingido pela emissão de decisões posteriores).

¹⁹⁵⁰ Não deixa de ser curioso, de qualquer forma, notar que já em 1971 GIANNINI lançava as bases da autorização ambiental integrada, pela crítica que fazia ao “seccionalismo” (a subdivisão da matéria em sectores nem sempre facilmente comunicantes) reinante no direito do ambiente, que o levava a defender a disposição mediante um só acto, cuja aplicação fosse levada a cabo por um único órgão: cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, “Difesa dell’Ambiente...”, cit., pp. 1122-1134 (p. 1132).

¹⁹⁵¹ O *Regierungsentwurf des Umweltgesetzbuches* (UGB 2009), finalizado em 2008 e apresentado publicamente em 2009 pelo Ministro do Ambiente Sigmar Gabriel. A *autorização integrada de projectos* prevista neste projectado Código, ao absorver uma série de actos e procedimentos autorizativos diversos e dispersos, assumia como suas ideias ou palavras-chave “Um projecto — uma autoridade — um procedimento — uma autorização” (*Ein Projekt — eine Behörde — ein Verfahren — eine Genehmigung*): cfr. CLAUDIA BUCHMANN, “Das Koordinierungsgebot nach dem Scheitern des UGB”, *NuR*, 31. Jahrgang, Heft 6, Juni 2009, pp. 380-384 (p. 380).

atmosférica, para a rejeição dos efluentes líquidos, destinados a regular a poluição e as emissões para o solo, dirigidos a evitar ou reduzir o ruído e para o tratamento e eliminação dos resíduos — por uma autorização que integre todas essas exigências e com a qual se procure atingir um nível elevado de protecção no seu todo.

— Por último, poderemos ainda mencionar um movimento tendente a uma autêntica *mercantilização do acto autorizativo*, bem evidente nas diversas tentativas para criar mercados de autorizações e de emissões, permitindo a compra e venda de títulos deste tipo para que as empresas escolham as alternativas mais económicas e, como tal, pelo menos supostamente mais eficientes de prevenir e combater a poluição. Para além das diversas e bem sucedidas tentativas levadas a cabo nos EUA — com indubitável protagonismo para o *programa das chuvas ácidas* previsto no Título IV do CAA — o mercado de emissões ganhou uma dimensão global com a celebração do Protocolo de Quioto, o qual foi transposto para a Europa e, desta forma, para Portugal, por intermédio do regime do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE). Os aspectos técnico-jurídicos deste regime não podem ser ignorados, razão pela qual não deixaremos de dedicar algumas linhas ao “comércio” de emissões e aos actos autorizativos negociáveis. Em especial porque os programas de comércio de emissões ou de autorizações vão em regra reduzindo o número de autorizações disponíveis e atribuídas aos operadores, o que suscita delicadíssimas questões ao nível da eventual violação da protecção da confiança e da segurança jurídica.

SECÇÃO II

O REGIME DO ACTO AUTORIZATIVO REINVENTADO

— A AUTORIZAÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E FLEXIBILIDADE

Chegamos então ao ponto central da dissertação, qual seja o de nos debruçarmos sobre o regime específico do acto autorizativo ambiental nos primórdios do novo milénio, analisando alguns dos seus contornos particulares, sobretudo tendo em mente a questão dogmática de determinar o seu lugar no âmbito da tensão entre estabilidade e flexibilidade que sempre foi — e continuará a ser — um dos aspectos teóricos mais controvertidos de todo o direito administrativo, com consequências práticas evidentes.

Pensamos ter já enquadrado suficientemente a questão e o conflito que está por detrás dela, com as suas inúmeras ramificações: tensão entre liberdade e segurança, entre protecção da confiança e promoção do Estado ambiental, entre segurança jurídica e incerteza, entre protecção do investimento e protecção do ambiente, entre força de caso decidido do acto administrativo e a sua adaptabilidade, entre celeridade e agilização do procedimento (de um lado) e prevenção (do outro).

Já sabemos também que quanto ao acto autorizativo ambiental, a “equação” que está aqui em apreço tende a pender mais para o lado da precarização, da adaptabilidade, da revi-

sibilidade, da diminuição da estabilidade do acto, em nome das exigências de prevenção e de precaução que dominam o direito ambiental e que levam a um acto indiscutivelmente mais precário e menos estável do que noutros sectores ou domínios do direito administrativo.

Ora bem: o que pretendemos agora é, percorrendo algumas das questões já enunciadas no final do ponto anterior e outras que se revelem pertinentes, analisar quais aquelas que, em simultâneo, se afiguram como mais evidentes na demonstração da reinvenção em que temos insistido e mais apontam para a citada precarização do acto autorizativo, tornando este acto num acto de contornos próprios em face dos seus homónimos. Tendo sempre presente que há elementos teóricos, substanciais, valorativos e mesmo éticos que estão por detrás do acto autorizativo ambiental — o risco, a incerteza, a solidariedade intra e intergeracional, a protecção de componentes decisivos para a manutenção das condições de vida na terra para os seus habitantes de hoje e para os de amanhã — vamos procurar ver como eles se repercutem em problemas jurídicos específicos, a medida em que essa repercussão se traduz na maior flexibilidade, instabilidade jurídica e abertura a modificações da autorização ambiental e as possíveis formas de regular esses aspectos, atenuando de alguma forma essa instabilidade e protegendo os direitos, valores e interesses dignos de tutela (segurança jurídica, protecção da confiança e das situações jurídicas adquiridas, protecção do investimento, desenvolvimento económico dos países, criação de postos de trabalho, liberdade de iniciativa económica privada, direito ao trabalho, etc.) que apontam no sentido oposto. E, também, em que medida essa flexibilização, abertura e instabilidade, reclamada pelos valores subjacentes à tutela ambiental, é ou não compatível com os limites constitucionais e legais aplicáveis, em particular princípios jurídicos fundamentais como os da segurança jurídica, da protecção da confiança, da irretroactividade das leis, da força de caso decidido dos actos administrativos, ideias e princípios radicados no próprio *princípio do Estado de Direito*.

Como tal, o *princípio da proporcionalidade* terá de ocupar um papel primordial no espaço desta discussão, pois só com a sua mediação muitas das questões afloradas poderão ser resolvidas: só por intermédio de soluções que se revelem necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito poderemos chegar a opções que consigam obter a concórdia prática entre os diferentes direitos, valores e interesses em jogo.

1. Os efeitos da autorização ambiental

Neste quadro, parece lógica a opção por iniciar o percurso com a discussão dos *efeitos da autorização ambiental*, tendo em conta a eficácia que produz como acto autorizativo que é, em geral, mas sobretudo os resultados específicos por ela originados enquanto acto de prevenção de danos ambientais.

Vamos por ora deixar de fora da nossa consideração o problema dogmático central de saber se a autorização ambiental tem um *efeito permissivo* ou *constitutivo*, questão antes de mais relacionada com as limitações legais colocadas às actividades económicas susceptíveis de produzir impactes ambientais, ou seja, à proibição ou ao (mero) condicionamento de tais acções humanas. E, também, com a circunstância de o requerente gozar de um autêntico

direito à outorga da autorização, uma vez verificados os pressupostos legais para a prática de tal acto ou de uma simples expectativa jurídica, em função das margens de apreciação discricionária deixadas pelo legislador à Administração.

De qualquer modo, a ideia central com que podemos e devemos avançar para este ponto tem a ver com o claro enfraquecimento — para já diremos apenas isto — de um dos mais relevantes efeitos tradicionalmente assinalados aos actos autorizativos, em geral: o *efeito de estabilização* ou *efeito de protecção* do autorizado em relação a alterações posteriores ao funcionamento da instalação ou actividade autorizada. Sobretudo, em nosso entender, como resultado da *durabilidade* e da *dinamização* das obrigações fundamentais legalmente fixadas dos operadores deste tipo de instalações e das diversas possibilidades administrativas de intervir no conteúdo, nos limites e nos requisitos das actividades e instalações autorizadas após a outorga da autorização, esse efeito encontra-se, nos actos autorizativos ambientais, sobremaneira limitado e posto em causa: ainda que matizadas pela aplicação do princípio da proporcionalidade, as alterações posteriores da situação e das exigências legais e mesmo administrativas relativas à instalação ficam hoje, no domínio do ambiente, em larga medida na esfera de risco do operador¹⁹⁵².

Centrando-nos apenas nas autorizações completas, totais ou globais — isto é, deixando fora da nossa análise os actos autorizativos prévios, precários e provisórios, que serão estudados noutra sede — devemos começar por dizer que, seja qual for a forma como, em termos dogmáticos, seja concebida a proibição legal que está por detrás das instalações e das actividades susceptíveis de produzirem danos ambientais, o *efeito central da autorização* é o de remover ou neutralizar uma proibição legal de construir e explorar uma instalação ou de desenvolver uma actividade, fundando um “direito”¹⁹⁵³ do operador à sua exploração ou desenvolvimento e determinando que os vizinhos e a comunidade em geral fiquem “obrigados” à tolerância ou sujeição da execução do projecto autorizado. Da actividade ou instalação que constitui o objecto do acto autorizativo até podem resultar danos, aqui numa das diversas formas de poluição, mas ela está suportada num acto jurídico legítimo, que supostamente fez a adequada ponderação entre os interesses públicos e privados em jogo, pelo que tem de se admitir a sua prossecução, enquanto tal acto não for suspenso, modificado ou retirado do ordenamento jurídico. Este constitui o *efeito central* da autorização, o seu efeito autorizativo, havendo ainda autores que distinguem aqui um *efeito declarativo* — o

¹⁹⁵² Neste sentido, defendendo pelo menos que a autorização ambiental (em concreto, a autorização do direito de protecção atmosférica) não desenvolve hoje um efeito de protecção absoluto, mas apenas graduado, cfr., por todos, KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., especialmente pp. 163-165 — um dos Autores que mais desenvolvidamente tratou a questão. Sach considera que esta autorização tem um *duplo carácter*, na medida em que deve garantir segurança de um duplo ponto de vista: por um lado, *segurança para a generalidade e para o ambiente* perante os efeitos da instalação (função de protecção); por outro lado, *segurança para os investimentos realizados por causa da autorização* (função de estabilização). Neste efeito de estabilização da autorização é de distinguir, por sua vez, entre a protecção perante as exigências referidas ao futuro e referidas ao passado: enquanto as primeiras apontam para proibir, limitar ou modificar o funcionamento da instalação no futuro (estando por isso relacionadas com o risco de investimento que o empresário suporta), as segundas respeitam à responsabilidade pelos danos não esperados, mas que entretanto se produziram (risco de danos) — cfr. sobretudo pp. 19-25.

¹⁹⁵³ Ainda que tal posição jurídica não corresponda a um direito subjectivo pleno mas, cada vez mais, a uma posição jurídica susceptível de ser comprimida ou mesmo suprimida pela Administração, uma vez verificados determinados requisitos.

projecto, no momento da autorização, não se opõe aos preceitos aplicáveis, eliminando-se a proibição formal que sobre ele impendia — e um *efeito autorizativo* propriamente dito, concretizado na permissão daquilo que foi requerido¹⁹⁵⁴.

Enquanto instrumento básico de tutela ambiental, a autorização jurídico-ambiental deve ser configurada como um acto de controlo e de protecção de bens jurídicos ecológicos, numa perspectiva de controlo preventivo e de precaução, orientado desta forma para evitar a ocorrência de perigos e de riscos que possam comprometer aqueles bens jurídicos. É a existência de tais perigos e riscos que pode justificar o indeferimento do pedido de autorização, sendo também eles que estão na base dos poderes de intervenção da Administração no conteúdo do acto autorizativo e que se reflectirão em novas exigências para as actividades ou instalações autorizadas ou, em casos limite, na revogação do acto ou na interdição da actividade ou encerramento da instalação. A tarefa alargada de prevenção de perigos e de precaução de riscos, consubstanciada na outorga do acto autorizativo, concretiza-se na atribuição destes poderes administrativos, a exercer ao longo da vida da instalação autorizada ou mesmo para além dela.

Por esta razão, e em face do espaço que cada vez mais a lei deixa para concretização administrativa, o *efeito conformador* ou *conformativo* da autorização e, por seu intermédio, da actividade realizada ou da instalação explorada é cada vez maior: uma e outra devem ser feitas nos termos definidos *a priori* no acto autorizativo e *a posteriori* nas modificações que ele vá sofrendo ou nas novas decisões ou *modos* determinados administrativamente¹⁹⁵⁵. Daí que este acto possa também ser apelidado como um acto de regulação pois, ao conformar no presente e no futuro a actividade ou a instalação está a concretizar a sua regulação, pelo menos em termos jurídico-públicos.

Como é óbvio, o titular de uma autorização ambiental está numa melhor posição daquela em que estava antes de tal acto ser emitido. Em termos estritamente jurídico-públicos, a cláusula geral de defesa de perigos (e, hoje, de precaução de riscos) do direito de polícia é neutralizada por esta autorização, por norma baseada em legislação especial que afasta aquela cláusula geral: na medida em que a lei na qual a autorização se baseou contenha, enquanto lei especial, regulamentações completas ou fechadas, a aplicação daquela cláusula geral é posta de lado, com base no *princípio da especialidade*. Referindo-se em concreto à autorização do direito de protecção da atmosfera emitida ao abrigo da BImSchG, Sach mostra-nos¹⁹⁵⁶ que a aplicação desta lei “corta” aquela cláusula geral, só podendo o titular da autorização sofrer “ataques” à sua posição jurídica com base em legislação especial.

¹⁹⁵⁴ Cfr. WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 248.

¹⁹⁵⁵ Em certa medida, isto não é propriamente um fenómeno novo, mas que cada vez apresenta maior força ao nível jurídico-ambiental. Na verdade, já em 1974 RICARDO VILLATA se referia (cfr. *Autorizzazioni Amministrative*, cit., pp. 189-191) ao facto de o *efeito conformativo* da autorização se traduzir na *objectivação* da gestão da empresa, que se tornaria assim idónea à satisfação de interesses públicos, pois o empresário alcançava fins de utilidade geral por intermédio daquela objectivação, sendo a gestão operada nos termos indicados ou definidos pela Administração. Em termos jurídico-ambientais, cfr. KLOEPFER quando alude (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 246) ao efeito conformador do acto autorizativo (“Gestaltungswirkung”), traduzido na criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica ou de uma relação jurídica concreta, alertando logo para o facto, que vamos analisar, de o acto produzir, para além do seu efeito conformador jurídico-público, também efeitos análogos no âmbito jurídico-privado.

¹⁹⁵⁶ Cfr. *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 157 e seg.

Ora, em face do *efeito de concentração* a que nos referiremos infra, tal autorização reduz ao operador o risco que terceiras autoridades limitem a capacidade de utilização concedida: a autoridade administrativa responsável pela outorga da autorização apreciou o âmbito e a finalidade da instalação, só sendo permitidas decisões de outras autoridades desde que tal esteja previsto em leis especiais, sempre com a limitação de que as consequências imprevistas do funcionamento não podem estar abrangidas pelo conteúdo de regulação da autorização, permanecendo o risco, quanto a elas, na esfera do operador.

O acto autorizativo jurídico-ambiental estende largamente os seus efeitos para lá da estrita relação entre a Administração autorizadora e o sujeito autorizado¹⁹⁵⁷, uma vez que é a seu propósito típico o estabelecimento de relações jurídicas poligonais e multipolares, com diversos sujeitos (configuração subjectiva da relação multipolar) e direitos e interesses (configuração material), tanto públicos como privados, nos dois pólos da relação. Assim, na medida em que a realização ou exploração do projecto autorizado produz efeitos sobre os vizinhos ou terceiros e sobre diversos interesses públicos com ele conflituantes, a autorização jurídico-ambiental tem um *efeito de repartição e de equilíbrio* (é, no fundo, uma decisão de perequação) entre tais direitos, interesses e pretensões, no âmbito de uma relação triangular entre requerente, Administração e terceiros, tratando-se de um acto com efeitos junto de terceiros (*Drittwirkung*)¹⁹⁵⁸. Este equilíbrio ou perequação é ainda mais visível se pensarmos que a autorização ambiental transmite, na maior parte dos casos, um direito de uso ou exploração de bens ambientais escassos que pertencem a todos e estão consubstanciados no interesse público (ar limpo, águas limpas e saudáveis, solos descontaminados, etc.) mas são parcialmente transferidos para o operador de uma instalação.

Uma das questões mais discutidas e mais relevantes, tanto em termos teóricos como práticos, do alcance dos efeitos da autorização ambiental tem a ver com o efeito de “fixação” ou “solidificação” jurídica por ela produzido e, por essa, via, os seus efeitos conformadores no plano das relações jurídico-privadas que em geral chegam ao ponto de se falar de um autêntico *efeito de legalização*. À partida, o efeito prático mais facilmente discernível neste plano é o chamado *efeito preclusivo*: após a expiração dos prazos previstos para a impugnação deste acto administrativo, os interessados vêem precludida essa possibilidade, ocorrendo uma “preclusão de caso decidido” (*Bestandskraft-Präklusion*, na terminologia germânica) ou “preclusão de caducidade” (*Verwikungspräklusion*). Isto é, a partir do momento em que a autorização, ainda que inválida, se torna estável ou firme, por já não poder ser impugnada, há um *efeito de legalização* das actividades realizadas ou instalações exploradas na sua base.

¹⁹⁵⁷ Muito para além do “esquema referencial binário” de que nos fala GOMES CANOTILHO, por oposição às relações jurídicas multipolares ou poligonais que se entrecem hoje a propósito de diversos actos administrativos, com destaque para as autorizações jurídico-ambientais: cfr. GOMES CANOTILHO, “Relações Jurídicas Poligonais...”, cit., pp. 56-58.

¹⁹⁵⁸ Cfr. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 531 — sublinhando as semelhanças, enquanto acto administrativo multilateral, com a decisão de aprovação do plano (*Planfeststellung*) e salientando o relevo procedimental (direito de participação) e processual (legitimidade de terceiros na acção de anulação) de tal compreensão das coisas. No mesmo estudo (cfr. p. 533 e 537) fala-nos exactamente de a autorização ambiental conter uma decisão de perequação e de solução de conflitos entre as partes, tomando em consideração os diversos direitos e interesses contrapostos.

Como nos mostra Rüdiger Breuer¹⁹⁵⁹, há quatro modelos possíveis de conformação da *relação entre os actos autorizativos jurídico-públicos e os direitos privados*, em cujos extremos se situam o modelo de *separação estrita* entre uns e outros, não sendo os direitos privados tocados por aqueles actos, e o modelo que leva mais longe a conformação dos direitos privados através de actos jurídico-públicos, passando não apenas por modificar mas por *excluir os direitos privados*, podendo mesmo constituir uma expropriação: é esse o modelo consagrado, por exemplo, na decisão de aprovação do plano e na *Bewilligung* do direito das águas (§ 8 da WHG), a qual se limita a conceder uma competência jurídico-pública para utilização da água, deixando intocados os direitos dos interessados, não podendo ser feita valer qualquer pretensão jurídico-privatística após a outorga da autorização. Pelo meio temos dois modelos intermédios: um no qual a autorização é emitida “sem prejuízo de direitos de terceiros”, carecendo de efeito constitutivo face a pretensões privatísticas (mantem a separação entre o direito de vizinhança privada e os controlos publicísticos das instalações), apesar de desenvolver um *efeito constitutivo formal* que protege a instalação autorizada contra determinadas pretensões de defesa jurídico-privadas (caso da autorização de construção); e o do *efeito constitutivo material*, que constitui a *regra no direito do ambiente alemão*, traduzindo-se numa intervenção autoritária directa no direito de propriedade dos vizinhos, não podendo ser exigida a paralisação do funcionamento de uma instalação que labore ao abrigo de uma autorização inopugnável mas apenas providências que afastem ou limitem os efeitos prejudiciais ou, em alternativa, a atribuição de uma indemnização.

Desta forma, dentro de certos limites — em particular quanto às consequências imprevisíveis das actividades ou instalações autorizadas, que não são abrangidas pelo conteúdo de regulação da autorização — o efeito de vinculação das autorizações pode estender-se ao direito civil, falando-se aqui do *efeito conformador de direito privado* da autorização jurídico-ambiental, acolhido por exemplo no § 14 da BImSchG¹⁹⁶⁰: apesar de a autorização dizer respeito à compatibilidade do projecto com *preceitos jurídico-públicos*, de acordo com aquele preceito, a partir do momento em que ela se torna inopugnável são excluídas as pretensões de defesa jurídico-privada de terceiros (em especial os vizinhos) que não se baseiem em “títulos especiais” de direito privado (a doutrina alude aqui aos exemplos de um contrato ou de uma servidão predial), não podendo requerer-se a cessação do funcionamento da instalação mas apenas providências que excluam os efeitos prejudiciais e, no caso de elas não serem exequíveis ou proporcionais do ponto de vista económico, ser exigida a indemnização dos danos¹⁹⁶¹.

Apesar de este efeito de legalização ou de vinculação jurídico-privado, que deve ser respeitado pelos próprios tribunais comuns, valer também para as autorizações ilegais

¹⁹⁵⁹ Cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., pp. 661-664.

¹⁹⁶⁰ É este o preceito citado, de forma quase unânime, pela doutrina alemã para ilustrar este efeito das autorizações ambientais.

¹⁹⁶¹ As justificações para este preceito e para esta concepção das coisas são óbvias, estando relacionadas desde logo com a *força de caso decidido* dos actos administrativos. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLÉ concretizam a justificação do § 14 da BImSchG com a formação dispendiosa do procedimento autorizativo e com os diversos direitos de defesa e participação dos afectados que lhe são aí concedidos, sendo também por essa razão que este efeito conformador de direito privado do § 14 não se estende à autorização emitida no procedimento simplificado (cfr. § 19, n.º 2, BImSchG): cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 735.

— desde que inopugnáveis — *um efeito de legalização geral* não pode hoje ser aceite, principalmente porque as autorizações ou, mais correctamente, as actividades e instalações autorizadas, estão sujeitas a um sistema de controlo posterior com carácter dinâmico, que diminui em boa medida a força de caso decidido da autorização. Reportando-nos ainda à principal lei ambiental alemã, vimos já o papel fundamental que nela desempenham as *obrigações fundamentais duradouras e dinâmicas* dos operadores (§ 5 BImSchG), sendo entendimento corrente aquele segundo o qual os vizinhos afectados, no caso da situação de facto ou de direito subjacente se alterar de modo significativo podem pedir, de acordo com o § 17, uma decisão ou modo posterior, propondo uma *Verpflichtungsklage*¹⁹⁶²: como mostram Sparwasser/Engel/Voßkuhle¹⁹⁶³ os particulares afectados têm a possibilidade de requerer a execução de modos de protecção das imissões pela Administração contra os operadores da instalação, o que revaloriza sobremaneira a protecção da vizinhança jurídico-civil, aspecto que será elucidado com maior clareza quando for analisado o papel das *decisões posteriores* na actualização e modificação das autorizações ambientais (cfr. *infra*, 3.3.). Tomando também em conta o expediente das decisões posteriores, alguns autores alemães atribuem mesmo um significado meramente indiciário à autorização do direito de protecção da atmosfera no plano das relações civilísticas, já que o juiz comum possuirá uma competência de controlo e de “cuidado posterior” (*Nachsorge*) com a qual poderá corrigir, no caso concreto, falhas da autoridade autorizadora¹⁹⁶⁴.

Em termos jurídico-penais, no âmbito do *delito ambiental* em sentido estrito, por norma construído por intermédio da técnica da acessoriedade administrativa¹⁹⁶⁵, mesmo quando a autorização seja ilegal ela poderá desenvolver um efeito justificativo da conduta dos sujeitos autorizados — salvo nos casos em que a autorização seja obtida através de dolo, ameaça, violência, corrupção ou acção conjunta de conluio, na medida em que constituam crimes autónomos como tal puníveis¹⁹⁶⁶.

Outro efeito típico das autorizações ambientais de segunda geração, que trataremos de forma autónoma, mas ao qual convém deixar desde já uma chamada de atenção, é o

¹⁹⁶² Correspondente à nossa acção administrativa especial de condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido (arts. 66.º e segs. do CPTA); ou, no caso de não se justificar a prática de um acto administrativo, a uma acção administrativa comum *impositiva*, pedindo a condenação da Administração à adopção de um comportamento, com base na al. c) do n.º 2 do art. 37.º do mesmo diploma legal.

¹⁹⁶³ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 258 e seg.

¹⁹⁶⁴ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 207 e segs.

¹⁹⁶⁵ Cfr. *supra*, Parte I, Cap. II, 2.4.3.7. e 4.5.6.

¹⁹⁶⁶ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, pp. 259-263. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS aponta na mesma direcção, ao debruçar-se sobre o tema da *acessoriedade administrativa* (cfr. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 503 e seg.), explicando: “Em princípio, uma vez concedida a autorização — mesmo que ela seja anulável segundo o direito administrativo material —, não deve ser possível considerar ilícito o facto praticado no uso dessa autorização pelo particular. Só assim não devendo acontecer quando o acto de autorização da Administração constitua resultado directo de uma actividade ilícita e dolosa do particular. Pense-se, por exemplo, em um caso de corrupção da Administração, levada a cabo pelo particular com a intenção (lograda) de obter uma autorização para a prática de um comportamento lesivo de bens jurídicos e proibido pela norma administrativa. Se neste caso o agente se tornasse punível apenas pelo crime de corrupção estar-se-ia a conceder um injustificado benefício ao infractor e a colocar não menos injustificadamente entre parênteses a perda do bem jurídico atingido”. Referindo ainda que esta conclusão corresponde à doutrina dominante na Alemanha, a qual se justifica através da cláusula do *abuso de direito* e é por vezes cognominada de “acessoriedade administrativa de acto *limitada*”.

seu *efeito integrativo*: contrariando a disciplina e análise sectorial e autónoma típica das autorizações de primeira geração, em que se exigiam várias autorizações sobretudo para os projectos maiores e mais complexos, procura-se agora integrar num único acto as diversas exigências jurídico-ambientais colocadas à construção e exploração de instalações ou ao desenvolvimento de actividades ambientalmente relevantes. Para além de se pretender contrariar, desta forma, o “efeito de transferência” associado aos actos autorizativos tradicionais — em que a poluição era transferida de uns componentes ambientais para outros, os problemas resolvidos quanto a uma matéria eram transferidos para outra(s) — a autorização integrada pretende obter um nível de protecção mais elevado no seu todo, produzindo um efeito de concentração alargado, tanto do ponto de vista material, como orgânico e procedimental, estando assim também ligada às pretensões de aceleração e simplificação procedimental.

Como tal, ao efeito integrativo associa-se indelevelmente a questão do *efeito de concentração* ou *substituição* dos modernos actos autorizativos ambientais: na medida em que boa parte dos projectos com impactes ambientais, nomeadamente de instalações, convocam diversas leis especiais e apelam para o exercício de competências de diferentes autoridades, algumas leis passaram a prever este efeito, determinando que a autorização emitida por uma autoridade concentra ou substitui as das outras autoridades, embora tal não possa significar uma redução dos critérios de controlo e das exigências materiais, pretendendo ao invés uma harmonização e combinação das diferentes leis e dos diferentes ramos do direito ambiental especial¹⁹⁶⁷.

Este efeito está previsto no § 13 da BImSchG, em face do qual a autorização outorgada ao abrigo desta lei compreende ou inclui outras decisões administrativas respeitantes à instalação, especialmente autorizações jurídico-públicas, permissões, concessões e licenças, fazendo todavia uma série de ressalvas (decisões de aprovação do plano, actos praticados ao abrigo dos preceitos do direito nuclear, autorizações do direito mineiro, entre outras), isto é, mencionando actos não abrangidos pelo efeito de concentração.

A autoridade que outorga a autorização que concentra ou substitui as outras fica com todos os direitos e deveres das autoridades substituídas, embora não esteja sempre materialmente vinculada aos preceitos e decisões substituídos. Em todo o caso, o efeito não deixa de vincular a autoridade responsável pela protecção do ar, devendo a autorização ser recusada quando não estejam preenchidos os pressupostos jurídico-materiais para a concessão de uma outra autorização por ela abrangida ou eles não possam ser cumpridos ou restabelecidos através da aposição de cláusulas acessórias¹⁹⁶⁸.

Em todo o caso, este efeito reconhecido à autorização do direito de protecção atmosférica fica bastante aquém do efeito geral de concentração da *decisão de aprovação do plano*, prevista na própria lei geral do procedimento administrativo alemão: de acordo com o n.º 1 do § 75 da VwVfG, reconhecem-se a esta decisão efeitos jurídicos muito abrangentes, uma vez que ela verifica a legalidade do projecto em termos gerais, compreendendo as suas consequências sobre outras instalações tendo em conta *todos os interesses públicos* tocados

¹⁹⁶⁷ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 246-248.

¹⁹⁶⁸ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 733 e seg.

pelo projecto. E a própria lei concretiza: após a aprovação do plano dispensa-se qualquer outra decisão administrativa (autorizações jurídico-públicas, licenças, aprovações ou decisões de aprovação do plano), uma vez que esta aprovação fixa com efeito constitutivo todas as relações de direito público entre o responsável pelo projecto e as pessoas por ele afectadas. Assim, a decisão de aprovação do plano substitui todas as outras, concentrando numa decisão unitária as diversas questões necessitadas de regulação, em completa oposição com o que acontecia com as autorizações “simples” tradicionais — o que permite compreender que não apenas o seu efeito de concentração ou substituição, mas também o seu *efeito conformador* seja mais profundo e mais amplo do que os dos actos autorizativos comuns.

Um outro efeito da autorização ambiental nos Estados-membros da União Europeia, sobre o qual gostaríamos de deixar um mero apontamento, é o do alargamento da sua eficácia espacial: como referimos já, no âmbito da *europeização do direito administrativo* e, mais especificamente, *do direito autorizativo ambiental* torna-se muitas vezes necessário reconhecer efeitos espaciais alargados a muitas autorizações¹⁹⁶⁹. E se bem que esta tendência faça muito mais sentido nas autorizações de produtos e de actividades, mesmo em relação a grandes instalações industriais produtoras de impactes ambientais tal não pode deixar de se fazer notar: apesar de os seus efeitos primários se circunscreverem, em regra, ao espaço nacional, o reconhecido carácter transfronteiriço de algumas formas de poluição, nomeadamente atmosférica e dos cursos e leitos de água, não pode afastar em absoluto a produção de uma eficácia espacial alargada aos actos autorizativos em que tais instalações sustentam a sua legitimidade jurídica, o que impõe o reconhecimento de procedimentos autorizativos nacionais com efeitos europeus (acto administrativo com efeitos comunitários) ou a elevação do próprio procedimento autorizativo ao plano europeu (autorização europeia).

A grande questão que permanece mas que, no fundo, é a questão central do capítulo e até da dissertação, tem a ver com o efeito de protecção que tradicionalmente o acto autorizativo produz a favor do seu destinatário, no sentido de lhe garantir a tutela da posição jurídica constituída ao abrigo da autorização, com o inerente retorno do investimento e a garantia de realização dos lucros esperados. Note-se em todo o caso que, designadamente no que respeita ao *direito de propriedade* , objecto da protecção do adquirido (da *Bestandschutz*) não é a autorização ambiental propriamente dita mas sim a instalação que funciona com o seu sustento, embora os limites da autorização venham a limitar, por via reflexa, essa protecção da situação jurídica adquirida¹⁹⁷⁰. Mas foi já visto que o controlo preventivo levado a cabo na autorização não diminui o risco de prejuízo da instalação que, cada vez mais, corre por conta do operador e não da Administração ou de outro poder público: apesar de nalguns casos a modificação ou revogação da autorização poder dar direito à atribuição de uma indemnização, tal traduz apenas uma *partilha do risco* sobre alterações futuras da realidade fáctica, dos conhecimentos científicos e técnicos, da intensidade da tutela legal do ambiente ou da modificação das concepções da Administração no sentido de uma filosofia

¹⁹⁶⁹ Cfr. *supra*, Parte II, Cap. I, 2.6. — no âmbito da europeização do direito administrativo) e 2.7. — a propósito do acto administrativo transnacional e, mais em concreto, da eficácia transfronteiriça do acto). Seguimos a esse propósito, nesse momento e agora, o texto de RAINER WAHL/DETLEF GROß, “Die Europäisierung des Genehmigungsrechts...”, cit., especialmente pp. 2-4.

¹⁹⁷⁰ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schuttschild?*, cit., p. 284.

de protecção mais restritiva; mas não escondem esta nova realidade onde aqueles que beneficiam de actividades efectiva ou potencialmente lesivas do ambiente têm de suportar essas alterações supervenientes. A outorga da autorização não pode mais significar que o operador goze da pretensão legítima de confiar, no futuro, à manutenção imodificada da ou das posições jurídicas constituídas na sua base, em função de diversas realidades que vamos estudar ao longo do capítulo.

2. A proibição legal subjacente às actividades sujeitas a autorização ambiental e a natureza da posição jurídica substantiva relacionada com a autorização

Ao longo deste ponto, de importância decisiva na nossa dissertação, vamos concentrar-nos no estudo de dois aspectos. O primeiro tem a ver com a natureza da proibição legal estabelecida ao desenvolvimento de actividades e à exploração de instalações ambientalmente nocivas, a qual se projecta de forma decisiva sobre o tipo de posição jurídica do requerente de uma autorização em face da Administração, confrontando-se na visão tradicional os casos em que o requerente tem *direito* à outorga da autorização uma vez verificados os pressupostos legais para o efeito com as situações em que ele tem apenas uma expectativa jurídica à prática de tal acto e “direito” ao exercício sem vícios do poder discricionário de que a Administração dispõe. As primeiras situações, na distinção tradicional, correspondem *grosso modo* aos casos em que há uma *proibição preventiva* ao exercício do direito que está assim sob reserva de autorização, que reveste em princípio natureza vinculada; já as segundas, relacionam-se com uma *proibição repressiva* com reserva de dispensa ou de autorização constitutiva de direitos, que estará em princípio na discricionariedade da Administração.

O segundo grande problema que pretendemos tratar e que é, para nós, o mais relevante, relaciona-se com a posição jurídica emergente da prática de um acto autorizativo ambiental, isto é, apurar se o titular de uma autorização ambiental tem um *direito* ao exercício da actividade ou à exploração da instalação nos termos fixados nessa decisão e qual é o alcance e o regime da posição jurídica daí resultante, em especial apurar até onde vai o “escudo de protecção” que se reconhece ainda hoje a este tipo de actos, embora de forma claramente limitada, em especial em domínios sensíveis como o ambiental.

Desta forma, vamos procurar centrar a nossa análise, no que toca às posições jurídicas relacionadas com o acto autorizativo ambiental, em dois momentos distintos: primeiro *a montante* da outorga da autorização, para procurar saber qual a posição de que o *requerente* goza em face da Administração no que toca à possibilidade da emissão do acto; e em seguida *a jusante* da prática do acto, para averiguar como deve ser configurada a posição jurídica por ele conferida e em que termos fica conformada, no presente e para o futuro, a situação do *operador autorizado* no que toca aos poderes resultantes do acto autorizativo ambiental.

2.1. A montante da outorga do acto autorizativo

Começando pelo primeiro problema formulado, ele remete-nos sem mais para a distinção clássica, desenvolvida em particular pela doutrina alemã — pois trata-se de uma construção doutrinária, embora tendo por base o regime e os condicionamentos legais ao exercício de uma actividade sujeita a autorização — e que já foi por nós abordada em geral e no domínio específico do direito ambiental¹⁹⁷¹. Limitar-nos-emos, por isso, a recordar que, para se compreender o *efeito autorizativo* de uma autorização tem de se reconhecer primeiro que todos os projectos e actividades dela necessitadas estão proibidos enquanto não forem autorizados. Todavia, há que distinguir as hipóteses em que a lei não pretende vetar em absoluto um comportamento mas, pelo contrário, sujeitar essa actividade privada apenas a um *controlo preventivo* dos casos em que estamos perante comportamentos que à partida são valorados como danosos e a proibição tem uma *natureza repressiva*, o que não invalida que mesmo aí possa haver uma excepção a essa valoração e uma dispensa ou afastamento da proibição.

A questão que se discute é a de saber se tal distinção faz também sentido no direito ambiental, isto é, se também aqui as meras proibições preventivas com reserva de autorização conviverão com proibições repressivas com reserva de dispensa: se assim for, ao lado de casos em que o legislador confere ao requerente um direito à emissão da autorização se e na medida em que se verifiquem os pressupostos legais previstos para a outorga do acto autorizativo — de onde decorre o reforço da segurança jurídica de que o projecto será autorizado se os pressupostos estiverem preenchidos e, desta forma, a natureza em princípio vinculada do acto administrativo em questão — existirão outros em que, em virtude da maior dimensão dos perigos ambientais o direito ao desenvolvimento da actividade foi retirado ao requerente, que não tem qualquer direito mesmo no caso de se verificarem os pressupostos legais, permitindo-se à Administração a recusa de um projecto por razões objectivas mesmo quando eles estejam presentes, uma vez que se trata de projectos com uma natureza excepcional — daí decorrendo, também, a discricionariedade administrativa na recusa da autorização¹⁹⁷².

A subsistir tal distinção por detrás das actividades e projectos sujeitos a autorização ambiental isso significará que deveremos distinguir dois tipos de situações. De um lado, a das meras autorizações de controlo em que a Administração leva a cabo uma verificação prévia de alguns comportamentos ambientalmente relevantes, no seio de uma proibição legal de natureza meramente formal, verificando-se no procedimento se o projecto planeado está ou não de acordo com os preceitos jurídicos aplicáveis, o que deverá ser provado pelo proponente no requerimento (é sobre ele que incide o ónus de exposição e de prova), com controlo administrativo posterior mas em que a pretensão do requerente se sustenta num direito fundamental previsto na Constituição — em princípio a liberdade ao exercício de uma actividade económica privada e/ou o direito de propriedade; o requerente terá direito

¹⁹⁷¹ Cfr. *supra*, Parte I, Cap. III, Secção I, 1.2, e Secção III, 2.2.

¹⁹⁷² Um enquadramento muito sintético desta diferença, em termos da autorização ambiental, pode ser visto em HEINZ-JOACHIM PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 50.

à concessão da autorização, a qual apenas se limita a restabelecer a liberdade de acção geral condicionada pela lei. Do outro lado, a das dispensas ou autorizações excepcionais, incidentes sobre modos de conduta ambientalmente relevantes que sejam qualificados pelo legislador como potencialmente danosos para o ambiente e que, por isso, são proibidos pela lei, ficando a prática do acto administrativo na discricionariedade da Administração e significando ela o alargamento da esfera jurídica do requerente, não existindo na titularidade deste qualquer direito à outorga da autorização mas apenas ao exercício sem vícios daquele poder discricionário: o legislador conformou os direitos fundamentais em causa de tal forma que afastou deles modos de conduta específicos (os concretamente proibidos), sendo reconhecido que estas autorizações excepcionais são especialmente aptas a servir a “administração de precaução” do bem natural protegido¹⁹⁷³.

Assim recordada e sumariamente perspectivada a sua formulação no domínio do acto autorizativo ambiental, a questão básica que logo à partida se formula é a de saber se (ainda) faz sentido aludir a esta distinção em relação às actividades ou projectos privados submetidos a autorização ambiental. Alguns autores põem em evidência as críticas de que a diferenciação entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa — e as outras distinções que elas têm subjacentes — deve ser alvo no domínio das actividades sujeitas a autorização ambiental, na medida em que pode ter subjacente a aceitação de danos ambientais como socialmente desejados o que, num Estado de Direito Ambiental, seria inaceitável¹⁹⁷⁴. A afirmação do princípio da precaução contribuiria para reforçar esta linha de pensamento: o direito do ambiente vai hoje muito para lá de uma mera defesa (prevenção) de perigos, abrangendo a precaução contra riscos desconhecidos, o que obriga o legislador a incluir nos pressupostos da autorização numerosos conceitos indeterminados, em particular os que permitem consagrar a cláusula técnica e a exigência de os operadores utilizarem as melhores técnicas disponíveis, abrindo margens de apreciação discricionária que abalam aquela distinção ou, melhor, reforçam a dificuldade em incluir actividades e projectos sujeitos a autorização ambiental no regime da proibição preventiva com reserva de autorização.

Se se pretendesse formular uma conclusão em geral a partir desta linha de raciocínio, ela seria no sentido de afastar qualquer actividade sujeita a autorização ambiental do primeiro dos modelos referidos, seguindo-se também daí que nunca estaríamos perante autorizações vinculadas e, para além disso, que nunca poderíamos estar perante actos meramente permissivos, pois o direito subjacente a essas actividades e projectos teria sido retirado ao particular pelo legislador. Todavia, se consideramos que assiste uma boa parte de razão a um raciocínio deste tipo, não pensamos que tenha já chegado o tempo em que ele possa ser formulado *em geral*, isto é, *para toda e qualquer actividade e projecto* susceptível de

¹⁹⁷³ Sobre esta distinção cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., pp. 85-90.

¹⁹⁷⁴ KLOEPFER apresenta uma crítica certa e com todo o sentido ao recurso a esta diferença no direito do ambiente: os casos sujeitos a *proibição preventiva com reserva de autorização* são referidos, como vimos, a actividades socialmente desejadas ou “valiosas”, repugnando que se possa qualificar como tais actividades geradoras de danos ambientais: cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 225. O mesmo Autor é ainda mais claro, noutra local (“En torno a las nuevas formas de actuación...”, cit., p. 34): “A diferença clássica entre a proibição, preventiva e repressiva, com reserva de autorização falece com a emergência da ideia de gestão político-ambiental e também com a crescente utilização de conceitos jurídicos indeterminados (...)”.

produzir impactes ambientais. Toda a nossa dissertação se orienta no sentido de reconhecer maiores e mais fundos limites ao exercício de actividades sustentadas em actos autorizativos ambientais, mas pensamos que tal generalização não pode ainda ser feita, sendo antes defensável que existe hoje uma gradação dos direitos subjectivos públicos, um número muito maior de situações em que essas posições jurídicas subjectivas se encontram enfraquecidas ou comprimidas — concepção que procuraremos fundamentar ao longo do capítulo e que constituirá porventura o nó górdio da nossa dissertação — mas que a diferença se continua ainda a justificar.

Há um ponto que vamos estudar de seguida que constitui o aspecto central para compreender que não se pode ainda avançar tanto: apesar dos passos no sentido da afirmação de um Estado de Direito ou de Justiça Ambiental, as actividades que temos em mente constituem expressão de direitos fundamentais consagrados na Constituição, *maxime* os direitos de *livre iniciativa económica privada*, de *propriedade* e de *exercício de uma profissão*. Esta circunstância deve modelar toda a investigação que se faça na matéria, permitindo ao mesmo tempo compreender os limites mais fundos e extensos hoje colocados ao exercício de tais direitos, a ampla margem de conformação de que o legislador ordinário dispõe, mas também a impossibilidade de um total esvaziamento do seu conteúdo.

Seguindo uma vez mais a doutrina alemã, com largo apoio na jurisprudência constitucional respectiva, o estudo da conformação do instituto autorizativo sob o ordenamento constitucional deve ter por base a ideia de que a *liberdade de acção fundamental* do indivíduo (no caso alemão consagrada no n.º 1 do art. 2.º da GG) é posta em causa pela exigência de autorização, o que obriga a que haja perigos ou razões de interesse público suficientemente importantes para tornarem *proporcional* a imposição da exigência de autorização¹⁹⁷⁵.

A pergunta que se pode formular hoje no direito ambiental é a de saber se será ou não verdade que tais direitos fundamentais — em especial a *liberdade de iniciativa económica privada*, fundamento primeiro das actividades ambientalmente relevantes sujeitas a autorização — se encontram de tal forma pressionados e limitados pela tutela jurídica do ambiente que essas actividades deveriam ser radicalmente retiradas do seu âmbito, sendo apenas possibilidades excepcionais que a Administração poderia conceder, sempre em termos constitutivos. Isto é: o alargamento das tarefas públicas de protecção dos interesses ambientais, o direito fundamental a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (nos países onde está consagrado, como em Portugal) e o alcance do interesse público na tutela ambiental assumiriam tal papel na Constituição e na lei que atribuiriam sempre à Administração tarefas muito amplas de prevenção e precaução de danos ambientais, por forma a conceder largos espaços de concretização e criação do direito ambiental ao nível dos casos concretos, tudo contribuindo para a retirada das actividades ambientalmente nocivas — ainda que em termos potenciais — do modelo preventivo e a sua subsunção no modelo repressivo. Incluindo-as num regime de *autorização constitutiva* ou mesmo de *dispensa* e negando-se qualquer pré-existência de um direito nas actividades sujeitas a autorização

¹⁹⁷⁵ Cfr. a jurisprudência constitucional federal alemã (BVerfG 20, 150, 154) citada e explicada por WAHL: "Erlaubnis", cit., p. 530.

ambiental, bem como de um “direito” à obtenção de uma autorização neste campo, uma vez cumpridos os pressupostos legais, também na medida em que estes serão definidos de forma tal que resultem sempre espaços de apreciação administrativa discricionária. O “direito” (autorização constitutiva) ou o afastamento da proibição (dispensa) de toda e qualquer actividade susceptível de produzir impactes ambientais só nasceria assim, no caso dos actos autorizativos ambientais, com a outorga da autorização, o que ajudaria também a compreender os amplos poderes conformativos, modificativos, fiscalizadores, sancionadores e revogatórios que permanecem na titularidade da Administração após a prática do acto.

Mais uma vez reforçamos que a resposta não pode ainda ser tão radical, tudo passando pelo tipo de conformação que o legislador ordinário, em aplicação da Constituição, faça da actividade ou projecto em questão, pois a configuração da proibição e da autorização resulta do concreto regime legislativo da actividade sujeita a autorização. Recorrendo de novo à doutrina e jurisprudência constitucional alemãs diremos, com Wahl/Hermes/Sach¹⁹⁷⁶, que o direito à autorização ambiental não resulta directamente da Constituição, pelo que a sua concessão ou não constitui *tarefa de conformação do legislador ordinário*: há uma *grande abertura da autorização à conformação legislativa*, permitindo que a concreta configuração do regime legal conduza a que a Administração não se limite a levantar vinculadamente obstáculos estabelecidos por lei, mas que tenha pelo contrário margens de apreciação, de discricionariedade e de apreciação no sentido de não se poder considerar que o requerente goze de um direito à outorga da autorização ambiental. Já Kloepfer salienta a discricionariedade da recusa ou indeferimento por parte da Administração, bem como o facto de os contornos das normas sobre precaução se configurarem, como o BVerfG já reconheceu, como preceitos bastante abertos, reforçando a sua *flexibilidade* no sentido de uma *protecção dinâmica dos direitos fundamentais*¹⁹⁷⁷. Daqui se retira a conclusão segundo a qual não resulta necessariamente da Constituição a configuração das autorizações (em geral) como vinculadas.

De acordo com a Constituição, não há limites claros entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa, não sendo nenhum dos modelos por ela imposto. É indubitável que o legislador ordinário possui um grande espaço de manobra na composição e aperfeiçoamento das reservas de autorização concretas, espaço que é mais amplo do que noutros tipos de autorizações, o mesmo valendo quanto ao âmbito do efeito de estabilização conferido pelos actos autorizativos ambientais¹⁹⁷⁸.

Wahl, Hermes e Sach concluem que o direito constitucional põe todas as *questões singulares do direito autorizativo* sob um espaço de livre conformação do legislador ordinário o qual tem ao seu dispor um conjunto de elementos de regulação a favor de uma protecção ambiental efectiva: nessa tarefa, a autorização deve ser conformada como um *instituto que combina o elemento segurança jurídica e segurança do investimento* a favor do operador

¹⁹⁷⁶ “Genehmigung...”, cit., pp. 228-233 — que seguimos no essencial em texto. Sobre a extensão da *vinculação social da propriedade* (a propósito do direito de propriedade, consagrado no art. 14.º, n.º 1, da *Grundgesetz* e das obrigações que comporta, entre as quais a de o seu uso servir igualmente o interesse público) ao cumprimento dos preceitos ambientais, numa visão actual, cfr. HANS-JÜRGEN MÜGGENBORG, “Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigungen nach Bundes-Immissionschutzgesetz und alter Gewerbeordnung”, *NVwZ*, 27. Jahrgang (2008), Heft 8, pp. 848-853 (p. 851 e seg.).

¹⁹⁷⁷ Cfr. “Umweltrecht”, cit., p. 452 e seg.

¹⁹⁷⁸ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, pp. 34-36.

com os elementos da tomada em consideração dos *interesses públicos* e da *protecção de terceiros*¹⁹⁷⁹. No fundo, dizemo-lo nós, os termos da ponderação podem ser colocados num plano mais geral, contrapondo a *não inviabilização do progresso económico e social* dependente do crescimento industrial, de um lado, à necessidade de *protecção do ambiente*, do outro.

Em todo o caso, não deixamos de acompanhar Carla Amado Gomes¹⁹⁸⁰ quando, a propósito da crise do acto autorizativo, expõe a *relativização de certos direitos* (mais uma vez os direitos fundamentais de propriedade e de iniciativa económica privada) e a verdadeira *degradação* de algumas “liberdades” em interesses legítimos ou meros poderes de facto, com a consequente *refundação da autorização como acto constitutivo de direitos*: sempre que a lei concede à Administração o poder de controlar preventivamente uma liberdade do particular o acto terá *natureza constitutiva*, o que a conduz a rejeitar a figura dos direitos preexistentes em relação a determinadas actividades sujeitas a autorização, tomando em conta os diversos *modelos de controlo* estabelecidos na Constituição e pondo o acento tónico na distinção entre os sistemas preventivo e repressivo.

Apesar de toda esta matização e esbatimento e de alguma eventual falta de sentido na alusão a um direito dos particulares ao exercício de actividades ou ao desenvolvimento de projectos ambientalmente nocivos, uma vez que tal posição jurídica substantiva lhes teria sido pura e simplesmente retirada por lei — no sentido de tais actividades estarem sujeitas a uma *proibição repressiva* ou, pelo menos, de os actos autorizativos que removem ou neutralizam tais limitações revestirem natureza constitutiva — a verdade é que a distinção continua a ser feita pela doutrina, apoiada nos preceitos legais pertinentes. O que está então em causa é distinguir, no que toca às actividades e projectos sujeitos a autorização ambiental, casos em que há por detrás dela um *direito forte* sujeito apenas a uma apreciação administrativa *vinculada* da verificação dos requisitos previstos na lei (casos de proibições simplesmente *preventivas*, sujeitas a reserva de autorização, a qual revestirá em princípio natureza *permissiva*), das situações em que a lei reserva para a Administração um poder de concretização dos pressupostos legais, em virtude da abertura normativa, gozando de um poder discricionário verdadeiro e intenso, concluindo-se que a proibição não é meramente preventiva ou que, pelo menos, o particular não tem à partida o direito que a autorização permissiva pressupõe, razão pela qual o acto autorizativo assume natureza constitutiva.

Como dissemos, boa parte da doutrina alemã continua a defender, no domínio autorizativo ambiental, a diferença entre a *proibição preventiva com reserva de autorização* (autorização de controlo) e a *proibição repressiva com reserva de dispensa* (autorização excepcional), subsumindo no primeiro caso as autorizações correspondentes a comportamentos socialmente desejados ou, pelo menos, valorizados positivamente na sua globalidade em termos políticos, sociais e jurídicos e nos segundos os comportamentos socialmente indesejáveis, em geral proibidos e em que o acto autorizativo é uma excepção a essa proibição geral, gozando a Administração de discricionabilidade de dispensa e dispondo o requerente de uma posição jurídica que lhe permite apenas exigir o exercício sem vícios do

¹⁹⁷⁹ Cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARSTEN SACH, “Die Rechtswirkungen der Genehmigung...”, cit., p. 180.

¹⁹⁸⁰ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 529 e segs., especialmente p. 532 e seg. e 541 e segs.

poder administrativo discricionário¹⁹⁸¹. Em relação às diferenças que vamos detectar entre a autorização do direito de protecção da atmosfera e a da protecção da água, convém desde já mostrar que a doutrina assinala em geral as diferentes raízes e desenvolvimento histórico dos dois direitos: ao passo que o *direito de protecção da atmosfera* se desenvolveu em referência ao direito de iniciativa económica, em especial no domínio industrial (isto é, à luz da GewO) como direito de polícia, sendo refém da visão tradicional do direito da actividade industrial e tendo por detrás de si uma concepção antropocêntrica, o *direito das águas* teve sempre em vista a administração deste recurso escasso com vista a assegurar o seu bom estado e quantidade, sendo por isso mais propenso à protecção dos interesses ecológicos e da economia dos recursos: nas águas, o ponto de partida é o seu enorme relevo para a vida das pessoas, animais e plantas, tudo no sentido de uma sua utilização “poupada”, sublinhando-se a sua referência social¹⁹⁸².

No primeiro grupo de casos estará então a autorização do direito de protecção da atmosfera, praticada ao abrigo da BImSchG (§§ 4 e 6), subsumida no modelo da *autorização preventiva com reserva de autorização* e configurada como um acto administrativo *vinculado*, já que uma vez verificados os pressupostos previstos no § 6, n.º 1, eles fazem nascer um *direito à emissão da autorização*. Para além de, no entendimento da doutrina, o elemento “ar” não estar sujeito a qualquer discricionariedade administrativa, é ainda invocada a circunstância de este acto autorizativo atribuir direitos vinculados, pelas suas fortíssimas ligações aos direitos fundamentais dos artigos 12.º (direito ao trabalho e ao exercício de uma profissão) e 14.º (direito de propriedade) da Lei Fundamental. Tudo levando à conclusão segundo a qual o legislador proíbe (apenas) projectos ou actividades determinados mas não em termos gerais, sendo apenas necessário para remover a proibição preventiva que a Administração comprove que a sua execução não infringe preceitos jurídicos materiais: se do procedimento não resultar qualquer motivo de recusa o requerente tem direito à emissão da autorização¹⁹⁸³.

Pelo contrário, há domínios do direito especial do ambiente onde a situação parece ser a oposta. É isso que acontece no direito das águas ou dos recursos hídricos, sendo desde logo relevante mostrar como, já no século XXI, a doutrina continua a aludir ao protagonismo da *reserva de autorização* para utilizações da água, a qual é considerada por alguns o *conceito central* do ordenamento jurídico-público dos recursos hídricos¹⁹⁸⁴. Quanto aos dois actos autorizativos neste domínio, a *Erlaubnis* e a *Bewilligung*¹⁹⁸⁵, eles têm em comum o

¹⁹⁸¹ Neste sentido, ainda que inserindo agora no controlo de abertura apenas os casos de proibição preventiva com reserva de autorização, ao passo que as proibições repressivas com reserva de dispensa são subsumidas nas “proibições e limitações”, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 85 e seg.

¹⁹⁸² Neste sentido, MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., p. 256 e seg.

¹⁹⁸³ Cfr., entre outros, KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1257 e seg.; RAINER WAHL, “Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht...”, cit., p. 258 e segs.; e ALFRED SCHEIDLER, “Die Voraussetzungen...”, cit., p. 941 e seg.

¹⁹⁸⁴ Cfr. THORSTEN FRANZ, “Die Normstruktur von Erlaubnis und Bewilligung”, *VerwArch*, 94. Band, Heft 2, April 2003, pp. 192-221 (p. 193). Apesar de haver algumas utilizações das águas livres de autorização, quase sempre é necessário um acto autorizativo — o qual tanto pode ser uma *Erlaubnis* como uma *Bewilligung*, as quais, como veremos já de seguida, estão sujeitas a regimes diferentes.

¹⁹⁸⁵ Sobre a sua caracterização e distinção cfr., por todos, KLOEPFER, “Umweltrecht”, cit., pp. 488-491; ID., *Umweltrecht*, pp. 1139-1141; e SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 531 e seg. e 535-544. Mais desenvolvidamente, cfr. o citado trabalho de THORSTEN FRANZ, “Die Normstruktur...”, cit., *passim*.

facto de assumirem um conteúdo objectivo ou de facto e de nenhum atribuir um direito à afluência da água pois a Administração goza de poder discricionário em relação à emissão de ambos. Apesar de alguns autores assinalarem diferenças ao nível da estabilidade da sua força jurídica, a verdade é que nos dois casos essa estabilidade está bastante atenuada, em virtude de ambas serem emitidas sob reserva de emissão de *decisões posteriores*, sendo neste âmbito de referir igualmente que podem ser apostas cláusulas acessórias tanto a uma como a outra, existindo também um regime especial para a sua revogação. O facto de a emissão das duas autorizações permanecer em larga medida na discricionariedade da autoridade autorizadora e de não existir um “direito” à sua emissão mas apenas ao exercício sem vícios dos poderes discricionários administrativos¹⁹⁸⁶ é uma indicação que mostra as dificuldades em adoptar sem mais, neste domínio, o modelo da proibição preventiva com reserva de autorização.

Em relação à sua distinção — a qual constitui uma especificidade histórica do direito das águas, que todavia permanece ainda hoje —, deve começar por dizer-se que a *Erlaubnis* é a decisão regra, a qual concede um poder revogável de utilização de um corpo de água para um fim determinado, não atingindo direitos privados de terceiros. Já a *Bewilligung* é a autorização que pode ser emitida uma vez verificados os pressupostos previstos na lei, concedendo um *direito à utilização* de uma massa de água numa forma e num grau estabelecidos (§ 8), direito que só pode ser limitado ou anulado sob pressupostos determinados (cfr. § 12), tendo um efeito conformador de direito privado, com efeitos preclusivos em relação a terceiros (§ 11) — o que explica que, pelo menos na análise mais antiga, se salientassem as diferenças ao nível da força de caso decidido, mais robustecida nesta última modalidade, enquanto na primeira a protecção da confiança estava particularmente limitada, por a *Erlaubnis* ser sempre emitida com reserva de revogação, embora a previsão da *reserva de decisões posteriores* em relação a ambas tenha determinado a este nível, como vimos, um nivelamento das duas modalidades¹⁹⁸⁷.

Onde parece inequívoco estarmos pelo menos muito mais perto do modelo da autorização constitutiva (ou mesmo da proibição repressiva com reserva de dispensa) e de espaços vastos de discricionariedade atribuídos à Administração é no *direito nuclear* ou *atómico* — e nas respectivas figuras autorizativas, nomeadamente nos actos exigidos para a conservação, transporte, importação e exportação de combustíveis nucleares¹⁹⁸⁸. Apesar de a posição do legislador ser uma de princípio positiva a favor da livre utilização da energia nuclear, o que se demonstra por uma relativamente ampla protecção das situações jurídicas adquiridas dos

¹⁹⁸⁶ Neste sentido cfr., em especial, KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1143, que analisa conjuntamente os *pressupostos* dos dois tipos de autorização (cfr. pp. 1142-1149).

¹⁹⁸⁷ Como nos mostra KLOEPFER (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 1142) existem ainda, no direito das águas, outros tipos de autorização, nomeadamente uma autorização “superior”, “reforçada” ou “de gama alta” prevista no direito de alguns dos Estados federados e hoje também acolhida no § 15 da WHG (“Gehobene Erlaubnis”, que se diferencia da *Erlaubnis* por lhe serem aplicáveis os preceitos relativos aos efeitos para terceiros que valem para a *Bewilligung*), bem como a *autorização de um começo antecipado* (*Zulassung vorzeitigen Beginns*, regulada no § 17 da WHG) e a prorrogação da autorização temporalmente limitada, prevista em alguns dos direito das águas estaduais.

¹⁹⁸⁸ Para um tratamento desenvolvido da autorização de instalações de acordo com o § 7 AtG cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 453-468, analisando nomeadamente os *pressupostos da autorização* (p. 454 e seg.).

seus operadores e da previsão de regimes indemnizatórios¹⁹⁸⁹, a lei alemã reguladora da energia nuclear (AtG) parece não conceder qualquer direito à emissão da autorização, mas apenas a um exercício sem vícios do poder discricionário, em face de uma definição bastante apertada dos seus pressupostos, com destaque para as exigências de precaução de acordo com o estado da ciência e da técnica e para a necessidade da não oposição de um interesse público superior ou prevalecente à escolha do local da instalação. Assim, *mesmo quando os pressupostos legais estão preenchidos a concessão da autorização é discricionária*.

Todavia, a clivagem das diferenças parece não subsistir a um olhar mais atento. Quanto à autorização do direito da energia atômica, a doutrina salienta a “originalidade” e singularidade da construção legal, pois apesar de não se conceder qualquer direito à emissão da autorização, parece estarmos perante uma *proibição preventiva com reserva de autorização* conformada de modo especial¹⁹⁹⁰ ou de uma imposição legal na fronteira entre a proibição preventiva com reserva de autorização e a proibição repressiva com reserva de dispensa¹⁹⁹¹, uma vez que a discricionariedade a que primeiramente aludimos não deixa de ser limitada: uma instalação que preencha os pressupostos previstos na lei só pode ser recusada com base numa “discricionariedade de recusa” para defesa de um dos fins previstos nos n.ºs 2 a 4 do § 1 da lei, em face da referida decisão legal de princípio favorável à livre utilização da energia nuclear. Ao que acrescem as possibilidades de *limitação do conteúdo* desta autorização, abertas pelo § 17: a oposição de cláusulas acessórias, bem como de modos posteriores e também o regime da sua revogação. Também esta norma reforça as especificidades da autorização de centrais nucleares e as dificuldades da doutrina em reconduzi-la, de forma simplista, a um dos dois modelos em apreço¹⁹⁹².

A razão para estas dúvidas e alguma margem na catalogação da limitação legal tem a ver com o lugar da energia nuclear e dos operadores que com ela trabalham no contexto da Constituição e da ponderação entre os diversos direitos fundamentais e interesses públicos imbricados nesta problemática: por um lado, os riscos do funcionamento de uma central nuclear podem representar danos no sentido do art. 2.º, n.º 2, da *Grundgesetz* e a emissão das autorizações respectivas uma intervenção no âmbito de protecção daquela norma, tendo assim de ser constitucionalmente justificada, devendo ainda o potencial de risco conjunto destas centrais ser tido em conta e ponderado pelo Governo federal (no fundo, a admissão, pelo legislador, de que a Administração não consegue dominar com suficiente grau de segurança os perigos e riscos inerentes à utilização da energia nuclear); por outro lado, no

¹⁹⁸⁹ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 477 e seg. RÜDIGER BREUER aludia a uma *decisão de princípio positiva a favor da livre utilização da energia nuclear* em edições anteriores do seu “*Umweltschutzrecht*” (cfr. in: INGO VON MÜNCH/SCHMIDT-ABMANN, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., 1992, pp. 391-515, p. 506), alusão que no entanto não consta da edição mais recente.

¹⁹⁹⁰ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1378.

¹⁹⁹¹ RÜDIGER BREUER, “*Umweltschutzrecht*”, p. 750.

¹⁹⁹² Desenvolvadamente sobre esta norma, cfr. DIETER SELLNER, “*Nachträgliche Auflagen und Widerruf der Genehmigung bei Kernenergieanlagen*”, in: *Festschrift für Sendler*, 1991, pp. 339-356, que nos mostra como ela relativiza a protecção do adquirido (a *Bestandschutz*) da autorização respectiva. Em termos mais específicos, SELLNER analisa a norma em questão (cfr. pp. 341-348), a qual tem uma redacção “aberta ao futuro” como forma de realizar a finalidade geral da lei, prevista no n.º 2 do seu § 1 (proteger a vida, a saúde e as coisas dos perigos da energia nuclear e dos efeitos nocivos da radiação ionizante, bem como compensar os danos causados por essa energia e radiação).

entanto, estas actividades são exercício dos direitos fundamentais dos arts. 12.º e 14.º da Lei Fundamental alemã, devendo ser tida em conta a eventual justificação da limitação de direitos fundamentais em nome da *adequação social* do exercício das actividades relacionadas com a energia nuclear, tudo conduzindo à necessidade de fazer uma ponderação entre os direitos e interesses em jogo, onde desempenha, como sempre, um papel primordial o princípio da proporcionalidade¹⁹⁹³.

Do mesmo modo, parece que também no elemento *ar* acaba por haver lugar a discricionariedade, não sendo a emissão da autorização tão vinculada como a doutrina pretendia mostrar, pelo menos numa primeira abordagem: nomeadamente em face do recurso a conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados na definição legal dos pressupostos para a outorga da autorização e do papel dos regulamentos administrativos concretizadores da BImSchG, bem como da valoração das especificidades dos casos concretos submetidos a apreciação administrativa esse espaço administrativo de decisão existe e, mais importante ainda, não é incompatível com o facto de estar em causa o exercício de um direito fundamental, pois *as posições jurídicas constitucionais não são lesadas pela concessão de espaços de livre apreciação no direito das autorizações*¹⁹⁹⁴. Entre os pressupostos que abrem estes espaços e que contribuem para que estejamos perante um “tipo legal aberto”, com elementos de ponderação e valorização administrativa destacam-se, como já adiantámos, o princípio da precaução e o “bem-estar da comunidade” (§ 5, n.º 1, inciso 1 da BImSchG), bem como a necessidade de assegurar o cumprimento de “outros preceitos jurídico-públicos”.

Por último, também no domínio do direito das águas não deixa de reinar uma certa incerteza, bem patente no pensamento de Wahl¹⁹⁹⁵, segundo o qual as autorizações deste direito do ambiente especial formam uma *terceira categoria*, ao lado das autorizações preventivas e repressivas: por um lado, na maioria dos casos elas são autorizações vinculadas com base em razões jurídico-constitucionais, estando nesta medida a posição do requerente assegurada em termos jurídico-fundamentais; todavia, nas situações em que a actividade requerida esteja fora do âmbito de protecção de um direito fundamental — segundo reconheceu o BVerfG é o que se passa, por exemplo, na utilização de águas subterrâneas pelos proprietários de lotes de terrenos¹⁹⁹⁶ — a outorga da autorização está na discricionariedade da Administração, não havendo preceitos constitucionais que se oponham a tal configuração.

Em suma, se por um lado as diferenças se parecem justificar, uma análise mais pormenorizada dos regimes legais acaba por conduzir à conclusão de que as linhas de separação

¹⁹⁹³ Seguimos aqui, no essencial, as conclusões a que chegam RUDOLF STEINBER/GERHARD ROLLER no seu trabalho “Atomrechtliche Schadenvorsorge...”, cit., pp. 110-114.

¹⁹⁹⁴ Cfr. RAINER WAHL, “Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht...”, cit., p. 261. Os próprios SPARWASER/ENGEL/VOSSKUHLE acabam por reconhecer (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 87 e seg.) que muitas vezes permanecem dúvidas sobre se uma decisão é vinculada ou discricionária, sendo a diferença também esbatida pela ampla utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Aliás, ao voltarem a tratar a autorização do direito de protecção da atmosfera (p. 716 e seg.), se bem que comecem por dizer que o preenchimento dos pressupostos legais da autorização faz nascer um *direito à sua concessão*, acrescentam logo a seguir que esta autorização não é *nenhum acto de controlo estritamente vinculado*, porque contém em muitos aspectos características de um tipo legal “aberto”, com elementos de ponderação e valorização administrativa, nomeadamente o princípio da precaução ou o bem estar da generalidade dos cidadãos.

¹⁹⁹⁵ Cfr. “Erlaubnis”, cit., p. 529 e seg.

¹⁹⁹⁶ Cfr. BVerfGE 58, 300, 346 e segs. — citado por WAHL, como na nota anterior (p. 530).

são muito ténues, não havendo já um modelo de *pura* proibição preventiva nem autorizações estritamente vinculadas, sendo a ideia geral a do enfraquecimento e maior condicionamento dos direitos que estão por detrás dos actos autorizativos ambientais: o direito ainda existirá, mas é hoje um *direito enfraquecido*¹⁹⁹⁷, o que vem de encontro à crescente *gradação dos direitos subjectivos públicos* ou, talvez melhor, das posições jurídicas subjectivas dos particulares perante a Administração Pública substantivamente tuteladas por normas jurídicas — de harmonia com a miscigenação que de há muito se sente entre as figuras dos direitos subjectivos públicos e dos interesses legalmente protegidos, no contexto da diferente *densidade das posições jurídicas substantivas* dos particulares¹⁹⁹⁸. Como justamente refere Carla Amado Gomes a propósito da distinção entre autorização e licença e de problemática do direito preexistente¹⁹⁹⁹, há hoje uma “indiferença nominalista” a este propósito e a opção entre um ou outro acto não é decisiva: “mais do que distinguir bizantinamente entre autorização e licença, importante é distinguir entre sistemas — preventivo e repressivo”. O que não invalida que a mesma Autora acabe por relevar “que a existência da figura da autorização depende (...) da opção estadual por um sistema de *proibição com reserva de permissão*” (itálico nosso).

E mais: ainda que se admita a possibilidade de continuar a defender a transposição do regime da proibição preventiva com reserva de autorização para algumas das autorizações ambientais — com o principal efeito de o preenchimento dos seus pressupostos implicar o direito à emissão da autorização — isso nunca poderá significar que o operador possa depois confiar, no futuro, na manutenção imodificada da sua situação jurídica, à imagem do que acontecia no modelo clássico desse tipo de autorização²⁰⁰⁰. A Administração está

¹⁹⁹⁷ As figuras dos *direitos enfraquecidos* e dos *direitos comprimidos* são sub-categorias dos *direitos condicionados*, os quais constituem posições jurídicas substantivas “a meio do caminho” entre as duas categorias tradicionais dos *direitos subjectivos* e dos *interesses legítimos*: os *direitos condicionados* devem ser considerados direitos mas *não gozam de tutela plena* face à Administração ou não são imediatamente acionáveis por o seu conteúdo depender de densificação ou de concretização administrativa. Ao passo que os direitos comprimidos são limitados por lei, necessitando de uma intervenção administrativa que possibilite o seu exercício (incluindo todos os direitos ou liberdades dos particulares que dependam de autorização administrativa permissiva, como a liberdade de exercício da profissão subordinada à inscrição numa Ordem Profissional ou a liberdade de circulação automóvel dependente da obtenção de carta de condução), os *direitos enfraquecidos* podem, por força de lei ou de acto administrativo baseado na lei ser *sacrificados pelo exercício de poderes de autoridade administrativa*, sendo isso que acontece em relação ao direito de propriedade face ao poder de expropriação ou ao direito do funcionário ao vencimento face ao poder disciplinar de suspensão. Sobre esta distinção, cfr. ALDO SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1, pp. 116-118. Entre nós, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, p. 59 e seg., a que recorreremos directamente nesta nota.

¹⁹⁹⁸ Sobre o esbatimento das diferenças entre os “direitos subjectivos” e os “interesses legítimos”, defendendo que “a fronteira a estabelecer com nitidez deve ser a que delimita, de um lado, as *posições jurídicas substantivas* (...) e, do outro lado, os *interesses simples ou de facto*”, sublinhando a *variedade e a continuidade das posições jurídicas substantivas* dentro da qual existe “uma certa *variedade*, mas uma variedade típica e não-categorial, em face da *continuidade gradativa* das figuras do ‘direito subjectivo’ e do ‘interesse legalmente protegido’ no que respeita à determinabilidade e à individualização do conteúdo, bem como à intencionalidade e à intensidade da protecção”, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 57 e seg.

¹⁹⁹⁹ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 542 e segs., especialmente p. 548.

²⁰⁰⁰ Cfr. ALFRED SCHEIDLER, “Die Voraussetzungen...”, cit., o qual considera que, uma vez o requerente preenchendo os pressupostos previstos no § 6, n.º 1, da BImSchG, a autorização deve ser emitida, o que o conduz ao modelo da *proibição preventiva com reserva de autorização* (cfr., especialmente, p. 941). Todavia, para além de mencionar logo de início os problemas interpretativos suscitados pelo § 6 da lei em causa (cfr. p. 941), Scheidler

dotada de amplas e intensas faculdades de limitação e controlo, com o estabelecimento de uma relação contínua e duradoura entre o titular da autorização e a Administração, para que a actividade seja em cada momento exercida nas condições autorizadas ou entretanto actualizadas pela Administração, em face das suas prerrogativas de *ius variandi*. Deu-se uma “publicização encoberta” de muitas actividades privadas, também resultante da ponderação entre interesses sócio-económicos e a preservação do ambiente. Publicização esta que tem igualmente por consequência a relativização da diferença entre a autorização e a concessão que um pouco por todo o lado é referida.

2.2 A jusante da prática do acto autorizativo

Aquele que será provavelmente o aspecto mais significativo do presente capítulo — e porventura da própria dissertação — tem a ver com o regime jurídico do exercício de actividades e de exploração de projectos sustentados em autorizações ambientais, ou seja, com aquilo que se passa a jusante da prática do acto autorizativo ambiental. Uma das notas tradicionalmente ligadas à outorga de uma autorização administrativa — e que pode ainda vigorar em muitos domínios do direito administrativo, circunstância que fica de fora do objecto da nossa investigação — é a de esta funcionar como um *escudo de protecção* do seu titular perante modificações posteriores. Em especial devido à inclusão das autorizações na categoria dos *actos constitutivos de direitos* e às limitadas possibilidades de modificação e revogação deste tipo de actos administrativos, o destinatário de um acto autorizativo encontrava-se ou encontra-se em muitos domínios ainda hoje protegido perante a possibilidade de modificações posteriores que a Administração (em virtude de alterações fácticas, de modificações das suas concepções de segurança ou como consequência de alterações legislativas aplicáveis à situação concreta) quisesse operar no acto autorizativo e, por sua via, nos requisitos ou deveres que o sujeito autorizado estivesse obrigado a cumprir no desempenho da sua actividade ou na exploração da instalação — na execução do projecto autorizado.

Ora bem: o aspecto crucial da nossa dissertação é demonstrar que a autorização ambiental não funciona mais como um escudo de protecção do operador contra a possibilidade de modificações futuras, não podendo confiar na manutenção imodificada da sua posição jurídica na medida em que os riscos de tais modificações — ou mesmo, em situações limite, da revogação do acto autorizativo — deixaram de correr por conta da Administração autorizadora para passarem a incidir sobre o sujeito autorizado. Centrando-nos na situação que constitui o objecto preferencial da nossa investigação — as autorizações de instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais — a forma como estão hoje fixados na lei os deveres dos seus operadores, a possibilidade normativamente estabelecida de a Administração praticar decisões posteriores modificativas do conteúdo da autorização, a margem de manobra administrativa para a aposição de cláusulas acessórias à autorização ambiental

salienta (p. 942) que o direito subjectivo do operador não pode de forma alguma estender-se à confiança de uma manutenção imodificada da sua posição jurídica, no futuro, em particular devido às *obrigações dinâmicas* do § 5, à possibilidade de *decisões posteriores* (§ 17), de *paralisação do funcionamento* (§ 20) ou de *revogação da autorização* (§ 21).

e o regime específico de revogação de tais actos serão os aspectos centrais que sustentam tal conclusão, demonstrando os amplos poderes conformativos que ficam nas mãos da Administração autorizadora, tudo contribuindo para limitar a posição jurídica fundada na autorização e, por essa via, *diminuir a protecção da confiança do operador* na manutenção do acto autorizativo nos moldes em que foi praticado.

Deve contudo assinalar-se que a questão não é original, sendo hoje realçada de novo em determinados domínios da autorização administrativa, em particular no ambiental. Na verdade, já no início do século transacto Fritz Fleiner delineava um regime paralelo para a *autorização de polícia*, ao chamar a atenção para o facto de o indivíduo autorizado, por ser destinatário de tal acto, não possuir qualquer “fortificação” contra intervenções futuras, tendo de aceitar alterações legislativas, mesmo que agravassem as suas obrigações em relação ao que estava previsto na autorização, *correndo os prejuízos por sua conta* pois só existia direito de indemnização quando a lei o previsse expressamente. Acrescentando que o titular da autorização estava obrigado a adaptar a sua acção à modificação das circunstâncias, o que era reforçado pelo poder da Administração para determinar novos modos e estabelecer novas exigências destinadas a assegurar tal adaptação, embora a lei pudesse contrariar este princípio, garantindo o titular de uma autorização de polícia contra modos supervenientes²⁰⁰¹. É este regime, que entretanto foi em larga medida abandonado, que hoje se vê recuperado para grande parte dos actos autorizativos ambientais.

No que se refere à autorização ambiental, devemos uma vez mais começar pelos preceitos constitucionais que protegem o exercício das actividades a coberto de tais actos, nomeadamente os direitos de iniciativa económica privada e de propriedade, para assinalar que da tutela constitucional desses direitos não resulta uma protecção do adquirido “activa” dos investimentos realizados em actividades autorizadas, o que significa que as alterações de relevo não estão abrangidas pela autorização ficando, pelo contrário, sujeitas às exigências legais para novas instalações²⁰⁰². Outros autores alemães apontam no mesmo sentido ao analisarem o regime da BImSchG: a autorização emitida ao abrigo desta lei não confere essa protecção activa, sendo a protecção que resulta para o operador da instalação apenas passiva (*passiven Bestandschutz*), precisamente porque o operador não pode confiar, no futuro, à manutenção sem modificações da posição jurídica que lhe foi conferida pelo acto autorizativo, devido às *obrigações dinâmicas* estipuladas no § 5, à possibilidade da prática de *decisões posteriores* (§ 17), de *paralisação do funcionamento* (§ 20) ou de *revogação da autorização* (§ 21).

Desta forma, a autorização ambiental transmite alguma protecção ao seu titular em relação ao futuro, mas apenas no âmbito do seu conteúdo de regulação — o próprio efeito conformador do acto está limitado aos efeitos resultantes da lei ou das leis em que ele se

²⁰⁰¹ Cfr. FRITZ FLEINER, *Institutionen...*, cit., p. 383 e seg.

²⁰⁰² Neste sentido, em relação à protecção do adquirido resultante do artigo 14.º da GG alemã, cfr. KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., p. 99 e segs. O Autor invoca o § 15 da BImSchG em apoio da sua concepção, dizendo que ele protege a “reserva de autorização”, já que este preceito obriga o operador a comunicar por escrito à autoridade competente modificações da situação, do equipamento ou do funcionamento da instalação autorizada antes de elas terem lugar, quando essas modificações incidam sobre os bens protegidos pela lei (cfr. o n.º 1), ficando aquela autoridade com o poder de determinar se a alteração necessita ou não de autorização (n.º 2).

sustentou, nunca podendo configurar-se como um efeito de protecção geral. Todavia, para além da exclusão de todas as consequências imprevisíveis — e, como tal, não tidas em conta no momento da prática da autorização — das actividades autorizadas, as quais se presume que não são abrangidas pelo conteúdo de regulação ou pelo efeito conformador da decisão administrativa, hoje em dia também as alterações que venham a ocorrer em virtude de alterações legislativas a que o legislador pretenda atribuir tal efeito, modificações em virtude de novos conhecimentos e de novas técnicas e remodelações derivadas de uma nova filosofia de segurança das autoridades administrativas devem ser excluídas desse efeito. O *princípio da proporcionalidade* terá sempre de funcionar como critério fundamental para fazer a ponderação e concordância prática entre os valores dignos de tutela, em particular para determinar em que medida a dimensão das alterações se deve impor perante a segurança jurídica e a protecção da confiança do operador autorizado.

A forma como são hoje desenhados na lei os pressupostos das autorizações ambientais contribui para esta compreensão das coisas. Para além de tal ser evidente no regime nacional da PCIP²⁰⁰³, também é claro na BImSchG: como a doutrina alemã não se tem cansado de demonstrar²⁰⁰⁴, os pressupostos para a emissão da autorização, contidos no § 5, abrangem as tradicionais considerações de defesa de perigos (inciso 1 do n.º 1), mas vão para além disso abarcando uma dimensão de *precaução* da poluição com base em medidas correspondentes ao *estado da técnica* (inciso 2). Devido à complexidade dos pressupostos e à necessidade de acolher o progresso técnico, a lei — em geral, as leis ambientais, no momento de definirem os pressupostos — contém numerosos conceitos indeterminados que contribuem para alargar as margens de actuação administrativa discricionária e, em simultâneo, reduzir a consistência da posição jurídica criada pela autorização a favor do operador, que se encontra numa posição mais frágil do que aquela em que estaria se não houvesse tal margem de apreciação. Nos termos do n.º 1 do § 6, para além do cumprimento destes deveres é ainda necessária a observância dos diplomas normativos infra-legais baseados no § 7²⁰⁰⁵ e que outras disposições jurídico-públicas e outros interesses em matéria de segurança no trabalho não se oponham à construção e ao funcionamento da instalação.

É sobretudo de notar que os deveres plasmados naquele preceito — *dever de protecção*, com base nos valores-limite de emissão previstos nos preceitos administrativos concretizadores; *dever de precaução* de riscos abaixo do limiar da perigosidade, com vista também a conservar as reservas e o potencial de carga do ambiente para o futuro, com base na cláusula técnica e com grande protagonismo do princípio da proporcionalidade na tarefa de determinar que adaptações e alterações são ou não exigíveis ao operador; *dever de evitar e eliminar resíduos*; e *dever de utilizar a energia excedente* — valem não apenas durante a exploração do projecto mas mesmo na sua cessação e para além dela. A lei é inequívoca a este respeito, ao determinar no n.º 3 do § 5 que as instalações necessitadas de autorização devem ser construídas, funcionar e *paralisar* de tal forma que, *mesmo após a cessação da*

²⁰⁰³ Que será desenvolvidamente analisado *infra*: cfr. 3.9.

²⁰⁰⁴ Cfr., por todos, KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 1257-1264.

²⁰⁰⁵ Os inúmeros regulamentos concretizadores desta lei, com destaque para o *Störfall-Verordnung* (12. BImSchV), o *Großfeuerungsanlagen-Verordnung* (13. BImSchV) e o *Abfallverbrennungsanlagen-Verordnung* (17. BImSchV, de seu nome exacto *Verordnung über die Verbrennung und die Mitverbrennung von Abfällen*).

exploração não possam ser provocadas poluições ou outros perigos, desvantagens e danos significativos para o interesse público e para os vizinhos, pela instalação ou pelo terreno onde esta está implantada (inciso 1) e os resíduos existentes sejam aproveitados correctamente e sem danos ou sejam eliminados sem prejuízo para o interesse público (inciso 2).

De notar que esta questão não é ignorada nos EUA, onde a doutrina discute quais os limites e a extensão do escudo de protecção (*permit shield*) consagrado nas disposições legais reguladoras das autorizações ambientais. Em relação ao CAA, a sua Secção 504 (§ 7661c. do United States Code), sob a epígrafe *requisitos e condições da autorização* ("Permit requirements and conditions") contém, na sua al. *f*), uma norma sobre o *escudo de protecção da autorização*: "O cumprimento de uma autorização emitida nos termos do presente sub-capítulo é considerado cumprimento da Secção 7661a deste Título", podendo ainda a autorização prever que "o cumprimento da autorização será considerado cumprimento de outras disposições aplicáveis deste capítulo relativas ao autorizado se (1) a autorização incluir os requisitos aplicáveis de tais disposições, ou se (2) a autoridade autorizadora, ao decidir sobre o requerimento de autorização, determinar ao autorizado que tais disposições (...) não são aplicáveis e a autorização incluir essa determinação ou um resumo conciso da mesma".

Apesar desta previsão — a qual implica, no essencial, que *uma fonte emissora que cumpra os requisitos da autorização está em cumprimento do CAA* — o conteúdo do escudo de protecção criado por uma autorização CAA não deixa de ser bastante vago, sendo, por isso, criticado pela doutrina²⁰⁰⁶.

No que ao CWA se refere, a disposição que nos interessa — sendo habitualmente designada por "permit shield provision" — está contida na Secção 402 (k), assegurando que o cumprimento das condições ou termos da autorização constitui cumprimento do CWA. Mais especificamente, estabelece esta norma: "O cumprimento de uma autorização emitida nos termos desta Secção será considerado cumprimento (...) das secções 301, 302, 306, 307 e 403, excepto em relação a qualquer standard imposto nos termos da Secção 307 para um poluente tóxico prejudicial para a saúde humana" — ou seja, o cumprimento da autorização significa cumprimento da lei. As decisões judiciais relativas a este escudo de protecção do CWA têm considerado que ele *fornece uma protecção de larga escala aos poluidores*, na medida em que as instalações autorizadas estarão *protegidas contra acções judiciais* mesmo quando façam descargas de poluentes não previstos na autorização.

A doutrina e a jurisprudência²⁰⁰⁷ têm procurado esclarecer o alcance e os limites deste escudo de protecção, em termos nem sempre coincidentes. No caso citado em nota, um tribunal distrital considerou que o CWA só proibia as descargas expressamente limitadas na autorização, sendo criticado pelos Autores também citados, por admitir a possibilidade de um Estado adoptar no seu NPDES previsões de defesa mais estritas que proibam des-

²⁰⁰⁶ Sobre o escudo de protecção criado ao abrigo das autorizações do direito de protecção do ar, cfr. DAVID NOVELLO, "Overview of the Title V...", cit., p. 459 e seg..

²⁰⁰⁷ Retratada, em termos críticos, com base no aresto *Atlantic States Legal Foundation v. Eastman Kodak Company*, no artigo de KAREN M. WARDZINSKI/SERENA P. WILTSHIRE/ROBIN A. FASTENAU, "National Pollution Discharge Elimination System Permit Application and Issuance Procedures", in: PARTHENIA B. EVANS (ed.), *The Clean Water Act Handbook*, SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law) — ABA (American Bar Association), 1994, pp. 58-107.

cargas não autorizadas, reforçando a ideia de que *a emissão da autorização não confere qualquer direito de propriedade* — para além de não autorizar o seu titular a lesar pessoas ou propriedades, invadir outros direitos privados ou infringir qualquer lei estadual ou local. Dentro do mesmo enquadramento, também David Novello apesar de reconhecer as grandes vantagens que resultam para as empresas do reconhecimento de um tal “escudo”, aponta na mesma direcção, defendendo que ele não protege a fonte poluidora de standards mais estritos promulgados após a emissão da autorização e que se estiver em causa um acto autorizativo relativo a uma fonte principal de poluição que tenha uma eficácia igual ou superior a 3 anos até ao seu termo, o acto tem de ser reaberto para incorporação dos novos standards — para além de outras razões que podem permitir à EPA ou ao Estado em questão reanalisar e modificar a autorização²⁰⁰⁸. No entanto, tendo ainda por âmbito as previsões legais relativas aos limites do escudo de protecção da autorização do direito das águas, houve decisões judiciais posteriores que o levaram mais longe e, por isso, foram alvo de críticas mais veementes por parte da doutrina²⁰⁰⁹.

Por último, importa mencionar que o facto de as principais autorizações ambientais — no caso português, com destaque para a licença ambiental, no regime da PCIP — serem hoje temporárias, isto é, sujeitas a termo fixo, atribuí-lhes em simultâneo uma natureza renovável, no seio da qual se suscita a questão da existência ou não de um *direito à renovação*, embora se defenda, em face de todas as limitações e condicionamentos que acabámos de passar em revista, que existe apenas um *interesse legítimo à renovação* da autorização²⁰¹⁰.

Na sequência do que vem de ser dito, importa ainda assentar que a autorização ambiental é hoje fortemente modelada em virtude do exercício de diversas funções e poderes públicos que contribuem para restringir ou condicionar a posição jurídica do operador autorizado. A conformação legal — pela forma como os pressupostos da autorização são definidos, como as obrigações dos sujeitos autorizados são plasmadas e pelos inúmeros poderes conferidos à administração autorizante — e regulamentar dos actos autorizativos, bem como a respectiva modelação administrativa concreta e os poderes administrativos de fiscalização e de modificação levaram a que o Estado entre de forma mais funda e mais extensa na regulação das actividades económicas e sociais sujeitas a “autorização de funcionamento”, estabelecendo-se, a jusante da prática do acto, uma *relação permanente* entre Administração e sujeito autorizado.

Como demonstra Fuentetaja Pastor²⁰¹¹ a autorização de funcionamento — para nós,

²⁰⁰⁸ “Overview of the Title V...”, cit., p. 459 e seg.

²⁰⁰⁹ Por todos cfr. JESSICA OWLEY, “Piney Run: The Permits Are Not What They Seem”, *ELQ*, vol. 30 (2003), n.º 3, pp. 429-447: a Autora analisa uma decisão judicial que teve por base uma interpretação muito ampla do preceito do CWA que protege os sujeitos que levem a cabo descargas de efluentes (afastando a sua responsabilidade), desde que operem nos termos da licença, se os poluentes tiverem sido revelados à entidade autorizadora no procedimento. No caso tratou-se da descarga de um poluente que não estava previsto na autorização mas, não obstante, o tribunal considerou que a descarga estava “protegida da responsabilidade nos termos do CWA”, na medida em que os níveis de descarga eram “razoavelmente expectáveis”, tendo sido o assunto central discutido o da extensão da previsão do escudo de protecção da autorização. As críticas da Autora relacionam-se com os efeitos negativos na *revelação pública* das informações sobre poluição (na medida em que apenas se garante a revelação à entidade licenciadora e não ao público, que tem muitas dificuldades em aceder àquelas informações).

²⁰¹⁰ Cfr. PAOLO DELL’ANNO, *Manuale...*, cit., pp. 279-282.

²⁰¹¹ Cfr. “Elementos autorizatorios y concesionales...”, cit., pp. 104-106.

o acto autorizativo ambiental, pois esta situação pode e deve ser transposta para este domínio específico — há muito não está circunscrita às três áreas tradicionais da actividade de polícia, a tranquilidade, segurança e salubridade dos cidadãos, tendo invadido o campo da *conformação económica e social*, no seio da aludida relação permanente entretecida entre Administração e administrado.

