

RevCED^{UA}

N.º 13 _ Ano VII _ 1. 04

› Doutrina

Tributação e urbanismo no direito europeu

José Casalta Nabais

Resíduos, desperdícios e subprodutos. Uma trilogia Ambígua

Nicolas de Sadeleer

Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental

Geisa de Assis Rodrigues

A impugnação jurisdiccional de actos comunitários lesivos do ambiente

Carla Amado Gomes

A reversão de bens expropriados

Rui Amaral

› Jurisprudência

› Intertextos

› Recensões

› Dossier

› Summaries

› Últimas Aquisições Bibliográficas

› Índice Ideográfico

13.

RevCEDÖUA

Doctrina

Tributação e urbanismo no direito europeu *

Resumo

Depois de esclarecer o sentido amplo das expressões tributação e urbanismo, o autor conclui que o fenómeno do urbanismo se encontra com a tributação, de um lado, na medida em que origina factos tributários e, de outro, enquanto reclama meios de financiamento que possam ser tributos. Atendendo, porém, à actual redefinição do papel do Estado, assiste-se a uma separação entre a tributação e o urbanismo, passando este a ser financiado fundamentalmente pelos próprios proprietários, com base em técnicas de perequação dos benefícios e dos encargos decorrentes das operações urbanísticas.

Por isso, não admira que o urbanismo se encontre com a tributação sobretudo enquanto dá origem a factos tributários, relativos a impostos ou a taxas. No que respeita aos impostos, temos as mais-valias urbanísticas que são objecto tanto de tributação geral, através da tributação do rendimento pessoal e da tributação das empresas, como de tributação especial através das chamadas contribuições especiais. Por seu lado, no concernente às taxas, sobressaem as “taxas pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas”, as quais, atendendo ao elevado montante que atingem, nem sempre podem ser havidas com tributos bilaterais ou taxas.

1. Algumas observações preliminares

Antes de começarmos propriamente a tratar do tema que nos propusemos, importa fazer algumas observações preliminares, até para esclarecimento prévio dos membros do auditório dos destinatários deste texto.

E a primeira é para dizer que, não obstante a generosidade do título com que encimamos estas considerações, “tributação e urbanismo no direito europeu”, como será aliás fácil de compreender, vai ter por base fundamentalmente o que se passa em Portugal. Para tanto pesam sejam factores objectivos que se prendem com o tempo que haveria de disponibilizar para tratar de tão amplo e complexo tema, como sobretudo com factores subjectivos que têm a ver com as nossas capacidades, ou melhor, com as nossas incapacidades. Pois, não será preciso fazer grande esforço para constatar que é tema demasiado vasto e complexo para um modesto professor de direito fiscal ¹. Ou seja, em termos práticos, a expressão constante da segunda parte do título “no direito europeu”, deve ler-se “fundamentalmente no direito português”.

O que não significa, naturalmente, que não façamos referência, ainda que muito sumária, à expressão que um tal problema tem noutros países europeus. Mais especificamente, faremos alusão ao que se passa em Espanha, França, Itália e Alemanha, por serem estes os países que, embora cada um a seu modo, se apresentam não só como os mais signifi-

* O presente texto reproduz, em larga medida, a comunicação que apresentámos no II Congresso Internacional de Direito Tributário, que decorreu de 27 a 29 de Agosto de 2003 na cidade do Recife.

¹ Ou de direito tributário, como se prefere dizer em terras brasileiras.

cativos, mas também como os mais próximos do sistema português ². O que, ainda assim, não deixará de ser importante para compreender seja o tipo de relações existentes em geral entre a tributação e o urbanismo, seja o sentido da sua recente evolução.

Mas também a primeira parte do título, ou seja, a expressão “tributação e urbanismo”, e nisto consiste a segunda observação preliminar, tem de ser objecto de uma leitura moderada, que o mesmo é dizer, de uma leitura mais restrita do que aquela que as palavras sugerem e que literalmente têm. O que significa que não vamos falar de todo o amplo domínio que pode ser pensado como tributação do urbanismo ³, mas apenas de um núcleo desse domínio, do núcleo mais importante e moderno dessa tributação, o qual tem a ver com o fenómeno do urbanismo que tem dado origem por toda a parte a uma produção normativa tão especial e intensa que originou o moderno direito do urbanismo estudado nas faculdades de direito, seja ao nível da licenciatura, seja sobretudo ao nível do ensino pós-graduado.

Sendo óbvio que estamos a falar aqui de direito do urbanismo entendido o termo urbanismo, como bem se compreende, num sentido amplo. Num sentido que abarca os três conhecidos e já clássicos domínios do urbanismo, a saber: o domínio do ordenamento ou planeamento urbanístico, o domínio do uso e ocupação dos solos urbanos e o domínio da construção de edifícios ou da edificação ⁴. O que, é de acrescentar, não obsta a que seja sobretudo este último segmento do direito do urbanismo, isto é, o urbanismo em sentido estrito, aquele que, por via de regra, mais aberto se apresenta à tributação e que, justamente por isso, constitui o suporte de uma tributação específica — a tributação do urbanismo.

Finalmente, e nisto consiste a terceira nota preliminar, é de salientar que o termo tributação vai utilizado no título no seu sentido rigoroso ou técnico, dizendo respeito, portanto, aos tributos no seu conjunto, sejam estes impostos, taxas ou contribuições (ou tributos) especiais. O que quer dizer que não vamos tratar apenas dos tributos unilaterais ou impostos, como poderia ser-se levado a pensar com base na utilização do vocábulo tributação com o sentido de imposição, como por vezes acontece, mas também dos tributos bilaterais ou taxas.

² Para o que teremos em conta sobretudo os estudos de Angel Menéndez Rexach, «O sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Espanha»; Volkmar Götz, «Financement et recouvrement fiscal dans le domaine de l'urbanisme en Allemagne» = «Finanzierung und Abgabenerhebung beim Städtebau in Deutschland»; Yves Jégouzo, «Le système financier et fiscal de l'aménagement en France»; e Erminio Ferrari, «Le système financier et le système fiscal de l'urbanisme en Italie», todos em *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, Actas do 1^o Colóquio Internacional Coimbra, 13 e 14 de Outubro de 2000, Almedina, Coimbra, 2002, respectivamente, pp. 75 e ss., 99 e ss., 115 e ss., 129 e ss., e 147 e ss.

³ Frequentemente, aliás, sob a designação de fiscalidade do urbanismo – v., neste sentido, Diogo Leite de Campos, «Fiscalidade do urbanismo», in *Direito do Urbanismo*, INA, Lisboa, 1989, pp. 455 e ss., e nós próprios, embora criticando essa expressão, no estudo «Fiscalidade do urbanismo», em *Revista de Direito Tributário*, cit., pp. 70 e ss., e em *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, cit., pp. 38 e ss. Uma crítica que tem por base o facto de a expressão fiscalidade, ao referir-se ao conjunto dos impostos numa perspectiva inter ou multidisciplinar, se revelar inadequada para identificar o objecto mais amplo constituído pelo conjunto dos tributos. De fiscalidade do urbanismo se fala, por via de regra, em França – cf., por todos, Fernand Bouyssou, «Réflexions sur vingt ans de fiscalité de l'urbanisme», e Bernard Plagnet, «Réflexions sur la fiscalité locale», ambos em *Études de Finances Publiques offertes à Paul Marie Gaudemet*, Paris, 1985, respectivamente, pp. 717 e ss. e pp. 735 e ss., e Yves Jégouzo, «Le financement de l'aménagement après la loi du 18 juillet 1985», *Revue Française de Droit Administratif*, 2 (3), mai-juin 1986, pp. 339 e ss.

⁴ Cf. Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 51 e ss., e *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 47 e 100.

Esclarecido que está o sentido de cada um dos termos *de per si* ou em separado, que integram a expressão que suporta o título deste texto, vejamos agora o sentido do conjunto, isto é, o sentido da expressão tributação e urbanismo. O que, como é bom de ver, implica relacionar a tributação e o urbanismo.

2. A tributação e o urbanismo

No estudo das relações entre a tributação e o urbanismo, vamos considerar aqui três aspectos ou sectores, a saber: os pontos de contacto entre essas duas realidades, a actual relevância da tributação para o financiamento do urbanismo e o fenómeno do urbanismo e a tributação clássica do património. Uma palavra sobre cada um destes aspectos.

2.1. Pontos de contacto entre tributação e urbanismo. Podemos dizer que o fenómeno do urbanismo se encontra, ou pode encontrar, com a tributação a partir de três perspectivas ⁵: 1) na medida em que o urbanismo origina factos tributários, factos susceptíveis de tributação, o que nos coloca sobretudo um problema de tributação do urbanismo; 2) na medida em que o urbanismo reclama meios de financiamento que podem ser constituídos por tributos, o que nos conduz fundamentalmente a um problema de financiamento tributário do urbanismo; e 3) na medida em que nos deparamos com uma associação automática da tributação e do financiamento do urbanismo através dos benefícios fiscais.

Especificando um pouco, temos, de um lado, a situação em que a actividade urbanística dá origem a específicas manifestações de capacidade contributiva, as quais, sejam gerais ou especiais, podem ser erigidas em pressuposto e critério de impostos ou de contribuições especiais ⁶. É o que acontece com as mais-valias imobiliárias decorrentes da actividade urbanística do Estado ou dos municípios ⁷, as mais-valias urbanísticas, as quais, por via de regra, são objecto quer de impostos, quer de contribuições ou tributos especiais.

De outro lado, o urbanismo depara-se com a tributação enquanto, ao ocasionar encargos urbanísticos para o Estado e/ou para os municípios, possa obter os meios financeiros para fazer face a tais encargos, nos tributos, sobretudo nos tributos bilaterais ou taxas. Pois, tratando-se de encargos que configuram custos de natureza divisível, podem os mesmos ser repartidos pelos que os originam, através da exigência de taxas ou outras compensações urbanísticas. É o que se verifica, por via de regra, com as taxas urbanísticas *lato sensu* ⁸.

Finalmente, temos o fenómeno bem conhecido da beneficiação fiscal, traduzido na utilização dos benefícios fiscais como instrumento de fomento ou incentivo do urbanismo. Uma hipótese que, como é fácil de compreender, porque de todo desaconselhável, não pode deixar de ser muito limitada, no caso de a mesma ser admitida. Um aspecto que, ainda assim, há que mencionar também.

⁵ Que, em rigor, são duas, já que a terceira, como vamos ver, não passa de uma associação automática dessas duas.

⁶ Sobre o sentido da capacidade contributiva como pressuposto e critério dos impostos, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 462 e ss.

⁷ O mesmo valendo para outros entes territoriais, como as regiões ou comunidades autónomas.

⁸ V. sobre estas, *infra*, ponto 3.2.

2.2. *A actual tendência para a separação entre a tributação e o urbanismo.* Mas, no concernente às relações entre a tributação e o urbanismo, impõe-se fazer mais algumas considerações, que contendem com o actual quadro de redefinição do papel do Estado no domínio da economia. Ou, em termos porventura mais exactos, considerações que dizem respeito à distribuição das tarefas comunitárias em sede económica entre o Estado e o mercado. Pelo que, num tal domínio, parece estarmos colocados, de novo, perante uma situação idêntica à vivida no séc. XIX, que resolveu a contenda basicamente a favor do mercado, e à vivida no séc. XX, que resolveu a contenda, em significativa medida, a favor do Estado.

Uma situação que, como antítese da anterior que é, tem sido construída naturalmente contra o excesso de protagonismo económico e social do Estado, beneficiando do ambiente que a tríade “liberalização, privatização e desregulação” pretende exprimir. O que tem conduzido fundamentalmente a um processo de redução do papel económico do Estado, o qual tem vindo a assumir, num tal domínio, sobretudo funções de regulação e de fiscalização ou supervisão ⁹.

Por isso, num tal contexto, não admira que se tenham desenvolvido, no domínio das relações entre a tributação e o urbanismo, duas ideias, que não podemos deixar de ter aqui presentes. Estamos a referir-nos à exclusão ou secundarização da tributação no financiamento do urbanismo, por um lado, e à privatização dos encargos do urbanismo em geral, que assim são endossados sobretudo aos proprietários dos solos urbanos ou urbanizáveis, por outro ¹⁰.

Na verdade e quanto ao primeiro dos aspectos, é patente que a utilização do sistema tributário tem cada vez menos peso na resolução dos problemas do urbanismo. O que não admira e se enquadra na tendência cada vez mais acentuada de rejeição da utilização dos impostos, ou melhor, da disciplina legal dos impostos, para a realização directa ou imediata de interesses públicos. Uma tendência que, embora esteja longe de representar uma qualquer regressão à neutralidade fiscal do séc. XIX, vem reforçar a ideia de que o sistema fiscal tem por principal missão angariar receitas, angariar as receitas necessárias para fazer face às despesas públicas.

Por seu lado, quando ao segundo dos aspectos focados, basta ter em conta a evolução recente da legislação urbanística na generalidade dos países. Com efeito, nela encontramos, como traço comum mais marcante, a tendência clara no sentido de o financiamento do urbanismo caminhar de um sistema mais público para um sistema mais privado.

⁹ Sobre a regulação, v., por todos, Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 34 e ss., e Saldanha Sanches, «A regulação: história breve de um conceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, I – Janeiro de 2000. Por seu lado, a respeito da crescente função de fiscalização do Estado, há quem fale de Estado vigilante ou supervisor – v., sobre cada uma destas configurações do Estado, respectivamente, Ricardo Rivera Ortega, *El Estado Vigilante*, tecnos, Madrid, 1999, e Helmut Wilke, *Supervision des Staates*, Frankfurt, 1997. Um fenómeno que, devemos acrescentar, também se verifica no campo do direito fiscal, em que é visível o que vimos designando por “privatização” da administração ou gestão dos impostos – v. os nossos *Direito Fiscal*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 337 e ss., e «O princípio da legalidade fiscal e os actuais desafios da tributação», *Volume Comemorativo dos 75 Anos do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2003, pp. 1057 e ss. (1087 e ss.).

¹⁰ Ainda a respeito do recuo da intervenção económica e social, expressa na tríade “liberalização, privatização e desregulação”, devemos acrescentar que temos a sensação de que o Estado está a ser afectado por uma verdadeira “esquizofrenia”, traduzida no facto de enquanto, por um lado, abandona os activos ao mercado, por outro, conserva ou atrai passivos, o que tem expressão no nível das despesas públicas que tem que manter, designadamente para continuar a assegurar um Estado social (ainda que emagrecido).

Ou seja, no sentido de o financiamento das operações urbanísticas passarem de um financiamento de cariz basicamente público, levado a cabo sobretudo através de impostos, contribuições especiais e taxas, para um financiamento de cariz mais privado, concretizado num quadro de técnicas de perequação de benefícios e de encargos. Um quadro a concretizar sobretudo pelos próprios proprietários em colaboração com o respectivo município cuja preocupação dominante é a da atenuação das desigualdades de benefícios construtivos e encargos urbanísticos decorrentes da aprovação dos múltiplos e diversificados planos de urbanização ¹¹. Já que essas técnicas se traduzem em os proprietários dos terrenos de um determinado âmbito geográfico, recortado segundo o pertinente plano urbanístico, se compensarem entre si, em numerário, cedências de terrenos para construção ou até através de transferência de índices, tendo em conta a sua situação real de afastamento para mais ou para menos de cada um face ao benefício-padrão ou ao encargo-padrão estabelecido para a respectiva área territorial ¹².

Daí que o financiamento do urbanismo passe mais pela disciplina da propriedade do que pela disciplina da tributação. O que não significa que os tributos estejam de todo ausentes desse financiamento, mas antes e tão-só que têm neste escassa importância dado tratar-se de um sistema baseado fundamentalmente no autofinanciamento, no qual as entidades públicas, os municípios, portanto, têm mais uma função reguladora do que interventiva ¹³.

2.3. *O urbanismo e a tributação clássica do património.* Como referimos, há pouco, vamos tratar basicamente da tributação que, de uma forma mais directa, se prende com o urbanismo. O que significa deixar de fora, deixar de lado, a que vem sendo designada por tributação imobiliária ou tributação predial ¹⁴. Isto é, aquela tributação que, num entendimento estrito, num sentido que a contraponha à tributação urbanística, tem por objecto a tributação de manifestações da capacidade contributiva reveladas pela posse ou detenção dos bens imóveis que não constituam resultado directo da actividade urbanística.

Embora uma tal tributação nos mereça aqui uma alusão, pois estamos conscientes de que o urbanismo contribui, e muito, para o valor dos imóveis, sobretudo dos que

¹¹ V., para Portugal, Benjamim Silva Rodrigues, «Para uma reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal», em *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, cit., pp. 175 e ss., e Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira, *Perequação, Taxas e Cedências. Administração Urbanística em Portugal*, Almedina, Coimbra, 2003. Por seu turno, relativamente aos outros países que vimos considerando, v. Angel Menéndez Rexach, «O sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Espanha», *ob. cit.*, pp. 89 e ss.; Volkmar Götz, «Financement et recouvrement fiscal dans le domaine de l'urbanisme en Allemagne», *ob. cit.*, pp. 107 e ss. e 123 e ss.; Yves Jégouzo, «Le système financier et fiscal de l'aménagement en France», *ob. cit.*, pp. 135 e ss.; e Erminio Ferrari, «Le système financier et le système fiscal de l'urbanisme en Italie», *ob. cit.*, pp. 151 e ss.

¹² V., sobre as técnicas perequativas, Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira, *Perequação, Taxas e Cedências. Administração Urbanística em Portugal*, cit., pp. 31 e ss., e os arts. 135.^o a 142.^o do *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* (Decreto-Lei n.^o 380/99, de 22 de Setembro).

¹³ Nestes precisos termos, para o direito espanhol, v. Angel Menéndez Rexach, «O sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Espanha», *ob. cit.*, p. 96.

¹⁴ Por via de regra, referida por fiscalidade imobiliária ou fiscalidade predial, à semelhança do que acontece com a tributação do urbanismo. Tributação imobiliária ou predial, na qual, acrescente-se, alguma doutrina ainda separa a tributação imobiliária da tributação predial, como ocorre, por exemplo, em França – cf. Nuno Sá Gomes, «Alguns aspectos jurídicos e económicos controversos da sobretributação imobiliária no sistema fiscal português», *Ciência e Técnica Fiscal*, 386, Abril – Junho de 1997, pp. 65 e ss. (67 e ss.). Quanto aos diversos domínios por que se estende a tributação imobiliária, v., por todos, Jean Schmidt, *Fiscalité Immobilière*, 4.^a ed., Litec, Paris, 1991.

constituem prédios urbanos. O que naturalmente tem importantes reflexos na tributação tanto dos rendimentos prediais, como na tributação do património imobiliário urbano. Por isso, o urbanismo tem reflexos importantes quer na tributação dos rendimentos prediais, concretizada no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) ou no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), quer na tributação estática e dinâmica do património ¹⁵.

Como ilustração do que acabamos de dizer, podemos referir o que se passa em sede da tributação estática do património imobiliário, que tributa a propriedade ou posse dos prédios ¹⁶. Uma tributação em relação à qual o urbanismo tem sido convocado como suporte do princípio do benefício, sobretudo no respeitante à tributação dos imóveis urbanos. Pois, como se dizia no preâmbulo do Código da Contribuição Autárquica, o imposto que tributou a propriedade ou posse do património imobiliário de 1989 a 2003, “a tributação predial encontra especial justificação na lógica do princípio do benefício, correspondendo o seu pagamento à contrapartida dos benefícios que os proprietários recebem com as obras e serviços que a colectividade lhes proporciona”. Um princípio a que se igualmente se recorria no referido preâmbulo para justificar que a receita dessa contribuição constituísse uma receita municipal, “na medida em que cabe aos municípios uma parcela muito significativa das actividades que lhes dão apoio e os valorizam”. Ideias estas reafirmadas no preâmbulo do recente Código do IMI, que reza: “mantêm-se, no entanto, plenamente actuais as razões que, aquando da reforma de 1988-1989, levaram à criação de um imposto sobre o valor patrimonial dos imóveis, com a receita a reverter a favor dos municípios, baseado predominantemente no princípio do benefício”.

Como resulta dos textos acabados de reproduzir, o princípio do benefício surge-nos aqui para explicar, para justificar, sobretudo o destino municipal da receita do imposto que suporta a tributação estática do património imobiliário. E não para servir de base à exigência desse imposto junto dos contribuintes, isto é, junto dos proprietários, já que a base de uma tal exigência não pode deixar de ser a capacidade contributiva revelada pela propriedade ou posse dos bens imóveis. Ou seja, não se pretendeu, nem se podia pretender, substituir o princípio ou critério da capacidade contributiva pelo princípio do benefício. Pelo que os contribuintes pagam esse imposto em função da capacidade contributiva revelada pela propriedade ou posse dos imóveis, e não em função dos benefícios que obtenham dos municípios onde os imóveis se localizam ¹⁷.

¹⁵ Constituída, até à recente reforma da tributação do património, pela tributação estática da Contribuição Autárquica, e pela tributação dinâmica do Imposto Municipal de Sisa, incidente sobre a transmissão onerosa de bens imóveis, e do Imposto sobre Sucessões e Doações, incidente sobre a transmissão gratuita *inter vivos* ou *mortis causa* de bens imóveis e móveis. Uma tributação entretanto objecto de profunda modificação levada a cabo pela lei de autorização legislativa constante da Lei n.º 26/2003, de 30 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, nos termos da qual aqueles impostos foram substituídos, respectivamente, pelo Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI), pelo Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT) e pelo Imposto do Selo.

¹⁶ O que aqui dizemos vale, a seu modo, também para o *Impuesto sobre Bienes Inmuebles* (IBI) espanhol – cf. Angel Menéndez Rexach, «O sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Espanha», *ob. cit.*, pp. 90 e ss., mas já não para a *Taxe Locale d'Équipement* (TLE) francesa – cf. Yves Jégouzo, «Le système financier et fiscal de l'aménagement en France», *ob. cit.*, pp. 133 e ss. e *infra*, ponto 3.1.2.

¹⁷ Sobre o princípio da capacidade contributiva como base e critério geral da tributação, v. o nosso livro, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, *cit.*, pp. 435 e ss.

Aliás, que a lógica do princípio do benefício foi escassamente tida em consideração, demonstram-no as circunstâncias de o imposto ser exigido, muitas vezes, de quem não está minimamente em condições de usufruir dos benefícios das actividades proporcionadas pelos municípios. Tenha-se em conta que o imposto, de um lado, é exigido não aos ocupantes efectivos dos prédios, nomeadamente aos inquilinos, mas aos proprietários e, de outro lado, o imposto é devido pelo proprietário, usufrutuário ou superficiário do prédio em 31 de Dezembro do ano a que respeita o imposto, presumindo-se ser este o que como tal figura ou deva figurar na matriz. Para além de que as isenções previstas estão muito longe de se poderem explicar pela lógica do benefício ¹⁸.

Coisa bem diferente da de tais impostos serem ou não explicados pelo princípio do benefício é o facto de a capacidade contributiva, base e critério indiscutíveis também desses impostos, se apresentar, no respeitante aos mesmos, com uma especial configuração. Mais especificamente com uma configuração em que a actividade dos municípios desempenha um importante papel. Com efeito, a capacidade contributiva, em tais casos, não é uma variável que se reconduza, como é a situação que podemos considerar corrente, integralmente ou mesmo predominantemente à actividade dos contribuintes, antes depende de maneira muito significativa da actividade das entidades públicas, neste caso da actividade dos municípios ¹⁹.

Mas isso não invalida a ideia de que, nem na tributação dos rendimentos prediais, nem na tributação imobiliária ou predial, estamos perante uma realidade essencialmente modelada pelo urbanismo. Pois a tributação preocupa-se aí, como em qualquer outro domínio da tributação clássica, com o facto de esses rendimentos ou esse património constituírem manifestações importantes da capacidade contributiva. Daí que essa tributação esteja totalmente dominada pela preocupação, pelo objectivo de obter receitas junto dos contribuintes ²⁰.

3. A tributação do urbanismo

Ora bem, como dissemos, são dois os grandes domínios da tributação do urbanismo ou tributação urbanística nos termos em que esta foi delimitada, a saber: a tributação das mais-valias urbanísticas e as taxas urbanísticas. Uma conclusão que, esclareça-se, leva

¹⁸ Cf. Comissão da Reforma da Tributação do Património, *Projecto de Reforma da Tributação do Património*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1999, pp. 20 e ss. Sobre o relevo do princípio do benefício em sede da tributação do património, v. C. Manuel Lopes Porto, «A tributação predial: experiências e perspectivas», *Ciência e Técnica Fiscal*, 393, Janeiro-Março, 1999, pp. 7 e ss. (20 e 37).

¹⁹ Embora essa dependência esteja longe daquela dependência praticamente absorvente de certas manifestações especiais da capacidade contributiva, decorrentes inteiramente da actuação das entidades públicas, como acontece, por exemplo, com as que são objecto da incidência das chamadas contribuições especiais de melhoria – v., sobre estas, os nossos *Direito Fiscal*, cit., pp. 26 e ss., e «O quadro jurídico das finanças locais em Portugal», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 9, Dezembro de 2002, pp. 33 e ss. (46 e ss.), e *infra*, ponto 3.1.2.

²⁰ Um sector que, em virtude da total incoerência a que chegou e da grave iniquidade que suporta, tem merecido a crítica generalizada e frontal da doutrina, estando, justamente por isso, em processo de modificação – cf. os nossos estudos «Fiscalidade do urbanismo», *Revista de Direito Tributário*, cit., pp. 72, nota 9, e 82 e ss., e «As bases constitucionais da reforma da tributação do património», *Fisco*, n.º 111/112, Dezembro de 2003, pp. 3 e ss. (11 e ss.).

pressuposto o entendimento de que os tributos, neste como em qualquer outro domínio, ou são de natureza unilateral, constituindo impostos ou figuras polarizadas no regime dos impostos, ou são de natureza bilateral, constituindo taxas ou figuras polarizadas no regime das taxas ²¹.

Mas, ao contrário do que estes dois tipos de tributos parecem revelar, do ponto de vista do destino das receitas que geram e da sua ligação ao financiamento do urbanismo, os tributos em causa apresentam, não duas, mas três situações, a saber: a tributação geral das mais-valias, que geram receitas do Estado; a tributação especial das mais-valias cujas receitas ou são partilhadas entre o Estado e os municípios ou são da exclusiva titularidade dos municípios (ou mesmo de institutos públicos); e as taxas urbanísticas *lato sensu* cujas receitas cabem aos municípios ²².

Mas vejamos cada um dos referidos sectores da tributação urbanística que vimos de enunciar.

3.1. A tributação das mais-valias. Um pouco por toda a parte é o problema do tratamento fiscal das mais-valias urbanísticas o que se apresenta como um dos aspectos mais visíveis das relações entre o urbanismo e a tributação. Também é o que acontece em Portugal. Na verdade, à variedade de situações de tributação das mais-valias, corresponde idêntica variedade de situações relativas à tributação das mais-valias urbanísticas. Efectivamente, os “acréscimos de poderes aquisitivos obtidos sem esforço e pelos acasos da sorte” ²³, para utilizarmos a terminologia do Preâmbulo do Código do IRS, resultantes da actividade urbanística, estão sujeitos, de um lado, a uma tributação geral em IRS e em IRC e, de outro lado, a uma tributação especial através de contribuições especiais, em que temos ainda contribuições especiais a favor do Estado e contribuições especiais a favor dos municípios.

3.1.1. A tributação geral das mais-valias. Como já referimos, a tributação geral das mais-valias verifica-se em sede do IRS, por um lado, e em sede do IRC, por outro. Uma tributação que, embora já com alguma tradição entre nós ²⁴, só com a reforma fiscal da tributação dos rendimentos dos anos oitenta do século passado ²⁵ veio assumir o carácter geral que actualmente tem. Uma tributação que, devemos acentuá-lo, comporta basicamente dois regimes: um, relativo à tributação das mais-valias obtidas pelas empresas, sejam estas

²¹ Sobre este entendimento dicotómico ou binário dos tributos, v. o nosso, *Direito Fiscal*, cit., pp. 19 e ss.

²² No respeitante à tributação do urbanismo, v., por todos, para além dos autores referidos *supra*, na nota 2, para Espanha, Javier Salas, «Benefícios y cargas derivados de la ordenación urbanística (recuperación de plusvalías, compensación y técnicas de distribución equitativa)», *Revista de Administración Pública*, 92, mayo-agosto 1980, pp. 45 e ss. (72 e s.); para a Alemanha, Löhr, em Battis/Krautz/Bergar/Löhr, *Baugesetzbuch*, 7.^a ed., München, 1999, pp. 1033 e ss. (1065 e ss.), para a Itália, Gianfranco Lorenzon «Tributi locali», *Enciclopedia del Diritto*, XLV, 1992, pp. 121 e ss. (147 e ss.), e Adriano di Pietro, «Tributi I», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXI, 1994, pp. 7 e ss., e, para França, os autores referidos *supra*, na nota 3.

²³ Na terminologia do n.º 5 do Relatório do CIRS. Lembre-se que, segundo a noção genérica constante do n.º 2 do Relatório do Código do Imposto de Mais-Valias, consideravam-se mais-valias os aumentos de valor dos bens que não haviam sido produzidos ou comprados para venda.

²⁴ Traduzida em diversas manifestações, das quais a mais importante foi, sem dúvida, a resultante da reforma fiscal dos anos sessenta, que consagrou, entre nós, a tributação ordinária das mais-valias, através da criação, em 1965, do já referido Imposto de Mais-Valias.

singulares ou societárias; outro, relativo às mais-valias obtidas pelas pessoas singulares ou colectivas que não sejam empresas. Vejamos, então, como é que as coisas se passam em cada um destes regimes, primeiro no IRS e, depois, no IRC.

3.1.1.1. A tributação em IRS. Partindo de um conceito amplo de rendimento, ou seja, do chamado rendimento-acrécimo, que, a nosso ver, constitui mesmo uma exigência da própria Constituição baseada no princípio da capacidade contributiva e no próprio recorte constitucional do “imposto sobre o rendimento pessoal” (art. 104.º, n.º 1) ²⁶, o IRS incide também sobre as mais-valias realizadas auferidas por pessoas singulares. As mais-valias inserem-se, de resto, em duas das seis categorias de rendimento previstas no Código do IRS, a saber: na categoria B – rendimentos empresariais e profissionais, e na categoria G – incrementos patrimoniais ²⁷. Uma distribuição da tributação das mais-valias que conduz a duas tributações completamente distintas: a tributação das mais-valias empresariais e profissionais e a tributação das mais-valias propriamente ditas ²⁸.

Assim, as mais-valias integradas na categoria B de rendimento, ou seja, as mais-valias resultantes da actividade empresarial ou profissional, são tributadas, segundo os n.ºs 1 dos arts. 20.º e 23.º do Código do IRC (aplicáveis ao IRS por força do art. 32.º do Código do IRS), não directamente enquanto tais, mas como rendimentos integrantes do lucro tributável das referidas empresas singulares. Por outras palavras, são tributadas se e na medida em que se verifique um saldo positivo entre as mais-valias e as menos-valias, saldo esse que constitui uma componente, num primeiro momento, do lucro contabilístico e, num segundo momento, do lucro tributável da respectiva empresa ²⁹.

Nesta conformidade, trata-se de mais-valias que acabam por estar sujeitas à taxa progressiva de IRS que vier a ser aplicável ao conjunto dos rendimentos do respectivo empresário, a qual tem a taxa marginal máxima de 40%. O que, por via de regra, traduz uma tributação mais elevada do que aquela que atinge a generalidade das mais-valias, sobretudo se tivermos em conta que essa taxa máxima é alcançada por níveis de rendimento que, atendendo à realidade económica das famílias portuguesas, são relativamente baixos. O que tem como consequência que se atinja facilmente uma taxa média de IRS bastante elevada ³⁰.