Esta compreensão das coisas aponta também no sentido de reforçar o *carácter constitutivo* destes actos, como tem sido defendido por boa parte da doutrina, nomeadamente em Espanha²⁰¹² e em Itália. Neste último país, Ricardo Villata há muito o defende em geral, numa lógica que quanto a nós deve ser transposta para o plano da autorização ambiental, uma vez que a natureza constitutiva da autorização se encontra articulada com o facto de as autorizações projectarem os seus efeitos para lá da sua emissão, ao desenvolverem uma *ingerência administrativa activa e constante na actividade autorizada* por força do poder de controlo e direcção da Administração e da obrigação de sujeição do operador. O conceito de remoção de limites, associado à autorização permissiva, não consegue explicar esta ingerência, ao passo que o carácter constitutivo do acto autorizativo já a alcança, ao assentar na criação no destinatário de uma situação subjectiva nova (que ele antes da autorização não tinha)²⁰¹³.

Aquilo que mais nos importa é acentuar, com Carla Amado Gomes, a *vertente dinâmica* de que a autorização ambiental se reveste, em ordem ao cumprimento dos objectivos de controlo preventivo que serve: a prática de uma autorização ambiental não significa hoje uma blindagem de posições jurídicas mas antes a *conformação de interesses públicos e privados*, com a colaboração dos próprios particulares, tanto na conformação do acto autorizativo como no desempenho das actividades autorizadas²⁰¹⁴.

Neste domínio, foi o interesse público — e não a liberdade do particular — que passou para primeiro lugar: a autorização ambiental não é uma simples remoção de limites, colocando outrossim o seu titular numa situação de vantagem efectiva, como *colaborador qualificado da Administração Pública*, em que o particular não goza de um direito subjectivo mas antes de um *interesse legítimo na aquisição futura do direito*²⁰¹⁵. Por isso se fala na utilização do expediente autorizativo, dentro das políticas de intervenção do Estado na economia, como forma de “aliciar” os particulares à realização de fins públicos, também devido à sua vocação duradoura²⁰¹⁶.

Importa abordar uma última questão, cuja análise parece lógica depois das considerações acabadas de tecer: o aliciamento de particulares ao exercício de funções públicas por intermédio da autorização e o facto de o sujeito autorizado se tornar num colaborador qualificado da Administração Pública aproxima indubitavelmente o acto autorizativo da

²⁰¹² Segundo GARCÍA DE ENTERRIA e T. R. FERNÁNDEZ “a autorização perfila-se hoje como um acto da Administração pelo qual esta consente a um particular o exercício de uma actividade privada, ainda que inicialmente proibida com vista ao controlo administrativo do seu exercício, *constituindo ao mesmo tempo a situação jurídica correspondente*” — cfr. *Curso...*, Tomo II, cit., p. 137 (itálico nosso).

²⁰¹³ Cfr. RICARDO VILLATA, *Autorizzazioni Amministrative...*, cit., pp. 63-65.

²⁰¹⁴ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 549.

²⁰¹⁵ Neste sentido, reportando-se à autorização industrial, cfr. LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, cit., p. 125 e seg.

²⁰¹⁶ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 531 e seg.

concessão, um acto administrativo favorável no direito tradicional distinguido com rigor da autorização.

Mas o regime visto, somado com inúmeras notas resultantes do regime de direito europeu destes actos, conduziu a essa aproximação clara. As posições de vantagem pré-existentes à prática de ambos os actos, sem serem verdadeiros direitos, tendem cada vez mais a equiparar-se, em especial quando temos em mente as concessões de serviços públicos, pois nas concessões de bens públicos a distinção parece mais fácil: qualquer um dos actos parece basear-se no *consenso publicista no exercício de posições de vantagem pré-existente* — o que é ainda mais evidente no direito europeu, que utiliza designações mais amplas e compreensivas para se referir às autorizações²⁰¹⁷.

Se dantes a diversidade entre os dois actos era radical, os elementos distintivos que caracterizavam cada uma das figuras relativizaram-se, porque a autorização muitas vezes não se refere a direitos subjectivos preexistentes, sendo cada vez mais o conteúdo da posição jurídica substantiva em causa modelado pela lei, pelo regulamento e pelo próprio acto, com uma atribuição de poderes discricionários mais vastos na decisão de outorga da autorização ou de indeferimento do pedido respectivo²⁰¹⁸.

Concretizando a promiscuidade entre os dois tipos de actos, poderemos recorrer ao exemplo apresentado por Andrés Betancourt: a descarga ao abrigo de uma lei sobre a orla costeira representa um uso especial que requer uma “autorização” mas está sujeita a um regime jurídico que a aproxima mais da concessão²⁰¹⁹. O que, no entender do Autor, se configura como uma qualificação contraditória, já que é a ocupação material e fixa do domínio público — e não o *grau de danosidade* — que determina a diferença entre autorização e concessão, revelando o paradoxo de actividades mais danosas como as descargas poderem produzir-se com base num título pelo menos supostamente mais benéfico para a liberdade e direitos dos cidadãos: a autorização²⁰²⁰. Concretizando ainda as razões que o levam a considerar que o regime jurídico desta “autorização” de descarga o aproxima da *concessão de domínio*: trata-se de uma actividade limitada e excepcional que, em regra, deveria estar proibida e que fica sujeita a condições específicas, com amplas possibilidades de modificação (sem indemnização) e mesmo de revogação da “autorização”²⁰²¹.

Em nosso entender, todavia, esta concepção de Andrés Betancourt está ligada à concepção clássica da autorização permissiva que, como vimos, não pode hoje valer (pelo menos) para boa parte dos actos autorizativos ambientais, cada vez mais próximos do modelo tradicional da autorização constitutiva, onde a consideração dos poderes de conformação legal e administrativa das actividades e instalações exercidas e exploradas ao seu abrigo é

²⁰¹⁷ É isso que defende FRABRIZIO FRACCHIA à luz das fontes de direito comunitário que disciplinam os actos permissivos e a noção comunitária de serviço público: cfr. *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., pp. 267-279 e 317-333.

²⁰¹⁸ Cfr. FUENTETAJA PASTOR, “Elementos autorizatorios y concesionales...”, cit., pp. 102-106.

²⁰¹⁹ Cfr. ANDRÉS BETANCOURT, “Los problemas de calificación jurídica de la autorización de vertido regulada en la ley de costas. Esbozos para la reconstrucción dogmática de la institución del demanio natural como técnica de protección ambiental”, *RDUMA*, n.º 158 (Diciembre 97), pp. 129-178 (pp. 129-131, quanto ao enquadramento do acto, tal como referido no texto).

²⁰²⁰ Cfr. *ob. cit.*, pp. 131-136.

²⁰²¹ Cfr. *ob. cit.*, pp. 143-155.

imprescindível para um adequado entendimento do instituto. Já acompanhamos o Autor na grande conclusão que extrai da análise levada a cabo neste artigo²⁰²²: mais do que a qualificação do título como autorização ou concessão de utilização do domínio público, releva aqui a consideração segundo a qual os usos distintos do uso geral e comum dos bens públicos têm *efeitos constitutivos* e estão sujeitos a um *controlo* tanto *intenso* como *extenso* por parte da Administração Pública²⁰²³.

Por tudo isto parece ser necessário recorrer a outros elementos para continuar a sustentar a distinção entre autorização e concessão, que passam nomeadamente pela diferença entre a *iniciativa* — do particular, na autorização, contrapondo-se a iniciativa pública, na concessão — enquadrando melhor a autorização nos sectores ou domínios abertos à iniciativa privada e também com o distinto nível de condicionamento das posições jurídicas dos privados, mais elevado no caso das concessões²⁰²⁴. E também, no que diz respeito em concreto à concessão de bens públicos, com o facto de esta se reportar a bens que não podem ser objecto de actos de autonomia privada por estarem, pelo menos em parte, reservados aos poderes públicos — embora esta última diferença se tenda também a esbater nos nossos dias²⁰²⁵.

Num olhar mais pormenorizado, pensamos ser defensável, como o faz a doutrina espanhola e italiana, aludir ao maior pendor unilateral do acto autorizativo: ao passo que as concessões se aproximam mais do esquema contratual ou de acto bilateral, as autorizações de funcionamento reportam-se ao instituto dos actos-condição, títulos jurídicos que colocam o administrado numa situação impessoal e objectiva, definida abstractamente pelas normas aplicáveis e (pelo menos dentro dos limites ditados pelo princípio da proporcionalidade) livremente modificáveis, cujo conteúdo se tem de referir em cada momento às normas vigentes, impondo um controlo continuado da actividade e a obrigação dos seus titulares se reajustarem às modificações normativas, com um cada vez mais marcado paralelo com as situações estatutárias²⁰²⁶ — do que todavia acaba por resultar, em nosso entender, o reforço da aproximação à concessão.

Mais convincente nos parece a concepção de Fracchia²⁰²⁷ que, apesar de sublinhar

²⁰²² Cfr. *ob. cit.*, p. 176.

²⁰²³ Um outro exemplo é-nos dado no já citado trabalho de FUENTETAJA PASTOR (cfr. “Elementos autorizatorios y concesionales...”, cit., p. 95-101), ao nível do *mercado das telecomunicações*: o título habilitante respectivo, apesar de se chamar “autorização”, tem *elementos autorizativos* (não há proibição nem monopólio, mas liberalização e preexistência do direito à prestação de serviços de telecomunicações; o procedimento de outorga tem carácter vinculado, apesar de se acabar por reconhecer amplas margens de discricionariedade) e *concessionais* (amplos poderes da Administração, designadamente de direcção, regulamentares, interpretativos, sancionadores e de modificação; limitação do acesso ao mercado; necessidade, em muitos países, de se dispor de uma prévia concessão de domínio público radioeléctrico para se poder beneficiar destas “autorizações”). Por esta dificuldade em qualificar a natureza jurídica do título habilitante como autorização ou concessão, o Autor defende (cfr. p. 95) que se trata de um *tertium genus*, respondendo desta forma à novidade da conexão entre actividades privadas e obrigações de serviço público.

²⁰²⁴ Neste sentido, cfr. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione Amministrativa...*, cit., p. 294 e 313; e CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 551-554.

²⁰²⁵ Neste sentido, cfr. RICARDO VILLATA, *Autorizzazioni Amministrative...*, pp. 68-75.

²⁰²⁶ Defendendo a diferenciação nestes termos, cfr. FUENTETAJA PASTOR, “Elementos autorizatorios y concesionales...”, cit., p. 107-113.

²⁰²⁷ Sintetizada, a este respeito, a p. 325 e seg.

as dúvidas que a distinção suscita ao nível do direito europeu, destaca a intangibilidade do momento inicial da escolha do individuo que determina, na autorização, a *impossibilidade de a Administração prescindir do impulso particular*, ainda que para atingir uma finalidade pública, ao passo que na concessão (pelo menos na de serviços públicos) o sujeito público garante o resultado final, impondo para tal vínculos específicos destinados a assegurar o resultado. Os casos em que há encargo de missões particulares, podendo hoje ser atribuídos por autorização, são mais problemáticos; de qualquer modo, o acto de autorização em si mesmo não comporta a atribuição de competências, obrigações ou missões determinadas, concluindo dever “excluir-se que a autorização (...) possa ser contada entre os actos susceptíveis de conferir os direitos em questão”.

Impõe-se concluir este ponto, salientando que “o direito” — em rigor, a posição jurídica substantiva — que está a montante e a jusante da prática do acto autorizativo ambiental se modificou profundamente, no sentido da sua degradação ou perda de densidade. A montante porque, à partida, pelo menos no caso das actividades susceptíveis de gerar formas de poluição mais graves, *não há um direito à outorga da autorização*. Mas sobretudo a jusante, porque após a prática do acto autorizativo o operador não tem um direito imutável à exploração da instalação nos termos fixados nesse acto: em boa parte do direito administrativo e com mais força ainda no direito do ambiente, as posições jurídicas relacionadas com a exploração de instalações ou o exercício de actividades ambientalmente relevantes são hoje posições jurídicas dúcteis, mais frágeis, mais abertas à modificação, actualização, revisão ou mesmo revogação.

É sobretudo esta última nota que vamos explorar ao longo desta Secção II, investigando como uma série de regimes jurídicos e de expedientes administrativos demonstram que não há um direito ao exercício *ad eternum* da actividade (à exploração da instalação) nos termos prescritos na autorização. São esses regimes que acima de tudo revelam a *reinvenção da autorização ambiental*, reinvenção que emerge em particular ao nível do forte condicionamento e retracção que as actividades exercidas ao seu abrigo — antes de mais pelos operadores de instalações industriais — passaram a sofrer e que demonstram que esse acto tem uma maior componente de flexibilidade e adaptabilidade do que de estabilidade, sem todavia ter perdido em absoluto esta última característica, fundamental para continuar a defender alguns dos pilares do princípio do Estado de Direito.

3. As especificidades do acto autorizativo reinventado

Como acabou de ser dito vamos agora investigar algumas das mais destacadas características da autorização ambiental que fazem dela um acto único em face dos seus homónimos praticados em diferentes sectores do direito administrativo especial, investigação que vai ser guiada pela ideia básica de demonstrar a precariedade, flexibilidade e adaptabilidade hoje decisivas para demonstrar aquela singularidade. Sempre com os olhos colocados, antes de mais, na autorização ambiental de instalações industriais — as principais responsáveis por atentados ambientais ou perigos e riscos da sua verificação —, os aspectos que vamos

averiguar confirmam não apenas a reinvenção da autorização ambiental, como acto que se soube manter e renovar para continuar a desempenhar um papel fulcral no âmbito dos instrumentos públicos de tutela ambiental, mas também que os pratos da balança de um problema dogmático central do direito administrativo, da ponderação entre estabilidade e flexibilidade do acto administrativo, tendem hoje a inclinar-se mais para o segundo do que para o primeiro.

Seria inabarcável tentar uma análise exaustiva de tais questões, razão pela qual optámos por seleccionar *algumas* daquelas onde mais se nota a novidade do acto autorizativo ambiental do século XXI e onde é mais claro o peso dos valores e elementos que põem em causa a certeza, a segurança e a protecção da confiança dos operadores de instalações autorizadas na manutenção imodificada do “seu” acto autorizativo.

Esta questão tem sido desenvolvida de uma forma muito particular pela doutrina germânica, nomeadamente à luz da que continua a ser a lei de referência de todo o direito especial do ambiente, após o fracasso de mais uma tentativa de aprovar um Código do Ambiente. Referimo-nos à BImSchG, cujos preceitos, copiosamente estudados pela doutrina, serão a base fundamental para o estudo subsequente, complementado pelo do regime nacional da PCIP²⁰²⁸.

3.1. As obrigações fundamentais dos operadores de instalações autorizadas

O aspecto central que queremos pôr em evidência neste ponto prende-se com a *obrigação de dinamização* que impende sobre o titular de uma autorização ambiental, com realce para o operador de uma instalação industrial. Em termos genéricos, as obrigações que ele tem de cumprir no momento de “abertura” da sua instalação projectam-se por toda a vida desta e mesmo para além dela, o que demonstra à saciedade como estão diluídas as fronteiras do efeito e da função de estabilização do acto autorizativo ambiental²⁰²⁹.

Esta compreensão das obrigações inerentes ao acto autorizativo ambiental não pode surpreender, atendendo ao dinamismo, mutação e permanente devir não apenas da realidade ambiental — pois a evolução e mutação dos ecossistemas, das biótopos naturais e do estado dos componentes ambientais não é mais do que a tradução do dinamismo da própria vida no nosso planeta — mas também dos conhecimentos técnicos e científicos, das exigên-

²⁰²⁸ Sobre a configuração da BImSchG como “lei condutora” do direito ambiental alemão, constituindo modelo para outras leis e para o projectado Código do Ambiente — sem deixar de evidenciar os seus defeitos e fraquezas e o carácter simbólico de algumas das suas normas —, cfr. HANS D. JARASS, “Zur Systematik des Immissionsschutzrechts”, cit., especialmente p. 381 e seg.

²⁰²⁹ Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 582 e segs.. A Autora salienta na definição de autorização ambiental apresentada (p. 582) a *obrigação de actualização constante* que ela tem inerente, afirmando: “O dinamismo da protecção do ambiente é inversamente proporcional à densidade da protecção da confiança do titular da autorização” (p. 583).

Em sentido próximo, perspectivando o efeito ou a função de estabilização (referida ao proprietário) e o efeito/função de protecção (reportada à comunidade) e mostrando como o primeiro se encontra sobretudo limitado pelas *obrigações fundamentais*, consagradas na lei, que impendem sobre o promotor ou operador autorizado, cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., *passim*, especialmente pp. 44-50.

cias colocadas pela lei e pela administração ao desempenho de actividades e à exploração de instalações com impactes ambientais legais e das concepções das autoridades públicas e da sociedade quanto ao equilíbrio da protecção do ambiente com o desenvolvimento económico e social.

Nestes termos, é mais do que óbvio que a protecção do ambiente exigida a instalações capazes de o lesar não pode hoje limitar-se ao momento de abertura, devendo antes reportar-se, em termos duradouros e dinâmicos, por toda a vida das instalações e actividades respectivas e para além delas. Concepção que deve ser mediatizada através das obrigações e deveres jurídicos impostos aos operadores em causa: para permitir a uma pessoa ou a uma empresa desempenhar uma actividade ou explorar uma instalação não basta que no momento do arranque elas assegurem o cumprimento das normas e dos dispositivos destinados a proteger o ambiente, exigindo-se outrossim que esse cumprimento se prolongue no tempo, não em termos estáticos mas antes por forma a que as exigências ou pressupostos que se cumpriam no momento da prática do acto autorizativo sejam actualizados, renovados, modificados em função da resposta dos componentes ambientais individuais, dos biótopos naturais, dos ecossistemas e da situação ambiental no seu conjunto ao desempenho da actividade ou exploração da instalação²⁰³⁰.

A principal ideia que daqui resulta é a de que a *situação de partida* no direito autorizativo ambiental é muito diferente da de outros direitos autorizativos especiais no que toca à força de caso decidido do acto em questão, à protecção da confiança digna de tutela do seu titular, à *Bestandschutz* (passiva) que o acto merece, tudo no sentido de as enfraquecer²⁰³¹. Está aqui em causa a *partilha de riscos* entre os poderes públicos responsáveis, directa e indirectamente, pela outorga do acto, e o operador das instalações autorizadas: o facto de as obrigações que impendem sobre este serem duradouras e, sobretudo, dinâmicas demonstra que a prática da autorização não pode significar qualquer aceitação pública dos riscos não reconhecíveis naquele momento. Tal só poderia acontecer se a Administração dispusesse de um instrumentário com o qual pudesse dominar esses riscos, coisa que não se verifica, pois ela só pode ponderar ou controlar a verificação dos pressupostos da autorização *no momento da sua prática*, excluindo-se um domínio dos riscos em virtude dos quais ela poderia ter recusado a autorização²⁰³².

Assim, a actual configuração dos deveres fundamentais dos operadores de instalações com efeitos ambientais demonstra que há uma distribuição dos riscos entre a Administração e o operador, impendendo antes de mais sobre este último os *riscos de alterações* posteriorio-

²⁰³⁰ Mencionando uma série de regras da BImSchG, em especial reportadas à limitação e supressão das autorizações outorgadas ao abrigo desta lei, com as quais se demonstra que as obrigações de funcionamento com relevo para a autorização são duradouras e que *uma protecção efectiva do ambiente não se limita ao momento de abertura*, exigindo da parte da Administração um controlo permanente, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 265-269.

²⁰³¹ Fazendo o contraponto, nos termos referidos no texto, entre a autorização do direito de protecção atmosférica e a do direito da construção, cfr. WAHL, "Erlaubnis", cit., p. 538.

²⁰³² Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 178-195 (especialmente p. 195). Uma vez que o Autor parte de uma compreensão da autorização do direito de protecção da atmosfera como acto *vinculado*, afirma que a Administração só pode recusar a autorização em apreço quando os pressupostos do acto autorizativo não se verificarem no momento da prática do acto.

res da situação de facto ou de direito. Em todo o caso, como veremos melhor, o operador tem de estar numa melhor posição *com* a autorização do que sem ela, o que restringe em muitas situações a aplicabilidade directa das alterações, que não tornam imediatamente ilegal o funcionamento da instalação. Ou seja, a dinamização das obrigações do operador não deixa de estar condicionada e limitada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade*, o que é visível de forma particular no que toca à aplicação do princípio da precaução e à exigência de utilização das melhores técnicas disponíveis por parte do operador.

Mas ainda em termos da partilha do risco, tem de se acrescentar que a Administração não deixa de ser fortemente onerada pela concepção destes deveres como duradouros e dinâmicos: a sua tarefa é hoje gigantesca, reclamando um adequado exercício dos seus poderes e capacidades de acompanhamento, fiscalização, vigilância e auditoria, bem como de modificação do acto autorizativo, da prática de actos e imposição de modos que executem as alterações necessárias, de aplicação de sanções em caso de incumprimento e, como *ultima ratio*, dos poderes de revogação de que esteja em concreto dotada.

Centrando-nos no direito alemão, começaremos por observar a sucessão que se deu ao nível das instalações produtoras de poluição atmosférica entre a GewO e a BImSchG: a entrada em vigor da segunda representou, evidentemente, um agravamento do regime, que se fez sobretudo sentir nas obrigações dos operadores de instalações necessitadas de autorização, com destaque para as medidas destinadas a assegurar a precaução de acordo com o estado da técnica e a possibilidade geral de decisões de proibição, cessação, eliminação e, em casos limite, de revogação do acto autorizativo²⁰³³.

Este paralelo tem tanto mais razão de ser quanto é certo que as antigas autorizações de instalações, emitidas ao abrigo da GewO foram convertidas em "autorizações BImSchG", continuando a produzir efeitos ao abrigo desta lei. A questão da transição e adaptação das autorizações antigas às novas exigências, bastante mais estritas, foi muito discutida na Alemanha, sendo muito melindrosa a protecção das situações jurídicas adquiridas (a *Bestandschutz*) ao abrigo das autorizações das antigas instalações: elas não perderam a sua eficácia jurídica, mas passaram a estar subordinadas ao regime da nova lei, ainda hoje existindo autorizações outorgadas ao abrigo dos §§ 16 e 25, n.º 1, da GewO, tendo havido uma transição directa (sem necessidade de qualquer acto administrativo expresso), nos termos do § 67, n.º 1 da BImSchG. O que nos importa destacar é que *os titulares das autorizações antigas passaram a estar sujeitos às obrigações dinâmicas do § 5 BImSchG*, com a parcial redução da protecção do adquirido e da força de caso decidido dessas autorizações, com um défice da posição jurídica do seu titular, tendo o Tribunal Constitucional alemão reconhecido expressamente esse facto e a sua compatibilidade constitucional, em especial com o art. 14, n.º 1, da GG, mais uma vez em nome da competência do legislador para proceder à conformação das posições jurídicas existentes, sendo pacífico o seu poder para adaptar os requisitos do direito de protecção atmosférica às modernas exigências de protecção ambiental, com extensão da vinculação social da propriedade ao cumprimento dos preceitos ambientais²⁰³⁴.

²⁰³³ Cfr. R. BREUER, "Umweltschutzrecht", cit., pp. 713-726. O Autor demonstra como estas possibilidades implicaram a *dinamização* da autorização da instalação (cfr., em especial, p. 713).

²⁰³⁴ Sobre toda esta questão, cfr. HANS-JÜRGEN MÜGGENBORG, "Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigungen...",

Centrando-nos então nas obrigações do operador de instalações necessitadas de autorização ambiental, vamos tomar como exemplo de referência o consagrado na BImSchG: a *autorização integrada de projectos*, generalizadamente reconhecida como o coração do malogrado projecto (o mais recente) de codificação da legislação ambiental alemã, pelo menos no que se refere ao UGB I (onde estava prevista nos seus §§ 52 e segs.) fundando-se em geral no modelo da autorização de instalações da BImSchG (a qual era por aquela “absorvida”), assumia uma particular similitude no que respeita às *obrigações fundamentais* do operador, o que é uma razão adicional para tomar a autorização BImSchG como indiscutível modelo de referência do direito ambiental alemão, também na matéria ora sob o nosso escrutínio²⁰³⁵.

O regime da BImSchG constitui um caso exemplar do acolhimento de tais obrigações em termos duradouros e dinâmicos, o que não se verifica em todos os domínios²⁰³⁶. A apreciação e controlo administrativo dos pressupostos para a outorga do acto autorizativo ambiental de uma instalação com impactes ambientais são muito amplos e abrangentes, já que não se limitam ao momento de “abertura” da instalação, devendo também ser assegurado pelo requerente (futuro operador) o cumprimento futuro das obrigações legais. Ainda que a manutenção futura dos pressupostos seja garantida pelas possibilidades deixadas à Administração de controlo posterior e de modelação do conteúdo da autorização — poderes de fiscalização, de prática de decisões modificativas, do aditamento de novos modos, de proibição, sancionamento e até de revogação — é imperioso logo no momento da prática da autorização proteger os vizinhos e a comunidade em geral perante a verificação de perigos e riscos supervenientes²⁰³⁷. Sobre o operador autorizado impende uma obrigação permanente não apenas de construir mas também de explorar as instalações de modo a que não sejam causadas poluições e outros efeitos nocivos para os vizinhos e para a comunidade, obrigação que assume um significado especial no caso de perigos e riscos só mais tarde conhecidos e de alterações do estado da técnica²⁰³⁸.

Também por esta razão, nas diversas leis ambientais é cada vez mais frequente, como já alertámos, o recurso a conceitos imprecisos na definição dos pressupostos da autorização,

cit., p. 851 e seg.

²⁰³⁵ Está aqui sobretudo em causa o § 53 do projecto, onde se acolhiam as obrigações fundamentais incidentes sobre os projectos necessitados de autorização, vigente também para além do momento da cessação do funcionamento da instalação (n.º 2), não tocando as novidades essenciais (o regime integrado e a necessidade de assegurar um alto nível de protecção para as pessoas e o ambiente no seu todo, face ao prescrito no n.º 1) no regime duradouro e dinâmico das obrigações do operador.

²⁰³⁶ A doutrina alemã salienta que no direito nuclear, por oposição ao direito da protecção da atmosfera, não existem obrigações dinâmicas, para além de não se distinguir a protecção de perigos e a precaução de riscos, tendo o preceito em causa da AtG (o § 17) uma “redacção aberta ao futuro” como forma de realizar a finalidade central da lei, prevista no § 1. Em suma, a AtG não prevê qualquer obrigação fundamental dinâmica para reagir ao progresso da ciência e da técnica. Expressamente neste sentido, cfr. DIETER SELLNER, “Nachträgliche Auflagen...”, cit., p. 339 e segs. (especialmente p. 341 e seg.).

²⁰³⁷ No sentido de que a *garantia do cumprimento dos deveres fundamentais* do requerente (operador) é pressuposto da prática da autorização do direito de protecção das imissões, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 707. Em todo o caso, os mesmos Autores reconhecem que o elemento chave a este respeito reside no *controlo administrativo posterior*, nomeadamente quando está em causa a suspensão ou a cessação do funcionamento da instalação: cfr. *ob. cit.*, p. 716.

²⁰³⁸ Cfr. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 534.

o que ajuda a permitir a posterior “acomodação” do conteúdo da autorização através do exercício dos diversos poderes administrativos a este nível — ainda que parte da doutrina considere que a utilização de tais conceitos indeterminados não é concessora de discricionariedade nem de margem de apreciação administrativa, continuando a tratar-se (alegadamente) de uma decisão vinculada²⁰³⁹.

Para a prática dos actos autorizativos ambientais reportados a instalações a exigência material mais relevante é, então, o cumprimento das obrigações fundamentais do operador, como é ilustrado pelo inciso 1 do n.º 1 do § 6 da BImSchG. Quanto à remissão efectuada por este preceito para o § 5 é necessário o cumprimento (n.º 1)²⁰⁴⁰:

– Da *obrigação de protecção* (inciso 1): a instalação não pode provocar poluições ou outros perigos, desvantagens ou danos significativos para a comunidade (interesse público) e para os vizinhos, havendo aqui uma prova de causalidade bastante simplificada, bastando que o perigo seja em parte causado pela instalação e sendo ainda de notar que a obrigação vale tanto para o funcionamento normal da instalação como para danos casuais. A durabilidade e o dinamismo passa pelo facto de *a simples possibilidade de um dano futuro* dever ser suprimida, uma vez que a obrigação de defesa de perigos abrange medidas contra simples suspeitas de perigo e perigos futuros suficientemente prováveis. É ainda relevante o carácter protector de terceiros da obrigação de protecção (em relação a interesses individualizáveis) e o facto de ela, ao contrário da precaução, não se orientar pelo estado da técnica.

– Da *obrigação de precaução* (inciso 2): na outorga da autorização deve ter-se em conta a necessidade de precaver a ocorrência de poluições, outros perigos, desvantagens e danos significativos, em especial através de medidas correspondentes ao estado da técnica, cuja aplicação deverá ser mediada pelo princípio da proporcionalidade; a finalidade da obrigação de precaução é criar uma zona de segurança abaixo do limiar do perigo e conceder espaços de repouso ou descanso em face da crescente compressão do espaço de vida e para que, nas áreas em questão, possam ainda ser construídas novas instalações. Está aqui em causa o conceito de *risco*, especialmente relevante no âmbito da segurança técnica, estendendo-se o alcance das obrigações a imissões que sejam apenas *potencialmente* perigosas: a delimitação do princípio da precaução em face do da protecção tem a ver com a aplicação do primeiro mesmo no caso de não existirem (ainda) quaisquer perigos (isto é, abaixo do limiar da perigosidade), devendo todavia aceitar-se um “risco restante” (*Restrisiko*) para não tornar insuportável o nível de exigência para a concessão das autorizações em apreço. Note-

²⁰³⁹ Cfr. R. BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 714.

²⁰⁴⁰ As obrigações de funcionamento do § 5 da BImSchG são concretizadas por diversas normas infra-legais, com destaque para o TA Luft e o TA Lärm (e ainda o *Störfall-Verordnung*, o *Großfeuerungsanlagen-Verordnung* e o *Abfallverbrennungsanlagen-Verordnung*) que, apesar de serem apenas vinculativas para a Administração, acabam por produzir efeitos externos de forma indirecta ou mediata. Para a concretização das obrigações de protecção e de precaução são ainda relevantes normas técnicas privadas que, não sendo vinculativas, desempenham importantes funções de orientação. Já o cumprimento das obrigações emitidas com base nos regulamentos, de acordo com o § 7 — apesar de estas normas terem sobretudo um significado de clarificação —, não deixam de ser vinculativas, sendo o seu preenchimento também pressuposto da outorga da autorização: neste sentido, cfr. ALFRED SCHEIDLER, “Die Voraussetzungen...”, cit., pp. 942-944.

Para análise das obrigações fundamentais dos operadores de instalações necessitadas de autorização previstas na BImSchG cfr. ainda, entre outros, HEINZ-JOACHIM PETERS, *Umweltrecht*, cit., pp. 212-216; SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., pp. 707-716.

se ainda que a regra da precaução, ao contrário da anterior, não é protectora de terceiros.

– Da *obrigação de evitar a produção de resíduos*, de proceder à sua *reciclagem* (aproveitamento correcto e sem danos) ou, se tal não for tecnicamente possível ou exigível, a sua eliminação sem prejuízos para o interesse público (inciso 3).

– De *utilização poupada e eficiente da energia* (inciso 4).

As obrigações consagradas neste preceito da lei alemã da protecção atmosférica vão ainda mais longe, já que no n.º 3 se prescreve que as instalações necessitadas de autorização devem ser construídas, funcionar e *paralisar* de tal forma que, *mesmo após a cessação da exploração* (com o que se demonstra como elas vigoram para além da própria vida da instalação autorizada) não sejam causados quaisquer efeitos nocivos sobre o ambiente ou outros perigos, desvantagens ou danos relevantes para o interesse público ou para os vizinhos (inciso 1), os resíduos existentes sejam aproveitados de forma correcta e sem danos ou sejam eliminados sem prejuízo para o interesse público (inciso 2) e seja assegurada a reposição ou restabelecimento de um estado adequado dos terrenos da instalação (inciso 3) — o que leva Martin Wickel a concluir que a *protecção do adquirido* (*Bestandschutz*) que resulta desta autorização é fundamentalmente *limitada através das obrigações fundamentais do operador*²⁰⁴¹.

O regime destas obrigações não deixa de ter alguma singularidade e, diríamos, um carácter em certos termos dualista: por um lado, sendo obrigações fundamentais do operador elas não constituem apenas normas de critério para a Administração emitir a autorização e medidas de controlo posterior, sendo *de observação imediata para o operador*, isto é, sem necessidade de uma disposição administrativa de concretização²⁰⁴²; por outro lado, apesar

²⁰⁴¹ *Bestandschutz...*, cit., pp. 124-126 (p. 126). MARTIN WICKEL elucida-nos também (*ob. cit., loc. cit.*) sobre o extraordinário significado prático e teórico das *obrigações fundamentais do operador*, consagradas no § 5 da BImSchG e o seu *carácter dinâmico e duradouro*, limitado apenas pelo princípio da proporcionalidade, carácter este que demonstra que *o operador não tem nenhuma confiança digna de tutela para fazer funcionar a instalação sem modificações quando não cumpre as obrigações*. Noutro local da mesma obra (cfr. pp. 275-278), WICKEL desenvolve o seu entendimento sobre as *obrigações fundamentais dinâmicas*, reforçando a sua consideração como um “novo instrumento da legislação ambiental” que *dinamiza a autorização e permite a ruptura com o seu ponto de partida estático*; e apesar de não serem auto-exequíveis, elas demonstram a sua eficácia na possibilidade de levarem à prática, pela Administração, de medidas concretizadoras de tais obrigações, nomeadamente uma “decisão posterior” prevista no § 17 da BImSchG (estas *Nachträgliche Anordnungen* constituem uma “especificidade normativa” do direito ambiental e a sua consagração legal torna desnecessária a reserva administrativa para o efeito, designadamente sob a forma de “reserva de modo”, funcionando então como uma *reserva de modos legal* que confere bastante flexibilidade administrativa à autorização concedida). É através da conformação das obrigações do operador em termos dinâmicos e duradouros que o legislador demonstra que *o direito de utilização do ambiente conferido através da autorização está sujeito a alterações*, evitando o aparecimento de uma confiança digna de protecção na permanência ou estabilidade da autorização.

No mesmo sentido, falando na limitada força de caso decidido de que goza a *autorização de protecção das imissões* devido ao dinamismo das obrigações de funcionamento consagradas no § 5, cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 258 e seg. Também BREUER trata o tema (cfr. “*Umweltschutzrecht*”, cit., pp. 731-733), sendo para nós relevante acompanhá-lo na ligação que faz entre o expediente das *decisões posteriores* e as *obrigações do operador*: apesar da emissão daquelas decisões ser discricionária, elas pressupõem uma violação do cumprimento continuado destas obrigações.

²⁰⁴² Cfr. FRANK PETERSEN, *Schutz und Vorsorge — Strukturen der Risikoerkenntnis, Risikozurechnung und Risikosteuerung der Grundpflichten im Bundes-Immissionsschutzgesetz*, Schriften zum Umweltrecht, Band 30, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993, pp. 30-32.

da enorme flexibilização da autorização ambiental, a verdade é que o operador está numa melhor posição com ela do que antes da sua prática e, sobretudo desde o momento em que ela se torna inopugnável, é concedida alguma protecção do adquirido ao operador autorizado. Apesar da relativização desta *Bestandschutz*, o funcionamento da instalação não se torna automaticamente ilegal por causa de alterações posteriores da situação de facto ou de direito: o operador pode esperar que a Administração reaja perante a modificação das circunstâncias, existindo aqui, em alguma medida, uma transferência da responsabilidade do processo (em regra, incidente sobre o operador) para a Administração, sendo também por esta razão que a autorização ambiental continua a limitar o risco de investimento do empresário autorizado²⁰⁴³.

Como tal, revela-se de enorme alcance prático — para além do seu substrato dogmático — o expediente das *decisões* ou *ordens posteriores*, cujo fundamento entronca precisamente no dinamismo das obrigações do operador e que está consagrado, de forma ampla e profunda, no § 17 da BImSchG. A possibilidade — ou mesmo o dever — da prática de decisões posteriores à concessão da autorização confere a este acto enorme *flexibilidade administrativa*, permitindo a adaptação do seu conteúdo em função de poluições, perigos, desvantagens ou prejuízos significativos supervenientes (cfr., em especial, o n.º 1 do § 17 da BImSchG). O que não invalida que, naturalmente, a autoridade competente esteja limitada pelo *princípio da proporcionalidade*, sobretudo na sua dimensão de cálculo dos custos em função dos benefícios esperados com a sua prática. Tendo como *causa directa* o carácter dinâmico e duradouro das obrigações do operador — uma vez que pressupõe a violação do cumprimento permanente ou continuado de tais obrigações — a prática de decisões posteriores vai contribuir para a retracção da força de caso decidido da autorização, mostrando o dinamismo das tarefas de protecção ambiental e a relativização da protecção do adquirido por ela atribuída. Em termos tais que levam M. KLOEPFER a afirmar que, segundo a BImSchG *não existe no direito respectivo qualquer princípio segundo o qual, em caso de alterações legislativas, uma posição jurídica concedida ao operador não pode ser suprimida (subtraída ou revogada) ou só o pode ser mediante o pagamento de uma indemnização* — razão pela qual a força de caso decidido da autorização é modificada até ao limite, em virtude do dinamismo das tarefas subjacentes ao direito ambiental²⁰⁴⁴.

E, como vimos já — em função do disposto no n.º 3 do § 5 — a eficácia destas obrigações projecta-se para lá da vida da autorização, a precaução é uma *precaução posterior à decisão*, falando os autores alemães a este propósito numa obrigação de “cuidado posterior” (*Nachsorge*), em especial devido ao seu inciso 3), destinado a evitar a produção de “cargas poluentes acumuladas” (“Altlasten”)²⁰⁴⁵.

É ainda a durabilidade e dinamismo das obrigações que explica a obrigatoriedade de uma nova ou distinta autorização das alterações mais importantes: se os limites da *Bestandschutz* passiva são cada vez mais salientes no direito administrativo, uma *Bestandschutz* activa ou sobre-eficaz não existe no direito autorizativo ambiental, precisamente porque as alterações

²⁰⁴³ Cfr. SACH, *Genehmigung als Schutzschild*, p. 94.

²⁰⁴⁴ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1287.

²⁰⁴⁵ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 707, 715 e seg. e 784.

importantes da instalação necessitam de autorização²⁰⁴⁶. De acordo com o n.º 1 do § 15 da BImSchG a modificação da situação, do equipamento ou do funcionamento de uma instalação tem de ser comunicada à autoridade competente desde que ela possa ter efeito sobre os bens protegidos pela lei e definidos no seu § 1, devendo a autoridade determinar se tal modificação necessita ou não de autorização (n.º 2). No § 16 prescrevem-se os termos em que uma alteração é considerada *substancial*, determinando a necessidade de autorização: tal verifica-se desde que sejam ou possam ser causadas pela alteração efeitos prejudiciais que se mostrem importantes para o controlo administrativo pressuposto na autorização, nos termos do inciso 1 do n.º 1 do § 6. Se o cumprimento dos pressupostos constantes daquele inciso do § 6, n.º 1, estiver assegurado e os efeitos prejudiciais causados pela alteração forem claramente limitados, a alteração já não é considerada substancial e não carece de autorização, não deixando todavia de dever ser comunicada à Administração, nos termos do n.º 1 do § 15.

A grande conclusão a tirar deste ponto é a de que a durabilidade e o dinamismo das obrigações dos operadores de instalações autorizadas com base em actos autorizativos ambientais em regra — conforme é bem espelhado no regime da BImSchG — contribui para a flexibilidade do acto autorizativo ambiental e para a limitação da *Bestandschutz* atribuída por esse acto, que pura e simplesmente não existe em termos activos e está fortemente comprimida em termos passivos. Isto é: para além de qualquer alteração significativa da instalação autorizada ter de ser alvo de um novo acto autorizativo (inexistência de protecção do adquirido activa ou sobre-eficaz) o titular da autorização tem uma protecção débil contra as alterações da situação jurídica ou contra a resposta da Administração à alteração da situação de facto (em particular à poluição produzida), às modificações técnicas e científicas que fundamentem uma adaptação da instalação para um melhor desempenho ambiental ou mesmo perante uma filosofia de segurança mais exigente²⁰⁴⁷.

Para concluir: a autorização ambiental funda uma posição jurídica favorável ou de vantagem do operador só que essa posição jurídica relativizou-se, sendo hoje uma posição jurídica *enfraquecida*: apesar de ela existir tal não significa que o operador possa acreditar, no futuro, na manutenção imodificada da sua posição jurídica. Nenhum operador de instalações com impactes ambientais pode confiar que a emissão da autorização signifique que ela possa ser utilizada, em termos inalterados, a todo o tempo e sem consideração dos progressos técnicos e científicos. Para além das possibilidades de intervenção posterior da Administração, isso acontece à *partida* em face da durabilidade e, sobretudo, do dinamismo das obrigações a que está sujeito²⁰⁴⁸.

²⁰⁴⁶ Sobre a distinção entre a *Bestandschutz* simples ou passiva, reportada à protecção contra alterações posteriores da situação jurídica e a *Bestandschutz* activa ou sobre-eficaz, que a existir implicaria que as alterações à instalação, ainda que contrárias à nova situação jurídica, devam ser autorizadas, cfr. PETERS, *Umweltverwaltungsrecht*, 2. Aufl., cit., p. 146 e seg. O Autor mostrava como o direito alemão da protecção atmosférica não conhecia qualquer regra de acordo com a qual o titular de uma posição jurídica autorizada tenha de permanecer com ela, apontando os §§ 5 e 17 da BImSchG como regras precisamente no sentido contrário. O facto de o tratamento da questão ter sido abandonado não implica, quanto a nós, que os seus termos se mantenham.

²⁰⁴⁷ Essa restrição à protecção da confiança decorrente dos deveres fundamentais do operador conduz a que, segundo KARSTEN SACH, o operador deva por exemplo pôr desde o início de lado capital para a aquisição posterior de equipamento: cfr. *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 88-93.

²⁰⁴⁸ Neste sentido cfr. ALFRED SCHEIDLER, "Die Voraussetzungen...", cit., p. 942; e MÜGGENBORG, "Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigungen...", cit., p. 853.

3.2. A oposição de cláusulas acessórias às autorizações ambientais

Na moderna vida da administração, as cláusulas acessórias desempenham um papel fundamental, com a finalidade de eliminar obstáculos que se opõem à emissão de autorizações ilimitadas, permitindo que em vez de um “não” se profira um “sim, mas”, abrindo as portas a uma autorização muito mais elástica que sirva o próprio interesse dos cidadãos, que beneficiam de uma autorização que de outra forma lhes seria negada ou, pelo menos, obtendo-na de forma mais rápida²⁰⁴⁹.

A articulação deste tópico com o tema central da nossa dissertação é claro se seguirmos o pensamento de Filipa Urbano Calvão: as cláusulas acessórias são um expediente que faz a compatibilização entre as exigências de *estabilidade* e *segurança jurídicas* (definição cristalizada de regras para uma dada relação jurídica) e de *flexibilização* (garantia da satisfação actualizada do interesse público), permitindo vencer a incerteza e garantir a adaptação do acto à evolução das circunstâncias factuais e normativas, resguardando em alguma medida os direitos e expectativas dos interessados, ao incorporarem no próprio acto a previsão de que o seu conteúdo regulador pode sofrer modificações ou até ser objecto de extinção, conferindo ao conteúdo dos actos jurídicos em que são introduzidas capacidade de aviso desse efeito flexibilizador e revelando potencial de agilização da actuação administrativa em situações de incerteza²⁰⁵⁰.

As cláusulas acessórias são determinações que vão introduzir qualificações secundárias em face do conteúdo principal do acto, dizendo respeito apenas à eficácia do acto administrativo em causa ou à posição relativa entre a Administração e o destinatário do acto, sem reflexo directo no conteúdo intrínseco do acto podendo ser definidas, com Filipa Urbano Calvão, como as “disposições que a Administração Pública ou esta e a contraparte inserem no conteúdo do acto jurídico, por força das quais se atribui relevância jurídica a circunstâncias ou factos não previstos na *facti species* da norma ao abrigo da qual se emite o acto, com o objectivo de modificar em alguma medida os efeitos jurídicos daquela decorrentes (influindo sobre a eficácia desses efeitos ou somando novos efeitos), para o moldar às necessidades e interesses que se fazem sentir no caso concreto”²⁰⁵¹.

Como assinala a doutrina nacional e estrangeira, a oposição de cláusulas acessórias é reflexo de um poder discricionário, sendo em princípio inadmissível nos actos vinculados²⁰⁵². Daí a importância de distinguir as cláusulas acessórias de outros limites ou determinações ao (do) conteúdo do acto, em particular no que respeita às autorizações de instalações, podem configurar actos administrativos autonomizáveis²⁰⁵³. É muito frequente e natural que

²⁰⁴⁹ Neste sentido, cfr. H.MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 321. Também RENGELING (“Nebenbestimmungen”, cit., p. 1466 e seg. salienta o facto de as cláusulas acessórias possibilitarem uma *acção administrativa flexível*, apresentando-se como um instrumento de comando para adaptação do projecto requerido às especificidades do caso concreto.

²⁰⁵⁰ Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 26-29.

²⁰⁵¹ Cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 60.

²⁰⁵² Cfr. H.MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 330 e seg.

²⁰⁵³ Como vimos com algum desenvolvimento *supra*, na Parte I: cfr. Cap. III, Secção III, 2.6. (especialmente n. 380).

uma regra que, na verdade, constitui uma descrição do conteúdo principal da autorização, possa parecer uma cláusula acessória, sendo necessário averiguar se tal regra decorre directamente do tipo legal ou constitui uma disposição lateral introduzida pela Administração, ao abrigo de poderes discricionários de que disponha na modelação do conteúdo do acto.

Uma outra realidade que, sobretudo no direito germânico do ambiente, assume enorme importância e deve ser distinguida das cláusulas acessórias é a das *decisões suplementares* ou *posteriores* a qual constitui, de acordo com a doutrina, uma “reserva de modos legal”: ela decorre directamente da lei e não de uma determinação aposta pela Administração, não tendo por isso a possibilidade da sua prática de ser reservada por esta no momento da prática do acto²⁰⁵⁴.

Continuando a análise genérica das funções exercidas pelas cláusulas acessórias ao nível dos actos autorizativos — para além da já citada compatibilização entre estabilidade e flexibilidade do acto —, elas têm dois grandes tipos de funções complementares: por um lado, podem assegurar o preenchimento de pressupostos de autorizações em falta ou em perigo, isto é, no caso de não estarem presentes todos os pressupostos da autorização a sua outorga não deve ser recusada no caso de o seu preenchimento poder ser assegurado através de disposições acessórias, o mesmo se podendo dizer quanto a pressupostos existentes que se pense irem desaparecer — tudo em nome da prossecução actualizada do interesse público; por outro lado, elas desempenham uma função de segurança, designadamente em função dos poderes que algumas deixam nas mãos da Administração²⁰⁵⁵. Claro que com estas funções se articulam outros objectivos como a mais rápida concessão da autorização ou aqueles a que, *in casu*, a Administração pretenda dar resposta.

Outra questão que, em geral, suscita alguma discussão na doutrina e que gostaríamos apenas de aflorar, tem a ver com a necessidade ou não de uma expressa autorização legal para a Administração poder apor cláusulas acessórias aos actos que pratica. Quando uma tal autorização *específica* existe o problema não se põe: a lei permite que, em relação àquele tipo de actos, o agente aponha cláusulas acessórias aos actos que praticar e, como tal, ele está habilitado a fazê-lo cumprindo todos os pressupostos do princípio da reserva da lei. Todavia, na falta de uma tal autorização expressa e existindo apenas uma habilitação genérica como a contida no art. 121.º do CPA — nos termos do qual “Os actos administrativos podem ser sujeitos a condição, termo, ou modo, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina” — a doutrina considera que para além desta autorização formal é necessária também uma *autorização material* que pode resultar de uma autorização normativa específica, das normas e princípios constitucionais, quando tenham densidade

²⁰⁵⁴ Cfr. por ora e por todos, KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 266 e seg.

²⁰⁵⁵ Seguimos PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 52. Em relação à aptidão das cláusulas acessórias para o suprimento de pressupostos legais da emissão de actos administrativos, convocando para o efeito o princípio da *proporcionalidade* e os princípios da *eficiência e economia procedimental*, cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., pp. 358-360. De acordo com a Autora, o *termo inicial* e a *condição suspensiva* são aptos ao suprimento de um pressuposto legal ausente, pois o acto só produzirá os efeitos típicos quando ou se ele se verificar; já as cláusulas extintivas não são adequadas para o efeito, o mesmo se passando com a reserva de modo, pois visam antes garantir que a regulação contida no acto se adequa às alterações entretanto ocorridas na ordem jurídica ou na situação de facto; o modo poderá também servir aquele suprimento quanto a pressupostos de menor importância que possam ser ulteriormente cumpridos ou então que dependam exclusivamente da vontade do destinatário.

suficiente²⁰⁵⁶ ou, ainda, da interpretação e conjugação de normas constitucionais e legais. Entre nós, Filipa Urbano Calvão trata desenvolvidamente a questão da *fundamentação da aposição de cláusulas acessórias na ausência de autorização legal específica*, apresentando três grandes tipos de fundamentos possíveis, avançados pela doutrina, na falta de autorização normativa específica²⁰⁵⁷. Em primeiro lugar, a *vontade do interessado*, com base na ideia *volenti non fit injuria*, convocando também para o efeito o art. 278.º do CCP e o princípio da alternatividade entre o acto e o contrato administrativos: a declaração de vontade do particular pode funcionar como renúncia aos seus direitos e fundamento para a aposição de cláusulas acessórias, mostrando a penetração do princípio da liberdade contratual no direito administrativo, agilizando e tornando mais eficiente a prossecução dos interesses públicos (fundamento que não pode valer para os actos totalmente vinculados nem para os direitos irrenunciáveis). Em segundo lugar, a articulação entre o argumento *a maiore ad minus* e o princípio da proporcionalidade valerá nos casos em que sem a introdução da cláusula acessória a Administração tivesse de ou pudesse indeferir a pretensão do particular, devendo a Administração fazer a ponderação em concreto dos interesses em jogo com base no princípio da proporcionalidade. Este argumento só poderá ser invocado quando haja espaço discricionário para a decisão administrativa, podendo inclusive justificar a junção de cláusulas extintivas quando a Administração antecipe uma evolução desfavorável da situação, isto é, quando a previsão da alteração das circunstâncias de facto ou a modificação legislativa pudessem motivar imediatamente o indeferimento. Em terceiro lugar, a autorização pode decorrer das normas que fixem poderes distintos da competência principal mas ainda relativos ao objecto desta, em especial poderes de controlo ou de intervenção posterior sobre a actividade desenvolvida ao abrigo do acto principal, as quais podem inclusive servir de base para a aposição de cláusulas que determinem a cessação ou alteração dos efeitos principais²⁰⁵⁸.

²⁰⁵⁶ Colocando o problema nestes termos, cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 320 e seg. Em relação ao facto de o art. 121.º do CPA funcionar como autorização formal para a aposição das três cláusulas nele previstas, devendo o *fundamento material* ser encontrado nas normas de competência para a prática de cada acto, cfr. pp. 351-354.

²⁰⁵⁷ Cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit., pp. 320-349.

²⁰⁵⁸ A Autora desenvolve também, em termos mais específicos, os *termos da admissibilidade* de cada uma das cláusulas acessórias, sintetizando os resultados da sua investigação em relação às cláusulas previstas no art. 121.º do CPA (pp. 391-399): quanto à *condição* considera que a condição resolutiva não contraria o art. 140.º (irrevogabilidade dos actos constitutivos) desde que seja introduzida para salvaguardar novas manifestações do interesse público ou para garantir a queda da regulação se alguma das circunstâncias que determinou a sua adopção vier a desaparecer; em relação ao *termo* a sua adjunção estará excluída quando a lei regule vinculativamente o início ou o fim da eficácia de um acto e nos actos que conferem direitos relativos à esfera pessoal; o *modo* pode ser aposto quando seja necessário e adequado para cumprir os fins públicos previstos noutras normas (modos de segurança, com base nas normas que conferem poderes de controlo ou de fiscalização sobre a actividade exercida ao abrigo de uma autorização ou licença). No que toca às cláusulas acessórias não previstas naquele preceito (pp. 399-415), debruça-se em particular sobre a *reserva* (de modo, de revogação, de revogação com substituição ou de revogação parcial) e, dentro desta, sobre a *reserva de revogação*, mostrando os diversos caminhos pelos quais a doutrina portuguesa tem reconhecido a sua admissibilidade: defendendo que os actos irrevogáveis passam a poder ser revogados tendo por fonte o acto revogando; propugnando que a discricionariedade de conceder ou não o acto abrange o poder de conceder sob reserva de adequação ao interesse público; propondo uma interpretação do art. 140.º do CPA que permita a adequação do regime da revogação às necessidades da *praxis* administrativa, admitindo por exemplo a revogação com indemnização; centrando-se na revogação das posições jurídicas subjectivas configuradas pela lei como precárias ou de natureza resolúvel; sugerindo a revogação dos actos constitutivos quando o interesse público o torne conveniente ou imperioso, devido à alteração da situação de facto ou das concepções

Em todo o caso, é de notar que a doutrina tende a ser menos exigente quanto à necessidade de uma habilitação legal específica para a aposição de cláusulas acessórias, o que, como veremos, é particularmente verdade no direito do ambiente²⁰⁵⁹. A invocação do *princípio da proporcionalidade* mostra-se de grande importância, o que se compreende em face da expressão muito particular do princípio no que tange ao exercício de poderes administrativos discricionários.

Para além das cláusulas acessórias previstas no art. 121.º do CPA — a condição, que pode ser suspensiva ou resolutiva, o termo, que pode ser inicial ou final e o modo — a *reserva*, nas suas diferentes modalidades, pode assumir um grande destaque no direito do ambiente, tanto na modalidade da *reserva de revogação* como na da *reserva de modo*. Todavia, não é este o local para fazer uma análise desenvolvida destas cláusulas, interessando-nos antes analisar a sua operacionalidade nos actos autorizativos ambientais.

De forma muito sintética, e apoiando-nos no trabalho monográfico de Filipa Urbano Calvão²⁰⁶⁰, avançaremos algumas linhas para relembrar em que consiste cada uma destas cláusulas. A *condição* corresponde à disposição pela qual o início ou a cessação de um efeito jurídico (ou de um conjunto de efeitos jurídicos) fica dependente de um acontecimento futuro e incerto, sendo a sua característica essencial o carácter futuro e incerto (embora uma incerteza objectiva) do elemento condicionante. Dentro da condição distingue-se a *condição causal* que se verifica quando o acontecimento condicionante constitui um facto natural ou um comportamento de terceiro, dizendo a *condição potestativa* respeito à cláusula que prevê como tal evento uma declaração de vontade ou um comportamento do autor do acto ou do seu destinatário; na *condição mista*, por sua vez, o início ou cessação dos efeitos jurídicos depende em parte da declaração ou comportamento do autor ou destinatário do acto e em

da Administração, revogação que terá de ser especialmente fundamentada e com atribuição de indemnização.

Segundo a Autora (*ob. cit., loc. ult. cit.*), os critérios básicos para a aposição de reservas são os da *concordância do particular interessado*, com base na al. b) do n.º 2 do art. 140.º do CPA e desde que ela seja manifestada antes ou no momento da prática do acto; e o argumento *ad maiore ad minus* e o princípio da proporcionalidade, desde que este último seja enquadrado por normas legais às quais se reconduza a competência para ponderar alterações das circunstâncias. Também normas de competência diferentes daquelas ao abrigo da qual é praticado o acto (em particular normas que fixem poderes de fiscalização da actividade desenvolvida ao abrigo do acto) fornecem base autorizativa formal e material para a aposição de cláusulas acessórias, já que justificam a imposição sucessiva de novas exigências, de acordo com os princípios da prossecução do interesse público e da proporcionalidade, ao concederem faculdades activas de intervenção que garantam a realização constante do interesse público. No pressuposto de que no momento da emissão do acto haja incerteza quanto à evolução da situação de facto ou razões para crer que o interesse público pode evoluir num sentido que torne o conteúdo do acto desadequado ou inapto, a *reserva de revogação parcial e de modificação* mostra-se particularmente vocacionada para garantir que o conteúdo do acto acompanhe a evolução do interesse público.

²⁰⁵⁹ Cfr., por todos, CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 585 e segs. (especialmente p. 592 e seg.) — ligando a aposição de cláusulas acessórias à “intrínseca provisoriedade do acto autorizativo” (no campo ambiental), caracterizando o acto precário como aquele que sujeita a eficácia da decisão autorizativa à superveniência de uma *condição*, à verificação de um *termo* ou à caducidade por incumprimento de um *modo* e defendendo que quando não haja uma norma competencial específica para o efeito a Administração deve apelar à conjugação da segunda parte do n.º 1 do art. 66.º da CRP com o art. 121.º do CPA.

²⁰⁶⁰ Cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit., por sua vez fundada antes de mais — pelo menos no que a análise especificamente jurídico-administrativa respeita — na obra de ROGÉRIO SOARES: *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., pp. 284-299. No trabalho de Filipa Urbano Calvão seguimos especialmente, em relação à *condição*, p. 63 e seg. e 74; quanto ao *termo*, p. 146, 149 e 157 e seg.; no que se refere ao *modo*, pp. 188-190, 223-225 e 229; e no que tange à *reserva*, p. 251, 272 e seg. e 287.

parte de um facto natural ou de terceiro. Quanto à distinção entre a condição suspensiva e a resolutiva, a primeira ocorre se o acto só produz os seus efeitos com a eventual verificação do evento, ao passo que a segunda tem lugar quando a verificação de tal acontecimento determina a cessação dos efeitos do acto.

O *termo* constitui o momento do tempo a partir do qual um acto jurídico deve começar a produzir os seus efeitos ou cessar a sua eficácia, isto é, consiste na cláusula acessória pela qual se liga a eficácia do acto a um elemento temporal determinado ou determinável ou a um acontecimento de ocorrência certa no futuro, ainda que possa não se saber o momento exacto da sua verificação. Ou seja, continua a tratar-se de um acontecimento futuro mas agora certo quanto à sua verificação, sendo este último elemento que permite a distinção em face da condição. Também aqui se distingue o *termo inicial* (quando a produção dos efeitos do acto se verifica apenas a partir do momento de ocorrência do evento) do *termo final*, que determina o momento da cessão da eficácia do acto, razão pela qual só faz sentido nos actos de eficácia duradoura.

O *modo* é a cláusula acessória de um acto produtor de vantagens (ele só é aponível a actos administrativos favoráveis) traduzida na imposição de um dever de fazer, não fazer ou suportar incidente sobre o seu destinatário. Quando ele se concretizar numa obrigação de omissão de um comportamento traduzir-se-á numa cláusula de conteúdo proibitivo. A característica específica que distingue o modo de todas as outras cláusulas acessórias é a que resulta de não influir na eficácia do acto administrativo ao qual foi aposto — havendo autores que sustentam mesmo não se estar perante uma cláusula acessória mas face a um acto administrativo. A tipologia dos modos parece ser mais complexa, devendo distinguir-se, pelo menos, entre os *modos de segurança* ou *de protecção* (“imposições e proibições acessórias que visam impedir, diminuir ou prevenir efeitos prejudiciais decorrentes do exercício de direitos ou de actividades autorizadas pela Administração no interesse da comunidade ou no interesse de terceiros determinados”²⁰⁶¹), os *modos de prestação monetária* e os *modos modificativos* (os quais alteram em termos qualitativos o conteúdo do deferimento dado a um requerimento, tendo especial incidência nas licenças de construção)²⁰⁶².

O modo é uma cláusula acessória que levanta questões de delimitação em relação a outras cláusulas acessórias ou mesmo quanto a disposições de determinação do conteúdo da autorização. Em relação à sua distinção face à condição, a doutrina maioritária há muito aponta no sentido de considerar que, em caso de dúvida, só se deve valorar a cláusula acessória como condição se for clara a intenção da autoridade administrativa influir, através da cláusula acessória, sobre a eficácia do acto administrativo; se tal vontade não surgir com a necessária clareza presume-se que se trata de um modo, na medida em que o regime deste é mais favorável para o destinatário do acto²⁰⁶³. No que toca às diferenças entre o modo e

²⁰⁶¹ FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 223.

²⁰⁶² Sobre o *modo modificativo* (“modifizierende Auflage”) cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 328 e seg. que, em termos próximos, refere tratar-se de situações em que o modo não funda uma obrigação de prestação suplementar, mas antes uma modificação qualitativa da própria autorização. Segundo o Autor não se trata exactamente de um “modo” mas antes de uma limitação ou modificação do conteúdo do acto administrativo em face daquilo que foi requerido, salientando o escasso tratamento que doutrina e jurisprudência têm dedicado à figura.

²⁰⁶³ Neste sentido, cfr. RENGELING, “Nebenbestimmungen”, cit., p. 1469.

as determinações do conteúdo da autorização, deve sublinhar-se que o conceito de modo pressupõe que ele tem um outro objecto, diferente do acto administrativo ao qual é apostado, como destinatário dos seus efeitos²⁰⁶⁴. Está aqui implícita a tradicional distinção entre cláusulas acessórias e *cláusulas particulares*: o conteúdo principal do acto abrange não apenas as determinações que decorrem da tipicidade do acto mas também “todas as outras introduzidas por lei ou pela Administração, desde que se projectem em momentos constitutivos do acto”²⁰⁶⁵. Nos casos em que o desenvolvimento do conteúdo do acto implica o uso de poderes discricionários o agente contribui para o desenho desse conteúdo através de *cláusulas particulares*, as quais se projectam em transformações jurídicas que fazem parte da *dimensão constitutiva* do acto.

A *reserva*, por último, é a única cláusula original do direito público, consistindo na declaração administrativa pela qual a Administração ressalva a possibilidade de proceder no futuro a uma intervenção sobre a situação ou relação jurídica sobre a qual o acto incide, assegurando a adequação da regulação administração a uma realidade em constante devir — o que demonstra, sem necessidade de mais palavras, a sua enorme importância nos nossos dias, em face da “elasticidade decisória” que atribui ao acto ao qual é aposta, com a vantagem de prevenir desde logo o seu destinatário para a possibilidade de tal consequência, impedindo o nascimento de uma confiança digna de tutela jurídica. A modalidade mais conhecida é a da *reserva de revogação* — sendo a prática de um acto de revogação que fica assegurada — mas existe também a *reserva de modo*, traduzida na possibilidade de aposição futura de uma cláusula modal ao acto administrativo praticado ou na faculdade de modificar ou complementar modos já integrados no acto, alargando ou agravando o seu âmbito.

Centrando agora a nossa análise na aposição de cláusulas acessórias ao acto autorizativo ambiental, deve começar por realçar-se a extrema importância que ela assume neste tipo de actos, o que se compreende com facilidade face às múltiplas limitações que se colocam a uma autorização “ilimitada”, devido ao melindre e relevo dos interesses ambientais e à necessidade imperiosa de tutelar as pretensões jurídicas subjectivas relacionadas com o ambiente. Em especial no que se refere a grandes projectos com um elevado potencial de risco em termos ambientais, como centrais eléctricas ou instalações de eliminação de resíduos, as enormes objecções e os obstáculos jurídicos ou de facto que se opõem à outorga de uma autorização ilimitada podem ser contornados pela aposição de cláusulas acessórias, podendo a Administração, em vez de recusar a autorização requerida, emití-la com reservas determinadas²⁰⁶⁶.

Daí que no moderno direito do ambiente praticamente não sejam praticadas autorizações às quais não sejam apostas determinações laterais, assumindo a *reserva* um protagonismo evidente²⁰⁶⁷. De notar que esta aposição generalizada não ocorre apenas nas

²⁰⁶⁴ Desenvolvidamente sobre este tema, cfr. ARNDT SCHMEHL, “Die Abgrenzung zwischen echter Auflage...”, cit., p. 334.

²⁰⁶⁵ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, cit., p. 286. Sobre as cláusulas particulares e a sua distinção das cláusulas acessórias, cfr. o mesmo autor e obra, pp. 283-289.

²⁰⁶⁶ Neste sentido, cfr. RENGELING, “Nebenbestimmungen”, cit., p. 1466.

²⁰⁶⁷ É pelo menos essa a realidade do direito alemão do ambiente onde à base legal “geral” fornecida pelo

autorizações “plenas” ou “globais”, mas também em figuras intermédias como os actos administrativos prévios ou preliminares (autorizações prévias) e as autorizações parciais. À própria permissão de um começo antecipado (prevista por exemplo no § 8a da BImSchG) pode ser aposto um modo ou ser emitida sob reserva de modo²⁰⁶⁸.

Apesar deste seu protagonismo, as cláusulas acessórias, no direito autorizativo ambiental, não deixam de repousar em geral numa faculdade discricionária do autor do acto, uma vez que neste domínio só excepcionalmente existe um *dever* de prover a decisão principal com cláusulas acessórias²⁰⁶⁹.

Uma vez que as cláusulas acessórias estão sujeitas à reserva de lei, é necessária, como vimos, uma base legal para a sua inclusão nos actos administrativos. Ora, esta questão da base jurídico-legal nas autorizações ambientais — à imagem do que aconteceria em qualquer outro ramo do direito administrativo — exige a articulação entre a base jurídica geral e as bases jurídicas específicas. A questão deve aqui ser colocada em três níveis. Em primeiro lugar, existe a base jurídica geral fornecida pelas leis gerais que regulam a actividade administrativa: no caso português, o art. 121.º do CPA, no direito alemão o § 36 da VwVfG. Além disso existem, no direito do ambiente, múltiplas bases jurídicas especiais que fornecem o fundamento legal necessário para a aposição de cláusulas acessórias. Todavia, há ainda um terceiro caminho, que vem sendo defendido pela doutrina, no sentido do afrouxamento das exigências da reserva da lei neste âmbito: em face das razões específicas, que já descrevemos, fundamentadoras de um especial interesse em prover os actos autorizativos ambientais com cláusulas acessórias, uma interpretação das normas constitucionais e legais gerais em articulação com alguns dos princípios fundamentais do direito do ambiente, em particular os da prevenção e da precaução, permite forçar os limites da reserva de lei e legitimar a aposição de cláusulas acessórias mesmo na ausência da base legal específica, com fundamento nas normas de competência e na atribuição de poderes discricionários à Administração “ambiental”, nomeadamente por ser imanente aos actos autorizativos de gestão do risco ambiental uma *condição resolutiva* ou uma *reserva de modo* que permitam à Administração proceder à actualização do conteúdo daqueles actos²⁰⁷⁰.

Todavia, quando o regime legal especial contiver uma regulação de carácter completo

§ 36 da VwVfG acrescem múltiplas previsões legais especiais neste sector. Ainda na Alemanha, é de notar que por exemplo a “Erlaubnis” do direito das águas — ao contrário da “Bewilligung” do mesmo direito — é sempre emitida sob *reserva de revogação* o que não faz, de qualquer forma, com que a revogação seja “livre”, já que ela tem de ser legitimada numa das causas de recusa previstas: cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 1143 e segs. Em relação ao facto de inúmeras autorizações ambientais serem concedidas *sob reserva* das mais diferentes espécies de modificação posterior (*reserva de modificação*), cfr. ARNDT SCHMEHL, “Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Vertrauensschutzes bei Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt”, *DVBL*, 1/99, pp. 19-27 (p. 19 e seg.).

²⁰⁶⁸ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 738.

²⁰⁶⁹ Com extensas indicações legislativas e doutrinárias relativas ao direito alemão, cfr. RENGELING, “Nebenbestimmungen”, cit., p. 1467.

²⁰⁷⁰ É essa a opinião de CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, pp. 591-594: como vimos já, a Autora apela à conjugação da segunda parte do n.º 1 do artigo 66.º, n.º 1, da CRP com o art. 121.º do CPA sempre que não haja uma norma competencial específica para a aposição de cláusulas acessórias (cfr. *ob. cit.*, p. 594). Também no direito alemão KLOEPFER defende, *em relação aos actos autorizativos*, que para além dos casos em que a aposição de cláusulas acessórias está expressamente prevista, ela também pode verificar-se noutras situações, *desde que, inversamente, elas não sejam expressamente excluídas pela lei*: cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 242.

ou “fechado” sobre a questão, não serão admissíveis construções por forma a alcançar a aposição de cláusulas não previstas nesse regime, que vale como regime legal exclusivo²⁰⁷¹. Esses regimes legais especiais são muito frequentes no direito germânico do ambiente, por exemplo no direito de protecção do ar (§ 12 e, em parte, § 17), no regime anterior do direito das águas (§§ 4 e 5 da WHG), no direito nuclear (§ 17 AtG) ou no direito dos resíduos (§§ 16, n.º 4 e 32 AbfG).

Sem entrar nas dúvidas doutrinárias quanto à configuração de algumas destas disposições como cláusulas acessórias, o acto autorizativo ambiental pode ser praticado com a integração de *condições* suspensivas ou resolutivas, com *termos* iniciais ou finais, com *modos* (com grande destaque para o modo modificativo), com *reservas de revogação* (as quais, por si só, abrangem a revogação parcial e a reserva de modificação ou de modo) ou com *reservas de modo*.

Levantam-se aqui questões de delimitação com figuras próximas mas que se devem distinguir das cláusulas acessórias, nomeadamente com o expediente das *decisões posteriores*, que tem um papel decisivo no direito ambiental alemão, em especial de protecção da atmosfera. A previsão destas decisões ou ordens posteriores ou suplementares configura uma *reserva de modos legal*, já que elas resultam directamente da lei, não necessitando de reserva da autoridade, mostrando o dinamismo das obrigações fundamentais dos operadores de instalações autorizadas e a diminuição da estabilidade e da força de caso decidido do acto autorizativo em virtude da vitalidade das tarefas públicas de tutela ambiental²⁰⁷². Como veremos, a “cláusula técnica” constante do regime da PCIP — isto é, o facto de o operador destas instalações estar obrigado a adoptar as medidas preventivas adequadas ao combate da poluição através da utilização das *melhores técnicas disponíveis*, de acordo com a al. a) do n.º 1 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 173/2008 — tem um regime análogo, traduzindo-se na introdução no acto autorizativo de cláusulas indutoras de reacção adaptativa à realidade física e técnica²⁰⁷³.

De qualquer forma — e aqui reside a razão de chamarmos agora à colação este expediente —, pensando sobretudo no regime das *Nachträgliche Anordnungen* do direito alemão, as ordens ou decisões que venham a ser tomadas naquela base serão em regra declarações acessórias, já que não mudam o conteúdo típico ou fundamental da decisão. E uma vez que a doutrina fala numa *reserva de modos legal* essas novas decisões serão *modos*, pois apesar da previsão legal da sua possibilidade, é a Administração que decide o se, o momento e o conteúdo das decisões.

Não podem ainda ser esquecidas as consequências da verificação ou não verificação das cláusulas acessórias. Apesar de não ser essa a regra, relevam em particular as situações em que a Administração pode reagir ao não cumprimento de modos — e, também, de decisões posteriores ou de obrigações determinadas — com *poderes de proibição* do

²⁰⁷¹ Cfr. RENGELING, “Nebenbestimmungen”, cit., p. 1470.

²⁰⁷² Por todos, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 266 e WAHL/HERMES/SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 234. O facto de na BImSchG estar prevista esta “reserva de modos legal” não invalida que, nos termos do seu § 12, n.º 2a a mesma autorização possa, com concordância do requerente, ser emitida com *reserva de modos posteriores*.

²⁰⁷³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, in: PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, 2009, pp. 159-279 (pp. 199-201 e 221 e seg.).

funcionamento da instalação autorizada ou mesmo com o decretamento administrativo da caducidade do acto autorizativo ou a *supressão* (revogação) *da autorização*²⁰⁷⁴.

Outra realidade que anda de paredes meias com as cláusulas acessórias ou, mais exactamente, que na maioria dos casos é concretizada através de uma cláusula acessória, mas que pode também constituir uma condição iuris é a que tem a ver com o período de validade e vigência (pensamos que os dois conceitos coincidem nesta situação) dos actos autorizativos ambientais. Em todos os ordenamentos jurídicos que temos tido por referência é hoje nota comum a de a autorização ambiental não ser outorgada por prazo indeterminado, fixando-se prazos máximos da sua validade. É esta a forma habitual de proceder à fixação do prazo: a lei prevê um prazo máximo de validade, que é determinado em concreto pelo acto autorizativo. Nestas circunstâncias, estamos perante um *termo final* que limita a produção de efeitos do acto autorizativo a um prazo determinado²⁰⁷⁵. Nos casos em que a lei fixa directamente o período de vigência da autorização, isto é, em que o seu *termo* é definido pela própria lei, já não estamos perante uma cláusula acessória mas em face de uma cláusula *iuris*, em face dessa directa decorrência da lei²⁰⁷⁶.

Para finalizar este ponto diremos que a aposição de cláusulas acessórias faz todo o sentido como elemento intrínseco à autorização ambiental reinventada, na medida em que elas se revelam um *instrumento de flexibilização* de primeira grandeza deste acto, sendo um expediente fundamental da *modelação administrativa* do conteúdo do acto autorizativo, tanto por serem mais uma porta de abertura à conformação administrativa como por constituírem um instrumento que garante um extenso controlo administrativo sobre as instalações e actividades autorizadas.

Em simultâneo, o recurso generalizado à aposição de cláusulas acessórias nas autorizações ambientais é mais um elemento a contribuir para a limitação ou diminuição da estabilidade jurídica e da força de caso decidido do acto e, por seu intermédio, da confiança digna de tutela do sujeito autorizado na manutenção do acto administrativo (pelo menos) nos moldes em que ele foi outorgado. Na ponderação entre estabilidade e flexibilidade do acto autorizativo ambiental as cláusulas acessórias fazem os pratos da balança pender mais para o segundo lado, contribuindo decididamente para a *precarização* daquele, não sendo de estranhar que Kloepper chamasse às autorizações providas com cláusulas acessórias autorizações "frouxas"²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 606.

²⁰⁷⁵ É isso que acontece, entre nós, na al. g) do n.º 2 do art. 18.º do diploma PCIP. O mesmo se verifica, por exemplo, no direito brasileiro, onde a autorização ambiental não é por prazo indeterminado, já que a *licença prévia* não pode ser superior a 5 anos, a licença de instalação a 6 e a de operação a 10 (cfr. LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 279 e seg.; no direito norte-americano (exemplificativamente, sobre o termo fixo da autorização NPDES, do direito das águas, não superior a 5 anos, cfr. PHILIP WEINBERG/KEVIN A. REILLY, *Understanding Environmental Law*, cit., p. 145 e ARNOLD W. REITZE, JR., *Air Pollution Law*, cit., p. 454); também no direito espanhol a autorização ambiental integrada está sujeita a termo, sendo outorgada pelo prazo máximo de 8 anos (cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 366).

²⁰⁷⁶ Cfr., exemplificativamente, a disposição da Secção 509, (b), 1, do CAA norte-americano, em que o período de validade da autorização é fixado pela própria lei, ao estabelecer: "A autorização para descarga de lamas será válida por um período de 5 anos a contar da data do início das descargas e não será estendida ou renovada".

²⁰⁷⁷ Usamos o passado na medida em que esta designação (*Gebrochene Erlaubnisse*) era a usada na 2.ª ed. do seu *Umweltrecht*, datada de 1998 (cfr. p. 220 e seg.). Na 3.ª ed., de 2003, o Autor passou a chamar-lhe simples-

Acompanhamos por isso Carla Amado Gomes quando liga a figura do *acto precário* — que utiliza para descrever a *intrínseca provisoriade* do acto autorizativo, cuja precariedade se pode manter indefinidamente — a uma série de cláusulas acessórias. As autorizações ambientais são precárias por natureza, seja por força da lei, seja pela fixação de *condições, termos* ou *modos*, os quais sujeitam a eficácia da decisão autorizativa à superveniência de uma *condição*, à verificação de um *termo* ou à caducidade por incumprimento de um *modo*, nos termos que vimos já a Autora defender²⁰⁷⁸. Num trabalho monográfico sobre os actos precários, Desdentado Daroca mostra-nos precisamente que as *autorizações precárias* são actos sujeitos a *condição resolutiva* (nos casos que a Autora tem em mente, exteriores à problemática ambiental, uma condição causal, já que depende da produção de um evento independente da vontade das partes) ou a *termo final* (quando submetidas a um acontecimento certo, mas cujo momento de verificação não é ainda conhecido), o que determina que a eficácia do acto se encontre numa situação de incerteza, instabilidade e insegurança. Segundo Daroca na figura do acto precário a cessação dos efeitos é co-natural ao próprio acto, faz parte da estrutura da relação jurídica gerada desde o início²⁰⁷⁹.

Em todo o caso, esta *precarização* da autorização ambiental — que é também expressão e sintoma da aproximação da autorização à concessão e da diluição da pré-existência do direito nas actividades sujeitas a autorização — não deixa de estar numa relação dinâmica com a anulação e, sobretudo, com a *revogação* de actos administrativos, sendo todas elas reflexo da diminuição da protecção das situações jurídicas adquiridas ao abrigo do acto autorizativo ambiental²⁰⁸⁰. Isto na medida em que a aposição de cláusulas acessórias tem de implicar mudanças profundas ao regime dos *actos constitutivos*: como mostra Filipa Urbano Calvão²⁰⁸¹, os actos constitutivos são apenas os que criam na esfera do particular um efeito jurídico favorável *estável e consistente*, havendo muitos outros actos constitutivos de posições jurídicas favoráveis que não estão impregnadas com a mesma estabilidade e consistência. É isso que acontece quando a lei autoriza a Administração Pública a munir o acto de condições resolutivas ou de termos finais, cláusulas com as quais previne a possibilidade de mutações do interesse público, mutações essas que podem exigir o fim ou a destruição dos efeitos jurídicos. Estes actos não podem estar sujeitos ao restritivo regime dos actos constitutivos de direitos porque as posições jurídicas substantivas em causa são criadas e mantidas “ao sabor” das flutuações do interesse público.

mente “autorizações com cláusulas acessórias” (cfr. p. 241 e seg.).

²⁰⁷⁸ Sobre esta ligação cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 592 e seg.

²⁰⁷⁹ Razão pela qual afasta a teoria que concebe estes actos como decisões sujeitas a reserva de revogação. Cfr. EVA DESDENTADO DAROCA, *El Precario Administrativo — Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Editorial Aranzadi, 2.^a ed., 2006, p. 131 e segs.

²⁰⁸⁰ Cfr. RONNELLENTITSCH, *Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 383, *apud* RENGELING, “Nebenbestimmungen”, cit., p. 1468.

²⁰⁸¹ Cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 378.

3.3. A intervenção administrativa na vida e no conteúdo das autorizações – em especial o expediente das decisões ou modos posteriores

Como temos visto desde o início do capítulo, um dos aspectos estruturais das autorizações ambientais prende-se com o facto de, cada vez mais, se prescindir da determinabilidade do seu conteúdo *a priori*, pelo legislador, apostando em deixar espaços abertos e margens de conformação à Administração para concretizar, não apenas no momento da outorga, mas ao longo da vida da autorização e mesmo para além dela, o seu conteúdo e as suas vicissitudes²⁰⁸². Para cumprir tal desiderato, é fundamental que a Administração tenha a possibilidade de emitir ordens, decisões ou modos posteriores que renovem as obrigações e deveres que impendem sobre o titular do acto autorizativo ambiental, por forma a adaptar o exercício da actividade ou a exploração da instalação às alterações da realidade de facto — em especial dos reflexos das emissões provenientes da instalação ou do exercício da actividade nos componentes ambientais e nos ecossistemas —, às modificações das disposições legais e regulamentares aplicáveis e mesmo a uma eventual concepção de protecção mais apertada por parte das autoridades públicas responsáveis pela tutela do ambiente. A dimensão e configuração dos novos perigos e riscos que diariamente se fazem sentir neste âmbito apontam no mesmo sentido.

Um expediente decisivo para que a Administração possa cumprir com sucesso tal tarefa é a possibilidade, que tanto decorre da aposição de uma reserva de modo como de prescrições legais expressas nesse sentido, de a Administração modificar o conteúdo originário da autorização através da prática de decisões posteriores ou supervenientes em relação à autorização originária. Uma vez que as cláusulas acessórias foram já analisadas no ponto anterior vamos agora centrar-nos no exercício de tal faculdade pela Administração decorrente das previsões normativas.

As decisões ou determinações administrativas posteriores ou supervenientes são uma “especificidade normativa” do direito do ambiente — na medida em que a sua previsão legal torna desnecessária, ao contrário do que é comum, a reserva administrativa para o efeito²⁰⁸³ — ocupando um lugar chave na caracterização da autorização ambiental reinventada: elas revelam-se uma forma particularmente conveniente e eficaz de concretizar o dinamismo e durabilidade das obrigações fundamentais dos operadores de instalações autorizadas susceptíveis de produzir impactes ambientais, as quais exigem que o operador vá ajustando o funcionamento da instalação a eventuais agravamentos das emissões e imissões provenientes da instalação — sendo o carácter dinâmico destas obrigações o *fundamento jurídico* das decisões posteriores²⁰⁸⁴. A possibilidade de a Administração emi-

²⁰⁸² Ao longo deste ponto temos apenas em mente as possibilidades de intervenção da Administração a seguir à prática de *actos autorizativos* e não nos casos de simples denúncia ou declaração de início de actividade por parte do particular.

²⁰⁸³ Sobre o facto de as decisões posteriores serem uma especificidade normativa do direito do ambiente, cfr. MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., p. 303 e seg.

²⁰⁸⁴ Cfr. *supra*, 3.1. No sentido de as obrigações dinâmicas dos operadores imporem ao operador o ajustamento do funcionamento da instalação ao agravamento da situação de imissão cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 707. Cfr. também WAHL (“Erlaubnis”, cit., p. 534) que nos mostra como, ao nível do direito de protecção da atmosfera, a obrigação *permanente* de construir e fazer funcionar as instalações de modo a que não

tir decisões posteriores, modificativas do conteúdo da autorização, implica que o objecto desta — no nosso caso, antes de mais, a instalação e o seu funcionamento — goze de uma protecção do adquirido muito mais limitada. A *função de estabilização* da autorização, que levaria a que esta, ao exprimir a concordância do projecto com os pressupostos legais, permitisse o funcionamento duradouro deste último — com a atribuição de segurança ao operador e limitação dos poderes de intervenção posterior da Administração — surge abalada no campo ambiental de forma notável devido ao expediente das decisões posteriores²⁰⁸⁵. Pelo contrário, as necessidades de flexibilização do acto autorizativo ambiental passam para primeiro plano, com o subsequente constrangimento e limitação da protecção do adquirido e da protecção da confiança. A possibilidade de a Administração poder praticar decisões posteriores modificativas da autorização reforça a grande flexibilidade administrativa que temos vindo a descortinar no âmbito do direito autorizativo ambiental na medida em que revela uma “formação da autorização amplamente aberta à modificação”²⁰⁸⁶.

O facto de ser a flexibilização da autorização que está em jogo é bem patente na circunstância de as decisões posteriores não deverem servir para estabelecer novas e mais amplas exigências de prevenção e precaução, visando pelo contrário uma *protecção das imissões dinâmica* orientada para a situação jurídica presente²⁰⁸⁷. Saliendo-se assim o facto de, em regra, a prática de tais decisões ser *discricionária*, o que melhor se compreende se atendermos tratar-se de regimes legais “brandos”, nos quais se utilizam diversas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que remetem para o seu preenchimento administrativo ao nível do caso concreto²⁰⁸⁸.

No aspecto jurídico-formal, os preceitos legais que autorizam a prática de decisões posteriores ou supervenientes — de que o § 17 da BImSchG alemã constitui o exemplo paradigmático — constituem, de acordo com entendimento pacífico da doutrina, *reservas de modos legais* uma vez que não é necessário que a autoridade administrativa reserve, no momento da prolação do acto, a prática futura de decisões que vão modificar o conteúdo originário da autorização²⁰⁸⁹: a fonte imediata do poder administrativo respectivo é a própria lei, o que leva a que tecnicamente elas devam ser configuradas como *cláusulas iuris*.

Questão diversa é a da qualificação das decisões tomadas com sustento nessa base legal, considerando alguns autores que elas tanto podem ter o carácter de “cláusulas acessórias posteriores” como de “determinações posteriores do conteúdo da autorização”²⁰⁹⁰. No rigor dos conceitos não se trata de novas decisões — as quais teriam de equivaler a uma revogação modificativa da decisão anterior — mas de verdadeiras cláusulas acessórias, mais exactamente *modos*, o que confirma a natureza da previsão legal como reserva de modos

sejam causadas poluições para os vizinhos e para a comunidade em geral é feita valer, sobretudo, por intermédio da prática das decisões posteriores previstas no § 17 da BImSchG.

²⁰⁸⁵ Cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 239-242.

²⁰⁸⁶ Cfr. ARNDT SCHMEHL, “Die Verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen...”, cit., p. 19.

²⁰⁸⁷ Cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 223.

²⁰⁸⁸ Cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 252-254.

²⁰⁸⁹ As referências doutrinárias alemãs à fórmula da “reserva de modos legal” são inúmeras; por todos, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 266.

²⁰⁹⁰ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 783.

legal. A possibilidade da sua introdução está prevista na lei mas é a Administração que, no uso dos seus poderes de modelação do conteúdo da autorização posteriormente à sua prática, decide a sua aposição, o momento de o fazer e o conteúdo que vão revestir.

Apesar de, no momento, não irmos desenvolver a questão cujo tratamento, à imagem do de muitas outras questões, fica remetido para o estudo do regime da PCIP, devemos sublinhar que o regime da chamada cláusula técnica — no caso da PCIP a obrigação de o operador utilizar as melhores técnicas de controlo, prevenção e redução da poluição disponíveis — aproxima-se muito da questão aqui tratada, pois a obrigatoriedade da utilização dessas MTDs vai igualmente implicar a alteração e actualização do conteúdo da autorização, com reflexo nas condições de exploração da instalação autorizada, também com base na sua expressa previsão legal e com desnecessidade da sua reserva por parte da Administração. Daí o paralelo com o regime das ordens ou decisões posteriores que estamos aqui a estudar.

No ordenamento germânico as bases legais que prevêm a possibilidade de a Administração praticar decisões posteriores são inúmeras, ainda que com terminologias muito diversas, assumindo destaque indisputado o § 17 da BImSchG²⁰⁹¹.

No direito português, para além da cláusula das MTDs prevista no regime da PCIP é de salientar o dinamismo de que se reveste a DIA, o acto em que culmina — mas não termina! — o procedimento de AIA: devido ao regime da pós-avaliação instituído com o Decreto-Lei n.º 69/2000, uma DIA favorável ou condicionalmente favorável é apenas a primeira parte do procedimento em questão, havendo um procedimento de pós-avaliação assente no essencial na monitorização levada a cabo pelo próprio operador (art. 29.º) e na realização de auditorias por parte da autoridade de AIA (art. 30.º). Ora, entre os objectivos extremamente ambiciosos da pós-avaliação, definidos no art. 27.º, contam-se a “avaliação da conformidade do projecto de execução com a DIA” (al. a)) e a “determinação da eficácia das medidas previstas para evitar, minimizar ou compensar os impactes (...) bem como, se necessário, da *adopção de novas medidas*” (al. b); itálico nosso), estando esta última possibilidade concretizada no n.º 3 do art. 29.º, segundo o qual “A autoridade de AIA pode impor ao proponente a adopção de medidas ou ajustamentos que considere adequados para minimizar ou compensar significativos efeitos ambientais negativos, não previstos, ocorridos durante a construção, funcionamento, exploração ou desactivação do projecto”, isto é, a mutação do conteúdo da decisão originária por força de circunstâncias supervenientes com efeitos adversos para o ambiente, com uma “recriação dos deveres de *facere* filiados no acto autorizativo parcial que é a DIA”²⁰⁹².

O direito norte-americano vai ficar fora da nossa exposição, embora não se possa olvidar que as autorizações ambientais neste ordenamento põem um grande ênfase nas acções

²⁰⁹¹ Fora do direito da protecção atmosférica são também de mencionar o § 5, n.º 1, da versão anterior da WHG (do qual se podia retirar, ainda que em termos muito genéricos, a reserva de este poder para ambos os tipos de autorizações do direito das águas, embora ele sofresse limitações importantes no caso da *Bewilligung*); no direito das centrais nucleares, o inciso 3 do n.º 1 do § 17 da AtG admite também a prática de decisões suplementares justificadas por alterações do estado da ciência e da técnica. De notar que KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., p. 266) refere que, apesar das diferentes terminologias utilizadas (“modos posteriores”, “limitações de conteúdo”, “reserva”, etc.), se trata da “limitação da autorização através da aposição posterior (superveniente) de cláusulas acessórias”.

²⁰⁹² Cfr. CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 212. Sobre o regime da pós-avaliação em sede de AIA cfr. o nosso *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, cit., p. 96 e seg.

de *enforcement* posteriores à autorização, pelo que o regime que vamos tratar faz todo o sentido neste ordenamento jurídico²⁰⁹³.

Para além das bases legais específicas possibilitadoras da prática de decisões posteriores modificativas do conteúdo do acto autorizativo ambiental outorgado, a doutrina reconhece ainda que quando tais normas de competência inexistam a emissão de tais decisões não deixa de ser possível, seja com base na autorização (cláusula) geral do direito de polícia ou de ordenação²⁰⁹⁴, seja fundando-se na imanência aos actos autorizativos de gestão do risco ambiental de uma condição resolutiva ou de uma *reserva de modo* que permita à Administração proceder à actualização do conteúdo daqueles actos²⁰⁹⁵.