²⁵ Concretizada na aprovação, em 1988, dos Código do IRS e Código do IRC. Com efeito, antes o nosso sistema fiscal previa a tributação apenas de algumas mais-valias, mais concretamente das mais-valias resultantes dos seguintes actos: 1) transmissão onerosa de terrenos para construção (quando dela não resultem ganhos sujeitos ao encargo de mais-valias); 2) transmissão onerosa de elementos do activo imobilizado das empresas ou de bens ou valores por elas mantidos como reserva ou para fruição; 3) trespasse de locais ocupados por escritórios ou consultórios afectos ao exercício das profissões independentes; e 4) aumento do capital das sociedades anónimas e em comandita por acções ou por quotas, mediante incorporações de reservas ou emissão de acções.

²⁶ Todavia, segundo a explicação contida no Relatório do CIRS, a opção do nosso legislador de 1989 pelo rendimento-acrécimo terá ficado a dever-se às exigências do princípio da capacidade contributiva.

²⁷ Isto depois da “reforma” da tributação do rendimento de 2000, lavada a cabo através da Lei n.º 30-G/2000, de 27 de Dezembro, que, de um lado, juntou, na referida categoria B – rendimentos empresariais e profissionais, as anteriores categorias B – rendimentos do trabalho independente, C – rendimentos comerciais e industriais e D – rendimentos agrícolas e, de outro lado, recortou em termos mais amplos a categoria G que antes abrangia apenas as mais-valias.

²⁸ Cf. J. J. Teixeira Ribeiro, «A tributação das mais-valias na reforma fiscal», *Boletim de Ciências Económicas*, XXXVIII, 1995, pp. 103 e ss.

²⁹ V., sobre estas categorias, o nosso *Direito Fiscal*, cit., pp. 511 e ss.

Já quanto às mais-valias propriamente ditas, tributadas como rendimentos da categoria G, ou seja, como mais-valias, em que se integram as mais-valias urbanísticas que não constituam rendimentos resultantes da actividade empresarial e profissional, a tributação é feita em moldes bem diversos. Na verdade, em conformidade com o disposto no art. 43.º, n.º 2, do Código do IRS, as mais-valias urbanísticas que se encontrem nesta situação são tributadas apenas em 50% do seu valor³¹. O que conduz a um regime fiscal mais favorável do que o aplicado às mais-valias empresariais.

3.1.1.2. A tributação em IRC. Podemos dizer que o tratamento fiscal das mais-valias das empresas em IRC é idêntico ao aplicável em sede do IRS às mais-valias empresariais, valendo para elas directamente o disposto nos n.ºs 1 dos arts. 20.º e 23.º do Código do IRC. Com efeito, elas integram a matéria colectável do IRC porque são componente do lucro tributável, que constitui a base de incidência do IRC das sociedades comerciais e civis sob forma comercial, das cooperativas e empresas públicas e, bem assim, das demais pessoas colectivas que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

Já quanto às demais pessoas colectivas que não sejam empresas, isto é, que não sejam sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas, empresas públicas ou outras pessoas colectivas que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, as mais-valias imobiliárias, segundo o n.º 1 dos arts. 3.º e 48.º do Código do IRC, são componente do rendimento global, correspondente à soma algébrica dos rendimentos líquidos das diversas categorias determinados nos termos do IRS. O que significa que essas mais-valias, segundo o art. 43.º, n.º 2, do Código do IRS, apenas contam para o rendimento global em 50%. Pelo que as mais-valias imobiliárias ou integram pela sua totalidade o lucro tributável das empresas, ou por metade do seu montante o rendimento global das pessoas colectivas que não sejam empresas.

Mas há aqui uma outra diferença de tributação a assinalar, para além da relativa à diferença entre mais-valias das empresas e as mais-valias das entidades que não sejam empresas. Com efeito, mesmo entre as empresas, há que distinguir consoante sejam tributadas segundo o regime normal ou da contabilidade organizada ou segundo o regime simplificado. Pois, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do art. 80.º do Código do IRC, enquanto as primeiras são tributadas em IRC pela taxa ou alíquota de 25%, as segundas são tributadas pela taxa ou alíquota de 20%³².

³⁰ Para uma crítica desta solução, v. J. J. Teixeira Ribeiro, «Comentários ao Código do IRS», em *A Reforma Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, pp. 237 e ss. (242 e ss.); o *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1996, p. 549, e o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 596 e ss.

³¹ Regime este que, deve acentuar-se, não constitui o regime mais favorável das mais-valias em sede do IRS, já que mais-valias há que apenas são tributadas à taxa liberatória de 10%, como acontece relativamente ao saldo positivo entre as mais-valias e as menos-valias apuradas na transmissão onerosa de partes sociais e outros valores mobiliários (arts. 10.º, n.º 1, als. b), e) e f), e 72.º, n.º 4, do Código do IRS), ou que não são tributadas de todo, como é o caso das mais-valias provenientes da alienação de: 1) obrigações e outros títulos de dívida, e 2) das acções detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses (art. 10.º, n.º 2, do Código do IRS).

3.1.1.3. *Apreciação da tributação geral das mais-valias.* Em sede da tributação geral das mais-valias urbanísticas, temos assim um sistema de favorecimento dos não empresários. Com efeito, enquanto as empresas suportam o imposto sobre o rendimento – o IRS ou o IRC – incidente sobre a totalidade das mais-valias, os não empresários apenas suportam o IRS sobre metade das mais-valias ³³.

Um favorecimento, a nosso ver, inteiramente incompreensível. Pois que, a haver lugar a algum favorecimento nesta sede, como em geral se defende, dado sobretudo o carácter excepcional de tais ganhos ³⁴, mais compreensível seria que o mesmo fosse a favor das empresas, singulares ou colectivas, e não a favor dos não empresários.

Por outro lado, as mais-valias urbanísticas das empresas são elas objecto também de um tratamento diferenciado, já que enquanto as empresas singulares suportam a taxa progressiva de IRS, cuja taxa marginal máxima pode atingir 40%, as empresas colectivas estão sujeitas a uma taxa efectiva de IRC de 25%, se forem tributados pelo regime da contabilidade organizada, ou de 20%, se forem tributadas pelo regime simplificado ³⁵.

Por isso, seria mais acertado tributar todas as mais-valias urbanísticas por metade do seu valor, alargando, deste modo, às mais-valias das empresas singulares e às mais-valias das empresas colectivas o regime previsto para as mais-valias propriamente ditas, isto é, para as mais-valias que integram a categoria G do IRS, as quais, como vimos, são tributadas apenas por metade do seu valor ³⁶.

3.1.2. *A tributação especial das mais-valias.* Mas, para além desta tributação geral, em sede da tributação do rendimento, aplicável a todas as mais-valias urbanísticas, há situações objecto de uma tributação especial. Isto é, há determinadas mais-valias urbanísticas que são objecto também de um regime especial de tributação.

Estamos aqui perante situações que, em geral, são integradas nas chamadas contribuições especiais ³⁷, uma categoria de tributos que, dada a sua relativa autonomia conceptual, alguma doutrina procura colocar numa posição de algum modo equidistante entre a figura dos impostos, de um lado, e a figura das taxas, de outro. Uma orientação que, tanto nós como a

³² Uma situação que, convém lembrá-lo, já se verificava na vigência do Imposto sobre Mais-Valias, antes portanto da Reforma Fiscal de 1988/89, pois, segundo os n.º 1 e § 1.º do art. 1.º do Código do Imposto de Mais-Valias, estavam excluídos da incidência deste imposto os rendimentos tributáveis em contribuição industrial. Pelo que as mais-valias dos empresários eram tributadas em contribuição industrial e imposto complementar, secção B, o que tinha por consequência estarem essas mais-valias sujeitas a elevadas taxas, atendendo ao nível que estas atingiram depois de 1976 – v., sobre essas taxas, Vitor Faveiro, *Noções Fundamentais de Direito Fiscal Portugueses*: vol. II – *Estrutura Jurídica do Sistema Fiscal Portugueses. Impostos sobre o Rendimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, pp. 566 e ss. e 850.

³³ Uma diferença de tratamento que tinha, de resto, uma outra expressão relativa ao valor dos imóveis relevante para o apuramento das referidas mais-valias, pois esse valor era para as empresas sempre o declarado no respectivo contrato e para as entidades não empresariais o relevante para a liquidação do Imposto Municipal de Sisa, quando este fosse superior ao valor declarado no contrato. Uma situação que deixou de se verificar com a recente reforma da tributação do património. Para uma crítica daquela diversidade de valor, v. o nosso estudo «As bases constitucionais da reforma da tributação do património», cit., pp. 14 e ss.

³⁴ V. o *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, cit., pp. 471 e ss.

³⁵ A que acresce a derrama, um adicional incidente a uma taxa ou alíquota que pode ir até 10% da colecta do IRC das empresas, no caso de a respectiva assembleia municipal votar a sua cobrança, nos termos do art. 18.º da *Lei das Finanças Locais* (Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto).

³⁶ V., neste sentido, também o *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, loc. cit., e, bem assim, o *Relatório da Comissão de Revisão do IRS*, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 1998, pp. 62 e s.

generalidade da doutrina portuguesa, vem rejeitando, uma vez que tais tributos não passam de impostos, embora impostos que apresentam uma particularidade – a de terem por base manifestações da capacidade contributiva resultantes do exercício de uma actividade administrativa pública e não, ou não exclusivamente, da actuação do respectivo contribuinte.

Manifestações da capacidade contributiva essas que assumem, de resto, duas formas, já que, enquanto, nuns casos, a actividade administrativa provoca manifestações positivas dessa capacidade, aumentando-a, noutros casos, a actividade administrativa pública limita-se a obstar a que surjam manifestações negativas dessa capacidade, ou seja, limita-se a manter essa mesma capacidade. O que, na terminologia elaborada há muito tempo pela doutrina italiana e seguida em Espanha e em Portugal, nos conduz, respectivamente, às “contribuições de melhoria” e às “contribuições por maiores despesas”³⁸.

Como será fácil de ver, no caso em apreço, estamos perante situações que se enquadram na primeira modalidade, isto é, perante contribuições especiais na sua configuração de “contribuições de melhoria”. Na verdade, as contribuições especiais, a que estamos a referir-nos, caracterizam-se pelo facto de serem prestações devidas por manifestações da capacidade contributiva que se concretizam em vantagens económicas particulares resultantes do exercício da actividade administrativa pública urbanística, ou seja, de vantagens económicas que beneficiam indistintamente, não naturalmente a generalidade dos contribuintes, mas apenas os contribuintes pertencentes à categoria dos proprietários ou detentores dos bens imóveis objecto de valorização imputável à actividade administrativa pública.

Pois bem, em Portugal, podemos distinguir dois tipos de situações, em que são cobradas contribuições especiais na forma de contribuições urbanísticas de melhoria: 1) os casos em que é cobrado o tradicional encargo de mais-valia, e 2) as situações em que são devidas as mais recentes contribuições especiais³⁹.

3.1.2.1. O encargo de mais-valia. No respeitante ao encargo de mais-valias, temos três situações, a saber: 1) o encargo de mais-valia na titularidade dos municípios e incidente à taxa de 50% sobre o aumento de valor dos prédios rústicos⁴⁰ que, em virtude da “simples aprovação dos planos de urbanização” ou de “obras de urbanização”, aumentem consideravelmente de valor⁴¹; 2) o encargo de mais-valia que incide à taxa de 60% sobre o aumento de valor dos prédios rústicos e dos terrenos para construção da margem sul do Tejo valorizados em consequência da construção da ponte entre Lisboa e Almada⁴²; e 3) o encargo de mais-valia incidente igualmente à taxa de 50% sobre o aumento do valor

³⁷ Ou tributos especiais - cf. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 26 e ss.

³⁸ Contribuições essas que estão de resto contempladas no art. 145.º, III, da Constituição Brasileira, na modalidade de contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

³⁹ É nestas contribuições especiais que se inserem o *Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana* (IIVTNU) espanhol, o *Erschliessungsbeitrag* alemão, e o *Imposta sull'Incremento di Valore degli Immobili* (INVIM) italiano. Já de verdadeiros impostos em sentido estrito se trata, não se inserindo portanto nas contribuições de melhoria, o *Impuesto sobre Construciones, Instalaciones y Obras* (ICIO) espanhol, a pagar pelo dono da obra com base numa percentagem do valor desta, e a *Taxe Locale d'Équipement* (TLE) francesa, a pagar pelos construtores com base numa taxa proporcional ao valor da construção. Refira-se que os impostos locais espanhóis foram objecto de reforma em 2002 – v. sobre a mesma, Antonio Arenales Rasines, «La reforma de los impuestos locales inmobiliarios: IBI, ICIO e IIVTNU», *Tributos Locales*, n.º 28, Abril de 2003, p. 11 e ss.

dos prédios rústicos valorizados em virtude da construção de estradas e de outras grandes vias de comunicação, pela possibilidade da sua utilização como terrenos de construção urbana, cobrado, antes, a favor da Junta Autónoma das Estradas (JAE) e, agora, a favor do Instituto das Estradas de Portugal (IEP), o Instituto no qual o Decreto-Lei n.º 227/2002, de 30 de Outubro, operou a fusão dos três institutos rodoviários anteriormente existentes, resultado aliás do desmembramento da JAE ocorrido em 1999 ⁴³.

Três observações acerca deste encargo. Uma, para dizer que o encargo de mais-valias, incidente sobre o aumento de valor dos prédios rústicos e dos terrenos para construção da margem sul do Tejo valorizados em consequência da construção da ponte entre Lisboa e Almada, se aplica, nos termos do art. 1.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 46 950, à mais-valia resultante não apenas da construção da ponte, mas também da resultante de obras de urbanização ou da abertura de grandes vias de comunicação.

Outra, relativa à titularidade ou destino das receitas do encargo de mais-valia, para dizer que: no primeiro caso, a receita do encargo de mais-valia é inteiramente da titularidade do município; no segundo, há lugar a uma divisão da taxa do encargo, que é de 60%, entre o Estado, que fica com 20%, e o município, que fica com os restantes 40%; e, no terceiro caso, em que a receita do encargo está totalmente consignada ao referido Instituto das Estradas de Portugal.

Uma terceira, para assinalar que, apenas recentemente, a disciplina do encargo de mais-valia devido pela valorização dos prédios rústicos em virtude da aprovação dos planos de urbanização, de obras de urbanização ou da abertura de vias de comunicação, foi objecto das alterações que a autonomia constitucionalmente restaurada dos municípios, há muito, vem exigindo. Com efeito, foi através do art. 2.º da Lei n.º 168/99 ⁴⁴ que vieram a ser deferidas às assembleias municipais a regulamentação desse encargo e às câmaras municipais a determinação das áreas beneficiadas, quando, tanto num como no outro caso, estejam em causa obras de urbanização ou vias de comunicação municipais ou intermunicipais.

3.1.2.2. As contribuições especiais. Relativamente às chamadas contribuições especiais, que mais não são do que contribuições especiais que podemos designar de 2.ª geração ⁴⁵, são de mencionar aqui também três situações, a saber: 1) a contribuição especial incidente sobre o aumento do valor dos prédios rústicos, terrenos para construção e áreas resultantes da demolição de prédios urbanos já existentes, na área dos municípios beneficiados pela construção da nova ponte sobre o Tejo ⁴⁶; 2) a contribuição especial incidente sobre o

⁴⁰ Embora, segundo uma parte significativa da doutrina seguida pela jurisprudência, esse encargo também possa incidir, se bem que à taxa de 30%, sobre prédios urbanos, uma vez que a Lei n.º 2.030, de 22 de Julho de 1948, apenas terá revogado o art. 10.º da Lei de 26 de Junho de 1912 quanto aos prédios rústicos. V., sobre o problema e por todos, Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., pp. 566 e ss., e Nuno Sá Gomes, «Alguns aspectos jurídicos e económicos controversos da sobretributação imobiliária no sistema fiscal português», ob. cit., pp. 108 e ss.

⁴¹ V. o art. 17.º da Lei n.º 2 030, e os arts. 87.º e ss. do Decreto-Lei n.º 43 587, de 8 de Junho de 1961.

⁴² V. o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 41.6161, de 10 de Abril de 1958, e o Decreto-Lei n.º 46 950, de 9 de Abril de 1966.

⁴³ Desmembramento levado a cabo pelo Decreto-Lei n.º 237/99, de 26 de Junho, que criou, em substituição da JAE, o mencionado IEP, o ICOR (Instituto para a Construção Rodoviária) e o ICERR (Instituto para a Conservação e Exploração Rodoviária). Quanto ao encargo de mais-valia em causa, v. o art. 17.º, n.º 1, da Lei n.º 2 030, e o Decreto Regulamentar n.º 4/83, de 25 de Janeiro.

⁴⁴ De 18 de Setembro, que aprovou o actual Código de Expropriações.

aumento do valor dos prédios rústicos, terrenos para construção e áreas resultantes da demolição de prédios urbanos devido à realização da EXPO/98 ⁴⁷; e 3) a contribuição especial incidente sobre o aumento de valor dos prédios rústicos, terrenos para construção e áreas resultantes da demolição de prédios urbanos dos concelhos beneficiados pelos investimentos concretizados na construção das circulares regionais externa e interna de Lisboa ⁴⁸ e na construção das circulares regionais externa e interna do Porto ⁴⁹. Também relativamente a estas contribuições se impõem algumas considerações.

Uma, para referir que se trata de uma contribuição que incide, nuns casos, a uma taxa de 30% e, noutros casos, a uma taxa de 20%, sobre o aumento de valor dos prédios rústicos, resultante da possibilidade da sua utilização como terrenos para construção, bem como sobre o aumento de valor dos terrenos para construção ou das áreas resultantes da demolição de prédios urbanos situados nos municípios beneficiados pelos investimentos concretizados, respectivamente, na construção da nova ponte sobre o Tejo, na realização da EXPO/98 e na construção da CREL, da CRIL, da CREP e da CRIP. Uma taxa mais moderada, portanto, do que a prevista no encargo de mais-valia.

Outra, para dizer que estamos perante contribuições com uma duração limitada, já que as leis que as criaram prevêem que as mesmas terão uma duração de 20 anos ⁵⁰. O que igualmente se compreende se tivermos em conta o impacto valorativo das obras causadoras das mais-valias que constituem o objecto destas contribuições.

Uma terceira, para assinalar que se trata de contribuições de obrigação e cobrança únicas, uma vez que, de acordo com os n.ºs 3 dos arts. 1.º dos seus regulamentos, nenhuma delas poderá ser cobrada mais de uma vez sobre cada prédio. O que bem se compreende, pois que, incidindo sobre uma valorização excepcional dos prédios, decorrente da construção da nova ponte, da realização da EXPO/98 ou da construção das circulares referidas, não vemos como, sem grave iniquidade, a mesma pudesse ser cobrada mais de uma vez. Pela mesma razão sobre as áreas abrangidas por qualquer destas contribuições especiais não incidirá qualquer encargo de mais-valia ou qualquer outra contribuição especial, como prescrevem os arts. 5.º dos Decretos-Leis n.ºs 51/95 e 43/98 e o art. 6.º do Decreto-Lei n.º 51/95 ⁵¹.

Finalmente, uma outra ainda para, numa apreciação sumária, dizermos que, em nossa opinião, estamos perante contribuições cuja disciplina jurídica enferma, em alguma medida, de inconstitucionalidades. Na verdade, as contribuições especiais relativas aos terrenos valorizados pela construção da nova ponte sobre o Tejo, pela realização da EXPO/98 e pela construção das circulares externa e interna de Lisboa e do Porto apresentam-se afectadas de diversas inconstitucionalidades. Por um lado, estamos perante impostos retroactivos, pois tributam mais-valias verificadas antes da entrada em vigor dos referidos Decretos-

⁴⁵ Constituindo assim os casos que vimos, em que é devido o encargo de mais-valia, contribuições especiais da 1.ª geração.

⁴⁶ V. o Decreto-Lei n.º 51/95, de 20 de Março, que aprovou o seu Regulamento.

⁴⁷ V. o Decreto-Lei n.º 54/95, de 22 de Março, que aprovou o seu Regulamento, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 43/98, de 3 de Março.

⁴⁸ Isto é, a CREL – Circular Regional Externa de Lisboa e a CRIL – Circular Regional Interna de Lisboa.

⁴⁹ Isto é, a CREP – Circular Regional Externa do Porto e a CRIP – Circular Regional Interna do Porto.

⁵⁰ Cf. os n.ºs 1 dos arts. 4.º dos Decretos-Leis n.ºs 54/95 e 43/98.

⁵¹ Refira-se que os arts. 6.º do Decreto-Lei n.º 51/95 e 5.º do Decreto-Lei n.º 54/95 foram aditados e mandados aplicar retroactivamente pelo Decreto-Lei n.º 27/97, de 23 de Janeiro.

-Leis n.ºs 51/95, 54/95 e 43/98, que aprovaram os respectivos regulamentos, já que, nos termos dos arts. 2.ºs de tais regulamentos, as contribuições incidem sobre a valorização dos terrenos ocorrida entre, respectivamente, 1 de Janeiro de 1992 ou 1 de Janeiro de 1994 e a data do requerimento da respectiva licença de construção, o que briga com o art. 103.º, n.º 3, da Constituição na versão da Revisão Constitucional de 1997⁵², tornando assim inconstitucionais tais impostos se bem que, nos dois primeiros casos, estejamos perante inconstitucionalidades supervenientes. Daí que, a nosso ver, para afastar a mencionada inconstitucionalidade a contribuição especial devesse incidir apenas sobre as mais-valias verificadas a partir da entrada em vigor do respectivo diploma ou da sua alteração que venha alargar ou agravar a referida tributação.

Depois, olhando para a incidência pessoal dessas contribuições, verificamos que as mesmas podem ser exigidas a contribuintes relativamente aos quais se não tenham verificado quaisquer mais-valias, como no caso em que as mesmas tenham sido realizadas pelo vendedor do terreno (que por elas, aliás, terá sido tributado em IRS ou em IRC), situação em que, para além de configurar uma dupla tributação⁵³, nos deparamos com uma intolerável violação do princípio da capacidade contributiva. Por isso, relativamente aos contribuintes que adquiriram os terrenos posteriormente ao início da contagem da período da sua valorização, a contribuição especial devia incidir apenas sobre a valorização entre o momento dessa aquisição e o momento do requerimento da respectiva licença de construção.

Finalmente, na medida em que o terreno se destine a satisfazer o direito constitucional à habitação, isto é, à construção de um prédio que vise exclusivamente garantir uma habitação de dimensão adequada em condições de higiene e conforto ao contribuinte e sua família, também a sua tributação, nos estritos termos que resultam destes diplomas, viola o direito à habitação constante do art. 65.º da Constituição. Com efeito, para obstem a esta inconstitucionalidade, os diplomas que regulam tais contribuições especiais deviam prever uma isenção para aqueles contribuintes que utilizem e na medida em que utilizem o terreno para satisfazer o referido direito à habitação⁵⁴.

3.2. As taxas urbanísticas. Por certo que não são necessários grandes esforços para concluirmos que estamos aqui a falar de taxas urbanísticas num sentido amplo. Num sentido em que, não obstante a diversidade de manifestações que ostentam tais taxas⁵⁵, verdadeiramente nos deparamos com três situações, a saber: as taxas devidas por infra-estruturas urbanísticas ou taxas urbanísticas em sentido estrito, as chamadas compensações urbanísticas e outras taxas devidas pelos particulares.

3.2.1. As taxas por infra-estruturas urbanísticas. De entre todas as taxas que os particulares têm de suportar no domínio do urbanismo, são certamente as chamadas taxas por infra-estruturas urbanísticas ou, na actual forma canónica “as taxas pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas”⁵⁶, as mais conhecidas. O que não surpreende se tivermos em conta o peso destas taxas.

⁵² Em vigor desde 5 de Outubro de 1997.

⁵³ Sobre a dupla tributação, v. o nosso *Direito Fiscal*, cit., pp. 226 e ss.

⁵⁴ V. também o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 28, nota 49.

Uma figura tributária que, não obstante o nome que ostenta, tem sido objecto de alguma discussão relativa à sua natureza, já que tanto a doutrina como a jurisprudência se encontra dividida a seu respeito. Com efeito, enquanto alguns autores como Diogo Freitas do Amaral, Osvaldo Gomes, Diogo Leite de Campos, Afonso Marcos, Nuno Sá Gomes e Benjamim da Silva Rodrigues e, bem assim, a jurisprudência do STA ⁵⁷, se vêm pronunciando pela sua natureza de imposto, outros autores como Paz Ferreira e Aníbal Almeida e, bem assim, a jurisprudência do Tribunal Constitucional ⁵⁸ vêm-se pronunciando pela sua natureza de taxa.

Ora, como se deduz da própria inserção desta figura na presente exposição, inclinamo-nos no sentido da sua natureza de taxa. Uma conclusão que exige alguns esclarecimentos. Naturalmente que uma tal conclusão não pode ser alcançada em termos gerais e abstractos, mas sim tendo em conta o recorte de cada taxa em concreto, procedendo-se, como é mister, em cada caso, à averiguação, de um lado, da existência da bilateralidade que caracteriza as taxas e, de outro, da presença do critério que suporta o montante desta figura tributária.

Pois bem, quanto ao seu carácter bilateral, há que averiguar se já se verificou a realização das respectivas infra-estruturas, como terá sido a ideia com base na qual o Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 357/99, concluiu pela natureza de taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas do município de Amarante. Ou, no caso de tais infra-estruturas ainda não terem sido efectuadas, averiguar se a ordem jurídica permite aos que pagaram a respectiva taxa exigir a realização dessas infra-estruturas ou, em alternativa, a restituição do montante pago. Pois, se uma tal “possibilidade jurídica” estiver arredada, então há que concluir que estamos perante um verdadeiro imposto. Foi, aliás, por ter concluído que existia essa “possibilidade jurídica” de o contribuinte exigir a realização das infra-estruturas correspondente à taxa urbanística paga que o Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 410/2000 concluiu, embora por sete votos contra seis, pela natureza de taxa da taxa por infra-estruturas urbanísticas da Póvoa do Varzim ⁵⁹.

Uma ideia presente também no recente Acórdão n.º 274/2004, em que o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional algumas normas do Regulamento e Tabela de Taxas e Licenças Municipais de Baião, na medida em que permitem a cobrança da taxa municipal de infra-estruturas relativamente a promotores que tenham suportado integralmente os

⁵⁵ Para ter uma ideia de tal diversidade basta consultar, como exemplo e para não irmos mais longe, o *Regulamento Municipal de Taxas e Cedências Relativas à Administração Urbanística* do município de Coimbra, publicado no Apêndice n.º 41 do *Diário da República*, II Série, de 7 de Abril de 1999, pp. 62 e ss.

⁵⁶ Como agora se diz nos arts. 19.º, al. a), da *Lei das Finanças Locais*, e 116.º do *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação* (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

⁵⁷ Cf., quanto aos autores referidos, Diogo Freitas do Amaral, *Direito do Urbanismo — Sumários*, Lisboa, 1993, p. 119; Osvaldo Gomes, «Direito do urbanismo», in *Direito das Empresas*, INA, Lisboa, 1990, pp. 201 e ss.; Diogo Leite de Campos, «Fiscalidade do urbanismo», *cit.*, p. 460; Afonso Marcos, «As taxas municipais e o princípio da legalidade fiscal», *Fisco*, n.º 74/75, pp. 22 e ss., Nuno Sá Gomes, «Alguns aspectos jurídicos e económicos controversos da sobretributação imobiliária no sistema fiscal português», *cit.*, pp. 98 e ss., e Benjamim da Silva Rodrigues, «Para um reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal», *ob. cit.*, pp. 202 e ss.

⁵⁸ Cf., quanto aos autores, Paz Ferreira, «Ainda a propósito da distinção entre impostos e taxas: o caso da taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas», *Ciência e Técnica Fiscal*, 380, Outubro-Dezembro de 1995, pp. 57 e ss., e Aníbal Almeida, *Estudos de Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 35 e ss. Por seu lado, no respeitante à jurisprudência do Tribunal Constitucional, v., por todos, os Acs. 357/99 e 410/2000, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vols. 44, pp. 251 e ss., e 48, pp. 141 e ss.

custos com a realização das infra-estruturas decorrentes da aprovação do correspondente loteamento. Pois estamos aí perante um tributo que pode ser cobrado ainda que não tenha como contrapartida a realização, ainda que futura, por parte da Câmara Municipal de Baião, de nenhuma obra de infra-estrutura que seja consequência directa ou indirecta da aprovação de uma operação de loteamento.

Depois de ultrapassado com êxito o teste da bilateralidade, há que proceder ainda ao teste do critério em que assenta a taxa pelas infra-estruturas urbanísticas. Isto é, há que saber se esse critério assenta na ideia de proporcionalidade entre a prestação (a taxa) e a contraprestação específica, ou se, não obstante a bilateralidade, tem por base a capacidade contributiva. Pois só estaremos perante uma (verdadeira) taxa caso essa proporcionalidade se verifique, caso tenha por base o princípio da equivalência (*Äquivalenzprinzip*) entre prestação e contraprestação.

Traduza-se essa equivalência num específico benefício para o contribuinte a aferir pelo princípio da compensação pelo benefício (*Vorteilsausgleich*), ou na provocação de um específico custo deste à correspondente comunidade, a aferir pelo princípio da cobertura dos custos (*Kostendeckungsprinzip*)⁶⁰. Pois se isto se não verificar, então estaremos, se não em termos da ciência das finanças ou mesmo do direito financeiro, pelo menos em termos jurídico-constitucionais, perante verdadeiros impostos, com todas as consequências que daí derivam, seja em sede do princípio da legalidade fiscal, que impede os municípios de os instituir sem lei prévia, seja do princípio da igualdade fiscal, que implica que os mesmos sejam aferidos com base na capacidade contributiva e não com base no princípio da proporcionalidade, por que se afere a igualdade das taxas⁶¹.

Um teste que, devemos acrescentar, pela própria natureza das coisas, não é realizável apenas em abstracto, ao nível portanto das normas de incidência das taxas, mas também e sobretudo em concreto, caso a caso, no momento de aplicação dessas normas. Na verdade, não basta que as taxas sejam proporcionais no seu recorte normativo ou legal, antes se exige que elas o sejam também no momento da aplicação das correspondentes normas, pois só assim se pautarão integralmente pelo critério da proporcionalidade⁶².

⁵⁹ Uma jurisprudência que tem sido mantida posteriormente – v., entre outros, os Acs. 490/2000 (taxa de urbanização de Paredes), 501/2000 (taxa de urbanização do Porto), 577/2000 (taxa de urbanização de Vila do Conde), 334/2002 (taxa de urbanização de Celorico de Basto) e 274/2004 (referido, a seguir, no texto).

⁶⁰ Na terminologia alemã mais recente, que colhemos em K. Tipke e J. Lang, *Steuerrecht*, 15.^a ed., Köln, 1996, p. 48, já que tradicionalmente a doutrina alemã, à qual se deve de resto esta construção dogmática, por via de regra, contrapõe o *Äquivalenzprinzip*, reportado à equivalência entre a taxa e o benefício proporcionado ao contribuinte, ao *Kostendeckungsprinzip*, reportado à equivalência entre a taxa e os custos provocados à comunidade – v., neste sentido, H.-W. Arndt, *Grundzüge des Allgemeinen Steuerrechts*, V. Vahlem, München, 1988, p. 11. Quanto a estes princípios, que suportam a medida ou metro da proporcionalidade dos tributos bilaterais ou taxas, v. o nosso livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 264 e ss., 345 e ss. e 477.

⁶¹ Refira-se que da conjugação de um princípio da legalidade fiscal, muito exigente em termos do princípio da determin(abil)idade, com um princípio da legalidade das taxas sem qualquer exigência para além da decorrente da reserva do seu regime geral ao Parlamento, tem conduzido a uma fuga para o que podemos designar “mercado paralelo da fiscalidade”, ou seja, ao recurso a figuras tributárias que, sob os mais diversos nomes (taxas, tributos especiais, receitas para-fiscais, etc.), procuram ocultar uma fiscalidade que, não ousando dizer o nome, evita a sua subordinação aos estritos princípios da “constituição fiscal”. Cf. os nossos livros *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua Admissibilidade)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 236 e ss., e *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 260 e ss.

⁶² V. os nossos livros *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 264 e ss., 354 e ss. e 477, e *Direito Fiscal*, cit., pp. 21 e ss.