A outorga de decisões posteriores será uma das formas mais brandas de reagir à degradação ambiental produzida por uma instalação, ao desenvolvimento da ciência e da técnica ou a disposições normativas mais exigentes — se a compararmos, designadamente, com a revogação do acto autorizativo, nos casos em que esta seja possível²⁰⁹⁶. Estes actos podem assim ser vistos como um primeiro degrau ou nível de entre as medidas por intermédio das quais a Administração pode reagir a situações relacionadas com a exploração de uma instalação susceptível de produzir impactes ambientais fixando-lhe novas exigências, isto é, pela aposição de novos modos ou de medidas suplementares que se vão traduzir na modificação do conteúdo originário da autorização. Os novos perigos que a exploração da instalação evidenciou ou os novos riscos que o desenvolvimento da ciência e da técnica permitiu descortinar justificaram a tomada dessas decisões supervenientes, com a modificação do conteúdo originário do acto autorizativo²⁰⁹⁷ — sempre sem perder de vista o *princípio da proporcionalidade*, como veremos de seguida. Nos termos do n.º 4a do § 17 da BImSchG, a prática de decisões posteriores pode ainda consubstanciar-se em decisões de cuidado posterior (*Nachsorge*) uma vez que ela pode ocorrer *após o encerramento* da instalação, durante o prazo de um ano²⁰⁹⁸ — e, ainda, para o saneamento das instalações

²⁰⁹³ Comparando as autorizações ambientais alemãs com as norte-americanas, cfr. MOLLY ELIZABETH HALL, "Pollution Havens? A Look at Environmental Permitting in the United States and Germany", *Wis. Environ. Law J.*, vol. 7, n.º 1, Winter 2000, pp. 1-40 (especialmente p. 39 e seg.) — artigo no qual destaca que as autorizações ambientais americanas cobrem os mesmos assuntos das alemãs, têm *standards* de protecção similares e dão maior importância às acções de *enforcement* posteriores à prática da autorização.

²⁰⁹⁴ Cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 68.

²⁰⁹⁵ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., p. 591 e seg.

²⁰⁹⁶ Neste sentido, em relação às instalações do direito nuclear (centrais nucleares), cfr. DIETER SELLNER, "Nachträgliche Auflagen...", cit., p. 343. Segundo o Autor, há uma *concepção graduada* das medidas ao dispor da Administração pelo § 17 da AtG (pp. 343-348): o "primeiro degrau", das medidas mais brandas, é constituído pelas *decisões posteriores* (n.º 1, inciso 3), as quais se consubstanciam em medidas suplementares à autorização, justificadas por o operador não ter cumprido uma obrigação prevista na autorização ou por uma alteração do estado da ciência e da técnica; o "segundo degrau" consubstancia-se na *revogação facultativa da autorização* (n.º 3, inciso 2), a qual pressupõe a derrogação de um pressuposto da autorização ou a verificação de factos novos, só sendo em qualquer dos casos possível quando não se puder recorrer a outro remédio — nomeadamente um modo posterior — em tempo adequado; o "terceiro degrau" é o da *revogação obrigatória da autorização* (n.º 5) que, segundo o Autor — a lei não faz tal distinção — deve verificar-se no domínio da defesa de perigos "clássica". Salienta-se, ainda, a existência de um tipo legal de exclusão da indemnização, previsto no n.º 2 do § 18, embora com diversos limites (cfr. *ob. cit.*, pp. 348-350).

²⁰⁹⁷ Sobre as razões que podem levar à outorga de decisões posteriores cfr., entre outros, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 783 e seg.

²⁰⁹⁸ Sobre estas decisões de *Nachsorge* ao abrigo da disposição citada cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE,

muito antigas, de acordo com o previsto no n.º 5 do § 17 da BImSchG²⁰⁹⁹. Para além da possibilidade de revogação, no caso de a decisão posterior não se afigurar proporcionada, a Administração tem também poderes para reagir ao incumprimento de uma decisão posterior, nomeadamente através da *proibição* total ou parcial do funcionamento da instalação (n.º 1 do § 20 da BImSchG).

A prática de decisões posteriores constitui normalmente o exercício de um *poder discricionário*: é isso que ocorre quando elas têm lugar no domínio da precaução, isto é, para fazer face a novos riscos que o estado da ciência e da técnica não permitira identificar no momento da prática do acto. Todavia, se ela se destinar à protecção perante um *perigo*, já estaremos perante uma decisão *vinculada*: se a protecção dos vizinhos ou do interesse público perante a poluição ou outros perigos não for suficiente com as medidas contidas na autorização originária a discricionariedade administrativa é limitada e apenas em “casos atípicos” a Administração poderá prescindir ou dispensar a aposição desse novo modo, ou seja, a prática da decisão posterior²¹⁰⁰. Em suma, as medidas supervenientes são discricionárias do âmbito dos riscos (precaução) e vinculadas no domínio dos perigos (protecção e prevenção).

Quando tais decisões são discricionárias o *princípio da proporcionalidade* assume um papel não negligenciável: ao passo que na aplicação da cláusula técnica do regime da picip (isto é, da exigência de utilização das MTDs) são sobretudo considerações económicas que, infelizmente, estão em causa, a possibilidade de recurso às medidas suplementares do direito alemão de protecção da atmosfera — tomado ainda e sempre como modelo — é aferida através do princípio da proporcionalidade, no qual não se deixa de entrar em conta com considerações económicas. Em face do n.º 2 do § 17 da BImSchG, “A autoridade competente não deve tomar uma decisão posterior quando ela for desproporcionada, sobretudo quando a despesa ligada ao cumprimento da decisão for desproporcionada face ao resultado que com ela se pretende” (itálico nosso), tomando especialmente em consideração o tipo, quantidade e perigosidade das emissões resultantes e das imissões causadas pela instalação, bem como a duração da utilização e as especificidades técnicas da instalação, abrindo ainda o preceito a porta à necessidade de *revogação* total ou parcial da autorização no caso de uma decisão posterior não ser tomada por causa da sua desproporcionalidade, tendo todavia de se verificar os pressupostos dos incisos 3 a 5 do n.º 1 do § 21 por forma a indemnizar o eventual dano de confiança produzido com a revogação, quando aquele seja digna de tutela (tudo de acordo com a remissão que o n.º 2 do § 17 efectua para o n.º 4 do § 21 da mesma Lei).

Umweltrecht, cit., p. 784.

²⁰⁹⁹ Sobre o relevo das disposições dos n.ºs 1 a 4 do § 17 da BImSchG no *saneamento de instalações antigas*, por força do n.º 5 do mesmo preceito, cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1288.

²¹⁰⁰ No direito alemão da protecção atmosférica esta diferença entre as decisões posteriores permitidas (decisões de precaução) e necessárias (de protecção) decorre directamente do § 17 da BImSchG. Como dispõe o n.º 1 do § 17 da BImSchG, “Para cumprimento das obrigações resultantes desta lei ou de regulamentos emitidos com base nesta lei, bem como após alterações comunicadas nos termos do n.º 1 do § 15, *podem* ser tomadas decisões após a concessão da autorização. Se se verificar, após a concessão da autorização ou após uma alteração comunicada de acordo com o n.º 1 do § 15, que o interesse público ou os vizinhos não estão suficientemente protegidos perante poluições ou outros perigos, desvantagens ou prejuízos significativos, a autoridade competente *deve* tomar decisões posteriores” (itálicos nossos). Sobre esta diferença cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 783; e RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 731 e seg.

Tendo ainda em conta juízos de proporcionalidade, a lei admite que a Administração possa prescindir das medidas suplementares no caso de o operador tomar *medidas de compensação*, apresentadas num plano por intermédio do qual se comprometa a executar medidas técnicas nas suas instalações ou nas de terceiros que conduzam a uma redução global das emissões superior às diminuições que resultariam da aplicação das decisões posteriores (cfr. n.º 3a do § 17 BImSchG). Ao atingir-se uma protecção ambiental mais eficiente a um custo mais baixo está inerente a esta situação a introdução de considerações económicas na protecção ambiental²¹⁰¹.

É de notar que nos casos em que a lei *impõe* a prática de decisões posteriores — isto é, quando elas são emitidas no domínio da *protecção de perigos* — a norma em questão é protectora de terceiros, podendo os terceiros afectados *exigir* a emissão das decisões, inclusive por intermédio da via jurisdicional, através da interposição de uma *Verpflichtungsklage*, cuja viabilidade não é naturalmente posta em causa pelo facto de a autorização já se ter tornado inopugnável²¹⁰².

As decisões ou ordens posteriores representam o exercício de competências administrativas *de controlo* quanto à manutenção das exigências e das obrigações do operador: se a realidade reagiu de maneira diversa da esperada ao funcionamento da instalação, se são reclamadas novas e mais exigentes imposições, se as prescrições legais são mais restritas ou se a filosofia de segurança das autoridades responsáveis é mais rigorosa, as obrigações do operador da instalação autorizada têm de ser actualizadas em conformidade, só assim se confirmando o seu carácter duradouro e dinâmico. São as normas de competência consagradas do exercício de faculdades de fiscalização e controlo que constituem a base para a emissão de tais decisões, nos casos que analisámos do direito ambiental alemão com expressa cobertura legal. A Administração exerce o controlo posteriormente à outorga da autorização através de decisões de ordenação (*Ordnungsverfügungen*) as quais gozam de força executiva, podendo como tal basear a execução sem necessidade de qualquer pronúncia judicial a “confirmar” a sua validade²¹⁰³.

A grande conclusão que pretendemos tirar da possibilidade da prática de decisões posteriores, supervenientes à outorga da autorização, com modificação do conteúdo originário desta — e circunscrevendo a nossa análise ao regime da BImSchG — é a de que estamos perante mais uma especificidade do acto autorizativo ambiental relevante no equilíbrio de forças entre estabilidade e flexibilidade, ainda aqui no sentido do maior peso destas últimas. É curiosa a este propósito a comparação entre o regime da GewO e o da BImSchG quanto

²¹⁰¹ Neste sentido, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 1289-1291; ID., “En torno a las nuevas formas de actuación...”, cit., p. 46 e seg.

²¹⁰² A *Verpflichtungsklage* é uma acção de condenação prevista no § 42 da VWGO que tem por base uma omissão da Administração e que, neste caso, à imagem da nossa *acção administrativa especial de condenação à prática de um acto administrativo ilegalmente omitido ou recusado* (artigos 66.º e segs. do CPTA), visa condenar a Administração à prática de uma decisão posterior — na circunstância, um modo modificativo do conteúdo originário da autorização. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE notam (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 258 e seg.) que a inopugnabilidade (a força de caso decidido) da autorização é limitada, em face do dinamismo das obrigações de funcionamento do § 5, justificando a modificação da situação de facto ou de direito que o vizinho possa pedir, numa *Verpflichtungsklage*, uma decisão posterior de acordo com o § 17, nos termos referidos no texto.

²¹⁰³ Neste sentido, cfr. PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 67.

às instalações susceptíveis de produzirem poluição atmosférica: de acordo com a jurisprudência do BVerG, a *protecção do adquirido é menos pronunciada* no novo direito, não só porque os operadores respectivos passaram a estar sujeitos às obrigações dinâmicas do § 5 BImSchG mas também na medida em que a Administração passou a poder emitir em relação a elas decisões posteriores reveladoras de uma redução parcial da protecção do adquirido e de um défice de protecção da posição jurídica do titular da autorização²¹⁰⁴.

A autorização do direito da protecção atmosférica alemã continua a transmitir um certo grau de *Bestandschutz* ao seu titular e ao projecto autorizado. Todavia, essa protecção depende das expressões específicas do direito positivo, sendo uma das notas desse direito a da admissibilidade de decisões posteriores — a qual naturalmente a diminui.

A dimensão, a intensidade e a teleologia das tarefas públicas de protecção do ambiente determinam que uma protecção efectiva do ambiente não se possa limitar ao momento de abertura da instalação, exigindo o seu controlo permanente, máxime através de decisões posteriores. Decisões que vão limitar substancialmente a força de caso decidido dos actos autorizativos em causa, a correspondente estabilidade jurídica da autorização e a garantia das posições jurídicas conexas (a *Bestandschutz* das autorizações), com reflexo directo na relação de tensão entre a protecção de situações jurídicas adquiridas e a protecção da confiança, de um lado, e a modificabilidade dos actos autorizativos em nome da tutela ambiental, por outro — que se torna ainda mais visível pelo facto de a prática de decisões suplementares ocorrer sem qualquer direito a indemnização do titular da autorização²¹⁰⁵.

A protecção da estabilidade das posições jurídicas relativas a instalações no direito do ambiente é, também por esta razão, limitada. No direito alemão da protecção atmosférica, a *protecção do adquirido passiva* não significa hoje que após a prática do acto autorizativo o operador possa confiar, no futuro, à manutenção sem modificação da sua posição jurídica, não gozando também de qualquer garantia que lhe permita opor-se à prática de tais decisões posteriores²¹⁰⁶.

Circunscrevemos praticamente o nosso estudo do regime das decisões posteriores na ordem jurídica alemã, em face do seu enorme fulgor no respectivo direito. Todavia, elas não são uma nota exclusiva deste ordenamento, bastando mencionar que, em França, o art. L. 512-3 do *Code de l'Environnement* atribui largos poderes prescritivos à Administração na outorga da decisão de autorização, que podem também ser usados, de acordo com o preceito, em "decisões tomadas posteriormente à autorização". Também aqui a Administração não fica desprovida da possibilidade de intervir na actividade ou instalação autorizada através de novas prescrições, mantendo o poder de, a todo o momento, se imiscuir na actividade ou instalação autorizada, determinando novas prescrições²¹⁰⁷.

²¹⁰⁴ Sobre esta jurisprudência e neste sentido, cfr. HANS-JÜRGEN MÜGGENBORG, "Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigungen...", cit., *passim*.

²¹⁰⁵ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 267. Em relação à redução da *Bestandschutz* que a prática destas decisões acarreta, cfr. MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., pp. 303-306.

²¹⁰⁶ Cfr. ALFRED SCHEIDLER, "Die Voraussetzungen...", cit., p. 942; e SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 787.

²¹⁰⁷ O art. L. 512-7 do *Code de l'Environnement* reforça as possibilidades administrativas quanto às instalações autorizadas, tanto no caso de acidente ou incidente como noutras situações, dispondo: "(...) o prefeito pode prescrever a realização das avaliações e a aplicação dos meios de tutela necessários seja em resultado de um aci-

A terminar, note-se a forma como os expedientes estudados neste ponto reforçam a ideia segundo a qual o *risco de desvalorização do investimento* em instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais corre hoje maioritariamente por conta dos investidores e dos operadores e não da Administração: a alteração da situação de facto ou as modificações normativas ocorridas dão-se na esfera de risco dos primeiros, sendo eles que têm de suportar a desvalorização ou prejuízo dos seus investimentos através de decisões de protecção ou de precaução posteriores²¹⁰⁸.

3.4. Especificidades procedimentais da autorização ambiental reinventada – em especial, a graduação dos procedimentos

3.4.1. Enquadramento

Mais do que uma especificidade da autorização ambiental reinventada, o acto autorizativo ambiental tem sido uma das principais formas de acção administrativa que tem permitido a transformação, actualização, renovação e — porque não dizê-lo também — a *reinvenção do procedimento administrativo*, seja no sentido da sua desmaterialização, do novo entendimento de uma série de trâmites e de problemas procedimentais e do estudo e renovação da graduação do procedimento, com o protagonismo hoje dado aos actos administrativos precários e provisórios e outras figuras que ganharam o seu “direito de cidade” ao lado do acto administrativo em sentido estrito — no caso, da autorização completa ou global.

Do enquadramento no qual nos temos movido na Parte II da dissertação resulta que o “novo” direito administrativo, em especial o ambiental, é cada vez mais um *direito procedimental* e informativo, cooperativo e participado servindo, mais do que soluções de fundo ou substanciais “perfeitas”, resultados procedimentalmente sustentados e adequados. O particular, como requerente, é hoje um colaborador directo da Administração e, no acto autorizativo ambiental, em grande medida o arquitecto da autorização, uma vez que a Administração prefere neste sector soluções negociadas — e, como tal, mais dúcteis, suaves, influenciadas, em processos interactivos entre as autoridades administrativas responsáveis, o autorizado e os cidadãos afectados²¹⁰⁹ — a actos autoritários e unilaterais.

O procedimento administrativo é o local próprio no qual os riscos e os interesses envolvidos nas decisões com impactes ambientais são contextualmente avaliados, mediatisados e ponderados, sendo um modelo válido de satisfação e regulação dos interesses e de protecção do ambiente na sociedade do risco²¹¹⁰. Por ser o local próprio de disponibilização

dente ou incidente ocorrido na instalação, seja pelas consequências decorrentes da inobservância das condições impostas pela aplicação do presente título, seja ainda em virtude de qualquer outro perigo ou inconveniente que viole ou ameace violar os interesses citados”.

²¹⁰⁸ Cfr. KARSTEN SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, cit., pp. 112-134; e SPARWASSER/ENGEL/ VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 787.

²¹⁰⁹ Realidade particularmente evidente no direito ambiental norte-americano: por todos, cfr. MOLLY ELIZATETH HALL, “Pollution Havens?”, cit., pp. 25-27.

²¹¹⁰ Cfr. ROSARIO FERRARA, “La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella ‘società del rischio’”, *D&S*, 2006/4, pp. 507-537. Em sentido próximo, mostrando como o procedimento administrativo “é

e troca de informação entre reguladores, regulados e público interessado, o procedimento melhora a comunicação e reforça a confiança entre todos eles, fazendo com que as autoridades administrativas tenham uma actuação que, pelo menos na aparência, é muito mais eficiente²¹¹¹.

O ponto prévio deste tema que não pode deixar de ser desde já sublinhado é o de que a tensão que se faz hoje sentir no acto autorizativo ambiental e que constitui o ponto cardeal da nossa tese — em termos sintéticos, entre estabilidade e flexibilidade do acto autorizativo — é reflectida com enorme força no domínio procedimental: as limitações procedimentais dos controlos de abertura, isto é, o potenciar de eficiência, agilização, flexibilização, desburocratização, simplificação e aceleração procedimentais²¹¹² têm de conduzir a um *enfraquecimento do efeito de estabilização* do acto outorgado após tais procedimentos, pois quanto mais suaves forem os controlos e mais curtos os procedimentos menor será a protecção da confiança e da constituição de situações jurídicas estáveis por parte do operador autorizado²¹¹³. Este conflito projecta-se no próprio requerente-investidor, que sente essa oposição entre agilização, simplificação e redução temporal do procedimento e a protecção do seu investimento, conflito bem sintetizado na discussão alemã sobre a *Beschleunigung*²¹¹⁴.

cada vez mais assumido como *due process* para a tutela dos interesses ambientais”, GOMES CANOTILHO, “Procedimento Administrativo...”, cit., *RLJ*, ano 123.º (1990-1991), n.º 3.794, p. 134. Fora do domínio específico do direito do ambiente, sobre a “continuada revalorização do procedimento administrativo” na Administração do Estado pós-social, potenciada pelos fenómenos da Administração de infra-estruturas, destacando em especial os direitos e exigências de participação dos cidadãos e a sua função de contrapeso e de reacção perante as margens de liberdade mais amplas de que a Administração dispõe, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto...*, cit., p. 143 e seg. Sem se esquecer de pôr em realce, noutros passos da mesma obra, tanto a projecção dos mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados na formação das decisões administrativas na *legitimação da actividade administrativa por via do procedimento* (cfr. p. 108), como o reconhecimento, por parte da jurisprudência constitucional alemã, de que a participação em procedimentos ambientais (concretamente no procedimento de direito atómico) é assegurada pelos direitos fundamentais, abrindo desta forma as portas da impugnação judicial das autorizações em cujo procedimento um particular lesado não tenha participado, alegando a violação de direitos fundamentais (p. 280). A incidência dos direitos fundamentais sobre o procedimento é desenvolvidamente estudada pelo Autor (cfr. p. 438 e segs.) a três níveis diferentes mas complementares: da atribuição de direitos fundamentais de tipo procedimental (direitos de informação, participação, notificação e fundamentação dos actos administrativos ou de acesso aos tribunais), de direitos fundamentais que dependem directamente do procedimento (p. ex. o direito de acesso à justiça administrativa) e, por último, da necessidade de as medidas administrativas que afectem direitos fundamentais serem tomadas na sequência de um procedimento administrativo (mencionando aqui expressamente o caso dos actos lesivos do ambiente).

²¹¹¹ Neste sentido, em relação à realidade norte-americana, cfr. MOLLY ELIZATETH HALL, “Pollution Havens?”, cit., p. 39 e seg.

²¹¹² Na esteira de MARTA PORTOCARRERO poderíamos referir apenas a *simplificação administrativa*, na medida em que se trata de um “conceito multiusos” com o qual se visa aliviar o Estado do peso das regras, competências e funções supérfluas, com a diminuição das estruturas organizativas, a coordenação, agilização e racionalização da actividade administrativa e a coordenação e cooperação entre actividades administrativas (cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação Administrativa — A conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no direito administrativo*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, pp. 20-24) — sendo um fenómeno que decorre de políticas ou institutos jurídicos mais gerais, em particular do *princípio da eficiência*, do *silêncio da Administração* e da *política de desregulação* (ob. cit., pp. 25-36), apresentando a *integração procedimental* como mecanismo privilegiado de simplificação dos procedimentos complexos, com referência particular aos modelos italianos e alemães de coordenação e concentração de competências, respectivamente (pp. 43-56).

²¹¹³ Cfr. WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, pp. 258-261. Dos mesmos Autores e no mesmo sentido, cfr. “Die Rechtswirkungen der Genehmigung...”, cit., *passim*.

²¹¹⁴ Ocupar-nos-emos do tema já de seguida. O termo alemão é de tradução bastante difícil, estando em causa

Mas não se pode ignorar que a opção pela celeridade e simplificação dos procedimentos e processos é hoje uma tendência estrutural da Administração Pública²¹¹⁵, no sentido também do desenho de procedimentos de autorização flexíveis e melhor geridos, por contraposição aos clássicos procedimentos lentos e dispendiosos para requerentes e Administração. Uma vez que esse objectivo, no campo ambiental, pode colocar em perigo os níveis desejados de tutela, a questão assume um particular melindre, bem evidente num dos principais objectivos almejados com o malogrado Código do Ambiente alemão de 2009, o de plasmar regras autorizativas harmonizadas e *procedimentalmente simplificadas* para projectos industriais e de infra-estruturas sem diminuição do nível de protecção, por intermédio da autorização integrada de projectos²¹¹⁶.

A discussão em apreço deve ser integrada em alguns nódulos problemáticos que têm merecido a nossa atenção nesta Parte II, sendo de destacar três.

O primeiro reporta-se à perda de determinabilidade da lei e à aposta na sua determinação *a posteriori* pela Administração, aposta que vem reforçar o papel e o protagonismo do procedimento, sede própria para a concretização das aberturas normativas e para as ponderações e harmonizações a fazer. Em função das aberturas discricionárias das normas, que se limitam a indicar objectivos provisórios, a fornecer padrões valorativos e decisórios, critérios de controlo, princípios, modelos e exemplos de actuação — no fundo, uma *programação material relativamente aberta*, compensada por um comando reflexivo dos procedimentos — estabelecem-se muitas vezes procedimentos “moles” que se limitam a garantir o esclarecimento, a publicização e a avaliação das consequências da decisão²¹¹⁷.

O segundo tem a ver com a instabilidade da relação jurídica subjacente à autorização ambiental — a qual, como vimos, se configura em grande parte dos casos, como uma relação jurídica multipolar ou poligonal, tanto em termos subjectivos como objectivos ou substanciais — instabilidade e complexidade que se projecta, em larga medida, no procedimento respectivo, desde logo ao nível da legitimidade alargada para a participação procedimental e para a intervenção de diversas autoridades administrativas na sua prossecução. Os procedimentos administrativos, em especial os ambientais, não podem hoje servir, no contexto destas estruturas de interesses multipolares, a imposição de interesses unilaterais mas sim a *optimização de interesses*, o que obriga à criação de formas de participação e de intervenção que permitam a exposição e o esclarecimento dos interesses normativamente

a simplificação, aceleração e desburocratização dos procedimentos autorizativos, com vista à sua maior eficiência.

²¹¹⁵ Expressamente neste sentido, salientado a possibilidade de esta tendência pôr em causa a protecção do ambiente, cfr. RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ, “La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania”, *RAP*, n.º 147 (Septiembre-Diciembre 98), pp. 423-458 (p. 452 e segs.).

²¹¹⁶ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs”, *UPR*, 5/2007, pp. 161-170 (p. 165). Criticamente sobre a aptidão da autorização integrada de projectos para alcançar o desiderato da aceleração procedimental e de um procedimento autorizativo melhorado que fortalecesse a Alemanha enquanto localização empresarial de eleição cfr. BERNHARD WEBER/DANIEL RIEDEL, “Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch?”, *NVwZ*, 28. Jahrgang (2009), Heft 16, pp. 998-1004 (p. 1003 e seg.). Segundo o Autor (*ob. cit.*, p. 1004) a projectada autorização não apresentava qualquer valor acrescentado face à vigente autorização do direito de protecção do ar, com a qual já se consegue uma adequada ponderação entre a protecção do direito de propriedade e da livre iniciativa económica privada e a sua limitação perante os interesses da política e da tutela ambiental.

²¹¹⁷ Cfr. HERMANN HILL, “Rechtsstaatliche Bestimmtheit...”, *cit.*, p. 891 e 894 e seg.

relevantes como fundamento da decisão administrativa que reflecta a ponderação entre tais interesses²¹¹⁸.

Em terceiro lugar, não se pode olvidar a ligação da questão procedimental ao debate da *desregulação*, com múltiplas vicissitudes a este nível, uma vez que ele sempre contou entre os seus principais objectos a morosidade, burocracia e elevados custos dos procedimentos de planeamento e de autorização, pleiteando pelas suas simplificação e agilização e concretizando-se, na Alemanha, em diversas reformas legislativas do direito do planeamento, da protecção atmosférica, dos resíduos, do urbanismo e das estradas, leis que ficaram conhecidas como as *Beschleunigungsgesetze*²¹¹⁹.

Em boa parte como consequência destas alterações legislativas e dos trabalhos da *Schlichter-Kommission* a flexibilização dos procedimentos foi ao ponto de se dar ao requerente, nalguns casos, a possibilidade de optar entre um procedimento de autorização ou um de declaração, opção que reflecte bem, em algumas das suas dimensões, o conflito entre os valores e interesses em jogo. Está em causa o já referido aditamento do n.º 1a) ao § 23 da BImSchG, de acordo com o qual o promotor tem um direito de escolha entre um procedimento autorizativo ou um procedimento (meramente) declarativo, determinando que para certos projectos, até então necessitados de autorização, esse acto autorizativo tenha passado a ser facultativo, com os objectivos centrais de aceleração e simplificação procedimental, por sua vez orientados para melhorar as perspectivas de investimento de empresas e empresários. Sendo aqui evidente que a escolha por um ou por outro traduz o conflito de objectivos entre a redução temporal do procedimento, por um lado, e a protecção do investimento, por outro²¹²⁰.

Mas mais: de acordo com a doutrina²¹²¹ passou a ser disponibilizado ao proponente um "menu de procedimentos", permitindo a escolha entre aquilo que melhor corresponda aos seus interesses específicos, com uma enorme flexibilização procedimental concretizada num "meio especial de aceleração segundo escolha" em que os investidores são vistos como clientes aos quais é prestado um serviço público.

Como último ponto de enquadramento da matéria é de assinalar a existência de dois modelos relativos ao papel e à concepção do procedimento do acto autorizativo ambiental, um mais aberto em que muitas das questões são remetidas para a fase de execução dos projectos e de exploração das actividades e outro onde o acento tónico das medidas de protecção ambiental é colocado no procedimento autorizativo. Grosso modo, tomaremos como exemplo do primeiro o direito norte-americano e do segundo o alemão: ao passo que nos EUA os procedimentos são mais abertos, com grande relevo das acções de *enforcement*, na Alemanha considera-se o procedimento de aprovação como o ponto central da protecção ambiental.

²¹¹⁸ Cfr. JENS-PETER SCHNEIDER, "Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren", cit., p. 81 e seg.

²¹¹⁹ Estavam em causa as leis que já referimos a este propósito: cfr. *supra*, nota 1145. Sobre elas cfr. a doutrina também aí citada.

²¹²⁰ Sobre esta possibilidade, cfr. MATHIAS HAFNER, "Das optionale Anzeigeverfahren...", cit., pp. 127-129 e 143-145. Apesar das dúvidas formuladas pelo Autor e das vantagens e desvantagens de um e de outro Hafner acaba por concluir que o meio de aceleração especial "escolha opcional de um procedimento de *Anzeige*" se mostra superior à execução "forçada" de um processo de autorização.

²¹²¹ Seguimos novamente MATHIAS HAFNER, *ob. ult. cit.*, p. 127 e seg.

De acordo com um estudo comparativo sobre os procedimentos de autorização ambiental nos EUA e na Alemanha²¹²², no primeiro caso, apesar do largo acesso público à informação e da abordagem “amiga do utilizador” das agências norte-americanas (os procedimentos respectivos são muito mais “amigáveis”), com grande abertura e o recurso a gestores do projecto a aumentarem a eficiência da actuação administrativa, a grande ênfase é colocada nas acções posteriores de controlo da conformidade (no “enforcement”) e na fiscalização judicial das decisões administrativas o que acaba por traduzir, nesta sede, uma maior litigiosidade.

Já na Alemanha o procedimento autorizativo é o ponto central da protecção ambiental, depositando-se grande confiança nos trâmites respectivos e na sua concretização num acto administrativo de autoridade. São procedimentos mais formais e legalistas, com regulação pormenorizada, maior confiança na codificação e menor margens de actuação discricionária o que não invalida, apesar dos inúmeros organismos administrativos intervenientes no procedimento, a grande eficiência na emissão da autorização do direito da protecção atmosférica (tomada como modelo).

Em todo o caso, quanto à realidade norte-americana, é de notar que os requisitos relativos tanto à participação pública como à possibilidade de impugnação judicial são bastante pormenorizados, implicando grandes custos em termos de morosidade do procedimento²¹²³. Daí que uma das tendências da reinvenção da regulação ambiental levada a cabo na década de noventa tenha sido a do aperfeiçoamento dos procedimentos autorizativos, comprimindo o seu ciclo e diminuindo a sua morosidade²¹²⁴.

Em termos procedimentais são sobretudo de sublinhar as soluções originais, aqui ensaiadas, quanto à participação pública, nomeadamente através dos “Citizens Advisory Boards” utilizados em decisões ambientais, cujos membros são seleccionados, pela agência responsável, de entre os cidadãos interessados ou afectados, com uma grande originalidade do procedimento levado a cabo no interior destes “boards”, no qual se pretende dar aos participantes oportunidade de compreenderem com alguma profundidade os assuntos técnicos, criando-se um fórum no qual especialistas e cidadãos trabalham em conjunto, não havendo mera informação mas ensino e discussão das alternativas, procurando-se atingir uma decisão consensual²¹²⁵.

O facto de na Alemanha o *procedimento de autorização* dos projectos susceptíveis de produzir impactes ambientais ser considerado o ponto central da protecção jurídico-ambiental dos vizinhos, dos cidadãos em geral e da comunidade em relação a tais projectos, explica que, na segunda parte do tratamento deste ponto — na qual procuraremos abordar

²¹²² Cfr. MOLLY ELIZATETH HALL, “Pollution Havens?”, cit., *passim*.

²¹²³ O que leva alguns autores a contrariarem a ideia, exposta no texto, de que os procedimentos administrativos autorizativos são mais rápidos e menos estritos nos EUA do que em países europeus, designadamente na Alemanha: cfr. JOHN P. DWYER/RICHARD W. BROOKS/ALAN C. MARCO, “The Air Pollution Permit Process...”, cit., p. 173 e 183 e segs.

²¹²⁴ Sobre a complexidade das autorizações e do procedimento respectivo do Título V do CAA, cfr. DAVID NOVELLO, “Overview of the Title V...”, cit., especialmente 453-458; e, na mesma obra, SHANNON S. BROOME/CHARLES H. KNAUSS, “Preparing the Title V Permit Application”, cit., pp. 475-486, *passim*.

²¹²⁵ Sobre esta solução e os seus termos e conteúdo cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, 5.2., i) — apoiando-nos no escrito de JOHN S. APPLGATE, “Beyond the Usual Suspects...”, cit.

aspectos específicos do regime jurídico-procedimental dos actos autorizativos ambientais — nos centremos, antes de mais, no regime do direito ambiental alemão e, dentro deste, no do direito de protecção da atmosfera, que continua a ser o domínio de referência do direito do ambiente.

3.4.2. Especificidades jurídico-procedimentais das autorizações ambientais

Passando ao tratamento de algumas das questões que se suscitam a propósito dos procedimentos dirigidos à prática de actos autorizativos ambientais, três pontos prévios devem ser assinalados.

O primeiro tem um intuito delimitador. O desenvolvimento da componente procedimental do acto autorizativo ambiental conduziu a que haja hoje uma multiplicidade de procedimentos em torno deste acto: procedimentos de monitorização, de inspecção, de vistoria, de avaliação técnica, consultivos, etc., que se podem articular como procedimentos paralelos, complementares, pressupostos ou sub-procedimentos. Sem ignorarmos esta realidade, a nossa atenção vai estar centrada no *procedimento autorizativo* propriamente dito, isto é, no procedimento dirigido à outorga de uma autorização ambiental.

O segundo reporta-se à *complexidade dos procedimentos autorizativos ambientais*, a qual entra em colisão com os objectivos fundamentais de celeridade, agilização, eficiência e desburocratização. Em especial nas decisões relativas a projectos de maior dimensão, a participação alargada que se pretende consagrar nestes procedimentos, a multiplicidade de direitos (posições jurídicas substantivamente tuteladas) e dos interesses públicos e privados em jogo, a diversidade de entidades chamadas a intervir, a necessidade de fazer ponderações cada vez mais alargadas, o dever de valorizar os perigos e riscos complexos envolvidos, o dever de exigir a aplicação das melhores técnicas disponíveis (com a respectiva incorporação da ciência e da técnica nos procedimentos em causa), a consideração dos elementos de prognose relativos a tais decisões — tudo aspectos caracterizadores das relações jurídicas multipolares ou poligonais que se entretecem a propósito dos actos autorizativos ambientais — são elementos que traduzem as tremendas dificuldades suscitadas pela prática destes actos, que devem encontrar uma resposta satisfatória ao nível da tramitação procedimental²¹²⁶.

O terceiro concretiza-se na regulamentação dos procedimentos que vamos ter em conta em *leis ambientais especiais*: o afastamento ou o complemento das normas procedimentais gerais exige a previsão dos procedimentos respectivos nas leis ambientais, uma vez

²¹²⁶ A emissão das autorizações reguladas no Título V do CAA é um bom exemplo da complexidade das autorizações ambientais, na medida em que exige a especificação no seu conteúdo dos *limites de emissões* aplicáveis, um *programa de cumprimento*, os *requisitos de monitorização e comunicação* e ainda disposições a garantirem o *direito de entrada e inspecção* aos organismos competentes, sendo estes diversos requisitos de controlo da poluição atmosférica *integrados na mesma autorização*. Daí a *grande complexidade* das autorizações relativas a instalações que produzam poluição atmosférica, com a necessidade de conterem muita informação e de obedecerem a exigências muito diversificadas, para além de serem muito “pesadas” para os operadores económicos autorizados, em face das *inúmeras obrigações acessórias* que sobre eles impendem (monitorizações, auditorias, permissão de entrada e inspecções, etc.). Sobre a complexidade das autorizações e do procedimento respectivo, cfr. DAVID NOVELLO, “Overview of the Title V...”, cit., especialmente 453-458 e SHANNON S. BROOME/CHARLES H. KNAUSS, “Preparing the Title V Permit Application”, cit., *passim*.

que as decisões e trâmites administrativos reclamam sempre uma base legal, em nome do princípio da reserva da lei, vigente em todo o direito do ambiente.

Um dos aspectos em que mais se tem insistido ao nível dos procedimentos dirigidos à prática de actos autorizativos ambientais tem a ver com a sua aceleração, agilização, simplificação e melhoria da sua eficiência. A este nível, é incontornável voltarmos à discussão sobre a *Beschleunigung* travada na Alemanha na década de noventa do século transacto: o acento tónico desta problemática foi colocado nos objectivos citados e na sua articulação com objectivos económicos, pois a reforma em causa pretendeu responder à perda da posição económica estratégica da Alemanha, procurando adaptar a velocidade da Administração — essencialmente, a velocidade dos procedimentos autorizativos — à velocidade e ao ritmo da sociedade e da economia, aumentando a liberdade de movimentos da Administração²¹²⁷ e simplificando a técnica autorizatória, no sentido da emissão de autorizações “aceleradas” de acordo com a procura, no seio de procedimentos de autorização flexíveis²¹²⁸.

Naturalmente que estas tentativas foram sentidas um pouco por todo o lado, embora a Alemanha mereça referência particular, em face da intensidade do tratamento dogmático da questão e das tentativas legislativas de alcançar tal desiderato — tentativas que se prolongaram no tempo, sendo de destacar nomeadamente as pequenas alterações feitas à BImSchG e a outras leis na Primavera de 2007, ainda no sentido da redução do número de procedimentos autorizativos e da sua simplificação, em especial tornando facultativa a fase de discussão no âmbito da participação pública²¹²⁹.

Cumpre assinalar agora — continuando a ter por referente primário o direito ambiental alemão — que as diversas formas de actos autorizativos ambientais se distinguem, quase exclusivamente, pelas diferenças procedimentais. Cingindo-nos aos procedimentos autorizativos, ou seja, pondo de lado os procedimentos traduzidos ou baseados em meros anúncios, declarações, registos ou outras formas simplificadas de início de actividade, deveremos notar que, no direito alemão, se distinguem quanto ao acto autorizativo ambiental três tipos ou variantes de procedimentos decisórios²¹³⁰: o *procedimento de autorização simples* que, sendo o procedimento-regra na lei geral do procedimento administrativo, constitui a excepção no direito do ambiente (sendo em todo o caso aplicado neste âmbito sempre que não existam regras especiais em sentido contrário); o *procedimento de autorização formal* que é a regra no direito do ambiente; e o *procedimento de aprovação do plano* previsto como procedimento autorizativo especial sempre que os projectos requeiram espaço ou tenham uma influência espacial significativa. A segunda e terceira modalidades estão pensadas para os casos em que há uma intervenção profunda ou significativa na vida dos interessados, sendo “procedimentos administrativos especiais” no sentido dos §§ 63 e segs. da VwVfG.

²¹²⁷ Cfr. CABALLERO SÁNCHEZ, “La Beschleunigung...”, cit., pp. 424-431.

²¹²⁸ Cfr. JENS-PETER SCHNEIDER, “Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren”, cit., *passim*, especialmente pp. 82-84.

²¹²⁹ Está sobretudo em causa a *Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren von Infrastrukturvorhaben*, de 9.12.2006. Sobre ela e sobre a matéria referida no texto cfr. GEORG MANTEN, “Volle Kraft voraus — Gesetz zur Reduzierung und Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren”, *DVBL*, 124. Jahrgang (2009), Heft 4, pp. 213-220.

²¹³⁰ Por todos, cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 248-262 e pp. 1275-1279; e SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 728 e segs.

O *procedimento de autorização formal* constitui, desta forma, a regra nas leis ambientais que regulam em termos especiais o procedimento de outorga dos actos autorizativos, quer por uma regulação autónoma desses termos, quer por remissão directa para os §§ 62 e segs. da VwVfG. Para além de poder conter ou não uma AIA — sub-procedimento específico sobre o qual nos debruçaremos oportunamente — a sua caracterização passa por uma grande proximidade com o procedimento de aprovação do plano, devendo uma vez mais o exemplo da BImSchG ser dado como modelo, sendo o procedimento de emissão da autorização do direito nuclear muito próximo.

Na BImSchG este procedimento está disciplinado no § 10 (e no 9. BImV), sendo evidente o seu grande paralelismo com o procedimento da *Planfeststellung*²¹³¹: os seus trâmites mais relevantes são a apresentação do *requerimento* (com todos os documentos que permitam a comprovação dos pressupostos previstos no § 6, devendo a Administração dar ao requerente um prazo adequado para completar os elementos necessários para o controlo), a *consulta e participação públicas*, com necessidade de ser dado conhecimento público do projecto e possibilidade de oposições por parte dos interessados, a serem analisadas na audiência pública (sendo relevantíssima a exclusão de todas as reclamações que não se baseiem num título especial de direito privado após o decurso do prazo de impugnação, verificando-se uma *preclusão formal e material* sobre a qual nos debruçaremos mais adiante), bem como a recolha dos *pareceres* das autoridades com competências para o efeito (sendo possível recorrer, a expensas do requerente, a pareceres de peritos que demonstrem a aptidão autorizativa da instalação). No âmbito deste procedimento formal a decisão autorizativa deve ser tomada no prazo de sete meses, com a possibilidade de uma dilação de dois meses, desde que fundamentada. A decisão, devidamente fundamentada, deve depois ser comunicada ao requerente e aos interessados que tenham apresentado reclamações.

O *procedimento de autorização simples* ou *simplificado* é o procedimento comum na VwVfG, estando previsto no direito do ambiente no § 19 da BImSchG para instalações com menor perigosidade ambiental, desenhado a partir do procedimento formal, mas com supressão de diversos trâmites. Determinando-se que as autorizações de projectos previstos no 4. BImV (isto é, de instalações contida no *Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes*) sejam emitidas no seio deste procedimento, desde que tal simplificação, em face do tipo, extensão e duração das poluições e de outros perigos, desvantagens significativas e prejuízos significativos provocados por essa instalação, seja conciliável com a protecção do interesse público e dos vizinhos — prescrevendo-se no n.º 2 deste § 19 exactamente os trâmites que são suprimidos, os mais relevantes dos quais se referem à participação pública, ao efeito de preclusão e ao efeito de conformação jurídico-privado da autorização. A autorização emitida no seio de um procedimento simplificado deve ser emitida no prazo bastante inferior de três meses (cfr. n.º 6a do § 10).

²¹³¹ Embora a decisão emitida no seio deste procedimento de aprovação do plano, também devido ao seu formalismo superior, tenha *efeitos conformador e de concentração* ainda mais amplos do que os do procedimento de autorização formal. Sobre a *Planfeststellung* cfr. RAINER WAHL, "Planfeststellung", cit., p. 1625 e seg., que nos informa como ela nasceu historicamente a partir da "autorização de empresas" do direito prussiano para linhas de caminho de ferro exploradas por privados, dizendo hoje respeito a projectos públicos (estradas federais, instalações de caminho de ferro, aeroportos, eléctricos e tróleys, canais federais, águas superficiais, instalações de eliminação de resíduos, telefones e linhas de telégrafo dos correios).

De notar que, nas autorizações emitidas em qualquer destes três tipos de procedimentos estamos a falar de autorizações completas — e não de figuras autorizativas parcelares ou parciais, susceptíveis de serem produzidas em procedimentos graduados — com efeitos autorizativo, constitutivo e de concentração, nos termos já analisados²¹³².

Fora do contexto específico do direito germânico, é ainda de notar que a figura das *autorizações gerais* — com relevo tanto no direito norte-americano como do da União Europeia e de alguns Estados europeus, máxime a Itália — assume relevo procedimental indiscutível, na medida em que permite a emissão de autorizações por categorias de instalações, facultando a instalações específicas tanto fazer valer-se dessa autorização como requerer uma autorização específica, eliminando-se em grande parte, no primeiro caso, a intermediação directa da autoridade administrativa e a correspondente realização de um procedimento específico para o efeito²¹³³.

Em termos de procedimentos autorizativos deve ainda mencionar-se — em função da necessidade de actualização constante do “direito da instalação”, que a autorização constitui, à evolução da situação de facto, ao progresso científico e tecnológico e à renovação das exigências normativas — a necessidade de muitas das alterações à instalação serem autorizadas. Existe aqui um sistema graduado, em função do alcance da *alteração da instalação*, que leva a que esta tanto possa ser livre de qualquer comportamento do operador, como necessitada de declaração à Administração como ainda, nos casos mais importantes, necessitada de autorização — sistema este, uma vez mais, exemplarmente regulado na BImSchG, a qual contém dispositivos relevantes para que a Administração possa controlar tais alterações sem ter de levar a cabo uma sua verificação completa. De acordo com o n.º 1 do seu § 15, no caso de não ser requerida autorização para uma modificação relevante (designadamente do seu equipamento ou do seu funcionamento) de uma instalação necessitada de autorização a alteração tem de ser comunicada por escrito à autoridade competente no mínimo um mês antes de começar a operar, desde que ela possa ter efeitos sobre os bens protegidos pela lei (a protecção das pessoas, animais, plantas, solo, água, ar, património cultural e outros bens susceptíveis de ser afectados pela poluição ou por perigos e riscos de ocorrência de poluição). A essa comunicação ou declaração devem ser anexados todos os documentos necessários para a Administração determinar se a alteração necessita ou não de autorização, podendo a autoridade competente exigir elementos suplementares que lhe permitam determinar se se trata de uma *alteração substancial* da instalação que exija uma autorização, nos termos do § seguinte. De acordo com o n.º 2 do citado § 15 a autoridade

²¹³² Cfr. *supra*, 1.

²¹³³ Neste sentido, cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., pp. 274-276. A figura das autorizações gerais está consagrada no CWA norte-americano, podendo a autorização NPDES concretizar-se numa autorização individual ou numa *autorização geral*, a qual se pode aplicar a um largo número de “fontes” de poluição, as quais necessitam então apenas de submeter uma “carta de intenção” à autoridade autorizadora, ficando autorizadas a proceder às descargas, sem submissão à participação pública nem a controlo administrativo adicional, tratando-se de uma abordagem *quase regulatória* das autorizações gerais. Daí as críticas de boa parte da doutrina, segundo a qual esta figura é incoerente, violando muitas exigências substantivas do CWA (seria necessário garantir maior participação pública e controlo administrativo que assegurasse o cumprimento dos standards de emissões), pelo que as suas vantagens, em termos de eficiência (tanto para a Administração como para o sujeito autorizado) não podem ser uma razão justificativa do afastamento das exigências substantivas da lei: cfr. JEFFREY M. GABA, “Generally Illegal: NPDES General Permits under the Clean Water Act”, *HELR*, vol. 31, 2007, n.º 2, pp. 409-473, *passim*.

competente tem de determinar, no prazo de 1 mês, se a modificação da instalação necessita ou não de autorização, podendo o requerente/operador efectuar a modificação se a autoridade lhe comunicar que não há necessidade de autorização ou se nada lhe for dito naquele prazo.

No § 16 regulam-se os termos das *alterações substanciais* das instalações necessitadas de autorização, alterações que carecem de autorização se puderem provocar efeitos adversos ou desvantajosos que possam ser relevantes para o controlo dos pressupostos da autorização (n.º 1). A dimensão procedimental da autorização de alteração é clara, nomeadamente em face do disposto no n.º 2 do mesmo §: se o operador requerer e não forem de temer efeitos desvantajosos significativos nos bens protegidos pela lei em face da pequena dimensão das alterações há uma série de trâmites do procedimento autorizativo que devem ser afastados (comunicação pública do projecto, explicação do requerimento e dos documentos apresentados). É ainda de notar que, se a instalação tiver sido autorizada num procedimento simplificado também a alteração substancial será autorizada num tal tipo de procedimento — o que tem grande significado em termos de prazo, uma vez que a alteração substancial será autorizada no prazo de 6 meses, na situação geral, e de 2 meses, no caso do procedimento simplificado (n.º 3).

Duas últimas especificidades devem ser notadas: por um lado, o facto de também a pretensão de o operador *suspender o funcionamento* de uma instalação necessitada de autorização ter de ser comunicada à autoridade competente, com indicação das medidas previstas para cumprimento das obrigações resultantes do n.º 3 do § 5 — o que se justifica uma vez que, como vimos, as obrigações do operador se estendem aos momentos de paralisação e de cessação da exploração da instalação autorizada. Por outro, a regra, prevista no n.º 4 do § 16, segundo a qual o titular do projecto pode requerer uma autorização para alterações que estejam apenas necessitadas de comunicação. Esta regra tem para nós bastante interesse, pois revela que, por vezes, os operadores podem estar interessados na emissão de uma autorização — apesar da perda de tempo, de dinheiro e de recursos humanos e técnicos — em face da maior protecção que a sua instalação merecerá, por estar suportada num acto de autoridade, com a consequente defesa acrescida da confiança e do “adquirido” pelo explorador da instalação.

Como veremos no momento oportuno²¹³⁴, vigoram hoje em Portugal regras semelhantes quanto às alterações de instalações sujeitas ao regime da licença ambiental (PCIP).

O aspecto que mais nos interessa pôr em destaque quanto aos procedimentos dirigidos à prática de actos autorizativos ambientais tem a ver com a *gradação do procedimento*: pelo menos na Alemanha os *procedimentos administrativos graduados* são a regra em relação às grandes instalações técnicas industriais, em face da sua complexidade e das dificuldades que o procedimento autorizativo apresenta, sendo necessária não apenas uma autorização “completa” mas outros actos autorizativos ambientais parciais e/ou parcelares²¹³⁵. O procedimento autorizativo apresenta-se, desta forma, em fases sucessivas e, no

²¹³⁴ Cfr. *infra*, 3.9.

²¹³⁵ Para enquadramento desta exigência cfr., por todos, STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., pp. 13-16. Vamos usar o direito alemão como modelo, o que não significa que não se verifique idêntica realidade noutras ordens jurídicas: a título exemplificativo, veja-se o que sucede na Itália, onde se faz a

lugar de um acto permissivo único surgem diversas decisões interlocutórias, em face da conveniência de decidir antecipadamente mas de forma vinculativa para todos os interessados sobre questões parciais ou parcelares através de actos administrativos dotados de força de caso decidido, o que tem efeitos relevantes (em especial, os preclusivos) para a firmeza e estabilidade que o procedimento autorizativo vai ganhando ao longo da sua formação.

Em todo o caso, não vigora neste domínio um poder discricionário da Administração: o princípio da reserva de lei vigente em todo o direito de ordenação ambiental impõe que a graduação do procedimento ou, mais exactamente, os diversos actos interlocutórios requeiram uma base legal específica, independentemente de esse acto interlocutório se revelar benéfico ou prejudicial aos interesses do requerente.

Segundo Stephan Becker²¹³⁶ a graduação dos procedimentos autorizativos apresenta vantagens tanto para a Administração (maiores transparência e racionalidade do procedimento, bem como possibilidade de adaptação ou modelação gradual do mesmo ao progresso da ciência e da técnica), para o requerente (redução de riscos dos seus investimentos, tanto no caso de a decisão ser positiva como negativa) e para os terceiros eventualmente afectados (maior transparência e antecipação dos meios de protecção jurídica)²¹³⁷.

Para nós, o aspecto mais relevante da sucessiva maior consistência que estas decisões vinculativas interlocutórias vão dando à pretensão do requerente de abertura e exploração de uma instalação com relevância ambiental tem a ver com a “preclusão de caducidade” ou com a preclusão das possibilidades de impugnar tais decisões intermediárias, quando adquirem força de caso decidido formal e material (“Bestandskraft präklusion”, na terminologia germânica). Essa consistência progressiva constitui um poderoso elemento de estabilização da decisão administrativa, ainda que formada em degraus ou etapas sucessivas, como resposta à cada vez maior flexibilidade e fluidez dos actos autorizativos ambientais, tendo um peso nada negligenciável na balança da ponderação fundamental entre estes dois valores que se faz com cada vez maior acuidade no direito ambiental do século XXI. Ainda que não sejam autorizações “completas” ou “globais”, as figuras que vamos abordar já de seguida vão desenvolvendo um efeito de vinculação tanto no plano das relações entre as diversas autoridades administrativas intervenientes como no das ligações entre a Administração e o requerente, de um lado, e os eventuais interessados ou prejudicados por tal decisão, do outro — também por força do *juízo conjunto* ou *global positivo provisório* inerente a tais decisões e que vai ganhando sucessivamente maior firmeza ou solidez²¹³⁸.

articulação entre a graduação procedimental e a complexidade técnica das autorizações ambientais: há situações em que a Administração Pública emite uma *autorização provisória* que só será substituída por uma definitiva quando a instalação em questão demonstre o respeito pelos *standards*, para além da observância de outras prescrições. Sobre a possibilidade de as regiões emitirem *autorizações provisórias* no regime ordinário do procedimento autorizativo das descargas no ambiente hídrico, previsto no decreto n.º 152/1999, e a sua posterior substituição por uma *autorização definitiva*, quando se demonstre o alcance dos *standards*, cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale*, p. 353.

²¹³⁶ Cfr. *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., pp. 17-19.

²¹³⁷ Já KLOEPFER salienta, em particular (cfr. *Umweltrecht*, cit p. 1282), os interesses na *economia procedimental* e o interesse do requerente na *redução dos riscos do investimento*. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE também sublinham, a propósito das pré-decisões (*Umweltrecht*, cit., 739), a protecção da disponibilidade (da sua confiança e dos seus investimentos) do requerente, através da resposta antecipada a questões prejudiciais.

²¹³⁸ Embora, como mostram SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 464 e seg.) a propósito dos actos administrativos (autorizações) parciais e prévios no domínio do direito da energia nuclear, tal efeito vincu-

Sobretudo em relação aos interessados ou potenciais afectados por tais decisões, o facto de os actos interlocutórios *produzirem efeitos em relação a terceiros* conduz à formação do tal efeito preclusivo, de grande significado uma vez que se os terceiros não fizerem valer os seus direitos ou as oposições que tenham por justas, pertinentes e legítimas perante as autorizações prévias e/ou parciais eles verão precludida tal possibilidade, em nome da citada *Bestandskraftpräklusion*²¹³⁹ que contribui para a solidificação da situação jurídica e para a segurança do investimento do requerente.

Para ilustrar esta matéria justifica-se um olhar mais atento para alguns preceitos da legislação ambiental alemã, sempre com o assento tónico na BImSchG a qual constitui exemplo paradigmático das possibilidades aqui tidas em vista. A *autorização completa* está prevista no seu § 4, sendo concedida após verificação da existência dos pressupostos previstos no § 6 — sendo também relevante o § 21 do Nono Regulamento de Execução da BImSchG (*Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über das Genehmigungsverfahren*), que determina o *conteúdo da decisão autorizativa*, com destaque para os valores limite das emissões (inciso 3a do n.º 1), as cláusulas acessórias apostas (inciso 4) e para uma série de declarações adicionais relativas às autorizações de instalações a que seja aplicável o regulamento sobre incineração e co-incineração de resíduos (n.º 3).

A decisão seccionada ou graduada dos projectos conduziu à autonomização das *pré-decisões* ou *actos administrativos prévios* (*Vorbescheiden*) e das *autorizações parciais*²¹⁴⁰. A primeira figura (prevista por exemplo no § 9 da BImSchG ou no § 7 da AtG²¹⁴¹) permite — em regra mediante *requerimento*, devendo ser demonstrando um interesse legítimo na sua outorga — a decisão antecipada de questões ou *pressupostos singulares* de que depende a concessão da autorização ou sobre a sua localização, podendo ser emitida desde que os efeitos da instalação projectada possam ser já suficientemente apreciados e exista um interesse legítimo na sua emissão. A pré-decisão produz um efeito declarativo de autorização definitivo em relação às questões que constituem o seu objecto mas, por não ser levado a cabo o controlo da verificação de todos os pressupostos da autorização, não tem um efeito autorizativo global e a execução do projecto não pode ser iniciada. Ou seja: ela apresenta-se como um acto administrativo exclusivamente *declarativo* no qual se produz uma *declaração definitiva* sobre o pressuposto em causa, constituindo uma *declaração vinculativa* para o procedimento restante no que toca ao seu objecto. De acordo com o n.º 2 do § 9 da lei a

lativo não deixe de ser limitado, uma vez que a Administração está ainda em condições de revogar aqueles actos se houver entretanto alterações da situação de facto ou de direito ou mesmo em virtude de acções de controlo ou fiscalização mais apertadas.

²¹³⁹ Sobre ela cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 263 e seg.

²¹⁴⁰ Para a caracterização destas figuras vamos seguir WAHL, "Erlaubnis", cit, p. 535; STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., pp. 20-33; KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 263-265 e 1282-1286; SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 736-739; PETERS, *Umweltrecht*, cit., p. 220; e JOHANNES DIETLEIN/MARKUS THIEL, "Altes und Neues zum Vorbescheid. Rechtsfragen des immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides in gestuften Anlagenzulassungsverfahren", *DV*, 38. Band, Heft 2, 2005, pp. 211-242.

²¹⁴¹ E, ainda, no domínio do direito nuclear, no § 19 do Regulamento sobre o procedimento para a autorização de instalações nucleares, nos termos do § 7 da AtG (*Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 des Atomgesetzes*, de 18.02.1977, alterado pela última vez por intermédio do art. 4.º da Lei de 9.12.2006).

pré-decisão *caduca* no caso de o requerente não requerer a autorização “principal” no prazo de 2 anos após a pré-decisão se ter tornado inopugnável (prazo que pode ser alargado, mediante requerimento, para 4 anos)²¹⁴².

A *autorização parcial* (§ 8 da BImSchG ou § 18 do Regulamento sobre o procedimento para a autorização de instalações nucleares), pelo seu lado, pode também ser concedida mediante requerimento para a construção total ou parcial (ou para a construção e funcionamento) de *uma parte da instalação* equivalendo, nesse âmbito parcial da instalação, a uma autorização global: trata-se de uma *decisão definitiva* na discricionariedade da Administração que produz efeito autorizativo ainda que com um conteúdo ou extensão limitados. Mas ao contrário das pré-decisões devem ser tratadas como autênticas autorizações. Daí que para a sua outorga não baste o interesse legítimo na sua concessão (relacionado, em particular, com um melhor planeamento da instalação e com a possibilidade de limitar os gastos financeiros em caso de fracasso do projecto) mas também a verificação dos pressupostos da autorização para o objecto da autorização requerida e que a Administração possa emitir um juízo provisório de que não se opõem desde logo obstáculos inultrapassáveis ao estabelecimento e funcionamento da instalação, tendo em vista os pressupostos da autorização global (cfr. incisos 2 e 3 no § 8 da BImSchG). Este juízo provisório falta no caso de uma alteração da situação de facto ou de direito ou de a recolha de provas no âmbito de autorizações parciais posteriores conduzir a uma apreciação divergente da apreciação global provisória original²¹⁴³.

Desta forma, o chamado *juízo global positivo provisório*, que requer a tomada em consideração de elementos de prognose em vista da autorização global a emitir, assume um enorme relevo nestes procedimentos graduados, sobretudo na autorização parcial, mas também na decisão administrativa prévia, a qual também pressupõe que “os efeitos da instalação planeada possam ser julgados de modo suficiente” logo no momento da sua prática (cfr. o n.º 1 do § 9 da BImSchG). Este juízo provisório tem, antes de mais, carácter jurídico-procedimental, demonstrando, em especial nas autorizações parciais, que à sua emissão está necessariamente ligada uma decisão global provisória que vai para além da “parte” analisada, estendendo-se o efeito da autorização parcial para além do seu domínio específico²¹⁴⁴.

²¹⁴² Sobre o regime específico das pré-decisões na BImSchG, cfr. JOHANNES DIETLEIN/MARKUS THIEL, “Altes und Neues zum Vorbescheid...”, cit., *passim* — destacando nomeadamente a proeminência das pré-decisões (e das autorizações parciais) no direito da protecção das emissões e no direito nuclear, embora se centrem no primeiro. Em relação à questão da *natureza jurídica* da pré-decisão, os Autores em apreço defendem (cfr. pp. 218-220) que se trata de um *acto administrativo declarativo*: é uma “medida reportada a um caso concreto, tomada por uma autoridade administrativa no âmbito do direito público a qual, de acordo com a concepção do legislador, possui carácter regulatório e efeitos externos”. Ela produz *efeito declarativo definitivo* a respeito de um ou de vários pressupostos isolados, decidindo sobre a “questão parcial visada” pela autorização.

²¹⁴³ Em relação à disposição em causa da BImSchG, KLOEPFER assinala — articulando-a com o problema da *vinculação secundária* ou *consequente* da decisão interlocutória — que, na autorização parcial, o *efeito vinculativo está sob reserva de alteração* da situação jurídica ou de facto: cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 1284 e seg.

²¹⁴⁴ Sobre o juízo ou apreciação conjunta positiva provisória Sparwasser/Engel/Voßkuhle notam, centrando-se na sua consagração no § 8 da BImSchG (inciso 3), que este juízo tem, antes de mais, carácter *jurídico-procedimental*, embora do ponto de vista *jurídico-material* ele também releve como *pressuposto* da autorização parcial. Na medida em que ele se refira aos pressupostos da autorização que tenham a ver com a *protecção da vizinhança*, o juízo ou apreciação conjunta provisória é protector dos terceiros (vizinhos), resultando da articulação com os

Este juízo global positivo provisório remete-nos, necessariamente, para a *auto-vinculação* da Administração subjacente aos procedimentos administrativos graduados a qual tem de ter limites — relacionados com o controlo posterior em pormenor ou com novas exigências reclamadas por modificações de facto ou de direito supervenientes — traduzindo a tensão entre os interesses de continuidade na titularidade do requerente (segurança dos investimentos e dos planos feitos) e os interesses na flexibilidade, assumidos pela Administração, que não pode ficar totalmente vinculada às suas decisões provisórias ou parciais²¹⁴⁵.

A complexidade inerente ao efeito vinculativo deste juízo global provisório favorável é tal que leva alguns autores a falarem aqui numa “loucura dogmática” em relação ao efeito vinculativo daquelas decisões para as etapas subsequentes dos procedimentos graduados²¹⁴⁶. De facto, a questão dogmática central dos procedimentos graduados será a da conexão de decisões parciais definitivas umas com as outras, nomeadamente saber se uma questão já decidida num acto preliminar pode ou não ser depois decidida de outra forma, o que se relaciona com um problema geral do direito administrativo, o do *efeito vinculativo dos actos administrativos*, que se torna aqui ainda mais complexo, por surgir no âmbito de relações jurídicas multilaterais²¹⁴⁷. De toda a maneira, tende a aceitar-se que nas relações entre autoridades autorizadoras, requerentes e terceiros a autorização parcial desenvolve um *efeito de vinculação completo*, estando a autoridade autorizadora, na decisão sobre a autorização subsequente, vinculada ao juízo global positivo parcial contido na autorização parcial²¹⁴⁸.

No direito alemão, algumas leis prevêem ainda a possibilidade da *autorização de um começo antecipado*, na discricionariedade da Administração: é isso que acontece em relação à autorização e concessão de utilizações de água, segundo o § 17 da WHG, à autorização de construção do direito dos resíduos (§ 33 da AbfG) e no § 8a da BImSchG, no qual se permite tanto a construção da instalação como o seu próprio funcionamento de acordo, respectivamente, com os números 1 e 3. Tal começo antecipado *corre totalmente por risco do requerente*, em face da provisoriedade da decisão: para além de esta pressupor uma prognose positiva, por parte da Administração, de que todos os pressupostos da autorização são preenchíveis, sendo de contar com uma decisão favorável para o requerente e existindo

efeitos preclusivos um *ónus de impugnação dos terceiros*, como forma de evitar a preclusão; sendo ainda relevante notar que este juízo conjunto contido na autorização parcial vincula a Administração na decisão subsequente sobre a autorização (cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 737 e seg.).

²¹⁴⁵ Cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 264 e seg.

²¹⁴⁶ Cfr. STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., p. 28 — aludindo a uma “dogmatischen Folie” a propósito do efeito vinculativo do juízo global provisório favorável sobre as outras etapas do procedimento graduado.

Apesar de aludir à “folia dogmática” (*dogmatischen Folie*) a propósito da questão de saber se este juízo ou apreciação constitui um pressuposto da autorização ou uma parte do seu conteúdo regulativo, STEPHAN BECKER defende (cfr. *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., p. 99 e segs.) que se justifica a *atribuição de efeito vinculativo ao juízo global provisório positivo* da autorização parcial em relação ao procedimento restante, uma vez que são desta forma satisfeitos os interesses do empresário e os da Administração e as posições jurídicas de terceiros não são limitadas de forma inadmissível, nomeadamente por estar garantida a possibilidade de impugnação antecipada de terceiros.

²¹⁴⁷ Cfr. STEPHAN BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, cit., p. 15 e seg. e 126 e segs.

²¹⁴⁸ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHL, *Umweltrecht*, cit., p. 738.

um interesse público ou interesse legítimo do requerente no começo antecipado (cfr. incisos 1 e 2 do n.º 1 do § 8a da BImSchG), a autorização de começo antecipado pode ser revogada em qualquer momento, podendo também ser emitida sob reserva de modos posteriores (n.º 2 do mesmo preceito). Sendo ainda relevante a circunstância de o requerente ficar obrigado a reparar todos os danos causados pela construção da instalação e, se o projecto não for autorizado, a repor a situação anterior (inciso 3 do n.º 1). É ainda exigida a prestação de caução, com vista a assegurar o cumprimento das obrigações do requerente (n.º 2).

Sobretudo por força dos efeitos preclusivos que as decisões interlocutórias sumariamente descritas produzem, as possibilidades de litígios e impugnações administrativas aumentam exponencialmente com a sua prática, sendo também importante a circunstância de, segundo jurisprudência do BVerwG, a anulação de uma primeira autorização parcial não prejudicar necessariamente a validade posterior de outras autorizações parciais²¹⁴⁹.

Em termos da graduação do procedimento, impõe-se ainda uma referência ao instituto da AIA, ainda hoje provavelmente o mais importante *instrumento específico* de tutela jurídica do ambiente: apesar de esta ser em regra concebida como um “procedimento prévio e de apoio à decisão de autorização ou licenciamento de projectos susceptíveis de ter impactes ambientais significativos”, tendo “por objectivo primordial fornecer à entidade competente para proferir aquela decisão as informações e os elementos necessários ao conhecimento e à ponderação dos efeitos ambientais dos projectos”²¹⁵⁰, sobretudo nos procedimentos administrativos ambientais mais complexos ela tem de ser vista como uma “parte dependente” dos diferentes *procedimentos ambientais* — embora no direito alemão ela seja hoje subsumida por Kloepfer nos instrumentos informativos, mais exactamente na *precaução informativa através do Estado*²¹⁵¹.

Na Alemanha, a AIA está disciplinada na *Gesetz über die Umwelträglichkeitsprüfung* (UVPG) que determina, no Abs. 2 do seu § 1, o seu objectivo de assegurar que o resultado da AIA seja tomado em consideração, tão cedo quanto possível, em todas as decisões públicas sobre a admissibilidade de projectos públicos e privados que possam influenciar o ambiente. Apesar de o resultado da AIA ter de ser tomado em consideração na decisão autorizadora do projecto (de acordo com o § 12 da UVPG) — e não obstante o BVerwG ter já reconhecido que a obrigação de a tomar em consideração não tem apenas valor jurídico-procedimental, mas carácter jurídico-material²¹⁵² —, ele não é vinculativo, embora doutrina e jurisprudência reconheçam a existência de avaliações de impacte negativas que, na prática, obrigam a autoridade decisora a negar a autorização do projecto ou, pelo menos, a concedê-la com modos destinados a fazer face aos impactes ambientais negativos²¹⁵³. Esta compreensão das coisas explica que a AIA seja por norma considerada mais uma forma de procedimento ambiental com conteúdo autorizativo ao lado das anteriormente estudadas. No fundo, no direito alemão a AIA faz parte dos pareceres que têm de ser pedidos nos procedimentos au-

²¹⁴⁹ Cfr. Kloepfer, *Umweltrecht*, cit., p. 265.

²¹⁵⁰ Cfr. Maria Alexandra Aragão/José Eduardo Figueiredo Dias/Maria Ana Barradas, “Presente e Futuro da AIA em Portugal...”, cit., p. 89.

²¹⁵¹ Cfr. Kloepfer, *Umweltrecht*, cit., p. 340 e segs.

²¹⁵² BVerwGE 100, 370; BVerwG, *NVwZ-RR*, 1999, 429 e segs.

²¹⁵³ Defendendo tal possibilidade, cfr. Kloepfer, *Umweltrecht*, cit., p. 354 e seg.

torizativos ambientais — em princípio no formal — como é visível na BImSchG: de acordo com o seu § 6 a AIA constitui um dos outros preceitos jurídico-públicos que não se podem opor à construção e ao funcionamento da instalação (inciso 2 do n.º 1) para que a autorização possa ser concedida²¹⁵⁴.

Em termos procedimentais a AIA aparece hoje articulada, também no nosso país, com o regime da *autorização ambiental integrada*, sendo integrada no procedimento respectivo: mesmo no malogrado projecto de Código do Ambiente alemão de 2009 ela constituía um elemento essencial do procedimento de autorização ambiental integrada, que se deveria ter convertido na forma central de licenciar projectos, um procedimento uniforme que integraria todas as autoridades competentes para a emissão desta autorização, a grande figura do projecto legal²¹⁵⁵.

A AIA — convertida desde a Cimeira do Rio num “ pilar de minimização de impactos ambientais ”²¹⁵⁶ e, ao nível europeu, num elemento essencial de uma parte geral do direito ambiental dos Estados membros da UE²¹⁵⁷ — tem a função básica de descrever e avaliar os efeitos de um projecto sobre uma pluralidade de factores (em princípio somente ambientais), assumindo funções diversas e heterogéneas relacionadas com uma desejável consideração unitária do bem jurídico ambiental, procurando a *integração do interesse ambiental* com outros interesses públicos na ponderação do procedimento autorizativo²¹⁵⁸.

As dificuldades em termos procedimentais agudizam-se na medida em que, como dissemos, a AIA deve ser vista como um sub-procedimento “ enxertado ” ou “ integrado ” noutros procedimentos gerais, ligados em norma a estes procedimentos por um nexo de pressuposição, pois a decisão respectiva constitui um parecer obrigatório ou um facto jurídico permissivo com natureza, em diversas ordens jurídicas, substancialmente vinculante. Em princípio, o resultado da AIA, ainda que seja assumido apenas como um parecer, tem *eficácia vinculante* em relação à decisão autorizativa subsequente, havendo um nexo de pressuposição com a decisão que consente a realização da obra ou leva a cabo o licenciamento industrial²¹⁵⁹.

²¹⁵⁴ Neste sentido, cfr. ALFRED SCHEIDLER, “ Die Voraussetzungen... ”, cit., p. 948.

²¹⁵⁵ Cfr. CHRISTIAN TRÜE, “ Germany — the Drafting... ”, cit., p. 84 e seg.

²¹⁵⁶ Nos termos do Princípio 17 da Declaração do Rio: cfr. CARLA AMADO GOMES, “ Direito Administrativo do Ambiente ”, cit., p. 208.

²¹⁵⁷ Cfr. THOMAS GROSS, “ Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts... ”, cit., *passim*.

²¹⁵⁸ Neste sentido, PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., pp. 627-629.

²¹⁵⁹ É isso que acontece entre nós, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, em face do disposto no seu artigo 20.º: ainda que *a contrario sensu*, do seu n.º 1, ao estabelecer que “ O acto de licenciamento ou de autorização de projectos sujeitos a procedimento de AIA só pode ser praticado após a notificação da respectiva DIA favorável ou condicionalmente favorável ” resulta que uma DIA desfavorável implica necessariamente o indeferimento do pedido de autorização ou licenciamento, ainda para mais cominando com a nulidade os actos praticados em desrespeito de tal regime (n.º 3 do mesmo art. 20.º). Sobre esta solução legal cfr. ALEXANDRA ARAGÃO/JOSÉ EDUARDO DIAS/MARIA ANA BARRADAS, “ O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos ”, *RevCEDOUA*, n.º 5 (Ano III_1.00), pp. 71-91 (p. 83 e seg.) — considerando esta a principal novidade do então novo regime da AIA e salientando que apenas a DIA negativa se apresenta como vinculativa, uma vez que a decisão no sentido positivo não determina necessariamente a autorização ou licenciamento do projecto.

Apesar de o regime comunitário não impor tal vinculatividade, idêntica solução é consagrada, por exemplo, no direito italiano, onde a doutrina, com base nos preceitos legais pertinentes, alude à natureza “ substancialmente vinculante ” do parecer de AIA, tanto quando a competência para a sua prática pertence ao Ministro do Ambiente como quando se trata de um procedimento de autoria regional: cfr. PAOLO DELL'ANNO, *Manuale...*, cit., p. 631 e 660. Em Itália existe um modelo dualista do regime de AIA, pois ao lado do procedimento estadual existe um procedimento de competência das regiões, com poderes normativos para disciplinar este instituto, poderes que resultaram

Na vertente procedimental, e reportando-nos ao principal problema da dissertação, é de notar, uma vez mais, que também a AIA demonstra a durabilidade e, sobretudo, o dinamismo dos actuais actos autorizativos com conteúdo ambiental: em especial com o regime da pós-avaliação, pode ser imposta ao operador a adopção de ajustamentos ou mesmo de novas medidas que se mostrem adequadas para minimizar ou compensar efeitos ambientais negativos não previstos (cfr., no caso português, o disposto no n.º 3 do art. 29.º do regime de AIA).

É agora devida uma palavra, não despidianda, ao efeito de concentração e de substituição produzido pelos procedimentos autorizativos ambientais: pelo menos antes da entrada em vigor dos regimes da PCIP e mesmo em parte após a sua vigência, tornou-se cada vez mais frequente que os projectos com relevância ambiental estivessem sujeitos a diversas leis especiais, colocando-se a questão da *concorrência* de exigências materiais, de autoridades competentes e de *procedimentos* administrativos, com a possibilidade de autorizações paralelas de instalações e do eventual *efeito de concentração e/ou de substituição* produzido por algumas delas e pelos procedimentos autorizativos correspondentes²¹⁶⁰.

No que diz respeito à valência ou dimensão procedimental do regime da PCIP, foi esta a questão central que ele pretendeu resolver, através da consagração de um *princípio da integração* que tem também este conteúdo²¹⁶¹. Mas este regime será objecto de tratamento autónomo, bastando-nos por ora esta referência genérica.

originariamente do d.p.r. de 12 de Abril de 1996 ("Atto di indirizzo e coordinamento per l'attuazione dell'articolo 40, comma 1, Legge 146/1994") que foi, ao tempo, a peça normativa determinante para afirmar o modelo dualista, ao atribuir às regiões — bem como às províncias autónomas de *Trento e Bolzano* — competência para "assegurarem a execução do procedimento de avaliação de impacte ambiental para os projectos indicados nos anexos A e B", atribuindo-lhes as competências especificadas no artigo 4.º do mesmo diploma, cuja constitucionalidade foi confirmada pela *Corte costituzionale*, na sequência de um recurso interposto pela Província de *Trento*, embora realçando que "respeita ao Estado adoptar (...) um acto de orientação e coordenação relativo às condições, critérios e normas técnicas para a aplicação do procedimento de impacte ambiental aos projectos incluídos no Anexo II da directiva comunitária 85/337/CEE" (cfr. Sentença 273/1998, de 17 de Julho). Com o sistema instituído pela Lei n.º 59/1997 deu-se um passo mais nesta direcção, uma vez que só ficaram reservadas ao Estado as competências ambientais nas quais se possa encontrar um *interesse nacional*, lei desenvolvida pelo d. lgs. 112/1998 o qual reserva para o Estado os procedimentos de AIA relativos às obras, instalações e autorizações previstas no seu art. 71.º, n.º 1.

²¹⁶⁰ Em relação ao problema das *autorizações paralelas de instalações*, tratado em tempos mais recentes de uma forma dogmática aprofundada, enquadrando-o antes de mais no *efeito de concentração* e na sua eventual *europaização*, cfr. FABIAN WITTECK, "Konzentration als Verfahrenshemmnis...", cit., pp. 73-80. Segundo o Autor, as grandes estratégias de solução do problema jurídico das autorizações de instalações paralelas são a *coordenação procedimental institucional* ("concentração imprópria"), a *coordenação procedimental programática* e a *coordenação procedimental através da concentração da decisão*. Sobre o mesmo tema e sobre a *regra da coordenação completa dos procedimentos autorizativos* ou simplesmente *regra da coordenação* cfr. também HANS JARASS, "Das Gebot der Koordinierung konkurrierender Zulassungsverfahren", *NVwZ*, 28. Jahrgang (2009), Heft 2, pp. 65-69, o qual atribui um papel de grande significado ao art. 7.º da Directiva PCIP, transposto para o direito alemão através da nova redacção do § 10, n.º 5, segunda parte da *BImSchG* (entre outros preceitos), estudando no artigo o âmbito de aplicação e os destinatários desta regra de coordenação, os problemas suscitados pelas exigências dela decorrentes e a concretização das suas exigências, nomeadamente ao nível do paralelismo temporal, da troca de informações entre as autoridades participantes e da composição da decisão autorizativa correspondente.

²¹⁶¹ Como bem se sublinhou no último projecto de Código do Ambiente alemão que tinha como um dos seus objectivos centrais, como salientámos já, o da concretização do *princípio da integração* através do *procedimento integrado de autorização*, que constituía o núcleo do projecto legislativo, consubstanciado na autorização integrada de projectos, sendo objectivo do legislador converter este procedimento na forma central de licenciar projectos, um *procedimento uniforme* que integrasse todas as autoridades competentes, pondo a responsabilidade pela decisão numa só mão, constituindo a AIA uma sua componente essencial: cfr. CHRISTIAN TRÜE, "Germany — the Drafting...", cit., p. 87. No mesmo sentido, MICHAEL KLOEPFER, "Sinn und Gestalt...", cit., p. 165.

Em todo o caso, como demonstrou entre nós Marta Portocarrero no seu estudo monográfico sobre o tema²¹⁶², o efeito ou modelo de concentração não é aqui exclusivo nem o único que tem sido usado, em termos de direito comparado, para consagrar soluções de simplificação administrativa que respondam aos problemas suscitados pelos procedimentos complexos, subprocedimentos, procedimentos escalonados e procedimentos coligados ou conexos, nas suas sub-formas de procedimentos paralelos ou pressupostos²¹⁶³.

Assim, dois modelos básicos podem ser autonomizados em relação a estes problemas que, convém sublinhá-lo, incidem antes de mais sobre *actos autorizativos*: o *modelo de coordenação*, cuja principal concretização nos é dada — ou, pelo menos, o era, ao tempo — pela *conferência de serviços* ou *conferência procedimental* prevista no art. 14.º da lei italiana n.º 241/1990²¹⁶⁴; e o *modelo de concentração* alemão, sobre o qual já avançámos algumas notas²¹⁶⁵.

A *conferência de serviços italiana* constitui uma espécie de “reunião” de todas as administrações interessadas na decisão em preparação, traduzindo-se na “formalização de um expediente informal” e pode ser apenas *instrutória* ou apresentar-se como uma conferência *decisória* ou *deliberativa*, tendo um alcance menor do que o do modelo de concentração alemão na medida em que os seus principais efeitos são procedimentais (contração de fases do procedimento), embora também com efeitos organizativos ou intersubjectivos e substitutivos, no caso da conferência decisória. De qualquer forma a *audiência conjunta* de todas as entidades envolvidas (dos órgãos com competências paralelas na questão) é feita presencialmente, em confronto directo, com imediato cotejo e comparação²¹⁶⁶, o que constitui uma inegável mais-valia desta conferência, permitindo, no caso da conferência instrutória interprocedimental, a efectivação de um exame global do projecto necessitado de autorização²¹⁶⁷.

No modelo alemão da concentração²¹⁶⁸ que, como vimos, faz sentido quando são ne-

²¹⁶² Cfr. *Modelos de Simplificação...*, cit., que vamos, no essencial, seguir no texto.

²¹⁶³ Cfr. *ob. cit.*, pp. 43-56, onde nos apresenta as diversas terminologias utilizadas a propósito dos procedimentos que exigem o exercício de competências de várias autoridades administrativas, que estão divididos em partes ou escalões, mostrando a Autora a preferência pela designação ou categoria dos *subprocedimentos*, nos quais a decisão se desdobra por sucessivos patamares de resolução, mediante a decisão prévia de questões isoladas (pré-decisões) ou da decisão final, com efeito permissivo, sobre partes do projecto (autorizações parciais): cfr. p. 46 e seg.

²¹⁶⁴ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação...*, cit., pp. 57-192.

²¹⁶⁵ Tratado por MARTA PORTOCARRERO, na mesma obra, a pp. 193-270.

²¹⁶⁶ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 97.

²¹⁶⁷ Sobre o procedimento na conferência de serviços cfr. ainda PAOLO DELL'ANNO (*Manuale...*, cit., pp. 296-302), o qual assinala que a competência para a direcção da conferência e para a assunção da responsabilidade do procedimento não está pré-determinada na lei, dependendo do “interesse público prevalecente”, bem como o facto de não se tratar, em rigor, de um órgão colegial, sendo a sua composição de “geometria variável”, de a participação de todas as autoridades interessadas não ser incontornável, de se exigir o critério da unanimidade para a conclusão positiva da conferência e, por último, a prevalência dos *interesses ambientais*, sanitários e paisagísticos na conferência. Neste último sentido cfr. também ELIO CASETTA, *Manuale...*, cit., p. 441-449, o qual salienta a existência de uma *disciplina derogatória para os casos de desacordo das administrações propostas à tutela do ambiente*, em que a decisão é remetida para o Conselho de Ministros ou para o órgão colegial competente do ente territorial.

²¹⁶⁸ De acordo com o citado estudo de FABIAN WITTECK sobre o tema (“Konzentration als Verfahrenshemmnis...”, cit., p. 72, nota 3) as obras de referência, no direito alemão, sobre o efeito de concentração são as de HANS D. JARASS (*Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen*, Duncker und Humblot, Berlin,

cessários vários actos administrativos para a realização de um único projecto vai-se todavia mais longe, uma vez que se consegue a unificação de competências de *procedimentos* e de *decisões*. Este modelo assume três dimensões, com a junção de *competências*, a unificação *procedimental* e a prática de um *acto administrativo global* (uma autoridade, no seio de um só procedimento profere uma única decisão), pelo que Marta Portocarrero o caracteriza como “um fenómeno *sui generis* com efeitos no plano organizatório, procedimental e material”²¹⁶⁹. O efeito de concentração é, assim, uma figura que se alastra por diversas disciplinas, tendo como seus protótipos a decisão de aprovação do plano e de autorização do plano, embora alguns autores admitam que ele acaba por diminuir ou prejudicar o efeito de aceleração na medida em que aumenta a possibilidade de impugnações, podendo no fim de contas significar um obstáculo ou estorvo procedimental, tais óbices só sendo evitados quando os efeitos de concentração são abrangentes e regulam a relação com outras normas do mesmo tipo que se sobrepõem²¹⁷⁰.

Os preceitos da legislação ambiental germânica normalmente citados como exemplos paradigmáticos deste efeito ou modelo são os §§ 8 da AtG e 13 da BImSchG. Em relação a este último, Sparwasser/Engel/Voßkuhle²¹⁷¹ notam que, apesar de ele se estender à maior parte das autorizações referidas a instalações, não chega a ter o alcance da decisão de aprovação do plano, tal como está definida no § 75 da VwVfG — decisão que é apontada como o exemplo paradigmático deste efeito²¹⁷² —, reforçando que a sua existência não desvincula a autoridade de protecção da atmosfera do cumprimento de todas as normas jurídico-materiais vinculativas, devendo a autorização ser recusada quando não se verificarem os pressupostos jurídico-materiais para a concessão de uma autorização por ela abrangida e eles também não possam ser assegurados através da aposição de uma cláusula acessória. Nos termos do próprio teor literal do § 13 nem todos os actos autorizativos são abrangidos pelo efeito de concentração.

Por último, gostaríamos de analisar de forma tópica cinco questões procedimentais que assumem contornos particulares ao nível dos actos autorizativos ambientais:

1984); de MICHAEL A. WAGNER (*Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in Parallelen und Konzentrierten Verfahren*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987); e de ULRICH BECKER, “Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungs-konzentration”, *VerwArch*, 87. Band, Heft 4, Oktober 1996, p. 581-617. Nesta última — que constitui uma versão alargada da *Habilitationsvortrags* apresentada pelo Autor na Faculdade de Direito da *Bayerischen Julius-Maximilians Universität* de Würzburg, em 6.7.1994 — BECKER salienta que a *concentração de autorizações* contribui para evitar as desvantagens resultantes da necessidade de múltiplas autorizações, sendo de esperar dela a *simplificação do procedimento administrativo*. Todavia, o efeito de aceleração pode ser aperfeiçoado através de medidas “flanqueadas” como uma melhoria dos prazos procedimentais. Salienta a relação do efeito de concentração (e as dificuldades que suscita) ao nível dos *pressupostos da autorização*, das possibilidades de *participação*, da vertente jurídico-procedimental dos direitos fundamentais e da questão da protecção jurídica. O objectivo principal que se pode atingir com a concentração de autorizações é o da *avaliação de todos os interesses públicos afectados*.

²¹⁶⁹ Cfr., *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 247.

²¹⁷⁰ Cfr. FABIAN WITTECK, “Konzentration als Verfahrenshemmnis...”, cit., p. 97.

²¹⁷¹ Cfr. *Umweltrecht*, cit., p. 733 e seg.

²¹⁷² De acordo com o n.º 1 do citado § 75 da VwVfG, a *Planfeststellung* substitui-se a todos os actos permisivos ou autorizativos para o efeito necessários, não se exigindo qualquer autorização, permissão, aprovação ou acto de conteúdo similar, uma vez que ela regula todas as relações jurídico-públicas entre o titular do projecto e todas as pessoas que possam ser por ele afectados.

a) A importância do *requerimento* na fixação do âmbito do procedimento e, por seu intermédio, do acto autorizativo: como assinalámos já diversas vezes, os requerentes são cada vez mais os arquitectos dos próprios actos autorizativos, realidade particularmente visível ao nível das instalações com efeitos ambientais em face das amplas obrigações de apresentação de documentos, da possibilidade de recurso a empresas especializadas e certificadas para o efeito, do relevo da sua actuação ao nível da apresentação, publicitação e explicação do projecto, não sendo de somenos realçar que é sobre o requerente que impende o ónus de exposição e de prova da verificação dos pressupostos legais da autorização, cujo controlo compete à Administração. A autorização constitui “o direito da instalação” e tudo o resto é prólogo e procedimento²¹⁷³, mas a conformação e o conteúdo de tal autorização depende em grande medida do requerente, o qual deve procurar determinar o âmbito máximo da autorização, partindo dos princípios segundos os quais “o que não está autorizado está proibido” e de que no direito autorizativo a relação sistemática entre o controlo de abertura e os efeitos subsequentes da autorização dizem respeito ao titular desta última²¹⁷⁴.

No direito norte-americano esta realidade é particularmente visível, com destaque para as diversas tentativas de “reinvenção da regulação ambiental” experimentadas na Administração Clinton-Gore, em particular o Projecto XL, no qual se procurou executar um paradigma segundo o qual os cidadãos propõem e os poderes públicos decidem: em face das dificuldades crescentes na redacção das autorizações, as quais têm de ser abrangentes e feitas à medida de cada instalação concreta, para além do recurso a empresas de consultadoria, são cada vez mais os próprios requerentes os responsáveis pela redacção das autorizações ou, pelo menos, dos “draft permits”²¹⁷⁵. Daí que alguns autores norte-americanos considerem a preparação do requerimento o passo mais difícil e importante de todo o procedimento autorizativo, também devido à ampla informação técnica que devem conter²¹⁷⁶.

²¹⁷³ Cfr. JAMES M. THUNDER, “Reinventing Environmental Permitting...”, cit., p. 10621.

²¹⁷⁴ Cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., p. 255 e seg. e 258.

²¹⁷⁵ Cfr. JAMES M. THUNDER, “Reinventing Environmental Permitting...”, cit., pp. 10.619 e seg. No procedimento comum dos actos autorizativos ambientais norte-americanos, após a entrega do requerimento este é controlado e revisto pelos Estados e pelas agências federais competentes (em princípio a EPA), seguindo-se a redacção de um “projecto de autorização” (o “draft permit”) que vai ser sujeito a consulta pública, sendo o documento central objecto da participação pública. Na redacção deste “projecto de autorização” o requerente tem, cada vez mais, um papel decisivo.

²¹⁷⁶ Cfr. BERNARD F. HAWKINS, JR., “The New Source Review Program: Prevention of Significant Deterioration and Nonattainment Analysis Programs”, in: ROBERT J. MARTINEAU, JR./DAVID NOVELLO (ed.), *The CAA Handbook*, cit., pp. 98-156 (pp. 120-128). Entre a informação que os requerimentos das autorizações deste programa devem conter o Autor refere a determinação das melhores técnicas de controlo disponíveis (informação exaustiva que implica enormes custos e trabalho), a análise dos impactes na qualidade do ar ambiente, o estudo adicional de impactes para cada poluente que a nova fonte (ou fonte modificada) emita, a análise dos impactes que as emissões terão em quaisquer áreas da Classe I potencialmente afectadas e ainda do impacte do crescimento associado no ambiente local.

No mesmo sentido, em relação às autorizações do direito das águas emitidas ao abrigo do programa *National Pollution Discharge Elimination System* (NPDES), cfr. PHILIP WEINBERG/KEVIN A. REILLY, *Understanding Environmental Law*, cit., p. 142 e segs. — mostrando-nos como a autorização é substancialmente determinada pela completude e especificidade do requerimento, o qual tem de fornecer informação muito diversa (planta da fábrica, entradas de água, estruturas de descarga, instalações de tratamento e deposição de resíduos perigosos, fontes na área próxima, autorizações dos mais variados tipos que já tenham sido requeridas, etc.), informação que tem de ser mantida pelo prazo de 5 anos.