3.2.2. *As compensações urbanísticas.* Um outro caso em que, a seu modo, também podemos falar de taxas urbanísticas, situa-se, a nosso ver, na figura das compensações urbanísticas ou, mais precisamente, das compensações para os espaços públicos, equipamentos colectivos e infra-estruturas. Com efeito, nos termos do n.º 1 do art. 44.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o proprietário e os demais titulares de direitos reais sobre o prédio a lotear cedem gratuitamente ao município as parcelas para implantação de espaços verdes públicos e equipamentos de utilização colectiva e infra-estruturas que devam integrar o domínio municipal. Todavia, segundo o n.º 4 do mesmo artigo, se o prédio a lotear já estiver servido de infra-estruturas ou não se justificar a localização nele de qualquer equipamento ou espaço verde públicos, não há lugar a qualquer cedência para esses fins, ficando todavia o proprietário obrigado ao pagamento de uma compensação ao município em numerário ou em espécie, nos termos definidos por regulamento municipal ⁶³.

Ora bem, o primeiro problema que aqui se coloca é o de saber qual a natureza jurídica destas compensações, ou seja, trata-se de saber se estamos perante tributos unilaterais ou impostos ou perante tributos bilaterais ou taxas. Uma questão cuja resposta depende, está bem de ver, da resposta que dermos a esta outra pergunta: essas compensações visam atingir manifestações da capacidade contributiva do proprietário ou exigir contrapartidas pelas despesas urbanísticas realizadas pelo município? A nosso ver e em abstracto, parecem-nos que tais compensações terão a mesma natureza da taxa de urbanização ou, para sermos mais exactos, da “taxa pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas”, ou seja, a natureza de taxa. Todavia, como vimos relativamente à taxa por infra-estruturas urbanísticas, também no respeitante às compensações em análise é preciso ter presente que a solução terá de ser encontrada caso a caso através da realização do correspondente teste da proporcionalidade inerente à figura das taxas.

3.2.3. *Outras taxas dos particulares devidas pelo controlo de actividades urbanísticas.* Taxas urbanísticas em sentido lato podemos considerar ainda aquelas taxas exigidas aos particulares pela contraprestação que constitui a actividade administrativa de controlo de actividades urbanísticas. Estamos naturalmente a referir-nos às taxas devidas pelas licenças ou autorizações de loteamento, de obras de urbanização e de execução de obras particulares, previstas nos arts. 19.º, al. b), da Lei das Finanças Locais, e 116.º, n.ºs 1 e 4, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Efectivamente, também estas taxas oneram, de algum modo, a actividade urbanística dos particulares ⁶⁴, sendo, por conseguinte, uma manifestação da tributação do urbanismo.

⁶³ V., para a disciplina anterior destas compensações urbanísticas, o art. 16.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, com as alterações constantes da Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto e, para a anterior a esta última, o art. 32.º do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro.

⁶⁴ Isto independentemente da tese que se perfilhe relativamente ao *ius aedificandi*: conceba-se este como “um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições estabelecidas pelas normas jurídico-urbanísticas”, como defende Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 383, ou como uma das faculdades em que o direito de propriedade se analisa, como defendem, entre outros, Diogo Freitas do Amaral, «Apreciação da dissertação de doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia», *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. XXXII, 1991, p. 99.

O que, todavia, não pode levar-nos a esquecer as assinaláveis diferenças existentes entre tais taxas e as taxas devidas por infra-estruturas urbanísticas. Efectivamente, enquanto estas últimas constituem taxas devidas por uma actividade urbanística da administração pública, aquelas são a contrapartida de uma actividade de controlo ou de polícia da actividade urbanística dos particulares. Ou seja, enquanto nas taxas por infra-estruturas urbanísticas estamos perante taxas que são o “preço” a pagar por serviços prestados pela administração pública activa, nas taxas por autorizações e licenças urbanísticas deparamo-nos com taxas que são o “preço” a pagar por serviços prestados pela administração pública de controlo.

4. A beneficiação fiscal do urbanismo

Finalmente algumas considerações sobre o papel dos benefícios fiscais no domínio do urbanismo. Pois bem, a este respeito, é de começar por dizer que nunca foi de se esperar muito de um tal instrumento, uma vez que os benefícios fiscais nas diversas modalidades que assumem, não podem ter, por via de regra, um grande papel. Na verdade, eles têm sempre um papel muito limitado. Isto mesmo num sistema que não tenha por base uma má vontade contra a utilização extrafiscal dos instrumentos fiscais. É que, não podemos esquecer, a razão de ser do direito fiscal, das normas de direito fiscal, é a obtenção de receitas, não a directa realização de despesas, as despesas fiscais ou passivas, como o são efectivamente as incorridas nos benefícios fiscais ⁶⁵.

De resto, tendo em conta, como dissemos, que se caminha no sentido de uma crescente separação entre a tributação e o urbanismo, quer excluindo ou limitando o papel da tributação no financiamento do urbanismo, quer entregando preferentemente aos proprietários dos terrenos esse financiamento, não admira que o poder tributário negativo, isto é, enquanto não tributação ou de menor tributação, tenha escasso senão mesmo nulo papel no domínio do urbanismo ⁶⁶.

E efectivamente assim é. Olhando para a disciplina legal do urbanismo português, e em geral para a dos países que temos vindo a ter em consideração, a notícia que temos é a de os benefícios fiscais não desempenharem neles qualquer papel ⁶⁷.

Para ilustrar isto, vamos referir o caso português, em que os benefícios fiscais num tal sector apenas são detectáveis na tributação relativa ao património cultural, uma vez que o direito do património cultural tem importantes zonas de intersecção com o direito do urbanismo ⁶⁸. Assim, no respeitante à beneficiação fiscal dos bens imóveis que constituam

⁶⁵ Sobre o enquadramento que julgamos adequado para a extrafiscalidade, que temos como um dos desafios actuais da tributação, considerando-a como integrando o que chamamos “direito económico fiscal”, v. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 401 a 424. Quanto à problemática das despesas fiscais, tendo em conta sobretudo o seu tratamento orçamental, v. Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, Coimbra, 2004.

⁶⁶ Sobre o poder tributário negativo e os riscos que o mesmo comporta quando exercido desfasadamente do correspondente poder tributário positivo, como, de algum modo, pode ocorrer com as regiões autónomas e as autarquias locais em Portugal, v. os nossos *Direito Fiscal*, cit., pp. 35 e ss., e «As bases constitucionais da reforma da tributação do património», cit., ponto III.

⁶⁷ Mas o mesmo acontece lá fora – v. em relação a Espanha, Angel Menéndez Rexach, «O sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Espanha», *ob. cit.*, pp. 92 e ss.

bens culturais, património arquitectónico portanto, temos quer benefícios fiscais directos concedidos aos proprietários dos bens imóveis objecto de classificação como monumentos nacionais, imóveis de interesse público ou imóveis de interesse municipal, quer benefícios fiscais indirectos concedidos em sede do mecenato cultural.

Quanto aos primeiros, traduzem-se na isenção dos impostos sobre o património relativamente aos imóveis classificados, ou seja, até à recente reforma da tributação do património, na isenção da Contribuição Autárquica, do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações ⁶⁹ e, depois dessa reforma, na isenção do Imposto Municipal sobre Imóveis e do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis e na exclusão da sua tributação no Imposto do Selo sobre as aquisições gratuitas ⁷⁰. Assinale-se que aquelas isenções não são automáticas, pois têm de ser requeridas pelos proprietários desses imóveis à administração fiscal, mais especificamente ao Director-Geral dos Impostos, muito embora este disponha aqui de uma competência estritamente vinculada ⁷¹.

Por seu turno, quanto aos benefícios fiscais indirectos, temos os benefícios concedidos aos patrocinadores ou *sponsors* ⁷², com o objectivo de incentivar estes a realizar donativos a favor de entidades públicas ou privadas, como cooperativas culturais, institutos públicos, fundações e associações, que prossigam actividades de defesa ou valorização do património cultural. Traduzem-se tais benefícios, nos termos do chamado Estatuto do Mecenato ⁷³, em esses donativos serem considerados custos ou perdas de exercício quando concedidos pelas empresas societárias, ou deduzidos por $\frac{1}{4}$ do seu valor à colecta quando concedidos pelas pessoas ou empresas singulares. Mais especificamente, os donativos das empresas societárias são considerados custos ou perdas de exercício em valor correspondente a 120% ou (quando atribuídos com base em contratos plurianuais) 130%, até ao limite de 6% do volume de vendas ou dos serviços prestados, no apuramento do lucro tributável em IRC (art. 3.º do Estatuto). Por seu lado, os donativos das empresas ou pessoas singulares são deduzidos à colecta do IRS, no ano a que dizem respeito, pelo valor correspondente a 25% das importâncias atribuídas, até ao limite de 15% da colecta (art. 5.º, n.º 1, al. b), do Estatuto) ⁷⁴.

⁶⁸ Cf., quanto a tal aspecto, o nosso estudo, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Almedina, Coimbra, 2004, pp55 e ss.

⁶⁹ Cf. o art. 40.º, n.ºs 1, al. n), e 5 a 7, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, e os arts. 13.º e 15.º do Código do Imposto Municipal de Sisa e Imposto sobre Sucessões e Doações.

⁷⁰ V., respectivamente, o art. 40.º, n.ºs 1, al. n), e 5 a 7, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, o art. 6.º, al. g), do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, e o art. 1.º, n.º 5, als. c) e e), do Código do Imposto do Selo.

⁷¹ V. as disposições legais mencionadas nas notas anteriores do Estatuto dos Benefícios Fiscais e do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis.

⁷² Empregamos os termos patrocinadores ou *sponsors*, por serem estes presentemente os mais frequentes para designar os mecenas, no que reflecte uma crescente aproximação da Europa aos EUA relativamente ao financiamento, que assim é cada vez mais privado, da cultura e das artes e um conseqüente afastamento do paradigma europeu, que remonta sobretudo ao Renascimento, de uma cultura colocada fundamentalmente sob a alçada do Estado. Por isso, não se trata de uma mera questão de palavras, mas antes de uma nova compreensão desses promotores da cultura e das artes, cuja acção em prol destas não tem que ser levada a cabo de maneira desinteressada e alheia a quaisquer contrapartidas. Cf. M. de Lourdes Limas dos Santos e Idalina Conde, «Mecenato cultural de empresa em Portugal», *Análise Social*, 1990, n.º 107, pp. 375 e ss.

Enfim, de referir é também que se estão excluídos da tributação em Imposto do Selo os “donativos efectuados nos termos da Lei do Mecenato”, como se prescreve no art. 1.º, n.º 5, al. c), do Código, Imposto do Selo. Pelo que os actos, contratos, documentos e outros factos previstos neste Código, que digam respeito a bens classificados que constituam donativos nos termos da Lei do Mecenato, não estão sujeitos ao Imposto do Selo.



(José Casalta Nabais)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

⁷³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74/99, de 16 de Março.

⁷⁴ Assinale-se que este limite, assim como o limite referente ao IRC, não se aplica quando os donativos sejam concedidos ao Estado, regiões autónomas e autarquias locais e quaisquer dos seus serviços e organismos ainda que personalizados e outras entidades mencionadas no art. 1.º do Estatuto. Para a disciplina dos benefícios directos e indirectos no domínio da protecção e valorização do património cultural, v. a colectânea de legislação de José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, *Direito do Património Cultural — Legislação*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 289 e ss., bem como a nossa *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Almedina, Coimbra, 2004., pp. 66 e ss. Para uma crítica da legislação avulsa, como é efectivamente o Estatuto do Mecenato, que devia integrar a codificação constante do Estatuto dos Benefícios Fiscais, v. o nosso livro *Direito Fiscal*, cit., pp. 209 e ss., e 419 e ss.

Resíduos, desperdícios e subprodutos. Uma trilogia ambígua

Resumo

Ao contrário da regulamentação federal americana, que se limita a controlar os resíduos perigosos, as regras, em matéria de resíduos, adoptadas pelo legislador comunitário dizem respeito a todo o objecto ou substância de que nos desfazemos, nomeadamente os desperdícios com valor comercial. O campo de aplicação da regulamentação sobre os resíduos foi objecto de múltiplos contenciosos apresentados ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que recentemente julgou que as substâncias perigosas abandonadas nos solos bem como as terras poluídas por essas substâncias deviam ser equiparadas a resíduos. A presente contribuição visa sistematizar e ilustrar, face à jurisprudência comunitária e à de certos Estados-Membros, os critérios que permitem distinguir um resíduo de um produto ou de um subproduto.

Introdução

1. *Plano.* – Trata-se, no presente artigo, de delimitar o alcance da definição de resíduo em direito comunitário, que compreende, em virtude do artigo 1, a) da Directiva 75/442/CEE sobre os resíduos, tal como foi rectificado pela Directiva 91/156/CEE: “*toda a substância ou todo o objecto que pertença a uma das categorias que figuram no Anexo I, dos quais o detentor se desfaz ou tem a intenção de se desfazer ou a obrigação de se desfazer*”.

Englobando a noção de desperdícios, a definição de resíduo não cobre, porém, a noção de subprodutos. Também explicitaremos estas duas noções.

A definição de resíduo em direito comunitário reveste-se de uma importância capital na medida em que a Directiva 75/442/CEE, desde a sua modificação pela Directiva 91/156/CEE, foi elevada ao nível de Directiva — quadro e sustenta, desde a sua entrada em vigor, toda a política comunitária ¹ e, por conseguinte, a política dos Estados — Membros em matéria de resíduos ². Deste modo, esta definição constitui a pedra angular de toda

¹ Trata-se de uma directiva — quadro que enuncia os princípios que devem orientar a matéria, isto é, um directiva que fixa as linhas directrizes enquadrando a acção dos Estados-Membros no que concerne à sua gestão dos resíduos. Cabe ao legislador comunitário traduzi-los em normas mais concretas por meio de directivas cujo objecto é mais preciso. (C.J.C.E., de 11 de Setembro de 2003, *AvestaPolarit Chrome Oy*, processo C-114/01, ponto 48). Deste modo, no seu acórdão *Mayer Parry* de 19 de Junho de 2003 proferido a propósito da definição dada pela Directiva 94/62/CE relativa às embalagens e aos resíduos de embalagens, o Tribunal de Justiça qualificou esta última directiva como *lex specialis* (C.J.C.E., de 19 de Junho de 2003, *Mayer Parry*, processo C-444/00, ponto 57).

² O campo de aplicação extremamente lato da regulamentação comunitária conhece, para além das restrições estabelecidas pela jurisprudência relativa aos subprodutos (*infra* n.º 30 *et seq.*), um certo número de limites formulados pelo legislador comunitário (art. 2.1 da Directiva 75/442/CEE). O Tribunal de Justiça considera que os legisladores nacionais, respeitando certas condições, podem adoptar para alguns domínios (resíduos mineiros, resíduos animais,...) legislações que derogam a Directiva 75/442/CEE. Só, pois, na falta de uma regulamentação comunitária específica e, subsidiariamente, de uma legislação nacional específica, é que a directiva — quadro acaba por aplicar-se às matérias e aos objectos que são enumerados no parágrafo 1.º do artigo 2 (Acórdão *AvestaPolarit Chrome Oy*, supra citado, ponto 49). Vejam-se as críticas do raciocínio do Tribunal feitas por L. KRAMER, “Member State’s environmental legislation and the application of EC Waste law—the classification of waste”, *Environmental Liability*, 2003, vol. 11, n.º 6, pp. 231-233.

a regulamentação sectorial aplicável aos resíduos ³, nomeadamente no que concerne às regras comunitárias relativas aos movimentos transfronteiras de resíduos ⁴.

Com efeito, uma substância ou um objecto de que nos desfazemos mas que, devido a circunstâncias particulares, não é abrangido por esta definição, não se encontra submetido às obrigações administrativas relativas à recolha, à triagem, à manutenção, ao transporte, às transferências internacionais e aos métodos de tratamento, aplicáveis aos resíduos.

Para os fazer escapar às exigências da regulamentação sobre os resíduos, e até dos regimes fiscais aplicáveis às transferências de resíduos, alguns operadores económicos não hesitam em assimilar os seus desperdícios a produtos, ou até a subprodutos. A definição comunitária encontra-se, pois, no centro de múltiplos contenciosos onde as administrações nacionais e os ministérios públicos se batem com as empresas a fim de definirem se esta ou aquela substância constitui ou não um resíduo.

Assim sendo, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem tentado, desde há já alguns anos, circunscrever esta definição tendo em conta critérios claros e pertinentes. Esta jurisprudência apresenta um interesse certo para os juristas nacionais, na medida em que todo o esclarecimento trazido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, num processo que ponha em causa um Estado estrangeiro, apresenta a priori um interesse teórico para todos os outros Estados da Comunidade Europeia.

Nas quatro primeiras secções deste artigo, exporemos os critérios que permitem determinar a partir de quando e em função de que operação um objecto ou uma substância é susceptível de ser abrangida pela Directiva 75/442/CEE e, por conseguinte, está submetida ao conjunto das regras relativas à gestão dos resíduos.

Ora, o problema da definição do resíduo está intimamente ligado ao facto de ela não poder ser correctamente apreendida sem que se compreenda o alcance de uma série de outros conceitos. De igual modo, tentaremos, numa quinta secção, traçar as linhas de demarcação que separam os conceitos de resíduos, de produtos e de subprodutos. Por meio de exemplos tirados da prática, verificar-se-á a pertinência destes critérios.

Assim, longe de querer proceder a uma análise de direito comparado, quisemos antes permitir ao leitor uma melhor compreensão do carácter próprio ou desapropriado dos critérios a que recorre a jurisprudência comunitária, ilustrando-os por meio de várias decisões proferidas por jurisdições nacionais na Grã-Bretanha, em França e na Bélgica.

³ Na sua comunicação sobre a prevenção e reciclagem de resíduos de 27 de Maio de 2003, a Comissão Europeia sublinha que a definição constitui a pedra angular da legislação comunitária neste domínio (p.38). Do mesmo modo, qualquer modificação trazida por esta definição é susceptível de modificar uma gama de regulamentações. Veja-se D. Pocklington, "Opening Pandora's Box-the EU Review of the Definition of Waste", *EELR*, Julho de 2003, p. 205.

⁴ O recurso aos conceitos de valorização e de eliminação inscritos na Directiva 75/442 permite determinar o alcance dos procedimentos previstos por meio do regulamento (CEE) n.º 259/93 relativo às trasladações de resíduos. Vejam-se, nomeadamente, os acórdãos *A.S.A. Abfall Service AG c. Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie*, de 27 de Fevereiro de 2002, processo C-6/00; *Sita Eco service Nederland*, de 3 de Abril de 2003, processo C-116/01; *Commission c. Allemagne*, de 13 de Fevereiro de 2003, processo C-228/00 e *Commission c. Luxembourg*, de 13 de Fevereiro 2003, processo C-458/00; *Commission c. Pays-Bas*, de 14 de Outubro de 2004, processo C-113/02.

I. A definição de resíduo: generalidades

2. *Dificuldades científicas e técnicas.* – A noção de resíduo é difícil de delimitar, do ponto de vista técnico, pelas razões que a seguir se expõem.

Os resíduos são, antes de mais, múltiplos. De uma maneira ou de outra, todos os sectores da nossa sociedade de consumo produzem resíduos. As numerosas regulamentações que os definem reflectem, aliás, essa diversidade. Encontramos enumerados nas regulamentações nacionais, frequentemente numa ordem dispersa, os “resíduos industriais”, os “resíduos domésticos”, os “resíduos hospitalares”, os “resíduos agrícolas”, os “resíduos inertes”, e os “resíduos especiais”. Além disso, o facto de alguns deles apresentarem mais perigos do que outros levou os legisladores a distinguir os “resíduos tóxicos e perigosos” dos “resíduos vulgares”.

Depois, os resíduos são instáveis pelo facto de a sua evolução estar longe de ser homogénea. Emanando sempre de um processo dinâmico e não estático, o factor tempo é, a este título, primordial: porque são biodegradáveis, os resíduos domésticos desaparecem rapidamente; pelo contrário, a duração de vida de outros resíduos - nomeadamente nucleares - perdurará ao longo de milénios. Os processos de tratamento e de eliminação podem também ter um papel determinante na sorte que lhes está reservada. Estes podem, de facto, apresentar-se e ser eliminados por formas sensivelmente diferentes. Incinerados, os resíduos sólidos dispersam-se na atmosfera sob a forma de partículas poluentes; atirados fora sob a forma de efluentes poluentes, os resíduos líquidos dissolvem-se no meio aquático; descarregados numa lixeira, acabarão por ser enterrados; reinseridos num processo de produção, podem facilmente substituir matérias-primas. Não é preciso sublinhar que a escolha destes procedimentos tem consequências importantes sobre a protecção do meio ambiente. A dispersão dos resíduos no ar, na água e nos solos pode provocar a deterioração dos lugares que os recebem (poluição atmosférica, contaminação dos solos e dos lençóis de água, eutrofização das águas, ...) enquanto que a sua recuperação para produzir matérias primas secundárias se revela menos prejudicial para o meio ambiente e permite, para além disso, economizar matérias primas.

Por fim, os resíduos caracterizam-se pela sua relatividade. O objecto que surge como “inutilizável” num determinado momento, num determinado lugar e para uma determinada pessoa, não o é forçosamente num outro lugar, num outro momento e para uma outra pessoa. Considere-se o exemplo seguinte: uma peça de roupa desgasta já não agrada ao seu proprietário; este deseja naturalmente desfazer-se dela. No caso de ser recuperada por outra pessoa que continuasse a usá-la, a dita peça deixaria de ser um resíduo. Pelo contrário, se a dita peça não encontrar comprador, o seu proprietário deverá livrar-se dela como de uma imundície. Raciocinando por analogia, uma substância pode, durante o seu ciclo de vida, ser alternativamente qualificada de produto, de subproduto, de resíduo ou de matéria-prima secundária, segundo a utilização que dela é feita ou segundo as normas em vigor. Deste modo, para uma mesma empresa, um desperdício pode, no espaço de alguns anos, se não mesmo de alguns meses, perder o seu carácter de resíduo em função da evolução das técnicas ou por razões económicas, podendo o aumento do preço das matérias-primas tornar as matérias-primas secundárias mais concorrenciais.

Uma vez que flutua, deste modo, em função do espaço, do tempo, das situações e das pessoas a que diz respeito, a noção de resíduo surge, à primeira vista, avessa a toda a qualificação jurídica uniforme.

3. *Abordagem terminológica* – Poderia a definição comunitária eventualmente ser esclarecida graças à interpretação vulgar da noção de resíduo? Aparentemente, a interpretação vulgar deste termo revela-se porém de um fraco recurso. Para além de que os problemas que surgem por causa da variedade das línguas oficiais da Comunidade Europeia, o termo “resíduo” revela-se polissémico, e isto qualquer que seja a língua. Comporta efectivamente acepções diferentes, tanto na linguagem corrente, como na literatura científica. Mesmo estando todos de acordo que o termo evoca o valor de uso, as definições dadas nos dicionários não são nada esclarecedoras sobre o alcance exacto deste termo. Assim, o Petit Robert define-o como sendo a “perda, diminuição que uma coisa sofre na utilização que dela é feita, o que resta de uma matéria que é trabalhada, detrito impróprio para o consumo, inutilizável (e em geral sujo ou incómodo)”⁵. Ora tal definição é de muito pouca valia para os juristas.

II. As três componentes da definição

4. *Estado da questão*. – Por causa da multiplicidade dos termos retomados na definição comunitária, necessário se torna distinguir as diferentes hipóteses que aí encontramos. Examinaremos, pois, sucessivamente os três componentes essenciais da definição: em primeiro lugar, os termos “substâncias e objectos” (A), depois o conceito de “detentor” (B) e, por fim, a acção de “desfazer-se” (C). Veremos na secção seguinte que, na medida em que os conceitos não permitem definir com precisão suficiente, a partir de que momento uma substância ou um objecto se torna num resíduo, será de toda a conveniência apoiar-se em todo um leque de indícios para responder a esta questão (n.º 12 *et seq.*). Acresce ainda dizer que cada um dos critérios que venha a servir para qualificar uma substância ou um objecto como resíduo deva ser interpretado de forma estrita.

Com efeito, tal como exige a jurisprudência do Tribunal de justiça, convém interpretar o termo resíduo tendo em conta o objectivo da directiva⁶, que, conforme o artigo 174, parágrafo 2, do tratado CE, visa garantir “um nível elevado da protecção do ambiente”, obrigação que encontramos nomeadamente no artigo 4 da directiva⁷. Para além disso, a política de gestão dos resíduos assenta em princípios de precaução e de acção preventiva⁸.

⁵ Le nouveau Petit Robert, vº “déchet”, 1993.

⁶ C.J.C.E., de 28 de Março de 1990, *Vessoso et Zanetti*, processo C-206/88 e C-207/88, Col. p. I-1461, ponto 12 ; 15 de Junho de 2000, *ARCO Chemie Nederland Ltd*, Processos conjuntos C-418/97 e C-419/97, ponto 37.

⁷ Acórdãos *ARCO Chemie*, supra citado, ponto 40; 18 de Abril de 2002, *Palin Granit Oy et Vehmassalo kansanterveysystyön kuntayhtymän hallitus c. Lounais-Suomen Ympäristökeskus*, processo C-9/00, ponto 23.

⁸ Relativamente à génese e ao alcance deste princípio na ordem jurídica comunitária, reenviamos o leitor para as nossas obras *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, collection Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, Paris, A.U.F., 437 p. *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 433 p.

Consequentemente, a noção de resíduo não pode ser interpretada de maneira restritiva pelos Estados Membros. Estes últimos não podem, pois, excluir do campo de aplicação da sua regulamentação sobre os resíduos certas categorias de resíduos recicláveis⁹. Pela mesma ordem de ideias, a interpretação estrita da definição condena as presunções legais, que teriam como efeito restringir o campo de aplicação da directiva e não cobrir as matérias, substâncias ou produtos que correspondem à definição do termo “resíduo” no sentido da directiva. Tais restrições prejudicariam a eficácia do artigo 174 do tratado e da directiva¹⁰.

A. Pertença da “substância” ou do “objecto” a uma das categorias que figuram no anexo I da directiva.

5. *Alcance do Anexo I da directiva.* – Desde a entrada em vigor da alteração introduzida pela directiva de 1991, as substâncias e os objectos susceptíveis de se tornarem em resíduos devem pertencer a uma das categorias que figuram no anexo I da directiva. Este anexo, que se inspira no anexo da decisão da O.C.D.E., de 27 de Maio de 1988 sobre os movimentos transfronteiras de resíduos perigosos, enumera dezasseis categorias de substâncias ou de objectos a considerar como resíduos.

É possível distinguir, nestas categorias, por um lado, as substâncias que constituem desperdícios de produção industrial (Q:1,8 a 11)¹¹ e, por outro, as substâncias tornadas impróprias para consumo por causa da sua contaminação durante o seu uso, por causa do seu consumo, ou simplesmente por acaso (Q:4 a 7, 12 e 15), ou porque já não respondem a certas exigências (Q:2, 3 e 13). Observaremos também que as categorias foram identificadas, não em função dos perigos específicos que representam as matérias que aí são enumeradas, mas antes tendo em conta o risco que corremos ou que causamos ao desfazer-mos de uma matéria (ausência de uso, uso ilícito, produto fora da validade ou que se estragou em consequência de um acidente, ...). Por outras palavras, esta enumeração reflecte, de maneira implícita, a importância de que se reveste o termo “desfazer-se” (*infra*, n.º 8).

Existem duas categorias que merecem uma atenção particular. A categoria Q.13 aproxima-se sensivelmente do conceito de obrigação de se desfazer que reencontramos mais longe na definição (*infra* n.º 10). Esta categoria permite, pois, tanto ao legislador nacional como ao legislador comunitário, alargar o conceito de resíduo interditando a utilização ou a comercialização de certos produtos.

⁹ C.J.C.E., de 10 de Maio de 1995, *Commission c. Allemagne*, processo C-422/92, Col. p. 1-1097; *Amén.-Env.*, 1995, p. 173, obs. N. de SADELEER. Veja-se também C.J.C.E., de 11 de Novembro de 2004, *Antonio Niselli*, processo C-457/02.

¹⁰ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 42.

¹¹ Isto mesmo conduziu o Tribunal de Justiça à conclusão de que as operações de tratamento de resíduos que têm lugar nos parques industriais estão também englobadas na directiva – quadro (18 de Dezembro de 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et Région wallonne*, processo C-129/96, Col., 1997, p. 1-7411).

Visando «toda a matéria, substância ou produto que não é coberto pelas categorias acima enunciadas», a última categoria Q.16 exige, de igual modo, algumas observações. Observaremos, para já, que ela não figura nem no anexo correspondente à decisão de 27 de Maio de 1988 da OCDE, nem no anexo da convenção de Basileia sobre os controlos dos movimentos de resíduos e da sua eliminação. Esta categoria revela o carácter não limitativo do anexo I da directiva. Graças a esta abertura, os Estados -Membros podem fazer incluir no conceito de resíduo toda a substância ou todo o objecto que responda aos critérios da definição comunitária.

6. *O catálogo europeu dos resíduos.* – Os autores da directiva precisaram, na sequência da definição de resíduo, que “a Comissão, agindo segundo o procedimento previsto no artigo 18, estabelecerá, o mais tardar até 1 de Abril de 1993, uma lista de resíduos pertencentes às categorias enumeradas no anexo I. Esta lista será objecto de uma reapreciação periódica e, caso seja necessário, será revista segundo o mesmo procedimento”.

A enumeração de categorias de dezasseis resíduos no anexo I não está pois desprovida de todo o alcance na medida em que a lista dos resíduos da Comissão foi precisamente estabelecida em resultado da aplicação do artigo 1, a, 2.^a alínea. Intitulada “*Catálogo europeu dos resíduos (CER)*”, esta lista apoia-se justamente na classificação do anexo I ¹². Tendo por finalidade precisar o conteúdo das categorias dos resíduos enumerados neste anexo, a lista distingue os resíduos em função dos diferentes sectores industriais (indústrias de peles e de têxteis, resíduos resultantes de procedimentos de química mineral,...) no seio dos quais se precisam os tipos de resíduos (na rubrica relativa ao sector da química mineral, encontramos diferentes soluções ácidas e alcalinas, resíduos contendo diferentes metais, ...). O catálogo europeu não se limita apenas a cobrir o sector industrial: visados são também os resíduos do sector da construção e da demolição (alvenaria, betões, ...), os resíduos hospitalares (objectos picantes e cortantes, ...) os resíduos municipais (papel, cartão, vidro, resíduos de jardins e de parques, ...). Para além disso, cada categoria e cada tipo de resíduo são precedidos de um código numerado.

Tratando-se essencialmente, neste catálogo, de estabelecer “*uma nomenclatura de referência que forneça uma terminologia comum válida em toda a Comunidade*”, a lista de resíduos que aí é tomada não é limitadora nem exaustiva ¹³. Deste modo, o catálogo europeu dos resíduos tem apenas um valor indicativo relativamente àquilo que está na origem da passagem da qualificação de produto ao nível da noção de resíduo. O facto de uma matéria ou de uma substância não figurar aí não significa, só por isso, que não

¹² Decisão 2000/523/CE da Comissão, de 3 de Maio de 2000, modificada pela decisão da Comissão, de 16 de Janeiro de 2001. Esta lista foi objecto de modificações pelas decisões 2001/118/CE e 2001/119/CE da Comissão e 2001/573/CE do Conselho, respectivamente dos dias 16 e 22 de Janeiro e 23 de Julho de 2001 (JOL 47, p. 1 e 32, e L 203, p. 18) e entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2002.

¹³ A nota preliminar da lista explicita que se trata de uma lista harmonizada que será periodicamente revista mas que, todavia, “*a inscrição na lista não significa que a matéria ou o objecto em questão seja um resíduo em todas as situações. A inscrição só é válida se a matéria ou o objecto corresponde à definição do termo ‘resíduo’ que figura no artigo 1.º, ponto a), da Directiva 75/442*”

possa ser qualificada de resíduo. De modo inverso, a inscrição de uma substância na lista não constitui senão um indício de que a matéria corresponde à definição de resíduo (*infra*, n.º 19) ¹⁴. Assim sendo, na medida em que a decisão que decretou a lista é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que ela designa, o catálogo deve ser retomado em direito interno num texto com valor limitador ¹⁵.