Por último, uma anotação sobre o aspecto central da dissertação: sendo o objectivo do requerente maximizar a flexibilidade do acto autorizativo em que se vai suportar a sua instalação mas, ao mesmo tempo, minimizar a exposição a acções de fiscalização, controlo e imposições administrativas, potenciando o “escudo de protecção” que o acto autorizativo, pelo menos em certos termos, ainda lhe concede, ele deve procurá-lo na preparação do requerimento da autorização, dependendo em larga medida do sucesso que obtiver nessa sua tarefa os objectivos assinalados²¹⁷⁷.

b) A importância e as modificações que, muito por força do direito ambiental, se têm verificado ao nível das formas, procedimentos e realizações da *participação pública* nos procedimentos dos actos autorizativos, que se vêm a traduzir, entre outros aspectos, numa grande intensidade das ideias de *acordo*, *cooperação* e *informalidade*. Este aspecto tem sido bastantes vezes tocado ao longo da dissertação, sendo apenas de mencionar, neste momento, os diferentes títulos de legitimação para a participação procedimental: legitimidade particular, para a tutela de direitos ou interesses legalmente protegidos tocados pelo acto em preparação; legitimidade associativa, em face do papel relevantíssimo das ONGA nos actos autorizativos ambientais; legitimidade pública, em especial das outras entidades públicas que possam ser afectadas pelo acto e que não tenham sido convocadas pelo órgão decisor, designadamente a título consultivo; legitimidade popular, permitindo a qualquer cidadão (ou associação), que não necessita de provar ou sequer invocar um interesse directo e pessoal na matéria, a participação. Estes diferentes títulos fazem ainda mais sentido se enquadrarmos o acto autorizativo no seio do tema das relações jurídicas poligonais ou multipolares em que eles tantas vezes se inserem. Sendo também de lembrar a regra legal segundo a qual após o decurso do prazo para a participação pública ficam precludidas posteriores contestações administrativas o que, como veremos já de seguida, revela um interesse muito próprio no que toca aos procedimentos graduados ou escalonados.

c) Um dos aspectos da tramitação procedimental e da sua conclusão que mais “joga” a favor da estabilização da pretensão do requerente, da defesa da sua posição jurídica, da protecção da sua confiança e da segurança do seu investimento é o que respeita ao *efeito conformador de direito privado* que não apenas o acto autorizativo global mas também as decisões interlocutórias eventualmente praticadas em subprocedimentos ou procedimentos escalonados — em particular as pré-decisões e as autorizações parciais — desenvolvem, no sentido da preclusão dos direitos ou possibilidades de impugnação dos terceiros afectados por tais decisões. Estamos perante actos administrativos passíveis de impugnação administrativa e/ou contenciosa e a previsão de prazos para a efectivação de tais impugnações acarreta que, após o seu decurso, tais actos se consolidem na ordem jurídica ou, pelo menos, adquiram uma maior consistência através da sua inopugnabilidade, com a consequente aquisição de força de caso decidido formal. Em termos gerais, com o decurso do prazo para a contestação ou impugnação das decisões autorizativas interlocutórias ou finais ficam excluídas todas as possibilidades de impugnação, por parte dos particulares, que não as-

²¹⁷⁷ Cfr. SHANNON S. BROOME/CHARLES H. KNAUSS, “Preparing the Title V Permit Application”, cit..

sentem em títulos especiais de direito privado (isto é, com o limite dos direitos subjectivos privados afectados), havendo um ónus de apresentação atempada ou tempestiva de tais oposições²¹⁷⁸.

No âmbito específico das decisões autorizativas ambientais deve mencionar-se o exemplo habitual da autorização do direito de protecção da atmosfera: para além da regra prevista no n.º 3 do § 10 da BImSchG a qual, ao regular a sucessão dos trâmites procedimentais, prescreve que “com o decurso do prazo de oposição ficam excluídas todas as reclamações que não assentem em títulos especiais de direito privado”, o efeito conformador de direito privado está previsto no § 14 da BImSchG. Esta disposição determina que não pode ser exigida a paralisação do funcionamento de uma instalação cuja autorização se tenha tornado inopugnável, podendo apenas ser requeridas providências que excluam os efeitos prejudiciais e, no caso de estas não serem exequíveis ou sustentáveis economicamente pode apenas ser reclamada a indemnização dos danos. Sendo de extremo significado notar que, de acordo com o n.º 2 do § 19 da BImSchG este efeito conformador de direito privado não se estende às autorizações emitidas no âmbito de um procedimento simplificado²¹⁷⁹. Os autores alemães falam aqui numa “preclusão de caducidade” (*Verwirkungspräklusion*): após decorrido o prazo de impugnação, as impugnações administrativas ou acções contenciosas de impugnação que sejam admissíveis não podem ser fundadas em circunstâncias que pudessem ter sido feitas valer na contestação²¹⁸⁰.

Esta preclusão de caducidade tem enorme relevo nos procedimentos graduados, devendo mencionar-se que à já citada regra do decurso procedimental segundo a qual “com o decurso do prazo de oposição ficam excluídas todas as reclamações que não assentem em títulos especiais de direito privado” (n.º 3 do § 10), acresce uma disposição específica sobre aqueles procedimentos que também determina a *preclusão de caducidade* ou *de caso decidido* para os actos interlocutórios praticados: ainda que o efeito vinculativo da autorização parcial esteja sob reserva de alteração da situação de facto ou de direito, o § 11 prescreve — o mesmo se passando, no direito nuclear, com o § 7 b da AtG — que após a verificação da inopugnabilidade de uma autorização parcial ou de uma pré-decisão não podem mais ser formuladas reclamações no procedimento dirigido à prática da autorização de construção e de funcionamento da instalação com base nos factos já apreciados ou que pudessem ter sido apreciados nesses procedimentos prévios. Regra aplicável a todos os terceiros que participaram ou pudessem ter participado nos procedimentos relativos à prática desses actos interlocutórios, não podendo sequer ser alegado numa impugnação da autorização “total”

²¹⁷⁸ Não discutiremos por ora a questão de saber se tais decisões adquirem ou não “força de caso decidido material”, com a ocorrência da preclusão material ou substancial das posições dos afectados também em relação a decisões futuras da Administração relativas ao mesmo destinatário, traduzida na “capacidade de resistência” do conteúdo da decisão administrativa em causa: cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 165. Segundo o mesmo Autor (*ob. cit., loc. cit.*) tal problema deve ser resolvido “pela ponderação concreta dos interesses (conflitantes entre si) da estabilidade, da eficiência e da justiça material, num contexto de diferenciação material entre as funções administrativa e jurisdicional”.

²¹⁷⁹ Sobre estas regras cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 735 — justificando a disposição do § 14 com base na segurança do investimento do operador e na formação dispendiosa do procedimento autorizativo, no qual são concedidos suficientes direitos de participação e de defesa aos interessados.

²¹⁸⁰ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 731.

da construção e do funcionamento da instalação qualquer fundamento que tenha a ver com os factos apreciados naquelas decisões interlocutórias²¹⁸¹. Concluindo-se daqui que os efeitos das autorizações parciais e das pré-decisões não se verificam apenas entre a Administração e o requerente (depois operador), mas também entre este e terceiros eventualmente afectados pela instalação e funcionamento autorizados.

d) Em face das tendências desreguladoras, liberalizadoras, de simplificação, desburocratização e eficiência procedimentais que se têm imposto nas últimas décadas no direito administrativo, é muito forte a propensão para consagrar legalmente um valor positivo ao silêncio, isto é, em aceitar o deferimento tácito dos requerimentos formulados pelos particulares aos quais não seja dada uma resposta expressa pela Administração dentro do prazo legalmente previsto²¹⁸². Todavia, essa tendência geral não pode deixar de comportar relevantes excepções, em particular nas actividades cujo *potencial de risco* ou de *prejuízo* é mais elevado²¹⁸³.

É isso que acontece com o ambiente, onde a solução do *valor negativo do silêncio* deve ser defendida não apenas quanto aos actos autorizativos globais mas mesmo no âmbito endo-procedimental, nomeadamente quanto aos pareceres emitidos por autoridades administrativas com competências ambientais. Em termos mais genéricos, não podemos deixar de manifestar a nossa concordância com Carla Amado Gomes quando aborda o *imperativo de ponderação* que deve existir no direito do ambiente tornando desadequada a técnica da valoração positiva do silêncio, já que uma tutela ambiental séria e eficaz é incompatível com a ausência de ponderação subjacente à decisão silente²¹⁸⁴. Daí que não se justifiquem nem compreendam algumas soluções acolhidas pelo legislador nacional nesta matéria e que têm sido, por essa razão, alvo da crítica da doutrina, nomeadamente o deferimento tácito da DIA previsto no art. 19.º do regime vigente da AIA e o deferimento tácito do pedido de licença ambiental constante do art. 17.º do diploma PCIP²¹⁸⁵.

²¹⁸¹ Bender/Sparwasser/Engel falavam, a este propósito, num efeito de preclusão material para a continuação do procedimento global, chamando-lhe *preclusão de caso decidido* ou da *protecção do adquirido* ("Bestandskraft- ou Bestandsschutzpräklusion"): cfr. *Umweltrecht — Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 4. Aufl., 2000, p. 406 — alusão suprimida na 5.ª geração, que temos vindo a citar ao longo da dissertação.

²¹⁸² Sobre o *silêncio da Administração*, em sentido positivo (isto é, o acto tácito de deferimento) como *instrumento de celeridade e simplificação procedimental*, cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação...*, cit., pp. 28-32.

²¹⁸³ Neste sentido, cfr. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 634. Sobre os diversos regimes do silêncio no ordenamento italiano, que vão desde o *silêncio inobservância* ou *silêncio recusa* — um mero facto em que a Administração omite o dever de agir, sem que a lei lhe ligue qualquer efeito jurídico —, ao *silêncio rejeição*, ao *silêncio devolutivo* e ao caso mais relevante do *silêncio significativo* — que tanto pode ser *silêncio consentimento* como *silêncio recusa* — assinalando que os casos de silêncio consentimento são mais frequentes em relação a actos autorizativos, só se formando ele, todavia, nos casos expressamente previstos na lei, tendo apesar disso a Administração a possibilidade de anular o acto ilegitimamente formado por esta via, cfr. ELIO CASETTA, *Manuale...*, cit., pp. 449-455.

²¹⁸⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 608-623 (especialmente pp. 621-623).

²¹⁸⁵ Sobre a crítica à consagração do deferimento tácito nestes diplomas cfr., respectivamente, ALEXANDRA ARA-GÃO/JOSÉ EDUARDO DIAS/MARIA ANA BARRADAS, "O Novo Regime da AIA...", cit., pp. 85-87; e CARLA AMADO GOMES, "O procedimento de licenciamento ambiental revisitado", *O Direito*, Ano 140º, n.º 5, 2008, pp. 1.053-1.085 (pp. 1.067-1.072) e "Direito Administrativo do Ambiente", cit., pp. 212-214 (deferimento tácito da DIA) e 222 e seg. (do pedido de licença ambiental).

e) Em último lugar, uma rápida nota sobre as tentativas no sentido de caminhar para a *europeização do procedimento autorizativo ambiental*.

Como resultado da já vista *europeização do direito administrativo*, processo que tem no direito do ambiente o exemplo ilustrativo mais relevante, com a alusão doutrinal à criação, pelo direito europeu, dos elementos essenciais de uma parte geral do direito do ambiente dos Estados membros²¹⁸⁶, também o procedimento administrativo dos actos autorizativos constitui uma matéria que caiu no “campo de gravitação” do direito administrativo da União Europeia, não podendo hoje tal dimensão ser negligenciada.

Com a transferência de muitas decisões autorizativas do plano dos Estados membros para o da União e o crescente significado, na linha do acto administrativo transnacional, da “autorização comunitária” (agora europeia) o direito autorizativo procura chegar a um *procedimento unitário com efeitos europeus*, seguindo para o efeito uma de duas alternativas: um *procedimento nacional com efeito europeu da autorização* (acto administrativo com efeito europeu) solução que, embora alargue o efeito da autorização ao âmbito europeu deixa a execução ainda ao nível estadual; ou a *elevação do próprio procedimento autorizativo ao plano europeu*, com o desenvolvimento de uma autêntica *autorização europeia*²¹⁸⁷. Não é por isso de estranhar a argumentação da doutrina alemã, que como vimos tem procurado desenvolver o *efeito de concentração* das decisões tomadas no seio de procedimentos administrativos complexos, no sentido de procurar vias para a afirmação da *europeização deste efeito de concentração*²¹⁸⁸.

Em conclusão: todas as tensões subjacentes ao acto autorizativo ambiental reinventado do nosso século fazem-se sentir também na dimensão procedimental, em particular a tensão base entre estabilidade e flexibilidade, entre segurança e mutação, entre protecção da confiança e do investimento e tutela ambiental dinâmica. As inúmeras exigências contraditórias que procurámos expor no início deste ponto são em boa medida reflectidas nas diversas soluções do procedimento autorizativo ambiental actual, o que ajuda a explicar o grande protagonismo do elemento procedimental na conformação da autorização ambiental: a nova realidade substantiva ou material que este acto transporta é sobretudo reflectida na dimensão procedimental, sendo sobre ela que se faz sentir grande parte da pressão de inovação, porque *a alterabilidade tem sobretudo uma dimensão procedimental*. A própria dimensão da *protecção dos direitos fundamentais através do procedimento*, que foi por nós ignorada, ajuda a compreender este protagonismo: o acto autorizativo ambiental é praticado no seio de relações jurídicas multipolares ou poligonais, onde se conta o direito ao ambiente, tutelado na nossa ordem jurídico-constitucional como direito subjectivo fundamental. Ora, o procedimento administrativo é a sede que mais operatividade demonstra para a composição dos diversos direitos ou interesses em jogo e para a devida protecção daquela posição jurídica fundamental²¹⁸⁹.

²¹⁸⁶ Na esteira de SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, p. 31.

²¹⁸⁷ Sobre estas alternativas, embora não perspectivadas em relação ao direito do ambiente mas ao direito da segurança alimentar, cfr. RAINER WAHL/DETLEF GROB, “Die Europäisierung des Genehmigungsrechts...”, cit., p. 3.

²¹⁸⁸ Cfr. FABIAN WITTECK, “Konzentration als Verfahrenshemmnis...”, cit., pp. 94-97.

²¹⁸⁹ Como refere M. KLOEPFER (cfr. “Umweltrecht”, cit., p. 394) foi para o direito do ambiente que a doutrina

3.5. A cláusula técnica nas autorizações ambientais

A introdução da cláusula técnica foi já tratada com algum desenvolvimento²¹⁹⁰, sendo agora nosso único objectivo salientar que é ao nível do acto autorizativo ambiental que a penetração de tal realidade no direito sobretudo se faz sentir. A invasão do direito do ambiente pela técnica vem encontrar reflexo e concretização sobretudo no acto autorizativo ambiental, embora também se não possam ignorar as suas consequências ao nível procedimental.

Importa assim relembrar, de forma tópica, algumas das conclusões a que chegámos quando estudámos a complexidade e tecnicidade do direito do ambiente:

– a chamada cláusula técnica traduz-se numa remissão indirecta do direito para a ciência e para a técnica através de conceitos indirectos como “o estado da técnica”, as “melhores técnicas disponíveis”, etc.;

– pretende-se com esta remissão a permanente adaptação tecnológica dos instrumentos técnicos de prevenção e controlo da poluição impostos pelo ordenamento jurídico aos potenciais poluidores;

– as fórmulas utilizadas traduzem uma remissão aberta e permanente para o desenvolvimento científico e tecnológico;

do significado do procedimento para a protecção dos direitos fundamentais foi pela primeira vez desenvolvida, o que atesta bem o relevo da questão. Sobre a forma como o procedimento entrou na “cidade constitucional” e se tornou, juntamente com a organização, indispensável para que os direitos fundamentais pudessem desempenhar a sua função na realidade social, cfr. GOMES CANOTILHO, “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”, *BFDUC*, vol. LXVI, 1990, pp. 151-201, especialmente pp. 151-163. O Autor salienta o papel determinante da *ideia de procedimento* na evolução do direito público, concluindo que ela é indissociável dos direitos fundamentais, não constituindo mero instrumento ancilar de realização do direito material mas parte integrante do mesmo (p. 158) e que a *conformação justa do procedimento*, no âmbito dos direitos fundamentais, permite presumir que o resultado obtido através de um procedimento correcto é adequado aos direitos fundamentais (p. 163). A relação entre o procedimento administrativo e os direitos fundamentais foi também amplamente tratada por VASCO PEREIRA DA SILVA (*Em Busca do Acto...*, cit.), explicando o entendimento dos direitos fundamentais como “garantias do procedimento” no sentido de que reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjectivo de procedimento (p. 279 e 437) e defendendo que os direitos de intervenção no procedimento para a defesa de bens constitucionalmente protegidos correspondem a posições jurídicas de vantagem que são os direitos fundamentais, no seio do seu amplo entendimento da categoria dos direitos subjectivos públicos (cfr. p. 281 e segs., em especial p. 286). Também VIEIRA DE ANDRADE explica a importante relação que a generalidade dos direitos fundamentais tem hoje com regras organizatórias e procedimentais — “relação que (...) sempre existiu, mas que se tornou evidente com as transformações operadas nas últimas décadas”, mostrando diversas situações (para além dos *direitos fundamentais a um procedimento*) em que a organização e o procedimento relevam do ponto de vista dos direitos fundamentais: cfr. *Os Direitos Fundamentais*, cit., pp. 141-144.

Desenvolvadamente sobre as relações entre direitos fundamentais e procedimento administrativo, cfr. JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Studia Iudirica, 13, Coimbra, 1995, p. 201 e segs. O Autor mostra (cfr. p. 205) como no quadro de expansão dos direitos fundamentais o procedimento se apresenta como instrumento essencial à sua realização (através da concretização, restrição ou resolução de conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e bens comunitários constitucionalmente protegidos), concretizando as diversas *relações entre direitos fundamentais e procedimento administrativo* (pp. 207-224): de dependência dos primeiros face ao segundo (ao nível da concretização dos direitos fundamentais, da limitação ou restrição destes direitos através do procedimento e da utilização do procedimento como instrumento de resolução de conflitos dos direitos fundamentais) e da eficácia dos direitos fundamentais no procedimento (especialmente na sua relevância na conformação procedimental, na interpretação das normas procedimentais conforme os direitos fundamentais e na relação entre vícios do procedimento e direitos fundamentais).

²¹⁹⁰ Cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, 5.

– os principais problemas que a cláusula técnica levanta resultam da contradição entre a instabilidade da técnica e a tradicional estabilidade do direito;

– o problema relaciona-se com a normalização industrial, assistindo-se hoje à europeização e industrialização desta, nomeadamente através de expedientes como as normas ISO ou os sistemas de gestão ambiental, com destaque para o EMAS;

– é também evidente a retracção do direito na regulação da questão ambiental ou, talvez melhor, a sua renovação em virtude das normas técnicas (da remissão para as MTDs), em boa medida relacionadas com a auto-regulação industrial, traduzindo igualmente o imbricamento entre o público e o privado;

– a cláusula técnica é uma das maiores responsáveis — se não a maior — pela durabilidade e, sobretudo, dinamismo das obrigações dos operadores de instalações com potencialidade lesiva do ambiente.

Na posse destes elementos, resta-nos notar que é ao nível do acto autorizativo ambiental que esta realidade, em grande medida nova, se faz sentir, e que a maioria — se não a totalidade — das especificidades do regime do acto autorizativo ambiental objecto deste capítulo se relaciona com ela: o dinamismo das *obrigações fundamentais* dos operadores de instalações autorizadas (cfr., *supra*, 3.1.) é em grande medida explicado por e reflexo da cláusula técnica; a aposição de cláusulas acessórias às autorizações ambientais (3.2.) tem também em vista permitir a adaptação daqueles actos aos progressos trazidos pela ciência e pela técnica; a prática de decisões ou modos posteriores (3.3.) serve, em muitos casos, a adaptação do acto autorizativo à evolução da ciência e da técnica; muitas das especificidades procedimentais da autorização ambiental reinventada (3.4.) prendem-se com o estado da técnica e o seu progresso constante; e, finalmente, a falta de adaptação dos operadores de instalações autorizadas poderá levar, no limite, à revogação do acto respectivo (3.6.). O tema ora em análise teve uma consagração muito ampla e significativa ao nível do regime europeu e nacional da PCIP, razão pela qual ele voltará aí a ser tocado, nomeadamente quanto à configuração e ao regime específico das MTDs, definidas e consagradas nesse regime com grande latitude.

Conforme nos informa Kurt A. Strasser a propósito das relações entre a autorização administrativa e as mudanças tecnológicas, havia tradicionalmente um preconceito contra a recepção das mudanças tecnológicas nas autorizações ambientais, com o encorajamento burocrático da adopção de tecnologias existentes, familiares e de “fim de linha”, devido a uma diversidade de razões: as dificuldades colocadas pelas novas tecnologias aos redactores dos actos autorizativos, a cultura de “aversão” ao risco, a morosidade de novas autorizações onde se prescrevesse o uso de novas tecnologias e a prática do próprio pessoal das empresas, mais comprometido com o sistema vigente, com a inerente resistência às mudanças tecnológicas²¹⁹¹. No entanto, nos EUA assistiu-se, ao longo do poderoso processo de “reinvenção da regulação ambiental” da Administração Clinton/Gore, a mudanças significativas no sistema de autorização, com incentivos ao recurso às novas tecnologias pelas próprias

²¹⁹¹ Cfr. KURT A. STRASSER, “Cleaner Technology, Pollution Prevention and Environmental Regulation”, *Fordham Environmental Law Journal*, volume IX, n.º 1, Fall 1997, pp. 1-106 (pp. 67-71).

agências (em especial a EPA) através do apoio técnico aos redactores das autorizações, à certificação das novas tecnologias, ao reforço dos incentivos às empresas para criarem e adoptarem novas tecnologias de prevenção, com destaque indiscutível para os reflexos de três iniciativas da EPA: a *Common Sense Initiative* (centrada na melhoria da regulação ambiental em sectores específicos da indústria), o *Permits Improvement Team*, (interessado nas autorizações ambientais em geral, com apoio muito relevante das autorizações integradas) e o relevantíssimo Projecto XL²¹⁹².

A necessidade de o acto autorizativo ambiental passar a compreender a adaptação ao “estado da técnica” ou às “melhores técnicas ou tecnologias disponíveis” passou a ser um dado inquestionável, prevendo a modificabilidade das prescrições que constituem o seu conteúdo não só aquando da modificação da situação ambiental, como reflexo do funcionamento da instalação, mas também na sequência do progresso da técnica, exigindo-se a sua operação em conformidade com as MTDs. Só assim se poderia assegurar uma *protecção ambiental dinâmica*, de acordo com todas as novas correntes e regimes jurídico-normativos que para ela apontam.

A recepção da cláusula técnica no acto autorizativo ambiental representa, de certa forma, a “invasão do procedimento autorizativo pela técnica” mas também pela incerteza, uma vez que a “gestão da incerteza” levada a cabo pelo acto autorizativo passa, em grande medida, pela remissão do seu conteúdo ou da sua actualização para normas técnicas (para as MTDs). Esta situação levanta problemas muito particulares, não só ao nível da *instabilidade jurídica* do acto e das dificuldades dos operadores em adoptarem os desenvolvimentos técnicos e científicos, mas também do controlo ou exigência administrativa a esse nível e da necessidade de compensar os cidadãos interessados pela evolução de uma realidade que é para eles, em boa medida, desconhecida, através do reforço da transparência do procedimento e da garantia de sindicabilidade das decisões em causa²¹⁹³.

Nos termos que estão hoje definidos na grande maioria dos regimes das autorizações ambientais a cláusula técnica, a remissão para normas técnicas ou a imposição de usar as melhores técnicas disponíveis constituem *pressupostos* da emissão do acto autorizativo. O

²¹⁹² Cfr. KURT A. STRASSER, “Cleaner Technology...”, cit., pp. 71-84. Um dos principais objectivos deste Programa (*Reinventing Environmental Regulation*, anunciado em 16 de Março de 1995 e que marcou inúmeras iniciativas regulatórias, no domínio ambiental, nos anos subsequentes) foi o da *flexibilidade regulatória*: o Programa foi desenhado com o objectivo expresso de *reinventar os paradigmas* que informavam então a regulação ambiental, visando simultaneamente aumentar a protecção ambiental e aliviar os pesos reguladores sobre a indústria (cfr. BENJAMIN STARBUCK WECHSLER, “Rethinking Reinvention...”, cit., p. 255). Estas propostas foram articuladas com as políticas da EPA, tendo provocado o nascimento ou a dinamização de diversos programas a que já nos referimos, com destaque para o Projecto XL (cuja sigla resulta da articulação das palavras eXcellence and Leadership) e também para a *Common Sense Initiative*, o *Programa 33/50*, o *Environmental Leadership Program*, a *National Environmental Technology Strategy* e o *Aiming for Excellence*. Ao nível das autorizações ambientais foi aprovado um plano de acção específico, o “Action Plan for Achieving the Next Generation in Environmental Permitting”: sobre ele, cfr. DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative...”, cit., p. 82 e seg. Sobre toda a matéria desta nota, e em especial para uma análise dos programas e projectos citados, cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 322-329.

²¹⁹³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, p. 437 e 482-494. Deve recordar-se que, na noção de *revi-são* do acto autorizativo ambiental proposta por CARLA AMADO GOMES (cfr. *Risco e Modificação...*, p. 731) se inclui uma referência a esta nota, já que ele é o “instituto que visa a modificação ou extinção de um acto administrativo (...) por força (...) da valoração técnica que sobre ele incidiu (...)”.

que demonstra, desde logo, a sua repercussão no *requerimento* de autorização, o qual deve conter a determinação do uso das melhores técnicas disponíveis para cada unidade ou tipo de emissões, implicando a identificação das opções de prevenção e controlo da poluição disponíveis, as soluções de eliminação tecnicamente praticáveis, o “ranking” das restantes alternativas tecnicamente realizáveis, a avaliação dos controlos mais efectivos, considerando os impactes energéticos, ambientais e económicos, tudo devidamente documentado²¹⁹⁴.

No direito alemão a importância do “estado da técnica” ou das “melhores técnicas disponíveis” enquanto pressuposto da autorização aparece reflectida nas diversas leis sectoriais de protecção do ambiente de forma inequívoca: desde a incontornável BImSchG a qual, ao fixar os pressupostos da autorização no seu § 6, liga o *dever de precaução* a medidas correspondentes ao “estado da técnica” (em função da remissão para o § 5 da mesma lei), notando a doutrina o papel decisivo que o *princípio da proporcionalidade* desempenha na sua concretização²¹⁹⁵; no direito nuclear acontece uma situação idêntica, ligando-se também o dever de precaução ao “estado da ciência e da técnica” para além de noutras normas da lei, enquanto pressuposto das diversas autorizações nela previstas (cfr. § 6, n.º 2, inciso 2, § 7, n.º 2, inciso 3 e § 9, n.º 2, inciso 3, os quais exigem todos a precaução necessária contra danos, de acordo com o estado da ciência e da técnica); também no direito das águas a autorização necessária para a descarga de efluentes em cursos de água só pode ser emitida quando a quantidade e danosidade dos efluentes possa ser mantida o mais baixa possível, de acordo com os métodos correspondentes ao estado da ciência e da técnica (§ 57, n.º 1, inciso 1). Na Alemanha, não só as leis ambientais em causa remetem a concretização destes conceitos para regulamentos do Governo, como a própria lei, a doutrina e a prática articulam o conceito com a aplicação do princípio da proporcionalidade ou com critérios de exequibilidade económica²¹⁹⁶. Reforçando-se o entendimento segundo o qual os pressupostos para emissão das autorizações jurídico-ambientais vão hoje, neste país, muito para além da defesa de perigos, por remissão para o princípio da precaução e para conceitos indeterminados, com destaque para o *estado da técnica*²¹⁹⁷.

Seguindo a legislação e doutrina alemãs citadas, somos irremediavelmente remetidos para o *princípio da precaução*: o tipo e a extensão das medidas de precaução necessárias são determinados pelo *estado da técnica*, podendo ser exigidas medidas de precaução se as emissões não (ou ainda não) atingem ou atingirem o grau de poluição, sendo apenas

²¹⁹⁴ Ao nível do direito norte-americano, BERNARD F. HAWKINS, Jr., “The New Source Review Program...”, cit., p. 120 e segs.; e em concreto ao nível das autorizações do direito das águas (sujeitas ao regime NPDES), cfr. KAREN M. WARDZINSKI/DAVID B. SANDALOW/SARA M. BURGIN/BETH S. GINSBERG/KAREN M. MCGAFFEY, “Water Pollution Control Under the National Pollution Discharge Elimination System”, in: PARTHENIA B. EVANS (ed.), *The Clean Water Act Handbook*, cit., pp. 8-57 (pp. 16-21). Ao tratarem o conteúdo das autorizações NPDES os Autores — usando uma terminologia que, no essencial, foi ultrapassada pouco depois — consideram como seu primeiro componente as limitações baseadas na tecnologia, através das BPT, BCT e BAT específicas de cada indústria, havendo directrizes da EPA fixadas ou, em alternativa, limitações ou requisitos desenvolvidos na base de BPT — estando inclusive salvaguardada a possibilidade de a EPA publicar directrizes menos exigentes, as quais não se aplicam às autorizações já emitidas, com base nas disposições *anti-backsliding* (Secção 402 do CWA) que excluem a possibilidade de as autorizações serem menos exigentes.

²¹⁹⁵ Por todos, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., pp. 1260-1264.

²¹⁹⁶ Exemplificativamente, cfr. KLOEPFER, *Umweltrecht*, p. 1146.

²¹⁹⁷ Cfr. WAHL, “Erlaubnis”, cit., p. 532 e seg.

potencialmente perigosas, aferição feita segundo o estado da técnica, matizando ou flexibilizando os critérios de apreciação donexo causal²¹⁹⁸. Assim se compreende o entendimento doutrinal de acordo com o qual a mudança do estado da técnica (no caso português, o surgimento de novas e mais eficazes MTDs) se deve incluir nas *mudanças das circunstâncias não normativas*, com observância do princípio da proporcionalidade e/ou de considerações económicas que justifiquem a sua adopção²¹⁹⁹.

Do que vem de ser dito resulta já que esta remissão do direito para normas técnicas e para a sua actualização é feita, em larga medida, através da utilização de conceitos imprecisos ou indeterminados os quais, apesar de levantarem alguma incerteza, têm uma elevada componente técnica. No direito norte-americano, onde a cláusula técnica foi acolhida muito cedo nas principais leis ambientais — o CAA e o CWA baseavam muitos dos *requisitos das autorizações na imposição de tecnologias*, traduzidas no respeito pelas BMP ou no cumprimento da BPT, da BAT ou da BCT, o método mais suave de todos, implicando um *teste de razoabilidade de custos* onde se revela a atenzão a considerações económicas²²⁰⁰ — é bem visível a abertura de espaços discricionários na apreciação destas técnicas, em face da sua imprecisão. No regime do CWA na falta de uma definição de tais técnicas deveria ser a EPA a estabelecer as limitações de efluentes nas autorizações de descarga com base no critério muito pouco preciso do seu “melhor juízo profissional” (*best professional judgement*).

Daqui resulta que, para muitos autores, a cláusula técnica abre a porta à *discricionariedade técnica*²²⁰¹ a qual corresponde, grosso modo, aos casos em que as decisões da Administração só podem ser tomadas com base em estudos prévios de natureza técnica e segundo critérios extraídos de normas técnicas, inseridas pela doutrina portuguesa tradi-

²¹⁹⁸ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 710 e seg. Os Autores fazem o paralelo com as decisões posteriores, também tomadas em virtude de novas exigências referentes à instalação, que tanto podem resultar de modificações da situação de imissões no âmbito de actuação da instalação como do *desenvolvimento do estado da técnica*, tendo em conta a aplicação do princípio da proporcionalidade (cfr. p. 783 e seg.).

²¹⁹⁹ LOZANO CUTANDA põe em evidência, a este propósito, que os valores limite de emissões baseados nas MTDs para as substâncias poluentes são, por sua vez, sustentados nos BREFs do IEF (isto é, os BAT *Reference Documents* do *Information Exchange Fórum*, sediado em Sevilha (cfr. <http://eippcb.jrc.es/pages/FActivities.htm>): estes documentos *não são normas juridicamente vinculantes*, do que resulta uma grande margem discricionária das autoridades administrativas no estabelecimento das condições e nos valores limite de emissão contidos no acto autorizativo (cfr. *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., pp. 363-366). Também CARLA AMADO GOMES fala, a propósito das MTDs, na introdução no acto autorizativo de “cláusulas indutoras de reacção adaptativa à realidade, física e técnica, em permanente mutação”, traduzindo aquela fórmula o compromisso entre o *imperativo de antecipação de riscos* e a necessidade de manter um determinado nível de crescimento económico: cfr. “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 200.

²²⁰⁰ As exigências tecnológicas variavam em função da indústria em causa, do tipo de poluente e dos prazos impostos para o cumprimento; sobre o uso destes *standards* tecnológicos no CWA cfr., por todos, ROGER W. FINDLEY/DANIEL A. FARBER, *Environmental Law...*, cit., pp. 125-132 e THEODORE L. GARRETT, “Overview of the Clean Water Act”, in: PARTHENIA B. EVANS (ed.), *The Clean Water Act Handbook*, cit., pp. 1-7.

²²⁰¹ Cfr. PONCE SOLÉ, o qual identifica diversos preceitos da lei catalã de intervenção integrada da Administração ambiental (Lei n.º 3/1998, de 27 de Fevereiro) que, na sua opinião, abrem margens de *discricionariedade técnica*: cfr. “Prevención, precaución...”, cit., pp. 150-155. No mesmo sentido, no direito italiano, cfr. PAOLO DELL’ANNO, *Manuale...*, cit., pp. 262-264. Também no direito germânico se defende uma concepção similar, ao considerar-se que as decisões que envolvem a necessidade de ponderação de elementos e circunstâncias técnicas (juntamente com a valoração da prognose económica, bem como a existência de uma avaliação política) reflectem um *reforço das componentes discricionárias* das decisões administrativas, sob múltiplas formas: cfr. HERMANN HILL, “Rechtstaatliche Bestimmtheit...”, cit., p. 888 e seg.

cional na categoria da *discricionariedade imprópria*, correspondente a actividades administrativas insusceptíveis de controlo jurisdicional, mas a que não correspondia uma liberdade de escolha do conteúdo da decisão, como se verificava na discricionariedade propriamente dita²²⁰². Carla Amado Gomes considera que a remissão directa ou indirecta para normas técnicas levanta a “falsa questão da discricionariedade técnica, uma vez que a submissão legal da actuação administrativa a parâmetros técnicos não implica para a Administração qualquer margem de livre decisão ou a formulação de qualquer juízo valorativo, estando pelo contrário vinculada a juízos de conteúdo científico²²⁰³, também devido às directivas de auto-vinculação emanadas de órgãos consultivos as quais, apesar de não terem eficácia externa — o que leva a que os tribunais e a própria Administração as possam desconsiderar — têm o efeito de reduzir a margem de livre apreciação inerente a estas cláusulas²²⁰⁴.

Na maior parte dos casos, a aplicação das medidas correspondentes ao estado (de desenvolvimento) da ciência e da técnica ou das melhores técnicas disponíveis encontra limites ao nível do princípio da proporcionalidade e de considerações económicas, limites que têm sido alvo de crítica desenvolvida pela doutrina. Concepção projectada na noção nacional de MTDs, acolhida na al. i) do art. 2.º do diploma PCIP, onde se entende por “disponíveis” “as técnicas desenvolvidas a uma escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector económico em causa em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios, quer sejam ou não utilizadas ou produzidas a nível nacional ou comunitário e desde que acessíveis ao operador em condições razoáveis”. Todavia, nos casos em que, mesmo assim se imponha a adopção de medidas correspondentes às novas técnicas com grande prejuízo para o operador, tal determinará a necessidade de o titular da autorização ter direito a uma indemnização pelo dano do *sacrifício*, o que poderá ser articulado com a concessão de linhas especiais de apoio financeiro para categorias da indústria ou para indústrias específicas²²⁰⁵.

²²⁰² Cfr. JOSÉ EDUARDO F. DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais...*, cit., p. 135. Para a crítica à categoria cfr. p. 137.

²²⁰³ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 461-464 (especialmente p. 462). A Autora admite, todavia, que a remissão para normas técnicas possa ser acompanhada da concessão de margens de livre apreciação administrativa, onde a destriça entre a *objectividade* da técnica e a *subjectividade* da discricionariedade é ténue. Mas “a utilização de conceitos indeterminados no domínio da remissão para normas técnicas não implica, por si só, discricionariedade” pelo que “a ‘discricionariedade técnica’ surge como uma falsa questão” (*ob. cit.*, p. 464).

²²⁰⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 200 e seg.

²²⁰⁵ Sobre as críticas doutrinárias à tomada em consideração de critérios económicos na noção de MTDs cfr. o nosso “A Licença Ambiental...”, cit., pp. 75-78 (especialmente p. 77 e seg.). De notar que na versão originária da Directiva PCIP (Directiva 96/61/CE, do Conselho, de 24 de Setembro de 1996) o n.º 11 do seu art. 2.º já considerava como “disponíveis” as técnicas desenvolvidas a uma escala que permitisse a sua aplicação “em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios”, disposição praticamente reproduzida na al. j) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto. Daí a crítica por nós sintetizada no local citado, com saliência para o raciocínio de custos-benefícios que orientava aqueles critérios e para a necessidade de o nível ambiental obtido pela aplicação das MTDs ter de valer a pena em face dos custos: os benefícios marginais têm de ser superiores aos custos marginais, como mostravam LINDSAY HENSHAW/MARIUS AALDERS/PER MOLANDER, “Implementation of the EC Directive on Integrated Pollution Prevention and Control (96/61): A Comparative Study”, *Environmental Liability*, vol. 6 (1998), Issue 2 (July 1998), pp. 39-55 (p. 40).

3.6. O regime de revogação das autorizações ambientais

Como foi assinalado logo a propósito das autorizações ambientais de primeira geração²²⁰⁶, a existência de um regime específico para a revogação destes actos desde cedo se impôs, pelo menos nas ordens jurídicas norte-americana e alemã. Ao estudarmos as especificidades da autorização ambiental reinventada, nos primórdios do século XXI, a particularidade do regime da sua revogação, por comparação com outros actos autorizativos, é um ponto de importância fulcral que vem reforçar a precarização e degradação das posições jurídicas sustentadas em autorizações ambientais.

Porventura faz-se sentir aqui o regresso a um estado da doutrina mais antiga sobre a revogação, nomeadamente daquela que perfilhava a sua possibilidade com base numa alteração do juízo da administração sobre o interesse público²²⁰⁷ ou à própria configuração inicial das autorizações de polícia como actos precários, livremente revogáveis, na linha da doutrina de Mayer e Ranelletti ou, mais tarde, às diversas excepções ao princípio da intangibilidade dos actos constitutivos de direitos, nomeadamente quanto às autorizações de polícia, revogáveis por razões de interesse público, no próprio direito francês. Mesmo a propósito de um entendimento mais moderno da noção de *caso decidido* ou *resolvido* administrativo, em termos formais e em termos materiais, vimos que tal noção acaba por pôr mais em evidência a *precariedade* e *mutabilidade* das decisões administrativas, isto é, no limite serve mais para ilustrar os desvios a essa força do que a alegada estabilidade dos actos administrativos — por serem evidentes as grandes diferenças estas e a sentença jurisdicional, no que se refere à sua firmeza e resistência à mudança.

Mas para além destas aberturas da doutrina, parece lógica a defesa de soluções diferenciadas a propósito da *anulação* e da *revogação* dos actos administrativos em função da sua legalidade ou ilegalidade, vinculação ou discricionariedade, da produção de efeitos vantajosos ou desvantajosos, etc., e que se tome consciência da *impossibilidade de sustentar um regime geral da revogação* — entre outras razões, por força da diminuição da protecção do adquirido e da confiança em determinados ramos do direito administrativo especial sujeitos, de forma severa, às flutuações e alterações do interesse público, das exigências legais, dos conhecimentos técnicos e científicos e da filosofia de protecção das autoridades públicas. O ambiente perfilha-se como o domínio paradigmático de manifestação de tal alterabilidade e flexibilidade.

Damos por assentes as precisões conceituais feitas na Parte I, ou seja e no essencial, partimos por um lado de um conceito estrito de revogação — no sentido de se diferenciar do de anulação, centrado no acto de segundo grau que tem por objectivo *fazer cessar* os efeitos de um acto administrativo anterior (acto com eficácia *ex nunc* ou prospectiva) em

²²⁰⁶ Cfr. *supra*, Parte I, Cap. III, Secção III, 3.

²²⁰⁷ Por todos, cfr. RESTA, *La Revoca...*, cit., p. 120 e seg., o qual defendia que, apesar de se dever ser cauteloso quanto à admissibilidade da revogação por modificação do juízo, devendo ser a incompatibilidade da avaliação abstracta que a Administração faz do interesse público com a realizada concretamente no acto que pode determinar e justificar a revogação, não deixava de defender a revogação quando “o estado material das coisas permaneça e mude a avaliação que delas faz a Administração em função do interesse público (...)”, não resultado a revogação “apenas da mudança do juízo, mas do contraste entre o juízo específico consagrado no acto e o juízo abstracto sobre a avaliação genérica das exigências em relação com o interesse público” (itálico nosso).

virtude da *inconveniência* da sua manutenção, do ponto de vista da satisfação do interesse público, sendo uma forma típica de *administração activa* incidente sobre actos de eficácia duradoura que ainda sejam eficazes ou sobre actos de eficácia instantânea ainda não executados que exprimam, em princípio, o exercício de *poderes discricionários* — mas, por outro lado, perfilhando um conceito amplo de revogação, no sentido de abranger todas as formas de actuar sobre actos administrativos anteriores nos termos assinalados, isto é, compreendendo não só a revogação propriamente dita mas também a revogação por modificação (reforma), por substituição, a revogação sancionatória e a própria declaração de caducidade. Tendo também presente que as *causas de revogação* poderão ser as mais diversas, desde a alteração da situação de facto, à modificação da situação de direito subjacente ao acto praticado, passando pela alteração da cláusula técnica e da filosofia de segurança das autoridades autorizadas — traduzindo-se, assim no desaparecimento superveniente das causas que motivaram a outorga da autorização, pelo aparecimento de novas razões que teriam justificado o indeferimento, pela adopção de novos critérios de apreciação ou pela reapreciação de autorizações outorgadas erradamente²²⁰⁸.

É ainda imperioso não esquecer e ter como pano de fundo a crítica que de diversas partes da doutrina nacional se faz sentir em relação ao regime geral de *revogação dos actos administrativos favoráveis*, vigente no direito português, extremamente restritivo no que toca aos actos “constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”, de acordo com a (lata) expressão consagrada na al. b) do n.º 1 do art. 140.º do CPA. Como vimos, fundados na doutrina mais representativa sobre o tema²²⁰⁹, a alínea mencionada estabelece uma latíssima regra de *irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos e de interesses legalmente protegidos*, no limite correspondente a todos os actos favoráveis, levando ao extremo o princípio da segurança jurídica e a protecção da confiança legítima dos particulares ancorada, em última instância, no princípio do Estado de Direito, de que resulta a ampla tutela das posições jurídicas substantivas constituídas por actos administrativos. Daqui resulta um regime fortemente garantístico dos actos constitutivos de direitos, com excessiva valorização da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares em face da Administração Pública e *desvalorização da satisfação actual do interesse público* o que se revela particularmente grave em situações e relações jurídicas em constante mutação, de que o domínio ambiental é exemplo paradigmático — sendo excessiva, para a doutrina citada que acompanhamos em absoluto, a proibição geral de revogação daquele tipo de actos.

Pelo contrário, tendo em mente que *o fundamento da revogação* passa pela necessidade de manter uma *adequação constante das relações jurídicas administrativas às exigências do interesse público*²²¹⁰, a citada doutrina assinala os perigos que resultam desta “capitulação” do interesse público em face da protecção indiscriminada do particular, defendendo a necessidade de fazer uma ponderação entre os interesses conflitantes em jogo no instituto

²²⁰⁸ Cfr. a apreciação de SÁNCHEZ MORÓN ao art. 16.º do RSCL (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de Junho de 1955): *Derecho Administrativo...*, cit., p. 634 e seg.

²²⁰⁹ Cfr. Parte I, Cap. III, Secção II, 3.2. Seguimos o ensinamento de VIEIRA DE ANDRADE (“A ‘revisão’ dos actos administrativos...”, cit., e “Revogação...”, cit.), PEDRO GONÇALVES (“Revogação...”, cit.) e FILIPA URBANO CALVÃO (“Revogação...”, cit.).

²²¹⁰ Cfr., de forma expressa, PEDRO GONÇALVES, “Revogação...”, cit., p. 306.

da revogação, ao contrário do que se verifica no regime do CPA, convocando para o efeito o *princípio da proporcionalidade*, que não pode deixar de desempenhar um papel fundamental: dessa ponderação resulta que não deve ser apenas considerada a estabilidade dos actos e a protecção da confiança dos particulares, mas também a defesa da legalidade e, sobretudo, a *realização actualizada do interesse público*. Só através desta ponderação é possível obter soluções equilibradas, equilíbrio que torna forçoso o reconhecimento de que existem casos em que a prossecução do interesse público torna inevitável a revogação de actos constitutivos de direitos (ainda que com atribuição de uma indemnização ao particular lesado que esteja de boa fé), já que a sua realização justifica a supremacia perante os interesses dos particulares na manutenção do acto. Nesta ponderação assumem papel principal não apenas a dignidade da confiança do interessado na estabilidade do acto, mas também os princípios da justiça e da boa fé, sendo em nome de todos eles mais justo e mais de acordo com o princípio da prossecução do interesse público admitir a prevalência deste sobre a confiança dos destinatários dos actos administrativos.

Com a consciência de que a revisão “constitui um lugar central de conflito entre valores e interesses juridicamente relevantes, de tal modo que o seu regime pode ser considerado como momento caracterizador do ordenamento jurídico-administrativo de um Estado”²²¹¹, a doutrina nacional citada defende a necessidade de flexibilizar os pressupostos legais da revogação, abrindo portas para a revogação de actos constitutivos de direitos, tendo por base os princípios assinalados e, sobretudo, a intensidade que a protecção do interesse público reclama em algumas situações.

Para além desta crítica genérica é inevitável, no sentido de nos aproximarmos dos problemas específicos da autorização ambiental, afastar a defesa de um regime geral de revogação válido para todos os tipos de actos. Com Filipa Urbano Calvão²²¹² parece-nos inevitável distinguir, a propósito da protecção da confiança ligada à al. b) do n.º 1 do art. 140.º do CPA, entre os actos criadores de efeitos favoráveis *permanentes* e os que criam efeitos *temporários*, uma vez que os actos que nascem — por determinação da lei ou da Administração — condicionados à permanente satisfação do interesse público não criam posições estáveis e consistentes, já que a sua manutenção depende da evolução e modificação do interesse público que visam satisfazer. Há actos criadores de posições jurídicas que não têm estabilidade e consistência suficientes para serem “constitutivos” de tais posições, dependendo da evolução do interesse público que pode impor o exercício do poder administrativo de revogação, devendo ficar fora do âmbito da previsão da al. b) do art. 140.º do CPA “as posições subjectivas que, à partida, são constituídas ou reguladas numa forte dependência da evolução futura do interesse público” pois, nesses casos, “a confiança na estabilidade do acto é como que enfraquecida desde o início”²²¹³.

Para além de se dever subtrair de tal regime, ainda em geral, os actos que, de acordo com a lei, são precários ou provisórios, bem como aqueles sujeitos a reserva de revoga-

²²¹¹ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A ‘revisão’ dos actos administrativos...”, cit., p. 202.

²²¹² Cfr. *Cláusulas Acessórias...*, cit., pp. 368-383.

²²¹³ Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 425 e 435.

ção²²¹⁴, debruçar-nos-emos agora em particular sobre os *actos autorizativos ambientais*, para defender, com Carla Amado Gomes, a sua *intrínseca provisóriedade*²²¹⁵ reflectida, talvez mais do que em qualquer outra nota, na muito maior abertura à sua revogabilidade. O ponto de partida é sempre o mesmo: a autorização jurídico-ambiental transmite protecção ao projecto autorizado (*Bestandschutz*, na terminologia alemã), ficando o seu titular numa melhor posição do que aquela que gozaria sem o acto autorizativo, na medida em que o acto autorizativo subtrai da esfera do operador *alguns* dos riscos da evolução futura. No entanto, o alcance dessa protecção e, no fundo, do *efeito de estabilização* conferido por este acto depende das expressões específicas do direito positivo, sendo muito menor quando, como vai acontecendo cada vez mais nos regimes jurídico-ambientais, a possibilidade da prática de decisões posteriores modificativas do conteúdo originário da autorização ou a sua *revogação* são admissíveis²²¹⁶.

Deve desde logo chamar-se à colação a incontornável *dimensão operativa* das autorizações ambientais, tipicamente *autorizações de funcionamento* que dão origem a uma *relação continuada* que pressupõe, entre outros aspectos, um *controlo permanente* da Administração e uma possibilidade de intervenção no conteúdo da autorização para a adaptar às flutuações de um interesse público tão dinâmico e difícil de concretizar, também do ponto de vista científico, como o é o interesse na tutela ambiental. Adaptação que, nos casos mais radicais, deve chegar ao ponto de permitir a *revogação* das autorizações, ainda que com o eventual pagamento de uma indemnização para ressarcir o operador autorizado dos danos causados em virtude da cessação dos efeitos de um acto que constitui pressuposto legal para o exercício da sua actividade²²¹⁷.

Sem entrarmos em grandes questões de precisão terminológica e tendo em mente um conceito de *revogação* do acto autorizativo ambiental correspondente a todas as situações em que a Administração — em virtude de *alteração da situação de facto* subjacente ao exercício de uma actividade ou exploração de um projecto autorizado, das *regras jurídicas disciplinadoras* do projecto em questão, dos *conhecimentos técnicos e científicos* subjacentes aos expedientes utilizados pelo operador na exploração da instalação para evitar,

²²¹⁴ DESDENTADO DAROCA (*El Precário Administrativo...*, cit., pp. 69-119), a propósito da *natureza jurídica das licenças, autorizações e concessões precárias*, afasta a teoria que concebe estes actos como actos sujeitos a *reserva de revogação* uma vez que, nos actos precários a cessação dos seus efeitos é co-natural ao próprio acto, faz parte da estrutura da relação jurídica gerada desde o início. Assim, quando a Administração decide *declarar a sua extinção* por razões de interesse público ela não tem de recorrer à via da revogação. No mesmo sentido, subtraindo do regime dos actos constitutivos de direitos, cuja revogabilidade é proibida pela al. b) do n.º 1 do art. 140.º do CPA, os actos legalmente precários ou provisórios e os actos sujeitos a reserva de revogação, FILIPA URBANO CALVÃO, *Cláusulas Acessórias...*, cit., p. 375.

²²¹⁵ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 585 e segs.

²²¹⁶ Cfr. WAHL, "Erlaubnis", cit., p. 533 e seg.

²²¹⁷ Neste sentido cfr., na doutrina espanhola, LOZANO CUTANDA (*Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 346 e seg.), em relação à actividade administrativa de *controlo permanente* sobre as *actividades classificadas*, em virtude de uma relação contínua e obrigatória entre o titular da autorização e a Administração, gerada pela concessão da licença, a qual visa garantir que a actividade seja exercida, em cada momento, *nas condições autorizadas*. Daí que Lozano Cutanda fale mesmo numa *prerrogativa de ius variandi* da Administração sobre as condições da autorização e inclusive *de revogação* (p. 347). Também LAGUNA DE PAZ, no seu estudo monográfico sobre a autorização administrativa (*La Autorización Administrativa*, cit., p. 107), se refere à *autorização ambiental* como um título jurídico *mais vulnerável*, com amplas possibilidades de modificação e de revogação.

prevenir, controlar ou, no limite, reduzir a poluição, da *filosofia de segurança* da autoridade autorizadora ou como resposta ao incumprimento de modos ou obrigações impostas ao sujeito autorizado — determine a cessação da eficácia de um acto autorizativo anterior, a sua modificação, a sua substituição por um outro, seja em termos totais, seja meramente parciais, declare a sua caducidade ou o revogue em virtude do incumprimento da obrigação de actualização, por parte do operador, subjacente a esse acto autorizativo, queremos sublinhar ser hoje evidente que a autorização ambiental deve ser configurada como um título precário, revogável com ou sem indemnização, sendo os regimes da PCIP — europeu e dos direitos ambientais dos Estados membros da UE — os exemplos paradigmáticos dessa realidade. Em relação ao trabalho de referência, neste domínio, no direito nacional²²¹⁸, diremos que o entendimento da revogação subjacente ao nosso trabalho se aproxima, em larga medida, do conceito de *revisão*, baseado na *teoria da imprevisão*, apresentado pela Autora: o “instituto que visa a modificação ou extinção de um acto administrativo (...) por força da alteração dos pressupostos de facto ou da valoração técnica que sobre eles incidiu, ou dos pressupostos de direito (...) alteração essa que ofende de tal forma os interesses públicos cuja prossecução o acto autorizativo visa que a sua subsistência, nos moldes iniciais, se revela insustentável”. Esta revisão permite à Administração proceder à modificação (ou extinção) do acto autorizativo, *actualizando os deveres nele contidos* à luz dos novos dados — embora se deixe deliberadamente na penumbra a distinção entre anulação e revogação ou, talvez melhor, se pretenda abranger as duas realidades, com um conceito que esteja para lá dessa distinção²²¹⁹.

Subjacente a uma admissibilidade lata dos poderes administrativos de revogação dos actos autorizativos ambientais — ainda que mais do ponto de vista potencial, pois na prática é muitas vezes mais fácil a utilização de outros expedientes, como o recurso a decisões posteriores modificativas do conteúdo originário da autorização que, em princípio, não assumem natureza revogatória, como o direito alemão bem revela — está a realidade que subjaz a estes actos: o ambiente e a insigne dignidade da sua protecção nos nossos dias. Para além de a tutela do ambiente ser hoje demasiado importante, tanto do ponto de vista individual como colectivo, é-lhe inerente um quadro de incerteza, de alterabilidade, de evolução constante no que se refere à realidade de facto, aos preceitos normativos, aos dispositivos técnicos, aos conhecimentos científicos que lhe são inerentes e às políticas de protecção que lhe subjazem. Realidade que aponta para a invasão do acto autorizativo ambiental pela incerteza e pelo risco, com a redução forçosa, neste campo, da estabilidade tradicional do acto autorizativo, exigindo um controlo dinâmico e permanente da autorização²²²⁰.

Daí que faça todo o sentido — e aqui acompanhamos em absoluto o pensamento de Carla Amado Gomes — que o fundamento para este entendimento lato da revogação

²²¹⁸ O amplamente citado *Risco e Modificação...* de CARLA AMADO GOMES, com destaque para a sua Parte III, especialmente pp. 582-608, 671 e seg., 716-733 e 749-753.

²²¹⁹ Conforme é assumido por CARLA AMADO GOMES quando refere que a aplicação da *teoria da imprevisão* a actos autorizativos ambientais, ao procurar introduzir modificações no conteúdo do acto autorizativo por força da superveniência de novas circunstâncias, desembocará numa nova figura, que não será nem anulação nem revogação: cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 643, 654-660, 719 e, especialmente, p. 726 e segs.

²²²⁰ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, de forma sintética a p. 749 e seg.

do acto autorizativo ambiental seja a cláusula *rebus sic stantibus*, a qual exprime a possibilidade de o acto poder ser *a todo o tempo* suprimido ou modificado para o futuro, se a realidade a que ele se aplica, onde produz os seus efeitos e que justificou a sua prática ou emissão tiver desaparecido ou se tiver modificado em tais termos que tornem o acto anterior incompatível com a prossecução actual do interesse público²²²¹.

Os contornos exactos dos poderes administrativos de revogação ou de modificação revogatória — com destaque particular para a diferenciação entre os casos em que o operador autorizado tem ou não direito a ser indemnizado pelos prejuízos sofridos — não podem ser fixados em geral, dependendo da situação concreta e, sobretudo, do alcance exacto da modificação operada, no caso de não estarmos perante uma revisão extintiva ou uma revogação *tout court*. Nas situações em que incida sobre a Administração um dever de indemnizar, estaremos perante uma *indemnização pelo sacrifício*, hoje prevista no art. 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas), determinando que os particulares a quem, *por razões de interesse público*, sejam impostos encargos ou casados *danos especiais e anormais*, devem ser indemnizados pelo Estado ou por outra pessoa colectiva de direito público²²²².

Relacionando a abertura da revogabilidade do acto autorizativo ambiental às suas outras especificidades que temos vindo a tratar ao longo deste capítulo, todas têm por pano de fundo a durabilidade e, sobretudo, o dinamismo das obrigações do operador de instalações autorizadas que se concretizam na sua sujeição a uma revisão e actualização permanentes do acto autorizativo, desiderato atingido por degraus sucessivos, sendo o da sua revogação o mais radical. Mas este pano de fundo traduz muito mais do que a precarização, “imaginada” em termos muito abertos pelo legislador e concretizada ou resolvida pela Administração, das posições jurídicas administrativas subjectivas consolidadas ou, em nosso entender, criadas pelo acto autorizativo: o que sobretudo resulta daqui é o *enfraquecimento da função de estabilização do acto autorizativo ambiental*. Sendo por isso de recordar o pensamento de Ricardo Villata, expresso em 1974, segundo o qual no problema da admissibilidade ou

²²²¹ Cfr. *Risco e Modificação...*, cit., p. 726 e segs. A aplicação da *teoria da imprevisão aos actos autorizativos ambientais* (cfr. p. 716 e segs.) e os fundamentos da revisão na cláusula *rebus sic stantibus* (p. 726 e segs.) leva a que a partir do momento em que um exame da situação revele ter desaparecido o condicionalismo determinante da emissão da autorização, esta possa ser suprimida ou modificada para o futuro, constituindo o regime da alteração de circunstâncias o fundamento da revisão, com a consequência de a Administração ficar eximida dos condicionalismos estabelecidos em sede de revogação do acto administrativo.

Desenvolvidamente sobre a cláusula *rebus sic stantibus* cfr. o estudo monográfico de RALF KÖBLER, *Die clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1991. Apesar de o trabalho, mesmo quando se debruça sobre questões de direito administrativo, se centrar no *direito dos contratos*, o Autor reconhece (cfr. p. 15) que, apesar de o controlo de exigibilidade que é inerente ao princípio se orientar em regra para critérios desenvolvidos no direito civil, ele é também considerado ao nível do direito público a propósito da anulação, revogação e reabertura de *actos administrativos* (§§ 49, 50 e 51 a VwVfG) — raciocínio desenvolvido a pp. 113-116, em especial a propósito da *revogação de actos administrativos válidos favoráveis*, e a p. 184 e seg., considerando que as duas causas especiais de revogação previstas nos incisos 3 e 4 do n.º 2 do § 49 da VwVfG (revogação em virtude de factos supervenientes ou de alteração da situação jurídica, preceitos jurídicos aplicáveis em qualquer dos casos quando aquelas situações tivessem autorizado a Administração a não praticar o acto favorável) são expressão da cláusula *rebus sic stantibus*.

²²²² Considerando o art. 2.º do mesmo diploma que são danos ou encargos *especiais* aqueles que incidem sobre uma pessoa ou grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas e *anormais* aqueles que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

não da *revogação por razões supervenientes*, nas autorizações no domínio económico, não é tanto a questão do direito subjectivo do indivíduo autorizado mas a *disponibilidade dos efeitos por parte da Administração* que está em causa, já que revogar um acto significa, antes de mais, dispor dos seus efeitos²²²³.

A gradação das medidas utilizadas pelo legislador e pela Administração para concretizar o dinamismo da autorização ambiental e da tutela a ela subjacente a que aludimos supra é particularmente visível no direito alemão: para além da fixação de termos ou prazos nas autorizações e da imposição da utilização de novas tecnologias de prevenção e controlo da poluição, o estabelecimento de novos modos tem um papel decisivo, podendo passar por *decisões posteriores modificativas do conteúdo da autorização*. No caso de se verificarem os pressupostos legais para a prática de uma decisão superveniente (§ 17 da BImSchG) mas ela não puder ser tomada, em nome do princípio da proporcionalidade, a autoridade competente deve *revogar* total ou parcialmente a autorização, estando todavia obrigada a *indemnizar* os eventuais *danos de confiança* causados (articulação entre o n.º 2 do § 17 e o n.º 4 do § 21, ambos da BImSchG)²²²⁴.

Este § 21 da BImSchG é um preceito paradigmático na matéria, consagrando um regime especial de revogação que afasta o regime geral — apesar de a norma revelar um paralelismo quase absoluto com as normas da VwVfG, conduzindo-nos à conclusão de que a *especialidade do regime* se traduz, afinal, numa quase transposição do regime geral para o campo do direito de protecção das imissões²²²⁵.

De qualquer modo, a doutrina assinala uma série de regras, princípios ou problemas sobre os quais cumpre deixar algumas palavras²²²⁶. Desde logo a *discricionariedade de revogação* de que a Administração goza (utiliza-se o conceito de “pode”, uma das formas de atribuição de poder discricionário à Administração), devendo ser ponderados, em tal decisão

²²²³ Cfr. RICARDO VILLATA, *Autorizzazioni Amministrative...*, cit., pp. 196-199.

²²²⁴ Sobre a relação entre a revogação e as decisões posteriores saliente-se, com WICKEL (cfr. *Bestandschutz...*, p. 182 e seg.), que tanto as decisões posteriores como a revogação parcial e a anulação parcial representam intervenções no acto administrativo traduzidas numa limitação da sua “existência” ou do seu *acquis*, tendo todas o *mesmo objecto*: qualquer uma visa a *adaptação posterior a exigências modificadas* do direito de protecção das imissões.

²²²⁵ O n.º 1 do § 21 da BImSchG corresponde ao n.º 2 do § 49 da VwVfG; o n.º 2 vai buscar uma regra para a qual remete este § 49, concretamente a contida no n.º 4 do § 48 da VwVfG; o n.º 3 do § 21 corresponde ao n.º 4 do preceito da VwVfG; o n.º 4 ao n.º 6; o n.º 6 à parte final do n.º 6; e o n.º 7 ao § 50 da VwVfG. Apenas o n.º 5 do § 21 da BImSchG, ao permitir a regulamentação divergente das obrigações de indemnização por parte dos Estados federados, não tem correspondência na VwVfG. Compreendem-se, assim, as críticas de alguns sectores da doutrina, de acordo com os quais os regimes da *revogação* e das *intervenções* ou *decisões posteriores* sobre o conteúdo da autorização no direito ambiental são *regimes brandos*, com respostas pouco claras, nomeadamente devido ao recurso a cláusulas gerais, que têm de ser preenchidas para que o preceito seja aplicável, concluindo que o operador pode ter alguma certeza de que a Administração vai manter as apreciações expressas na autorização: por todos, cfr. RAINER WAHL/GEORG HERMES/KARTEN SACH, “Genehmigung...”, cit., pp. 252-254. Em todo o caso, Rüdiger Breuer, ao fazer a comparação da autorização do direito de protecção das imissões com a antiga autorização de instalações industriais, regulada nos §§ 16 e segs. da GewO, não deixa de salientar os inúmeros “agravamentos” ao seu regime contidos na BImSchG, citando, para além das obrigações do operador do seu § 5, a obrigação de precaução aferida pelo estado da técnica, a possibilidade da prática de decisões de proibição, cessação e eliminação da instalação e o *regime da revogação da autorização*, tudo no sentido da *dinamização* da autorização de instalação, em comparação com o regime da GewO: cfr. RÜDIGER BREUER, “Umweltschutzrecht”, cit., p. 713.

²²²⁶ Sobre o regime da revogação contido no § 21 da BImSchG cfr., entre outros, SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 716; MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., pp. 176-187; e KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1292 e seg.

e de acordo com o princípio da proporcionalidade, os interesses públicos, dos terceiros afectados e do operador da instalação; a necessidade, para que a Administração possa exercer tal poder, de se verificar uma das situações previstas na lei que permitem a revogação, descritas com bastante rigor nos incisos 1 a 5 do n.º 1 as quais, todavia, não são exigidas se a autorização ainda não tiver adquirido força de caso decidido, por ter sido impugnada por um terceiro; a subordinação da possibilidade de revogar a autorização ao prazo de caducidade de um ano, contado a partir da tomada de conhecimento, por parte da Administração, dos factos que a fundamentam. Quanto aos *efeitos da revogação*, a autorização revogada torna-se ineficaz para o futuro e, no caso de a instalação continuar a funcionar (sem a autorização) abre-se a porta para a aplicação do n.º 2 do § 20 da BImSchG, nos termos do qual a Administração *deve* determinar o encerramento ou desmantelamento da instalação.

No direito da energia nuclear a realidade é similar: em face do § 17 da AtG²²²⁷ o primeiro expediente é o das decisões ou modos posteriores, justificadas por alterações do estado da ciência e da técnica mas admissíveis por simples mudanças da filosofia de segurança. O segundo “degrau” é constituído pela *revogação facultativa* da autorização: de acordo com o n.º 3 do preceito ela pode verificar-se em caso de desaparecimento posterior de um dos seus pressupostos, em virtude de factos novos ou até pela alteração de conhecimentos factuais sobre circunstâncias externas à instalação, sendo muito discutível que possa ocorrer em caso de uma alteração da filosofia de segurança das autoridades, só sendo em qualquer caso possível quando não se possa recorrer, em tempo útil, a um outro remédio, com destaque para o modo posterior. O terceiro degrau é constituído pela *revogação obrigatória* da autorização (n.º 4 do § 17), a qual se verifica no domínio da defesa de perigos “clássica”: o acto autorizativo *tem* de ser revogado quando os trabalhadores, os terceiros ou o interesse público sejam colocados em perigo (n.º 5).

Tomámos o direito de protecção atmosfera como modelo, em face da proximidade com outros direitos especiais do ambiente. No entanto, a comparação com o regime do direito da energia nuclear (contido dos §§ 17 e 18 da AtG) não é absolutamente linear, como mostra Dieter Sellner²²²⁸: se, por um lado, a *protecção do adquirido* na BImSchG se apresenta com maior força, em termos de resistência à revogação, por outro, não existe na lei de protecção das imissões um tipo legal de exclusão da indemnização com o teor e alcance do contido no inciso 3 do n.º 2 do § 18 da AtG.

No direito dos recursos hídricos, por sua vez, era necessário partir da distinção entre a *Erlaubnis* e a *Bewilligung*, lembrando que na anterior redacção da WHG aquela concedia um *poder revogável* de utilizar uma massa de água (cfr § 7), pelo que os problemas só se levantavam para a segunda, sendo a sua revogação objecto de um preceito específico da mesma lei dos recursos hídricos (o § 12), na redacção que vigorou até Julho de 2009. Mas mesmo em relação a este revelava-se que a *Bestandschutz* no direito das águas acabava por ser menor, na medida em que o n.º 1 do § 12 admitia a revogação total ou parcial da “*Bewilligung*”, contra indemnização, em caso de ser de esperar do uso irrestrito da massa de água a verificação de danos importantes para o bem comum da comunidade, em especial do abastecimento da água.

²²²⁷ Sobre ele cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., pp. 469-478 e DIETER SELLNER, “Nachträgliche Auflagen...”, cit., p. 341 e segs.

²²²⁸ Cfr. “Nachträgliche Auflagen...”, cit., p. 340.

O n.º 2 do mesmo § 12, por sua vez, admitia a revogação total ou parcial, *sem indemnização*, em casos determinados, destacando-se as acções do operador traduzidas numa modificação da finalidade do uso que não estivesse em concordância com o plano apresentado de acordo com o inciso 2 do n.º 2 do § 8 ou, nos termos do inciso 3, a utilização alargada para além das condições da autorização (apesar da chamada de atenção da Administração, com o aviso da possibilidade de revogação) ou o incumprimento de condições ou de modos.

Pelo meio desta gradação existe a questão da *indemnização*: a única situação que, à partida e segundo a doutrina citada, exige o ressarcimento dos danos causados ao operador autorizado é a da revogação facultativa e, eventualmente, o caso dos *modos posteriores* que, substancialmente, equivalham a uma revogação. Por aqui se revela bem como a defesa dos perigos não previstos de início mas ocorridos posteriormente tem relevo suficiente não só para justificar a revogação mas também para afastar o ressarcimento dos danos sofridos, uma vez que os perigos futuros correm hoje tanto por conta da Administração como, sobretudo (é pelo menos isso que se deseja), por conta dos operadores de instalações susceptíveis de lesar o ambiente.

Na questão da indemnização a atribuir ao titular de um acto autorizativo ambiental revogado o relevo da *confiança digna de tutela* volta a emergir com todo o vigor, pois só nos casos em que a confiança que ele depositou seja merecedora de protecção pelo ordenamento jurídico e em que, além disso, o titular esteja de boa fé e os ditames do princípio da proporcionalidade apontem nesse sentido é que faz hoje sentido arbitrar uma indemnização a favor do titular de uma autorização ambiental revogada. O que não pode ser mais do que lógico, razoável e proporcionado em face da revolução copernicana que os actos autorizativos ambientais sofreram e que temos vindo a explorar ao longo do capítulo: a situação de partida da outorga destes actos é radicalmente diferente da de outros direitos administrativos especiais e o seu titular não pode contar com uma cristalização das regras neles fixadas, não pode pensar que o acto jurídico-público vai funcionar como um escudo de protecção contra modificações posteriores, não pode ter a convicção de que a função de estabilização vai ganhar supremacia em relação à flexibilidade, adaptabilidade e dinamismo do acto praticado. Aquela cristalização não existe, a estabilização é apenas relativa e a flexibilidade e dinamismo do acto são por demais evidentes, em face de uma compreensão global das regras aplicáveis e do regime dos actos autorizativos ambientais. Tomando ainda como exemplo a BImSchG, o n.º 4 do § 21 define os casos em que a revogação tem consequências indemnizatórias, os quais devem ser feitos valer na jurisdição comum (cível), de acordo com o n.º 6. Está em causa a indemnização dos *danos da confiança digna de tutela*, que devem ser delimitados pelo interesse positivo na existência ou manutenção da autorização, não sendo suficiente para excluir a tutela do operador a simples violação das obrigações dinâmicas do § 5 que ele haja cometido²²²⁹. Assim, fora das hipóteses em que a

²²²⁹ Neste sentido, MARTIN WICKEL, *Bestandschutz...*, cit., p. 184, que acaba por concluir que a indemnização prevista neste preceito da lei da protecção das imissões não é, na maioria dos casos, necessária do ponto de vista constitucional, tratando-se assim de uma decisão de equidade. Aliás, WICKEL generaliza esta conclusão, considerando que, apesar de as regras do direito administrativo vigente ligarem em regra a revogação a um regime de indemnização, o art. 14.º da GG não a exige, estando o âmbito da indemnização na discricionariedade da Administração (cfr. pp. 309-311).

revogação tenha por base os motivos previstos nos incisos 1 e 2 do n.º 1 (emissão da autorização com reserva de revogação ou incumprimento de um modo ou sua não satisfação tempestiva), a Administração tem de indemnizar os afectados, mediante requerimento destes, pelos prejuízos patrimoniais que tenham sofrido em virtude de terem confiado na existência da autorização, desde que a sua confiança seja digna de tutela, competindo o arbitramento da indemnização à Administração. Mais uma vez, convém não o esquecer, à imagem do que se passa no regime geral estipulado na VwVfG.

Seguindo o protagonismo que, nesta sede, foi assumido pelo direito germânico e norte-americano²²³⁰, um pouco por todo o lado se tem defendido o alargamento das possibilidades de revogação da autorização²²³¹. No espaço europeu, é incontornável o papel assumido pela entrada em vigor dos regimes da PCIP, criados com base na Directiva n.º 96/61/CE, do Conselho, de 24 de Setembro. No nosso país, à imagem do que se passou nos congéneres europeus, a regulação deste regime no Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto (entretanto revogado) levou à criação da “licença ambiental” como um instrumento autorizativo essencialmente precário, embora sem a previsão de um regime específico para a sua revogação²²³². Procederemos ao tratamento mais apurado deste regime quando nos

²²³⁰ Onde é comum, há muito, que as autorizações sejam “extintas” (*terminated* o que, no fundo, corresponde à declaração da sua caducidade) ou revogadas fundamentadamente (“for cause”), tanto por força da lei como em consequência das condições previstas no próprio acto autorizativo, que contém as condições em que a autoridade autorizadora pode rever, declarar a caducidade, modificar ou revogar autorizações *for cause*. Por exemplo de acordo com os *programas de autorizações* previstos no CAA (cfr. Secção 502), entre os elementos mínimos de tais programas devem constar a determinação de que a autoridade autorizadora tem competência para *declarar a caducidade, modificar, revogar* ou *re-emitir* autorizações fundamentadamente: cfr. ARNOLD W. REITZE, *Air Pollution Law*, cit., p. 436 e segs. Sobre a revogação e declaração de caducidade das autorizações do direito das águas, sujeitas a regime idêntico, cfr. PHILIP WEINBERG/KEVIN A. REILLY, *Understandig Environmental Law*, cit., p. 146 e seg.. Entre os fundamentos previstos na legislação de protecção do ar e de protecção da água para a declaração de caducidade ou revogação contam-se, entre outros, os da violação de um dos requisitos da autorização, a *modificação das circunstâncias* que exige uma redução temporária ou permanente das emissões ou descargas ou a sua eliminação completa ou alterações materiais e substanciais na instalação depois da emissão da autorização que incidam sobre as descargas/emissões. Assim, os fundamentos possíveis acabam por representar uma abertura dos poderes administrativos citados, permitindo à doutrina relacioná-los com a actualização da autorização a novas exigências, a modificação da situação de facto ou o surgimento de novas tecnologias e conhecimentos científicos sobre a prevenção da poluição.

²²³¹ Inclusive no Brasil, onde a doutrina defende, de forma pacífica, que a ocorrência de factos graves para a saúde pública ou para o ambiente, no exercício de actividades ou na exploração de instalações autorizadas, permite a revisão da autorização e, no limite, a sua revogação: por todos, cfr. LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, cit., p. 280.

²²³² Como dissemos, nos diversos países da Comunidade Europeia, a necessidade de transposição da Directiva PCIP determinou a publicação de diplomas normativos com a instituição da *licença ambiental* em cujo regime se reflectem, de forma mais ou menos explícita, os limites à sua estabilidade jurídica e as possibilidades mais abertas da revogabilidade, em comparação com os tradicionais limites estritos à revogação dos actos constitutivos de direitos. Um texto que, apesar de referido a uma realidade geográfica e jurídica muito delimitada (a Catalunha) exprime bem o que se passou em diversas ordens jurídicas é o de JULI PONCE SOLÉ, “Previsión, precaución...”, cit., o qual se debruça sobre a lei referida no título, a lei da intervenção integral da Administração ambiental — LIIAA, que levou a cabo a transposição da citada Directiva e cuja importância justifica as palavras do Autor, para quem ela será “a coluna vertebral das políticas públicas ambientais na Catalunha no futuro próximo” (p. 150). O Autor aborda desenvolvidamente (cfr. pp. 182-191) a problemática da *revisão* e *revogação* de autorizações e licenças — sublinhando a *natureza operativa (de funcionamento)* das autorizações ambientais, que dão origem a uma relação continuada — a qual pode determinar a *modificação das condições da autorização ou licença*, sem qualquer indemnização do operador, sublinhando que se trata de uma relação de *trato sucessivo* em que o interesse público

debruçarmos sobre a autorização ambiental integrada.

Apesar de termos tratado a revogação do acto autorizativo ambiental de forma genérica, abrangendo os diversos meios pelos quais a Administração determina a cessação dos efeitos, a modificação, a substituição ou a declaração de caducidade daquele acto para o futuro, gostaríamos de terminar este ponto com uma breve palavra sobre a *revogação sancionatória* — situação a que alguns autores fazem corresponder, em termos tendenciais, os casos de *caducidade por incumprimento* ou *caducidade-sanção*²²³³ —, notando à partida, com Alessandro Crosetti, que a revogação sancionatória da autorização, enquanto expressão de poderes administrativos inibitórios, implica que se considere o poder de retirar actos “a medida de controlo inibitório mais eficaz para a prossecução da tutela ambiental”²²³⁴.

O papel desta figura é tanto maior se a articularmos com as consequências do não cumprimento de modos apostos às autorizações ambientais, que constituem uma tendência enraizada na moderna administração do ambiente, realçada pelo facto de a cláusula técnica ser hoje uma realidade estipulada na lei (o exemplo paradigmático é a exigência de utilização das MTDs, prevista no regime PCIP²²³⁵). Ora, de acordo com uma proposta da doutrina que acompanhamos em absoluto²²³⁶, para além dos casos em que diplomas sectoriais prevêem “remédios” para o não cumprimento destes modos, em especial em sede de sanções acessórias com efeitos materialmente idênticos aos da revogação, nos casos em que é a Administração a criar a cláusula modal, ela não é cumprida e não se prevê na lei a possibilidade de proceder à sua execução coerciva, a Administração deve *poder decretar a caducidade do acto autorizativo* em virtude da ausência dos seus pressupostos legais²²³⁷.

pode exigir tal revisão. As causas de interesse público que exigem a revisão podem ter a ver com circunstâncias *de facto* (em especial mudanças ao nível das MTDs) ou com *modificações normativas*. Tendo por base estas causas de revisão, e apesar de partir do princípio da irrevogabilidade dos actos favoráveis ou declarativos de direito e de a LIIAA não se referir expressamente à revogação, PONCE SOLÉ entende que a mudança de normas determina a *ineficácia do acto autorizativo* ou *licenciador*, no caso de inadaptação do seu titular, por sua responsabilidade; e, em caso de impossibilidade de adaptação, a revogabilidade que poderá dar origem a uma indemnização se se verificarem os pressupostos da responsabilidade patrimonial; já a falta de adaptação da instalação ou do funcionamento às mudanças de circunstâncias não normativas (como por exemplo as mencionadas variações do estado da técnica) por causas imputáveis ao titular da licença ou autorização (no fundo, o *incumprimento* que daqui resulta) determinará a *ineficácia superveniente* do acto de consentimento, sem indemnização; se o titular *não puder adaptar-se*, em virtude dos custos excessivos que tal adaptação exigiria, será possível, em *ultima ratio*, a revogação do acto autorizativo, mas com direito a indemnização.

²²³³ Cfr. MARIA FERNANDA MAÇAS, “A caducidade no direito administrativo...”, cit., pp. 157-162. A Autora utiliza este conceito para aludir às situações de perda de direitos em virtude do incumprimento de deveres ou de ónus ou do não exercício de faculdades derivadas de actos autorizativos ou concessões, no contexto de relações duradouras entre a Administração e um particular (em relação a actos administrativos ampliativos, como autorizações ou licenças). Na linha do que vamos ver, FERNANDA MAÇAS defende que a finalidade da medida não é repressiva, tendo antes uma função de *tutela directa da relação jurídica estabelecida com a Administração*.

²²³⁴ Cfr. ALESSANDRO CROSETTI, “I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza”, *RGA*, Anno XXII, n.º 6, Novembro-Dicembre 2007, pp. 945-985 (p. 972).

²²³⁵ Designaremos doravante por regime PCIP o contido no Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto.

²²³⁶ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, cit., pp. 602-606.

²²³⁷ CARLA AMADO GOMES sustenta a aplicação do regime da caducidade (*ob. ult. cit.*, p. 606, n. 212) devido à ausência de uma referência legislativa à consequência do incumprimento do modo e ao facto de a Administração se servir desta cláusula acessória para concretizar deveres de protecção do ambiente; assim, “o comportamento activo do particular no sentido do seu acatamento insufla o acto de validade”, verificando-se que “falhando definitivamente essa *oxigenação*, o acto perca os seus efeitos e caduque”: a caducidade resulta da inactividade

3.7. A revogação (cont.) – a dimensão fragmentária da protecção das situações jurídicas adquiridas

Procurando extrair uma ideia dogmática de fundo do regime específico de revogação do acto autorizativo ambiental, impõe-se voltar um pouco atrás e reforçar o carácter fragmentário da *Bestandschutz* nos vários direitos administrativos especiais e assinalar que dentro de um desses direitos — o direito do ambiente, sector de referência paradigmático do direito administrativo geral — é ainda necessário fazer distinções e gradações suplementares. Só assim é possível caracterizar a protecção diferenciada e matizada das posições jurídicas subjectivas relacionadas com actividades económicas susceptíveis de afectar cada um dos diversos componentes ambientais protegidos, em função do seu carácter mais ou menos vital.

Deve voltar a reforçar-se, ainda outra vez, duas ideias fundamentais nesta sede. Em primeiro lugar, a da margem de manobra mais ou menos ampla do legislador ordinário em função da protecção relativa dos direitos fundamentais de propriedade, do exercício de uma profissão e da liberdade de iniciativa privada e, sobretudo, da necessidade de ter presente a sua valência social, os seus limites e o carácter imperativo da sua compatibilização e concórdância prática com os direitos à vida, à saúde, à integridade física, ao livre desenvolvimento da personalidade e *ao ambiente* dos outros cidadãos, bem como com interesses públicos da máxima importância num Estado de Direito ou de Justiça Ambiental com proeminência, no nosso estudo, para a tarefa fundamental e o interesse público de tutela ambiental. A segunda ideia passa pelo afastamento em termos absolutos da concepção de uma autorização administrativa como “escudo de protecção” contra modificações posteriores, na medida em que o sujeito autorizado não pode hoje ter a pretensão de beneficiar de uma *Bestandschutz* activa ou sobre-eficaz — porque as alterações da sua actividade ou instalação têm de ser comunicadas às autoridades competentes, carecendo as mais significativas de autorização — nem tão pouco de uma *Bestandschutz* simples ou passiva — pois ele não está protegido contra alterações da situação de facto, tecnológica, jurídica ou dos índices administrativos de protecção posteriores à prática do acto, não podendo confiar na manutenção imodificada da sua situação jurídica que não pode ser qualificada, nos termos tradicionais, como uma “situação jurídica adquirida”.

Todavia, por detrás deste pano de fundo comum a praticamente todos os domínios da vida económica e social cobertos por autorizações administrativas, é necessário efectuar mais diferenciações e categorizações, reforçando a impossibilidade de decantar um regime comum a todas elas e, mais do que isso, sendo até desaconselhável e contraditório definir uma disciplina jurídica uniforme para todas as autorizações administrativas ou mesmo para todas as ambientais. Em suma, revela-se hoje de forma patente a *natureza diversificada e*

do particular que provoca a ausência dos pressupostos do acto, sendo a forma de não privar a Administração de meios de controlar esta situação de incumprimento, lesiva do interesse público. Em sentido próximo, FILIPA URBANO CALVÃO propugna, ao nível do licenciamento industrial, que quando a Entidade Coordenadora determina novas imposições que não são cumpridas pelo industrial aquela vai proceder a uma revogação da autorização que não corresponde “a uma revogação em sentido próprio, mas sim uma revogação sancionatória, um cancelamento da autorização por incumprimento dos deveres na mesma integrados” (cfr. “Licenciamento Industrial”, in: *Direito do Urbanismo e do Ambiente — Estudos Compilados*, Quid Juris, Lisboa, 2010, pp. 379-401 – p. 401).

fragmentária da *Bestandschutz* ou das situações jurídicas protegidas por actos administrativos autorizativos.

O alcance da protecção conferida por autorizações administrativas difere consoante os interesses disciplinados, os perigos que se pretende afastar e os riscos a acautelar, tornando compreensível que por exemplo no direito urbanístico a tendência seja no sentido de consagrar um conceito amplo de *Bestandschutz* com a inerente protecção reforçada da posição jurídica do sujeito autorizado²²³⁸, ao passo que nos diversos ramos especiais do direito do ambiente a orientação seja no sentido oposto, fortalecendo-se as possibilidades de a Administração intervir no conteúdo do acto, em último termo através da sua revogação.

Seguindo aquela que foi para nós a referência de eleição nesta matéria²²³⁹, pode-se defender a consideração segundo a qual a autorização concede uma posição jurídica cujo conteúdo é *propriedade*: apesar de o objecto da garantia de propriedade ser a *instalação* e não a autorização propriamente dita, a verdade é que a *instalação autorizada* é subsumida por Wickel no conceito de propriedade do art. 14.º, n.º 1, da *Grundgesetz*, atribuindo-lhe por isso valor patrimonial, afirmando por exemplo que é possível determinar um valor pecuniário à autorização para funcionamento de uma instalação disciplinada pelo direito de protecção das imissões, tendo no entanto em conta o conteúdo e os limites que resultam dos princípios conformadores estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 do mesmo art. 14.^{o2240}. Wickel acentua o largo campo de conformação do legislador ordinário, especialmente quando regula inovatoriamente domínios ainda não disciplinados pelo direito, pondo em evidência a *questão ambiental* para destacar que *uma autorização protegida como direito de propriedade não atribui um direito ilimitado à poluição do ambiente*, uma vez que aqui o problema não se situa apenas no âmbito do direito de propriedade, sendo necessário ponderar outros interesses juridicamente protegidos, com destaque para o ambiente, cuja protecção está directamente ancorada na Constituição, sendo a margem de conformação do legislador muito mais apertada quando regula direitos já existentes e tem de entrar em conta com o *princípio da protecção da confiança*. Na concepção de Wickel, o art. 14.º da *Grundgesetz* é o critério jurídico-constitucional central para a conformação da *Bestandschutz*, especialmente no direito do ambiente, sendo imposto ao legislador que, na modelação do “ordenamento” da propriedade através das

²²³⁸ Sobre as especificidades da *Bestandschutz* no direito urbanístico, isto é, sobre a posição jurídica do proprietário de uma edificação (“instalação urbanística”) em relação à possibilidade de mudanças jurídicas ou de circunstâncias factuais relevantes, cfr., por todos, MATTHIAS WEHR, “Materieller und formeller Bestandschutz im Baurecht”, *DV*, 38. Band, 2005, Heft 1, pp. 65-89. Em Portugal é relevante nesta sede o art. 60.º do regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pela última vez pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro): sob a epígrafe “Edificações existentes” protege as edificações construídas em relação a mudanças levadas a cabo por normas legais e regulamentares supervenientes (n.º 1) e prevê no n.º 2 que a licença ou admissão de comunicação prévia de obras de reconstrução ou de alteração das edificações “não pode ser recusada com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação” (ressalvando na parte final do n.º 3 a possibilidade de condicionar a execução destas obras “à realização dos trabalhos acessórios que se mostrem necessários para a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação”).

²²³⁹ Referimo-nos, uma vez mais, ao trabalho de MARTIN WICKEL, *Bestandschutz*... cit., especialmente pp. 30-52.

²²⁴⁰ Cfr. *Bestandschutz*... cit., pp. 33-36. Está em causa a ponderação e articulação entre a defesa da propriedade como instituto jurídico, que assegura a sua utilização privada e lhe confere um valor patrimonial, com a vinculação social da propriedade, tendo por base os princípios da igualdade e, sobretudo, o da proporcionalidade.

determinações do conteúdo deste direito e da fixação dos seus limites procure um equilíbrio entre os princípios estruturais acolhidos nos números 1 e 2 daquele preceito, encontrando-se a protecção ambiental no âmbito da vinculação social do n.º 2.

A *Bestandschutz* não é determinada *a priori* na Constituição, sendo uma posição conformada pelo legislador, que deverá ponderar a relação de tensão entre os direitos e interesses dos indivíduos na segurança e certeza jurídicas e na firmeza das suas posições jurídicas, por um lado, e a necessidade de o Estado adaptar o conteúdo da autorização às alterações da situação de facto, dos conhecimentos técnico-científicos, do direito ou da própria filosofia de segurança entretanto ocorridas. Esse efeito de conformação está nas mãos do legislador, que tem uma margem de apreciação mais ampla, do próprio ponto de vista constitucional, em autorizações que toquem com interesses e/ou direitos constitucionalmente tutelados, como é o caso do ambiente²²⁴¹. Daí que, quanto a nós, repugne de forma particular a qualificação do acto autorizativo ambiental como acto constitutivo de direitos, no sentido de decisões protegidas da possibilidade de alteração ou mesmo de revogação administrativa.

Há graus, matizes, diferenciações e gradações a fazer ao nível desta *concepção graduada da Bestandschutz*²²⁴², em função do tipo de autorização em causa²²⁴³, admitindo sem pejo que autorizações como a de construção são dotadas de uma muito maior estabilidade e potencial de protecção para o seu titular do que as autorizações ambientais, especialmente as outorgadas em domínios mais sensíveis como o da protecção perante a poluição atmosférica, sobretudo porque é hoje comum a consagração de obrigações dinâmicas dos operadores nestes domínios e também de obrigações de protecção perante perigos e de precaução de riscos em termos cada vez mais amplos e abrangentes.

Porque, como vimos no ponto anterior, no próprio direito do ambiente a realidade está longe de ser uniforme, havendo diferentes intensidades de protecção em função do componente ambiental protegido e do sector do domínio especial do ambiente em apreço

²²⁴¹ Sobre as profundas diferenças que a este nível podem resultar dos diversos direitos administrativos especiais, salientando a circunstância de o direito autorizativo não ser um ramo unitário e a necessidade de tomar em conta a margem de manobra deixada pela Constituição para determinar se o legislador deve conceder ou não um direito à autorização, cfr. WAHL/HERMES/SACH, "Genehmigung... ", cit., pp. 226-243. A este propósito, os Autores em apreço salientam — tendo sempre como pano de fundo que a *Bestandschutz* não é um dado determinado *a priori* na Constituição mas sim uma posição conformada pelo legislador, apoiando-se em jurisprudência do BVerfGE nesse sentido (cfr. pp. 228-233) — as diferenças de conformação entre por exemplo o direito urbanístico e o direito das águas ou da protecção das imissões, com muito maior protecção no primeiro caso (pp. 233-237).

²²⁴² Um trabalho que revela bem estas dúvidas é o de CHRISTOPHER ENGEL (*Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992): apesar de ser comumente citado como um dos autores que pretende "remar contra a maré" ao defender a atribuição de uma maior força estabilizadora à autorização — nomeadamente como forma de garantir a segurança do investimento do operador, em nome dos princípios jurídico-constitucionais da protecção da confiança, da segurança jurídica ou da reserva de lei e da maior "força de caso decidido" (*Bestandskraft*) do acto administrativo, da protecção constitucional da actividade empresarial e da própria existência da empresa (cfr. pp. 4-58) —, a verdade é que também ENGEL é obrigado a reconhecer (cfr. *ob. cit.*, pp. 59-149) que o potencial de protecção dos actos favoráveis se altera no âmbito de *alguns direitos administrativos especiais*, nos quais há maiores possibilidades de intervenção por parte da Administração que reduzem aquela protecção, possibilidades essas que tanto podem decorrer da lei como de poderes próprios da Administração, nomeadamente daqueles resultantes da aposição de cláusulas acessórias, tendo sobretudo a ver com a fixação (legal) de regimes especiais de revisão, da prática de decisões posteriores e de outros tipos possíveis de intervenção administrativa no exercício da actividade ou na exploração da instalação, apesar da autorização concedida.

²²⁴³ Cfr. p. ex. WAHL, "Erlaubnis", cit., p. 533 e seg.

— seja ele o direito de protecção da atmosfera, o direito das águas ou o direito nuclear, para mencionar as três áreas do direito do ambiente que vimos ao nível das possibilidades de revogação abertas pela sua conformação legislativa na Alemanha. Diferenças que radicam, como foi também assinalado²²⁴⁴, na própria evolução histórica dos vários ramos do direito especial do ambiente, contrapondo-se em particular a estruturação do direito de protecção da atmosfera com base na GewO, sob o modelo do direito da concorrência e do exercício da actividade económica privada, ao direito das águas, fundado na boa administração deste recurso, com vista à garantia do estado e da qualidade da água. De onde decorre que neste último o índice de *Bestandschutz* dos operadores autorizados seja muito baixo, por comparação com o direito de protecção da atmosfera, onde ele é superior, se bem que muito inferior se cotejado com aquele de que beneficiam os titulares de autorizações de edificação, isto é, de actos autorizativos emitidos fora do âmbito do direito ambiental.

3.8. O comércio de licenças de emissão

3.8.1. Enquadramento

O tema do comércio de licenças de emissão de gases poluentes com efeito de estufa é de uma abrangência e dimensão tal que justifica, seguramente, uma dissertação para o estudo de todos os problemas que levanta. Todavia, para além da necessidade de sermos contidos, pensamos que os problemas levantados por esta nova tentativa de resolver um dos principais riscos que se coloca à vida na Terra mais do que jurídicos, são de índole política, económica e institucional. A convenção internacional que surge no centro da questão, o Protocolo de Quioto, revela como estamos perante um problema político, articulado com um teorema económico suportado por uma base institucional ou organizatória, acabando o suporte regulatório fornecido pelo direito por ter um papel menor. Por essa razão é justo dizer que, em larga medida, o comércio de licenças de emissão está “fora do Direito”, embora não deixe de colocar questões jurídicas que justificam o nosso interesse, sobretudo pela sua extraordinária novidade. Mesmo nos EUA, onde o Programa das Chuvas Ácidas do CAA de 1990 fez do comércio de licenças de emissão, em termos pioneiros, uma história de extraordinário sucesso, as questões mais discutidas pela doutrina prendem-se com a teoria político-económica do *emissions trading*, a sua eficiência económica, a sua análise em termos de escolha pública e de políticas públicas e a sua eventual “injustiça”, mais do que com questões jurídicas específicas²²⁴⁵.

Seguindo de perto a obra de Gert Tingaard Svendsen que constitui verdadeira pedra angular no enquadramento teórico do tema²²⁴⁶, poderemos identificar os principais proble-

²²⁴⁴ Cfr. *supra*, 2.1., ainda com base na obra de MARTIN WICKEL: *Bestandschutz...*, cit., pp. 247-250.

²²⁴⁵ Os EUA podem, sem perigo de errar, ser considerados não apenas os pioneiros mas também o país que mais longe levou as experiências do comércio de emissões — apesar do aparente paradoxo que representa a sua resistência ou mesmo oposição ao (à ratificação do) Protocolo de Quioto. Em termos doutrinários, o trabalho pioneiro sobre comércio de licenças ou autorizações de emissões é considerado, em regra, a obra de T. H. TIETENBERG, *Emissions Trading: An Exercise in Reforming Pollution Policy*, Washington D. C., Resources for the Future, 1985.

²²⁴⁶ Cfr. *Public Choice...*, cit.

mas dos sistemas de autorizações negociáveis em termos políticos e económicos e, também, o seu contraponto face a soluções tributárias, a importância que nele têm os grupos de interesse ou a sua análise enquanto instrumento de mercado — tanto nos EUA como na Europa. Numa altura — o final do século transacto — em que, na Europa, as soluções tributárias eram ainda as preferidas e que nos EUA já havia diversos programas de comércio de emissões²²⁴⁷, o Autor discute a adopção de sistemas de comércio de autorizações na gestão ambiental dos dois lados do Atlântico Norte essencialmente numa perspectiva de teoria da escolha pública e de teoria económica ambiental, fazendo o paralelo com o sistema tributário, defendendo um modelo que incorpore as melhores características de cada uma das abordagens, com a aplicação de um mercado de autorizações de CO₂, com base na experiência norte-americana, a situações e interesses bem organizados — em especial o sector industrial e as centrais eléctricas — e um imposto sobre as mesmas emissões, com base na experiência europeia, a interesses não organizados com fraca representação na arena política, como os sectores dos transportes e da “economia doméstica”²²⁴⁸.

²²⁴⁷ Por nós recenseados no nosso trabalho “Que Estratégia...”, cit. (cfr., em especial, pp. 359-362), onde mostrámos a utilização de programas tanto de comércio de emissões (luta contra a poluição atmosférica) como de efluentes (poluição hídrica), tanto a nível nacional (federal) como estadual ou local. Desde 1986 que o CAA instituiu um *Emissions Trading Program* (o “Emissions Trading Policy Statement — General Principles for Creation, Banking and Use of Emission Reductions Credits”), que utilizava quatro diferentes técnicas de comércio, por nós aí explicadas, o *bubbles*, o *netting*, o *offsets* e o *banking*. Para além do nosso texto, sobre estas técnicas de comércio de emissões cfr. ANN POWERS, “Reducing Nitrogen Pollution on Long Island Sound: Is There a Place for Pollution Trading?”, *Colum. J. Env'tl. L.*, volume 23, n.º 2, 1998, pp. 137-216 (pp. 153-156); também ao abrigo do CAA foi desenvolvido, entre 1982 e 1987, o *Lead Additives Trading Program*, com vista à eliminação progressiva do chumbo da gasolina. Em termos de poluição das águas, o CWA instituiu (§ 404 (b)) um sistema de *mitigation banking* que permitia ao promotor compensar os danos nas zonas húmidas através da compra de créditos a quem os tivesse gerado (cfr. JENNIFER NEAL, “Paving the Road to Wetlands Mitigation Banking”, *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 27, n.º 1, Fall 1999, pp. 161-192 e RICHARD B. STEWART, “A New Generation...”, cit., pp. 75-77). Ao nível regional, o programa mais conhecido é, sem dúvida, o *Regional Clean Air Incentives Market* (RECLAIM), programa criado em 1994 com um âmbito de aplicação circunscrito à zona sul da Califórnia (Los Angeles) aplicável às emissões de dióxido de enxofre (SO₂) e óxido de azoto (NO_x) num mercado de “cap and trade” com vista à redução progressiva das emissões, similar ao Programa das Chuvas Ácidas do CAA e aos diversos programas que se viriam depois a instituir, um pouco por todo o mundo: sobre o RECLAIM cfr., por todos, PAT LEYDEN, “The Price of Change: The Market Incentive Revolution”, *Nat. Resources & Env.*, volume 12, number 3, Winter 1998, pp. 160-164; e DALE B. THOMPSON, “Political Obstacles to the Implementation of Emission Markets: Lessons from RECLAIM”, *Nat. Resources J.*, vol. 40, n.º 3, Summer 2000, pp. 645-697. Ainda ao nível regional foram criados outros programas, tanto de comércio de emissões atmosféricas poluentes (p. ex. o *New Jersey's Nitrogen Oxides Budget Program*, criado pelo *New Jersey Department of Environmental Protection* em 1997 e destinado a obter redução das emissões de NO_x) como de efluentes (o programa de comércio de descargas no rio Fox, em Wisconsin, de 1981 ou o do Dillon Reservoir (Colorado), de 1982 ou, ainda, o da Bacia do rio Tar-Pamlico (Carolina do Norte), de 1989): sobre eles cfr. THOMAS W. MERRIL, “Explaining Market Mechanisms”, cit., p. 282 e seg. De qualquer forma, a grande realização de comércio de licenças de emissão viria a ser consubstanciada no Programa das Chuvas Ácidas, criado com a Revisão do CAA de 1990. Estes diversos programas que criaram os “mercados norte-americanos de autorizações” são estudados, de forma sistemática, por GERT SVENDSEN (*Public Choice...*, cit., pp. 71-132), “arrumando” os 4 programas nacionais executados pela EPA (todos lidando com a poluição atmosférica) e os 4 programas estaduais, um relativo à poluição atmosférica e os outros três incidentes sobre a poluição aquática.

²²⁴⁸ Cfr., em especial, pp. 6-41. Conforme assinala na Introdução à sua obra (cfr. *Public Choice...*, cit., pp. 1-4), tendo por pano de fundo as distorções (políticas, económicas e administrativas) que ocorrem no “mundo real” e usando a teoria da escolha pública e a teoria económica clássica na sua análise, GERT SVENDSEN conclui que os mercados de autorizações têm sido *bem sucedidos politicamente* mas que envolvem custos de transacção mais elevados do que a tributação de CO₂, a qual, todavia, falhou politicamente. Os sistemas de autorizações transaccionáveis apresentam diversas vantagens em relação às soluções tributárias, ao tempo muito mais seguidas na

Em termos de enquadramento político, comercial e administrativo do sistema, seguimos Gert Svendsen quando conclui que a atribuição inicial das autorizações através do sistema de *grandfathering* — teremos oportunidade de voltar ao tema mas, de forma sintética, diremos que ele consiste na atribuição originária das licenças de emissão de forma gratuita, com base no registo histórico de emissões das instalações participantes no programa — tende a minimizar as distorções políticas, económicas e administrativas detectadas, concebendo-se assim um mercado *politicamente atraente*, com *estruturas comerciais competitivas e fáceis de administrar*, pelo que os Estados democráticos poderão aprender com o uso de mercados de autorizações, eventualmente complementados pelo recurso a impostos “verdes”, os quais poderão funcionar em seu próprio benefício e da sociedade cujos interesses visam servir²²⁴⁹.

Assim, mais do que as considerações jurídicas ou mesmo ambientais, são as económicas, políticas e institucionais (administrativas) que prevalecem na análise dogmática do comércio de emissões poluentes: como os norte-americanos começaram por demonstrar a propósito do Programa das chuvas ácidas, foi a consciencialização de que este Programa concedia maior flexibilidade às empresas no “se” e no “como” reduzir as emissões poluentes e que tais objectivos eram atingidos a um custo inferior ao que resultava da aplicação de métodos de comando e controlo que determinou o sucesso do Programa, levando a mudanças fundamentais na política ambiental e a reduções significativas dos seus custos²²⁵⁰.

Nestes termos, especialmente a doutrina norte-americana pondera as considerações *políticas* contra e a favor da teoria do comércio de licenças de emissão, salientando as vantagens associadas à sua flexibilidade, aos custos mais baixos da protecção ambiental, aos

Europa (cfr. pp. 42-70): apesar das falhas económicas potenciais dos respectivos mercados, que podem prejudicar a performance do sistema, em virtude do estabelecimento de uma competição incompleta e da falta de informação, o controlo do nível (máximo) permitido da poluição, a sua maior familiaridade com os métodos tradicionais de *command and control*, a muito menor aceitabilidade política dos impostos e das taxas em virtude dos altos custos que representam para os poluidores e o facto de o mercado de autorizações não ser bloqueado por falhas de mercado jogam a seu favor. Em todo o caso, o Autor não deixa de assinalar a influência dos “lobbies” e dos grupos de pressão na concepção dos programas em causa, os quais geram algumas distorções políticas não negligenciáveis (cfr. pp. 133-144).

Também PETER CRAMTON/SUZI KERR (cfr. “The Distributional Effects of Carbon Regulation: Why Auctioned Carbon Permits are Attractive and Feasible”, in: THOMAS STERNER (ed.), *The Market and the Environment...*, cit., pp. 257-273), contrapõem a utilização, nos EUA, de programas de autorizações negociáveis para o combate ao CO₂, principal responsável pelo aquecimento global, com o recurso a impostos, nos países europeus, defendendo a utilização de ambos os mecanismos para o controlo às alterações climáticas, embora com recurso a leilões e não ao método de *grandfathering* — o qual é considerado altamente ineficiente, embora tenha a vantagem de permitir maior controlo político sobre os efeitos distributivos da regulação — na atribuição inicial das autorizações, mostrando como as licenças atribuídas segundo o método do leilão podem ser de grande préstimo em países politicamente resistentes à tributação, como os EUA, podendo também permitir aos países europeus a sua adopção em vez de impostos (cfr., em especial, p. 269 e seg.).

²²⁴⁹ Cfr. *Public Choice...*, cit., p. 184 (e também p. 143 e 174 e seg.). Apesar da necessidade de uma mistura de diversos instrumentos económicos para se alcançarem os resultados mais eficientes, GERT SVENDSEN defende sem reservas a instituição de mercados de autorizações de CO₂ à imagem dos já criados, ao tempo, nos EUA, na Europa e à escala mundial, sendo um aspecto chave, na sua opinião, a definição clara de direitos de propriedade sobre as autorizações — com a previsão da quantidade dos “tectos” (limites máximos) de emissões, do grau em que eles virão a ser reduzidos e do tempo de validade das autorizações atribuídas (cfr. p. 124 e 182 e seg.).

²²⁵⁰ Cfr. PAUL L. JOSKOW/RICHARD SCHMALENSEE, “The Political Economy of Market-Based Environmental Policy: the U. S. Acid Rain Program”, *J.L. & Econ.*, vol. XLI (1), April 1998, pp. 37-83, *passim*.

incentivos ao desenvolvimento de melhores tecnologias de redução da poluição, pondo em evidência, do lado contrário, os inconvenientes resultantes das pressões de alguns grupos de interesse a favor do sistema de comando e controlo (embora este argumento não seja necessariamente avaliado em termos negativos), as objecções à consagração de “direitos” a poluir, as lacunas que os programas apresentam em termos de participação pública e, por último, a oposição dos burocratas administrativos, especialistas nas regulações ambientais tradicionais, embora com a percepção de que as críticas se referem mais à execução e concretização destes programas do que aos programas em si mesmos²²⁵¹. Note-se que, mesmo questões aparentemente mais técnicas da concepção destes programas, como o problema fundamental da forma de atribuição ou alocação inicial das licenças de emissão, é em certos termos um problema mais político do que jurídico, o que reforça a conotação política básica dos programas de comércio de licenças de emissão.

Há uma quase unanimidade no reconhecimento de que o objectivo preponderante para a adopção de esquemas de comércio de licenças de emissão é económico, o que é natural, por estarmos perante um *instrumento económico* de tutela ambiental. Como salienta Herman Benjamin, “o Direito Ambiental maduro reconhece que o *homo sapiens* é, no essencial, o *homo economicus*”²²⁵², sendo o argumento da *eficiência*, numa lógica de custos-benefícios, o mais poderoso neste âmbito: com a criação de mercados de autorizações negociáveis, sobretudo se estiver assegurada a sua liquidez, passa a existir um *incentivo permanente à redução da poluição* e ao desenvolvimento de tecnologias de controlo e abate da mesma por parte dos poluidores²²⁵³. As vantagens face aos instrumentos tributários resultam antes de mais de o comércio de emissões, apesar de envolver alguns custos de transacção, conceder ao mercado a decisão sobre o preço das licenças, ao passo que nas taxas e impostos são os reguladores a imporem unilateralmente esse preço — o comércio de emissões, além de incentivar o desenvolvimento de melhores tecnologias de controlo, parece colocar menos custos adicionais às empresas do que os instrumentos tributários²²⁵⁴.

Em todo o caso, não deixa de haver problemas e obstáculos económicos, em particular os que se referem às dificuldades na concretização de um mercado com liquidez, as preocupações criadas junto dos consumidores, as possíveis distorções da concorrência

²²⁵¹ Cfr., por todos, JEFFREY M. HIRSCH, “Emissions Allowance Trading Under the Clean Air Act: a Model for Future Environmental Regulations?”, *New York University Environmental Law Journal*, volume 7, 1999, n.º 3, pp. 352-397 (pp. 354-360). O Autor salienta ainda (pp. 395-397) que os programas de *emissions trading* apelam aos interesses próprios de todas as partes envolvidas, utilizando em seu benefício o resultado do “eleitor médio” da teoria da escolha pública. Cfr. também CASS SUNSTEIN, “Tools”, cit., p. 269 e segs., o qual apresenta o argumento democrático como uma das vantagens dos programas de direitos de emissão transaccionáveis, havendo em sua opinião menos espaço para as manobras dos grupos de interesse entre outros benefícios “democráticos”, apresentando-os como programas muito bem sucedidos do ponto de vista político (cfr., em especial, p. 272 e seg.).

²²⁵² Cfr. “A implementação do direito ambiental no Brasil”, *Lusíada — Direito*, Universidade Lusíada, n.ºs 1 e 2 (2003), pp. 279-311 (p. 302).

²²⁵³ Neste sentido cfr., entre outros, CASS SUNSTEIN, “Tools”, cit., pp. 269-276, o qual compara o mecanismo das autorizações negociáveis com os requisitos tecnológicos ou standards de performance do método de comando e controlo e com os mecanismos tributários, concluindo pela maior eficiência do primeiro, com desincentivos à poluição e incentivos de mercado para o controlo da poluição, resultando a sua principal vantagem do facto de as reduções de poluição serem feitas de forma mais barata.

²²⁵⁴ Cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 332-336.

— especialmente discutidas no seio da CE, a propósito da adopção do regime europeu de comércio de emissões²²⁵⁵ — e, ainda, algumas dúvidas sobre se estes programas não podem, no final, ser mais caros e despender mais recursos do que os programas regulatórios tradicionais²²⁵⁶.

Em termos institucionais ou administrativos a ideia básica associada aos programas de comércio de emissões é a de que eles, por norma, reduzem o papel das autoridades administrativas intervenientes, consagrando um sistema muito mais simples e com menores custos administrativos para os reguladores, que nem sequer se têm de preocupar com o ajustamento do preço das licenças, tornando-se apenas contabilistas de créditos de emissão. A Administração é sobretudo responsável pela manutenção de registos de dados, para além do controlo da conformidade das instalações detentoras de licenças de emissão e do cumprimento dos limites a que estão autorizadas, com o sancionamento das empresas recalcitrantes — tudo em comparação com o papel activo e impositivo típico dos instrumentos de comando e controlo²²⁵⁷. Todavia, aquilo que em nosso entender se torna mais relevante, no que à actuação pública (antes de mais administrativa) se refere, é o *novo paradigma de intervenção (ou desintervenção) estadual*, bem caracterizado por Tiago Antunes: o Estado actual recorre a um leque cada vez mais diversificado de modelos e formas de actuação, nomeadamente a *instrumentos de mercado*, apresentando o Autor o caso ambiental, em concreto do comércio de licenças administrativas, como o exemplo paradigmático desta realidade, pois é aqui onde a Administração terá ido até hoje mais longe na aplicação de uma lógica de mercado, recorrendo a soluções que preservam o ambiente e que são economicamente mais eficientes²²⁵⁸. Este novo paradigma de intervenção pública é, em nosso entender, claro reflexo dos novos ventos que sopram no direito administrativo e no direito ambiental do século XXI — como vimos ao longo dos dois capítulos anteriores — que se reflectem e são simultaneamente o resultado de uma das soluções mais audazes e ousadas tentadas e consagradas na autorização ambiental reinventada, fazendo deste acto um ex-

²²⁵⁵ Cfr. JOËLLE DE SÉPIBUS, "The European Emissions Trading Scheme put to the Test of State Aid Rules", *ULR*, vol. 17, Issue 3, 2007/2008, pp. 94-98. As dúvidas do Autor, a este nível, prendem-se com a atribuição inicial das licenças de emissão de acordo com o regime histórico das emissões ou necessidades esperadas, que levam a distorções da concorrência, sobretudo no sector da energia, discutindo se este regime violará ou não a proibição comunitária de ajuda estadual, acabando por concluir que a atribuição gratuita das licenças é compatível com o Mercado Comum desde que a quantidade de autorizações não exceda as necessidades esperadas.

²²⁵⁶ É esta a conclusão a que chega LESLEY K. McALLISTER (cfr. "Beyond Playing 'Banker': The Role of the Regulatory Agency in Emissions Trading", *ALR*, vol. 59, n.º 2, Spring 2007, pp. 269-313) a propósito do citado Programa RECLAIM, do qual tem uma visão muito crítica: considera em geral que os programas de "cap and trade" podem exigir uma administração muito activa e envolvida, que para além de "banqueira" tem de analisar e disseminar informação, prestar assistência às entidades, regulados, formular planos de contingência para casos de falha, o que pode determinar um uso mais intensivo de recursos do que o seu papel na regulação tradicional (cfr. p. 272). Daí a conclusão (cfr. p. 312 e seg.) de que o RECLAIM, ao contrário do que era suposto, é mais caro e despender mais recursos do que os programas regulatórios tradicionais.

²²⁵⁷ Embora, como acabámos de ver (cfr. nota anterior), tal visão das coisas não seja a única possível, havendo quem conclua exactamente o oposto.

²²⁵⁸ Cfr. TIAGO ANTUNES, "Agilizar ou mercantilizar? O recurso a instrumentos de mercado pela Administração Pública — Implicações e Consequências", in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, vol. III, pp. 1059-1070 (p. 1060 e seg.).

traordinário modelo fornecedor de novas dimensões dogmática e práticas e um excelente laboratório de soluções gerais dos direitos administrativo e ambiental.

Depois de referenciadas as vertentes política, económica e administrativa do comércio de licenças de emissão e antes de analisar algumas questões jurídicas de que nos queremos ocupar — antecipando desde já, com Sanja Bogojevic, as dificuldades jurídicas inerentes ao discurso do comércio de emissões, em face da complexidade dos mecanismos regulatórios associados aos regimes respectivos, a carecerem de grande atenção por parte da doutrina²²⁵⁹ — uma última palavra, ainda em sede geral, sobre as considerações especificamente ambientais destes programas. A ideia fundamental destes programas foi a de procurar formas mais *eficientes* de combate à poluição e tutela do ambiente, sem pôr de lado os esperados melhores resultados também em termos da *performance* ambiental: a ideia básica é a de obter *maior protecção ambiental a um custo mais baixo*, embora, como veremos, estes programas se centrem necessariamente na redução dos *valores globais* das emissões poluentes, pois a criação de zonas de maior ou muito maior concentração espacial da poluição (os famosos “hot spots”) dificilmente são por eles evitáveis.

3.8.2. Configuração geral dos programas de comércio de emissões

Passando ao desenho ou concepção básica dos programas de comércio de emissões — sendo relevante salientar desde já que não nos vamos centrar nas concretizações normativas positivas de programas de licenças de emissão transaccionáveis mas mais em alguns problemas dogmáticos e práticos que eles têm suscitado — pensamos que o grande mérito do modelo, para além do seu arrojo, inovação e originalidade, é a forma sagaz e inteligente como combina uma base de desenho ou configuração pública, sustentada no modelo de comando e controlo, com o incentivo da eficiência e flexibilidade típica dos instrumentos económicos de tutela ambiental, concretamente dos instrumentos de mercado: como demonstra entre nós Tiago Antunes, a conjugação de instrumentos administrativos (ao nível das licenças de poluição, cujo conjunto fixa um limite certo e definido de emissões poluentes) com instrumentos económicos (o preço ou custo económico associado à actividade poluente) através, respectivamente, de um tecto máximo de poluição e de um incentivo permanente à redução das emissões poluentes, fazem do comércio de emissões um mecanismo de mercado que constitui um *tertium genus* entre os instrumentos administrativos e os instrumentos económicos de combate à poluição²²⁶⁰.

De facto, se há uma certa familiaridade com o modelo administrativo de ordenação ao basear o sistema em actos autorizativos — as licenças de emissão — o regime afasta-se dele ao prever direitos de propriedade, ainda que limitados, sobre as autorizações ou, pelo menos, a possibilidade da sua transacção, completamente alheia ao modelo de comando

²²⁵⁹ Cfr. SANJA BOGOJEVIC, “Ending the Honeymoon: Deconstructing Emissions Trading Discourses”, *JEL*, vol. 21, n.º 3 (2009), *passim*, especialmente pp. 464-468.

²²⁶⁰ Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes à Luz da Constituição da República Portuguesa*, AA-FDL, Lisboa, 2006, p. 34. Também ALEXANDRA ARAGÃO alude aos títulos de poluição transaccionáveis como “uma terceira categoria intermédia, que pretende reunir as vantagens de uns e de outros” (dos instrumentos normativos e dos instrumentos económicos): cfr. *O Princípio do Poluidor Pagador — Pedra angular na política comunitária do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 177.

e controlo, o que leva alguns autores a falar da *passagem da cultura da autorização e do controlo* para uma cultura que considera *prioritário o objectivo complexo da protecção do ambiente em termos do volume de emissões* e que recorre a uma *via mais económica* para garantir tal resultado²²⁶¹. Tudo isto tendo por base a assunção, de há muito defendida pelos economistas que mais desenvolvidamente estudaram a questão, da poluição — em especial da poluição industrial — como uma *externalidade negativa* a qual deve ser internalizada nos custos de produção das empresas, associando um custo económico ao acto de poluir²²⁶².

O desenho ou configuração básica destes programas de “cap and trade”²²⁶³ passa pelo estabelecimento *a priori*, pelo Estado, dos limites quantitativos máximos de emissões — isto é, de um valor limite compósito estrito e permanente relativo ao valor total de emissões, de um tecto máximo de poluição permitida — e pela atribuição aos poluidores, numa fase inicial, de um número de licenças de emissão de gases poluentes, por norma de gases produtores de efeito de estufa, com destaque para o dióxido de carbono (CO₂)²²⁶⁴ correspondentes aos gases que estão autorizados a emitir, ou seja, atribuindo-lhes o número de licenças correspondente ao nível de poluição que estão autorizados a provocar. Esse número, por norma, vai sendo sucessivamente diminuído, concedendo aos operadores responsáveis pelas instalações poluentes grande flexibilidade quanto ao “se” e ao “como” da redução das emissões: no exercício da sua liberdade de iniciativa económica e da sua autonomia negocial, os poluidores responsabilizam-se pela distribuição entre si das quotas de poluição existentes. As instalações necessitam de ter sempre uma quantidade de licenças de emissão em seu poder que cubra a quantidade de emissões produzidas ao longo do ano, podendo atingir tal resultado tanto em virtude da redução das emissões — nomeadamente pela utilização de tecnologias mais aptas para esse efeito — como através da compra de licenças a outras instalações.

Em suma: para além da existência de um limite total de poluição definido pelas autoridades públicas de forma certa e segura — estando apenas garantido o montante das *emissões globais* — e da sua sucessiva diminuição, para conseguir a diminuição da poluição total, pretende-se criar um mercado dinâmico simultaneamente responsável pela determinação da medida em que se pode poluir e pela fixação do preço das licenças correspondentes aos gases poluentes que as instalações estão autorizadas a emitir. Como com justeza evi-

²²⁶¹ Cfr. BARBARA POZZO, “La nuova direttiva (2003/87/CE) sullo scambio di quote di emissione: prime osservazioni”, *RGA*, Anno XIX n.º 1, Gennaio-Febrero 2004, pp. 11-21 (p. 12).

²²⁶² Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 18 e seg.

²²⁶³ Cfr., entre outros, o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 362-365 — e a diversa doutrina norte-americana aí citada; TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 11 e 65; e RAHNEMAY RABANNI, “Permisos negociables de emisión de CO₂ en la UE”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 17, n.º 2, 2008 pp. 131-154 (pp. 138-145).

²²⁶⁴ De acordo com o Anexo A ao Protocolo de Quioto, são GEE os seguintes gases: Dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorcarbonetos (HFC), perfluorcarbonetos (PFC) e hexafluoreto de enxofre (SF₆). Todavia, e como nota CARLOS COSTA PINA (cfr. “Mercado de Direitos de Emissão de CO₂”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, cit., vol. I, pp. 467-515, nota 1, p. 468) para “efeitos da aplicação do regime dos direitos de emissão de GEE é porém frequente a referência à «tonelada de equivalente CO₂» (“t CO_{2e}”) enquanto unidade de medida/conta, a qual corresponde a uma tonelada métrica de , ou uma quantidade de qualquer outro GEE com um potencial de aquecimento global equivalente”, pelo que utiliza a expressão CO₂ no sentido de GEE ou de CO_{2e} como acontece em geral.

dencia Tiago Antunes, estes mercados artificialmente criados são *limitados* em dois pontos de vista diferentes: quer quanto ao número e tipo de *gases* negociáveis quer quanto ao número e tipo de *instalações* abrangidas²²⁶⁵.

Em síntese, ao passo que o “cap” (o tecto máximo de emissões poluentes) é definido ainda de forma autoritária pelas instâncias públicas, à imagem dos métodos tradicionais do direito administrativo de ordenação, o “trade” (comércio) revela a inoculação no sistema de uma componente de forte flexibilização para os regulados, revelando o protagonismo do mercado na transferência das licenças e a autonomia dos poluidores na escolha dos métodos de cumprirem os limites a que estão adstritos, entrando em jogo critérios de eficiência económica e de racionalidade de custos-benefícios.

A performance ambiental dos programas de comércio de emissões passa pela redução sucessiva do *valor global de emissões* autorizado, pois é essa redução que garante, em termos globais, que a poluição emitida será cada vez menor, sem prejuízo das disparidades eventualmente decorrentes da sua distribuição regional iníqua.

Ainda em sede do desenho geral dos programas, uma última palavra sobre aquele que constitui o objecto central do capítulo e da própria dissertação: a autorização ambiental (aqui “licença de emissão”). Ela constitui um requisito prévio para a entrada no mercado apesar de, aqui, parecer mais uma *unidade* que reflecte um *direito de emissão*, para alguma doutrina um verdadeiro *direito subjectivo* a emitir uma tonelada de CO₂ a partir de uma instalação subsumida no âmbito de aplicação do diploma jurídico-legal disciplinador do programa em questão²²⁶⁶.

Com estas especificidades e levantando uma série de problemas técnico-jurídicos que iremos apreciar de seguida, a verdade é que o comércio de emissões tem alcançado grande sucesso, sendo considerado, nos EUA — com centralidade para o Programa das Chuvas Ácidas do CAA — um “tremendo sucesso”, com níveis de cumprimento quase totais, o desenvolvimento de um verdadeiro mercado de autorizações e enormes poupanças económicas, tudo conduzindo à conclusão de que ele está “entre as histórias de sucesso mais espectaculares de toda a regulação ambiental”, com um notável *ratio* custos-benefícios²²⁶⁷.

3.8.3. Algumas questões específicas dos programas de comércio de emissões

Em relação aos diversos problemas teóricos e práticos suscitados pelo comércio de emissões, vamos procurar enumerar alguns dos que nos parecem mais relevantes, fornecendo algumas pistas para a sua possível resolução ou, pelo menos, para a forma como a sua compreensão poderá evoluir no futuro:

a) Um aspecto absolutamente fundamental tanto para o funcionamento destes regimes como para a forma como os compreendemos no âmbito do nosso estudo, ao reforçar o entendimento segundo o qual a autorização ambiental, apesar de reinventada, é ainda um

²²⁶⁵ Cfr. *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 65 e seg.

²²⁶⁶ Neste sentido, cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 254 e seg.

²²⁶⁷ Cfr. CASS SUNSTEIN, “Tools”, cit., p. 276.

acto de autoridade, tendo por detrás de si um lastro significativo de direito administrativo de ordenação, é a base de comando e controlo imprescindível para a instituição e para o funcionamento dos mercados de licenças de emissão transaccionáveis. O comércio de emissões traduz um *novo perfil de actuação pública*: depois da instituição do mercado de emissões a Administração assume uma nova postura, pouco intervencionista, perdendo os seus poderes de disposição ao deixar de determinar onde e quando se pode poluir, abdicando do controlo da distribuição das emissões poluentes, papel agora assumido pelo mercado²²⁶⁸.

Mas não podemos perder de vista a articulação entre ordenação administrativa e regulação pelo mercado: não só a estrutura do mercado é de base administrativa — e, no caso do CELE, ele manterá tal estrutura até 2012, em face da atribuição gratuita das licenças até essa data — como o funcionamento do mercado de emissões exige e pressupõe acompanhamento, supervisão, fiscalização, controlo, garantia de cumprimento e sancionamento que tornem a fuga ou evasão aos requisitos dos programas impossível (estes têm de ser *evasion proof*), para assegurar que ninguém faz “batota”. A fiscalização e o cumprimento são do interesse dos próprios titulares das licenças de emissão participantes no mercado e são vitais tanto em termos económicos, para evitar distorções na concorrência e nas exigências às empresas, como em termos ambientais, por forma a garantir o cumprimento das metas ecológicas ambicionadas, designadamente o montante global de emissões poluentes permitido — o que exige e pressupõe uma política e prática administrativa de cumprimento rígidas²²⁶⁹.

Daí o enorme “peso” dos programas de comércio de emissões, tanto para os operadores como para os reguladores, em termos de monitorização e registos de emissões, acompanhamento constante, necessidade de revelação e partilha de informação, monitorização, auditorias, etc.²²⁷⁰. Peso bem revelado no amplo conjunto de medidas e requisitos complementares que permitiram fazer do Programa das Chuvas Ácidas do CAA um enorme sucesso mas, simultaneamente, um encargo fortíssimo em especial para a EPA, que assumiu as principais responsabilidades a este nível, com a emissão de múltiplos regulamentos, do-

²²⁶⁸ Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 201 e seg. Noutro lugar, o mesmo Autor salienta, na mesma linha (cfr. “Agilizar ou mercantilizar?...”, cit., p. 1064), que o montante de emissões que cada indústria está autorizada a produzir resulta do livre encontro entre a oferta e a procura e não de uma decisão administrativa.

²²⁶⁹ Circunstância bem salientada pela doutrina americana, a qual destaca entre as *directrizes institucionais básicas para o sucesso dos programas de direitos transaccionáveis* — para além da competência legal explícita da agência responsável para gerar os “direitos” transaccionáveis, a concepção destes direitos como a única forma possível de exceder os limites previstos, a clareza dos objectivos específicos dos programas, o valor económico efectivo dos direitos ou licenças transaccionáveis, a existência de um número suficiente de participantes no mercado e a existência de um método simples e justo para a atribuição das licenças — a necessidade de *garantir o efectivo cumprimento dos requisitos dos programas*, com o controlo em princípio de uma única autoridade, tornando-os “*evasion proof*”: cfr. JAMES T. B. TRIPP/DANIEL J. DUDEK, “Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 6, n.º 2, Summer 1989, pp. 369-391 (pp. 374-377); e HOONG N. YOUNG, “An Analysis of a Global CO₂ Emissions Trading Program”, *J. Land Use & Envtl. L.*, volume 14, n.º 1, Fall 1998, pp. 125-147 (pp. 131-135).

²²⁷⁰ Que leva alguns autores, como vimos, a considerar — devido ao nível sofisticado de monitorização das emissões exigido, à política de cumprimento rígida, à necessidade de auditorias muito abrangentes que assegurem a integridade dos programas — que os programas de comércio de emissões acabam por reclamar autoridades (no caso americano, agências) administrativas muito activas e envolvidas, contrariando as “ideias feitas” a este propósito correntes: cfr. LESLEY K. MCALLISTER, “Beyond Playing ‘Banker’...”, cit., p. 272.

cumentos de orientação, material de apoio, por forma a assumir a supervisão do Programa (com conhecimento do número de autorizações detidas por cada fonte, bem como o registo das transacções efectuadas), o controlo do seu cumprimento e a competência para a aplicação de sanções, criando no seu seio o *Acid Rain Advisory Committee*²²⁷¹.

Parece-nos adequado terminar este ponto com uma referência à ideia exposta por Tiago Antunes a propósito da fiscalização do mercado de gases poluentes, ao confrontá-lo com o modelo tradicional do “command and control”, defendendo que o comércio de emissões permite afastar o primeiro vocábulo mas não o segundo²²⁷².

b) Uma segunda questão que gostaríamos apenas de afloar tem a ver com o possível conflito destes mercados com o *princípio do poluidor-pagador*, eventualmente resultante de a atribuição de licenças de emissão transaccionáveis corresponder ao reconhecimento de um “direito a poluir” por parte dos seus titulares. No entanto, a doutrina maioritária afasta-se hoje de tal compreensão das coisas, o que será mais fácil para os que defendem — grupo onde nos incluímos — que as licenças de emissão deverão ter um prazo de validade pré-determinado, isto é, deverá ser-lhes aposto um termo final que, uma vez verificado, determinará a caducidade da licença.

A questão suscita-se na medida em que a atmosfera não pode ser considerada um bem dominial, susceptível de gerar direitos, o que necessariamente mexe com as possibilidades e os limites da instituição de mercados de licenças ou direitos de emissão de GEE²²⁷³. Todavia, tal conflito não existe necessariamente tudo passando, em particular, pela forma como o mercado é desenhado e, mais do que isso, como as licenças de emissão são concebidas. Daí que a questão decorra, de forma directa, da natureza das licenças de emissão, designadamente de saber se delas resultam ou não verdadeiros direitos de propriedade o que determinaria, em especial, que a sucessiva ou posterior redução ou “confisco” por parte do Estado pudesse configurar um acto expropriatório — questão de que nos ocuparemos mais adiante²²⁷⁴.

²²⁷¹ Sobre os diversos poderes da EPA no Programa das Chuvas Ácidas, bem como em relação às obrigações acessórias ou instrumentais assumidas pelas empresas participantes ao nível da monitorização (com a instalação de *continuous emission monitoring systems*), auditorias, registos de dados (no *Emission Tracking System*) e sua revelação, certificação, etc., cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 365-367.

²²⁷² Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 227.

²²⁷³ Uma boa colocação da questão pode ser vista em IÑIGO SANZ RUBIALES, “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *REDA*, n.º 125 (Enero-Marzo 2005), pp. 31-64 (pp. 40-42): apesar de um estudo superficial do sistema dar a impressão de que a existência de “direitos a poluir” viola o princípio do poluidor pagador, aprofundando a finalidade do mecanismo e o seu “modus operandi” a conclusão é a contrária, já que a atribuição de quotas de emissão de GEE limitadas e a susceptibilidade da sua redução paulatina e transacção é uma manifestação paradigmática e imaginativa do princípio em causa, não só porque a redução de emissões está garantida mas também porque o seu limite máximo está assegurado, tendo as empresas que não cumpram os limites máximos de emissões de comprar quotas de emissão. Quem não cumpre tem de pagar e quem reduz as emissões para lá dos limites que lhes são impostos pode obter um benefício económico com a venda das licenças. Em todo o caso, o Autor não deixa de demonstrar dúvidas no que toca à gratuitidade inicial dos direitos de emissão, em virtude da sua atribuição pelo sistema de “grandfathering” -

²²⁷⁴ Cfr. *infra*, d). Para ALEXANDRA ARAGÃO, a compatibilidade deste instrumento com o princípio do poluidor pagador impõe que o Estado, quando pretende actualizar (reduzindo-as) as quantidades de poluição emitida/permitida, se apodere dos títulos sem contrapartidas, recolhendo-os em vez de os comprar (cfr. *O Princípio do Poluidor*

c) Uma questão fundamental na instituição de um programa de comércio de licenças de emissões poluentes é o que tem a ver com o seu desenho inicial, com a sua conformação administrativa. Deixando de lado uma série de outras questões, a que nos parece mais relevante é a relativa à forma de atribuição ou alocação *inicial* das licenças, designadamente se ela é feita de forma onerosa ou gratuita. Apenas essa distribuição inicial é administrativa uma vez que, a partir daí, serão as regras do mercado a determiná-la.

Apesar de a instituição deste tipo de mercados ter inerente a ideia da internalização da poluição industrial — o que apontaria para a necessidade de instituir mecanismos onerosos de distribuição, em consonância com a assunção pelos poluidores da poluição como externalidade negativa, com o princípio da igualdade, para não penalizar os novos operadores e com princípio do poluidor pagador — o método gratuito tem sido, de longe, o mais seguido na grande maioria dos programas concebidos um pouco por todo o mundo²²⁷⁵. A forma de atribuição onerosa normalmente proposta pela doutrina é a do *leilão*: os leilões periódicos de autorizações prefiguram-se como uma alternativa simples e altamente eficiente, podendo as receitas de tais leilões beneficiar todos os cidadãos através de uma redução dos impostos, numa espécie de “reciclagem” do rendimento ou da receita, em que os poluidores compram ao público o direito a poluir, fornecendo também maior flexibilidade, pelo menos em termos potenciais, na distribuição dos custos²²⁷⁶.

Todavia, a atribuição gratuita de autorizações tem merecido em geral a preferência, por argumentos diversos, um dos quais está relacionado com o *princípio da proporcionalidade*: a exigência de contribuir ou adquirir uma licença de emissão com valor pecuniário pode ser considerada uma intervenção num direito ou liberdade fundamental — em princípio a liberdade de iniciativa económica privada —, argumento ao qual se juntam aspectos fundamentais dos leilões de autorizações ou de qualquer outro tipo de atribuição remunerada das licenças que conduzem à defesa da atribuição nos sistemas de comércio de emissões²²⁷⁷.

Pagador..., cit., p. 183 e seg. e 253). No sentido de que não há necessariamente um conflito entre as autorizações de poluição transaccionáveis e o princípio do poluidor pagador, cfr. JONATHAN REMY NASH, “Too Much Market? Conflict Between Tradable Pollution Allowances and the ‘Polluter pays’ Principle”, *HELR*, vol. 24 (2000), n.º 2, pp. 465-535: o Autor levanta uma série de hipóteses de inconsistências entre o princípio do poluidor pagador e estes regimes (pp. 496-532) — ao nível da delimitação das regiões em que os programas vigoram, da forma de atribuição das autorizações, do seu livre comércio — mas afasta-as a todas, concluindo que não há violação do princípio e de que há inúmeras razões favoráveis à adopção de regimes de licenças de poluição transaccionáveis, tanto ao nível interno como internacional (pp. 532-535).

Como veremos — e como defendeu entre nós, na esteira de alguma doutrina estrangeira, TIAGO ANTUNES (cfr. *O Comércio de Emissões Poluentes...*, pp. 244-247) a concessão de títulos de poluição temporários, de licenças que caducam periodicamente, permite ultrapassar o dilema direito de propriedade *versus* princípio do poluidor pagador, uma vez que se trata de propriedade temporária.

²²⁷⁵ Para uma boa colocação do problema, analisando criticamente a distribuição gratuita das licenças ou quotas de poluição e defendendo, *de iure condendo*, a distribuição onerosa, cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., pp. 182-193.

²²⁷⁶ Cfr. PETER CRAMTON/SUZI KERR, “The Distributional Effects of Carbon Regulation...”, cit., especialmente p. 260.

²²⁷⁷ Expressamente neste sentido, cfr. MANFRED REBENTISCH, “Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts”, *NVwZ*, 25. Jahrgang (2006), Heft 7, pp. 747-752. Entre os argumentos que afastam a atribuição remunerada das licenças contam-se (cfr. p. 752 e seg.) o facto de a atmosfera não poder ser subsumida na gestão empresarial jurídico-pública, as considerações relacionadas com a relação do direito do comércio das emissões com os direitos fundamentais, a necessária aplicação do princípio

O método mais utilizado, nos diversos países e mesmo numa escala global, de atribuição inicial das autorizações é o que ficou conhecido por *grandfathering* e que passa por uma atribuição gratuita baseada nos registos históricos de emissões poluentes das fontes ou instalações às quais são atribuídas as autorizações²²⁷⁸.

d) O problema técnico-jurídico que se reveste para nós de maior importância é o da *natureza das licenças* de emissões poluentes e a sua configuração jurídica. Por detrás da aparente simplicidade com que o principal programa interno de comércio de emissões resolve a questão — referimo-nos ao Programa das Chuvas Ácidas do CAA, que considera a licença de emissão “uma autorização, atribuída a uma instalação afectada (...) para emitir, durante ou após um ano civil determinado, uma tonelada de dióxido de enxofre” (Secção 402, n.º 3, do CAA), acrescentando na al. f) da Secção seguinte que essa autorização não constitui direito de propriedade e que nada no título em questão ou em qualquer outra disposição legal será concebido para limitar a competência dos Estados Unidos para revogar ou limitar uma tal autorização — esconde-se uma extraordinária complexidade quanto à verdadeira natureza destas licenças.

Em todo o caso, parece haver unanimidade na doutrina quanto ao facto de se tratar de coisas incorpóreas geradas pelo exercício de um poder público em regime de monopólio que não existem no mundo físico — sendo, nessa medida, uma abstracção — com a extraordinária particularidade de o seu valor ser uma externalidade negativa, ou seja, um malefício ambiental, salientando-se ainda a sua natureza de bem de produção não duradouro obrigatoriamente utilizado no processo produtivo ao qual se atribui a natureza de bem transaccionável. É ainda notório o seu carácter fungível resultante de não ser destinado a um titular determinado, podendo ser transaccionado entre todos os destinatários potenciais, na medida em que ela é concedida em abstracto e não a uma concreta instalação poluente, o que origina uma separação entre a licença e a situação sobre a qual ela vai produzir os seus efeitos²²⁷⁹.

da proporcionalidade e, por último, o de que o leilão das licenças poderia configurar uma autêntica violação dos direitos fundamentais.

²²⁷⁸ De acordo com as definições propostas por HENRY CAMPBELL BLACK (*Black's Law Dictionary — Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, West Publishing Co., St. Paul, 6th Edition, 1990, p. 699) uma “grandfather clause” é uma “disposição de uma nova lei ou regulamento isentando aqueles que façam parte do sistema existente que está a ser regulado” ou “uma isenção de uma restrição que permite a todos aqueles que já estejam a fazer alguma coisa continuarem a fazê-lo ainda que fossem impedidos por uma nova restrição”. Desenvolvidamente sobre as “grandfather clauses” cfr. HEIDI GOROVITZ ROBERTSON, “If Your Grandfather Could Pollute, So Can You: Environmental ‘Grandfather Clauses’ and Their Role in Environmental Inequity”, *Cath. U. L. Rev.*, vol. 45, n.º 1, Fall 1995, pp. 131-179; para além do seu tratamento genérico ao nível do CAA (pp. 152-158), a Autora faz uma notável ponderação das vantagens e desvantagens do sistema e das razões que explicam a sua utilização (pp. 160-170), não se coibindo de apresentar uma visão bastante crítica, em face da iniquidade do sistema (que regula de forma diferente instalações semelhantes, apenas em virtude da sua diferente idade) e dos seus resultados ambientais “duvidosos”, na medida em que beneficia instalações sujas e velhas à custa de instalações mais novas e mais limpas, preferindo manter aquelas a promover estas.

²²⁷⁹ Seguimos aqui os contributos para a definição das licenças de emissão de gases poluentes e dos eventuais direitos de emissão que lhe estão associados fornecidos por CARLOS COSTA PINA (“Mercado de Direitos...”, cit., p. 500), que discute com algum desenvolvimento, a pp. 503-515, a natureza de valor mobiliário das licenças de emissão, concluindo que “ainda que não se aceite a possibilidade de qualificação dos direitos de emissão como valores mobiliários” todavia não se identificam quanto a tal qualificação “obstáculos no plano da lei”; por TIAGO ANTUNES

Ainda que se deva afastar, em nosso entender, a concepção de que a criação destes mercados e a atribuição destas licenças constitui, de alguma forma, o reconhecimento de um “direito a poluir” — não deixando, todavia, tal concepção das coisas de ser em alguma medida sugestiva e contar-se entre as críticas feitas ao comércio de emissões, como tivemos já ocasião de mostrar²²⁸⁰ — as dúvidas já são muito maiores no que toca a eventuais direitos de propriedade sobre as licenças de emissão, os quais são mesmo considerados por alguns um requisito fundamental para o sucesso dos programas de comércio de emissões²²⁸¹. A questão é de extrema dificuldade pois o reconhecimento de tal direito, para além de poder constituir uma violação do princípio do poluidor pagador, tornaria muito difícil o funcionamento destes programas que passam pela limitação sucessiva das licenças de emissão, por forma a impor a redução das quantidades de gases poluentes emitidos pelas instalações ou fontes afectadas ou, em alternativa, impondo-lhes a compra no mercado das licenças que lhes permitam continuar a produzir as emissões na mesma quantidade. Ao reconhecer-se tal direito de propriedade isso implicaria que, no direito norte-americano, a redução ou “confisco” das licenças constituiria uma violação da “takings clause” (ou “just compensation clause”) prevista na Quinta Emenda à Constituição americana, passível de indemnização, ou uma expropriação susceptível de indemnização, no direito português, por o âmbito de tutela do art. 62.º da CRP abranger a titularidade das licenças de emissão²²⁸².

(*O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., pp. 193-204; e “Garantias de Origem: em direcção a um mercado europeu de «certificados verdes»”, in: CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES (organ.), *Actas do Colóquio Ambiente & Energia*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2010, pp. 39-74 (pp. 52-58); e por THIBAUT SOLEIHAC, “Vers une commercialité des autorisations administratives”, *AJDA — L’actualité juridique — Droit Administratif*, n.º 40/2007, 26 novembre 2007, pp. 2178-2187.

²²⁸⁰ Cfr. o nosso “Que Estratégia...”, cit., pp. 332-336: é esta (ou, pelo menos, foi) uma das objecções fundamentais ao comércio de emissões, o de que este permitia a compra de um direito a poluir, “direito” que se deve ter por absolutamente afastado, nos nossos dias, se queremos dar passos firmes no sentido da consagração de um Estado de Justiça Ambiental, que pressupõe o afastamento do ordenamento jurídico de qualquer ideia indiciadora da existência de um “direito” a poluir.

²²⁸¹ Por todos cfr. SVENDSEN, *Public Choice...*, cit., p. 124 e 182 e seg. — considerando que a adequada definição de direitos de propriedade sobre as autorizações é fundamental para aquele sucesso. No mesmo sentido, defendendo que o “confisco” ou redução do número de licenças de emissão tornam os programas de comércio de emissões muito menos atraentes para a comunidade regulada, aproximando-se de verdadeiras expropriações da propriedade, cfr. JUSTIN SAVAGE, “Confiscation of Emission Reduction Credits: the Case for Compensation under the Takings Clause”, *Va. Envtl. L.J.*, vol. 16, n.º 2, Winter 97, pp. 227-271 (considerando que se deviam reconhecer interesses de propriedade ou direitos de propriedade limitados relativamente aos créditos de emissão transaccionáveis, o que conduziria a uma maior valorização do comércio de emissões face à maior protecção de confisco dos créditos de emissão); e JEANNE M. DENNIS, “Smoke for Sale: Paradoxes and Problems of the Emissions Trading Program of the Clean Air Act Amendments of 1990”, *UCLA L. Rev.*, vol. 40, n.º 4, April 93, pp. 1101-1144.

²²⁸² A questão é muito bem colocada, em relação ao direito norte-americano — onde o facto de o CAA dizer, em termos expressos, que estas licenças não constituem direito de propriedade não é suficiente para eliminar as dúvidas — por HENRY A. SPAN, “Of TEAs and Takings: *Compensation Guarantees for Confiscated Tradeable Environmental Allowances*”, *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 8 (June 00), pp. 1983-2020: na medida em que as licenças ambientais transaccionáveis vão sendo reduzidas através do seu confisco ou diminuição do volume total de emissões permitido (cfr. pp. 1987-1993) há uma série de argumentos a ter em conta a favor e contra a necessidade de indemnização (pp. 1993-2009), concluindo os Autores que, pelo menos em algumas situações, como as dos poluidores industriais (a que verdadeiramente nos interessa) e dos pescadores comerciais, a indemnização deve ser negada, nomeadamente em face da influência desproporcionada de que tais grupos já beneficiam. Em Portugal, cfr. TIAGO DUARTE, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., pp. 237-247. Numa perspectiva da natureza jurídica da receita pública arrecadada pelo Estado decorrente da prestação imposta ao sujeito passivo como contrapartida

Para concluir este ponto, parece-nos absolutamente correcto conceber como a melhor forma de ultrapassar este obstáculo aquela que tem sido proposta por alguma doutrina norte-americana e também nacional e que passa pelo reconhecimento de direitos de propriedade limitados às licenças ou créditos de autorizações transaccionáveis, o que pode conduzir a uma valorização do comércio de emissões e, também, à compatibilização do respeito pelo princípio do poluidor pagador com a desnecessidade de indemnizar os titulares das licenças de emissão pela sua eliminação ou redução.

Nestes termos, as licenças de emissão de gases poluentes teriam uma duração limitada no tempo — boa parte das propostas vai no sentido dos cinco anos — durante os quais os seus titulares gozariam de direitos de propriedade plenos sobre elas. No entanto, tais direitos ou tal propriedade não deixaria de ser limitada, na medida em que, após esse período, as licenças caducariam, com a instituição de um novo mercado mais pequeno (em nome da redução da poluição). Desta forma, não haveria uma violação do direito de propriedade susceptível de indemnização e o direito de propriedade e o princípio do poluidor pagador seriam susceptíveis de ser harmonizados, uma vez que estaríamos perante *propriedade temporária* cujo termo não faz nascer qualquer direito de indemnização, com total respeito do princípio da protecção da confiança, nomeadamente no que toca à defesa dos direitos adquiridos. Solução que se torna muito mais justa e equitativa em relação aos novos operadores que pretendem entrar no mercado, os quais não partem assim da “estaca zero”, com necessidade de comprarem *todas* as licenças correspondentes às emissões que venham a produzir, mas em condições de perfeita igualdade com os operadores das instalações existentes no momento da criação do novo mercado. Em suma, licenças limitadas do ponto de vista temporal e direitos de propriedade limitados em consonância²²⁸³.

da legitimação da actividade emissora de GEE, mas ainda assim subsumida na *natureza jurídico-financeira dos direitos de emissão*, CARLOS COSTA PINA (“Mercado de Direitos...”, cit., p. 496) considera que não há “atribuição ou reconhecimento de direitos («property rights») sobre a atmosfera susceptíveis de permitirem aos seus titulares uma exigência de não poluição a terceiros”.

Note-se que, a propósito do *sequestro de carbono*, isto é, da absorção e “armazenamento” de dióxido de carbono pelos solos e pela vegetação, também se levanta a questão da existência ou não de *direitos de carbono*, reconhecendo alguma doutrina australiana, a propósito do *Carbon Rights Act* de 2003, que existe efectivamente um *direito de carbono*, considerado como “uma forma nova e singular de *land interest* que confere ao seu titular um direito ao benefício incorpóreo de sequestro de carbono num pedaço de terreno florestal”: cfr. SAMANTHA HEPBURN, “Carbon Rights as New Property: The benefits of statutory verification”, *SLRev*, vol. 31, Number 2, June 2009, pp. 239-271 (p. 239 e 264-270) que defende, sem rodeios, as vantagens em considerar o “direito do carbono” um novo *statutory property interest* em vez de o enquadrar na categoria das servidões ou outras figuras menores do direito de propriedade.

²²⁸³ Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., pp. 244-247. JEANNE M. DENNIS formula igualmente a proposta (cfr. *ob. cit.*, pp. 1137-1142) de alteração do CAA no sentido de atribuição das autorizações por períodos de cinco anos, durante os quais haveria direitos de propriedade sobre as autorizações, do que resultaria uma maior segurança para as empresas e mais incentivos para o desenvolvimento de tecnologias de controlo; e o próprio SVENDSEN, apesar da importância que dá à definição de direitos de propriedade sobre as autorizações, considera que se deve definir à partida o seu tempo de validade e a quantidade e o grau em que os tectos de emissão serão reduzidos (cfr. *Public Choice...*, cit., p. 183). ALEXANDRA ARAGÃO propõe uma solução próxima mas que não elimina totalmente o problema: o anúncio, por parte das autoridades públicas, de que os títulos de emissão transaccionáveis iriam ser proporcionalmente reduzidos num prazo de x anos, período que permitiria as devidas adaptações e variações nos investimentos de controlo da poluição sem custos excessivos; todavia, em face da possível resistência dos “proprietários dos títulos” admite a sua compra por parte dos poderes públicos, sistema que todavia seria contrário ao princípio do poluidor pagador: cfr. *O Princípio do Poluidor Pagador*, cit., p. 253.

De notar que a questão foi já tratada, ainda que de forma lateral, pelo Tribunal de Justiça, no “Caso Arcelor, SA”²²⁸⁴ no qual, de forma sintética, o Tribunal concluiu que o regime de comércio europeu de licenças de emissão não violou os direitos de propriedade da empresa, causando-lhe um prejuízo grave: para além de salientar a necessidade de ponderação dos direitos da Arcelor, SA com o objectivo de interesse geral prosseguido pela Directiva, o da *protecção do ambiente*, negou que a aplicação das disposições desta lesasse necessariamente o *direito de propriedade* da recorrente e a sua liberdade de iniciativa económica privada, naufragando em absoluto o direito de indemnização que esta pretendia fazer valer, por não haver violação de qualquer norma jurídica destinada a proteger os seus direitos²²⁸⁵.

²²⁸⁴ Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção), de 2 de Março de 2010 (Processo T — 16/04), tirado pelos juízes J. Azizi, E. Cremona e S. Frimodt Nielsen.

²²⁸⁵ Numa análise um pouco mais pormenorizada do caso poderemos dizer que a empresa ARCELOR SA, nascida da fusão de outras empresas e, desde 2006, a primeira produtora de aço a nível mundial assumiu as vestes de recorrente, propondo uma acção contra o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia (agentes recorridos, apoiados pela Comissão Europeia) na qual pediu a *anulação parcial da Directiva 2003/87/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho e o *ressarcimento dos prejuízos sofridos na sequência da adopção da referida directiva*. A empresa em causa subsume-se no âmbito de aplicação da Directiva, devendo possuir autorizações para as emissões de GEE, a conceder em conformidade com os planos nacionais de atribuição, em face do previsto no Anexo I, que refere as instalações destinadas à produção de energia e à produção e transformação de metais ferrosos e as emissões resultantes das actividades de produção e transformação de metais ferrosos. Uma vez que a ARCELOR é proprietária de diversas instalações de produção de ferro fundido bruto e de aço estabelecidas na União localizadas em França, na Bélgica, em Espanha e na Alemanha a aplicação do regime em causa é para ela de particular significado.

O pedido de anulação de diversas disposições da Directiva — o qual acaba por se estender à Directiva no seu todo — e de indemnização dos prejuízos sofridos com a sua aplicação justifica-se na medida em que a recorrente conclui que as disposições impugnadas não deixam aos Estados-Membros qualquer margem de apreciação quanto às obrigações que lhe devem ser impostas e que, por conseguinte, essas disposições lhe dizem directamente respeito, alegando ainda que faz parte de uma categoria fechada de empresas particularmente afectadas pela directiva impugnada, que o sector do aço é o único dos quatro sectores cobertos pelo anexo I da directiva impugnada sujeito à concorrência de outros sectores não abrangidos pela mesma directiva, sendo particularmente afectada pela Directiva uma vez que o aumento do preço do aço não a coloca em condições de repercutir sobre os seus clientes o aumento dos custos de produção resultante da necessidade de adquirir licenças de emissão e por já ter reduzido de forma muito significativa, nomeadamente através de investimentos em tecnologia muito avançada de altos-fornos, as suas emissões de GEE, entre outros problemas específicos que avança.

No seu arrazoado, o Tribunal, para além de demonstrar que a recorrente podia obter gratuitamente licenças para a totalidade das suas emissões, considera que ela “não demonstrou que as disposições impugnadas, em particular a obrigação de autorização de emissão (...), a obrigação de restituição (...) bem como as sanções previstas (...) tenham violado os seus direitos fundamentais e lhe tenham causado um prejuízo grave” (cfr. 104.; itálico nosso), designadamente por não dizerem individualmente respeito à recorrente, a qual é afectada pelas disposições em causa da mesma forma que quaisquer outros operadores cuja actividade seja abrangida pelo anexo I da Directiva, não tendo demonstrado que as disposições impugnadas lhe dizem directa e individualmente respeito.

Em relação à questão que aqui mais nos interessa — a do pedido de indemnização, em que se procura apurar, entre outros pontos, se há ou não um nexo de causalidade directo entre a directiva impugnada e o prejuízo sofrido pela ARCELOR ou que esta venha a sofrer — estão em causa os danos resultantes dos custos adicionais originados pelo regime de comércio de licenças de emissão, nomeadamente em virtude do previsível aumento do custo das licenças, debatendo o Tribunal a questão da “existência de uma violação suficientemente caracterizada do *direito de propriedade*, da liberdade de exercer uma actividade económica e do princípio da proporcionalidade”, alegando a recorrente que as medidas obrigatórias que sujeitam a “utilização da propriedade” a certas condições são susceptíveis de *restringir o exercício do direito de propriedade* e, quando essas medidas privam um particular desse exercício, *violam o núcleo desse direito*. A ARCELOR invoca a impossibilidade técnica de reduzir mais, num futuro próximo, as suas emissões de CO₂ e de repercutir o aumento dos seus custos de produção sobre os seus clientes. É todavia para nós de particular significado citar a argumentação do Parlamento e do Conselho — que merece a nossa inteira ade-

e) Como assinalámos, o mercado de emissões é limitado num duplo sentido: tanto quanto ao número de instalações participantes, as quais por norma são definidas nos diplomas que criam os mercados e/ou que fazem a distribuição ou alocação das licenças de emissão, como quanto ao limite máximo de emissões autorizadas (o “cap”). A estrutura deste mercado de base administrativa atende apenas ao valor global das emissões poluentes, o que está na base de um dos problemas mais relevantes deste regime, do qual nos ocuparemos *infra*: o de uma distribuição espacial iníqua da poluição, com a sua concentração, em regra, junto de comunidades mais frágeis, do ponto de vista económico, social ou racial. Neste aspecto, os critérios de natureza economicista assumem um protagonismo claro, o que pode conduzir a distorções ambientais graves, com uma distribuição assimétrica das emissões poluentes, em termos espaciais²²⁸⁶.

são! — quando contestam que a directiva impugnada afecte de modo desproporcionado o direito de propriedade da recorrente, pois as obrigações daquela decorrente não “lesam de forma desproporcionada e intolerável os seus direitos à luz do objectivo de interesse geral prosseguido pela directiva impugnada e pelo regime do comércio de licenças, ou seja, a *protecção do ambiente*” (151.; itálicos nossos).

O Tribunal, para além de salientar que o direito de propriedade e o livre exercício de uma actividade económica não são prerrogativas absolutas, devendo ser levada em consideração a sua função social, sendo por isso susceptíveis de restrições, desde que estas correspondam a objectivos de interesse geral e não constituam intervenções desproporcionadas e intoleráveis que violem o núcleo dos direitos garantidos, considera que a recorrente não explicou em que medida o seu direito de propriedade relativo a determinados bens corpóreos ou incorpóreos que fazem parte dos seus meios de produção foi efectivamente atingido, ou mesmo esvaziado de conteúdo, pela aplicação ou pela transposição para o direito nacional das referidas disposições, não explicando tão-pouco em que medida não podia repercutir os custos das licenças de emissão, estando por isso *excluído* que “as *disposições impugnadas tenham necessariamente consequências financeiras negativas que lesem o direito de propriedade da recorrente*” (155.; itálico nosso). Daí a conclusão — que constitui o aspecto central pelo qual optámos por esta extensa citação do Acórdão em apreço — segundo a qual “*parece estar excluído que as disposições impugnadas violem o direito de propriedade da recorrente e a sua liberdade de exercer uma actividade profissional, ou mesmo que essa alegada violação possa causar-lhe prejuízo*” (158.). Prova-se ainda que, em relação à invocação do princípio da proporcionalidade, a recorrente não fez prova do encargo pesado e desproporcionado que alega ter sofrido. E, o que não é pouco, que a recorrente não demonstrou que o regime de comércio de licenças de emissão enquanto tal seja inadequado para alcançar o objectivo de redução das emissões de CO₂. Em suma, *improcederam os fundamentos de ilegalidade relativos à violação suficientemente caracterizada do direito de propriedade da ARCELOR*, o que reforça a posição por nós defendida quanto à desnecessidade de indemnizar as empresas participantes nos regimes de comércio de emissões, por uma hipotética violação do seu direito de “propriedade” nas licenças concedidas.

Posição reforçada, no caso concreto, pela improcedência da alegação da ilegalidade relativa à violação suficientemente caracterizada do princípio da igualdade de tratamento e da liberdade de estabelecimento (pela invocada, mas não provada, lesão provocada pelas disposições impugnadas do direito da recorrente de transferir a sua produção de uma instalação menos rentável num Estado-Membro para uma instalação mais rentável noutro Estado-Membro). Igual insucesso mereceu o argumento da violação do *princípio da segurança jurídica* (e da *protecção da confiança legítima*), em virtude da invocada ausência de previsão, pela directiva impugnada, de um limite máximo ou de um mecanismo de controlo dos preços das licenças e da ausência de uma garantia de transferência das licenças concedidas a uma instalação que deva ser encerrada para outra instalação do mesmo grupo estabelecida noutro Estado-Membro. Segundo a argumentação do tribunal, o preço das licenças é exclusivamente determinado pelas forças do mercado instituído pelo regime de comércio de licenças, não estando o legislador obrigado a adoptar quaisquer disposições a este respeito: pelo contrário, a regulamentação do preço das licenças poderia pôr em causa o *objectivo principal* da directiva impugnada, o da *redução de GEE* por meio de um regime de comércio de licenças economicamente eficiente, já que poderia assim reduzir ou mesmo eliminar os incentivos económicos em causa e a eficiência do regime.

Por todas estas razões, o tribunal conclui (206.): “a recorrente não demonstrou que, ao adoptar a directiva impugnada, o legislador comunitário cometeu (...) uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tem por objectivo conferir-lhe direitos”, pelo que o pedido de indemnização foi julgado improcedente sem necessidade de tomar posição sobre os outros requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade, negando provimento ao recurso apresentado pela ARCELOR SA.

²²⁸⁶ Cfr. TIAGO ANTUNES, *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., p. 206 e seg.

O objectivo ambiental dos mercados de emissões poluentes só pode ser atingido — aspecto fundamental da sua valência ambiental, sem o qual eles não poderiam ser considerados um instrumento ao serviço da tutela ambiental — através da progressiva redução do tecto máximo de poluição permitido, objectivo alcançado através da diminuição do número de licenças para emitir uma determinada quantidade de gases poluentes disponíveis no mercado. Para alcançar esta redução as autoridades públicas responsáveis pela gestão dos programas vão retirando as licenças disponíveis, sendo esta supressão que levanta a questão tratada no ponto anterior.

Para uma caracterização um pouco mais completa do mercado de direitos de emissão deve ainda assinalar-se que ele se insere no movimento tendente à *desmaterialização* dos mercados de valores relativos às mercadorias (“commodities”, na designação corrente na literatura anglo-saxónica), que podem hoje assumir a natureza de activos intangíveis ou incorpóreos: daí a inexistência de objecções intransponíveis no que toca à subsunção das licenças de emissão de dióxido de carbono no conceito de valor mobiliário, apesar da particularidade de a negociação das licenças não visar a aquisição de um bem negociado mas de um direito tendente ao exercício de uma actividade emissora de GEE, isto é, de o bem negociado não ser o CO₂ mas os direitos para a respectiva emissão²²⁸⁷.

f) Um aspecto que tem sobretudo a ver com a dimensão internacional dos mercados de emissões poluentes mas ao qual, no entanto, gostaríamos de dedicar algumas linhas tem a ver com estes mercados serem um *mecanismo flexível* que se relaciona ou é auxiliado por outros expedientes do mesmo tipo que, mesmo assumindo um papel secundário, não deixam de contribuir para a diminuição global das emissões poluentes, em regra os GEE. O Protocolo de Quioto consagrou mecanismos flexíveis para o combate às alterações climáticas e, em particular, aos gases depletores da camada de ozono e, ao lado do comércio internacional de emissões e da instituição do mercado respectivo, prevêem-se outros instrumentos do mesmo tipo, os mecanismos de *implementação conjunta* e de *desenvolvimento limpo*, os quais pretendem incentivar a realização de projectos ambientalmente benéficos para lá das fronteiras dos países responsáveis pela sua execução.

A *implementação conjunta* (IC) “destina-se a promover a implementação, bilateral ou multilateral, de projectos destinados a reduzir/aumentar as emissões/reduções de GEE, em qualquer sector económico. Em função das quantidades de redução/aumento das respectivas emissões/remoções, são os referidos projectos geradores de unidades de redução de emissões (“u.r.e.”/“e.r.u.”: *emission reductions units*), igualmente susceptíveis de transmissão em mercado, deduzindo-se ao limite de emissões da Parte alienante, à semelhança do que sucede com as transmissões de licenças de emissão (...)”²²⁸⁸.

²²⁸⁷ Seguimos aqui, de muito perto, o entendimento expresso por CARLOS COSTA PINA (“Mercado de Direitos...”, cit., p. 503 e segs.). Tendo por pano de fundo as licenças de emissão de GEE em França e considerando expressamente estarmos perante um *bem móvel por determinação da lei*, cfr. HERVÉ DE GAUDEMAR, “Les quotas d’émission de gaz à effet de serre”, *RFDA*, 25^e Année, n.º 1, Janvier-Février 2009, pp. 25-31 (p. 30 e seg.).

²²⁸⁸ Cfr. CARLOS COSTA PINA, *ob. cit.*, p. 474. De notar que, por exemplo na Alemanha, desde 2005 existe uma Lei a regular especificamente o MDL, fornecendo a base legal para a participação deste país nos mecanismos flexíveis em causa: a *Gesetz über projektbezogene Mechanismen nach dem Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11. Dezember 1997*, abreviadamente conhecida

O mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) “visa fomentar fluxos de investimentos e transferência de tecnologia ambientalmente sãos entre as Partes constantes do Anexo I à CQNUAC e as restantes, permitindo àquelas o desenvolvimento e execução de projectos a favor destas, os quais são geradores de reduções certificadas de emissões (“r.c.e.”/“c.e.r.”: *certified emissions reductions*) susceptíveis de utilização pelas Partes constantes do Anexo I para cumprimento dos seus limites quantificados de emissões, sem prejuízo da possibilidade de poderem proceder à sua alienação, caso em que (...) se adicionarão ao limite de emissão atribuído ao adquirente”, sendo supervisionado pelo Conselho Executivo do MLD, ao qual compete a emissão da redução certificada de emissões²²⁸⁹.

Os projectos e a tecnologia de *captura e armazenamento de carbono* (habitualmente designados pela sigla CCS, correspondente a *Carbon Capture and Storage*) permitem capturar o dióxido de carbono emitido por uma instalação, transportá-lo e injectá-lo num local subterrâneo dentro de uma formação geológica adequada, com vista ao seu armazenamento permanente e constituem outra forma de alcançar o objectivo de redução de emissões de GEE regulada na Directiva 2009/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 (armazenamento geológico de dióxido de carbono). Apesar de não estar prevista a atribuição gratuita de direitos de emissão às instalações respectivas, elas serão incluídas no âmbito subjectivo do mercado de emissões a partir de 2013, devendo os projectos CCS ser considerados projectos MDL, uma vez que os créditos obtidos com a redução das emissões poderão ser utilizados no mercado europeu de direitos de emissão²²⁹⁰.

Por último, deve mencionar-se a importância da constituição dos *fundos de carbono* — mais exactamente, dos *fundos de emissão de dióxido de carbono* — na gestão dos programas e dos mercados de emissões de gases poluentes, visando a aquisição de licenças de emissão poluentes e do auxílio ao desenvolvimento dos outros instrumentos flexíveis de cumprimento do protocolo de Quioto (os projectos de IC e de MDL): depois da constituição destes fundos pelo Banco Mundial e pelo Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento seguiu-se a sua criação ao nível nacional.

Em Portugal, o Fundo Português de Carbono foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 71/2006, de 24 de Março, estando o seu Regulamento de Gestão previsto na Portaria n.º 1202/2006, de 9 de Outubro: trata-se de um património autónomo sem personalidade jurídica, gerido

por *Projekt-Mechanismen-Gesetz* ou pelo acrónimo ProMechG. Sobre ela cfr. INES ZENKE/ALEXANDER HANDKE, “Das Projekt-Mechanismen-Gezetz — Eine erste und kirtische Bewertung”, *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 10, Oktober 2007, pp. 668-674.

²²⁸⁹ Cfr. CARLOS COSTA PINA, “Mercado de Direitos...”, cit., p. 474 e seg.

²²⁹⁰ Neste sentido, cfr. IÑIGO SANZ RUBIALES, “La captura y almacenamiento de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril de 2009”, in: CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES (organ.), *Actas do Colóquio Ambiente & Energia*, cit., pp. 11-37 — que seguimos no essencial no texto. Sobre esta técnica cfr. também PAUL Q. WATCHMAN/JOHN BOWMAN/SIMON READ/JULIETTE ADDISON, “Carbon Capture and Storage: Burying the Problem of Climate Change”, *ULR*, vol. 15, Issue 6, 2005/2006, pp. 267-278 — concluindo que a técnica CCS constitui uma boa alternativa para continuar a permitir a utilização de combustíveis fósseis, defendendo por isso a criação de um sistema robusto e eficiente de incentivos financeiros aos investidores em instalações CCS e o seu enquadramento jurídico que permita uma prática segura e ambientalmente relevante.

Sobre o papel da IC e do MDL no “modelo de negócio” das instalações que laboram no mercado de emissões, cfr. NUNO ALEIXO/RUTE SARAIVA, “Modelação do negócio ao desenvolvimento sustentado — Instalações emissoras com gases de efeito de estufa”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, cit., vol. III, pp. 363-377 (p. 368 e segs.).

pelo comité executivo da Comissão para as Alterações Climáticas, na vertente técnica, e pela Direcção-Geral do Tesouro, na vertente financeira, centrado na obtenção de créditos de emissão por via dos mecanismos de flexibilidade previstos no Protocolo de Quioto. De acordo com o n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei citado pretende-se que o Fundo obtenha créditos de emissão de GEE, entre outras linhas de acção através do investimento nos mecanismos de flexibilidade do Protocolo de Quioto, sejam eles o comércio de licenças de emissão, os projectos de IC ou os projectos de MDL.

g) Conforme fomos sugerindo ao longo da exposição e a doutrina norte-americana, de uma forma muito particular, pôs em evidência a propósito do Programa das Chuvas Ácidas, um dos maiores problemas dos programas de comércio de emissões é o de não assegurar uma adequada distribuição espacial da poluição, favorecendo, pelo contrário, a sua concentração em áreas geográficas determinadas, muitas vezes correspondentes a comunidades desfavorecidas do ponto de vista económico, social e étnico — os chamados “hot spots”.

Como tivemos ocasião de pôr em evidência a propósito do Programa das Chuvas Ácidas²²⁹¹, numa asserção que pode ser alargada aos restantes programas de “cap and trade”, o comércio de emissões preocupa-se apenas com o *limite global das emissões*, sem tomar em conta problemas locais ou regionais: em face da liberdade absoluta compra e venda das licenças, as emissões poluentes podem concentrar-se em lugares determinados (os “hot-spots”), que normalmente serão comunidades minoritárias, o que justifica a crítica por parte dos activistas e do movimento conhecido por *justiça ambiental* ou *racismo ambiental*²²⁹².

Têm surgido na doutrina algumas propostas no sentido de eliminar este problema central do comércio de emissões, como por exemplo através da criação de excepções a um comércio totalmente livre, que passem pela exigência de aprovação por uma autoridade pública antes da consumação de uma compra e venda de licenças de emissão, tendo por base um modelo de dispersão atmosférica que poderia levar à rejeição das transacções que implicassem violação dos standards ambientais numa zona determinada²²⁹³.

Também a Directiva comunitária relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de GEE (Directiva 2003/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003) não olvidou a questão, no seu artigo 26.º, em que altera o n.º 3 do art. 9.º da Directiva 96/61/CE (Directiva PCIP), determinando que as emissões de GEE de uma instalação submetida ao regime do comércio de emissões não devem constar dos valores-limite de emissão previstos na *licença ambiental*, “a menos que se torne necessário assegurar que *não será causada qualquer poluição local significativa*” (itálico nosso), evitando também assim a criação de “hot spots”.

²²⁹¹ Cfr. “Que Estratégia...”, cit., p. 336 e 369.

²²⁹² Sobre a relação entre os programas de comércio de emissões e a *justiça* ou *racismo ambiental*, cfr. HEIDI GOROVITZ ROBERTSON, “If Your Grandfather Could Pollute...”, cit., pp. 163-167; e RACHEL BRASSO RAZON, “What is Good for the Market, Can be Bad for the Health: Emissions Trading Under SCAQMD’s Rule 1610 and the Unjust Environmental Effects”, *Golden Gate U. L. Rev.*, volume 29, n.º 3, Spring 1999, pp. 539-577 (*passim*, especialmente p. 573 e seg.).

²²⁹³ Cfr. JOHNATHAN REMY NASH/RICHARD L. REVESZ, “Markets and Geography: Designing Marketable Permit Schemes to Control Local and Regional Pollutants”, *ELQ*, vol. 28 (2001), n.º 3, pp. 569-661 (pp. 624-661, especialmente pp. 650-655).

h) Outra questão sobre a qual gostaríamos de deixar um breve apontamento reporta-se às eventuais dificuldades em compatibilizar os programas de comércio de emissões com as normas constitucionais. Para além do tema central nesta sede da compatibilização dos valores e direitos relativos ao ambiente e à liberdade de iniciativa económica privada, existem outros aspectos não menos relevantes que passam pela protecção da confiança e das posições jurídicas adquiridas pelos operadores de instalações autorizadas, o princípio da reserva de lei projectado sobre a atribuição das licenças, o princípio da proporcionalidade e, ainda, a mensurabilidade e previsibilidade da actuação pública²²⁹⁴.

Em Portugal a questão foi tratada com algum desenvolvimento no trabalho monográfico de TIAGO ANTUNES²²⁹⁵ do qual resulta a conclusão central, que merece a nossa incondicional adesão, da compatibilidade do comércio de emissões poluentes com a CRP. Apesar das “perplexidades” que o mecanismo gera, o Autor confronta os dois valores constitucionais centrais em presença: o ambiente, na dúplici posição de que o comércio de emissões é ainda uma forma de *tutelar* o ambiente mas que, de certa forma, legaliza a poluição e atribui direitos a poluir; e a liberdade de iniciativa económica privada. E a grande conclusão a que chega é a de que, em face da margem de conformação de que o legislador ordinário goza quanto à *liberdade fundamental de iniciativa económica privada* o comércio de emissões é constitucionalmente admissível enquanto conjunto de normas conformador de tal liberdade. Quanto à *tarefa fundamental de tutela ambiental*, a criação do mercado de emissões poluentes representa uma execução de tal tarefa. No que tange ao *direito fundamental ao ambiente*, apesar da exclusão de um direito a poluir, aquele pode ter de ceder ou de ser compatibilizado com outros valores constitucionais, como a liberdade de iniciativa económica privada, nomeadamente na sua dimensão de liberdade de empresa, havendo aqui limites recíprocos que só se descobrem através da lei, não chegando a haver um conflito de direitos já que a lei se limita à conformação dos direitos fundamentais em causa; e, por último, relativamente à admissibilidade do comércio de emissões em face do *dever fundamental de respeitar o ambiente*, considera o expediente em apreço uma forma de cumprimento daquele dever fundamental, submetendo-se todos os industriais abrangidos pelo regime ao dever de respeitar os limites de emissão impostos, podendo todavia cumpri-los por diversas vias²²⁹⁶.

i) No que tange às principais concretizações de programas de comércio de emissões os EUA, como vimos, devem ser considerados os pioneiros: em termos da utilização de instrumentos económicos ao serviço da tutela ambiental, enquanto durante muito tempo na Europa se discutiu e tentou a utilização de instrumentos tributários, nos Estados Unidos desde a década de oitenta do século passado que foram criados diversos programas de comércio de emissões, que vieram a culminar na sua utilização mais destacada, levada a cabo no Programa das Chuvas Ácidas do CAA — devendo as diversas formas de comércio de emissões e efluentes ser porventura consideradas o aspecto mais inovador do sistema

²²⁹⁴ Sobre estes aspectos da ponderação jurídico-constitucional do comércio de emissões cfr. CLEMENS WEIDEMANN, “Emissionserlaubnis zwischen Markt und Plan — Rechtsstaatsrelevante Probleme des Emissionshandels”, *DVBL*, Heft 12/2004, 15. Juni 2004, pp. 727-736 (pp. 730-736).

²²⁹⁵ Cfr. *O Comércio de Emissões Poluentes...*, cit., pp. 67-175.

²²⁹⁶ Cfr. TIAGO ANTUNES, *ob. ult. cit.*, pp. 87-98, 101-108, 134-150 e 173-175.

regulador ambiental norte-americano ou mesmo a sua "jóia da coroa"²²⁹⁷, com enorme sucesso ao nível económico, político e da sua performance ambiental.

As experiências e os programas de comércio de emissões foram-se generalizando, um pouco por todo o mundo, sobretudo depois da sua consagração numa escala global, por intermédio do Protocolo de Quioto, celebrando em 1997 sob a égide da Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas (CQNUAC). Pondo por ora de lado os sistemas criados ao abrigo da Directiva n.º 2003/87/CE, foi isso que se passou, a título meramente exemplificativo, no Reino Unido, com o *Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme* inglês²²⁹⁸, na Austrália, por intermédio do *Natural Emissions Scheme*²²⁹⁹, na Noruega, com o *Norwegian Greenhouse Gas Emission Trading Act*, em vigor desde 1 de Janeiro de 2005²³⁰⁰ ou na própria China, onde foram já testados diversos projectos-piloto a nível local (nas cidades de Baotou, Kaiyuan, Liuzhou, Taiyuan, Pingdingshan e Guiyang) e regional (na Província de Jiangsu)²³⁰¹.

Uma experiência de grande alcance e com projecção directa e imediata sobre o direito ambiental português é a do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE), instituída pela Directiva 2003/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro (na sequência da elaboração do Livro Verde sobre a transacção de direitos de emissão de GEE na UE²³⁰²), por sua vez transposta para o nosso direito pelo Decreto-Lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, modificado pela última vez por intermédio do Decreto-Lei n.º 154/2009, de 6 de Julho.

O CELE é um programa de larga escala destinado a cumprir, ao nível da UE, as obrigações decorrentes do Protocolo de Quioto e, por essa via, de diminuição das emissões de CO₂, sendo um exemplo claro de um programa de "cap and trade", na medida em que se estabelecem tectos máximos de emissões, permitindo depois o comércio livre dos direitos de emissão entre os poluidores sujeitos ao regime respectivo. De acordo com a Directiva 2003/87/CE, todas as instalações que participam no sistema têm de deter uma autorização de emissão de GEE ("GEE permit", na versão portuguesa "título de emissão de GEE", emitido de acordo com o disposto nos respectivos artigos 5.º e 6.º), a qual fixa igualmente

²²⁹⁷ Cfr. o debate entre alguns dos principais cultores do direito ambiental norte-americano relatado por JOEL A. MINTZ, "Whither Environmental Reform?: Some Thoughts on a Recent AALS Debate", *The Environmental Law Report — News and Analysis*, volume xxxi, n.º 6, June 2001, pp. 10.719-10.725. Qualificando-o como a "jóia da coroa" do sistema de regulação pública ambiental norte-americano, cfr. JOSÉ EDUARDO F. DIAS, "Que Estratégia...", cit., p. 370.

²²⁹⁸ Sobre ele cfr. BRIAN JONES/PETER HAWKES, "UK Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme: Assessing the Benefits from Participation", *ULR*, vol. 12, n.º 3, 2001/2001, pp. 39-45.

²²⁹⁹ Apesar de este país não ter ratificado o Protocolo de Quioto, alguns Estados australianos implementaram este programa doméstico de comércio de emissões de GEE. Sobre ele cfr. SAM HEADON, "Legal Issues in the Implementation of an Australian State-Based Emissions Trading Scheme", *J. Energ. Nat. Resour. Law*, vol. 24, n.º 2, May 2006, pp. 149-164.

²³⁰⁰ Previsto na Lei n.º 99/2004, de 17 de Dezembro de 2004. Sobre ela e o respectivo regime cfr. JURIS ENDRE STAVANG, "Property in emissions? Analysis of the Norwegian GHG ETS with references also to the UK and the EU", *ELM*, vol. 17, Issue 5, September-October 2005, pp. 209-217.

²³⁰¹ Sobre eles cfr. JINNAN WANG/JINTIAN YANG/CHAZHONG GE/DONG CAO/JEREMY SCHREIFELS, "Sulfure Dioxide Emission Trading in China: Piloting Programs and its Perspective", *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, June 2004, pp. 28-39.

²³⁰² Cfr. COM (2000) 87 final, Bruxelas, 8.3.2000.

obrigações em matéria de controlo, notificação, e verificação das emissões e licenças de emissão ("allowance") definida singularmente como "a licença de emitir uma tonelada de equivalente dióxido de carbono durante um determinado período, que só é válido para efeitos do cumprimento da presente directiva e que é transferível em conformidade com as suas disposições" (al. a) do art. 3.º), exigindo-se que o operador detenha uma licença de emissão para cada tonelada de GEE emitida. Os Estados-membros foram os responsáveis pela atribuição inicial das licenças de emissão de acordo com os encargos assumidos por cada um e com base num plano nacional de atribuição, distinguindo-se a fase inicial de experiência, entre 2005 e 2007 e a fase de concretização ou execução, entre 2008 e 2012²³⁰³.

O CELE partilha assim das características, dos objectivos e da razão de ser que apresentámos, em geral, para os programas de comércio de emissões, sendo interessante apresentar alguns dos seus aspectos mais relevantes:

i) O modelo de *atribuição das licenças de emissão* constitui um aspecto decisivo na configuração geral do regime²³⁰⁴, devendo destacar-se a distribuição feita com base nos *planos nacionais de atribuição de licenças de emissão*. De acordo com o art. 9.º da Directiva para cada período previsto (2005-2007 e 2008-2012) cada Estado deveria elaborar um plano nacional com a quantidade total de licenças de emissão que tencionasse atribuir e com o modo como pretendia fazê-lo, tendo para isso de tomar por base os valores de emissão históricos e outros critérios definidos no Anexo III (compatibilidade com a obrigação de limitação das emissões por parte de cada Estado-membro, com a avaliação dos progressos reais previstos nas contribuições dos Estados-membros para o cumprimento das metas de redução das emissões e com o potencial de redução de emissões das actividades abrangidas pelo regime), determinando-se ainda a necessidade de o plano conter a lista das instalações abrangidas pelo regime, com indicação das quantidades de licenças de emissão a atribuir a cada uma delas, bem como informações sobre os meios que permitiriam aos novos operadores começar a participar no regime²³⁰⁵.

Ainda em termos de atribuição das licenças, é de salientar a preferência maciça pelo método de *grandfathering*: em face do art. 10.º da Directiva os Estados-membros deveriam *atribuir gratuitamente*, pelo menos, 95 % das licenças de emissão para o primeiro período de três anos e 90 % para o segundo período de cinco, o que se compreende para não pôr em causa os investimentos já feitos pelas empresas, sem contarem com a posterior entrada

²³⁰³ Cfr. BARBARA POZZO, "La nuova direttiva...", cit., na qual se pode ter uma boa visão sintética dos principais aspectos da Directiva que instituiu o CELE. Para uma síntese apertada do regime da Directiva cfr. também CARLOS COSTA PINA, "Mercado de Direitos...", cit., p. 478 e seg. Em termos mais práticos, analisando uma série de problemas resultantes do desenho europeu do comércio de emissões (atribuição das autorizações, registos das transacções, garantias de cumprimento) e com a avaliação das consequências comerciais do sistema na prática, nomeadamente em termos das oportunidades criadas pelo regime, com a conclusão geral de que ele veio para ficar e constitui uma boa oportunidade para a diminuição das emissões de CO₂ e, dessa forma, para o cumprimento das obrigações resultantes do Protocolo de Quioto, cfr. GERARD H. KELLY, "An Evaluation of the European Union's Emissions Trading Scheme in Practice", *EELR*, vol. 15, n.º 6, June 2006, pp. 175-185.

²³⁰⁴ CARLOS COSTA PINA considera mesmo este modelo de atribuição das licenças de emissão ou de "alocação de direitos" a "questão central do funcionamento do CELE": cfr. "Mercado de Direitos...", cit., p. 479.