B. O conceito de “detentor”

7. *Interpretação lata da noção.* — O conceito de “detentor” recobre de igual modo “o produtor de resíduos” e “a pessoa física ou moral que tem resíduos em sua posse”. O artigo 1.º, b, da directiva — quadro sobre os resíduos, define como produtor “*toda a pessoa cuja actividade produziu resíduos (produtor inicial) e/ou toda a pessoa que efectuou operações de pré-tratamento, de mistura ou outras, conduzindo a uma mudança de natureza ou de composição desses resíduos*” ¹⁶. Quanto à noção de posse, ela não é definida nem pela directiva nem, de modo geral, em direito comunitário. Segundo a sua aceção usual, a posse corresponde ao domínio efectivo, mas não pressupõe a propriedade ou um poder jurídico de dispor da coisa ¹⁷.

Considerando a abrangência destes dois termos, a noção de “detentor” surge como muito mais abrangente do que a de “proprietário” uma vez que permite englobar todas as pessoas que são susceptíveis de se livrarem de resíduos. De resto, o recurso a este conceito sublinha a autonomia da definição do resíduo em relação à noção de abandono, tal como a entende o direito civil, que é uma forma de disposição jurídica sobre uma coisa, componente do direito de propriedade ¹⁸. Deste modo, uma empresa petrolífera vendendo hidrocarbonetos ao gerente de uma estação de serviço pode, tendo em conta

¹⁴ Conclusões proferidas a 29 de Janeiro de 2004 pelo advogado-geral J. Kokott no processo Paul van de Walle, ponto 29.

¹⁵ O Tribunal de Justiça condenou assim o Grande – Ducado do Luxemburgo por ter, por um lado, incorporado o CER por meio de uma circular ministerial impondo-se à administração, mas não com carácter obrigatório para terceiros e, por outro lado, introduzindo, ao mesmo tempo que o CER, uma nomenclatura puramente luxemburguesa, diferente do CED e tendo como efeito excluir o uso deste para um grande número de operações nas quais a classificação dos resíduos é tomada em conta (T.J.C.E, de 15 de Janeiro de 2002, *Commission c. Luxembourg*, processo C-196/01). Assim, quando não gera dificuldades para os operadores económicos, um sistema nacional de classificação diferente do que fora adoptado pela lista comunitária dos resíduos perigosos pode, todavia, ser aceite (T.J.C.E, de 29 de Abril de 2004, *Commission c. Autriche*, processo C-194/01).

¹⁶ A forma jurídica sob a qual é exercida a actividade da pessoa moral ou física que produz resíduos não é importante na delimitação do alcance desta noção. Deste modo, enquanto produtor de resíduos perigosos, um consultório dentário está submetido, em virtude da Directiva 91/689/CEE sobre os resíduos perigosos à obrigação de manter um registo (C.J.C.E, de 28 de Setembro de 2004, *Eco Eridania*, processo C-115/03).

¹⁷ Conclusões proferidas a 29 de Janeiro de 2004 pelo advogado-geral J. Kokott no processo Paul van de Walle, ponto 56.

¹⁸ Ph. BILLET, «Le déchet, du label au statut», in J.-C. BEAUNE (dir.), *Le déchet, le rebut et le rien*, Champ Vallon, 1999, p. 102.

o respeito de certas condições, ser considerado como o detentor de terras poluídas que teriam sido contaminadas por hidrocarbonetos que tivessem escapado acidentalmente dos reservatórios da estação de serviço quando a sociedade petrolífera não era proprietária desta última ¹⁹.

C. O acto de “desfazer-se de”

Ocupando um lugar central na definição (n.º 8), o termo “desfazer-se de” é objecto de três hipóteses que é conveniente distinguir (n.º 9 a 10).

8. *O lugar central da noção “desfazer-se de”.* – Em virtude o artigo 1.º, a), da directiva 75/442/CEE, deve ser considerada como resíduo toda a substância ou todo o objecto pertencente às categorias que figuram no anexo I, “das quais o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer”. Repetido três vezes, o verbo “desfazer-se” ocupa desde então uma posição central ²⁰. Por outras palavras, o campo de aplicação da noção de resíduo e, por consequência, das regulamentações comunitárias e nacionais, depende do significado deste termo. Ora o legislador comunitário evitou precisar o que é que entendia por este acto. Para mais, qualquer que seja a versão linguística da directiva, o alcance do verbo “desfazer-se” levanta questões idênticas ²¹.

Na terminologia corrente, se o termo “desfazer-se de” é tradicionalmente definido como “livrar-se de”, “abandonar”, “atirar”, “rejeitar”; também pode significar “vender” ²². Do mesmo modo, o conceito de “livrar-se de” de um resíduo pode compreender-se de duas maneiras. Num sentido imediato, este acto assemelha-se à rejeição de um objecto que se tornou inútil, incómodo ou indesejável. Neste caso, o objecto escapa a todo o processo de produção económica. Abandonado, rejeitado, deitado fora, o objecto pode gerar incómodos ou provocar poluição. Num sentido mais derivado, o acto de “desfazer-se de” reveste-se de uma conotação mercantil. Quando não é abandonado ou atirado fora, de modo ilegal, num meio natural, o resíduo, quer tenha um valor negativo quer positivo, pode ser objecto de transacções comerciais sem perder por isso a sua qualificação.

Retendo o termo “desfazer-se” para definir o que constitui um resíduo, o legislador comunitário quis, deste modo, não só prevenir o abandono dos resíduos em meio natural como também controlar o processo de eliminação e de valorização dos desperdícios, a fim de garantir uma gestão otimizada dos recursos naturais. Esta dupla abordagem inscreve-

¹⁹ Conclusões proferidas a 29 de Janeiro de 2004 pelo advogado-geral J. Kokott no processo *Paul van de Walle*, ponto 61.

²⁰ Acórdãos *Inter-Environnement Wallonie*, processo C-129/96, supra citado, ponto 26; *ARCO Chemie*, processos conjuntos C-418/97 e C-419/97, supra citado, ponto 36.

²¹ O termo traduz-se em Francês por “éliminer”, em Alemão pelo verbo “sichentledigen”, em Italiano pelo verbo “disfarsi” e em Neerlandês pelo verbo “zich ontdoen”.

²² Em Inglaterra, o *High Court of Justice* fez observar que o termo “desfazer-se” não é retomado no artigo 4 da directiva, disposição que proíbe o abandono dos resíduos. Tratar-se-á, aí, segundo esta jurisdição, de uma indicação suplementar de que o termo “desfazer-se” não se limita ao abandono, ao acto de enterrar ou à eliminação dos resíduos (*High Court of Justice*, 22 de Março de 2001, *Castle Cement v The Environment Agency*, para. 27).

-se, de resto, directamente na linha dos objectivos inscritos no artigo 174, parágrafo 1.º do Tratado, que concebe a acção da Comunidade, no domínio da protecção do ambiente, tanto em termos de luta contra a poluição como de gestão racional dos recursos naturais. Deste modo, a regulamentação comunitária tende justamente a criar novos mercados encorajando a valorização dos resíduos com o intuito de extrair deles matérias-primas secundárias (art. 3.1, *b* da directiva 75/442). Este ponto revela-se nos essencial para apreender correctamente o alcance relativamente abrangente do conceito de resíduos.

9. *Primeira hipótese: desfaz-se da substância ou do objecto.* – A definição remete para uma primeira hipótese, isto é, para a acção de “desfazer-se” de um resíduo. Esta acção pode ser apreendida sob dois aspectos totalmente distintos: por um lado, o resíduo pode ser definido tanto por meio de uma *abordagem intrínseca* ancorando-se em *elementos objectivos* enquanto que, por outro lado, o recurso a *elementos mais subjectivos* permite desenvolver uma *abordagem extrínseca*. Isto carece de alguma explicação.

Antes de mais, a *abordagem intrínseca* diz respeito ao processo de transformação material de um produto ou de uma substância em resíduo. Ela permite qualificar o resíduo em função de elementos objectivos, isto é, dos componentes da substância ou das características que ela apresenta. Deste modo, os resíduos que contenham certos metais ou apresentem certas propriedades tóxicas podem, em razão das suas propriedades, ser qualificados como perigosos. Num certo número de casos, pode ser fácil demonstrar que, num plano objectivo, as características físico-químicas da substância a tornam inutilizável.

Recorrendo a esta interpretação objectiva, o direito dos resíduos tem tendência para se sobrepor às regulamentações relativas às poluições, aos riscos e aos prejuízos, que estabelecem toda uma série de princípios. Assim sendo, uma substância perigosa pode ser primeiramente regulamentada tendo em conta os seus produtos tóxicos, na legislação sobre as substâncias perigosas e, a partir do momento em que já não responda às necessidades tecnológicas para as quais estava destinada, encontrar-se-á submetida à regulamentação sobre os resíduos perigosos.

O recurso a elementos objectivos é todavia eminentemente variável na medida em que o anexo I da directiva compreende 15 rubricas que cobrem situações muito diversas, desde o estado da produção (categoria Q1, Q8, Q9, Q10 et 11) até ao estado do consumo (produtos fora da validade, produtos que se tornaram impróprios para o consumo, ...). Para além disso, os numerosos objectos que não representam qualquer perigo particular em virtude da sua composição físico-química ou em virtude das suas características (resíduos plásticos, resíduos verdes, ...), devem no entanto ser contemplados no direito dos resíduos por causa dos danos que podem gerar quando escapam a uma cadeia de gestão controlada.

Por conseguinte, na medida em que a interpretação objectiva da noção de resíduo não dá inteira satisfação, convém definir esta noção recorrendo a um elemento subjectivo, o que significa indagar sobre a intenção do seu detentor ²³. Trata-se, desta vez, de uma

²³ G. VAN CALSTER, “The Legal Framework for the Regulation of Waste in the European Community”, *Yb. Eur. Env. L.*, vol. I., 2000, pp. 164.

abordagem extrínseca: uma substância pode ser considerada como resíduo, já não em razão da sua origem, da sua composição ou das suas características físico-químicas, mas antes em função da utilização ou ausência de utilização que dela é ou pode ser feita.

A dupla abordagem que decorre do termo “desfazer-se de” incute à definição de resíduo simultaneamente duas dimensões, uma substancial e outra funcional, que nem sempre são susceptíveis de conciliação. Convém, pois, desde logo, examinar quando é que o detentor tem a intenção ou a obrigação de se livrar do seu objecto.

10. *Segunda hipótese: o detentor tem “a obrigação de se desfazer” da substância ou do objecto.* – Já indicámos que, em virtude da categoria Q.13 do anexo I da directiva, o legislador, tanto comunitário como nacional, pode interditar a utilização de toda a matéria, substância ou produto (*supra*, n.º 5). Agindo deste modo, consagra a obrigação de se desfazer de uma tal substância ou de um tal produto. Quando o detentor de uma substância ou de um objecto é submetido a uma tal obrigação, esta substância ou este objecto será qualificado de resíduo. Esta qualificação é independente de toda a consideração relativa à possível reutilização do objecto pelo seu detentor. As regulamentações que obrigam os detentores a desfazerem-se de um objecto radicam essencialmente na abordagem intrínseca acima exposta (*supra* n.º 9).

Um primeiro exemplo pode ser tirado da regulamentação comunitária. A directiva 75/439/CEE que concerne à eliminação dos óleos usados define-os como “*todos os óleos industriais ou lubrificantes de base mineral, que se tornaram impróprios para o uso a que estavam inicialmente destinados*”²⁴. Desde o momento em que o óleo se tornou impróprio, isto é, desde que deixa de poder ser utilizado como lubrificante, ele deve, no caso de não ser reciclado pelo seu detentor, ser submetido a um colector autorizado. A impossibilidade de lhe conferir um uso normal faz desse óleo um resíduo e nada mais. Outros exemplos podem ser retirados de regulamentações que estipulam que as carcaças dos carros, os cadáveres de animais e os produtos farmacêuticos fora do prazo de validade devem ser tratados como resíduos. A qualificação de resíduo depende, nestes três casos, de considerações objectivas ligadas ao abandono do carro, ao estado de decomposição do cadáver, bem como à data de validade do medicamento. Por fim, é possível deduzir a obrigação de descontaminar os solos poluídos, que derivaria de uma regra de direito administrativo ou de uma obrigação de direito civil, que essas terras não podem mais ser utilizadas segundo a sua afectação original, e que, por isso, elas se encontram abrangidas pela regulamentação relativa aos resíduos²⁵. Certamente, nenhum elemento intencional intervém nestas diferentes operações de qualificação.

²⁴ Artigo 1, a) da Directiva 75/439/CEE relativa à eliminação de óleos usados conforme modificação introduzida pela Directiva 87/101/CEE.

²⁵ Conclusões do advogado-geral Dra. J. Kokott, apresentadas a 29 de Janeiro de 2004 no processo C-1/03, *Ministère public c. P. Van de Walle*.

11. *Terceira hipótese: o detentor tem “a intenção de se desfazer” da substância ou do objecto.* – A inscrição expressa do critério da intenção na definição comunitária permite encontrar alguns problemas particulares. Na sua ausência, alguns poderiam pretender que, enquanto eles se não desfazem ou enquanto não são obrigados a desfazer-se das suas substâncias ou dos seus objectos, estes últimos não podem de forma alguma ser qualificados como resíduos, mesmo que apresentem disso todas as características. Assim sendo, por exemplo, os operadores económicos pouco escrupulosos poderiam acumular, durante anos, objectos nos seus terrenos em condições injustificáveis do ponto de vista da protecção ambiental, pretendendo que estes não constituem resíduos uma vez que deles se não desfazem ou não têm a obrigação de se desfazer deles. É com o intuito de se opor a tais manobras que o legislador comunitário previu, de forma expressa, a intenção de se desfazer dos resíduos.

Assim, o facto de recorrer a uma utilização legalmente admissível de desperdícios de produção (por exemplo, em virtude do armazenamento de desperdícios por um período indeterminado) traduz a vontade de os abandonar ²⁶. O prescrito comunitário permite deduzir o comportamento objectivamente adoptado pelo detentor, e é esse precisamente o seu interesse, a intenção de fugir à gestão controlada do resíduo. Por outras palavras, o detentor de uma substância “*tem a intenção de se desfazer dela*” quando fica claro, de circunstâncias concretas, que ele não pretende utilizá-la como produto ou matéria-prima. Incumbe pois aos poderes públicos provar que o detentor tem a intenção de se livrar dos seus resíduos.

III. A qualificação da noção de resíduo por meio de um feixe de indícios.

12. *Referências.* – Mesmo não tendo conseguido elaborar uma definição exaustiva de resíduo ²⁷, o Tribunal de Justiça enunciou, apesar de tudo, na linha da sua jurisprudência, vários critérios que vão poder ser aplicados pelas administrações, tendo por finalidade concluir se uma substância ou um objecto é abrangido pela definição dada pelo legislador comunitário ao termo resíduo.

i) uma interpretação ampla da noção de resíduo prevalece sob o olhar do objectivo perseguido pelo legislador comunitário, do efeito útil da directiva e dos princípios do direito do ambiente (*supra n.º 3*);

ii) a noção de resíduo não pode ser compreendida senão por referência à noção de desfazer-se de (*supra n.º 8*) ²⁸.

iii) a aplicação da noção de desfazer-se de implica a retenção de todas as “circunstâncias” que permitam verificar se o detentor tem a intenção ou a obrigação de se livrar de (*infra n.º 13 à 21*) ²⁹.

²⁶ Conclusões do advogado-geral JACOBS no processo *Palin Granit Oy*, ponto 34.

²⁷ Nas conclusões proferidas no processo *ARCO Chemie*, o advogado-geral ALBER considera que “*a definição da noção...é demasiado imprecisa para estabelecer um conceito global e de aplicação geral*”. O Tribunal de Justiça não deu, por seu lado, uma definição completa da noção.

²⁸ Acórdãos *Inter-Environnement Wallonie*, ponto 26; *ARCO Chemie*, ponto 36.