²³⁰⁵ Sobre os onze critérios — uns obrigatórios, outros facultativos — tomados em conta no Anexo III para a fixação das quotas ou licenças de emissão pelos Estados-membros, cfr. GRAM MORTENSEN, "The EU Emission Trading Directive", *EELR*, vol. 13, n.º 10, October 2004, pp. 275-284 (pp. 278-280).

em vigor do comércio de licenças de emissão, para além de que a atribuição gratuita introduz apenas pequenas distorções na competitividade inicial das empresas sendo facilmente aceite pela indústria²³⁰⁶.

ii) O funcionamento do CELE, como vimos acontecer em geral com os mercados de emissões transaccionáveis, para além do impulso público e administrativo na sua instituição, não dispensa uma “infra-estrutura operacional” em larga medida baseada num modelo tradicional de direito administrativo de ordenação ou numa estrutura de comando e controlo — infra-estrutura essa reproduzida ou replicada nos diversos Estados-membros²³⁰⁷. As garantias de cumprimento dos limites de emissões correspondentes às licenças de que cada instalação dispõe, cujo conjunto há-de corresponder ao limite nacional de emissões que o Estado em causa está autorizado a produzir, são fundamentais, como vimos, para assegurar o sucesso dos programas, tanto do ponto de vista económico como ecológico, salientando-se o registo diário das transacções ao nível do CELE, em articulação com os registos nacionais e o diário de operações da própria CQNUAC, tendo em vista as metas de Quioto. De qualquer forma, o modelo assenta também num lastro muito significativo de auto-regulação e auto-controlo: os operadores participantes no programa assumem deveres relevantíssimos de monitorização, verificação, registo e comunicação das suas emissões às autoridades competentes. Em suma, há aqui três níveis, no que respeita ao registo, monitorização, controlo e fiscalização: o primeiro assenta nos próprios operadores, que têm de garantir o auto-controlo, a manutenção de registos e compilação de dados e a sua revelação às autoridades competentes, num espírito de colaboração e partilha; o plano nacional, com as autoridades administrativas nacionais a assumirem a obrigação de assegurar o cumprimento dos limites estabelecidos, com registo constante das emissões produzidas, das transacções efectuadas e das licenças detidas por cada instalação; e o nível europeu, do CELE propriamente dito, em articulação com todos os dados e registos fornecidos pelos Estados-membros.

De salientar ainda, em alguma medida como produto da relação entre o CELE e as competências, políticas e regimes de tutela ambiental instituídos pelos Estados-membros, a necessidade da sua articulação com as outras disciplinas vigentes de tutela ambiental. Para além da relação, já a florada, com a *licença ambiental* resultante da aplicação dos diplomas (europeus e nacionais) PCIP há ainda a sublinhar a ligação das leis nacionais de transposição do CELE, ou seja, de comércio de emissões e outros diplomas ambientais já existentes. Na Alemanha, onde a BImSchG, com o malogro do Código do Ambiente, continua a assumir um protagonismo indisputado, a doutrina destaca a sua profunda ligação com a TEHG (a *Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes*, isto é, lei do comércio de emissões de GEE), nomeadamente ao nível do conceito de instalação e do seu extenso paralelismo (embora não identidade) nas duas leis, do direito à atribuição de licenças de emissão da generalidade das

²³⁰⁶ Cfr. GRAM MORTENSEN, “The EU Emission Trading Directive”, cit., p. 280 e seg. Em Portugal a opção do Plano Nacional de Atribuição de Licenças de Emissão (PNALE) foi pela atribuição gratuita da *totalidade* das licenças de emissão, tanto no que se refere ao PNALE I (Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2005, de 3 de Março) como ao PNALE II (Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2008, de 4 de Janeiro).

²³⁰⁷ Cfr. CARLOS COSTA PINA, “Mercado de Direitos...”, cit., pp. 482-484. A infra-estrutura operacional do CELE concretiza-se, entre outros aspectos, num sistema de registo e num diário independente de operações, em interligação com os sistemas de registo nacionais e com o diário de operações da CQNUAC.

instalações sujeitas à BImSchG e do relevo que as autorizações de alteração, praticadas sob a égide do § 16 da BImSchG, podem ter na atribuição de licenças de emissão²³⁰⁸.

iii) Os outros mecanismos flexíveis previstos no Protocolo de Quioto não deixam de relevar para o CELE, desiderato atingido por intermédio da publicação de uma Directiva específica para o efeito. Referimo-nos à “Directiva Linking” (Directiva 2004/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro de 2004, que altera a Directiva 2003/87/CE no que diz respeito aos mecanismos baseados em projectos do Protocolo de Quioto) visando integrar no regime os projectos de IC e de MDL. O nome pelo qual é conhecida (“linking”, ligação) tem precisamente a ver com o facto de fazer a conjugação entre o CELE e o comércio internacional de licenças de emissão e também entre o CELE, o IC e o MDL, permitindo a utilização pelos operadores europeus de reduções certificadas de emissões (RCE) e de unidades de redução de emissões (URE), obtidas na sequência da realização de projectos de MDL e de IC, para efeitos de aferição do cumprimento dos limites de emissão²³⁰⁹.

iv) Como é óbvio, a instituição e funcionamento do CELE está muito longe de ser isenta de obstáculos e dificuldades. Para além de todos os problemas já identificados quanto à concepção e actividade dos mercados de licenças de emissão transaccionáveis podem ainda ser mencionados, entre outros, a incerteza legislativa provocada pelos atrasos dos Estados-membros, na primeira fase de execução do regime, na transposição da Directiva, a complexa ligação aos outros mecanismos flexíveis do Protocolo de Quioto, de que já falámos, a previsão de objectivos de redução pouco ambiciosos ou mesmo suaves e o conseqüente efeito depressivo sobre o preço das autorizações e, ainda, a fragmentação do sistema em virtude das diferenças entre as disposições concretizadoras dos diversos Estados-membros²³¹⁰.

v) Por último, uma palavra para as experiências nacionais ao abrigo do CELE, atendo-nos apenas aos casos alemão e português.

²³⁰⁸ Cfr. WALTER FRENZ, “Genehmigungbedürftige Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und Emissionshandel”, *NVwZ*, 25. Jahrgang (2006), Heft 10, pp. 1095-1101. Muitas das mais recentes alterações à BImSchG tiveram o propósito directo de adaptar a sua aplicação às disposições legais pertinentes do comércio de licenças de emissão (da *Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes*): cfr., em particular, a nova redacção do n.º 4 do § 5 da BImSchG.

²³⁰⁹ Sobre esta possibilidade, cfr. CARLOS COSTA PINA, “Mercado de Direitos...”, cit., p. 474 e seg. O Autor chama a atenção para o perigo de dupla contagem que daqui resulta, devendo os Estados-membros abster-se de emitir RCE e URE, salvo se procederem ao cancelamento de igual número de licenças de emissão.

Também sobre a Directiva *Linking*, mostrando como ela procura encontrar um equilíbrio entre o objectivo de promover o desenvolvimento de projectos MDL e IC e a preocupação de garantir a integridade ambiental do sistema, bem como a exploração da possibilidade de reduzir emissões onde os custos de abate sejam inferiores diminuindo, assim, os custos de cumprimento globais para os operadores envolvidos no esquema da directiva, cfr. VALENTINA JACOMETTI, “La direttiva *Linking*: il collegamento tra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili del Protocollo di Kyoto”, *RGA*, Anno XX n.º 1, Gennaio-Febbraio 2005, pp. 43-57.

²³¹⁰ Neste sentido, VALENTINA JACOMETTI, “La direttiva *Emissions Trading* e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase”, *RGA*, Anno XXIII, n.º 2, Marzo-Aprile 2008, pp. 273-290 — mostrando como em Itália a transposição da legislação comunitária foi tardia e incompleta, o que agravou a incerteza dos operadores quanto ao regime, dificultou a elaboração de estratégias conscienciosas e, em geral, atrasou o arranque do mercado de autorizações.

Na Alemanha uma série de questões relacionadas com o CELE foram amplamente discutidas pela doutrina antes da entrada em vigor das leis de transposição, em especial por elas representarem uma limitação suplementar para as empresas afectadas e para o direito de iniciativa económica privada dos seus operadores, merecendo tanto aplausos como críticas tendo em conta o potencial do direito alemão das autorizações de instalações industriais para a protecção do clima e a redução das emissões de GEE, com particular enfoque na compatibilidade do comércio de GEE com o direito das autorizações das instalações afectadas²³¹¹. As leis fundamentais de transposição do CELE na Alemanha foram a *Treibhausgas-Emissionshandelgesetz* — lei do comércio de emissões de GEE que, entre outros aspectos, parte de uma base segura de direito de ordenação, fixando o âmbito de aplicação do comércio, isto é, as instalações abrangidas, as autorizações necessárias, o comércio das autorizações, as formas de controlo, os mecanismos de participação pública e as sanções aplicáveis em caso de incumprimento — e a *Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen* — lei sobre o plano nacional de atribuição das licenças de emissão de GEE, com saliência para as regras de atribuição ou adjudicação das licenças²³¹². Além disso também os outros mecanismos flexíveis mereceram consagração legislativa, com a *Projekt-Mechanismen-Gesetz* (ProMechG), de 22.09.2005²³¹³, a qual constitui a base legal para a participação da Alemanha em tais mecanismos flexíveis, particularmente no MDL.

Em Portugal, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, que os operadores que desenvolvam as actividades previstas no seu Anexo I — das quais resulta a emissão de GEE — passaram a estar obrigados a possuir título de emissão de GEE, sendo fundamental a articulação deste diploma, sucessivas vezes alterado, com o PNAC (Plano Nacional para as Alterações Climáticas, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/2004, de 31 de Julho) e o PNALE (primeiro o I, agora o II), onde se prevêem em concreto a quantidade total de licenças e o montante das licenças a atribuir por *sector de actividade* (oferta de energia e os diversos subsectores do sector industrial) e por *instalação*. Uma síntese apertada mas muito elucidativa e esclarecedora dos principais aspectos do regime jurídico nacional do CELE é efectuado por Carla Amado Gomes²³¹⁴, cumprindo referir, para além dos aspectos já mencionados em geral e nesta pequena parte do nosso texto, o facto de se continuar a limitar às emissões de dióxido de carbono (cfr. o Anexo I do Decreto-Lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, na versão modificada pelo Decreto-Lei n.º 154/2009, de 6 de Julho), a articulação com o regime

²³¹¹ Cfr. CHRISTOPH HÖLSCHER, "Die künftige Regulierung des Emissionshandels auf Bundes- und Landesebene", *DÖV*, 57. Jahrgang, Heft 19, Oktober 2004, pp. 835-838 e HANS-JOACHIM KOCH/ANNETTE WIENEKE, "Klimaschutz durch Emissionshandel", *DVBl*, 116. Jahrgang (2001), Heft 14, pp. 1085-1095 (especialmente pp. 1091-1094).

²³¹² Para uma descrição abreviada destas leis, cfr. STEFAN KOBES, "Grundzüge des Emissionshandels in Deutschland", *NVwZ*, 23. Jahrgang (2004), Heft 5, pp. 513-520. Sobre as suas modificações posteriores cfr. STEFAN KOBES, "Emissionshandel 2008-2010", *NVwZ*, 26. Jahrgang (2007), Heft 8, pp. 857-867 (p. 860 e segs.); WALTER FRENZ, "Die Zuteilungsregeln für die zweite Emissionshandelsperiode Teil 1: Industrie- vs. Energieanlagen", *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 8, August 2007, pp. 513-520; e, ainda, WALTER FRENZ, "Die Zuteilungsregeln für die zweite Emissionshandelsperiode Teil 2: Benchmark-System und Standardauslastungsfaktor für alle Anlagen ab 2003 sowie Zertifikatveräußerung", *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 9, September 2007, pp. 587-594.

²³¹³ De seu nome completo *Gesetz über projektbezogene Mechanismen nach dem Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11. Dezember 1997*. Sobre ela cfr. INES ZENKE/ALEXANDER HANDKE, "Das Projekt-Mechanismen-Gesetz...", cit.

²³¹⁴ Cfr. "Direito Administrativo do Ambiente", cit., pp. 238-243.

PCIP por intermédio da anexação do título de emissão de GEE à licença ambiental, a qual não deve fixar os valores-limite de emissão de CO₂ (artigos 18.º, n.º 7 e 25.º do diploma PCIP), a possibilidade de emissão de CO₂ para a atmosfera dos detentores do título de emissão de GEE, recebendo para o efeito uma quantidade anual de licenças de emissão (correspondendo cada uma à emissão de uma tonelada de CO₂), o dever de devolução à APA, por parte dos operadores, de um número de licenças de emissão correspondentes às emissões produzidas no ano anterior, bem como os deveres de monitorização, verificação e comunicação dos níveis de emissão de CO₂ que impendem sobre os operadores, a possibilidade de transacção totalmente livre entre os diversos detentores e a sua circulação livre no espaço comunitário, uma série de regras relativas ao registo das licenças, à contabilização das emissões de CO₂, a sua verificação por entidades independentes, etc. e a existência de sanções diversas, em regra contra-ordenações punidas com coimas (“penalizações”, na designação legal, de acordo com o art. 25.º).

3.8.4. Balanço

Como tivemos ocasião de sublinhar quando estudámos com algum desenvolvimento o Programa das Chuvas Ácidas do CAA — ainda hoje a mais bem sucedida realização de programas de comércio de emissões — ele constituiu um exemplo paradigmático da forma como se poderá estruturar o direito ambiental do século XXI, na medida em que consegue fazer, em larga medida, a conjugação entre a abordagem economicista e dos instrumentos de mercado, por um lado, com instrumentos de comando típicos do direito administrativo de ordenação clássico, por outro²³¹⁵. Estes programas não dispensam uma base de comando e controlo na estruturação e desenho inicial dos mercados de licenças de emissão, não só porque se baseiam num acto autorizativo em larga medida concebido à imagem tradicional, porque as emissões que estão na base das licenças transaccionáveis tinham já sido objecto de uma regulamentação sustentada em mecanismos tradicionais, como os standards de emissão, mas ainda porque carecem e dependem de uma série de mecanismos e métodos instrumentais ou acessórios ao nível da monitorização, vigilância, partilha de informação, controlo do cumprimento e sancionamento, entre outros aspectos que garantem o sucesso dos programas na prática. No entanto, e por outro lado, os programas de comércio de emissões são modernos, inovadores, flexíveis e dinâmicos, fornecendo incentivos constantes às empresas e aos operadores de instalações industriais para melhorarem a sua *performance* tanto do ponto de vista económico como ambiental. Na medida em que se assegure que o tecto de emissões máximo permitido não é ultrapassado e que a sua sucessiva diminuição está garantida, os ganhos ambientais globais serão incontornáveis, ganhos esses que poderão assim ser obtidos a um custo mais baixo, potenciando a eficiência económica do modelo, a relação custos-benefícios das medidas de protecção ambiental, no fundo a obtenção de uma maior tutela ambiental a um custo mais baixo.

Dissemos ainda aí ser possível que o futuro reforce o interesse em recorrer a modelos de licenças transaccionáveis em outros domínios da tutela ambiental, com hipotéticos ganhos ambientais, apoio público mais ou menos generalizado e ganhos económicos.

²³¹⁵ Cfr. “Que Estratégia...”, pp. 362-371, especialmente p. 370 e seg.

Mas o que queremos voltar a defender é que as modificações estruturais que a adopção destes mercados inegavelmente acarretam não deverão ir ao ponto de pôr em causa o direito administrativo ambiental de ordenação e, mais concretamente, o acto autorizativo ambiental como peça chave do edifício jurídico-público de tutela do ambiente. Os instrumentos de mercado e, no caso, o comércio de emissões poluentes não deve ser visto como uma alternativa ao direito administrativo de ordenação e como uma forma de “apagar” o acto autorizativo ambiental. Do que se trata, em nosso entender, é de uma relação *complementar* ou *suplementar* entre os dois tipos de instrumentos, devendo optar-se sem receio ou hesitação por uma combinação entre elementos dos dois tipos de abordagens, tirando o melhor de cada uma, de forma a obter-se uma protecção ambiental mais consistente, firme e decidida, se possível a um custo mais reduzido, ou seja, em termos não só mais eficazes mas também mais eficientes.

Daí o nosso total apoio a posições como as de David Driesen²³¹⁶ quando defende que se a dicotomia entre o *command and control* e os incentivos económicos teve interesse para estimular o comércio de emissões, ela acaba por exagerar as desvantagens da regulação tradicional, propondo assim um modelo que possa ajudar a criar uma mistura razoável e inteligente de abordagens desenhadas para as diferentes questões ambientais.

Esta conjugação de instrumentos administrativos com instrumentos económicos e de mercado é uma realidade no comércio de emissões e não se devem negligenciar as vantagens que dela poderão resultar, independentemente de saber qual é a sua componente mais forte ou se ela não constitui mesmo um *tertium genus* entre os dois tipos de instrumentos de combate à poluição²³¹⁷.

Para além de mostrar como a gestão das emissões poluentes é hoje um factor crítico de sucesso para as instalações industriais complexas²³¹⁸, os programas de comércio de licenças de emissões poluentes demonstram que o acto administrativo autorizativo resiste como peça fundamental de tutela ambiental, ao mesmo tempo que se reinventa a si mesmo, articulado com novas finalidades e, sobretudo, concebido em novos termos que o afastam significativamente do acto autoritário que era originariamente para ser também um instrumento de mercado a transaccionar pelas empresas operadoras de instalações poluidoras, dando-lhe um maior dinamismo e um enorme potencial enquanto instrumento de tutela ambiental eficaz, eficiente e segura.

3.9. A integração da autorização ambiental

3.9.1. Enquadramento e história

Um dos aspectos em que a configuração e conformação do acto autorizativo ambiental mais se modificou, da primeira para a segunda geração do direito ambiental foi, inques-

²³¹⁶ Cfr. DAVID M. DRIESEN, “Is Emissions Trading an Economic Incentive Program?: Replacing the Command and Control/Economic Incentive Dichotomy”, *WLLR*, volume 55, n.º 2, Spring 1998, pp. 289-350 (p. 349 e seg.).

²³¹⁷ Como vimos já ser a posição de TIAGO ANTUNES (*O Comércio de Emissões Poluentes*, cit., p. 34) e de ALEXANDRA ARAGÃO (*O Princípio do Poluidor Pagador*, cit., p. 177).

²³¹⁸ Cfr. NUNO ALEIXO/RUTE SARAIVA, “Modelação do negócio...”, cit., p. 376.

tionavelmente, o da sua integração — o que justifica, em nosso entender, que lhe demos um particular desenvolvimento no contexto do presente capítulo. Como vimos no Cap. II da Parte I, a resposta histórica do direito do ambiente, na fase da sua afirmação, traduziu-se numa *abordagem sectorial* com algum sucesso, com a análise separada de cada componente ambiental, com uma sectorialização das leis aplicáveis, dos actos administrativos e dos procedimentos respectivos e da própria intervenção pública dirigida à tutela ambiental. Foram estas a forma de acção, o tipo de actos, os procedimentos e, no fundo, o paradigma encontrado e seguido para fazer face aos problemas ambientais de primeira geração, na medida em que o direito do ambiente compreendeu a sua tarefa sobretudo em termos de possibilitar os instrumentos jurídicos necessários à reacção contra ameaças ambientais sectoriais através de meios do direito da ordenação clássico²³¹⁹.

À medida que se foi reforçando a importância e o carácter decisivo da questão ambiental e se foram afirmando os chamados problemas ambientais de segunda geração, as lacunas desta abordagem sectorial, com análise separada de cada componente ambiental, foram sendo mais evidentes, tomando-se consciência de que se estava em larga medida perante uma intervenção “dermatológica” com inúmeras limitações, que não visava tanto reduzir a poluição mas mais o seu afastamento, com medidas correctoras muito elementares e que não passavam da superfície²³²⁰.

Com o emergir da concepção integrada da tutela ambiental, articulada com a tentativa de reduzir a poluição na fonte, procuram superar-se as limitações do modelo tradicional, com uma abordagem orientada antes de mais para o *interior* das instalações e não para o seu exterior, como até aí²³²¹. Como salientou, entre nós, Alexandra Aragão, a abordagem integrada emergiu como a forma mais adequada de lidar com os problemas ecológicos de segunda geração, compreendendo-os nas suas interconexões recíprocas, como problemas globais, compreensão na qual se entra em consideração com problemáticas até aí afastadas da questão ambiental como a gestão dos ciclos de vida dos produtos, a contabilização dos fluxos dos materiais, a promoção de produções mais limpas e de ecologias industriais, numa palavra, através de uma abordagem tendencialmente holística²³²².

As raízes desta consideração holística da questão ambiental podem ser encontradas no pensamento de Francis Bacon e na sua máxima de obedecer à ordem da própria natureza (“*Naturae imperare parendo*”): o equilíbrio da Natureza apresenta-se como um efeito com-

²³¹⁹ Entre muitos outros, cfr. TH. G. DRUPSTEEN, “Integrated Pollution Prevention and Control: the Dutch Experience”, in: CHRIS BACKES & GERRIT BETLEM (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, volume 1998, pp. 81-90 (p. 82 e seg.) — pondo em evidência a abordagem sectorial da tutela ambiental que durante muito tempo vigorou e os sucessos por ela obtidos. Salientando a resposta através de meios de direito de ordenação concretizados em leis especiais centradas na defesa contra perigos concretos e a limitação dos próprios âmbitos de competência das organizações administrativas, cfr. MARIO MARTINI, “Die integrierte Vorhabengenehmigung als Herausforderung für Organisation und Struktur der Entscheidungsfindung”, *VerwArch*, 100. Band, Heft 1, Januar 2009, pp. 40-54 (p. 42 e seg.).

²³²⁰ Neste sentido, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., pp. 23-25 (p. 24). Estas considerações são feitas na análise do RAC: apesar do balanço positivo que faz deste diploma normativo, o Autor chama a atenção para as suas limitações, nos termos que mencionámos no texto.

²³²¹ Cfr., de novo, ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 29 — tendo por base a Lei n.º 16/2002, que consagrou o modelo de intervenção integral da administração ambiental.

²³²² Cfr. ALEXANDRA ARAGÃO, *O Princípio do Nível mais Elevado de Protecção...*, cit., p. 31 e seg.

plexo e dinâmico, com múltiplas ligações, devendo ser entendido como um grande sistema, no seio do qual a luta contra a poluição ambiental se assemelha à luta contra uma hidra, sendo o objectivo da protecção integrada do ambiente lutar contra a hidra no seu conjunto, incluindo na sua consideração os efeitos de troca entre os diversos meios ambientais²³²³.

Esta consideração holística dos problemas ambientais afigura-se como um enorme desafio: desde logo porque, como veremos, a integração da protecção ambiental projecta-se não só ao nível material, mas também procedimental e organizatório. Como mostra Mario Martini, a integração coloca desafios ao nível da estrutura de tomada de decisões e, também, da organização e do procedimento da prática das decisões, pelo que a protecção integrada do ambiente desafia o direito ambiental vigente, apresentando à Administração tarefas de apreciação e de coordenação muito complexas, aspirando a uma ponderação sistemática referida ao caso concreto que respeite os ecossistemas, num programa decisório condicional, com efeitos de concentração da decisão autorizativa respectiva numa perspectiva decisória holística²³²⁴.

Todavia, os desafios que apresenta revelam simultaneamente as suas inegáveis vantagens: a protecção integrada do ambiente toma em conta as possíveis transferências de poluições de uns componentes ou bens protegidos para outros, os efeitos de troca entre os meios, por forma a alcançar um *alto nível de protecção* para o ambiente no seu todo²³²⁵. Para além de permitir a transferência de poluição de uns meios para outros, as estratégias sectoriais promoviam abordagens de “fim-de-linha” em vez de encorajar metodologias de prevenção e controlo da poluição, ao passo que a prevenção integrada da poluição melhora a performance ambiental e económica dos dispositivos técnicos utilizados devido à maior eficiência dos métodos e dos processos, favorece o desenvolvimento tecnológico e as possibilidades de venda de tecnologia, a utilização de sistemas de gestão ambiental, entre outras vantagens muito mais salientes nas grandes empresas e nos grandes poluidores²³²⁶.

Como é lógico, estas vantagens convivem com dificuldades e obstáculos de grande significado, sobretudo para os regulados e para a Administração Pública que os deve controlar. Para os primeiros, a redacção dos requerimentos das autorizações é uma tarefa de dificuldade extrema, a que se juntam os inúmeros requisitos que têm de cumprir em termos de monitorização, revelação e partilha de informação, criação e manutenção de registos, auditorias e outras actividades, muitas vezes com recurso a empresas de auditoria, certificação

²³²³ Cfr. MARIO MARTINI, “Die integrierte Vorhabengenehmigung...”, cit., pp. 41-43. Não obstante esta referência ao pensamento de Francis Bacon, Hans Jonas faz uma leitura profundamente negativa do ideal baconiano e da “ameaça de infortúnio” nele contido: o programa baconiano traduzia-se numa orientação do saber para o domínio da natureza, utilizando o domínio da natureza para melhorar o destino humano, conduzindo a sua “dinâmica de sucesso”, necessariamente, ao excesso da produção e do consumo, sendo-lhe assim inerente uma ameaça de catástrofe em virtude do sucesso excessivo do domínio da natureza pela tecnologia científica. Jonas fala mesmo no “paradoxo profundo do poder que procura o saber” que não foi vislumbrado por Bacon mas que sem dúvida conduziu a qualquer coisa como um «domínio» sobre a natureza: cfr. HANS JONAS, *Le Principe Responsabilité...*, cit., pp. 267-272.

²³²⁴ MARIO MARTINI, “Die integrierte Vorhabengenehmigung...”, cit., pp. 45-53 (especialmente p. 53).

²³²⁵ Cfr. SPARWASSER/ENGEL/VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, cit., p. 719.

²³²⁶ Cfr. ALEX MEHTA, “The Benefits of IPC: views from industry”, *ELM*, vol. 10, Issue 4 (July-August 1998), pp. 190-196; e BRADFORD C. HANK, “The Environmental Protection Agency’s Project XL and Other Regulatory Reform Initiatives: The Need for Legislative Authorization”, *ELQ*, vol. 25, n.º 1 (1998), pp. 1-88 (pp. 7-9).

e com conhecimentos técnicos especializados; para a Administração porque é frequente que a complexidade técnica da tarefa ultrapasse a própria organização administrativa — ainda que expedientes como a remissão para as MTDs acabem por simplificar, pelo menos em termos relativos, a sua actuação²³²⁷.

É ainda relevante assinalar a afirmação do *princípio da integração* como princípio jurídico e, em consonância, a protecção integrada do ambiente como conceito jurídico. A obra de Frank Schreiber é, a este propósito, de grande significado²³²⁸, mostrando como a exigência da protecção integrada do ambiente se move num campo de tensão entre uma complexidade adequada a uma boa protecção e uma redução da complexidade do ponto de vista da segurança jurídica e da execução (em termos da conformação jurídica dos instrumentos utilizados), designando por isso o direito da protecção integrada do ambiente como um “direito de interface” (*Schnittstellenrecht*) onde jogam papel decisivo os expedientes de comunicação, coordenação e associação, com vista a possibilitar processos coerentes. O princípio da integração, enquanto princípio fundamental do direito do ambiente, ambiciona antes de mais à protecção do ambiente como um todo indivisível, tendo por base a aludida consideração multimédia e holística da questão e das ameaças ambientais²³²⁹.

Este extenso enquadramento faz sentido, na medida em que a *autorização ambiental* se revelou, em termos indiscutíveis, o instrumento mais apto para levar a cabo a protecção integrada do ambiente.

Apesar de o passo decisivo para a consagração da protecção integrada do ambiente e da autorização ambiental integrada ter sido dado pela Directiva 96/61/CE do Conselho, de 24 de Setembro de 1996, relativa à PCIP, há ordens jurídicas normalmente assinaladas como as pioneiras do regime: a sueca, a irlandesa, a holandesa e, em especial, a ordem jurídica do Reino Unido. Nesta última, com o *Environmental Protection Act* de 1990 criou-se um novo sistema de autorização aplicável à maior parte das grandes indústrias e gerido pelo *Her's Majesty's Inspectorate of Pollution* (só mais tarde apareceriam, no Reino Unido, as agências ambientais) baseado no conceito de controlo integrado da poluição. Esta disciplina é considerada uma espécie de precursor da Directiva, embora os objectivos desta última tenham vindo a ser mais amplos do que os do regime inglês²³³⁰. Mas a própria Comunidade Euro-

²³²⁷ Cfr. ESTEVE PARDO, *Derecho del medio ambiente*, cit., p. 29 e seg. Sobre as dificuldades crescentes em redigir as autorizações, que têm de ser muito abrangentes e feitas à medida de cada instalação individual e a atribuição de um papel cada vez mais relevante, nesta sede, aos próprios autorizados — que, como assinalámos, são agora os arquitectos dos seus próprios actos autorizativos —, falando na mudança para um paradigma em que “os cidadãos propõem e as administrações dispõem”, cfr. JAMES M. THUNDER, “Reinventing Environmental Permitting...”, cit., p. 10.620 e seg.

²³²⁸ Cfr. *Das regelungsmodell der Genehmigung...*, cit., p. 41 e segs., especialmente pp. 63-68.

²³²⁹ Cfr. ALFRED SCHEIDLER, “Integrative Elemente im Immissionsschutzrecht”, *NUR*, 30. Jahrgang, Heft 11, November 2009, pp. 764-770 (especialmente p. 764 e seg.). O Autor mostra o relevo das directivas AIA e PCIP (transpostas para o direito alemão por intermédio da conhecida “Artikelgesetz”, de 27-7-2001) na concretização deste princípio.

²³³⁰ Como nos informam LINDSAY HENSHAW/MARIUS AALDERS/PER MOLANDER, “Implementation of the EC Directive...”, cit., pp. 39-45; cfr. também R. MACRORY, “Integrated Prevention and Pollution Control: the UK Experience”, in: CHRIS BACKES & GERRIT BETLEM (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, cit., pp. 53-64. Sobre o relevo das autorizações PCIP no Reino Unido e na Suécia cfr., na mesma obra colectiva, CHRIS BACKES, “Introduction”, pp. 1-7. O regime da PCIP entrou em vigor na Holanda em 1993, isto é, três anos antes da publicação da Directiva como nos relata, ainda na mesma obra, TH. G. DRUPSTEEN, “Integrated Pollution Prevention...”, cit.,

peia tinha dado passos seguros no caminho para uma mudança de paradigma na regulação muito antes da publicação do regime PCIP: o regime da AIA, inaugurado com a Directiva n.º 85/337/CEE, pode ser considerado a primeira peça de legislação ambiental *horizontal*. Ao passo que até aí a esmagadora maioria das directivas e regulamentos tinham uma marca fortemente *sectorial*, destinando-se a regular um componente ambiental em concreto (água, ar, solo, fauna, flora, etc.), esta Directiva deixou de se referir a um componente ou meio ambiental específico examinando, pelo contrário, os possíveis efeitos de uma dada actividade ou projecto sob uma diversidade de pontos de vista ambientais e tomando em conta as suas previsíveis consequências ao nível dos vários componentes ambientais²³³¹.

Como se intui do que acabámos de dizer, o direito ambiental europeu mostrou-se muito mais avançado do que o seu homólogo norte-americano em sede de integração. Não deixou de haver algumas indicações embrionárias, nos EUA, no sentido da integração das autorizações ambientais, as quais todavia não obtiveram grande sucesso. Foi isso que se passou, designadamente, com o programa federal de autorizações de funcionamento do Título v do CAA, aditado em 1990, o qual, entre outros objectivos, aspirava à *integração* de todos os requisitos para uma fonte poluidora num único documento²³³². Mas os resultados alcançados foram muito modestos, razão pela qual, vários anos mais tarde, a doutrina continuava a considerar a *fragmentação da política ambiental* e a sua organização em meios ou componentes específicos um dos maiores defeitos do direito e da política ambientais norte-americanos: a resposta burocrática a problemas complexos era a divisão do trabalho e especialização, em que cada lei lidava com uma pequena parte do problema global, *não havendo nenhuma lei que tratasse os problemas ambientais de forma compreensiva*²³³³. Daí que o movimento a favor da integração das autorizações ambientais fosse um dos principais reptos da “reinvenção da regulação ambiental”²³³⁴ assumido pela própria EPA que, no seu “Action Plan for Achieving the Next Generation in Environmental Permitting”, de 1999, suscitava a questão, ainda que com algumas dúvidas, da necessidade ou desejo de um sistema de autorização integrada (multimédia) e de uma protecção holística do ambiente²³³⁵.

p. 83 — que o considera, para todos os efeitos, um sistema apenas “semi-integrado”. Na Irlanda, desde 1994 que existe um modelo legal de licenciamento PCIP, a que correspondeu também uma transferência de poderes das autoridades locais para a *Environmental Protection Agency*: cfr. DAVID PEARSON, “Integrated Pollution Control”, *Environmental Liability*, vol. 2 (1994), Issue 4, pp. CS65-CS67.

²³³¹ Sobre a configuração da Directiva AIA como fazendo parte da “legislação ambiental horizontal”, cfr. JAN JANS, *European Environmental Law*, cit., p. 305 e 311 e segs.

²³³² Cfr. DAVID P. NOVELLO, “Overview of the Title V...”, cit.

²³³³ Cfr. DANIEL J. FIORINO, “Toward a New System...”, cit., pp. 460-467, especialmente p. 461 e seg. — salientando as consequências desta concepção das coisas, como a transferência da poluição de um meio para outro, os seus altos custos, a impossibilidade de se alcançarem melhores resultados económicos e ambientais, entre outros.

Em sentido contrário, considerando que o *Pollution Prevention Act* norte-americano de 1990, ao introduzir *multimedia standards* numa autorização multimédia — fundado na lógica de que “everything is connected to everything else” e numa visão holística da prevenção da poluição — esteve na origem da licença ambiental europeia, cfr. CARLA AMADO GOMES, “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, cit., p. 1054 e seg.

²³³⁴ Cfr. JAMES M. THUNDER, “Reinventing Environmental Permitting...”, cit., p. 10617 e seg.

²³³⁵ Sobre as dúvidas desta necessidade, contidas no referido relatório da EPA, cfr. DAVID W. CASE, “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative...”, cit., pp. 82-84.

Assim, depois das suas primeiras concretizações nas ordens jurídicas europeias nacionais citadas, o direito europeu vai-se afirmar como motor da ideia de integração: depois da primeira abordagem no Quarto Programa de Acção em Matéria de Ambiente, de 1987, ainda que ao nível dos produtos e da produção²³³⁶, veio depois a encontrar a sua grande concretização na Directiva 96/61/CE. De tal forma que o regime da PCIP é hoje considerado uma das marcas ou elementos essenciais de uma “parte geral” do direito do ambiente dos Estados-membros que o direito europeu tem vindo a criar, correspondendo a um novo modelo cujos instrumentos-chave se baseiam numa opinião pública informada e na ideia de auto-regulação e que parece ser chamado a substituir, pelo menos parcialmente, o conceito tradicional fundado nas competências públicas de controlo²³³⁷.

Em todo o caso, a primeira Directiva PCIP, apesar de já ser de 1996, não deixa de ser uma Directiva “antiquada”, no sentido de consagrar muito mais uma abordagem de tipo comando e controlo, ignorando grande parte das tendências já então acolhidas no direito europeu do ambiente — em especial no seu Quinto Programa de Acção — no sentido do reforço do auto-controlo, da auto-regulação e da auto-responsabilidade dos operadores. Apesar da profunda inovação que traz, ao consagrar uma abordagem integrada que marca a diferença em relação à legislação ambiental comunitária, até aí toda de cariz sectorial, ela foi tradicional na sua estrutura e regras, no reforço do controlo administrativo e na conformação do acto autorizativo, com a consagração de poucos instrumentos alternativos ou de mercado, ao contrário das promessas do Quinto Programa de Acção — o que não desmente a importância do passo dado, ou mesmo o seu carácter decisivo no desenvolvimento do direito ambiental europeu²³³⁸.

Por último, em sede de enquadramento, é de sublinhar a relação muito próxima do regime da PCIP com o da AIA, instituído na Comunidade mais de uma década antes: a primeira pode, em certa medida, ser considerada um *complemento substancial e instrumental* da segunda²³³⁹. Daí que a relação entre os dois procedimentos, no sentido da sua integração, tenha passado a ser uma questão da máxima importância²³⁴⁰, devendo a AIA ser vista, no caso dos projectos sujeitos a PCIP, como uma componente essencial do procedimento respectivo.

3.9.2. Regime da abordagem ambiental integrada

Num capítulo em que estamos a tratar das novas dimensões e configurações do acto autorizativo ambiental, é sobretudo na *autorização ambiental integrada* que nos devemos centrar. No entanto, o regime da abordagem integrada exige a compreensão de outras di-

²³³⁶ Cfr. MARIO MARTINI, “Die integrierte Vorhabengenehmigung...”, cit., pp. 43-45.

²³³⁷ Cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, p. 31.

²³³⁸ No sentido da caracterização da Directiva nos termos apresentados cfr., entre outros, CHRIS BACKES, “Introduction”, cit., p. 5 e seg.; J. H. JANS, “The Relationship between the IPPC Directive and Other EC Environmental Law”, in: CHRIS BACKES & GERRIT BETLEM (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, cit., pp. 43-50; e, na mesma obra colectiva, G. WINTER, “The IPPC Directive: a German Point of View”, pp. 65-79 (p. 78 e seg.).

²³³⁹ Cfr. G. WINTER, “The IPPC Directive...”, cit., p. 70.

²³⁴⁰ Por exemplo em Itália, como nos informa PAOLO DELL’ANNO, a unificação dos dois procedimentos justificou a atracção para o âmbito estadual da competência para emitir a autorização integrada: cfr. *Manuale...*, cit., p. 305 e seg.

mensões, razão pela qual ao longo deste ponto nos centraremos de forma mais genérica na abordagem integrada, embora tendo presente antes de mais a sua projecção no respectivo acto autorizativo, estudado de forma autónoma no ponto seguinte.

Um aspecto muito relevante da protecção ambiental integrada tem a ver com a sua enorme abrangência, já que ela comporta não apenas a decisiva dimensão *material* mas também valências *procedimentais* e *organizativas*. Os elementos jurídico-materiais resultantes da instituição deste regime, com projecção directa no acto autorizativo, prendem-se com a sua *finalidade* e dos diplomas normativos que o contemplam, em especial com a do *alto nível de protecção do ambiente* no seu todo; e também com as *obrigações do operador* das instalações sujeitas à disciplina da PCIP, influenciada pela necessidade de obter um alto nível de protecção e com o dever de usar as MTDs ou medidas correspondentes ao estado da técnica; nestes termos, as MTDs configuram-se como um aspecto decisivo da protecção integrada do ambiente, sendo uma peça-chave dos diplomas respectivos²³⁴¹.

Todavia, a integração não se fica por aqui: para ela ser atingida reclama-se igualmente a integração procedimental e organizativa, que passa pela substituição de diversos actos autorizativos por um único acto, o que pressupõe uma melhor *coordenação* da actividade administrativa, em particular por intermédio da *concentração procedimental* (a qual exige também a integração da participação pública, incorporando na consulta os indivíduos interessados e potencialmente afectados pelo projecto) e *organizatória*, conforme analisámos já. Apesar de a Directiva 96/61/CE não ter ido aqui muito longe, nos diversos ordenamentos internos deram-se passos seguros nessa direcção, sendo a BImSchG, uma vez mais, um exemplo paradigmático nesta sede, através do modelo consubstanciado no *efeito de concentração* do acto autorizativo respectivo, pelo qual diversas autorizações exigidas por leis distintas são incorporadas numa única autorização, praticada por uma autoridade administrativa que assume o protagonismo, limitando-se as outras a ser ouvidas no processo decisório, embora nalguns casos seja necessário o seu consentimento²³⁴². A este propósito parece-nos pertinente rematar com Marta Portocarrero, quando refere que o fenómeno da *concentração* se manifesta “em três dimensões. Traduz-se numa junção de competências, numa unificação procedimental e num acto administrativo *global*, cujo objecto se alarga a todos ou alguns dos aspectos da situação material”²³⁴³.

Em todo o caso, a doutrina não ignora a necessidade de, na transposição da Directiva, os legisladores nacionais tomarem em conta a integração procedimental e a integração or-

²³⁴¹ Sobre estas dimensões da protecção integrada do ambiente do ponto de vista material (“elementos de integração jurídico-material”) cfr. ALFRED SCHEIDLER, “Integrative Elemente...”, cit., pp. 765-768.

²³⁴² Cfr. *supra*, 3.4. Em ligação directa com o tema ora em apreço, cfr. G. WINTER, “The IPPC Directive...”, cit., pp. 71-73; ALFRED SCHEIDLER, “Integrative Elemente...”, cit., p. 768 e seg. Sobre o relevo das três dimensões da integração em relação à autorização ambiental integrada do malogrado Código do Ambiente alemão, mostrando como a concentração do procedimento e da decisão numa só autoridade facilita ainda mais, em termos organizatórios e procedimentais, a integração material, cfr. SUSANNE LOTTERMOSER, “Das neue Umweltgesetzbuch — Das Regelungskonzeption des Bundesumweltministeriums”, UPR, 11+12/2007, pp. 401-406 (p. 406).

²³⁴³ Cfr. *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 246. Por esta razão, conclui (p. 247) que “o modelo de concentração constitui um fenómeno *sui generis* (...) com efeitos no plano organizatório, procedimental e material”, realçando na síntese conclusiva do seu trabalho (p. 272) que as formas de concentração, em virtude dos seus efeitos organizatórios, procedimentais e materiais traduzem uma melhor coordenação da actividade administrativa e substituição dos diferentes actos autorizativos por um único acto.

ganizacional, na medida em que reforçam o potencial para a integração substancial²³⁴⁴.

Destas notas resulta clara a forte ligação entre a integração ambiental e os temas da *simplificação* e *aceleração* dos procedimentos autorizativos. Este desiderato foi particularmente notado pela doutrina alemã a propósito do eixo principal do Projecto legislativa do Código do Ambiente, a autorização integrada de projectos: um dos objectivos centrais, tanto da autorização integrada de projectos como do próprio Código, foi o da substituição da pluralidade de procedimentos por um único, com vista também a facilitar a sua aceleração e, desta forma, melhorar a Alemanha enquanto localização empresarial — embora a conclusão da mesma doutrina seja a de que seria muito difícil fazer mais do que a autorização da BImSchG já tinha conseguido, o que terá sido uma das razões do fracasso do projecto²³⁴⁵.

As integrações procedimental e organizativa apresentam dificuldades que não devem ser negligenciadas, as quais não são mais do que os enormes problemas colocados a propósito da coordenação e concentração de procedimentos e de competências, exigindo a superação de obstáculos ao nível da reorganização da administração ambiental, determinando que a competência para a prática da autorização abranja também a competência para o controlo, e da “higiene” procedimental, evitando procedimentos paralelos²³⁴⁶.

O regime da integração ambiental coloca muito maiores exigências aos regulados, em particular se pensarmos nas instalações industriais, objecto principal sobre o qual incide o nosso estudo. Tanto enquanto requerentes como, sobretudo, enquanto operadores as dificuldades e exigências que os particulares encontram são de grande significado e de elevada complexidade, o que explica também que o regime da PCIP seja muito mais adequado e fácil de concretizar para as grandes empresas.

Enquanto requerentes de uma autorização ambiental integrada os particulares têm de fornecer informação extensa e completa, com requerimentos muito complexos e difíceis de formular, também na medida em que vão determinar de forma muito próxima o conteúdo do acto autorizativo respectivo, o que é também visível em face da sua relação com a AIA, já que são também os próprios requerentes a realizar uma avaliação completa dos possíveis impactes ambientais das instalações que pretendem explorar. Esta questão é bastante melindrosa, na medida em que mexe de alguma forma com os objectivos de procedimentos céleres, eficientes e flexíveis, relevantíssimos no direito autorizativo ambiental dos nossos dias, podendo em parte ser ultrapassada pela inclusão de objectivos, em vez de medidas específicas, nas condições de licenciamento — o que, em todo o caso, apenas parece ser viável nas grandes instalações²³⁴⁷.

²³⁴⁴ Cfr. EBERHARD BOHNE/DORIS DIETZE, “Pollution Prevention and Control in Europe Revisited”, *EELR*, vol. 13, n.º 7, July 2004, pp. 198-217 (pp. 207-213).

²³⁴⁵ Cfr. BERNHARD WEBER/DANIEL RIEDEL, “Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch?”, cit., p. 1003 e seg.; e DANIEL COUZINET, “Untergesetzliche Regelwerke im Rahmen der integrierte Vorhabengenehmigung nach dem UGB I — Zugleich ein Beitrag zur Integration des Wasserrechts in die integrierte Vorhabengenehmigung”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 6, Juni 2008, pp. 376-382 (p. 376 e seg.).

²³⁴⁶ Neste sentido, cfr. FREDERIC KAHRL, “Das Umweltgesetzbuch zwischen Rechtswissenschaft und Politik”, *DÖV*, 62. Jahrgang, Heft 4, Februar 2009, pp. 160-166 (p. 162 e seg.). RAMON MARTÍN MATEO fala, a este propósito, nas dificuldades da integração procedimental em face das “olímpicas pretensões de hegemonia administrativa das diferentes autoridades intervenientes”: cfr. *Tratado...*, Tomo IV, cit., p. 303.

²³⁴⁷ Cfr. TH. G. DRUPSTEEN, “Integrated Pollution Prevention...”, cit., pp. 87-89.

Mas é sobretudo na posição de operadores que os particulares sentem as dificuldades e a mudança profunda que o regime da PCIP trouxe consigo. As exigências substantivas ou materiais da nova disciplina, criada no ocaso do século transacto, têm subjacente um novo modelo de regulação: ao passo que o modelo tradicional, geralmente usado na legislação ambiental comunitária do século passado, dirigia as exigências de protecção ambiental à Administração que, ao controlar as actividades dos privados — através de autorizações, proibições, ordens, sanções, etc. —, as executava, neste novo modelo de regulação os requisitos são construídos como deveres de cuidado *directamente dirigidos aos indivíduos*, que assumem uma responsabilidade social e jurídica muito mais significativa, embora esses requisitos, deveres ou obrigações sirvam também como referência para o controlo administrativo²³⁴⁸. E aqui surgem, uma vez mais, as obrigações fundamentais dos operadores, concebidas em termos dinâmicos, sendo a cláusula MTDs, acolhida nos regimes PCIP, um exemplo claro da nova realidade, sendo também de destacar que, logo na Directiva 96/61/CE, o seu art. 3.º desenhou as obrigações fundamentais dos operadores, que os Estados-membros deviam impor a estes, em termos dinâmicos e duradouros.

Para além das obrigações fundamentais, o regime PCIP impõe inúmeras obrigações ou deveres acessórios ou instrumentais ao nível da informação a recolher e a disponibilizar pelos operadores, dos registos que têm de manter, da monitorização do funcionamento e das emissões das instalações, das auditorias e certificações a efectuar, etc. O relevo destas matérias, em todo o caso, ultrapassa os operadores, tendo sido criados e mantidos inúmeros dispositivos sobre registos de dados, emissões e muitas outras matérias, tanto ao nível europeu como nacional. No primeiro caso foi criado um sistema europeu de informação sobre a poluição industrial, hoje intitulado *Registo Europeu de Emissões e Transferências Poluentes (E-PRTR)*²³⁴⁹.

Entre as notas mais características do regime da protecção ambiental integrada e, dentro dele, da autorização ambiental integrada, conta-se a obrigação de os operadores utilizarem medidas correspondentes ao estado da técnica, às MTDs, em consonância com o dinamismo das obrigações que assumem e do estímulo constante do regime ao desenvolvimento tecnológico. Esta matéria já foi por nós tratada (*supra*, 3.5.), cumprindo agora assinalar que a consagração generalizada da “cláusula técnica” no direito europeu e, por seu intermédio, nos diversos direitos internos europeus, operou-se por intermédio da Directiva 96/61/CE, isto é, pela consagração do regime da PCIP, nomeadamente em face do art. 3.º dessa Directiva.

No regime da protecção integrada do ambiente os valores-limite ou standards de emissão passaram a ser baseados nas MTDs, assumindo um papel fulcral na sua densificação

²³⁴⁸ Sobre esta nova *técnica legal* que tem subjacente as *obrigações básicas* ou *fundamentais* dos operadores, implicando a modificação do modelo de regulação nos termos explanados em texto, cfr. G. WINTER, “The IPPC Directive...”, cit., pp. 65-67.

²³⁴⁹ A sigla corresponde à designação inglesa: *European Pollutant Release and Transfer Register*, também designado por vezes como o *European Pollutant Emission Register* (EPER). O E-PRTR executa, ao nível europeu, as obrigações decorrentes nesta matéria do Protocolo de Quioto, mais exactamente do Protocolo PRTR da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa (UNECE) e da Convenção Aarhus sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente.

os BREFs elaborados pelo IEF²³⁵⁰. Estes documentos não constituem normas juridicamente vinculantes, o que bem se compreende uma vez que as MTDs pretendem apenas criar um “sistema de «auto-regulação» dos standards de emissão”²³⁵¹.

A adopção dos regimes sobre a protecção integrada do ambiente, passando por uma assunção de maiores responsabilidades, de forma directa, pelos operadores, não deixa de implicar, pelo menos em termos relativos, um reforço das margens de apreciação administrativas, ampliando o poder discricionário da Administração²³⁵².

Por último, antes de nos debruçarmos especificamente sobre a *autorização ambiental integrada*, acto administrativo no qual se concretiza todo o regime que temos estado a analisar, uma palavra sobre a extraordinária importância que a protecção integrada do ambiente teve no desenho desse mega projecto legislativo que não chegou a ser levado à lei, último projecto do Código do Ambiente alemão (UGB). Parte das considerações aqui relevantes são remetidas para a *autorização ambiental integrada*, de que curaremos autonomamente de seguida. Todavia, é curial realçar desde já que ela era o coração do projecto, em vista de uma *integração jurídico-procedimental* completa, em articulação com os objectivos de simplificação e uniformização dos procedimentos, alegadamente para lá das obrigações de concentração vigentes na BImSchG.

De facto, o objectivo central do UGB foi o de abrir a possibilidade de uma melhor pro-

²³⁵⁰ Referimo-nos, como já foi dito, aos BAT (Best Available Technology) Reference Documents do *Information Exchange Forum*, sediado em Sevilha. Este Forum funciona no âmbito do *European IPPC Bureau* (EIPPCB), criado em 1997 em Sevilha, o qual, por sua vez, constitui uma unidade do *Institute for Prospective Technological Studies* (IPTS), um dos sete institutos científicos do *European Commission's Joint Research Centre* (JRC). O regime português da PCIP contém uma referência a estes documentos, dispondo na al. d) do seu art. 2.º que se entende por *documentos de referência sobre as MTDs* os “documentos produzidos por um painel europeu de especialistas com o objectivo de definir as melhores técnicas disponíveis (MTDs) para diversos sectores industriais, também denominados documentos BREF («Best Available Technologies (BAT) reference»), disponíveis para consulta no sítio da Internet da Agência Portuguesa do Ambiente (APA)” — devendo ser tomados em consideração na determinação das MTDs (art. 7.º) e na fixação do conteúdo da licença ambiental (art. 18.º).

O processo de elaboração e revisão dos BREFs está hoje regulado na Directiva 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição), tendo em vista assistir uma aplicação e execução eficiente e uniforme da Directiva em toda a União Europeia. De acordo com o n.º 11 do art. 3.º da Directiva o *documento de referência MTDs* é definido como “um documento, resultante do intercâmbio de informações organizado nos termos do artigo 13.º, elaborado para actividades definidas, em que se descrevem, em particular, as técnicas aplicadas, os níveis de emissão e de consumo actuais, as técnicas consideradas para a determinação das melhores técnicas disponíveis, bem como as conclusões MTDs e quaisquer técnicas emergentes, tendo especialmente em conta os critérios enunciados no anexo III”.

Sobre o relevo destes “manuais de instruções” no direito ambiental alemão cfr. CHRISTIAN TAUSCH, “Die Bedeutung der BVT-Merkblätter im Umweltrecht”, *NVwZ*, 21. Jahrgang (2002), Heft 6, pp. 666-676.

²³⁵¹ Cfr. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 350.

²³⁵² Ou, pelo menos, aquilo que a maioria da doutrina insiste em denominar — em termos que nos levantam sérias dúvidas, como mostrámos — de *discricionariedade técnica*. CARLA AMADO GOMES (“Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 221 e seg.), tendo por base o regime do Decreto-Lei n.º 173/2008, alude à *grande margem de manobra* da APA para indeferir o pedido de licença ambiental e para agravar ou desagravar deveres de protecção do ambiente do operador, sublinhando em especial a larguíssima discricionariedade que lhe é conferida pela al. f) do n.º 6 do art. 16.º em sede de indeferimento, ao referir as “características e especificações da instalação (...) que contrariem ou não cumpram condicionamentos legais e regulamentares em vigor e desde que tais desconformidades tenham *relevo suficiente* para a não permissão para o início da exploração da instalação” (itálico nosso), poder que, em seu entender, traduz “valorações próprias do exercício da função administrativa”, em referência ao n.º 2 do art. 71.º do CPTA.

dução jurídica e da consequente desburocratização, tudo em vista da realização do *princípio da protecção ambiental integrada*, dando maior clareza normativa ao direito autorizativo e uma sua conformação orientada para a protecção ambiental integrada, proporcionando uma melhor orientação e maior segurança jurídica aos aplicadores do direito²³⁵³. De notar que o objectivo central da integração e da abordagem holística da protecção ambiental, em articulação com o regime europeu da PCIP, foi entendido sobretudo em termos *procedimentais*, sendo o *procedimento integrado de autorização* o verdadeiro núcleo do projecto legislativo, com a pretensão de substituir os múltiplos procedimentos de autorização existentes, devendo o procedimento de autorização integrada converter-se na forma central de licenciar projectos, num procedimento uniforme que integrasse todas as autoridades competentes, pondo a responsabilidade pela decisão numa só “mão” (integração organizatória)²³⁵⁴.

A autorização integrada de projectos do UGB era, na verdade, muito ambiciosa, pois pretendia possibilitar a estrutura regulatória futura para uma sociedade industrial ecológica moderna, servindo como base geral de harmonização conceitual, estrutural e sistemática dos diversos programas de decisão e de controlo espalhados por diversas leis especiais²³⁵⁵. Talvez em virtude dessa ambição excessiva mas, sobretudo, por uma concepção legal que, no fundo, pouco ou nada acrescentava à autorização do direito de protecção do ar, o projecto do UGB veio a naufragar, não se tendo conseguido alcançar o necessário consenso dentro do Governo federal e entre este e os Estados, *em particular quanto ao procedimento de licenciamento integrado*²³⁵⁶.

²³⁵³ Cfr. SUSANNE LOTTERMOSER, “Das neue Umweltgesetzbuch...”, cit., p. 406.

²³⁵⁴ Cfr. CHRISTIAN TRÜE, “Germany — the Drafting...”, cit., p. 84.

²³⁵⁵ Cfr. MARIO MARTINI, “Die integrierte Vorhabengenehmigung...”, cit., p. 41. Reafirmando ser esse acto autorizativo o coração do projecto e defendendo que ele consagrava uma integração jurídico-procedimental completa, que ia para lá das obrigações de coordenação existentes na BImSchG, pressupondo o cumprimento de obrigações fundamentais determinadas, incluindo o princípio da precaução, cfr. FREDERIC KAHRL, “Das Umweltgesetzbuch...”, cit., p. 162 e seg. Reforçando sobretudo a valência procedimental do acto em questão e a sua articulação com a aceleração do procedimento, um dos grandes anseios do Projecto, cfr. ANNETTE GUCKELBERGER, “Die planerische Vorhabengenehmigung nach dem UGB-Referententwurf”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 6, Juni 2008, pp. 369-376 (p. 374) e DANIEL COUZINET, “Untergesetzliche Regelwerke...”, cit., p. 376 e seg. Também SUSANNE LOTTERMOSER (“Das neue Umweltgesetzbuch...”, cit., p. 402 e seg.) salienta entre as principais *vantagens do UGB* as de fortalecer a protecção integrada do ambiente, com a criação de estruturas do direito ambiental compatíveis com o direito europeu e por intermédio da *simplificação do direito autorizativo*, com a introdução da autorização integrada de projectos que permitiria fazer face aos procedimentos autorizativos paralelos e a inerente diminuição de despesas para o requerente e ganhos de efectividade administrativa. Também por isso, Michael Kloepfer considerava que o mesmo Projecto representaria um ganho para o ambiente, para os homens, para a economia e para a situação da Alemanha no seu conjunto: cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Sinn und Gestalt...”, cit., p. 161.

²³⁵⁶ Expressamente neste sentido, cfr. CHRISTIAN TRÜE, “Germany — the Drafting...”, cit., p. 84, n. 27. Boa parte da doutrina acaba por ser bastante crítica em relação a este aspecto central do Projecto: p. ex. WILFRIED ERBGUTH/MATHIAS SCHUBERT (cfr. “UGB 2009: die integrierte Vorhabengenehmigung im Referententwurf eines Umweltgesetzbuches”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 7, Juli 2008, pp. 474-479) consideram, em relação à autorização integrada de projectos, que apesar de conduzir a um certo efeito de harmonização, os almejados objectivos de simplificação e unificação só em parte seriam conseguidos, fazendo uma avaliação do UGB bastante comedida, pois apesar dos ganhos de eficiência e de desoneração para o requerente, haveria inúmeros projectos espacial e ambientalmente relevantes que não se subsumiriam no seu regime. Também DANIEL COUZINET (“Untergesetzliche Regelwerke...”, cit., p. 382) conclui que a estrutura de regulação do direito de protecção da atmosfera não muda para a autorização integrada de projectos do UGB, ao passo que o direito das águas passaria a ver-se confrontado com duas estruturas de regulação.

Numa análise profundamente crítica ao Projecto de UGB, Bernhard Weber e Daniel Riedel não conseguem descortinar, nos tempos actuais, qualquer valor a uma grande codificação do direito do ambiente, em particular quanto ao objectivo de integrar todos os interesses públicos num “guisado de ponderação” aberto, que se afigura contrário aos interesses ambientais, da segurança jurídica e dos investidores, considerando a autorização integrada de projectos “a razão decisiva para o fracasso do pacote conjunto «UGB 2009»”. As alegadas vantagens do UGB 2009 a este nível são afastadas, uma a uma, pelos autores: a realização da protecção ambiental integrada exigida pela Europa é, em termos materiais, uma exigência “tão antiga quanto indeterminada”, para além de que o regime da BImSchG reformado pela “Artikelgesetz” já realizava a integração exigida, sem défices de transposição do direito europeu; os desideratos da simplificação e racionalização do direito do ambiente são traídos pela realidade, uma vez que o UGB traz mais regras e cria regimes duplos; a ideia de que o UGB substituiria múltiplos procedimentos autorizativos também não é correcta, não só porque a autorização da BImSchG abrange controlos e decisões dos direitos urbanístico, da protecção da natureza, da protecção da paisagem e dos resíduos, com a única excepção da autorização do direito das águas — sendo certo que na Alemanha só uma pequena percentagem de instalações sujeitas à BImSchG dispõe sobre utilizações de água —, mas também porque a autorização integrada de projectos iria ser aplicada a muitos mais projectos do que aqueles que exigiam uma autorização do direito da atmosfera; e, por último, os argumentos das poupanças económicas e burocráticas são afastados constituindo apenas, na opinião dos Autores citados, “wishfull thinking”²³⁵⁷. Tudo razões que os levam a concluir²³⁵⁸ não se descortinar o valor acrescentado de uma reorganização do direito ambiental alemão num Código do Ambiente: seria necessária uma reforma organizativa mas não uma nova ordenação do direito ambiental material.

3.9.3. A autorização ambiental integrada

Este capítulo é integralmente dedicado ao exame das novas dimensões e características do acto autorizativo ambiental reinventado, sensivelmente desde a última década do século xx. Não obstante, pareceu-nos necessário efectuar um estudo mais desenvolvido do regime da protecção integrada do ambiente, em geral, para analisar agora como ela se projectou no instrumento que se revelou mais apto para a sua realização e concretização: a autorização ambiental integrada que, em Portugal, foi baptizada como *licença ambiental*.

Nos diversos direitos europeus internos existem hoje autorizações ambientais integradas com regimes mais ou menos similares, pretendendo incluir num só acto as autorizações sectoriais em matéria de ambiente, com vista a obter um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo. Destacam-se, entre outras notas, a existência de obrigações fundamentais dinâmicas e duradouras dos operadores, a aplicação de MTDs em termos mais ou menos abertos — embora em alguns direitos, como por exemplo o italiano e o alemão, as orientações para a sua aplicação sejam individualizadas por regulamentos governamentais

²³⁵⁷ Cfr. “Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch?”, cit., *passim* (especialmente p. 999).

²³⁵⁸ Ob. cit., p. 1004.

—, a descrição das diversas categorias de instalações às quais se aplica o regime, nalguns casos a previsão de autorizações gerais ou a fixação de requisitos gerais por categorias de instalações, em substituição dos fixados por autorizações singulares, a possibilidade de certificação pelas próprias empresas ou por empresas independentes de actividades e emissões das empresas, o enorme relevo da organização, partilha e revelação da informação, a força jurídica muito mais matizada dos actos em causa, submetidos a termo final e com diversas possibilidades de modificação por parte das autoridades administrativas competentes e a concessão em termos amplos de margens de apreciação decisória ou de discricionariedade à Administração. A configuração da autorização ambiental como um acto administrativo de ponderação, em virtude do amplo espaço de apreciação administrativa, é evidente nos novos regimes. Outro aspecto que por norma está previsto nas disciplinas em questão é o da sua articulação com outros actos autorizativos, com destaque para a AIA²³⁵⁹.

A tentativa de reforçar os elementos integrativos em termos materiais, procedimentais e organizativos, concentrando a prática da decisão num único procedimento e numa só autoridade é também uma nota generalizada nos regimes dos direitos nacionais europeus concretizadores da Directiva PCIP. O que não pode surpreender na medida em que, como vimos e sublinha Carla Amado Gomes, a licença ambiental foi a resposta das instituições europeias “ao problema da disseminação de licenças de emissões poluentes e à transferência de poluição entre componentes que a descoordenação da sua atribuição potencialmente provoca”, acrescentando a tal objectivo “a necessidade de concentração de actos autorizativos num único título — e procedimento — como forma de minimizar custos, burocráticos e económicos”²³⁶⁰.

Antes de nos debruçarmos sobre a licença ambiental no direito nacional, a questão no direito germânico merece algumas notas. A Directiva PCIP foi transposta para o direito alemão pela já diversas vezes citada “Artikelgesetz”, publicada em 22 de Junho de 2001 e em vigor desde 3 de Agosto do mesmo ano. Foi esta lei que introduziu no direito alemão o conceito da protecção integrada do ambiente, em especial ao nível da autorização do direito de protecção da atmosfera²³⁶¹.

²³⁵⁹ No direito português, de acordo com o regime legal da PCIP (Decreto-Lei n.º 173/2008), os dados fornecidos pelo requerente no âmbito do licenciamento ou autorização da instalação, da AIA, do CELE, do regime de prevenção de acidentes graves que envolvam substâncias perigosas ou do regime da ecogestão e auditoria podem ser usados para efeitos da instrução do pedido de licença ambiental (n.º 2 do art. 11.º). Para além disso, nos casos de instalações sujeitas a AIA, o pedido de licença ambiental só pode ser entregue depois da emissão de uma DIA favorável ou condicionalmente favorável ou de emissão de parecer relativo à conformidade do projecto de execução com a DIA (no caso do procedimento de AIA decorrer em fase de estudo prévio) — ou, ainda, de decisão de dispensa do procedimento de AIA ou da formação de deferimento tácito —, tudo nos termos do art. 12.º, n.º 1, do regime PCIP.

²³⁶⁰ CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 218.

²³⁶¹ A lei em questão transpõe também a Directiva de modificação da AIA, traduzindo-se em modificações da BImSchG, da AbfG e de outros diplomas ambientais especiais. Sobre ela cfr. DIETER KUGELKMANN, “Die Genehmigung als Gestaltungsmittel integrierten Umweltschutzes — Abschied von der Kontrollerlaubnis?”, *DVBL*, 117. Jahrgang (2002), Heft 18, pp. 1238-1247; RAINALD ENDERS/MICHAEL KRINGS, “Der Artikelgesetz aus immissionschutz- und abfallrechtlicher Sicht”, *DVBL*, 116. Jahrgang (2001), Heft 18, pp. 1389-1405; e, ainda, HANS-JOACHIM KOCH/HEIKO SIEBEL-HUFFMANN, “Das Artikelgesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und der weiterer Umweltschutzrichtlinien”, *NVwZ*, 20. Jahrgang (2001), Heft 10, pp. 1081-1089, destacando como *objecto de regulação central da lei* a autorização integrada de projectos de acordo com a BImSchG (cfr. pp.

Não obstante, e como vimos já, o projecto de UGB teve como principal escopo a *autorização integrada de projectos* (doravante iVG, acrónimo para *integrierte Vorhabengenehmigung*) com as palavras-chave “um requerimento — uma autoridade — um procedimento — uma decisão”. Definindo como seu âmbito central o direito do ambiente dos projectos e tendo como protótipo a autorização do direito de protecção da atmosfera²³⁶², a iVG pretendia ir mais além do elevadíssimo efeito de concentração desta a qual, como vimos já e de acordo com o § 6, n.º 1, inciso 2, da BImSchG leva a cabo uma verificação de não oposição à lei muito para lá do direito de protecção da atmosfera, abrangendo preceitos jurídico-públicos do direito estadual, federal e europeu relativos ao planeamento urbanístico, ao direito das águas, ao direito da protecção da natureza, ao direito do ordenamento do território, à AIA e ao direito do planeamento ambiental, bem como aos interesses de protecção do trabalho²³⁶³. De facto, a iVG pretendia substituir os diferentes procedimentos autorizativos em sede ambiental por um procedimento autorizativo unitário, reforçando os elementos integrativos já existentes na BImSchG.

O objectivo era o de tornar a iVG a forma central de licenciar projectos com impactos ambientais, instituindo um procedimento uniforme que integrasse todas as autoridades competentes, embora só uma assumisse a responsabilidade pela decisão: criar-se-ia um novo tipo legal para a autorização integrada de projectos, substituindo os tipos legais dos direitos das águas e da protecção da atmosfera, concentrando o programa decisório e de controlo da administração numa “base autorizativa sistemática, estrutural e conceptualmente harmonizada”²³⁶⁴. Tudo como resultado de um complexo processo administrativo de harmonização e comunicação no qual colaborariam representantes de diferentes administrações responsáveis por diversas disciplinas, facilitando também a resolução de conflitos em face de uma coordenação o mais completa possível do procedimento autorizativo. As amplas e muito compreensivas obrigações fundamentais dinâmicas do operador seriam uma nota decisiva da iVG, já que o tipo legal autorizativo pressupunha o cumprimento futuro, pelo operador, de tais obrigações, tudo em correspondência com o já previsto no § 5 da BImSchG. Daí que Michael Kloepfer destacasse entre as vantagens do UGB a instituição de um regime de autorização compacto e integrado, com a previsão de regras harmonizadas e procedimentalmente simplificadas para projectos industriais e de infra-estruturas, sem diminuição do nível de protecção, fornecendo a iVG um amplo potencial de melhoria e de harmonização face ao *status quo*, constituindo a fórmula legal óptima de realização do princípio da integração²³⁶⁵.

A iVG teria como principal consequência a junção das exigências autorizativas referidas a instalações do direito das águas e da protecção do ar, embora com duas variantes, a *autorização de projectos* (moldada à imagem da BImSchG) e a *autorização de planeamento*, sendo esta última aplicável a projectos maiores em termos espaciais, com intervenções relevantes na natureza e na paisagem por modificarem as características de uma determinada área.

1083-1085).

²³⁶² Cfr. ALFRED SCHEIDLER, “Die Voraussetzungen...”, cit., p. 950 e seg.²³⁶³ Cfr. ALFRED SCHEIDLER, *ob. ult. cit.*, pp. 944-950.²³⁶⁴ Cfr. SUSANNE LOTTERMOSER, “Das neue Umweltgesetzbuch...”, cit., p. 404 e seg.²³⁶⁵ Cfr. MICHAEL KLOEPFER, “Sinn und Gestalt...”, cit., p. 165.

Todavia, o principal objectivo do UGB poderá ter sido, em simultâneo, a principal razão para o seu fracasso: segundo parte da doutrina, uma vez que o Código se iria aplicar a instalações e projectos que já necessitavam de uma autorização de acordo com as leis de protecção da atmosfera, das águas ou dos resíduos, ele limitava-se a criar *mais uma* autorização, ao que acresceria o defeito de não unir materialmente os regimes das autorizações atmosféricas e das águas²³⁶⁶. Defeito realçado em face do extraordinário mérito da autorização do direito de protecção do ar em termos de concentração das competências, conforme a doutrina alemã tanto põe em evidência e nós já estudámos²³⁶⁷.

Em relação ao regime português da *licença ambiental* — o qual vai buscar as suas raízes à própria LBA que, nos seus artigos 27.º, n.º 1, al. h) e 33.º previa o licenciamento das actividades poluidoras como instrumento da política de ambiente — acto no qual se concretiza o regime da PCIP, diremos que ele foi criado pelo Decreto-Lei n.º 194/2000, de 27 de Julho²³⁶⁸, concretizando a abordagem integrada do processo de licenciamento prevista na Directiva n.º 96/61/CE, que tem como um dos seus pilares o sistema integrado da autorização. A licença ambiental surge como um acto administrativo que constitui condição necessária do licenciamento ou autorização das instalações sujeitas ao regime PCIP, mais exactamente um *acto administrativo prévio* por constituir uma decisão final sobre questões isoladas (as relativas ao interesse público ambiente) das quais depende a concessão da autorização global. Acto revestido de especial força jurídica, na medida em que não é possível o licenciamento ou autorização de qualquer instalação sujeita à licença ambiental sem a prévia emissão deste acto, sendo nulo qualquer acto que desrespeitasse tal regime.

Estas notas mantêm-se, no essencial, na licença ambiental hoje conformada pelo Decreto-Lei n.º 173/2008, que preserva a configuração da licença, embora aditando-lhe novas dimensões. Procurando fazer um balanço sintético das suas principais características²³⁶⁹, começaremos por sublinhar o seu indiscutível carácter de acto administrativo: apesar de a definição legal não ser totalmente esclarecedora a tal respeito²³⁷⁰, o seu regime jurídico leva

²³⁶⁶ Cfr. CHRISTIAN TRÜE, "Germany — the Drafting...", cit., p. 84; e BERNHARD WEBER/DANIEL RIEDEL, "Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch?", cit., que, como avançámos, consideram expressamente a iVG "a razão decisiva para o fracasso do pacote conjunto «UGB 2009»" (cfr. p. 999).

²³⁶⁷ Cfr. *supra*, 3.4.

²³⁶⁸ Na caracterização da sua configuração originária, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 194/2000, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto, seguimos o nosso "A Licença Ambiental...", cit., pp. 68-75 — e a doutrina aí citada. Sobre esse primitivo regime da licença ambiental cfr. também VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, cit., pp. 192-208 e CARLA AMADO GOMES, "O Licenciamento Ambiental — Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos", in *Textos dispersos de direito do ambiente e matérias relacionadas*, Lisboa, AAFDL, vol. II., 2008, pp. 301-341 (especialmente pp. 320-323).

²³⁶⁹ Seguindo a doutrina nacional mais representativa que se tem debruçado sobre o tema: CARLA AMADO GOMES, "Direito Administrativo do Ambiente", cit., pp. 218-230; ID, "O procedimento de licenciamento ambiental revisitado", cit., *passim*; RAQUEL CARVALHO, "O novo regime da licença ambiental", *O Direito*, Ano 141.º, n.º 3, 2009, pp. 611-623; MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 197 e seg.; e PEDRO DELGADO ALVES, "O Novo Regime Jurídico do Licenciamento Ambiental", in: CARLA AMADO GOMES/TIAGO DUARTE (Org.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? — Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2009, pp. 193-233.

²³⁷⁰ Na al. i) do art. 2.º dispõe-se que a licença ambiental é a "decisão escrita que visa garantir a prevenção e o controlo integrados da poluição proveniente das instalações abrangidas pelo presente decreto-lei, estabelecendo as medidas destinadas a evitar, ou se tal não for possível, a reduzir as emissões para o ar, a água e o solo, a pro-

a essa conclusão, por estarem presentes todas as características desta decisão de autoridade, ainda que integrada na “crise” do acto administrativo que parte da doutrina nacional tem proclamado e como tal inserida na “renovação da própria noção de decisão administrativa”²³⁷¹. Não pretendemos discutir a sua configuração como acto criador ou constitutivo de direitos ou como acto meramente permissivo uma vez que, para nós, essa é uma diferença diluída no direito ambiental e que cada vez faz menos sentido explorar. O facto de a licença ambiental ser *condição necessária do início de exploração ou funcionamento das instalações* a ela sujeitas — nos termos da citada al. i) do n.º 1, condição reiterada nos n.ºs 1 e 2 do art. 9.º — confirma essa natureza jurídica: apesar do licenciamento ou autorização da instalação não depender da emissão da licença ambiental, a sua exploração não pode ser iniciada sem ela.

A licença ambiental, tendo por detrás os princípios da prevenção, da precaução e do nível elevado de protecção do ambiente no seu todo, tem ainda uma série de atributos que indicaremos de forma tópica:

– o seu conteúdo e perfil acentuadamente técnico;

– o facto de ser um *acto prévio* e um *acto pressuposto* porque condiciona a existência e o conteúdo de posteriores actos administrativos, contendo uma regulamentação completa de um complexo global e sendo condição ou pressuposto de validade de outros actos administrativos: apesar de por si só não possibilitar ao operador o exercício da actividade económica, ele não só é pressuposto de validade da licença de exploração (em princípio da instalação industrial) como vem a ser elemento integrante dessa licença, estabelecendo condições que vinculam directamente o operador e projectando-se as alterações supervenientes da licença ambiental no conteúdo da licença de exploração²³⁷²;

– é uma decisão dotada de enorme *dinamismo*: a vitalidade inerente às obrigações do operador (art. 5.º) reflecte-se no conteúdo do acto, que projecta os seus efeitos muito para lá da sua prática, realidade visível, designadamente, na sujeição a licença ambiental das alterações substanciais (art. 9.º, n.º 1), na necessidade de comunicação, por parte do operador, de qualquer alteração da exploração da instalação (art. 10.º, n.º 1), na exigência de renovação da licença por verificação do seu termo ou, inclusive, de alterações nas circunstâncias de facto ou de direito que envolvem a instalação (art. 20.º), nas relevantíssimas tarefas de monitorização (e de comunicação dos seus resultados) que impendem sobre o operador e que devem ficar consignadas na própria licença ambiental, com vista a assegurar a verificação do cumprimento das condições da licença (artigos 11.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, alíneas c) e d) e 28.º), nos deveres de fiscalização que incumbem à IGAOT, às CCDDR e às ARH, com vista a assegurar a verificação do cumprimento das condições da licença — dinamismo que vai ao ponto de os efeitos da licença ambiental se fazerem sentir para lá da “morte” da instalação,

dução de resíduos e a poluição sonora, constituindo condição necessária da exploração dessas instalações”.

²³⁷¹ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, cit., p. 192. Sobre a configuração da licença ambiental como acto administrativo cfr. o nosso “A Licença Ambiental...”, cit., p. 68 e segs.; e RAQUEL CARVALHO, “O novo regime da licença ambiental”, cit., p. 615.

²³⁷² Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, cit., p. 207 e seg.; MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 197 e seg.; FILIPA URBANO CALVÃO, “Licenciamento Ambiental”, cit., p. 374 e seg.; RAQUEL CARVALHO, “O Novo Regime da Licença Ambiental”, cit., p. 618; e JOSÉ EDUARDO F. DIAS, “A Licença Ambiental...”, cit., p. 70.

uma vez que se compreende entre as obrigações do operador a de “Adoptar as medidas necessárias, na fase de desactivação definitiva da instalação, destinadas a evitar qualquer risco de poluição e a repor o local da exploração em estado ambientalmente satisfatório” (al. f) do n.º 1 do art. 5.º), devendo por isso ser fixadas na licença ambiental (art. 18.º, n.º 2, e));

– os *efeitos poligonais* da licença ambiental que, como evidenciou Vasco Pereira da Silva, cria uma relação jurídica de natureza multilateral, uma vez que os seus efeitos não são apenas entre a Administração e o titular da licença, abrangendo todos os particulares afectados nos seus direitos por essa actuação, numa teia de relações jurídicas entrecruzadas, com direitos e deveres de diversos tipos e natureza²³⁷³;

– por último, a *precariedade* da licença ambiental é, para nós, o seu traço distintivo mais relevante, sendo analisado separadamente no ponto seguinte, dizendo por ora que ela resulta de uma série de aspectos do regime legal da PCIP, como a sua sujeição a termo, a aposição de outras cláusulas acessórias²³⁷⁴ e, acima de tudo, a possibilidade de ser determinada a sua *renovação antecipada*, consagrando-se um poder de revogação pelo menos parcial ou de revogação substitutiva de um acto favorável que, para alguns, será constitutivo de direitos, o que suscita uma série de dificuldades de que curaremos. Esta precariedade leva mesmo alguma doutrina a falar no *princípio da instabilidade da licença ambiental*, como veremos com mais pormenor a seguir (3.9.4.).

A vertente procedimental da licença ambiental não pode nem deve ser descurada, em particular os objectivos de aceleração, simplificação e eficácia procedimentais, bem como o efeito de concentração ligado a este procedimento. Em relação aos primeiros, apesar de eles terem de ser, em nosso entender, matizados ou relativizados devido à complexidade inerente ao regime da PCIP e à por vezes muito difícil coordenação com outros procedimentos e actos de autoridade envolvidos, não deixa de haver diversos expedientes procedimentais tendentes a facilitar aquela aceleração, simplificação e economia procedimental, que levam Pedro Delgado Alves a relacionar este acto com a revisão dos procedimentos de acesso a actividades económicas sujeitas a licenciamento enquadrada no Programa SIMPLEX²³⁷⁵.

O *efeito de concentração* é, todavia, o mais relevante efeito procedimental do regime PCIP, ao concentrar numa única entidade a coordenação de todo o processo de licenciamento, surgindo a licença ambiental como parte integrante, com os efeitos autónomos já destacados, desse processo autorizativo: apesar de ser a APA a responsável pela instrução e pela prática da licença ambiental, a lei determina que esta “é parte integrante da decisão emitida pela EC²³⁷⁶ relativa ao início da exploração da instalação, a qual só pode ser proferida após a APA ter deferido o pedido de licença ambiental e remetido a licença ambiental

²³⁷³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, cit., p. 208.

²³⁷⁴ Segundo CARLA AMADO GOMES o n.º 3 do art. 18.º do regime PCIP constitui “uma cláusula geral habilitante da inserção de modos necessários a uma protecção eficaz dos interesses públicos em jogo”: cfr. “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, cit., p. 1064.

²³⁷⁵ Cfr. “O Novo Regime Jurídico...”, cit., p. 196.

²³⁷⁶ *Entidade coordenadora*, definida na al. g) do art. 2.º como “a entidade a quem compete, nos termos da legislação aplicável, a coordenação do processo de licenciamento ou autorização das actividades referidas no anexo I e a emissão da autorização ou da licença para a instalação, alteração e exploração dessas actividades”.

à EC (...)” (n.º 2 do art. 9.º)²³⁷⁷. Mas os efeitos concentradores da licença ambiental estão mais a montante do que a jusante dela: se a jusante se nota a sua integração na decisão emitida pela EC, a montante é um *acto concentrador* uma vez que integra diversos actos autorizativos (p. ex. a licença de utilização do domínio hídrico, de acordo com o art. 26.º), estando regulada a sua articulação com o procedimento de gestão de resíduos (art. 24.º), com o título de emissão de gases com efeito de estufa, o qual é anexado à licença ambiental (art. 25.º) e com os regime de AIA e de prevenção de acidentes graves que envolvam substâncias perigosas, podendo inclusive o operador optar por desencadear qualquer um destes dois últimos em simultâneo com o de licença ambiental (n.º 3 do art. 12.º)²³⁷⁸. Desta forma, apesar de a regra continuar a ser a da *sucessividade* dos procedimentos — com a manutenção da autonomia de algumas autorizações em face da licença ambiental — o regime PCIP abriu a porta à paralelização do procedimento de licenciamento ambiental com outros procedimentos, a requerimento do operador ou por determinação legal²³⁷⁹. No que toca à articulação com o CELE, a licença ambiental só conterà valores limite de emissão de GEE no caso de haver receio de constituição de uma poluição local significativa (um “*hot spot*”), nos termos do n.º 7 do art. 18.º.

No que ao procedimento se refere é ainda de mencionar a enorme importância de que se reveste o *pedido do proponente* na lógica já diversas vezes evidenciada do seu cada vez mais relevante papel na modelação do conteúdo das autorizações ambientais. Também como decorrência do princípio da precaução, operou-se nesta sede uma inversão do ónus da prova no que toca à demonstração de que a instalação projectada não envolve perigos e riscos para o ambiente e que cumpre todos as exigências legalmente previstas, incluídas as relativas à utilização das MTDs, pelo que é ao requerente que cumpre fazer a prova da verificação de todos os requisitos que permitam evitar tais perigos e riscos, nos termos enunciados no n.º 1 do art. 11.º do regime PCIP, tornando a instrução do pedido muito onerosa para o futuro operador²³⁸⁰. De notar, ainda quanto a este aspecto, que os encargos do operador vão muito para além da formulação do pedido pois ele tem de assegurar sempre “que as instalações abrangidas pelo presente decreto-lei cumprem os valores limite de emissão aplicáveis, fixados na licença ambiental” (n.º 2 do art. 5.º). Com vista a reforçar a concentração procedimental a que acabámos de nos referir, o pedido de licença “é parte integrante do pedido de licenciamento ou de autorização da instalação” e é apresentado à EC (n.º 1 do art. 11.º).

²³⁷⁷ No entanto, em tom crítico, MARTA PORTOCARRERO não deixa de sublinhar que a integração da licença ambiental na licença industrial corresponde a “uma espécie de concentração a meio termo”, que “traz mais dificuldades do que os problemas que resolve”: cfr. *Modelos de Simplificação...*, cit., p. 198, nota 574.

²³⁷⁸ Em relação à AIA, no caso de não haver esta realização simultânea dos dois procedimentos — só possível quando o procedimento de AIA for relativo a um projecto de execução — a emissão de uma DIA favorável ou condicionalmente favorável é condição essencial para a emissão da licença ambiental: se a DIA for neste sentido ela tem um efeito conformativo da licença ambiental; já se a DIA for no sentido negativo ela terá um *efeito preclusivo*, nos termos do próprio regime da AIA o qual, como vimos já, impede uma decisão de autorização ou de licenciamento positiva quando aquela for negativa (cfr. art. 20.º, n.º 1). Sobre esta questão cfr. CARLA AMADO GOMES, “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, cit., p. 1078 e seg.

²³⁷⁹ Cfr. CARLA AMADO GOMES, “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, cit., p. 1077 e seg.

²³⁸⁰ Sobre a inversão do ónus da prova, em articulação com o princípio da precaução, nos termos enunciados no texto, cfr. CARLA AMADO GOMES, “O Procedimento Ambiental Revisitado”, cit., p. 1059 e seg.

Ainda em relação ao pedido deve notar-se que, enquadrada mediata ou imediatamente em diversas tendências que estudámos ao longo da Parte II, tanto no direito administrativo geral como ao nível do direito ambiental — os movimentos da desregulação e da correspondente neo ou re-regulação, da privatização das funções públicas, da retracção do papel do Estado e da Administração Pública na vida social e económica, do emergir da governança, entre outras —, se pode ainda aludir à possibilidade de o requerente/operador recorrer a uma *entidade acreditada*²³⁸¹ para a validação do pedido, permitindo a aceleração e economia procedimental: tanto os prazos para a decisão final (n.º 3 do art. 16.º) como para a APA aditar à licença ambiental uma proposta de alteração não substancial da instalação e dar dela conhecimento à EC (n.º 4 do art. 10.º) são reduzidos para metade no caso de serem validados por entidade acreditada, uma vez que essa validação permite à APA uma resposta mais rápida e uma verificação menos aprofundada dos dados fornecidos.

A discricionariedade inerente à prática da licença ambiental é outra nota muito marcante deste acto, sendo concedidos amplos poderes de conformação à APA que se fazem notar, sobretudo, a dois níveis: no que toca à aposição de cláusulas acessórias possibilitando, por seu intermédio, a modelação do conteúdo do acto; e quanto aos fundamentos de indeferimento do pedido de licença ambiental. No que toca às primeiras, para além da sujeição legal da licença ambiental a um termo final, a APA pode inserir condições, modos e até reservas de modos, destacando-se os n.ºs 3 e 4 do art. 18.º que permitem, respectivamente, a previsão de condições suplementares na licença que garantam o cumprimento do objectivo de qualidade ambiental (autorizando a formulação de condições mais restritivas do que as que podem ser obtidas com a utilização das MTDs) e a possibilidade de a APA complementar ou substituir os valores limite de emissão contidos na licença ambiental por parâmetros ou medidas técnicas equivalentes. Quanto aos fundamentos de indeferimento (n.º 6 do art. 16.º), se alguns deles são estritamente objectivos (alíneas *a*) a *d*)), o previsto na al. *e*) já comporta alguma margem de apreciação administrativa e o contido na al. *f*), com o recurso ao conceito “relevo suficiente”, abre as portas a uma apreciação administrativa essencialmente discricionária²³⁸².

Como foi já diversas vezes mencionado, o conceito das MTDs assume uma importância cardeal no regime, pouco mais havendo a acrescentar a tudo o que já foi dito sobre este conceito ao longo da dissertação. Ele relaciona-se com um ponto-chave do regime da autorização ambiental reinventada, ao traduzir a “abertura” do acto e do procedimento a uma actualização constante, imposta não só pela situação ambiental e pelas alterações normativas mas também pelo progresso técnico-científico. Assim, no *conteúdo da licença ambiental* (art. 18.º) devem ter-se em consideração os documentos de referência sobre as MTDs para os sectores de actividade em causa (n.º 1), sendo um dos fundamentos para o indeferimento do pedido da licença a “Desconformidade das condições de exploração da instalação com as MTDs” (al. *e*) do n.º 6 do art. 16.º), constituindo as alterações significativas nestas técnicas

²³⁸¹ De acordo com a al. *f*) do art. 2.º do regime PCIP a *entidade acreditada* é definida como uma “entidade reconhecida formalmente pelo Organismo Nacional de Acreditação, no domínio do Sistema Português da Qualidade, com competência para realizar actividades específicas no âmbito do pedido de licença ambiental”.

²³⁸² Neste sentido, PEDRO DELGADO ALVES, *O Novo Regime Jurídico...*, cit., p. 212 e seg.; e CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 221 e seg.

que permitam uma redução considerável das emissões, sem impor encargos excessivos, um dos fundamentos para a necessidade de renovação da licença ambiental (art. 20.º, n.º 3, al. b)). A importância do conceito foi ao ponto de as competências da Comissão Consultiva para a Prevenção Integrada da Poluição criada pelo regime PCIP (art. 8.º) se centrarem de forma praticamente exclusiva nas MTDs, como resulta do n.º 2 do preceito citado.

O ponto mais negativo do diploma nacional, à imagem do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, mas em violação frontal dos ditames do direito europeu, tem a ver com a fixação da regra do silêncio positivo, isto é, do deferimento tácito do pedido de licença ambiental, uma vez decorrido o prazo para a decisão sem esta ter sido proferida pela APA. A crítica praticamente unânime da doutrina, também em virtude da violação subjacente das regras do direito europeu²³⁸³, não deixa de ser temperada pela consagração de um regime original em que, para além do deferimento tácito, se cria “um acto de indeferimento *implícito*”, uma vez que se proíbe a formação do acto silente favorável nos casos de verificação de alguma das condições de indeferimento previstas no n.º 6 do art. 16.º, com excepção da al. f), complicando sobremaneira o regime²³⁸⁴.

3.9.4. Balanço

O regime da protecção ambiental integrada e, sobretudo, a sua concretização na licença ambiental — e outros actos equiparados, em diferentes ordens jurídicas — cruza-se com alguns dos aspectos essenciais da dissertação. Desde logo, a circunstância de ter em parte subjacente uma nova atitude da Administração Pública, mais virada para actividades de apoio, consulta, informação, coordenação, orientação e persuasão, na medida em que a disciplina PCIP, na maior parte dos casos, sustenta-se mais nos regulados do que nos reguladores, sendo nos primeiros que assenta directamente grande parte das formas de permitir uma adequada realização do instituto, seja em função do papel muito activo que assumem os seus requerimentos, seja sobretudo na assunção de obrigações dinâmicas e duradouras por parte dos operadores, seja ainda nos inúmeros deveres acessórios e instrumentais que sobre estes recaem, em matéria de informação, registos, monitorização, controlo, certificação, etc. Por isso é comum mencionar-se o enorme peso que a PCIP colocou sobre os ombros dos regulados, com destaque inequívoco para os operadores industriais²³⁸⁵.

²³⁸³ O Tribunal de Justiça já reafirmou diversas vezes a contrariedade dos regimes de valorização positiva do silêncio nos procedimentos de autorização ambiental: por todos, cfr. o Acórdão de 14 de Junho de 2001 (Processo C-230/00), por nós anotado: “O deferimento tácito da DIA — mais um repto à alteração do regime vigente”, *RevCEDOUA*, n.º 8 (ano IV, n.º 2.01), pp. 67-77, com tradução em inglês na mesma Revista (pp. 79-90).

²³⁸⁴ Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 222. De notar que, por exemplo, a lei catalã de intervenção integral da Administração ambiental (Lei n.º 3/1998, de 27 de Fevereiro), tem plasmado um regime idêntico, prevendo o silêncio positivo mas determinando que a autorização concedida desta forma não concede, em nenhum caso, faculdades ou direitos contrários ao ordenamento jurídico, o que não impede idêntica crítica por parte da doutrina, por violação da Directiva e choque frontal com a ideia do procedimento administrativo como instância de ponderação de riscos ambientais: cfr. PONCE SOLÉ, “Prevención, precaución...”, cit., pp. 177-180.

²³⁸⁵ Neste sentido, JOSÉ ESTEVE PARDO, “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n.º 149 (Mayo-Agosto 99), pp. 37-61. A propósito da PCIP e do uso das MTDs o Autor mostra que elas são peça decisiva no trânsito de uma atitude tradicional, consubstanciada na policía administrativa, para uma nova atitude

Mas não é este o aspecto que mais nos interessa: aquilo que se mostra para nós absolutamente decisivo no regime PCIP e da licença ambiental é o facto de este regime e este acto terem subjacentes, como vimos, uma relação duradoura ou continuada na qual existem direitos e deveres recíprocos da Administração e dos operadores, que justifica a *precariedade da autorização ambiental integrada*, a qual está sujeita a termo final, a revisão periódica, à possibilidade de modificação oficiosa e à submissão à revogação, com ou sem indemnização, levantando-se no seu regime o problema da possível retroactividade das modificações impostas à luz de novas exigências legais ou materiais (técnico-científicas), o que é uma das marcas mais claras das novas tendências do acto autorizativo ambiental reinventado. Surge aqui, com toda a clareza, o incontornável relevo da autorização ambiental integrada no contexto da nossa dissertação, na medida em que ela se afirma como um acto tendencialmente flexível, dinâmico, aberto à actualização, modificação ou mesmo extinção, com uma reduzida protecção de situações jurídicas adquiridas pelos seus titulares, com uma protecção da confiança dos particulares na manutenção das condições outorgadas muito menor — sem, em todo o caso, pôr totalmente em causa as dimensões garantísticas do acto autorizativo, a protecção da confiança e do investimento que ele tem inerente. Afigura-se, assim, como um exemplo paradigmático das novas tendências que se têm afirmado nas últimas décadas no direito ambiental, especialmente nos seus actos autorizativos, que continuam a ser um instrumento decisivo na ordenação do direito do ambiente dirigido a projectos, apesar da afirmação crescente dos novos instrumentos económicos, de mercado, de auto-regulação e de toda a panóplia de formas novas de protecção jurídica do ambiente.

Logo no primitivo regime inglês do controlo integrado da poluição, em larga medida precursor da Directiva, para além da plêiade de obrigações contínuas ou continuadas impostas aos operadores, o *Her Majesty's Inspectorate of Pollution* (HMIP), ao tempo responsável pelo controlo centralizado das indústrias com maior perigosidade ambiental, tinha o poder de revogar qualquer autorização daquele regime “a todo o tempo”, num regime mais severo do que o da Directiva²³⁸⁶.

A Directiva 96/61/CE, que continha a disciplina originária da PCIP, regulava no seu art. 13.º — preceito cuja redacção não sofreu qualquer alteração na Directiva 2008/1/CE — o “reexame e actualização das condições de licenciamento”, impondo a necessidade de os Estados-membros tomarem medidas para o reexame periódico e eventual actualização das condições de licenciamento, prevendo situações (n.º 2) em que tal reexame era obrigatório (entre outras, excesso de poluição que justifique a revisão ou a fixação de novos valores-limite de emissão, alterações significativas das MTDs ou a promulgação de novas disposições legislativas comunitárias ou do Estado-membro)²³⁸⁷. Disposição que levava a doutrina a

de persuasão, apoio, cooperação e gestão de riscos (cfr. pp. 57-61). Como vimos já, SCHMIDT-ABMANN considera que uma série de novos expedientes ou instrumentos, entre os quais inclui a PCIP, correspondem a um novo modelo cujos instrumentos chave se baseiam numa opinião pública informada e na ideia de auto-regulação, modelo que parece ser chamado a substituir, pelo menos em parte, o conceito tradicional em que se articulou a competência estadual de controlo (cfr. *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, cit., p. 31 e pp. 295-298).

²³⁸⁶ Cfr. LINDSAY HENSHAW, “The E.C. Directive on Integrated Pollution prevention and Control: Implications for the United Kingdom”, *Environmental Liability*, vol. 4 (1996), Issue 2, pp. 29-35 (p. 34).

²³⁸⁷ Na citada Directiva 2010/75/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, que revoga a Directiva 2008/1/CE com efeitos a partir de 7 de Janeiro de 2014, a norma com a mesma epígrafe consta

reconhecer não haver previsão expressa de reservas por direitos adquiridos, ainda para mais por nada se contemplar quanto à possível atribuição de um direito de indemnização aos titulares legítimos de posições jurídicas consolidadas²³⁸⁸.

Esta importantíssima nota do regime PCIP tem sido tratada de forma muito particular pela doutrina espanhola, a qual destaca no regime da autorização ambiental integrada o controlo administrativo permanente das actividades autorizadas, a sua sujeição a termo — após um período determinado as autorizações têm de ser renovadas e actualizadas, sem necessidade de qualquer indemnização — e, acima de tudo, a possibilidade de a Administração proceder a modificações da autorização oficiosamente, também sem direito a indemnização do sujeito autorizado²³⁸⁹. Ainda em Espanha, a caracterização do regime da já citada Lei catalã de intervenção integrada da administração ambiental (Lei n.º 3/1998, de 27 de Fevereiro) levada a cabo por Ponce Solé é, nesta sede, especialmente esclarecedora²³⁹⁰: depois de a considerar a “coluna vertebral das políticas públicas ambientais no futuro próximo”, o Autor desenvolve a disciplina das autorizações e licenças praticadas ao abrigo da lei, mostrando que dão origem a uma relação continuada, exigindo revisões a requerimento dos particulares (pelo menos em cada oito anos) ou oficiosamente, revisões que podem modificar os valores-limite de emissão e todas as outras condições do acto autorizativo, sem direito a qualquer indemnização, em virtude de serem originadas por *causas de interesse público* previstas na lei, que tanto podem ter a ver com circunstâncias fácticas (progresso das MTDs) como normativas, falando-se aqui numa *retroactividade imprópria* ou *de grau mínimo* na medida em que a nova norma tem apenas efeitos para o futuro, embora o princípio da proporcionalidade exija que se conceda um prazo razoável de adaptação às novas exigências.

Quanto à revogação, apesar de a lei não se referir a ela de modo expresso, em caso de não cumprimento de novas condições resultantes de modificações normativas Ponce Solé defende²³⁹¹ a *ineficácia superveniente* dos actos autorizativos se houver responsabilidade (dolo ou mera culpa) do seu titular ou a sua *revogação*, em caso de impossibilidade de adaptação, admitindo a possibilidade de haver direito a indemnização se se verificarem os pressupostos da responsabilidade patrimonial. Já na situação de modificações do estado da técnica (não adaptação às MTDs, dando como assente que já foram feitas as ponderações económicas e determinada, pela Administração, a sua aplicabilidade) a não adaptação das condições técnicas de exploração da instalação em conformidade determinará a *ineficácia superveniente* da autorização, sem indemnização. Se o titular não puder adaptar-se em virtude dos custos excessivos das MTDs a revogação aparecerá apenas como *ultima ratio* — na medida em que pode significar uma violação do princípio da proporcionalidade — com direito de indemnização do titular do acto.

do respectivo art. 21.º, mantendo inalterada a sua disposição chave (no n.º 1), embora com uma muito maior densificação do seu conteúdo nos n.ºs 2 a 5.

²³⁸⁸ Cfr. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, tomo IV, cit., p. 304 e seg.

²³⁸⁹ Cfr., entre outros, LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, cit., p. 367 — Autora que, em todo o caso, manifesta no mesmo local algumas dúvidas quanto à possibilidade de modificação da autorização sem atribuição de indemnização; e DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “El régimen jurídico de la prevención ambiental en la Comunidad de Castilla y León”, *REAL*, n.º 300-301 (enero-agosto 2006), pp. 255-297.

²³⁹⁰ Cfr. “Prevención, precaución...”, cit., p. 150 e 182-191 (especialmente p. 184).

²³⁹¹ Cfr. “Prevención, precaución...”, cit., pp. 186-191.

A última palavra sobre o direito português, mas a mais importante para nós, tem a ver com o regime da licença ambiental em termos de instabilidade e revisibilidade. Para além da sua configuração como acto prévio pode e deve ir-se mais longe, acompanhando alguma da doutrina nacional que mais se tem debruçado sobre o tema²³⁹², para mostrar que inere à licença ambiental um *princípio de revisibilidade* ou mesmo, de forma mais impressiva, um *princípio de instabilidade da licença ambiental* — em virtude do qual ela tem por detrás de si uma nova concepção, oposta ao clássico princípio da estabilidade da relação jurídica autorizativa (em larga medida plasmado na configuração tradicional da autorização como acto constitutivo de direitos, ao qual corresponde no CPA um regime demasiado restritivo no que toca à proibição da sua revogação), de acordo com a qual os interesses públicos de tutela ambiental prevalecem sobre os direitos que estão por detrás da licença, com destaque para os direitos fundamentais de propriedade e de livre iniciativa económica privada.

Na verdade, ao longo do seu tempo de vida e mesmo para além dele, a licença ambiental pode ser sujeita a diversas modificações, que podem chegar mesmo à sua extinção como acto jurídico, por intermédio da revogação.

Há uma série de vicissitudes deste acto administrativo que apontam nessa direcção e que foram por nós tocados de forma expressa ou implícita, estando em larga medida associados à imposição de cláusulas acessórias: o facto de as obrigações que resultam da lei para os operadores autorizados serem obrigações duradouras (reportam-se a todo o tempo de exploração da instalação autorizada e mesmo para além dele) e dinâmicas (são actualizadas em virtude de circunstâncias fácticas, técnicas e normativas); a sua submissão a um prazo de caducidade ou a um *termo final* (de acordo com a al. g) do n.º 2 do art. 18.º, o prazo de validade da licença ambiental não pode exceder os 10 anos); e o regime do art. 10.º, em face do qual o operador tem de comunicar à entidade coordenadora qualquer proposta de alteração da exploração da instalação, a qual será apreciada pela APA, que decidirá se se trata ou não de uma alteração substancial da instalação, situação em que o operador terá de desencadear um novo ou diferente pedido de licença ambiental (no caso contrário a alteração proposta será aditada à licença ambiental já concedida). Daqui resulta a inexistência de uma *Bestandschutz* activa ou sobre-eficaz no regime da licença ambiental.

No entanto, o aspecto mais relevante ao nível da instabilidade e revisibilidade do acto autorizativo sob o nosso escrutínio é, sem dúvida, a questão da *renovação da licença ambiental* ou, mais correctamente, da sua *renovação antecipada*, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art. 20.º: apesar da sua submissão a termo final, a licença pode ser *revista* ou imposta a sua “renovação” em virtude da superveniência de factores físicos (alto valor da poluição causada pela instalação autorizada), técnico-científicos (alteração das MTDs ou exigência de novas técnicas em sede de segurança operacional) ou normativos (novas disposições legais) que impliquem a necessidade de adaptação do conteúdo do acto autorizativo à nova realidade. Regime que demonstra que o risco de modificação da licença ambiental corre quase exclusivamente por conta do operador e não da Administração, uma vez que não há

²³⁹² Cfr., em especial CARLA AMADO GOMES (“Direito Administrativo do Ambiente”, p. 223 e seg.; e “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, cit., pp. 1072-1074). FILIPA URBANO CALVÃO segue um raciocínio muito próximo, embora reportado aos actos de *licenciamento industrial* (cfr. “Licenciamento Industrial”, cit., pp. 398-401).

referência na lei a qualquer direito de indemnização do operador pelos danos eventualmente sofridos²³⁹³.

Explicando um pouco melhor a disciplina dos n.ºs 3 e 4 do art. 20.º deveremos notar que, à partida, é o operador quem deve requerer a renovação antecipada da licença ambiental (n.º 3) sempre que os níveis de poluição forem demasiado elevados (al. a)), ocorram progressos significativos nas MTDs que permitam reduções consideráveis das emissões sem impor encargos excessivos (al. b)), a segurança operacional reclame a utilização de outras técnicas (al. c)) ou haja novas disposições legislativas que assim o exijam (al. d)).

Todavia, no n.º 4 a lei previne a falta de impulso ou iniciativa do operador, ao dispor que, sempre que ocorra uma das situações que exigem a renovação da licença ambiental (previstas no n.º 3) a APA comunica ao operador a obrigatoriedade de a requerer, fixando prazo para o efeito (n.º 4). É aqui que sobretudo se demonstra a instabilidade do acto que temos vindo a estudar, à imagem de outros actos autorizativos em domínios próximos relativos a outras actividades que se prolongam no tempo, como a actividade industrial²³⁹⁴ — confirmando que a licença ambiental não goza tão-pouco de uma *Bestandschutz* simples ou passiva.

A articulação dos n.ºs 3 e 4 deste artigo 20.º abre a porta para uma antecipação do termo da licença ambiental sem alteração das condições de exploração, constituindo uma *revogação substitutiva da licença ambiental*, figura não acolhida no CPA²³⁹⁵. Pode-se até defender, indo um pouco mais longe, que numa situação em que se verifique uma das quatro hipóteses previstas no n.º 3 e a APA, no exercício do seu poder-dever, notifique o operador para requerer a renovação da licença ambiental e este não o fizer, a Administração estará

²³⁹³ Tendo por base o regime anterior da PCIP, disciplinado no Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto, que continha uma norma idêntica à do art. 20.º do regime PCIP vigente no seu art. 16.º, VASCO PEREIRA DA SILVA salientava que o facto de poder ser exigida a renovação da licença antes do seu termo em caso de alteração das circunstâncias de facto ou de direito (a possibilidade de antecipação do respectivo termo final) constituía a principal nota de precariedade da licença, consagrando um poder de revogação de actos administrativos contrário ao regime previsto nos artigos 140.º e 141.º do CPA: cfr. *Verde Cor de Direito*, cit., p. 204.

²³⁹⁴ Neste sentido, cfr. o art. 50.º do Regime do Exercício da Actividade Industrial (REAI, na versão vigente constante do Decreto-Lei n.º 209/2008, de 29 de Outubro), que, sob a epígrafe “Actualização da licença ou do título de exploração” admite a possibilidade de modificação do conteúdo das autorizações emitidas sem necessidade de consentimento do destinatário, sempre que se demonstre a *necessidade de novas imposições administrativas* ou de *novos condicionamentos* para o exercício da actividade industrial. Filipa Urbano Calvão refere, a este propósito, a *tendencial instabilidade das autorizações industriais*, a qual desafia certos pilares do direito administrativo geral tradicional, uma vez que “a tendencial proibição de revogação ou modificação dos actos administrativos autorizativos sofre um importante desvio em alguns casos em que a actividade autorizada se prolonga no tempo”, que faz mais sentido quando estão em causa *actividades que justificam adaptações sucessivas à evolução da ciência e da técnica*. Ainda segundo a Autora, trata-se de uma *revogação parcial, com substituição*, da autorização originária, mencionando ainda a possibilidade de uma *revogação total*, neste domínio, como resultado do incumprimento de novas imposições determinadas pela EC, tratando-se neste caso de uma *revogação sancionatória*. Cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, “Licenciamento Industrial”, cit., pp. 399-401.

²³⁹⁵ É essa a opinião de CARLA AMADO GOMES, que não nos merece reserva: cfr. “O procedimento de licença ambiental revisitado”, cit., pp. 1072-1074; e “Direito Administrativo do Ambiente”, cit., p. 223, onde põe em evidência que a regulação contida nestes dispositivos legais implica que não sejam aplicáveis à licença ambiental as “apertadas regras dos artigos 140.º e 141.º do CPA, que impossibilitariam a revisão (por se aproximar da revogação substitutiva)”. Em todo o caso, defende igualmente que “a revisão acentua a continuidade da licença, cujo conteúdo se alterou sensivelmente sem, não obstante, a descaracterizar enquanto fundamento de emissão ou de validade da licença de exploração — muda-se a licença, não se muda de licença”.

autorizada a impor novos condicionalismos ou deveres com a prescrição de que se eles não forem cumpridos a licença será revogada, determinando então tal incumprimento a *revogação* pura e simples da licença ambiental²³⁹⁶.

No fundo, este regime do art. 20.º vem dar exequibilidade àquilo que, uns bons anos antes da criação da licença ambiental, Gomes Canotilho designou como uma “nova reserva da Administração — a reserva de imposição de condições supervenientes”, no sentido de evidenciar a flexibilidade do acto autorizativo, já que a imposição de tais condições faz perder parte do sentido às regras relativas à revogabilidade e anulação de actos administrativos²³⁹⁷.

Uma última nota a este respeito para salientar que, apesar de a ausência de qualquer regra no regime PCIP sobre indemnização do titular da autorização eventualmente revogada, à imagem do que faz, de forma paradigmática, o § 21 da BImSchG alemã, que distingue, dentro do elenco taxativo das causas de revogação da autorização (n.º 1), aquelas cuja verificação não é passível de indemnização do operador autorizado (o accionamento de uma reserva de revogação e o não cumprimento, ou não cumprimento atempado, de um modo, de acordo com os incisos 1 e 2 do citado n.º 1), das que fazem nascer uma pretensão ressarcitória do operador autorizado, obrigando à sua indemnização: a revogação fundamentada em factos surgidos posteriormente que autorizassem a Administração a não conceder a autorização, quando sem a revogação o interesse público seja posto em perigo (inciso 3); a revogação baseada na alteração de um preceito jurídico que permitisse à Administração não conceder a autorização, desde que o operador ainda não tenha feito qualquer uso da autorização e quando sem a revogação o interesse público seja posto em perigo (inciso 4); e, por último, a revogação destinada a eliminar ou prevenir danos ou desvantagens graves para o interesse público ou bem comum (inciso 5).

Em Portugal, apesar da ausência de uma previsão similar, a necessidade de indemnização não pode deixar de resultar de uma leitura do regime PCIP no contexto da ordem jurídica considerada no seu todo, convocando designadamente o art. 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que prevê a *indemnização pelo sacrifício*, dispondo que “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por *razões de interesse público*, imponham *encargos* ou causem *danos especiais e anormais* (...)” (itálicos nossos).

E é isso que a doutrina tem posto em evidência, assinalando casos que obrigam à indemnização do operador autorizado, que se viu privado do exercício da sua actividade económica, até então suportada num acto de autoridade legitimamente outorgado, indemnização por um facto lícito, qual seja a revogação (substitutiva ou modificativa) do acto antes de verificado o seu termo final. Vasco Pereira da Silva, ao abrigo do regime anterior, defendia que a antecipação do termo da licença ambiental motivada por alterações das circunstâncias de facto ou de direito em que aquela tivesse sido concedida obrigava à indemnização por actos lícitos dos titulares da licença revogada, só assim se conciliando o valor da prossecução do interesse público ambiental com a protecção dos direitos dos particulares,

²³⁹⁶ Defendendo tal solução, cfr. FILIPA URBANO CALVÃO, “Licenciamento Ambiental”, cit., p. 373.

²³⁹⁷ Cfr. “Actos autorizativos...”, cit., p. 42.

indo mesmo ao ponto de afirmar que caso tal não acontecesse se verificaria uma situação de manifesta inconstitucionalidade²³⁹⁸. Carla Amado Gomes ressalva também que nos casos de *revisão intensa e muito antecipada da licença* se deve equacionar a indemnização por facto lícito, por se tratar de uma verdadeira revogação da licença (e, ainda, a concessão de uma indemnização de imprevisão para ajudar a suportar os custos de transição do operador)²³⁹⁹. Pedro Delgado Alves, por último, distingue as diferentes situações que legitimam a imposição da renovação da licença ambiental (n.º 3 do art. 20.º) no que toca à possibilidade de atribuição ou não de uma indemnização, considerando que se nas alíneas *b)* e *d)* o carácter superveniente das ocorrências indicia estarmos ainda na zona de risco que corre por conta do operador, já na al. *a)* justifica-se a atribuição de uma indemnização, uma vez que a necessidade de revisão dos valores limite de emissão estabelecidos na licença resulta da poluição causada pela instalação, havendo responsabilidade da Administração que terá feito uma inadequada análise da situação²⁴⁰⁰.

²³⁹⁸ Cfr. *Verde Cor de Direito*, cit., p. 205. O Autor considerava que, por se tratar de um acto sujeito a termo, durante esse período o particular devia saber aquilo com que podia contar.

²³⁹⁹ Cfr. "Direito Administrativo do Ambiente", cit., p. 224; e "O procedimento de licenciamento ambiental revisitado", cit., p. 1074.

²⁴⁰⁰ Cfr. PEDRO DELGADO ALVES, "O Novo Regime Jurídico...", cit., p. 220, nota 26.

SÍNTESE CONCLUSIVA

A pedra angular das investigações conduzidas ao longo da dissertação e a “tese” fundamental que defendemos foi a de que o acto autorizativo ambiental — que se renovou e reformulou para se continuar a assumir como acto central do direito administrativo ambiental, isto é, como forma jurídica mais relevante de a Administração cumprir a sua tarefa de prossecução do interesse público de tutela ambiental — exige uma nova ponderação e harmonização das finalidades contrapostas de estabilidade e flexibilidade inerentes ao acto administrativo. Apesar da sua precarização como acto de autoridade, em especial pela sua mutabilidade em função das flutuações do interesse público que deve sempre servir de uma forma actual e até prospectiva, a autorização ambiental resistiu como instrumento básico da ordenação pública ambiental.

O ponto cardeal das investigações conduzidas em torno da reinvenção da autorização ambiental é constituído pela retracção do seu efeito de protecção do beneficiário da autorização — e, desta forma, da segurança jurídica do operador, da protecção da confiança do sujeito autorizado, da qualidade de “escudo de protecção” tradicionalmente ligada a este acto e da sua força de caso decidido — em benefício do alargamento e reforço das notas de flexibilidade, adaptabilidade e mudança. Tudo em nome da prevenção e precaução de danos ambientais, do fortalecimento das possibilidades de a Administração adequar o acto a circunstâncias de facto modificadas, ao progresso científico e tecnológico e a novas exigências legais e/ou administrativas de tutela ambiental — em suma, ao serviço da *realização dinâmica do Estado de Direito Ambiental*.

Neste contexto, procurámos pôr em evidência, em especial no último capítulo, uma série de pontos decisivos: as possibilidades abertas por uma conformação das obrigações dos operadores de instalações susceptíveis de produzir impactes ambientais como obrigações duradouras e dinâmicas; a mais frequente e vasta aposição de cláusulas acessórias ao acto autorizativo ambiental, bem como a consagração de reservas de modos legais que permitem à Administração a prática de decisões posteriores modificativas do conteúdo do acto; novos expedientes procedimentais que traduzem maior simplificação e aceleração mas também o reforço das responsabilidades do proponente (depois tornado operador) e o enfraquecimento do efeito de estabilização da autorização, pois quanto mais suaves forem os controlos e mais curtos os procedimentos menor será a protecção das situações jurídicas adquiridas pelo titular do acto no qual aqueles confluem; o alargamento e a diversificação das possibilidades de revogação destes actos administrativos, em termos de revogação pura e simples, de modificação ou de substituição do conteúdo da autorização ou da declaração

da sua caducidade, sempre com base no reconhecimento das especificidades da autorização ambiental; através da consagração da chamada cláusula técnica nestas autorizações (obrigação de utilizar as MTDs), elemento que introduz uma nota de fortíssimo dinamismo e adaptabilidade no acto autorizativo ambiental. Todas estas novidades conduzem a que o restritivo regime tradicional dos actos constitutivos de direitos não possa servir à maioria dos actos autorizativos ambientais, pelo menos em relação a todos aqueles que tenham associados perigos e riscos para os componentes ambientais vitais ou para o ambiente no seu todo cuja dimensão justifica, em nome do princípio da proporcionalidade, que não se imponha um tal encargo aos vizinhos, a toda a comunidade e ao interesse público em geral.

Estas modificações no regime dos actos que constituíram o núcleo do nosso estudo demonstram que não são mais os poderes públicos e o interesse público por eles tutelado, nem as posições jurídicas dos indivíduos qualificadamente afectados pelos efeitos de tais decisões que suportam em exclusivo os riscos da poluição e de outros efeitos ambientais inesperados, do desenvolvimento de novos conhecimentos, da modificação das normas aplicáveis e, no limite, da própria filosofia de protecção das entidades públicas. Pelo contrário, deve haver uma repartição em graus e medidas diferenciados desses riscos, onerando sobretudo os que beneficiam directamente do exercício das actividades e da exploração das instalações prejudiciais para o ambiente. Nos tempos actuais é evidente a retracção do poder e da autoridade numa série de domínios deixados ao empreendedorismo e à salvaguarda das forças sociais e económicas, num ambiente de governança e de actuação em rede dos poderes políticos, jurídicos, económicos e sociais. Todavia, esta realidade, associada à emergência e reforço do *soft law*, de um direito flexível, aberto, participado, cooperativo e de uma Administração que não impõe mas informa, publicita, aconselha, sugere, alerta, negocia e transige não serve em todos os domínios nem quanto a todos os valores em jogo. Em nossa opinião, não é menos clara a necessidade de manter o poder, a autoridade, a orientação, a fiscalização e a estabilidade de um direito mais forte para a defesa dos valores fundamentais, como os conexionsados com a tutela ambiental individual e colectiva, presente e futura. Esse lastro de autoridade continua a justificar-se nalguns sectores, como o conexionado com os interesses decisivos para a manutenção da vida em condições dignas e sãs, numa lógica de equidade intra e inter-geracional. Aqui, o direito administrativo de ordenação e os seus principais instrumentos, no nosso caso com protagonismo para o acto administrativo autorizativo, mantêm o seu sentido, ainda que numa nova lógica, num novo ambiente e com dimensões muito mais flexíveis e adaptáveis.

No contexto de uma tendência geral de gradação das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da sua inserção em categorias menos densas e intensas e mais degradadas e do enfraquecimento das posições jurídicas conexionsadas com a exploração de instalações industriais, em particular das poluentes, os limites da protecção das situações jurídicas adquiridas com a autorização ambiental constrangeram-se: ela não é um acto inteiramente "novo" mas um acto renovado, reinventado, sendo porventura o aspecto mais relevante dessa renovação a retracção da sua protecção, pois só ela permite confirmar a operacionalidade destas decisões administrativas na tarefa vital de protecção do ambiente, tal como ela aparece configurada no início do século XXI. Todavia, se parece evidente que as autorizações ambientais não podem hoje ser concebidas como um escudo de protecção universal do seu

titular contra alterações posteriores ou sequer em termos da sua manutenção imodificada após a prática do acto, também não deixa de ser verdade que a sua *Bestandschutz* não pode ser totalmente apagada. O princípio da proporcionalidade impõe que o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica privada, bem como a protecção do investimento dos empresários, o desenvolvimento e a atractividade económicos de um país ou região, a criação de postos de trabalho e muitos outros direitos e interesses ligados às actividades e instalações sujeitas a autorização ambiental não sejam negligenciados. É também a impossibilidade e indesejabilidade de afastar ou pôr de lado estes direitos e interesses que nos leva a falar numa reinvenção do acto em questão e não na onírica “descoberta” de um novo acto: parte da doutrina clássica da autorização administrativa faz ainda sentido e ajuda a permitir uma integral compreensão deste acto. Por essa razão o nosso roteiro começou tão cedo e veio tão detrás, para integrar o acto autorizativo (na Parte I da dissertação) no direito administrativo de ordenação que se afirmou nos primórdios do século passado e para compreender como ele se assumiu como acto-chave na configuração da primeira geração do direito ambiental. Pensamos também que o enquadramento do acto autorizativo ambiental na evolução do direito administrativo dos últimos três decénios e na concepção de uma geração renovada do direito ambiental, em particular ao nível dos seus instrumentos ou das formas jurídicas da actividade administrativa destinadas a moldá-lo, permitiu compreender melhor a necessidade e os contornos da reinvenção que tratámos no último Capítulo.

Esta compreensão das coisas sai reforçada se o acto autorizativo ambiental, em particular de grandes e complexas instalações industriais, for perspectivado no seio de uma relação jurídica multipolar ou poligonal, na qual se entrecruzam os interesses do requerente/operador, da Administração (responsável pela prossecução do interesse público) e de terceiros, em especial dos vizinhos. Só que, à complexidade desta relação já há algum tempo decantada e estudada pela doutrina, em particular germânica, deve juntar-se uma nota temporal e dinâmica: os interesses do operador são de hoje e de amanhã, nomeadamente no sentido de recuperar e fazer valer o seu investimento; o interesse público tutelado pela lei e concretizado pela Administração deve referir-se também ao futuro, em especial na perspectiva de assegurar as possibilidades de vida na terra em condições dignas e sãs e de manter e garantir as capacidades dos componentes ambientais naturais e do ambiente no seu todo *tanto no presente como no futuro*; a noção de terceiros deve alargar-se substantiva, geográfica e temporalmente, pois para além dos vizinhos em sentido estrito das instalações em casa, devem aí ser incluídas todas as pessoas com proximidade ao local no plano da existência físico-espiritual e, potencialmente, pessoas muito mais afastadas e só afectadas de forma reflexa (numa perspectiva de solidariedade intra-geracional) e seres humanos ainda não nascidos, numa lógica de equidade inter-geracional.

É assim visível que a função que se pede ao acto autorizativo é hercúlea, sendo inúmeros e muito complexos os desafios e os problemas jurídicos que em seu torno se jogam. Mas ele tem mostrado resistir a alterações profundas tanto do direito administrativo geral como do direito do ambiente em particular, sendo nossa convicção que o seu protagonismo neste último continuará a ser indisputado, mesmo numa altura em que em áreas e quadrantes diversos se pretende avançar para políticas de “licenciamento-zero”, num contexto de devolução à comunidade regulada de muitos dos poderes e prerrogativas de que a

Administração, por força da lei, beneficiava. No seio da nova lógica de auto-regulação, de substituição de controlos autorizativos por comportamentos declarativos ou de outro tipo dos regulados, de assunção de funções públicas por privados, de celeridade e simplificação procedimental, de diminuição dos controlos e dos obstáculos jurídico-públicos ao desenvolvimento de actividades dos particulares, por se tratar da actuação dos próprios particulares. Se esta lógica vale inequivocamente em muitos domínios do direito administrativo especial, julgamos ter demonstrado que ela não pode ser imposta em termos absolutos no âmbito da tutela ambiental.

Para impedir a assunção da atitude passiva do Miguel Torga pessimista que se nos apresenta no Diário XVI, isto é, para evitar que sornamente nos limitemos a vegetar intoxicados, numa esperança infundada de que o dilúvio não aconteça nas nossas vidas, para impedir que os nossos filhos e os filhos dos nossos filhos não vivam apenas numa fé irracional de haver lugar para mais um na Arca da Salvação, temos de permitir que a Administração possa continuar a controlar os comportamentos humanos susceptíveis de produzir impactes ambientais negativos. Nomeadamente através da sua fiscalização prévia, por intermédio de uma autorização mais flexível, mais aberta à revisibilidade e à actualização, que não constitua um escudo de protecção contra modificações posteriores da realidade de facto, técnico-científica, jurídica, ou mesmo da filosofia pública de protecção — mas que não perdeu por completo a sua dimensão de decisão autoritária, de acto de poder e de ordenação, pelo qual nos é garantida a tutela do ambiente em condições dignas e sãs.

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS UTILIZADAS NAS INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS:

<i>AJDA</i>	<i>L' Actualité Juridique – Droit Administratif</i>
<i>ALR</i>	<i>Administrative Law Review</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
<i>AöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
<i>Ariz. St. L. J.</i>	<i>Arizona State Law Journal</i>
<i>B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.</i>	<i>Boston College Environmental Affairs Law Review</i>
<i>BauR</i>	<i>Baurecht</i>
<i>Bell J. Econ. Manag. Sci.</i>	<i>The Bell Journal of Economics and Management Science</i>
<i>BFDUC</i>	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Cal. W. L. Rev.</i>	<i>California Western Law Review</i>
<i>Cap. U. L. Rev.</i>	<i>Capital University Law Review</i>
<i>Cath. U. L. Rev.</i>	<i>Catholic University Law Review</i>
<i>CCL</i>	<i>Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação</i>
<i>CJA</i>	<i>Cadernos de Justiça Administrativa</i>
<i>Colum. J. Env'tl. L.</i>	<i>Columbia Journal of Environmental Law</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>D&J</i>	<i>Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa</i>
<i>D&S</i>	<i>Diritto e Società</i>
<i>DAmm.</i>	<i>Diritto amministrativo – Rivista Trimestrale</i>
<i>DJAP</i>	<i>Dicionário Jurídico da Administração Pública</i>
<i>DocA</i>	<i>Documentación Administrativa</i>
<i>DÖV</i>	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
<i>DV</i>	<i>Die Verwaltung – Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften</i>
<i>DVBL</i>	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
<i>EELR</i>	<i>European Energy and Environmental Law Review (sucessora da European Environmental Law Review)</i>
<i>ELM</i>	<i>Environmental Law & Management</i>
<i>ELQ</i>	<i>Ecology Law Quarterly</i>

<i>Emory L.J.</i>	<i>Emory Law Journal</i>
<i>Envtl. L.</i>	<i>Environmental Law</i>
<i>Fla. L. Rev.</i>	<i>Florida Law Review</i>
<i>Golden Gate U. L. Rev.</i>	<i>Golden Gate University Law Review</i>
<i>Harv. J.L. & Pub. Pol'y</i>	<i>Harvard Journal of Law & Public Policy</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>HELR</i>	<i>The Harvard Environmental Law Review</i>
<i>Ind. L. J.</i>	<i>Indiana Law Journal</i>
<i>Iowa L. Rev.</i>	<i>Iowa Law Review</i>
<i>J. Energ. Nat. Resour. Law</i>	<i>Journal of Energy and Natural Resources Law</i>
<i>J. Environ. Law Pract.</i>	<i>Journal of Environmental Law and Practice</i>
<i>J. Env'tl. L. & Litig.</i>	<i>Journal of Environmental Law and Litigation</i>
<i>J. Land Res. & Env'tl. L.</i>	<i>Journal of Land, Resources & Environmental Law</i>
<i>J. Land Use & Env'tl. L.</i>	<i>Journal of Land Use and Environmental Law</i>
<i>J.L. & Com.</i>	<i>Journal of Law and Commerce</i>
<i>J.L. & Econ.</i>	<i>The Journal of Law and Economics</i>
<i>JEL</i>	<i>Journal of Environmental Law</i>
<i>J.L. & Pol.</i>	<i>The Journal of Law and Politics</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Ausbildung</i>
<i>JZ</i>	<i>JuristenZeitung</i>
<i>Law & Pol'y</i>	<i>Law & Policy</i>
<i>Law & Soc'y Rev.</i>	<i>Law & Society Review</i>
<i>Kan. J.L. & Pub. Pol'y</i>	<i>Kansas Journal of Law & Public Policy</i>
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>MinLR</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
<i>MLR</i>	<i>The Modern Law Review</i>
<i>Nat. Resources J.</i>	<i>Natural Resources Journal</i>
<i>Nat. Resources & Env.</i>	<i>Natural Resources & Environment</i>
<i>N.Y.U. Env'tl. L.J.</i>	<i>New York University Environmental Law Journal</i>
<i>N+R</i>	<i>Natur und Recht – Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und der Umwelt</i>
<i>NVwZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>Pace Env'tl. L. Rev.</i>	<i>Pace Environmental Law Review</i>
<i>Pac. Rim L. & Pol'y J.</i>	<i>Pacific Rim Law & Policy Journal</i>
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RDAOT</i>	<i>Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território (Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente)</i>
<i>RDE</i>	<i>Revista de Direito e Economia</i>
<i>RDES</i>	<i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i>
<i>RDP (Br.)</i>	<i>Revista de Direito Público (brasileira)</i>

<i>RDP (Pt.)</i>	<i>Revista de Direito Público (portuguesa)</i>
<i>R.D.P.</i>	<i>Revue du droit publique et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RDUMA</i>	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
<i>REAL</i>	<i>Revista de Estudios de la Administración Local (continuação da Revista de estudios de la administración local y autonómica)</i>
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo (CIVITAS)</i>
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Políticos</i>
<i>RevCEDOUA</i>	<i>Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGa</i>	<i>Rivista Giuridica dell'Ambiente</i>
<i>Riv. amm.</i>	<i>Rivista amministrativa della Repubblica italiana</i>
<i>Riv. it. scienze giur.</i>	<i>Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue Juridique de l'Environnement</i>
<i>RJUA</i>	<i>Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente</i>
<i>RLJ</i>	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>
<i>RMP</i>	<i>Revista do Ministério Público</i>
<i>RTDC</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDP</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>
<i>SI</i>	<i>Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro</i>
<i>SLRev</i>	<i>The Sydney Law Review</i>
<i>St. Louis U. Pub. L. Rev.</i>	<i>Saint Louis University Public Law Review</i>
<i>Stan. Envtl. L.J.</i>	<i>Stanford Environmental Law Journal</i>
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>U. Ill. L. Rev.</i>	<i>University of Illinois Law Review</i>
<i>U. Kan. L. Rev.</i>	<i>University of Kansas Law Review</i>
<i>UCLA JELP</i>	<i>UCLA Journal of Environmental Law and Policy</i>
<i>UCLA L. Rev.</i>	<i>UCLA Law Review</i>
<i>ULR</i>	<i>Utilities Law Review</i>
<i>UPR</i>	<i>Umwelt- und Planungsrecht</i>
<i>Va. Envtl. L.J.</i>	<i>Virginia Environmental Law Journal</i>
<i>VerwArch</i>	<i>Verwaltungsarchiv</i>
<i>Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.</i>	<i>William and Mary Environmental Law and Policy Review</i>
<i>Wis. L. Rev.</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>
<i>WLLR</i>	<i>Washington and Lee Law Review</i>
<i>Wis. Environ. Law J.</i>	<i>Wisconsin Environmental Law Journal</i>
<i>ZöR</i>	<i>Zeitschrift für öffentliches Recht – Austrian Journal of Public and International Law</i>

- ABRAMOWICZ, Michael – “Toward a Jurisprudence of Cost-Benefit Analysis”, *Mich. L. Rev.*, vol. 100, n.º 6, May, 2002, pp. 1708-1741.
- ABREU, Jorge Coutinho de – “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, vol. III, *BFDUC*, Coimbra, 1991, pp. 411-425.
- ACKERMAN, Bruce A.; STEWART, Richard B. – “Reforming Environmental Law”, *Stan. L. Rev.*, vol. 37, 1985, pp. 1333-1365.
- ADAMS, Roger – “ISO 14001: A Key Ingredient of Competitive Edge”, *ELM*, vol. 11, n.º 3, May-June, 1999, pp. 103-104.
- ALBRECHT, Sofia Mentz – “Auto-Regulação: Exemplos Internacionais”, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.), *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*, 2.ª ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 619-636.
- ALEIXO, Nuno; SARAIVA, Rute – “Modelação do negócio ao desenvolvimento sustentado – Instalações emissoras com gases de efeito de estufa”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 363-377.
- ALEXY, Robert – *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996.
- ALMEIDA, Crucho de – “O Regime dos Caudais nas Convenções Luso-Espanholas Relativas aos Rios Compartilhados”, *RevCEDOUA*, n.º 15/16, Ano VIII, 1/2.05, 2005, pp. 149-194.
- ALMEIDA, Mário Aroso de – “O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente”, *RJUA*, n.º 18/19, Dezembro 2002/Junho 2003, 2004, págs. 113-132.
- ALMEIDA, Mário Aroso de – “Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental”, in: ROCHA, Mário de Melo (coord.), *Estudos de Direito do Ambiente – Actas*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 77-96.
- ALONSO GARCÍA, Consuelo; MORENO MOLINA, José Antonio – “Técnicas jurídicas de protección ambiental”, in: ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 3.ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 119-138.
- Álvarez GARCÍA, Vicente – “La protección del medio ambiente mediante las técnicas de la normalización industrial y de la certificación”, *REDA*, n.º 105, Enero-Marzo 2000, pp. 59-77.
- Álvarez GARCÍA, Vicente – “Normalización industrial y medio ambiente”, in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 3711-3788.
- ALVES, Pedro Delgado – “O Novo Regime Jurídico do Licenciamento Ambiental”, in: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? – Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2009, pp. 193-233.
- AMAN JR., Alfred C.; MAYTON, William T. – *Administrative Law*, 2nd ed., Hornbook Series, West Group, Minnesota, 2001.
- AMAR, Akhil Reed – “The Constitutional Virtues and Vices of the New Deal”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 22, n.º 1, Fall 1998, pp. 219-226.
- AMARAL, Augusto Ferreira do – “Plano Nacional da Política de Ambiente”, *RDAOT*, Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente, n.º 2, Março 1996, pp. 131-132.
- AMARAL, Diogo Freitas do – “Apresentação”, in: *Direito do Ambiente*, INA, Lisboa, 1994, pp. 13-17.
- AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004.
- AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- AMATO, Giuliano – “L’autorizzazione agli impianti industriali – una cronaca”, *RTDP*, Anno XXIII, 1973, pp. 319-335.
- AMORIM, Simone Mendes – *Apontamentos acerca da polícia administrativa ambiental e da organização político-administrativa do meio ambiente no Brasil*, Relatório de Mestrado, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “A ‘revisão’ dos actos administrativos no direito português”, *CCL*, n.º 9/10, Janeiro-Junho 1994, pp. 185-202.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in: GONÇALVES, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 7-39.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “Interesse Público”, in: *DJAP*, vol. V, Lisboa, 1993, pp. 275-282.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “Revogação do acto administrativo”, *D&J*, vol. VI, 1992, pp. 53-63.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “O Ordenamento Jurídico Administrativo Português”, in: ASSOCIAÇÃO JURÍDICA DE BRAGA (org.), *Contencioso administrativo: breve curso*, Livraria Cruz, Braga, 1986.
- ANDRADE, José Robin de – *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

- ANTUNES, José Engrácia – “Prefácio”, in: TEUBNER, Gunther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço – “O Direito do Ambiente como Direito da Complexidade”, *RJUA*, n.º 10, Dezembro 1998, pp. 39-58.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço – *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental – Para uma Tutela Preventiva do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 1998.
- ANTUNES, Tiago – “Agilizar ou mercantilizar? O recurso a instrumentos de mercado pela Administração Pública – Implicações e Consequências”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 1059-1070.
- ANTUNES, Tiago – *O Comércio de Emissões Poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2006.
- AOKI, Kazumasu – “Comparing Japanese and American Industrial Effluent Control: A Case Study of the Consequences of Contrasting Regulatory Styles”, *Law & Pol’y*, vol. 22, n.º 3-4, October 2000, pp. 319-351.
- APA <http://www.apambiente.pt/INSTRUMENTOS/CONVENCOESACORDOSMULTILATERAIS/Paginas/default.aspx>.
- APPLEGATE, John S. – “Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking”, *Ind. L. J.*, vol. 73, n.º 3, Summer 1998, pp. 903-957.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, in: *Colóquio ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 105-166.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – “Princípio da precaução: manual de instruções”, *RevCEDOUA*, n.º 22, Ano XI, 2.08, 2008, pp. 9-57.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – *O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Almedina, Coimbra, 2006.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa – *O Princípio do Poluidor Pagador – Pedra angular na política comunitária do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa; DIAS, José Eduardo Figueiredo; BARRADAS, Maria Ana – “O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos”, *RevCEDOUA*, n.º 5, Ano III, 1.00, 2000, pp. 71-91.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa; DIAS, José Eduardo Figueiredo; BARRADAS, Maria Ana – “Presente e Futuro da AIA em Portugal: ‘notas sobre uma reforma anunciada’”, *RevCEDOUA*, ano I, n.º 2.98, 1998, pp. 89-110.
- ARZO SANTISTEBAN, Xabier – “La revocación de los actos administrativos comunitarios en la jurisprudencia comunitaria”, in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1625-1663.
- AUBY, J.-M. – “L’Abrogation des Actes Administratifs”, *AJDA*, 20, Mars 1967, pp. 131-139.
- AUBY, Jean-Bernard; DE LA ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil – “À propos de la notion de droit administratif européen”, *RFAP*, n.º 123, 2007, pp. 373-389.
- AUBY, Jean-Bernard; DE LA ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil (eds.) – *Droit administratif européen*, Bruylant, Brussels, 2007.
- BACKES, Chris – “Introduction”, in: BACKES, Chris; BETLEM, Gerrit (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-7.
- BAILEY, Patricia M. – “The Changing Role of Environmental Agencies”, *EELR*, vol. 6, n.º 5, May 1997, pp. 148-155.
- BARAQUIN, Noella; LAFFITTE, Jacqueline – *Dicionário de Filósofos*, Edições 70, Lisboa, 2000.
- BARNES, Javier – “Presentación de la traducción”, in: SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema – Objecto e fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. xvii-xxvii.
- BARNES, Javier – “Presentación”, in: BARNES, Javier (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Seville, 2006, pp. 13-14.
- BARNES, Javier – “Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y Perspectivas”, in: BARNES, Javier (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Seville, 2006, pp. 263-341.
- BARNES, Pamela M.; BARNES, Ian G. – *Environmental Policy in the European Union*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 1999.
- BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed – “Direito Ambiental e Desenvolvimento”, in: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.), *Direito Ambiental e Desenvolvimento*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2006, pp. 13-45.
- BARREIRA, Ana – “1998 Luso-Spanish Convention on Iberian Basins: A Framework for Cooperation”, *RevCEDOUA*, n.º 15/16, Ano VIII, 1/2.05, 2005, pp. 161-184.
- BASTOS, Celso Ribeiro – *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BECK, Ulrich – “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”, in: ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; VAN LOON, Joost (eds.), *The Risk Society and Beyond – critical issues for social theory*, Sage Publications, London, 2000, pp. 211-229.

- BECKER, Joachim – "Der transnational Verwaltungsakt. Übergreifendes europäisches Rechtsinstitut oder Anstozur Entwicklung mitgliedstaatlicher Verwaltungsko-operationsgesetze?", *DVBL*, 116. Jahrgang, Heft 11, 2001, pp. 855-866.
- BECKER, Stephan – *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichen Recht – Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin Verlag, Berlin, 1997.
- BECKER, Ulrich – "Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungs-konzentration", *Verwaltungs-Archiv*, 87. Band, Heft 4, Oktober 1996, pp. 581-617.
- BELL, Bernard W. – "Using Statutory Interpretation to Improve the Legislative Process: Can It Be Done in the Post-Chevron Era?", *J.L. & Pol.*, vol. XIII, n.º 1, 1997, pp. 105-161.
- BENJAMIM, Antonio Herman – "A implementação do direito ambiental no Brasil", *Lusíada. Direito*, Universidade Lusíada, n.º 1 e 2, 2003, pp. 279-311.
- BENJAMIM, Antonio Herman – "Função Ambiental", in: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.), *Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2, Biblioteca de Direito Ambiental, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 9-82.
- BERMEJO VERA, José – "La Administración inspectora", in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1253-1270.
- BEROUJON, François – "Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes?", *RFDA*, 24^e Année, n.º 3, Mai-Juin 2008, pp. 449-455.
- BETANCOURT, Andrés – "Los problemas de calificación jurídica de la autorización de vertido regulada en la ley de costas. Esbozos para la reconstrucción dogmática de la institución del demanio natural como técnica de protección ambiental", *RDUMA*, Año n.º 31, n.º 158, 1997, pp. 129-178.
- BHAGWAT, Ashutosh – "Modes of Regulatory Enforcement and the Problem of Administrative Discretion", *Hastings Law Journal*, vol. 50, n.º 5, July 1999, pp. 1275-1332.
- BILLAUDOT, Françoise – "La planification des ressources en eau", *RFDA*, novembre- décembre 1993, pp. 1152-1165.
- BIRNFELD, Carlos André Sousa – "Do Ambientalismo à Emergência das Normas de Protecção Ambiental no Brasil – Algumas Ilações Necessária", in: VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. (orgs.), *O Novo em Direito Ambiental*, Livraria Del Rey Editora Ld., Belo Horizonte, 1998, pp. 71-97.
- BLACK, Henry Campbell – *Black's Law Dictionary – Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th ed., West Publishing Co., St. Paul, 1990.
- BLANKE, Hermann-Josef – *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Jus Publicum, Band 57, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.
- BLECKMANN, A. – "Zur Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte im Europäischen Gemeinschaftsrecht", *JZ*, 1985, pp. 1072-1077.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl; GARCÍA LUENGO, Javier – "Los actos administrativos transnacionales", *RAP*, n.º 177, Septiembre/Diciembre 2008, pp. 9-29.
- BOGOJEVIC, Sanja – "Ending the Honeymoon: Deconstructing Emissions Trading Discourses", *JEL*, vol. 21, n.º 3, 2009, pp. 443-468.
- BOHNE, Eberhard; DIETZE, Doris – "Pollution Prevention and Control in Europe Revisited", *EELR*, vol. 13, n.º 7, July 2004, pp. 198-217.
- BOIVIN, Jean-Pierre – *Les installations classées: traité pratique de droit de l'environnement industriel*, 2^e ed., Le Moniteur, Paris, 2003.
- BRÄNNLUND, Runar; KRISTRÖM, Bengt – "Energy and Environmental Taxation in Sweden: Some Experience from the Swedish Green Tax Commission", in: STERNER, Thomas (ed.), *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 1999, pp. 233-256
- BREUER, Rüdiger – "Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung", *DÖV*, 40. Jahrgang, Heft 5, 1987, pp. 169-183.
- BREUER, Rüdiger – "Probleme der Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Strafverfolgung auf dem Gebiet des Umweltschutzes", *AöR*, Band 115, Heft 3, September 1990, pp. 448-488.
- BREUER, Rüdiger – "Umweltschutzrecht", in: SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; SCHOCH, Friedrich (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 14. Aufl., 2008, pp. 591-774.
- BREUER, Rüdiger – "Umweltschutzrecht", in: VON MÜNCH, Ingo; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 9. Aufl., 1992, pp. 391-515.
- BREUER, Rüdiger – "Umweltschutzrecht", in: VON MÜNCH, Ingo; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 12. Aufl., 2003, pp. 505-678.
- BREUER, Rüdiger – "Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz – Vom Ersten zum Zweiten Umweltschutzgesetz", *JZ*, 49. Jahrgang, 18. Heft 22, November 1994, pp. 1077-1091.
- BRITO, Miguel Nogueira de – "Direito de Polícia", in: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 281-456.

- BRONNENMEYER, Helmut – *Der Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- BROOME, Shannon S.; KNAUSS, Charles H. – “Preparing the Title V Permit Application”, in: MARTINEAU JR., ROBERT J.; NOVELLO, David P. (eds.), *The Clean Air Act Handbook*. SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1998, pp. 475-486.
- BUCHMANN, Claudia – “Das Koordinierungsgebot nach dem Scheitern des UGB”, *NuR*, 31. Jahrgang, Heft 6, Juni 2009, pp. 380-384.
- BUCK, Susan J. – *Understanding Environmental Administration and Law*, 2nd ed., Island Press, Washington, D. C., 1996.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael – “La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania”, *RAP*, n.º 147, Septiembre-Diciembre 1998, pp. 423-458.
- CABALLERO, Francis – “Plaidons par Procureur! De l’archaïsme procédural a l’action de groupe”, *RTDC*, Ano 84, n.º 2, 1985, pp. 247-276.
- CABALLERO, Thomas E. – “Project XL: Making it Legal, Making it Work”, *Stan. Envtl. L.J.*, vol. 17, n.º 2, May 1998, pp. 399-471.
- CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., 7.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 1990.
- CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10.^a ed., 3.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.
- CAETANO, Marcello – *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Brasil, 1977, 2.^a reimpressão portuguesa, Almedina, Coimbra, 2003.
- CALDWELL, Lynton K. – “Beyond NEPA: Future Significance of the National Environmental Policy Act”, *HELR*, vol. 22, n.º 1, 1998, pp. 203-239.
- CALMES, Sylvia – *Du principe de protection de la confiance legitime en droit allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2001.
- CALVÃO, Filipa Urbano – “Licenciamento Industrial”, in: CEBOLA, Cátia; MENDES, Jorge; FERRÃO, Marisa; ALMEIDA, Susana (coord.), *Direito do Urbanismo e do Ambiente – Estudos Compilados*, Quid Juris, Lisboa, 2010, pp. 379-401.
- CALVÃO, Filipa Urbano – “Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo”, *CJA*, n.º 54, Novembro/Dezembro 2005, pp. 33-43.
- CALVÃO, Filipa Urbano – *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo – Da sua aposição aos actos administrativos e contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008 (inédito).
- CAMERON, Fraser K. – “The Greenhouse Effect: Proposed Reforms for the Australian Environmental Regulatory Regime”, *Colum. J. Envtl. L.*, vol. 25, n.º 2, 2000, pp. 347-368.
- CAMPBELL-MOHN, Célia; BREEN, Barry; FUTRELL, J. William – *Environmental Law from Resources to Recovery*, Environmental Law Institute, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul., Minnesota, 1993.
- CAMPOS, Diogo Leite; TOMÉ, Maria João – *A propriedade fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CANAS, Vitalino – “Proporcionalidade (Princípio da)”, *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 591-649.
- CANAVAN, Matthew J. (publ.) – *Summary of Pennsylvania Jurisprudence – Environmental Law*, vol. 24, Lawyers Cooperative Publishing, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “A governance do terceiro capitalismo e a constituição social”, in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.), *Entre Discursos e Culturas Jurídicas – BFDUC*, col. *Studia Iuridica*, n.º 89, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 145-154.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Actos Autorizativos Jurídico-Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais”, *BFDUC*, vol. LXIX, 1993, pp. 1-69.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Estado Constitucional e Democracia Sustentada”, *RevCEDOUA*, n.º 8, Ano IV, 2.01, 2001, pp. 9-16.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito”, *RJUA*, n.º 4, Dezembro, 1995, pp. 69-79.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, col. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 705-722.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Prefácio”, in: SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Colec. Itinerários, Ed. Tenacitas, Coimbra, 2008, pp. 9-20.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente”, *RLJ*, ano 123º, 1990/91, n.º 3794, pp. 134-137; n.º 3795, pp. 168-171; n.º 3798, pp. 261-270; n.º 3.799, pp. 289-293; n.º 3.800, pp. 325-326; ano 124º, 1991/92, n.º 3.802, pp. 7-10.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo”, *RJUA*, n.º 1, Junho 1994, pp. 55-66.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”, *BFDUC*, vol. LXVI, 1990, pp. 151-201.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina Coimbra, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Público do Ambiente*, CEDOUA, policop., 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- CANS, Chantal; BILLET, Philippe; DEJEAN, Edith – *Code de l'Environnement 2007 – Commenté*, 10^e ed., Dalloz, Paris, 2007.
- CARAVITA, Beniamino – “Stato, regioni ed enti locali nelle politiche di gestione dell’ambiente: i problemi del raccordo di competenze”, *RGA*, anno IX, n.º 3-4, 1994, pp. 359-380.
- CARNEVALE, Venchi – *Trattato di Diritto Amministrativo* (Diretto dal Prof. Giuseppe Santaniello), vol. XXIX, tomo 1, CEDAM, Padova, 1999.
- CARSON, Rachel – *Silent Spring*, Penguin Books, London, 1999.
- CARVALHO, Carlos Luís Medeiros de – “Breves notas a propósito do novo regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 1, Maio 2009, pp. 9-15 (http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_1.pdf).
- CARVALHO, Michelle Aurelio de – “Avaliação de Impacto Ambiental e Licenciamento Ambiental: Instrumentos da Tutela Preventiva do Meio Ambiente”, in: FONTENELLE, Miriam (coord.), *Temas de Direito Ambiental*, Editora Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006, pp. 39-72.
- CARVALHO, Raquel – “O novo regime da licença ambiental”, *Revista O Direito*, Ano 141.º, n.º 3, 2009, pp. 611-623.
- CASADO CASADO, Lucía – “El derecho de acceso a la información ambiental através de la jurisprudencia”, *RAP*, n.º 178, enero-abril 2009, pp. 281-322.
- CASADO CASADO, Lucía; FUENTES GASÓ, Josep; JARIA MANZANO, Jordi; PALLARÈS SERRANO, Anna – *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier – Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.
- CASANOVA, Nuno Salazar; MONTEIRO, Cláudio – “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, n.º 16, 2007, pp. 56-73.
- CASE, David W. – “The EPA’s Environmental Stewardship Initiative: Attempting to Revitalize a Floundering Regulatory Reform Agenda”, *Emory L.J.*, vol. 50, n.º 1, Winter 2001, pp. 1-100.
- CASETTA, Elio – *Manuale di Diritto Amministrativo*, 5.ª ed. riveduta ed. aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- CASSESE, Sabino – “Il diritto amministrativo globale. Una introduzione”, *RTDP*, n.º 2, 2005, pp. 331-357.
- CASSESE, Sabino – “L’Età delle Riforme Amministrative”, *RTDP*, n.º 1, 2001, pp. 79-97.
- CASSESE, Sabino – “Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo”, *RTDP*, n.º 1, 2002, pp. 27-40.
- CASSESE, Sabino – “Lo spazio giuridico globale”, *RTDP*, n.º 2, 2002, pp. 323-339.
- CASSESE, Sabino – *La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006.
- CASTILLO BLANCO, Federico – *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998.
- CASTRO, Catarina Sarmento e – *A questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CASTRO, Paulo Canelas de – “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas? – Em Busca da Sustentabilidade”, *RevCEDOUA*, n.º 15/16, Ano VIII, 1/2.05, 2005, pp. 75-148.
- CECCHETTI, Marcello – *Prinzipi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- CHAPUS, René – *Droit Administratif Général*, Tome 1, 12^e ed., Ed. Montchrestien, Paris, 1998.
- CHARBONNEAU, Simon – “L’État et le droit de l’environnement”, *Esprit*, n.º 10, Octobre 1996, pp. 392-407.
- CHERNG, Ming-Shiou – *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Rechte der Ordnungsverwaltung*, Juristische Schriftenreihe, Lit Verlag, Münster, 2001.
- CHEVALLIER, Jacques – “La gouvernance, un nouveau paradigme étatique”, *RFAP*, n.º 105-106, 2003, pp. 203-217.
- COLE, Daniel H.; GROSSMAN, Peter Z. – “When is Command-and-Control Efficient? Institutions, Technology, and the Comparative Efficiency of Alternative Regulatory Regimes for Environmental Protection”, *Wis. L. Rev.*, n.º 5, 1999, pp. 887-938.
- COLEBATCH, H. K. – *Policy*, 2nd ed., Open University Press, Buckingham, Philadelphia, PA., 2002.
- COLLIER, Ute – “The Environmental Dimensions of Deregulation – An Introduction”, in: COLLIER, Ute (ed.), *Deregulation in the European Union*. Environmental perspectives, Routledge, London, 1998, pp. 3-22.

- COMA, M. Bassols – “Ordenación del Territorio y Medio Ambiente”, *RAP*, n.º 95, 1981, pp. 41-88.
- COMISSÃO EUROPEIA – “Comunicação da Comissão - Enquadramento de 1 de Abril de 2008 relativas aos auxílios estatais a favor do ambiente”, *Jornal Oficial*, C 82, de 1.4.2008.
- COMISSÃO EUROPEIA – *Governança Europeia - Um Livro Branco*, Comunicação da Comissão, de 25 de Julho de 2001 [COM(2001) 428 final - *Jornal Oficial* C 287 de 12.10.2001].
- CONDESSO, Fernando – *Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2001.
- CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL – *Parecer sobre o Plano de Desenvolvimento Regional – PDR*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1999.
- CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL – *Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social – PNDES: Parecer aprovado nos Plenários de 21 de Junho e 12 de Julho de 1999*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1999.
- CORDINI, Giovanni – *Diritto Ambientale Comparato*, 3.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 2002.
- CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*, vol. I, reimp., Almedina, Coimbra, 2004.
- CORREIA, Fernando Alves – *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- CORREIA, Fernando Alves – *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo – Legislação Básica*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo – “Policia”, in: FERNANDES, José Pedro (dir.), *DJAP*, vol. VI, Lisboa, 1994, pp. 393-408.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo – *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo – *Noções de Direito Administrativo*, Editora Danúbio, Lisboa, 1982.
- COULET, William – “La notion de service public dans le droit de l’environnement”, in: ROUSSILLON, Henry (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Montané de La Roque*, Presses de l’Institut d’Etudes Politiques, Toulouse, 1986, pp. 357-379.
- COUZINET, Daniel – “Untergesetzliche Regelwerke im Rahmen der integrierte Vorhabengenehmigung nach dem UGB I – Zugleich ein Beitrag zur Integration des Wasserrechts in die integrierte Vorhabengenehmigung”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 6, Juni 2008, pp. 376-382.
- CRAMTON, Peter; KERR, Suzi – “The Distributional Effects of Carbon Regulation: Why Auctioned Carbon Permits are Attractive and Feasible”, in: STERNER, Thomas (ed.), *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, col. International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Northampton, 1999, pp. 257-273.
- CRISTINI, René – “Le département et l’aménagement urbain: les espaces naturels sensibles”, *RFDA*, n.º 3, Mai-Juin 1986, pp. 304-316.
- CROSETTI, Alessandro – “I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza”, *RGA*, Anno XXII, n.º 6, Novembre-Dicembre 2007, pp. 945-985.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo – “Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck”, *SI*, Tomo LIX, n.º 323, 2010, pp. 525-541.
- CUDIA, Chiara – “La denuncia di inizio attività edile fra modello generale e modello speciale: controindicazioni di una liberalizzazione apparente”, *DAmM.*, fasc. n.º 2, 2003, pp. 413-471.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira – “A Questão Constitucional: Propriedade, Ordem Económica e Dano Ambiental. Competência Legislativa Concorrente”, in: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.), *Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 115-143.
- CZARNEZKI, J.; THOMSEN, M. – “Advancing the rebirth of Environmental Common Law”, *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 34, n.º 1, 2007, pp. 1-36.
- D’ANTONIO, Mario – “A crise da legislação em Itália: As orientações correctivas públicas e privadas para uma melhor elaboração técnica das leis”, *CCL*, n.º 7, Abril/Junho 1993, pp. 73-82.
- DALLE, Benjamin – “Instruments of a Universal Toolbox or Gadgets of Domestic Administration? The Aarhus Convention and Global Governance”, *RTDP*, fasc. n.º 1, 2008, pp. 1-40.
- DANA, David A. – “The New ‘Contractarian’ Paradigm in Environmental Regulation”, *U. Ill. L. Rev.*, n.º 1, 2000, pp. 35-59.
- DANWITZ, Thomas von – *Europäisches Verwaltungsrecht*, Unter Mitarbeit von Klaus Ritgen, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft, Springer, Berlin/Heidelberg, 2008.
- DELL’ANNO, Paolo – “Strumenti Giuridici per la Prevenzione dell’Inquinamento: Situazione Attuale e Prospettive”, *RTDP*, fasc. n.º 1, 1986, pp. 206-231.
- DELL’ANNO, Paolo – *Manuale di Diritto Ambientale*, 3.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 2000.
- DELL’ANNO, Paolo – *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- DENNIS, Jeanne M. – “Smoke for Sale: Paradoxes and Problems of the Emissions Trading Program of the Clean Air Act Amendments of 1990”, *UCLA L. Rev.*, vol. 40, n.º 4, April 1993, pp. 1101-1144.
- DESDENTADO DAROCA, Eva – *El precario administrativo: un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, 2.ª ed., Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – “Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade”, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.), *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*, 2.ª ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 19-50.

- DIAS, Jorge de Figueiredo – “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (ed.), *Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, vol. I, 1983, pp. 317-336.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente. Um quarto de século depois”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 371-392.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, *RDE*, Ano IV, n.º 1, Jan.-Jun. 1978, pp. 3-23.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, col. *Studia Iuridica*, n.º 95, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 751-781.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “A Licença Ambiental no Novo Regime da PCIP”, *RevCEDOUA*, n.º 7, 2001, pp. 65-82.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade, em especial”, *BFDUC*, vol. 85, 2009, pp. 531-564.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “Direito à informação, protecção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, col. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 615-653.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente”, *RevCEDOUA*, n.º 8, ano IV_2.01, 2001, pp. 67-77.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “O Procedimento Legislativo”, in: CENTRO DE FORMAÇÃO JURÍDICA E JUDICIÁRIA (org.), *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo I, Macau, 2006, pp. 213-250.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “Os Contratos de Locação e Aquisição de Bens e Serviços e de Alienação de Bens”, in: GONÇALVES, Pedro (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 431-479.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “Os Efeitos da Sentença na Lei de Acção Popular”, *RevCEDOUA*, n.º 3, Ano II_1.99, 1999, pp. 47-64.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – “Que Estratégia para o Direito Ambiental Norte-Americano do Século XXI: o ‘cacete’ ou a ‘cenoura’?”, *BFDUC*, vol. LXXVII, 2001, pp. 291-375.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente – Cadernos do CEDOUA*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo – *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo. Da legitimidade processual e das suas consequências*, *Studia Iuridica*, n.º 29, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; BRAGA, Paulo – “Atribuições e competências das autarquias locais em matéria de ambiente”, in: AMBIFORUM – Centro de Estudos Ambientais, *Anuário de Direito do Ambiente*, 1995, pp. 59-81.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; MENDES, Joana Pereira – *Legislação Ambiental. Sistematizada e Comentada*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- DIETLEIN, Johannes; THIEL, Markus – “Altes und Neues zum Vorbescheid. Rechtsfragen des immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides in gestuften Anlagenzulassungsverfahren”, *DV*, 38. Band, Heft 2, 2005, pp. 211-242.
- DIRECÇÃO GERAL DO AMBIENTE – *Proposta para Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável*, Direcção Geral do Ambiente, Lisboa, 2000.
- DRIESEN, David M. – “Is Emissions Trading an Economic Incentive Program?: Replacing the Command and Control/Economic Incentive Dichotomy”, *WLLR*, vol. 55, n.º 2, Spring 1998, pp. 289-350.
- DRUPSTEEN, Th. G. – “Integrated Pollution Prevention and Control: the Dutch Experience”, in: BACKES, Chris; BETLEM, Gerrit (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, 1998, pp. 81-90.
- DUARTE, Maria Luísa – *Direito Administrativo da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- DUGUIT, Léon – *Les Transformations du Droit Publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913.
- DURNER, Wolfgang; LUDWIG, Rasso – “Paradigmenwechsel in der europäischen Umweltrechtsetzung? Überlegungen zu Bedeutung und Grundstrukturen des Instruments der Maßnahmenplanung im neueren Umweltrecht der Gemeinschaft”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 7, Juli 2008, pp. 457-467.
- DWYER, John P.; BROOKS, Richard W.; MARCO, Alan C. – “The Air Pollution Permit Process for U. S. and German Automobile Assembly Plants”, in: KAGAN, Robert A.; AXELRAD, Lee (eds.), *Regulatory Encounters: Multinational Corporations and American Adversarial Legalism*, University of California Press, 2000, pp. 173-221.
- ELSHORST, David – *Bürgervollzugsklagen: Die Durchsetzung von Umweltrecht gegenüber Anlagenbetreibern durch Private in den USA und Deutschland*, Schriften zum Umweltrecht, Band 119, Duncker und Humblot, Berlin, 2002.

- ENDERS, Rainald; KRINGS, Michael – “Der Artikelgesetz aus immissionsschutz- und abfallrechtlicher Sicht”, *DVBL*, 116. Jahrgang, Heft 18, 2001, pp. 1389-1405.
- ENGEL, Christopher – *Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992.
- ENVIRONNEMENT ENTREPRISE CONSULTANTS – *Guide des nomenclatures: Manuel pratique – nomenclature des installations classées pour la protection de l’environnement, nomenclature eau, nomenclature déchets dangereux*, 2^e ed., Ed. Alpine, 1998.
- ERBGUTH, Wilfried; SCHUBERT, Mathias – “UGB 2009: die integrierte Vorhabengenehmigung im Referentenentwurf eines Umweltgesetzbuches”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 7, Juli 2008, pp. 474-479.
- ERICHSEN, Hans-Uwe – “Das Verwaltungshandeln”, in: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 9. Aufl., 1992, pp. 179-422.
- ESTEVE PARDO, José – “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *REDA*, n.º 119, Julio-Septiembre 2003, pp. 323-346.
- ESTEVE PARDO, José – “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, n.º 149, Mayo-Agosto 1999, pp. 37-61.
- ESTEVE PARDO, José – *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FABER, Angel – *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen*, Kohlhammer, Deutscher Gemeindeverlag, Köln, 2001.
- FALLA, Garrido – “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, *RAP*, Año IV, n.º 11, Mayo-Agosto 1953, pp. 11-31.
- FALLA, Garrido – “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *RAP*, Año X, n.º 28, 1959, pp. 11-50.
- FAZIOLI, Joseph A. – “Chevron up in Smoke?: Tobacco at the Crossroads of Administrative Law, *Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Food & Drug Administration*, 153 F.3d 155 (4th Cir. 1998)”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 22, n.º 3, Summer 1999, pp. 1056-1080.
- FELDDHAUS, Gerhard – “Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELT-TRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 15-43.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán José – “La infraestructura organizativa de la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control”, in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2575-2590.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas Román – “El medio ambiente en la Constitución española”, *DocA*, n.º 190, 1981, pp. 337-349.
- FERNANDEZ, Maria Elizabeth – *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada. Aproximação ao Estudo da Estrutura e das Consequências das ‘Leis-Reserva’ Portadoras de Vínculos Ambientais*, Col. *Studia Iuridica*, n.º 57, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- FERRARA, Rosario – “La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella ‘società del rischio’”, *D&S*, n.º 4, 2006, pp. 507-537.
- FERRARI, E.; SORDI, B. – *O. Ranalletti, Scritti giuridici scelti*, vol. III, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, Napoli, 1992.
- FERREIRA, Manuela Flores – “Acesso Colectivo à Justiça e Protecção do Meio Ambiente”, in: CEJ (org.), *Textos Ambiente e Consumo*, vol. I, 1996, pp. 353-363.
- FIDÉLIS, Teresa; PIRES, Sara Moreno – “Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: Desafios para a Sustentabilidade Local”, *RevCEDOUA*, n.º 21, Ano XI_1.08, 2008, pp. 59-78.
- FIELTIZ, Helmuth Schulze – “Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung”, in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp. 761-838.
- FINDLEY, Roger W. – “Pollution Control in Brazil”, *ELQ*, vol. 15, n.º 1, 1988, pp. 1-68.
- FINDLEY, Roger W.; FARBER, Daniel A. – *Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co, St. Paul, Minnesota, 2000.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco – *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 6.^a ed. ampliada, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco – *Estatuto da Cidade Comentado - Lei 10.257/2001 - Lei do Meio Ambiental Artificial*, 2.^a ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- FIORINO, Daniel J. – “Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance”, *HELR*, vol. 23, n.º 2, 1999, pp. 441-469.
- FIORINO, Daniel J. – “Toward a New System of Environmental Regulation: The Case for an Industry Sector Approach”, *Envtl. L.*, vol. 26, n.º 2, Summer 1996, pp. 457-488.
- FISCHER-LESCANO, Andreas – “Transnationales Verwaltungsrecht”, *JZ*, 63. Jahrgang, n.º 8, 2008, pp. 373-383.
- Flávia Novera Loureiro – “Estudo breve do art. 279.º do Código Penal após a revisão de Setembro de 2007”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, col. *Studia Iuridica*, n.º 100, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 455-482.

- FLEINER, Fritz – *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Vierte Auflage, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1919.
- FLUCK, Jürgen – “Anzeige statt Genehmigung”, in: *Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz*, 14. Trieter Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 6. bis 8. September 1998, Erich Schmidt Verlag, 1999, pp. 165-201.
- FONDERICO, Francesco – “La Tutela dell’Ambiente”, in: CASSESE, Sabino (ed.), *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Speciale*, 2.ª ed., Tomo 2, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 2015-2107.
- FONTENELLE, Miriam – “Política Nacional de Meio Ambiente”, in: FONTENELLE, Miriam (coord.), *Temas de Direito Ambiental*, Editora Campos dos Goytacazes, Campos dos Goytacazes, 2008, pp. 7-38.
- FORSTHOFF, Ernst – *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I (Allgemeiner Teil), C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 10. Auflage, 1973.
- FORSTHOFF, Ernst – *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1969.
- FORTI, Ugo – *Diritto Amministrativo – Parte General*, vol. II, 3.ª ed. inalterata, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937.
- FOWLER, Lara – “From Technical Fix to Regulatory Mix: Japan’s New Environmental Law”, *Pac. Rim L. & Pol’y J.*, vol. 12, n.º 2, March 2003, pp. 441-466.
- FOX JR., William F. – *Understanding Administrative Law*, 4th ed., Lexis Publishing, 2000.
- FRACCHIA, Fabrizio – *Autorizzazione Amministrativa e Situazioni Giuridiche Soggettive*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1996.
- FRANCHINI, Flaminio – *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l’amministrazione e i privati*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957.
- FRANCIS, J. – *The Politics of Regulation*, Blackwell, Oxford, 1993.
- FRANCO, António L. Sousa – *Noções de Direito da Economia*, vol. 1, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1982-83.
- FRANKE, Peter – “Genehmigung als Schutzschild? Die rechtsstellung des Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – Schriften zum Umweltrecht, Bd. 44, Duncker & Humblot, Berlin, 1994” (Buchbesprechungen), *UPR*, 9/1996, p. 335.
- FRANZ, Thorsten – “Die Normstruktur von Erlaubnis und Bewilligung”, *Verwaltungs-Archiv*, 94. Band, Heft 2, April 2003, pp. 192-221.
- FRANZIUS, Claudio – “Bundesverfassungsgericht und indirekte Steuerung im Umweltrecht”, *AöR*, 126. Band, Heft 3, September 2001, pp. 403-440.
- FRANZIUS, Claudio – “Der Gewährleistungsstaat”, *Verwaltungs-Archiv*, 99. Band, Heft 3, Juli 2008, pp. 351-379.
- FRANZIUS, Claudio – *Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, Schriften zum Umweltrecht*, Band 99, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- FRANZOSO, Frederica – “Il diritto di accesso alle informazioni ambientali”, *RGA*, Anno XIX, n.º 5, Settembre-Ottobre 2004, pp. 631-642.
- FREEDMAN, Martin; JAGGI, Bikki – *Air and Water Pollution Regulation – Accomplishments and Economic Consequences*, Quorum Books, London, 1993.
- FREITAS, Gilberto Passos de – “Do Crime de Poluição”, in: FREITAS, Vladimir Passos de (org.), *Direito Ambiental em Evolução*, Juruá Editora, Curitiba, pp. 103-149.
- FREITAS, Vladimir Passos de – “Sanções administrativas e meio ambiente”, in: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.), *Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 346-359.
- FRENZ, Walter – “Die Zuteilungsregeln für die zweite Emissionshandelsperiode Teil 1: Industrie- vs. Energieanlagen”, *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 8, August 2007, pp. 513-520.
- FRENZ, Walter – “Die Zuteilungsregeln für die zweite Emissionshandelsperiode Teil 2: Benchmark-System und Standardauslastungsfaktor für alle Anlagen ab 2003 sowie Zertifikatveräußerung”, *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 9, September 2007, pp. 587-594.
- FRENZ, Walter – “Genehmigungbedürftige Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz und Emissionshandel”, *NVwZ*, 25. Jahrgang, Heft 10, 2006, pp. 1095-1101.
- FRENZ, Walter – “Klimaschutz und Instrumentenwahl – Zum Stand nach der Konferenz von Den Haag und vor der Konferenz in Bonn”, *N+R*, 23. Jahrgang, Heft 6, Juni 2001, pp. 301-310.
- FUENTES BODELÓN, Fernando – “Planteamientos previos a toda formulación de un derecho ambiental”, *DocA*, n.º 190, Abril-Junho 1981, pp. 113-132.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel – “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, n.º 160, Enero-Abril 2003, pp. 87-119.
- GAFFURI, Federico – “La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell’istituto”, *DAMM.*, Anno XV, fasc. n.º 2, 2007, pp. 369-404.
- GAINES, Stanford E.; KIMBER, Cliona – “Redirecting Self-Regulation”, *JEL*, vol. 13, n.º 2, 2001, pp. 157-184.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás – *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8.ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás – *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª ed., Civitas Ediciones, 2002.
- GARCÍA MATOS, Ignacio – “El reconocimiento de la acción asociativa en la legislación protectora de la naturaleza en la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho Urbanístico e Medio Ambiente*, n.º 187, Julio-Agosto 2001, pp. 103-129.
- GARCIA, Maria da Glória Dias – *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra, 2009.
- GARCIA, Maria da Glória Dias – *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007.
- GARNER, Bryan A. (Ed.) – *Black’s Law Dictionary*, 8th ed., Thomson West Group, United States of America, 2004.
- GARRET, Theodore L. – “Overview of the Clean Water Act”, in: Parthenia B. EVANS (ed.), *The Clean Water Act Handbook*, SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1994, pp. 1-7.
- GATTA SÁNCHEZ, Dionisio Fernández de – “El régimen jurídico de la prevención ambiental en la Comunidad de Castilla y León”, *REAL*, n.º 300-301, enero-agosto 2006, pp. 255-297.
- GAUDEMAR, Hervé de – “Les quotas d’émission de gaz à effet de serre”, *RFDA*, 25^e Année, n.º 1, Janvier-Février 2009, pp. 25-31.
- GAUDEMET, Yves – “Faut-il supprimer l’arrêt Teron?”, *AJDA*, 16 de Setembro de 2001, pp. 738-739.
- GAUDEMET, Yves – *Droit Administratif*, 18^e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005.
- GEISER, Ken – “Establishing a General Duty of Precaution in Environmental Protection Policies in the United States”, in: RAFFENSPERGER, Carolyn; TICKNER, Joel A. (eds.), *Protecting Public Health & the Environment – Implementing the Precautionary Principle*, Island Press, Washington, D.C., 1999.
- GERBER, D. J. – *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- GIANNINI, Massimo Severo – “Controllo. Nozioni e Problemi”, *RTDP*, Anno XXIV, Fasc. 4, 1974, pp. 1263-1283.
- GIANNINI, Massimo Severo – “Difesa dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale”, *RTDP*, Anno XXI, Fasc. 3, 1971, pp. 1122-1134.
- GIANNINI, Massimo Severo – “L’Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo” in: SANTANIELLO, G. (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, 1988, pp. 135-138.
- GIANNINI, Massimo Severo – *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 3.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- GIANNINI, Massimo Severo – *Diritto pubblico dell’economia*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- GIANNINI, Massimo Severo – *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981.
- GIDDENS, Anthony – “Risk and Responsibility”, *MLR*, vol. 62, n.º 1, 1999, pp. 1-10.
- GIDDENS, Anthony – *O mundo na era da globalização*, 5.ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 2000.
- GIDDENS, Anthony – *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, Stanford, CA, 1990.
- GIRARD, Julien – “(Voici venu) de temps de rendre compte de ses performances environnementale”, *RJE*, n.º 4, 2004, pp. 417-430.
- GLICKSMAN, Robert L.; CHAPMAN, Stephen B. – “Regulatory Reform and (Breach of) the Contract with America: Improving Environmental Policy or Destroying Environmental Protection?”, *Kan. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 5, n.º 2, Winter 1996, pp. 9-46.
- GOLDSTEEN, Joel B. – *The ABCs of Environmental Regulation*, ABS Consulting/ Government Institutes, 2003.
- GOMES, Carla Amado – “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, vol. I, 2009, pp. 127-161.
- GOMES, Carla Amado – “Direito Administrativo do Ambiente”, in: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 159-279.
- GOMES, Carla Amado – “O Ambiente como Objecto e os Objectos do Direito do Ambiente”, *RJUA*, n.º 11/12, Junho/Dez. 1999, pp. 43-68.
- GOMES, Carla Amado – “O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime – Breve notícia sobre a Lei 19/2006, de 12 de Junho”, *RMP*, Ano 28, n.º 109, 2007, pp. 5-21.
- GOMES, Carla Amado – “O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar português”, in: GOMES, Carla Amado (org.), *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005, pp. 271-291.
- GOMES, Carla Amado – “O Licenciamento Ambiental – Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos”, in: *Textos dispersos de direito do ambiente e matérias relacionadas*, vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2008, pp. 301-341.
- GOMES, Carla Amado – “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, *Revista O Direito*, Ano 140.º, n.º 5, 2008, pp. 1053-1085.
- GOMES, Carla Amado – “Princípios Jurídico-Ambientais e Protecção da Floresta: considerações assumidamente vagas”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 9, 2006, pp. 141-167.
- GOMES, Carla Amado – *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- GÓMEZ RIVERO, María Carmen – *El Régimen de Autorizaciones en los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GOMEZ, Janis Mary – “The Potential Double Jeopardy Implications of Administrative License Revocation”, *Emory L.J.*, vol. 46, n.º 1, Winter 1997, pp. 329-362.
- GONÇALVES, Pedro – “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *CJA*, n.º 64, 2007, pp. 36-46.
- GONÇALVES, Pedro – “O acto administrativo informático (o direito administrativo português face à aplicação da informática na decisão administrativa)”, *SI*, n.º 267, 1997, pp. 47-95.
- GONÇALVES, Pedro – “Revogação (de actos administrativos)”, in: *DJAP*, vol. VII, 1996, pp. 303-325.
- GONÇALVES, Pedro – *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coleção teses, Almedina, Coimbra, 2005.
- GONÇALVES, Pedro – *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, in: MOREIRA, Vital (org.), *Estudos de Regulação Pública*, I, CEDIPRE/ Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 173-317.
- GOODNOW, Frank J. – *The principles of Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam's Sons, New York, 1905 (reedição por The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2003).
- GÖTZ, Volkmar – *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 12. neubearbeitete Auflage, 1995.
- GROMITSARIS, Athanasios – “Die Lehre von der Genehmigung”, *VerwArch*, 88. Band, Heft 1, Januar 1997, pp. 52-88.
- GROSS, Thomas – “Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts – Bericht über das Kolloquium ‘Reform des Verwaltungsrechts – Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit’”, *DÖV*, Jah. 47, Heft 2, 1994, pp. 66-68.
- GUANA, Eileen – “EPA at 30: Fairness in Environmental Protection”, *Environmental Law Reporter*, vol. XXXI, n.º 5, May 2001, pp. 10528-10565.
- GUARINO, Giuseppe – “Classi e gruppi nel pensiero di M. S. Giannini e nella realtà contemporânea”, in: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- GUCKELBERGER, Annette – “Die planerische Vorhabengenehmigung nach dem UGB-Referententwurf”, *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 6, Juni 2008, pp. 369-376.
- GUNNINGHAM, Neil – “Environment, Self-Regulation and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care”, *Law & Pol’y*, vol. 17, n.º 1, 1995, pp. 57-109.
- GUNNINGHAM, Neil – “Environmental Management Systems and Community Participation: Rethinking Chemical Industry Regulation”, *UCLA JELP*, vol. 16, n.º 2, 1997/98, pp. 319-439.
- GUSY, Christoph – *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, 6. neubearbeitete Auflage, 2006.
- HAFNER, Mathias – “Das optionale Anzeigeverfahren nach § 23 la BlmSchG”, in: SCHMIDTCHEN, Dieter; SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jörg (Hrsg.), *Von Hoheitsstaat zum Konsensualstaat – Ökonomische Analyse der Flexibilisierung von Genehmigungsverfahren*, Baden-Baden, 1999, pp. 127-145.
- HAHN, Robert W.; OLMSTEAD, Sheila M.; STAVINS, Robert N. – “Environmental Regulation in the 1990s: A Retrospective Analysis”, *HELR*, vol. 27, n.º 1, 2003, pp. 379-415.
- HALL, Molly Elizabeth – “Pollution Havens? A Look at Environmental Permitting in the United States and Germany”, *Wis. Environ. Law J.*, vol. 7, n.º 1, Winter 2000, pp. 1-40.
- HANK, Bradford C. – “The Environmental Protection Agency’s Project XL and Other Regulatory Reform Initiatives: The Need for Legislative Authorization”, *ELQ*, vol. 25, n.º 1, 1998, pp. 1-88.
- HARRIS, Richard A.; MILKIS, Sidney M. – *The Politics of Regulatory Change. A Tale of Two Agencies*, 2nd ed., Oxford University Press, New York/ Oxford, 1996.
- HAURIU, Maurice – “Les idées de M. Duguit ou le fondement du pouvoir politique”, *Recueil de L’Académie de Législation de Toulouse*, 2^e série, tome 7, 1911, pp. 1-40.
- HAURIU, Maurice – *Précis de Droit Administratif et de Droit Publique*, 9.^e ed., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1919.
- HAUSKER, Karl – “Reinventing Environmental Regulation: The Only Path to a Sustainable Future”, *Environmental Law Reporter*, vol. XXIX, n.º 3, March 1999, pp. 10148-10157.
- HAWKINS Jr., Bernard F. – “The New Source Review Program: Prevention of Significant Deterioration and Nonattainment Analysis Programs”, in: MARTINEAU JR., Robert J.; NOVELLO, David P. (eds.), *The Clean Air Act Handbook*, SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1998, pp. 98-156.
- HEADON, Sam – “Legal Issues in the Implementation of an Australian State-Based Emissions Trading Scheme”, *J. Energ. Nat. Resour. Law*, vol. 24, n.º 2, May 2006, pp. 149-164.
- HEIMLICH, Jörn – “Der Begriff ‘Stand der Technik’ im deutschen und europäischen Umweltrecht”, *N+R*, 20. Jahrgang, Heft 11, 1998, pp. 582-587.
- HEITSCH, Christian – “Neben- und Inhaltbestimmungen bei begünstigenden Verwaltungsakten: Kriterien für die Auswahl des passenden Regelungsinstruments”, *DÖV*, 56. Jahrgang, Heft 9, Mai 2003, pp. 367-375.

- HELDWEG, Michiel A.; SEERDEN, René J.; DEKETELAERE, Kurt R. – "Public environmental law in Europe; a comparative search for a *ius commune*", *European Environmental Law*, vol. 13, n.º 3, March, 2004, pp. 78-89.
- HENDLER, Reinhard – "Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis", *DÖV*, 51. Jahrgang, Heft 12, 1998, pp. 481-491.
- HENSHAW, Lindsay – "The E.C. Directive on Integrated Pollution prevention and Control: Implications for the United Kingdom", *Environmental Liability*, vol. 4, n.º 2, 1996, pp. 29-35.
- HENSHAW, Lindsay; AALDERS, Marius; MOLANDER, Per – "Implementation of the EC Directive on Integrated Pollution Prevention and Control (96/61): A Comparative Study", *Environmental Liability*, vol. 6, n.º 2, 1998, pp. 39-55.
- HEPBURN, Samantha – "Carbon Rights as New Property: The benefits of statutory verification", *SLRev*, vol. 31, n.º 2, June 2009, pp. 239-271.
- HERMITTE, Marie-Angèle – "Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck", in: VARELLA, Marcelo Dias (org.) *Governo dos Riscos*, Rede latino-americana – Européia sobre Governo dos Riscos, Centro Universitário de Brasília, 2005, pp. 11-40.
- HEYOB, Karen – "Ohio's New Statutory Audit Privilege Promoting Environmental Performance or a Dirty Little Secrets Act?", *Cap. U. L. Rev.*, vol. 26, n.º 2, 1997, pp. 379-420.
- HEYVAERT, Veerle – "Access to information in a deregulated environment", in: COLLIER, Ute (ed.), *Deregulation in the European Union. Environmental perspectives*, Routledge, London, 1998, pp. 55-74.
- HILL, Hermann – "Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationnsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns", *DÖV*, 40. Jahrgang, 1987, Heft 20, pp. 885-895.
- HILSON, Chris – "Greening Citizenship: Boundaries of Membership and the Environment", *JEL*, vol. 13, n.º 3, 2001, pp. 335-348.
- HIRCHE, Walter – "Mehr Umweltschutz durch mehr Eigenverantwortung", in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich – Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz*, Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung, Schriften zum Umweltrecht, Band 85, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 163-173.
- HIRSCH, Dennis D. – "Bill and AL's xl-Ent Adventure: an Analysis of the EPA's Legal Authority to Implement the Clinton Administration's Project xl", *U. Ill. L. Rev.*, n.º 1, 1998, pp. 129-172.
- HIRSCH, Jeffrey M. – "Emissions Allowance Trading Under the Clean Air Act: a Model for Future Environmental Regulations?", *N.Y.U. Env'tl. L.J.*, vol. 7, n.º 3, 1999, pp. 352-397.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang – "Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze", in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 5), 1998, pp. 11-57.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang – "Risiko- und Innovationsrecht im Verbund", *DV*, 38. Band, Heft 2, 2005, pp. 145-176.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang – "Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung", *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 11, Juni 1997, pp. 433-442.
- HÖLSCHER, Christoph – "Die künftige Regulierung des Emissionshandels auf Bundes- und Landesebene", *DÖV*, 57. Jahrgang, Heft 19, Oktober 2004, pp. 835-838.
- HOLTkamp, James A. – "Emissions Trading under the United States Clean Air Act", *Environmental Liability*, vol. 1, n.º 6, 1993, pp. 125-131.
- HOLZNAGEL, Bernd – *Konfliktlösung durch Verhandlungen – Aushandlungsprozesse als Mittel der Konfliktbewältigung bei der Ansiedlung von Entsorgungsanlagen für besonders überwachungsbedürftige Abfälle in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1990.
- HOPPE, Werner – "La planificación directiva medioambiental en el proyecto de Código de Medio Ambiente (Parte Geral)", *DocA*, n.º 235-236, 1993, pp. 249-274.
- HOPPE, Werner; BECKMANN, Martin; KAUCH, Petra – *Umweltrecht - Juristisches Kurzlehrbuch für Studium und Praxis*, 2. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000.
- HOSTIOU, René – "Protection de l'espace littoral et droit de l'environnement: a propos de la politique d'acquisition foncière du Conservatoire", *RJE*, numéro spécial, 1997, pp. 83-89.
- HUBER, Peter M. – "Weniger Staat im Umweltschutz – Verfassungs- und unionsrechtliche Determinanten", *DVBL*, 114. Jahrgang, Heft 8, 1999, pp. 489-496.
- INSERGUET-BRISSET, Véronique – *Droit de l'Environnement*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2005.
- IPSEN, Hans Peter – *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Kommissionsverlag von Lütcke & Wulff, Hamburg, 1932.
- IPSEN, Jörn – *Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht*, Richard Boorberg Verlag, 1995.
- ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe – *Manuale di Diritto Amministrativo*, 13.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- JACOMETTI, Valentina – "La direttiva Linking: il collegamento tra il sistema comunitario di scambio di quote di emissioni e i meccanismi flessibili del Protocollo di Kyoto", *RGA*, Anno XX, n.º 1, Gennaio-Febbraio 2005, pp. 43-57.
- JANS, Jan – "The Relationship between the IPPC Directive and Other EC Environmental Law", in: BACKES, Chris; BETLEM, Gerrit (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, 1998, pp. 43-50.

- JANS, Jan – *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, 3rd ed., Groningen, 2008.
- JARASS, Hans – “Bemerkenswertes aus Karlsruhe: Kooperation im Immissionschutzrecht und vergleichende Analyse von Umweltschutzinstrumenten”, *UPR*, 1/2001, pp. 5-10.
- JARASS, Hans – *Bundes-Immissionschutzgesetz – Kommentar unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionschutzverordnungen und der TA Luft sowie der TA Lärm*, Verlag C. H. Beck, München, 5. Aufl., 2002.
- JARASS, Hans – “Das Gebot der Koordinierung konkurrierender Zulassungsverfahren”, *NVwZ*, 28. Jahrgang, Heft 2, 2009, pp. 65-69.
- JARASS, Hans – *Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1984.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2002.
- JEGOZO, Yves – “Les plans de protection et de gestion de l’environnement”, *AJDA*, n.° 9, 1994, pp. 607-616.
- JELLINEK, Walter – *Verwaltungsrecht*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1928.
- JÉZE, Gaston – “L’entrée au service public”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, XXXIV^e année, 1927, pp. 387-441.
- JÉZE, Gaston – “Le procédé technique de la nomination en droit français”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, XXXIV^e année, 1927, pp. 575-619.
- JONAS, Hans – *Le Principe Responsabilité – Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, Paris, 1998.
- JONES, Brian; HAWKES, Peter – “UK Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme: Assessing the Benefits from Participation”, *ULR*, vol. 12, n.° 3, 2001, pp. 39-45.
- JOSKOW, Paul L.; SCHMALENSEE, Richard – “The Political Economy of Market-Based Environmental Policy: the U. S. Acid Rain Program”, *J.L. & Econ.*, vol. XLI, n.° 1, April 1998, pp. 37-83.
- JUTLAH, Russell S. – “Economic Instruments and Environmental Policy in Canada”, *J. Environ. Law Pract.*, vol. 8, n.° 3, October 1999, pp. 323-352.
- KADELBACH, Stefan – “Verfassungsrechtliche Grenzen für Deregulierungen des Ordnungsverwaltungsrechts”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 80. Jahrgang, Heft 3, 1997, pp. 263-279.
- KAGAN, Robert A. – “Introduction: Comparing National Styles of Regulation in Japan and the United States”, *Law & Pol’y*, vol. 22, n.° 3-4, October 2000, pp. 225-244.
- KAGAN, Robert A. – “Trying to have it both ways: local discretion, central control, and adversarial legalism in American environmental regulation”, *ELQ*, vol. 25, n.° 4, 1999, pp. 718-732.
- KAHL, Wolfgang – “Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft – ein Zwischenbericht”, *DV*, 42. Band, Heft 4, 2009, pp. 463-500.
- KAHRL, Frederic – “Das Umweltgesetzbuch zwischen Rechtswissenschaft und Politik”, *DÖV*, 62. Jahrgang, Heft 4, Februar 2009, pp. 160-166.
- KELLY, Gerard H. – “An Evaluation of the European Union’s Emissions Trading Scheme in Practice”, *EELR*, vol. 15, n.° 6, June 2006, pp. 175-185.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard – “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n.° 3/4, Summer/Autumn 2005, pp. 15-62.
- KIRCHSTEIGER, Christian – “Il rischio industriale nell’Unione europea”, *RGA*, Anno XV, n.° 2, Marzo-Aprile 2000, pp. 227-248.
- KIRKBY, Mark Bobela-Mota – *Os Contratos de Adaptação Ambiental – A concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.
- KISS, Alexandre – *Los principios generales del Derecho del Medio Ambiente*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1975.
- KLOEPFER, Michael – “Aspekte eines Umweltstaates Deutschland”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 745-765.
- KLOEPFER, Michael – “Einführung”, in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich – Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz*, Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung, Schriften zum Umweltrecht, Band 85, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 11-13.
- KLOEPFER, Michael – “En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, *DocA*, n.° 235-236, 1993, pp. 33-53.
- KLOEPFER, Michael – “Eröffnungsvortrag: Das Ladenburger Kolleg Umweltstaat – Resultate und Perspektive”, in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft – Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte*, Economica Verlag, 1994, pp. 3-40.
- KLOEPFER, Michael – “Handeln unter Unsicherheit im Umweltstaat (Zusammenfassung)”, in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft – Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte*, Economica Verlag, 1994, pp. 185-186.

- KLOEPFER, Michael – "Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs", *UPR*, 5/2007, pp. 161-170.
- KLOEPFER, Michael – "Umweltrecht als Informationsrecht", *UPR*, 2/2005, pp. 41-49.
- KLOEPFER, Michael – "Umweltrecht", in: ACHTERBERG, Norbert; PÜTTNER, Günter; WÜRTEMBERGER, Thomas (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht – Ein Lehr- und Handbuch*, 2. Auflage, C. H. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 338-543.
- KLOEPFER, Michael – *Umweltrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998.
- KLOEPFER, Michael – *Umweltrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004.
- KLOEPFER, Michael; ELSNER, Thomas – "Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht", *DVBL*, 111. Jahrgang, Heft 17, September 1996, pp. 964-975.
- KLOEPFER, Michael; KUNIG, Ph.; REHBINDER, E.; SCHMIDT-ABMANN, E. – "Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-AT)", *DVBL*, 106. Jahrgang, Heft 7, 1991, pp. 339-346.
- KLOEPFER, Michael; REHBINDER, Eckard; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; KUNIG, Philipp – "Zur Kodifikation des Allgemeinen Teiles eines Umweltgesetzbuches (UGB-AT)", *DVBL*, 106. Jahrgang, Heft 7, 1991, pp. 339-346.
- KLOSTERMANN, Michael – *Die Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung im Verwaltungsverfahren*, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1992.
- KNAUFF, Matthias – "Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?", *DÖV*, 62. Jahrgang, Heft 14, Juli 2009, pp. 581-585.
- KNEIHS, Benjamin "Das Regulierungsrecht – Eine neue rechtswissenschaftliche Kategorie?", *ZöR*, Band 60, Heft 1, 2005, pp. 1-30.
- KNEMEYER, Franz-Ludwig – *Polizei- und Ordnungsrecht – Kurzlehrbücher für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München, 6. erweiterte Auflage, 1995.
- KNOPP, Lothar; HEINZE, Anke – "'Beste verfügbare Technik' und 'Stand der Technik' im Umweltrecht", *UPR*, n.º 6, 2004, pp. 212-216.
- KOBES, Stefan – "Emissionshandel 2008-2010", *NVwZ*, 26. Jahrgang, Heft 8, 2007, pp. 857-867.
- KOBES, Stefan – "Grundzüge des Emissionshandels in Deutschland", *NVwZ*, 23. Jahrgang, Heft 5, 2004, pp. 513-520.
- KÖBLER, Ralf – *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991.
- KOCH, Hans-Joachim – "Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht – ein Missverständnis?", *N+R*, 23. Jahrgang, Heft 10, Oktober 2001, pp. 541-551.
- KOCH, Hans-Joachim; SIEBEL-HUFFMANN, Heiko – "Das Artikelgesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und der weiterer Umweltschutzrichtlinien", *NVwZ*, 20. Jahrgang, Heft 10, 2001, pp. 1081-1089.
- KOCH, Hans-Joachim; WIENEKE, Annette – "Klimaschutz durch Emissionshandel", *DVBL*, 116. Jahrgang, Heft 14, 2001, pp. 1085-1095.
- KÖCK, Wolfgang – "Perspektiven integrierter Umweltplanung aus rechtlicher Sicht", *UPR*, 9/2002, pp. 321-326.
- KORNREICH, Mary Rose – "Setting Natural Ambient Air Quality Standards", in: MARTINEAU JR., ROBERT J.; NOVELLO, David P. (eds.), *The Clean Air Act Handbook*. SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1998, pp. 11-32.
- KOVEN, Lisa – "The Environmental Self-Audit Evidentiary Privilege", *UCLA L. Rev.*, vol. 45, n.º 4, April 1998, pp. 1167-1200.
- KRAJEWSKI, Markus – "Rechtsbegriff Daseinvorsorge", *VerwArch*, 99, Band, Heft 2, April 2008, pp. 174-196.
- KRÄMER, Ludwig – *EC Environmental Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011.
- KRÄMER, Ludwig – *EEC Treaty and Environmental Protection*, Sweet & Maxwell, London, 1990.
- KRAUSE, Lars – "Das Risiko und Restrisiko im Gefahrenstoffrecht", *NVwZ*, 28. Jahrgang, Heft 8, 2009, pp. 496-500.
- KROMAREK, Pascale – "Un code ou non? Über den UGB-Wunsch in Frankreich": in AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 189-211.
- KUBASEK, Nancy K.; BROWNE, M. Neil; JENNINGS, Kara; WILLIAMSON, Kara – "Mandatory Environmental Auditing: A Better Way to Secure Environmental Protection in the United States and Canada", *J. Land Res. & Envtl. L.*, vol. 18, n.º 2, 1998, pp. 261-292.
- KUBASEK, Nancy K.; SILVERMAN, Gary S. – *Environmental Law*, 3rd ed., Prentice Hall, New Jersey, 2000.
- KUEHN, Robert R. – "The Limits of Devolving Enforcement of Federal Environmental Laws", *Tul. L. Rev.*, vol. 70, n.º 6 – Part B, June 1996, pp. 2372-2395.
- KUGELKMANN, Dieter – "Die Genehmigung als Gestaltungsmittel integrierten Umweltschutzes – Abschied von der Kontrollierlaubnis?", *DVBL*, 117. Jahrgang, Heft 18, 2002, pp. 1238-1247.
- LABETOUILLE, D.; CABANES, P. – "Chronique générale de jurisprudence administrative française", *AJDA*, n.º 20, 1971, pp. 527-536.
- LADEUR, Karl-Heinz – "Conflict and Co-operation between European Law and the General Administrative Law of the Member States", in: LADEUR, Karl-Heinz (ed.), *The Europeanisation of Administrative Law – Transforming national decision-making procedures*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, England, 2002, pp. 1-13.

- LADEUR, Karl-Heinz – “Die Anpassungsfähigkeit des Verwaltungsrechts – Bericht über das Kolloquium ‘Reform des Verwaltungsrechts – Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit’”, *DÖV*, Jahr. 47, Heft 2, 1994, pp. 66-68.
- LAFRANCHI, Scott – “Surveying the precautionary principle’s ongoing global development: the evolution of an emergent environmental management environmental tool”, *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 32, n.º 3, 2005, pp. 679-720.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos – *La Autorización Administrativa*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2006.
- LANGERFELDT, Michael – “Das novellierte Umweltauditinggesetz”, *NVwZ*, 21. Jahrgang, Heft 10, 2002, pp. 1156-1164.
- LAUBADÈRE, André de – *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3^e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude – *Traité de droit administratif. Les Grands services publics administratifs*. Tome 3, 6^e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997.
- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves – *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, 14^e ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996.
- LAVOILLOTTE, Marie-Pierre – “L’environnement dans le nouveau code des marchés publics: l’affirmation du contrat au service de l’environnement”, *AJDA*, n.º 38, novembre 2004, pp. 2081-2084.
- LEISNER, Anna – “Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe”, *DÖV*, 55. Jahrgang, Heft 8, April 2002, pp. 326-334.
- LEITÃO, Manuela Prado – *Verdes Rótulos, Verdes Direitos? Os rótulos ecológicos de produtos visitados pelos direitos fundamentais do consumidor à informação e ao ambiente*, FDUC, Coimbra, 2010 (inédito).
- LEWINSKI, Kai von – “Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch” (Bericht), *N+R*, 28. Jahrgang, Heft 11, November 2006, pp. 696-698.
- LEYDEN, Pat – “The Price of Change: The Market Incentive Revolution”, *Nat. Resources & Env.*, vol. 12, n.º 3, Winter 1998, pp. 160-164.
- LIEFFERINK, Duncan; MOL, Arthur P. J. – “Voluntary Agreements as a Form of Deregulation? – The Dutch Experience”, in: COLLIER, Ute (ed.), *Deregulation in the European Union. Environmental perspectives*, Routledge, London, 1998, pp. 181-197.
- LIPSET, Seymour Martin (ed.) – *The Encyclopedia of Democracy*, vol. III, Routledge, London, 1995.
- LOBEL, Orly – “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, *MinLR*, vol. 89, n.º 2, Dec. 2004, pp. 342-470.
- LONDON, Caroline – “Instruments économiques et droit communautaire”, *RJE*, n.º 1, 1998, pp. 31-48.
- LOPES, Dulce – “Regime Jurídico Florestal: A Afirmação de um Recurso”, *RevCEDOUA*, n.º 11, Ano VI_1.03, 2003, pp. 59-88.
- LÓPEZ PINA, Antonio – “Prólogo”, in: SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema – Objecto e fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. VII-XV.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús – “El derecho a la información medioambiental”, *REDA*, n.º 144, Octubre – Diciembre 2009, pp. 667-678.
- LOTTERMOSE, Susanne – “Das neue Umweltgesetzbuch – Das Regelungskonzeption des Bundesumweltministeriums”, *UPR*, 11-12/2007, pp. 401-406.
- LOUREIRO, João – “Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência – Algumas questões juspublicísticas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, col. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 797-891.
- LOUREIRO, João – *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: algumas considerações*, *BFDUC*, col. *Studia Iuridica*, n.º 13, 1995.
- LOZANO CUTANDA, Blanca – *Derecho Ambiental Administrativo*, 8.^a ed., Dykinson, 2007.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude – “Efficient Environmental Legislation – On Different Philosophies of Pollution Control in Europe”, *JEL*, vol. 13, n.º 1, 2001, pp. 79-87.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude – “Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen”, *NVwZ*, 20. Jahrgang, Heft 5, 2001, pp. 481-493.
- LÜDER, Klaus – “Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor? – Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungssreform-diskussion”, *DÖV*, 49. Jahrgang, Heft 3, 1996, pp. 93-100.
- LUDWIG, Celso Luiz – “Razão Comunicativa e Direito em Habermas”, in: *A Escola de Frankfurt no Direito – Universidade Federal do Paraná – Setor de Ciências Jurídicas – Centro Acadêmico Hugo Simas*, Curitiba, 1999, pp. 115-121.
- MAÇAS, Fernanda – “A caducidade no direito administrativo: breves considerações”, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121-174.
- MAÇAS, Fernanda – “Os acordos sectoriais como um instrumento da política ambiental”, *RevCEDOUA*, n.º 5, 2000, pp. 37-54.
- MACERA TIRAGALLO, Bernard-Frank – “La problemática de la assunción de la inspección administrativa por entidades privadas”, in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1605-1624.

- MACERA TIRAGALLO, Bernard-Frank – “Las sanciones por infracciones ambientales cometidas por empresas industriales en el Derecho español: clases y cuestiones polémicas”, *RGA*, Anno XIV, n.º 6, Novembre-Dicembre 1999, pp. 823-839.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme – “Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira”, in: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.), *Dano Ambiental – Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 395-408.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme – *Direito Ambiental Brasileiro*, 16.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- MACRORY, R. – “Integrated Prevention and Pollution Control: the UK Experience”, in: BACKES, Chris; BETLEM, Gerrit (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, 1998, pp. 53-64.
- MAGALHÃES, José – “Ambiente de Perdição, Acções de Salvação: a Acção Popular Ecológica e o Direito às Compensações por Prejuízo Ambiental no Horizonte Português de 1992”, *RDP (Pt.)*, Ano IV, n.º 8, Jul.-Dez. 1990, pp. 9-41.
- MAGALHÃES, Paulo – *O Condomínio da Terra. Das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MAHFOOD, Stephen – “Implementing the 1990 Clean Air Act Amendments: a State Perspective”, *St. Louis U. Pub. L. Rev.*, vol. XX, n.º 1, 2001, pp. 15-20.
- MAKUCH, Zen – “Smart Regulation and the Revised Batteries Directive: The Future of Voluntary Agreements”, *EELR*, vol. 12, n.º 8-9, August-September 2003, pp. 233-249.
- MANTEN, Georg – “Volle Kraft voraus – Gesetz zur Reduzierung und Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren”, *DVBL*, 124. Jahrgang, Heft 4, 2009, pp. 213-220.
- MARCELINO, Margarida; ESPADA, Maria da Graça; VILÃO, Regina – *Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável – SIDS PORTUGAL*, Agência Portuguesa do Ambiente, Lisboa, 2007.
- MARCOS, Rui de Figueiredo – “O «lus Politiae» e o comércio. A idade publicista do direito comercial”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, col. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 655-684.
- MARKELL, David L. – “The Role of Deterrence-Based Enforcement in a ‘Reinvented’ State/ Federal Relationship: The Divide Between Theory and Reality”, *HELR*, vol. 24, n.º 1, 2000, pp. 1-114.
- MARQUES, Francisco Paes – *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substantiva*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital – “Economia de Mercado e Regulação”, in: LEITÃO, Maria Manuel; MOREIRA, Vital (org.), *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 13-15.
- MARTENS, Wolfgang – “Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr”, *DÖV*, 35. Jahrgang, Heft 3, Februar 1982, pp. 89-98.
- MARTÍN MATEO, Ramón – “Silencio positivo y actividad autorizante”, *RAP*, n.º 48, Sep-Dic. 1965, pp. 205-239.
- MARTÍN MATEO, Ramón – *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1991.
- MARTÍN MATEO, Ramón – *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV (Actualización), Edisofer, Madrid, 2003.
- MARTINI, Mário – “Die integrierte Vorhabengenehmigung als Herausforderung für Organisation und Struktur der Entscheidungsfindung”, *VerwArch*, 100. Band, Heft 1, Januar 2009, pp. 40-54.
- MASSERA, Alberto – “La nuova legge per il mezzogiorno e le norme sulla autorizzazione agli impianti”, *RTDP*, Anno XXIII, 1973, pp. 336-359.
- MAURER, Hartmut – “Das Vertrauensschutz prinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten”, in: GLAESER, Walter Schmitt (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren – Festschrift zum 50-Jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1977, pp. 223-257.
- MAURER, Hartmut – *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.
- MAURER, Hartmut – *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.
- MAURER, Hartmut; GROMITSARIS, A. – “Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt”, *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 10, Mai 1997, pp. 401-409.
- MAYER, Otto – *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. Band, Duncker & Humblot, Berlin, 3. Auflage, 1924.
- MAYER, Otto – *Le Droit Administratif Allemand*, Tome I (Partie Générale), V. Giard & E. Brière, Paris, 1903.
- MAYER, Otto – *Le Droit Administratif Allemand*, Tome II (Partie Spéciale), V. Giard & E. Brière, Paris, 1904.
- MAYNTZ, Renate – “Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme”, in: MAYNTZ, Renate, *Soziale Dynamik und politische Steuerung*, Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Köln, Band 29, Campus Verlag, 1997, pp. 186-208.
- MAYNTZ, Renate – *Soziale Dynamik und politische Steuerung*, Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Köln, Band 29, Campus Verlag, 1997.
- MCALLISTER, Lesley K. – “Beyond Playing ‘Banker’: The Role of the Regulatory Agency in Emissions Trading”, *ALR*, vol. 59, n.º 2, Spring 2007, pp. 269-313.
- MCCUBBIN, Patricia Ross – “The D. C. Circuit Gives New Life and New Meaning to the Nondelegation Doctrine in AMERICAN TRUCKING ASS’NS V. EPA”, *Va. Envtl. L.J.*, vol. 19, n.º 1, 2000, pp. 57-86.
- MCGARITY, Thomas O. – “The Goals of Environmental Legislation”, *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 31, n.º 3, 2004, pp. 529-554.

- MEDEIROS, Rui – “O Ambiente na Constituição”, *RDES*, Jan.-Dez., 1993, pp. 377-400.
- MEHTA, Alex – “The Benefits of IPC: views from industry”, *ELM*, vol. 10, n.º 4, July-August 1998, pp. 190-196.
- MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*, 29.ª ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle, Malheiros Editores, São Paulo, 2004.
- MELIOUS, Jean O.; THORNTON, Robert D. – “Contractual Ecosystem Management Under the Endangered Species Act: Can Federal Agencies Make Enforceable Commitments?”, *ELQ*, vol. 26, n.º 3, 1999, pp. 489-542.
- MELLO, Celso António Bandeira de – “Apontamentos sobre o poder de polícia”, *RDP (Br.)*, n.º 9, Julho-Setembro 1969, pp. 55-68.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel – “Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente”, in: AA. VV, *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, *BFUC*, Col. *Studia Iuridica*, n.º 81, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 61-85.
- MERRILL, Thomas W. – “Explaining Market Mechanisms”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 2000, n.º 1, pp. 275-298.
- MERRILL, Thomas W.; HICKMAN, Kristin E. – “Chevron’s Domain”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 89, n.º 4, April 2001, pp. 833-921.
- MIGIARRA, Maurizio – “Politiche nazionali ed europee per la riduzione del livello di emissione di gás ad effetto serra e per il raggiungimento degli obiettivi previsti dal protocollo di Kyoto”, *RGA*, Anno XIX, n.º 1, Gennaio-Febbraio 2004, pp. 131-163.
- MILFORD, Jana B. – “Tribal Authority under the Clean Air Act: How Is It Working?”, *Nat. Resources J.*, vol. 44, n.º 1, Winter 2004, pp. 213-242.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – “Código Penal reforça combate a fenómenos criminais” <http://www.portugal.gov.pt/Portal>.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1993.
- MINISTÉRIO DO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS (MARN) – *Plano nacional da política de ambiente: versão preliminar para discussão pública*, MARN, Lisboa, 1994.
- MINISTÉRIO DO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS (MARN) – *Plano nacional da política de ambiente*, MARN, Lisboa, 1995.
- MINISTÉRIO DO PLANEAMENTO – *Portugal: Plano de Desenvolvimento Regional 2000-2006*, Ministério do Planeamento, Lisboa, 1999.
- MINISTÉRIO DO PLANEAMENTO E DA ADMINISTRAÇÃO DO TERRITÓRIO. SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEAMENTO E DESENVOLVIMENTO REGIONAL. DIRECÇÃO-GERAL DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL – *Quadro Comunitário de Apoio ao PDR - Plano de Desenvolvimento Regional 1994-99*, Direcção-Geral do Desenvolvimento Regional, Lisboa, 1994.
- MINTZ, Joel A. – “Whither Environmental Reform?: Some Thoughts on a Recent AALS Debate”, *The Environmental Law Report – News and Analysis*, vol. XXXI, n.º 6, June 2001, pp. 10719-10725.
- MIRANDA, Jorge – “Ordem Pública”, in: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. XIV, Verbo, Lisboa, 1963.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (Direitos Fundamentais), 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- MOFFET, John; BREGHA, François – “An Overview of Issues With Respect to Voluntary Environmental Agreements”, *J. Environ. Law Pract.*, vol. 8, n.º 1, December 1998, pp. 63-94.
- MOHIN, Timothy J. – “The Alternative Compliance Model: A Bridge to the Future of Environmental Management”, *Environmental Law Reporter*, vol. XXVII, n.º 7, July 1997, pp. 10345-10356.
- MOLOT, Jonathan T. – “The Judicial Perspective in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference with the Judiciary’s Structural Role”, *Stan. L. Rev.*, vol. 53, n.º 1, October 2000, pp. 1-110.
- MONCADA, Luis Cabral de – *Direito Económico*, 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MONCADA, Luis Cabral de – *Direito Económico*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MONCADA, Luis Cabral de – *Lei e Regulamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MONIZ, Ana Raquel – “A Delegação Administrativa do Poder Regulamentar em Entidades Privadas (Algumas Questões)”, *BFUC*, vol. LXXXVI, 2010, pp. 209-257.
- MONTINI, Massimiliano – “Riflessioni sul modello di governance ambientale europea e sulla sua esportabilità”, *RGA*, Anno XX, n.º 6, Novembre-Dicembre 2005, pp. 1119-1123.
- MOOR, Pierre – *Droit Administratif*, vol. I, 2ª ed., Editions Staempfli, Berne, 1994.
- MOOR, Pierre – *Droit Administratif. Les actes administratifs et leur controle*, vol. II, Editions Staempfli, Berne, 1991.
- MORA, J. Ferrater – *Diccionario de Filosofía*, Tomo I, Ariel Referencia, Barcelona, 1994.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline – “Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique”, *RFDA*, n.º 2, 1996, pp. 218-227.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline – *Cours de Droit Administratif*, 8ª ed., Montchrestien, Paris, 2003.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline – *Le droit de l’environnement*, 7ª ed., PUF, Paris, 2006.
- MOREIRA, Vital – “Economia de Mercado e Interesse Público – Declaração de Condeixa”, in: MOREIRA, Vital (org.), *Estudos de Regulação Pública*, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 711-723.
- MOREIRA, Vital – “Economia e Constituição – Para o Conceito de Constituição Económica”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XVII, 1974, pp. 103-165; vol. XVIII, 1975, pp. 57-117; vol. XIX, 1976, pp. 1-47.

- MOREIRA, Vital – *Auto-Regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997.
- MORELLI, Lisa J. – “Citizen Suit Enforcement of Environmental Laws in the United States: An Overview”, *Environmental Liability*, vol. 5, n.º 1, 1997, pp. 19-29.
- MORIN, Edgar – *Introdução ao Pensamento Complexo*, 3.ª ed., Instituto Piaget, Lisboa, 2001.
- MORRIS, Andrew P. – “Lessons for Environmental Law from the American Codification Debate”, in: MEINERS, E.; MORRIS, Andrew (eds.), *The Common Law and the Environment - Rethinking the Statutory Basis for Modern Environmental Law*, Rowman and Littlefield Publishers, Inc., New York, 2000, pp. 130-157.
- MORTENSEN, Gram – “The EU Emission Trading Directive”, *EELR*, vol. 13, n.º 10, October 2004, pp. 275-284.
- MÜGGENBORG, Hans-Jürgen – “Mehrzweck- und Vielstoffgenehmigungen nach Bundes-Immissionschutzgesetz und alter Gewerbeordnung”, *NVwZ*, 27. Jahrgang, Heft 8, 2008, pp. 848-853.
- MUKAI, Toshio – “As Competências dos Entes Federados na Constituição de 1988, em Especial em Matéria Ambiental”, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Dezembro 1991, pp. 711-716.
- MÜNCH, Ingo von – “A Protecção do Meio Ambiente na Constituição”, *RJUA*, n.º 1, Junho, 1994, pp. 41-53.
- MÜNCH, Ingo von; EHLERS, Dirk – “Verwaltungs und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, in: ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1992, pp. 1-99.
- MURRAY, Paula C. – “Inching Toward Environmental Regulatory Reform – ISO 14000: Much Ado about Nothing or a Reinvention Tool?”, *America Business Law Journal*, vol. 37, n.º 1, Fall 1999, pp. 35-71.
- NABAIS, José Casalta – “Tributos com fins ambientais”, in: NABAIS, José Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, vol. III, 2010, pp. 173-207.
- NABAIS, José Casalta – *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- NABAIS, José Casalta – *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- NABAIS, José Casalta – *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 2.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2009.
- NÄCKEL, Antje; WASIELEWSKI, Andreas – “Das neue Recht auf Zugang zu Umweltinformationen”, *DVBL*, Heft 21/2005, 1, November 2005, pp. 1351-1359.
- NAIM-GESBERT, Eric – “Droit, expertise et société du risque”, *R.D.P.*, n.º 1, 2007, pp. 33-50.
- NAMORADO, Maria Ataíde – “Direito do Ambiente e Polícia Administrativa”, *RDAOT*, n.º 2, Março 1996, pp. 21-41.
- NASH, Johnathan Remy; REVESZ, Richard L. – “Markets and Geography: Designing Marketable Permit Schemes to Control Local and Regional Pollutants”, *ELQ*, vol. 28, n.º 3, 2001, pp. 569-661.
- NASH, Jonathan Remy – “Too Much Market? Conflict Between Tradable Pollution Allowances and the ‘Polluter pays’ Principle”, *HELR*, vol. 24, n.º 2, 2000, pp. 465-535.
- NEAL, Jennifer – “Paving the Road to Wetlands Mitigation Banking”, *B.C. Env'tl. Aff. L. Rev.*, vol. 27, n.º 1, Fall 1999, pp. 161-192.
- NEBLER, Volker – “Der transnationale Verwaltungsakt – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts”, *NVwZ*, Heft 9, 1995, pp. 863-866.
- NESPOR, Stefano – “Miti dei nostri tempi: da deregulation ambientale e gli Stati Uniti”, *Riv. Giuridica dell’Ambiente*, Anno XII, n.º 6, Novembre-Diciembre 1997, pp. 851-859.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 11.ª ed. revista, ampliada e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- NETO, Orlando Celso da Silva – “Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano”, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.), *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*, 2.ª ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 393-417.
- NICHOLS, D. – “Towards Reviving the Efficacy of Administrative Compliance Orders: Balancing Due Process Concerns and the Need for Enforcement Flexibility in Environmental Law”, *ALR*, vol. 57, n.º 1, Winter 2005, pp. 193-227.
- NIETO, Alejandro – “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, *RAP*, n.º 81, septiembre-diciembre 1976, pp. 35-75.
- NOVAIS, Jorge Reis – “Ainda sobre o jus aedificandi (... mas agora como problema de direitos fundamentais)”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, vol. II, pp. 493-521
- NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- NOVELLO, David P. – “Overview of the Title V Operating Permit Program”, in: MARTINEAU JR., Robert J.; NOVELLO, David P. (eds.), *The Clean Air Act Handbook*. SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1998, pp. 444-474.
- O'REALLY, James T. – “EPA Rulemaking After the 104th Congress: Death from Four Near-Fatal Wounds?”, *The Environmental Lawyer*, vol. 3, n.º 1, September 1996, pp. 1-35.

- OCDE – *Guidelines and Considerations for the Use of Economic Instruments in Environmental Policy* (OECD Council Recommendation C(90) 177/Final, de 31 de Janeiro de 1991).
- OLIVEIRA, Esteves; GONÇALVES, Pedro; AMORIM, Pacheco de – *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1998.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula – “As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares - Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 991-1048.
- ORLANDO, V. E. – “Introduzione al diritto amministrativo (I presuposti, il sistema, le fonti)”, in: ORLANDO, V. E. (org.), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1897, pp. 1-107.
- ORLANDO, V. E. – “Prefazione”, in: ORLANDO, V. E. (org.), *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1897, pp. v-xvi.
- ORTEGA, Luís – “Prólogo”, in: CASSESE, Sabino, *La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, pp. 7-11.
- ORTEGA, Rivero – *El Estado vigilante – Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- ORTOLANI, G. – “Autorizzazione e approvazione”, in: *Scritti Giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II (Diritto amministrativo), Cedam, Padova, 1940, pp. 249-283.
- ORTS, Eric W. – “Reflexive Environmental Law”, *Nw. U. L. Rev.*, vol. 89, n.º 4, Summer 1995, pp. 1227-1340.
- OSSENBUHL, FRITZ – “Die Handlungsformen der Verwaltung”, *JuS*, 19, Jahrgang, Heft 10, 1979, pp. 681-687.
- OWLEY, Jessica – “Piney Run: The Permits Are Not What They Seem”, *ELQ*, vol. 30, n.º 3, 2003, pp. 429-447.
- PAGE, Thomas Julian – “The Limits of Devolution in Environmental Law. A Comparison of Regional and Statewide Ambient Air Quality Planning in the United States and Germany”, *The University of Chicago Legal Forum*, 1997, pp. 527-550.
- PAGH, Peter – “The Battel on Environmental Policy Competences; Challenging the Stricter Approach: Stricter Might Lead to Weaker Protection”, in: MACRORY, Richard (ed.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law – A High Level of Protection?*, The Avosetta Séries, n.º 7, Europa Law Publishing, 2006, pp. 3-16
- PAIXÃO, J. da Silva; SEIA, J. Aragão; CADILHA, C. A. Fernandes – *Código Administrativo – Atualizado com notas remissivas para a legislação avulsa complementar*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 1998.
- PALASÍ, Villar – “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, n.º 3, septiembre-diciembre 1950, pp. 53-129.
- PARADA, Ramón – *Derecho Administrativo*, I (Parte Geral), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, Luciano – “La idea de la Reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España”, in: BARNES, Javier (ed.), *Inovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Seville, 2006, pp. 177-202.
- PAREJO ALFONSO, Luciano – *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*, Ariel Derecho, Madrid, 2003.
- PEARSON, David – “Integrated Pollution Control”, *Environmental Liability*, vol. 2, n.º 4, 1994, pp. cs65-cs67.
- PERCIVAL, Robert V. – “Regulatory Evolution and the Future of Environmental Policy”, *The University of Chicago Legal Forum*, 1997, pp. 159-198.
- PEREIRA DA COSTA “Os Direitos de Terceiros nos Licenciamentos de Operações Urbanísticas”, *RevCEDOUA*, n.º 7, ano IV_1.01, 2001, pp. 103-113.
- PETERS, Heinz-Joachim – *Umweltrecht*, 4. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2010.
- PETERS, Heinz-Joachim – *Umweltverwaltungsrecht*, C. H. Müller Verlag, Heidelberg, 2. Auflage, 1996.
- PETERS, Heinz-Joachim; SCHENK, Karlheinz; SCHLABACH, Erhard – *Umweltverwaltungsrecht: Grundlagen und praxisorientierte Fallbearbeitung*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990.
- PETERSEN, Frank – *Schutz und Vorsorge – Strukturen der Risikoerkenntnis, Risikozurechnung und Risikosteuerung der Grundpflichten im Bundes-Immissionsschutzgesetz*, Schriften zum Umweltrecht, Band 30, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993.
- PETRELLA, Ricardo – “La société post-industrielle: quelles avenir nous préparons-nous?”, in: *Quel Avenir Pour le Droit de l'Environnement?*, Actes du colloque organisé par le CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement - F.U.S.L.) et le CIRT (Centrum interactie recht en technologie - V.U.B.), Bruxelles, 1996, pp. 463-477.
- PEZZOLI, Keith – “Environmental Management Systems (EMSS) and Regulatory Innovation”, *Cal. W. L. Rev.*, vol. 36, n.º 2, Spring 2000, pp. 335-365.
- PICON RISQUEZ, Juan (coord.) – *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- PIEROTH, Bodo – “Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes”, *JZ*, 39. Jahrgang, Heft 21, November 1984, pp. 971-978.
- PIEROTH, Bodo – “Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes”, *JZ*, 45. Jahrgang, Heft 6, März 1990, pp. 279-286.
- PILS, Michael Johannes – “Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht”, *DÖV*, 61. Jahrgang, Heft 22, November 2008, pp. 941-948.

- PINA, Carlos Costa – “Mercado de Derechos de Emisión de CO₂”, in: *Estudios Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 467-515.
- PIRES, Francisco Lucas – *Os Novos Direitos dos Portugueses – Explicação e Súmula dos Nossos Direitos de Cidadania Europeia*, Difusão Cultural, Lisboa, 1994.
- PITSCHAS, Rainer – “El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, in: BARNES, Javier (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 203-262.
- PONCE SOLÉ, Juli – “Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental”, *RDUMA*, n.º 183, Enero-Febrero 2001, pp. 147-192.
- PONTIER, Jean-Marie – “Le droit administratif et la complexité”, *AJDA*, n.º 3, 2000, pp. 187-195.
- PORRAS NADALES, Antonio J. – “El Derecho Regulatorio”, *REP*, n.º 117, Julio-Septiembre 2002, pp. 49-72.
- PORTA, Giorgio – “Environmental Policy Instruments in a Deregulatory Climate – The business perspective”, in: COLLIER, Ute (ed.), *Deregulation in the European Union. Environmental perspectives*, Routledge, London, 1998, pp. 165-180.
- PORTOCARRERO, Marta – *Modelos de Simplificação Administrativa - A Conferência Procedimental e a Concentração de Competências e Procedimentos no Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2002.
- POSCHER, Ralf – *Gefahrenabwehr – Eine dogmatische Rekonstruktion*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- POSIN, Daniel Q. – “The Error of the Coase Theorem: of Judges Hand and Posner and Carrol Towing”, *Tul. L. Rev.*, vol. 74, n.º 2, 1999, pp. 629-658.
- POUJADE, Robert – *Le ministère de l'impossible*, Calmann-Lévy, Paris, 1975.
- POWERS, Ann – “Reducing Nitrogen Pollution on Long Island Sound: Is There a Place for Pollution Trading?”, *Colum. J. Envtl. L.*, vol. 23, n.º 2, 1998, pp. 137-216.
- POZAS, Jordana de – “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *RAP*, n.º 4, 1951, pp. 11-28.
- POZAS, Jordana de – “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *REP*, n.º 48, 1949, pp. 41-54.
- POZZO, Barbara – “La nuova direttiva (2003/87/CE) sullo scambio di quote di emissione: prime osservazioni”, *RGA*, Anno XIX, n.º 1, Gennaio-Febbraio 2004, pp. 11-21.
- PRIEUR, Michel – “L'Agreement des Associations de Protection de l'Environnement et du cadre de vie, procédure et bilan provisoire”, in: HELIN, Jean-Claude; HOUSTIQU, René (dir.), *Les Associations, l'Environnement et le Droit*, *Económica, Travaux et Recherches – Série Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Nantes*, Paris, 1984, pp. 41-57.
- PRIEUR, Michel – “Les nouveaux droits”, *AJDA*, n.º 21, juin 2005, pp. 1157-1163.
- PRIEUR, Michel – “Pourquoi une codification?”, *RJE*, n.º spécial “Le code français de l'environnement”, 2002, pp. 9-14.
- PRIEUR, Michel – *Droit de l'environnement*, 5^e ed., Dalloz, Paris, 2004.
- PUGLIESE, Giovanni – “Giudicato civile”, in: MORTARI, Constantino; PUGLIATTI, Salvatore (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, pp. 727-893.
- PUREZA, José Manuel – *Tribunais, Natureza e Sociedade: o Direito do Ambiente em Portugal*, Cadernos do CEJ, Gabinete de Estudos Jurídico-Sociais do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996.
- RAHNEMAY RABANNI, Roberto – “Permisos negociables de emisión de CO₂ en la UE”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 17, n.º 2, 2008, pp. 131-154.
- RAIMONDO, Marco di – *Diritto di Polizia*, 4.^a ed., Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 1999.
- RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento – “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 28, Mayo - Agosto 2006, pp. 221-266.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás – “Inscripciones y autorizaciones industriales”, *RAP*, n.º 52, Enero-Abril 1967, pp. 421-446.
- RAMOS, Vasco Moura – “O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (Art. 61.º, n.º 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português”, *BFDUC*, vol. LXXVII, 2001, pp. 833-871.
- RANELLETTI, Oreste – “La Polizia di Sicurezza”, in: ORLANDO, V. E. (org.) *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. IV, Società Editrice Libreria, Milano, 1908, pp. 205-1252.
- RANELLETTI, Oreste – “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Giurisprudenza italiana*, XLVI, 1894, pp. 7-83.
- RANELLETTI, Oreste – “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Riv. it. scienze giur.*, XVII, 1894, pp. 3-100 e 315-372.
- RANELLETTI, Oreste – “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative”, *Riv. it. scienze giur.*, XIX, 1895, pp. 3-107; XX, 1895, pp. 255-337; XXI, 1896, pp. 77-172 e 350-379; XXII, pp. 177-277.

- RANELLETTI, Oreste – *Lezioni di Diritto Amministrativo – Le garanzie della legalità nella pubblica amministrazione*, 1.ª Puntata, Lorenzo Alvano Libraio Editore, Napoli, 1925.
- RANELLETTI, Oreste – *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7.ª ed. riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1945.
- RANGEL, Paulo Castro – “Uma Teoria da Interconstitucionalidade. Pluralismo e Constituição no Pensamento de Francisco Lucas Pires”, *Themis*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 127-151.
- RANGEL, Paulo Castro – *Concertação, Programação e Direito do Ambiente (A propósito do sentido e da causa-função do contrato-programa de redução da carga poluente)*, col. *Argumentum*/7, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- RAZON, Rachel Brasso – “What is Good for the Market, Can be Bad for the Health: Emissions Trading Under SCAQMD’s Rule 1610 and the Unjust Environmental Effects”, *Golden Gate U. L. Rev.*, vol. 29, n.º 3, Spring 1999, pp. 539-577.
- REBENTISCH, Manfred – “Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts”, *NVwZ*, 25. Jahrgang, Heft 7, 2006, pp. 747-752.
- REHBINDER, Eckard – “Vertragsnaturschutz: Erscheinungsformen, Rechtsprobleme, ökologische Wirkungen”, *DVBL*, Heft 12, 2000, pp. 859-868.
- REHBINDER, Eckard – “Zur Entwicklung des Luftqualitätsrechts”, *N+R*, 27. Jahrgang, Heft 8, August 2005, pp. 493-498.
- REHBINDER, Eckard; STEWART, Richard – “Legal Integration in Federal Systems: European Community Environmental Law”, *Am. J. Comp. L.*, vol. XXXIII, n.º 3, Summer 1985, pp. 371-446.
- REIS, João Pereira – *Lei de Bases do Ambiente. Anotada e Comentada. Legislação Complementar*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- REITZE JR., Arnold W. – *Air Pollution Law*, Michie Butterworth Law Publishers, Charlottesville, Virginia, 1995.
- REITZE JR., Arnold W.; LOWELL, Randy – “Control of Hazardous Air Pollution”, *B.C. Env’tl. Aff. L. Rev.*, vol. 28, n.º 2 e 3, Winter 2000, pp. 229-362.
- RENGELING, H.-W. – “Nebenbestimmungen”, KIMMINICH, Otto; VON LERSNER, Heinrich Freiherr; STORM, Peter-Christoph (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, II. Band, 1994, pp. 1466-1472.
- RESTA, Raffaele – *La Revoca degli atti amministrativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1935.
- REUTLINGER, M. – *Wills, Trusts, and Estates, Essential Terms and Concepts*, Little Brown and Company, Boston, 1993.
- REVESZ, Richard L. – “The race to the bottom and Federal Environmental Regulation: A Response do Critics”, *MinLR*, vol. 82, n.º 2, 1997, pp. 535-564.
- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada – “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales”, *RDUMA*, n.º 185, Abril-Mayo 2001, pp. 111-156.
- RIBEIRO, Maria Teresa; SCHLEGELMILCH, Kai; GEE, David – “Environmental Taxes seem to be Effective Instruments for the Environment”, in: STERNER, Thomas (ed.), *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 1999, pp. 181-203.
- RICHARDSON, Sarah C. – “The Changing Political Landscape of Hydropower Project Relicensing”, *Wm. & Mary Env’tl. L. & Pol’y Rev.*, vol. 25, n.º 2, 2000, pp. 499-531.
- RIESEL, Daniel – “Forecasting Significant Air Act Implementation Issues: Permitting and Enforcement”, *Pace Env’tl. L. Rev.*, vol. 14, n.º 1, Fall 1996, pp. 129-168.
- RITTER, Ernst-Hasso – “Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht”, in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 4), 1997, pp. 207-248.
- RIVET, M. – “Conclusions (De l’annulation, par l’administration, des actes juridiques irréguliers. C. d’Etat, 3 novembre 1922, Cachet)”, *R.D.P.*, Tomo 39 (XXXIX^e année), 1922, pp. 552-561.
- ROBERTSON, Heidi Gorovitz – “If Your Grandfather Could Pollute, So Can You: Environmental ‘Grandfather Clauses’ and Their Role in Environmental Inequity”, *Cath. U. L. Rev.*, vol. 45, n.º 1, Fall 1995, pp. 131-179.
- ROBERTSON, R. – *Globalization: Social theory and global culture*, Sage, London, 1992.
- ROCHE, Catherine – *L’essentiel du Droit de l’Environnement*, 2^e ed., Gualino éditeur, Paris, 2006.
- RÖCKINGHAUSEN, Marc – “Der Bestandsschutz von immissions-schutzrechtlichen Genehmigung – u. a. im Lichte der geplanten IPPC-Richtlinie”, *UPR*, 2/96, Februar 1996, pp. 50-54.
- RODGERS, William – *Environmental Law*, 2nd ed., Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – “Anotação ao artigo 279.º do Código Penal”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II (Artigos 202.º a 307.º), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 944-978.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia – “La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado social de Derecho”, *RAP*, n.º 167, mayo-agosto 2005, pp. 403-422.

- RÖHL, Hans Christian – “Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden”, *JZ*, 61. Jahrgang, n.º 17, 2006, pp. 831-839.
- RÖHL, Hans Christian; LADENBURGER, Clemens – *Die materielle Präklusion im raubezogenen Verwaltungsrecht – Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben/ Verwaltungsrechtsdogmatische Einordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- ROMANO, Santi – *Corso di Diritto Amministrativo – Principi Generali*, 3.ª ed. riveduta, Cedam, Padova, 1937.
- ROMANO, Santi – *Corso di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1932.
- ROMANO, Santi – *Principi di diritto amministrativo italiano*, 3.ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1912.
- RÖMI, Raphael – “Science et Droit de l’Environnement: da quadrature du cercle”, *AJDA*, n.º 6, 1991, pp. 432-438.
- RÖMI, Raphael – *Droit et administration de l’environnement*, 4^e ed., Montchrestien, Paris, 2001.
- ROMSTAD, Erik – “Theoretical Considerations Regarding the Effectiveness of Policy Instruments”, in: STERNER, Thomas (ed.), *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 1999, pp. 50-65.
- RONELLENFITSCH, Michael – *Selbstverwaltung und Deregulierung in Ordnungs- und Umweltrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- ROSENBLUM, David H.; KRAVCHUK, Robert S. – *Public Administration. Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*, 5th ed., McGraw-Hill, New York, 2002.
- ROSENBLUM, David H.; O’LEARY, Rosemary – *Public Administration and Law*, 2nd ed., Marcel Dekker, New York, 1997.
- ROTT, Joachim – “100 Jahre ‘Kreuzberg-Urteil’ des PrOVG”, *NVwZ*, Heft 7, 1982, pp. 363-364.
- RUBENSTEIN, Sarah W. – “Injunctions Under NEPA After Weinberger v. Romero-Barcelo and Amoco Production Co. v. Village”, *Wis. Environ. Law J.*, vol. 5, n.º 1, Winter 1998, pp. 1-22.
- RUFFERT, M. – “Der transnationale Verwaltungsakt”, *DV*, 34, Band, Heft 4, 2001, pp. 453-485.
- SACH, Karsten – *Genehmigung als Schutzschild? Die rechtsstellung des Inhabers einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung – Schriften zum Umweltrecht*, Bd. 44, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- SALVIA, Filippo – “Gli strumenti giuridici della tutela ambientale”, *RGa*, Anno VIII, fasc. n.º 2, 1993, pp. 209-221.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel – *Derecho Administrativo - Parte General*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- SANCHEZ SÁEZ, José – “Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente”, *RAP*, n.º 163, enero-abril 2004, pp. 279-310.
- SANCHEZ, Dionisio F. G.; MORENO, Pedro T. N. – “Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico”, *RDUMA*, n.º 155, Julio-Agosto 1997, pp. 999-1042.
- SAND, Peter H. – “Sticks, carrots and games”, in: BOTHE, Michael; SAND, Peter H. (eds.), *La politique de l’environnement – De la réglementation aux instruments économiques*, Académie de Droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, The Hague, 2003, pp. 3-36.
- SANDHÖVVEL, Armin – “What can be achieved using instruments of self-regulation in environmental policy making?”, *EELR*, vol. 7, n.º 3, 1998, pp. 83-85.
- SANDULLI, Aldo – “Abilitazioni – Autorizzazioni – Licenze”, in: AA. Vv., *Studi in Onore di Francesco Messineo per il suo XXXV Anno d’insegnamento*, vol. 3, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, pp. 349-362.
- SANDULLI, Aldo – “Notazioni in Tema di Provvedimenti Autorizzativi”, *RTDP*, Anno VII, 1957, pp. 784-803.
- SANDULLI, Aldo – *Il Procedimento Amministrativo*, Ristampa inalterata (à ed. de 1940), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.
- SANDULLI, Aldo – *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1, 15.ª ed., Jovene Editore, Napoli, 1989.
- SANDULLI, Aldo – *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2, 15.ª ed., Jovene Editore, Napoli, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso – *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., col. CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2002.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão – *Direito Económico*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- SANZ RUBIALES, Iñigo – “La captura y almacenamiento de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril de 2009”, in: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.), *Actas do Colóquio Ambiente & Energia*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 11-37.
- SANZ RUBIALES, Iñigo – “Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica”, in: SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 3693-3710.
- SANZ RUBIALES, Iñigo – “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, *REDA*, n.º 125, Enero-Marzo 2005, pp. 31-64.
- SAVAGE, Justin – “Confiscation of Emission Reduction Credits: the Case for Compensation under the Takings Clause”, *Va. Envtl. L.J.*, vol. 16, n.º 2, Winter 1997, pp. 227-271.
- SCHARPF, Fritz – *Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2000.
- SCHEIDLER, Alfred – “Die Voraussetzungen der immissionsschutzrechtliche Genehmigung”, *BauR*, 39. Jahrgang, Heft 6, 2008, pp. 941-951.

- SCHEIDLER, Alfred – "Integrative Elemente im Immissionsschutzrecht", *NUR*, 30. Jahrgang, Heft 11, November 2009, pp. 764-770.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger – "Polizei- und Ordnungsrecht", in: STEINER, Udo (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 5. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1995, pp. 175-371.
- SCHERZBERG, Arno – "Der private Gutachter im Umweltschutz", *NVwZ*, 25. Jahrgang, Heft 4, 2006, pp. 377-385.
- SCHILLER, Reuel E. – "The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law", *Mich. L. Rev.*, vol. 106, n.º 3, December 2007, pp. 399-441.
- SCHINK, Alexander – "Umweltschutz als Staatsziel", *DÖV*, 50. Jahrgang, Heft 6, März 1997, pp. 221-229.
- SCHLICHTER, Otto – "Abwägung", in: KIMMINICH, Otto; VON LERSNER, Heinrich Freiherr; STORM, Peter-Christoph (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, I. Band, 1994, pp. 49-58.
- SCHMEHL, Arndt – "Die Abgrenzung zwischen echter Auflage und Inhaltsbestimmung der Genehmigung", *UPR*, n.º 9/98, 1998, pp. 334-336.
- SCHMEHL, Arndt – "Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Bestands- und Vertrauensschutzes bei Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt", *DVBL*, vol. 1, 1999, pp. 19-27.
- SCHMIDT, Hennig; WÖRN, Thilo – "Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Umweltinformationsgesetz in den Jahren 2007 und 2008", *NuR*, 30. Jahrgang, Heft 11, November 2009, pp. 770-773.
- SCHMIDT, Luísa; NAVE, Joaquim Gil; GUERRA, João – *Autarquias e Desenvolvimento Sustentável – Agenda 21 Local e novas estratégias ambientais*, Ed. Fronteira do Caos, Porto, 2005.
- SCHMIDT, Michael N. – "Delegation and Discretion: Structuring Environmental Law to Protect the Environment", *J. Land Use & Envtl. L.*, vol. 16, n.º 1, Fall 2000, pp. 111-127.
- SCHMIDT, Reiner – "Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht", *Verwaltungs-ARchiv*, 91. Band, Heft 2, April 2000, pp. 149-168.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive", *ZöR*, Band 55, Heft 2, 2000, pp. 159-179.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", in: BARNES, Javier (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Seville, 2006, pp. 15-132.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen", *DVBL*, 108. Jahrgang, Heft 17, September 1993, pp. 924-936.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung", in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 5), 1998, pp. 245-269.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Europäisches Verwaltungsrecht als Systematische Ordnung", *DV*, 42. Band, Heft 3, 2009, pp. 439-445.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania", *RTDP*, Anno III, 1997, n.º 1, pp. 27-74.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – "Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problem-skizze", in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 4), 1997, pp. 9-63.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee - Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer Verlag, Heidelberg, 1998.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; DAGRON, Stéphanie – "Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand", *RFAP*, n.º 127, 2008, pp. 525-541.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno; KLEIN, Franz – *Kommentar zum Grundgesetz*, Luchterhand Verlag, 9. Auflage, 1999.
- SCHMIDT-PREUß, Matthias – "Flexible Instrumente des Umweltschutzes", in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELT-TRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 309-331.
- SCHMIDT-PREUß, Matthias – "Veränderungen grundlegender Strukturen des deutschen (Umwelt-) Rechts durch das «Umweltgesetzbuch I»", *DVBL*, 113. Jahrgang, Heft 16, 1998, pp. 857-868.
- SCHMITZ, Heribert; WESSENDORF, Franz – "Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im VwVfG und der Wirtschaftsstandort Deutschland", *NVwZ*, 15. Jahrgang, Heft 10, 1996, pp. 955-961.
- SCHNEIDER, Jens-Peter – "Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren", in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich – Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz*, Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung, Schriften zum Umweltrecht, Band 85, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 80-95.
- SCHNEIDER, Jens-Peter – "Interessenverarbeitung in flexibilisierten Genehmigungsverfahren", in: SCHMIDTCHEN, Dieter; SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jörg (Hrsg.), *Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat – Ökonomische Analyse der Flexibilisierung von Genehmigungsverfahren*, Baden-Baden, 1999, pp. 80-95.

- SCHNEIDER, Jens-Peter – “Kooperative Verwaltungsverfahren: Problemebenen der Kooperation in multilateralen Interessenstrukturen, aufgezeigt am Beispiel von nachvollziehender Amtsermittlung, Vorhaben- und Erschließungsplan sowie Konfliktmittlung”, *VerwArch*, 87. Band, Heft 1, 1996, pp. 38-67.
- SCHNEIDER, Raphaël – “Installations classées (Panorama de la jurisprudence)”, *RJE*, n.º 1, 1999, pp. 127-152.
- SCHOCH, Friedrich – “Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität”, in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts; Band 2), Baden-Baden, 1994, pp. 199-244.
- SCHOENBROD, D. – “Protecting the Environment in the Spirit of the Common Law”, in: MEINERS, E.; MORRIS, Andrew P. (eds.), *The Common Law and the Environment-Rethinking the Statutory Basis for Modern Environmental Law*, Rowman and Littlefield Publishers, Inc., New York, 2000, pp. 3-24.
- SCHOMERUS, Thomas; TOLKMITT, Ulrike – “Die Umweltinformationsgesetze der Länder im Vergleich”, *NVwZ*, 26. Jahrgang, Heft 10, 2007, pp. 1119-1125.
- SCHREIBER, Frank – *Das regelungsmodell der Genehmigung im integrierten Umweltschutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke – “Die Öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen”, *DV*, 31. Band, Heft 4, 1998, pp. 415-447.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke – “Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel – Von Planung über Steuerung zu Governance?”, *AöR*, 133. Band, Heft 1, März 2008, pp. 79-106.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke – “Was ist und wozu Governance?”, *DV*, 40. Band, Heft 4, 2007, pp. 463-511.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard – *L’Autorité de Chose Décidée*, Bibliothèque de droit public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969.
- SCHWARZ, Kyrill-A. – *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip – Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- SCHWARZE, Jürgen – *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Nomos, Baden-Baden, 1996.
- SCHWARZE, Jürgen – *Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.
- SECKELMANN, Margrit – “Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der «Global Governance»”, *VerwArch*, 98. Band, Heft 1, Januar 2007, pp. 30-53.
- SEERDEN, René; HELDEWEG, Michiel – “Towards a *ius Commune* in Public Environmental Law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maastricht 12-13 June 1997”, *EELR*, vol. 7, n.º 2, 1998, pp. 40-60.
- SELLNER, Dieter – “Nachträgliche Auflagen und Widerruf der Genehmigung bei Kernergieanlagen”, in: FRANZEN, E.; REDEKER, K.; SCHLICHTER, O.; WILKE, D (Hrsg.), *Festschrift für Sandler*, C. H. Beck Verlag, München, 1991, pp. 339-356.
- SEDLER, Horst – “Vom Nutzen und Nachteil der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für den Umweltschutz”, in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 975-996.
- SÉNERS, François – “Le découplage du retrait et du recours – Conseil d’État, Assemblée, 26 octobre 2001, Ternon”, *RFDA*, n.º 1, Janvier-Février 2002, pp. 77-86.
- SÉPIBUS, Joëlle de – “The European Emissions Trading Scheme put to the Test of State Aid Rules”, *ULR*, vol. 17, n.º 3, 2007/2008, pp. 94-98.
- SERENO, Amparo – “A protecção do solo e do subsolo – o diploma das pedreiras”, *RJUA*, n.º 17, Junho 2002, pp. 9-33.
- SERRA, Pedro Cunha – “O Regime de Caudais nas Convenções Luso-Espanholas de Rios Transfronteiriços”, *RevCEDOUA*, n.º 15/16, Ano VIII_1/2.05, 2005, pp. 9-73.
- SEVERO GIANNINI, Massimo – “Difesa dell’Ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale”, *RTDP*, Anno XXI, fasc. n.º 3, 1971, pp. 1122-1134.
- SHAPIRO, Sydney – “Administrative Law After the Counter-Reformation: Restoring Faith in Pragmatic Government”, *U. Kan. L. Rev.*, vol. 48, n.º 4, May 2000, pp. 689-750.
- SHECAIRA, Muniz – “A Competência das Agências Regulatórias nos EUA”, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.), *Direito Regulatório – Temas Polêmicos*, 2.ª ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 419-435.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão – “A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e o Direito Ambiental”, in: VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. (orgs.), *O Novo em Direito Ambiental*, Livraria Del Rey Editora Ld., Belo Horizonte, 1998, pp. 125-140.
- SHERMER, Steven D. – “The Efficiency of Private Participation in Regulating and Enforcing the Federal Pollution Control Laws: A Model for Citizen Involvement”, *J. Envtl. L. & Litig.*, vol. 14, n.º 2, 1999, pp. 461-493.
- SILVA, Filipe Fraústo da – “Proliferação legislativa: Que hipóteses de superação?”, *CCL*, n.º 7, Abril/Junho 1993, pp. 83-95.
- SILVA, João Nuno Calvão da – *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

- SILVA, Susana Tavares da – *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.
- SILVA, Vasco Pereira da – *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.
- SILVA, Vasco Pereira da – *Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, Principia, Lisboa, 1997.
- SILVA, Vasco Pereira da – *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2002.
- SINDEN, Amy – “In Defense of Absolutes: Combating the Politics of Power in Environmental Law”, *Iowa L. Rev.*, vol. 90, n.º 4, April 2005, pp. 1405-1511.
- SOARES, Cláudia Alexandra Dias – “Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente”, *RevCEDOUA*, n.º 4, Ano II, 2002, pp. 53-70.
- SOARES, Cláudia Alexandra Dias – *O Imposto Ecológico – Contributo para o Estudo dos Instrumentos Económicos de Defesa do Ambiente*, col. *Studia Iuridica*, n.º 58, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 144-148.
- SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito Administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Coimbra no ano de 1977/78*, Coimbra, 1978.
- SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, Curso de Direito no Porto, policopiado, sem data.
- SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito Público e Sociedade Técnica*, Colec. Itinerários, Ed. Tenacitas, Coimbra, 2008 (1969).
- SOARES, Rogério Ehrhardt – *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1955.
- SOLEIHAC, Thibault – “Vers une commercialité des autorisations administratives”, *AJDA*, n.º 40, 2007, pp. 2178-2187.
- SORRENTINO, Pierluigi – “Brevi note sulla natura giuridica delle autorizzazioni di polizia al porto d’ armi”, *Riv. amm.*, fasc. 2/3, vol. 145, 1994, pp. 298-301.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – *Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela – *Direito Administrativo Regulatório*, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002.
- SPAN, Henry A. – “Of TEAs and Takings: Compensation Guarantees for Confiscated Tradeable Environmental Allowances”, *The Yale Law Journal*, vol. 109, n.º 8, 2000, pp. 1983-2020.
- SPARWASSER, Reinhard; ENGEL, Rüdiger; VOBKUHLE, Andreas – *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 4. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000.
- SPARWASSER, Reinhard; ENGEL, Rüdiger; VOBKUHLE, Andreas – *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 5. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2003.
- SPENCE, David B. – “Can the Second Generation Learn from the First? Understanding the Politics of Regulatory Reform”, *Cap. U. L. Rev.*, vol. 29, n.º 1, 2001, pp. 205-222.
- SPIECKER, Indra – “Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch”, *DVBL*, 122. Jahrgang, Heft 17, 2007, pp. 1074-1083.
- STARKEY, Richard – “Competitiveness, deregulation and environmental protection”, in: Ute COLLIER (ed.), *Deregulation in the European Union. Environmental perspectives*, Routledge, London, 1998, pp. 23-41.
- STAVANG, Juris Endre – “Property in emissions? Analysis of the Norwegian GHG ETS with references also to the UK and the EU”, *ELM*, vol. 17, n.º 5, September-October 2005, pp. 209-217.
- STEINBERG, Rudolf – “Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag”, *DÖV*, 35. Jahrgang, 1982, pp. 619-631.
- STEINBERG, Rudolf; ROLLER, Gerhard – “Atomrechtliche Schadenvorsorge und ‘Restrisiko’”, in: STEINBERG, Rudolf; ROLLER, Gerhard, *Schadenvorsorge im Atomrecht zwischen Genehmigung, Bestandschutz und staatlicher Aufsicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 9-114.
- STEINBERG, Rudolf; SCHUETZE, Daniel – “Umweltvertraegliche Technikgestaltung durch Recht”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Jahr 81, Heft 3, 1998, pp. 255-284.
- STEINZOR, Rena I. – “Reinventing Environmental Regulation: Back to the Past by Way of the Future”, *Environmental Law Reporter*, vol. XXVIII, n.º 7, July 1998, pp. 10361-10372.
- STEINZOR, Rena I. – “Reinventing Environmental Regulation: The Dangerous Journey from Command to Self-Control”, *HELR*, vol. 22, n.º 1, 1999, pp. 103-202.
- STENZEL, Paulette L. – “Can the ISO 14000 Series Environmental Standards Provide a Viable Alternative to Government Regulation?”, *America Business Law Journal*, vol. 37, n.º 2, Winter 2000, pp. 237-298.
- STEPHENSON, Kurt – “Taking Nature into Account: Observations about the Changing Role of Analysis and Negotiation in Hydropower Relicensing”, *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol’y Rev.*, vol. 25, n.º 2, Winter 2000, pp. 473-498.
- STERNER, Thomas (ed.) – *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 1999.
- STEWART, Richard B. – “A New Generation of Environmental Regulation?”, *Cap. U. L. Rev.*, vol. 29, n.º 1, 2001, pp. 21-182.
- STEWART, Richard B. – “Evaluating the New Deal”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 22, n.º 1, Fall 1998, pp. 239-245.
- STEWART, Richard B. – “Il diritto amministrativo nel XXI secolo”, *RTDP*, anno LV, Fasc. n.º 1, 2004, pp. 1-29.

- STEWART, Richard B. – “Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework”, *Cal. L. Rev.*, vol. 69, n.º 5, September 1981, pp. 1256-1377.
- STEWART, Richard B. – “The Reformation of American Administrative Law”, *Harv. L. Rev.*, vol. 88, n.º 8, June 1975, pp. 1669-1813.
- STEWART, Richard B. – “United States Environmental Regulation: A Failing Paradigm”, *J.L. & Com.*, vol. 15, n.º 2, Spring 1996, pp. 585-597.
- STIGLER, George J. – “The Theory of Economic Regulation”, *Bell J. Econ. Manag. Sci.*, vol. 2, n.º 1, Spring 1971, pp. 3-21.
- STRASSER, Kurt A. – “Cleaner Technology, Pollution Prevention and Environmental Regulation”, *Fordham Environmental Law Journal*, vol. IX, n.º 1, Fall 1997, pp. 1-106.
- STRAUSS, Peter L. – “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Colum. L. Rev.*, vol. 84, n.º 3, 1984, pp. 573-669.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Afterward: On Consequences and Technocrats”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 289-295.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Beyond 1970s Environmentalism”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 10-27.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Cleaning the Air”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 229-250.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Introduction: Magnitudes, Tradeoffs, and Tools”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 1-9.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Law and Administration After *Chevron*”, *Colum. L. Rev.*, vol. 90, n.º 8, December 1990, pp. 2071-2120.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Of Courts and Law: Cost-Benefit Default Principles”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 191-228.
- SUNSTEIN, Cass R. – “On the Divergent American Reactions to Terrorism and Climate Change”, *Colum. L. Rev.*, vol. 107, n.º 2, March, 2007, pp. 503-557.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Preface”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. viii-x.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Reducing Risks Rationally”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 99-132.
- SUNSTEIN, Cass R. – “Tools”, in: SUNSTEIN, Cass R., *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 251-288.
- SUNSTEIN, Cass R. – *After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. – *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection*, American Bar Association, Chicago, 2002.
- SVENDSEN, Gert Tingaard – *Public Choice and Environmental Regulation – Tradable Permit Systems in the United States and CO₂ Taxation in Europe*, col. New Horizons in Environmental Economics, Edward Elgar, Northampton, 1998.
- TÁCITO, Caio – “O poder de polícia e seus limites”, *Revista Forense*, Ano 49, vol. 144, Fasc. n.º 593 e 594, 1952, pp. 23-28.
- TÁCITO, Caio – “Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro”, in: TÁCITO, Caio (ed.), *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 13-25.
- TARRÉS VIVES, Marc – “Las normas técnicas en el Derecho Administrativo”, *DocA*, n.º 265-266, Enero-Agosto 2003, pp. 151-184.
- TARRÉS VIVES, Marc – “Los sujetos privados en la gestión y auditoria medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la *Umweltauditgesetz* alemana”, *RAP*, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 503-542.
- TAUSCH, Christian – “Die Bedeutung der BVT-Merkblätter im Umweltrecht”, *NVwZ*, 21. Jahrgang, Heft 6, 2002, pp. 666-676.
- TEGETHOFF, Carsten – “Die Abgrenzung von Genehmigungsinhaltsbestimmung und Nebenbestimmung im Anlagenzulassungsrecht”, *UPR*, n.º 11-12/2003, 2003, pp. 416-420.
- TETZNER, F. – *Die Deutschen Theorie der Verwaltungsrechtspflege*, Wien um Berlin, 1901.
- TEUBNER, Gunther – “Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors”, in: TEUBNER, Gunther (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth Publishing Company Limited, Vermont, USA, 1997, pp. xiii-xvii.
- TEUBNER, Gunther – “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law & Soc’y Rev.*, vol. 17, n.º 2, 1983, pp. 239-281.
- TEUBNER, Gunther – *O Direito como Sistema Autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- THE UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY – *Legal Compilation (Statutes and Legislative History, Executive Orders, Regulations, Guidelines and Reports) - General*, vol. 1, January, 1973.
- THOMPSON, Dale B. – “Political Obstacles to the Implementation of Emission Markets: Lessons from RECLAIM”, *Nat. Resources J.*, vol. 40, n.º 3, Summer 2000, pp. 645-697.
- THORNE, Melissa A. – “Antibacksliding: Understanding one of the Most Misunderstood Provisions of the Clean

- Water Act", *Environmental Law Reporter – News and Analysis*, Environmental Law Institute, vol. XXXI, n.º 3, March 2001, pp. 10322-10329.
- THUNDER, James M. – "Reinventing Environmental Permitting: Drafting the Permit", *Environmental Law Reporter*, vol. XXVII, n.º 12, December 1997, pp. 10617-10621.
- TIETENBERG, Tom H. – "Disclosure Strategies for Pollution Control", in: STERNER, Thomas (ed.), *The Market and the Environment – the effectiveness of market-based policy instruments for environmental reform*, International Studies in Environmental Policy Making, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 1999, pp. 14-49.
- TIETENBERG, Tom H. – *Emissions Trading: An Exercise in Reforming Pollution Policy*, Resources for the Future, Washington D. C., 1985.
- TRIPP, James; DUDEK, Daniel – "Institutional Guidelines for Designing Successful Transferable Rights Programs", *Yale Journal on Regulation*, vol. 6, n.º 2, Summer 1989, pp. 369-391.
- TRÜE, Christian – "Germany – the Drafting of an Environmental Law Code (UGB)", *EELR*, vol. 18, n.º 2, April 2009, pp. 80-90.
- TRUTE, Hans-Heinrich – "Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation – Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung", in: *Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz*, 14. Trieter Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 6. bis 8. September 1998, Erich Schmidt Verlag, 1999, pp. 13-52.
- TUCKER, John C. – "Constitutional Codification of an environmental ethic", *Fla. L. Rev.*, vol. 52, n.º 2, April 2000, pp. 299-327.
- UERPMMANN, Robert – *Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.
- UNGER, Knut – *Reflexive Instrumente des Umweltverwaltungsrechts in der Umwelthaftung*, Shaker Verlag, Aachen, 2001.
- VANDENBERGH, Michael P. – "An Alternative to Ready, Fire, Aim: A New Framework to Link Environmental Targets in Environmental Law", *Kentucky Law Journal*, vol. 85, n.º 4, 1997, pp. 803-918.
- VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre – *Droit Administratif*, vol. 2, 12^e ed., Thémis Droit Publique, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.
- VELASCO VALLEJO, Manuel Díez de – *Aspectos jurídicos actuales de la protección del medio ambiente en la Comunidad Europea, y en especial, la contribución de su Tribunal de Justicia*, Colección Estudios Jurídicos Internacionales y Europeus: Seminario Permanente, n.º 6, Universidad de Granada Editorial, Granada, 1991.
- VIGORITA, Spagnuolo – *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959.
- VILLATA, Ricardo – *Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata – Profili Generali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.
- VIRGA, Pietro – *Diritto Amministrativo. Attività e prestazioni*, vol. IV, 2.^a ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- VOBKUHLE, Andreas – "Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft", *DV*, 32, 1999, pp. 545-554.
- VOBKUHLE, Andreas – "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", in: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOBKUHLE, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp. 1-61.
- VOORHEES, John – "The Changing Environmental Management Scene: Federal Policy Impacts the Private and Public Sectors", *Environmental Law Reporter*, vol. XXXI, n.º 1, January 2001, pp. 10079-10101.
- WAGNER, Michael A. – *Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in Parallelen und Konzentrierten Verfahren*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987.
- WAGNER, Sosa – *Maestros Alemanes del Derecho Público*, vol. I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid/ Barcelona, 2002.
- WAGNER, Sosa – *Maestros Alemanes del Derecho Público*, vol. II, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid/Barcelona, 2004.
- WAHL, Rainer – "Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck", in: AA. VV. (GESELLSCHAFT FÜR UMWELTRECHT), *Umweltrecht in Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2000, pp. 237-265.
- WAHL, Rainer – "Erlaubnis", in: KIMMINICH, Otto; VON LERSNER, Heinrich Freiherr; STORM, Peter-Christoph (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, I. Band, 1994, pp. 528-542.
- WAHL, Rainer – "Planfeststellung", in: KIMMINICH, Otto; VON LERSNER, Heinrich Freiherr; STORM, Peter-Christoph (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Erich Schmidt Verlag, 2. Auflage, II. Band, 1994, pp. 1624-1642.
- WAHL, Rainer – *Herausforderung und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, Heft 178, Berlin, 2006.
- WAHL, Rainer; GROB, Detlef – "Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung", *DVBL*, 113. Jahrgang, Heft 1, Januar 1998, pp. 2-13.

- WAHL, Rainer; HERMES, Georg; SACH, Karsten – "Die Rechtswirkungen der Genehmigung im Umweltrecht. Die Umweltbewilligung als Brennpunkt der unterschiedlichen Anforderung des Umweltrechts", in: KLOEPFER, Michael (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft – Juristische, ökonomische und philosophische Aspekte*, Economica Verlag, 1994, pp. 179-180.
- WAHL, Rainer; HERMES, Georg; SACH, Karten – "Genehmigung zwischen Bestandschutz um Flexibilität", in: WAHL, Rainer (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge – Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten*, Economica Verlag GmbH, Bonn, 1995, pp. 217-261.
- WAINER, Ann Helen – *Legislação Ambiental – Subsídios para a História do Direito Ambiental*, 2.ª ed., Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- WALDRON, Jerry – "Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801", *The Yale Law Journal*, vol. 115, n.º 6, April 2006, pp. 1256-1344.
- WALINE, Marcel – *Droit Administratif*, 9^e ed., Paris, Sirey, 1963.
- WANG, J.; YANG, J.; GE, C.; CAO, D.; SCHREIFELS, J. – "Sulfure Dioxide Emission Trading in China: Piloting Programs and its Perspective", *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, June 2004, pp. 28-39.
- WARDZINSKI, Karen; SANDALOW, David; BURGIN, Sara; GINSBERG, Beth; MCGAFFEY, Karen – "Water Pollution Control Under the National Pollution Discharge Elimination System", in: EVANS, Parthenia B. (ed.), *The Clean Water Act Handbook*. SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1994, pp. 8-57.
- WARDZINSKI, Karen; WILTSHIRE, Serena; FASTENAU, Robin – "National Pollution Discharge Elimination System Permit Application and Issuance Procedures", in: EVANS, Parthenia B. (ed.), *The Clean Water Act Handbook*. SONREEL (Section of Natural Resources, Energy and Environmental Law), American Bar Association Publishing, Chicago, 1994, pp. 58-107.
- WATCHMAN, P.; BOWMAN, J.; READ, S.; ADDISON, J. – "Carbon Capture and Storage: Burying the Problem of Climate Change", *ULR*, vol. 15, n.º 6, 2005/2006, pp. 267-278.
- WEBER, Bernhard; RIEDEL, Daniel – "Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch?", *NVwZ*, 28. Jahrgang, Heft 16, 2009, pp. 998-1004.
- WECHSLER, Benjamin Starbuck – "Rethinking Reinvention: A Case Study of Project xl", *The Environmental Lawyer*, vol. 5, n.º 1, September 1998, pp. 255-279.
- WEHR, Matthias – "Materieller und formeller Bestandschutz im Baurecht", *DV*, 38. Band, Heft 1, 2005, pp. 65-89.
- WEIB, Wolfgang – "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung", *DVBL*, 117. Jahrgang, Heft 17, September 2002, pp. 1167-1182.
- WEIDEMANN, Clemens – "Emissionserlaubnis zwischen Markt und Plan – Rechtsstaatsrelevante Probleme des Emissionshandels", *DVBL*, Heft 12, 2004, pp. 727-736.
- WEILAND, Paul S. – "Federal and State Preemption of Environmental Law: a Critical Analysis", *HELR*, vol. 24, n.º 1, 2000, pp. 237-286.
- WEILAND, Paul S. – "Unfunded Environmental Mandates: Causes, Burdens, and Benefits", *HELR*, vol. 22, n.º 1, 1999, pp. 283-311.
- WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. – *Understanding Environmental Law*, Mathew Bender & Co., New York, 1998.
- WEISS, Brown – *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Innovation in International Law, The United Nations University, Transnational Publishers, Inc., New York, 1992.
- WICKEL, Martin – *Bestandschutz im Umweltrecht – Entwicklung einer einheitlichen Bestandsschutzkonzeption für genehmigte Anlagen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.
- WINCKLER, Silvana Terezinha; BALBINOTT, André Luiz – "Direito Ambiental, Globalização e Desenvolvimento Sustentável", in: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.), *Direito Ambiental e Desenvolvimento*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2006, pp. 47-76
- WINTER, G. – "The IPPC Directive: a German Point of View", in: BACKES, Chris; BETLEM, Gerrit (eds.), *Integrated Pollution Prevention and Control*, Kluwer Law International, 1998, pp. 65-79.
- WISS, Martin Kmet – "Begrenzung der Legalisierungswirkung einer Genehmigung durch das Prinzip der Interessenabwägung im öffentlichen Baurecht", *BauR*, n.º 11, 2000, pp. 1675-1681.
- WITTECK, Fabian – "Konzentration als Verfahrenshemmnis – Probleme der Kollision von Konzentrationsvorschriften im Verwaltungsrecht", *Verwaltungs-Archiv*, 100. Band, Heft 1, Januar 2009, pp. 71-97.
- WOERD, Frans van der – "Environmental Management Systems in the Netherlands: Towards the third generation of environmental licensing?", in: COLLIER, Ute (ed.), *Deregulation in the European Union. Environmental perspectives*, Routledge, London, 1998, pp. 198-211.
- WOLFF, Hans J.; BACHOFF, Otto – *Verwaltungsrecht – Ein Studienbuch*, Band 2, Verlag C. H. Beck, München, 6. Auflage, 2000.
- WOLFFGANG, Hans-Michael; HENDRICKS, Michael; MERZ, Matthias – *Polizei- und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen*, Verlag C. H. Beck, München, 1998.
- WÜRTEMBERGER, Thomas; HECKMANN, Dirk; RIGGERT, Rainer – *Polizeirecht in Baden Württemberg*, C F. Müller Verlag, 4. Auflage, 1999.

- YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. – “The Emergence of Global Environmental Law”, *ELQ*, vol. 36, n.º 3, 2009, pp. 615-664.
- YANNAKOPOULOS, Constantin – *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 188, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.
- YOST, Nicholas C. – “The Background and History of NEPA”, in: SHELDON, P.; SQUILLACE, M. (eds.), *The NEPA Litigation Guide*, American Bar Association, 1998, pp. 1-19.
- YOUNG, Hoong N. – “An Analysis of a Global CO₂ Emissions Trading Program”, *J. Land Use & Envtl. L.*, vol. 14, n.º 1, Fall 1998, pp. 125-147.
- ZANOBINI, Guido – *Corso di Diritto Amministrativo - Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, vol. 5, 2.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957.
- ZELLMER, Sandra B. – “The Devil, the Details, and the Dawn of the 21st Century Administrative State: Beyond the New Deal”, *Ariz. St. L. J.*, vol. 32, n.º 3, Fall 2000, pp. 941-1049.
- ZELLMER, Sandra B. – “The Virtues of ‘Command and Control’ Regulation: Barring Exotic Species from Aquatic Ecosystems”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 2000, n.º 4, 2000, pp. 1233-1285.
- ZENKE, Ines; HANDKE, Alexander – “Das Projekt-Mechanismen-Gezetz – Eine erste und kritische Bewertung”, *N+R*, 29. Jahrgang, Heft 10, Oktober 2007, pp. 668-674.
- ZIMERAY, François – *Le Maire et la protection juridique de l'environnement*, Col. Environnement, Ed. Victoires Litec, Paris, 1994.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS NA EXPOSIÇÃO	7
INTRODUÇÃO – O problema e os caminhos da investigação	11
PARTE I	
AS FORMAS DE ORDENAÇÃO CLÁSSICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DE ORDENAÇÃO E A PRIMEIRA GERAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL	15
CAPÍTULO I	
O direito administrativo de polícia ou de ordenação clássico	19
1. Preliminares	19
2. A polícia administrativa e o direito administrativo de ordenação na Europa continental ..	25
3. O poder de polícia e o modelo de comando e controlo nos Estados Unidos da América ..	66
4. O direito de polícia no Brasil	72
5. O direito de polícia em Portugal	78
6. Conclusão	90
CAPÍTULO II	
O recurso ao instrumentário do direito administrativo de ordenação na primeira geração do direito do ambiente	97
1. O direito administrativo ambiental de primeira geração – ideia geral	99
2. Os principais problemas do direito ambiental de primeira geração	107
2.1. Enquadramento: os primeiros passos da tutela jurídica ambiental	107
2.2. Os edifícios normativos erigidos na primeira geração do direito do ambiente	117
2.3. A organização administrativa do ambiente	134
2.4. Os instrumentos jurídico-administrativos de tutela ambiental	147
2.4.1. Enquadramento	148
2.4.2. Instrumentos de planeamento ou planificação	151
2.4.3. Instrumentos de controlo administrativo	165
2.4.3.1. Autorizações – remissão	166

2.4.3.2. Ordens e outros actos impositivos	169
2.4.3.3. Classificação de actividades e instalações	171
2.4.3.4. Declarações com efeitos jurídicos específicos	176
2.4.3.5. Aprovação das associações de defesa do ambiente	177
2.4.3.6. Actividades materiais de fiscalização	179
2.4.3.7. Aplicação de sanções administrativas	183
3. O comando e controlo nos Estados Unidos da América	193
3.1. Enquadramento	193
3.2. A regulação jurídica dos problemas ambientais de primeira geração – o modelo command and control.....	194
3.3. A legislação federal de protecção do ambiente	196
3.4. A Environmental Protection Agency (EPA)	204
3.5. Outros aspectos da abordagem de comando e controlo	205
4. As primeiras décadas do direito público do ambiente em Portugal.....	211
4.1. A Constituição	211
4.2. O protagonismo do direito público na tutela do ambiente.....	220
4.3. A organização administrativa do ambiente	222
4.4. A regulação normativa pública do ambiente.....	229
4.5. Os instrumentos jurídico-públicos de tutela ambiental	234
4.5.1. Limitações e condicionamentos normativos	234
4.5.2. Instrumentos de planificação ou planeamento	237
4.5.3. As autorizações administrativas – remissão	248
4.5.4. Ordens e outras decisões autoritárias	252
4.5.5. Controlo, fiscalização, inspecção e vigilância.....	253
4.5.6. Sancionamento das actividades ambientais ilícitas	257

CAPÍTULO III

As autorizações administrativas e o direito do ambiente	269
SECÇÃO I – A autorização no direito administrativo geral.....	270
1. As raízes doutrinárias do acto autorizativo – em especial as obras de OTTO MAYER e de ORESTE RANELLETTI	271
1.1. ORESTE RANELLETTI.....	271
1.2. OTTO MAYER.....	276
2. Evolução do tratamento dogmático da autorização administrativa – a “crise” da autorização	283
3. Os múltiplos critérios para a distinção dos actos autorizativos.....	297
4. Ponto da situação. Principais problemas em aberto.....	304
5. A autorização como “escudo de protecção”	306
6. Sequência	312

SECÇÃO II – O regime da revogação das autorizações administrativas	312
1. Âmbito da investigação – a questão terminológica	312
2. A força de caso decidido do acto administrativo	323
2.1. Enquadramento	323
2.2. A questão da <i>Bestandskraft</i> do acto administrativo no direito alemão	326
2.3. O caso decidido formal e material do acto administrativo	328
2.3.1. O caso decidido formal	328
2.3.2. O caso decidido material	330
3. A livre revogabilidade, os actos constitutivos de direitos e as novas aberturas à revogabilidade do acto	333
3.1. Da livre revogabilidade dos actos administrativos, em especial das autorizações de polícia	334
3.2. ... aos actos constitutivos de direitos	337
3.3. Aberturas à revogabilidade dos actos constitutivos	353
3.4. Breve nota sobre o regime da revogação no direito português	357
SECÇÃO III – O papel da autorização administrativa na primeira geração do direito ambiental	363
1. Enquadramento	363
2. Principais problemas	365
2.1. Articulação com as exigências constitucionais	365
2.1.1. Em termos subjectivos – os direitos sujeitos a autorização	366
2.1.2. Quanto às exigências colocadas pelo Estado de direito ambiental	368
2.1.3. Balanço das indicações constitucionais: a autorização entre estabilidade e flexibilidade	373
2.2. Proibição preventiva com reserva de autorização ou proibição repressiva com reserva de dispensa?	374
2.3. Vinculação ou discricionariedade na emissão da autorização ambiental – a questão do eventual direito à (emissão da) autorização	377
2.4. Principais efeitos das autorizações ambientais	379
2.5. Principais efeitos das autorizações ambientais (cont.) – a questão do efeito de estabilização: a autorização como escudo de protecção?	386
2.6. Diminuição do efeito de estabilização da autorização ambiental por intermédio da aposição de cláusulas acessórias	389
2.7. A rigidez das autorizações ambientais – em particular, a ausência de valorização de considerações económicas	393
2.8. Outros problemas	396
2.8.1. O carácter complexo das autorizações ambientais	397
2.8.2. A graduação dos procedimentos autorizativos	399
2.8.3. As autorizações ambientais de primeira geração como autorizações de fim de ciclo (<i>end of pipe</i>)	399
3. A revogação das autorizações ambientais	400

PARTE II

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO AMBIENTE – EM ESPECIAL, A REINVENÇÃO DA AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL 405

CAPÍTULO I

A renovação do direito administrativo	411
1. Enquadramento	411
2. Os principais reptos à reforma ou renovação do direito administrativo	417
2.1. O direito administrativo da regulação	418
2.2. Da desregulação à neo ou re-regulação	425
2.3. A auto-regulação	429
2.4. A privatização	434
2.5. Os novos papéis ou roupagens do Estado	437
2.6. Europeização	443
2.7. Internacionalização, transnacionalização e globalização	454
2.8. Procedimento e organização como novas ideias sistemáticas	464
2.9. Governança	471
2.10. Economicidade e eficiência da actuação administrativa	479
2.11. A renovação das formas jurídicas da actividade administrativa	485
2.11.1. A importância do tema. Enquadramento	485
2.11.2. As novidades	487
2.11.3. O lugar das novidades – em especial, o complemento ou suplemento das formas tradicionais	493
2.11.4. A reconformação do acto administrativo	494
2.11.5. Os domínios de referência do direito administrativo especial como campo experimental	496
2.12. Outras inovações	497
3. Nota conclusiva	501

CAPÍTULO II

Novas exigências e reptos do direito ambiental	505
1. Enquadramento	505
2. A renovação do direito do ambiente	510
2.1. Pressupostos filosóficos e dogmáticos	511
2.2. A crise do direito de ordenação na tutela ambiental – propostas de mudança	524
2.3. Sentido geral da renovação	534
2.4. Os meios de comando indirecto do comportamento na doutrina germânica	537
2.5. Avaliação. Sequência	545
3. O novo papel do Estado na tutela do ambiente	547
4. O repto à interdisciplinaridade no direito do ambiente renovado	556
5. Complexidade e tecnicidade do direito do ambiente	560
5.1. Enquadramento	560

5.2. Configuração actual do problema	561
5.3. Contornos actuais da complexidade e tecnicidade	572
6. Os novos instrumentos de tutela	574
6.1. O novo enquadramento dos instrumentos de tutela ambiental.....	575
6.2. As dificuldades de catalogação e sistematização	577
6.3. Os novos instrumentos ao serviço do direito ambiental renovado.....	579
6.3.1. Alguns instrumentos financeiros tradicionais	579
6.3.2. Os fundos ecológicos.....	582
6.3.3. Instrumentos tributários.....	589
6.3.4. A informação ambiental.....	595
6.3.5. Sistemas de gestão ambiental.....	615
6.3.6. A etiqueta ou rótulo ecológico	632
6.3.7. Acordos ambientais	638
6.3.8. As alterações aos instrumentos autorizativos – remissão.....	656
6.3.9. Outros instrumentos ou formas de acção.....	656
6.3.9.1. A actuação administrativa informal no direito do ambiente	656
6.3.9.2. A componente económica da regulação ambiental – em especial o préstimo das análises de custos-benefícios	658
6.3.9.3. As propostas de abordagens sectoriais	662
7. Conclusão – a imprescindibilidade dos instrumentos de comando. Sequência.....	666

CAPÍTULO III

Novas tendências do acto autorizativo ambiental – a autorização ambiental reinventada	671
--	------------

SECÇÃO I – Manutenção da autorização como principal acto de tutela ambiental.

Suas reinvenção e especificidades	671
1. Enquadramento e ideia geral	671
2. A necessidade da autorização ambiental.....	678
3. Para uma primeira caracterização da autorização jurídico-ambiental renovada.....	685

SECÇÃO II – O regime do acto autorizativo reinventado – a autorização entre estabilidade e flexibilidade

1. Os efeitos da autorização ambiental	698
2. A proibição legal subjacente às actividades sujeitas a autorização ambiental e a natureza da posição jurídica substantiva relacionada com a autorização	706
2.1. A montante da outorga do acto autorizativo	707
2.2. A jusante da prática do acto autorizativo	717
3. As especificidades do acto autorizativo reinventado	725
3.1. As obrigações fundamentais dos operadores de instalações autorizadas	726
3.2. A oposição de cláusulas acessórias às autorizações ambientais.....	734
3.3. A intervenção administrativa na vida e no conteúdo das autorizações – em especial o expediente das decisões ou modos posteriores.....	744

3.4. Especificidades procedimentais da autorização ambiental reinventada – em especial, a graduação dos procedimentos	751
3.4.1. Enquadramento	751
3.4.2. Especificidades jurídico-procedimentais das autorizações ambientais.....	756
3.5. A cláusula técnica nas autorizações ambientais	775
3.6. O regime de revogação das autorizações ambientais	781
3.7. A revogação (cont.) – a dimensão fragmentária da protecção das situações jurídicas adquiridas	792
3.8. O comércio de licenças de emissão	795
3.8.1. Enquadramento	795
3.8.2. Configuração geral dos programas de comércio de emissões.....	800
3.8.3. Algumas questões específicas dos programas de comércio de emissões	802
3.8.4. Balanço.....	820
3.9. A integração da autorização ambiental	821
3.9.1. Enquadramento e história	821
3.9.2. Regime da abordagem ambiental integrada.....	826
3.9.3. A autorização ambiental integrada	832
3.9.4. Balanço.....	840
 SÍNTESE CONCLUSIVA	 847
 BIBLIOGRAFIA	 851
 ÍNDICE	 883