²⁹ Acórdão *Arco Chemie*, pontos 73, 88 e 97.

Abordaremos aqui o último parâmetro que se reveste, do ponto de vista prático, de uma importância considerável. Com efeito, a existência de um resíduo, no sentido da directiva — quadro, deve ser verificada do ponto de vista do conjunto das circunstâncias que entram em conta ³⁰, o mesmo é dizer, tendo em linha de conta um feixe de indícios (A). Seleccionando os indícios, convém pois, como já sublinhámos, ter em conta o objectivo da Directiva 75/442/CEE e velar para que não seja prejudicada a sua eficácia. De igual modo, diferentes argumentos, geralmente avançados pelos detentores de resíduos para escapar à regulamentação, não podem ser levados em conta (B).

A. Os indícios a ter em conta.

Identificamos os critérios que podem ser utilizados para qualificar um resíduo ³¹. Esta enumeração não pretende em caso algum ser exaustiva pois estes critérios são puramente de carácter indicativo. Tomados de forma isolada, eles não permitem concluir se a substância está compreendida na definição ³². *A priori*, nenhuma preferência pode ser dada a um critério em relação a outro. Ora daí resulta que os critérios devem ser aplicados, em cada caso, em função das circunstâncias da espécie.

13. *O modo de tratamento utilizado para se desfazer do resíduo é retomado entre as operações enumeradas nos anexos II A e II B da Directiva.* — Vimos anteriormente que era difícil extrair ensinamentos precisos acerca do termo “desfazer-se” (n.º 8). Perante este impasse, é preciso lembrar que todos os resíduos devem ser geridos, isto é, que convém ou eliminá-los ou valorizá-los (art. 5 e 8). Com efeito, releva do artigo 4 e dos anexos II A e II B da Directiva, que visam recapitular as operações de eliminação ou de valorização tal como são efectuadas na prática, que o termo “desfazer-se” engloba nomeadamente a eliminação e a valorização de uma substância ou de um objecto ³³. Por conseguinte, alguns foram tentados a interpretar a noção de resíduo tendo em conta as operações de eliminação e de valorização, as quais são enumeradas em jeito de exemplo nos anexos II A e II B da directiva ³⁴.

³⁰ *Ibidem*, ponto 88.

³¹ A este propósito, assinalamos que vários critérios foram enunciados num documento produzido por um grupo de trabalho da OCDE, datado de 2 de Julho de 1998. Cf. O.C.D.E., *Final Guidance Document for distinguishing waste from non-waste*. O.C.D.E., *Final Guidance Document for distinguishing waste from non-waste*. O.C.D.E., *Final Guidance Document for distinguishing waste from non-waste* (ENV/EPOC/WMP (98) 1/REV1, de 1 de Julho de 1998). Alguns critérios não são, todavia, conformes à jurisprudência do Tribunal de Justiça (neste sentido, L. KRÁMER, “The Distinction between Product and Waste in Community Law”, *Environmental Liability*, 2003, vol. 2, n.º 1, pp. 3-14).

³² Despacho de 14 de Janeiro de 2004, *Saetti*, processo C-235/02.

³³ Acórdão Inter-Environnement Wallonie, pontos 25 e 26.

³⁴ Para definir estas operações, o artigo 1.º da Directiva 75/442 reenvia respectivamente, no que diz respeito às operações de ‘eliminação’, às operações visadas no anexo II A e, no que concerne às operações relativas à ‘valorização’, às operações que são enumeradas no anexo II B. De igual modo, os conceitos de valorização e de eliminação são tributários do conteúdo dos anexos II A e II B. Estes dois anexos recapitulam, a título de exemplo, os métodos de tratamento de resíduos tal como são efectuados na prática. Notar-se-á que, em virtude do regulamento (CEE) n.º 259/93 sobre os movimentos transfronteiras de resíduos, as transferências de resíduos destinados a serem valorizados estão submetidos a procedimentos menos exigentes do que os que devem ser eliminados. Para poder determinar o procedimento aplicável aos movimentos transfronteiras de resíduos, torna-se essencial poder distinguir uma operação de valorização daquela que consiste em eliminar os resíduos.

Desde o momento em que uma substância se encontra submetida a uma operação de valorização ou de eliminação tal como o enunciado no anexo II da Directiva ou a uma operação análoga a essas, existe uma presunção de que esta pode constituir um resíduo, mesmo estando ela destinada a ser reutilizada. O Tribunal de Justiça julgou, em consequência, que um processo de desactivação dos resíduos destinado a torná-los inofensivos, a descarga de resíduos em depressões do terreno ou com finalidade de terraplanagem, bem como a incineração dos resíduos constituíam operações de eliminação ou de valorização, as quais entravam no campo de aplicação da Directiva 75/442/CEE ³⁵.

Além disso, o facto de o detentor recorrer a um modo de tratamento que é correntemente utilizado para se livrar dos resíduos, constitui um indício suplementar revelador da vontade do seu detentor de se desfazer deles. A título de exemplo, se a utilização de uma substância como combustível é um modo corrente de valorização ou de eliminação dos resíduos, esta circunstância permite estabelecer a existência de uma acção, de uma intenção ou de uma obrigação de se desfazer do combustível, no sentido do artigo 1.º, a), da directiva ³⁶. O juiz nacional deve, desde logo, levar em conta tal indício no momento da operação de qualificação ³⁷.

Assim sendo, mesmo que o método de tratamento ou o modo de utilização de uma substância possa constituir um indício da intenção ou da obrigação, na mente do seu detentor, de se desfazer dela, este critério não é no entanto determinante. Segundo o Tribunal, a simples circunstância de que um produto ou uma substância seja objecto de uma valorização, segundo um método tal referido nos anexos II a e II B da directiva, não permite concluir que se trate aí de um resíduo ³⁸. Do mesmo modo, a localização e o armazenamento de resíduos não têm qualquer incidência sobre a qualificação a dar aos desperdícios ³⁹. Convém, antes de mais, perguntar-se se o detentor tem a intenção ou a obrigação de se livrar da substância.

Esta prudência impõe-se tanto por razões de ordem prática como teórica.

Antes de mais, de um ponto de vista prático, o facto de querer ligar a definição do resíduo ao conteúdo dos anexos levantaria dificuldades consideráveis. Ao descrever os métodos de eliminação ou de valorização de resíduos ⁴⁰, em termos muito abstractos, os anexos II A e II B podem, com efeito, ser aplicados a matérias-primas que não são resíduos. Deste modo, a categoria R 9 do anexo II B, que se intitula “Utilização principal como combustível ou outra fonte de energia”, pode aplicar-se ao gasóleo, ao gás ou ao querosene, enquanto que a categoria R 10, denominada “Espalhamento sobre o solo em proveito da agricultura ou do ambiente”, pode cobrir tanto o adubo artificial como o orgânico.

³⁵ C.J.C.E., de 25 de Junho de 1997, Tombesi, processo C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, Col., I-3561.

³⁶ Acórdão *ARCO Chemie*, pontos 69 et 7. Entretanto, o facto de a combustão de um desperdício (coque de petróleo) ser um modo corrente de valorização de resíduos não pode ser levado em conta quando a refinaria que produz este desperdício produz também diferentes tipos de combustíveis (Despacho *Saetti*, ponto 46).

³⁷ Observando que os materiais enferrujados haviam sido depositados em estabelecimentos classificados retomados na nomenclatura das actividades de recuperação de resíduos e de armazenamento de metais, o Supremo Tribunal francês considerou que o juiz da Relação qualificara correctamente estes materiais como resíduos (Cass. crim., 1 de Fevereiro de 1995).

³⁸ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 30.

³⁹ *Ibidem*, ponto 42.

⁴⁰ Acórdão *ARCO Chemie*, pontos 49, 51 e 82.

De um ponto de vista menos ancilar, a ausência de relação automática entre uma operação de gestão de resíduos enumerada no anexo II e a definição de resíduo explica-se tendo em conta os objectivos distintos que estes dois regimes perseguem ⁴¹. Por um lado, a definição da noção de resíduo visa cobrir todo o objecto e toda a substância em função do perigo inerente que representa o seu abandono, e isso independentemente do facto de o resíduo ser tratado no quadro de uma operação autorizada ou não. Por outro, os anexos II A e II B visam recapitular um conjunto de operações que devem ser submetidas a exigências mínimas de segurança. Levando em conta o princípio da subsidiariedade, os Estados-Membros podem aliás submeter a autorização ou a procedimentos de controlo outras operações de gestão de resíduos diferentes das enumeradas no anexo II.

Por fim, é forçoso admitir que uma definição que assente unicamente em métodos utilizados e mais particularmente na distinção a considerar entre os termos de valorização e de produção de um produto, levanta sérias dificuldades do ponto de vista conceptual. Não estando definido de forma exaustiva na directiva, o termo valorização pode ser fundamentalmente difícil de utilizar. Tal como admitiu o advogado-geral F. Jacobs, ele esconde um elemento de circularidade: a questão de saber se estamos perante uma operação de *valorização* no sentido da directiva acaba por mais não ser do que perguntar-se se estamos perante um *resíduo*, questão que, por seu lado, conduz à pergunta sobre se estamos perante uma operação de *valorização* ⁴².

14. A valorização ou eliminação do resíduo apresenta um encargo financeiro para o seu detentor. - A ausência de benefício económico pode constituir um critério suplementar ao da natureza do tratamento ⁴³. Com efeito, o detentor de um resíduo procura livrar-se dele porque a substância que ele detém não representa para ele nenhum valor económico. Para o fazer, vai precisar de remunerar uma empresa especializada que tomará a seu cargo a recolha, o transporte e o tratamento final do seu resíduo. No acórdão *Palin Granit Oy*, o Tribunal concluiu que, uma vez que as únicas utilizações vislumbráveis dos restos de pedra, sob a sua forma existente, apresentavam um encargo financeiro para o explorador, estes resíduos deviam ser considerados como desperdícios de que o explorador tinha a intenção ou a obrigação de se desfazer ⁴⁴.

O segundo critério também não é determinante, pois um desperdício pode continuar a depender da regulamentação relativa aos resíduos mesmo quando se reveste de um valor económico positivo (*infra*, n.º 24).

⁴¹ I. CHEYNE, "The Definition of Waste in EC Law", *J.E.L.*, 2002, vol. 14, n.º 1, pp. 64-67.

⁴² Conclusões do advogado-geral M.F. JACOBS no processo *Tombesi*, ponto 55.

⁴³ Acórdão *Tombesi*, pontos 47, 48 e 52.

⁴⁴ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 38. Este raciocínio foi seguido a propósito da incineração de um fuel em fornos de uma cimenteira na Grã-Bretanha. O facto de os seus detentores terem tido a necessidade de remunerar as cimenteiras atesta, aos olhos do High Court of Justice a necessidade, na mente dos seus detentores, de se livrarem deles (High Court of Justice, 22 de Março de 2001, *Castle Cement v The Environment Agency*, para. 56).

15. *A substância constitui o desperdício de um processo de fabricação de outra substância.* A Directiva não define melhor o desperdício do que o resíduo. Embora os desperdícios não sejam directamente visados nas operações de valorização do anexo II B, são por várias vezes mencionados no anexo I da directiva (Q1, Q5, Q8 à 11). O desperdício pode ser definido como o produto daquilo que não é directamente procurado no termo de um processo de produção.

O Tribunal de Justiça sublinhou a importância deste critério: em mais do que um acórdão, considerou que o facto de se desfazer de desperdícios atestava a existência de uma acção, de uma intenção ou de uma obrigação de se livrar de resíduos ⁴⁵. Neste caso, era possível deduzir, a partir do modo como era produzida a substância, que se tratava de um objecto não desejado. A este respeito, o facto de a matéria resultar de um processo de produção destinado a fabricar uma outra substância pode esclarecer o jurista sobre a qualificação a dar-lhe. Deste modo, os desperdícios de plástico, de metais, de cartão, de vidro, que resultam de um processo de fabricação de veículos automóveis devem ser assimilados a resíduos na medida em que a cadeia de montagem visa produzir veículos e não estes materiais.

16. *O carácter desapropriado da substância no processo de produção almejado.* – O facto de a composição da substância não ser adaptada à utilização que é feita, ou o facto de esta utilização dever fazer-se em condições particulares de precaução para o meio ambiente, é susceptível de reforçar a convicção, por parte da administração, de que se trata de um resíduo ⁴⁶. Com efeito, quando o enchimento das minas desafectadas se faz por meio de resíduos perigosos, os quais devem ser embalados em condições de máxima segurança, é bem a prova de que estes materiais não são os mais apropriados para encher as galerias da mina. Eles poderiam, nesse caso, ser substituídos por materiais mais adaptados, como os restos de pedra que já se encontram sobre a mina. A este propósito, a administração pode recorrer a elementos técnicos tais como o peso, o tamanho, a forma, as necessidades do sector da construção, para verificar o carácter apropriado da utilização que poderia ser feita de desperdícios mineiros enquanto materiais de construção ⁴⁷.

17. *Nenhuma outra utilização da substância pode ser visada a não ser a sua eliminação.* – O facto de nenhuma outra utilização desta substância a não ser a sua eliminação (aterro, incineração sem recuperação de energia), poder ser viável, constitui um indício suplementar ⁴⁸. Assim, tanto o medicamento como o alimento fora de prazo não apresentam nenhum interesse nem para o farmacêutico nem para o dono de supermercado, que deverão, por conseguinte, livrar-se deles. A ausência de um mercado é igualmente reveladora do facto de a substância não entrar mais num processo de consumo habitual.

⁴⁵ Acórdãos *ARCO Chemie*, pontos 83 a 87; *Palin Granit Oy*, ponto 33; *Nilessi*, ponto 43.

⁴⁶ *Ibidem*, ponto 87.

⁴⁷ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 44.

⁴⁸ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 86.

18. *O impacto ambiental da substância ou do tratamento que lhe está reservado.* – O impacto ambiental da substância ou do método de tratamento que lhe está reservado pode constituir um indício que permite qualificar a substância como resíduo na medida em que o objectivo da directiva visa precisamente limitar o surgir de consequências nefastas (art. 4 dir. 75/442 /CEE). De igual modo é possível deduzir da natureza tóxica de uma substância que ela constitui um indício da presença de um resíduo perigoso no sentido da Directiva 91/689/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa aos resíduos perigosos⁴⁹. Da mesma forma, tal como declarou o Tribunal no acórdão ARCO, o facto de uma substância dever ser utilizada em condições particulares de precaução em razão do carácter perigoso da sua composição para o ambiente, pode ser considerado como um indício de que o seu detentor está a desfazer-se dela⁵⁰. Além disso, no acórdão *Palin Granit Oy*, o Tribunal concluiu que, dado que as utilizações vislumbráveis dos restos de pedra, sob a sua forma existente, apresentavam todas uma ameaça para o ambiente, esses restos deviam ser considerados como desperdícios dos quais o explorador tem a intenção ou a obrigação de se desfazer⁵¹.

Além disso, o facto de a manipulação de um desperdício de produção gerar mais riscos do que a de um produto é susceptível de reforçar a presunção segundo a qual a sua produção não é intencional. Por exemplo, a recolha, o transporte e a manipulação de restos de vidro apresentam maior perigo para os trabalhadores do que o arrumar de garrafas de vidro. Pelo contrário, observar-se-á mais abaixo que não é por um tratamento não ser poluente que a substância deixa de ser considerada como um resíduo. (cf. n.º 25).

19. *A inscrição da substância ou do objecto no anexo I ou no Catálogo europeu dos resíduos.* – Mesmo não tendo ainda sido abordado pelo Tribunal de Justiça, este critério parece-nos constituir um excelente indício.⁵² Com efeito, os objectos a que o anexo I (*supra*, n.º 5) faz referência são as substâncias e os objectos que geralmente se considera constituírem resíduos. No que concerne ao Catálogo (*supra* n.º 6), ele depura esta sistematização.

20. *A concepção social.* – Na hipótese de a empresa detentora das substâncias ter sempre admitido que elas constituíam resíduos, a concepção social, isto é, a percepção da substância feita pela sociedade pode igualmente exercer uma influência na qualificação⁵³. Ao contrário, o facto de uma sociedade considerar que os seus materiais ou as suas

⁴⁹ Acórdão *Fornasar*, de 22 de Junho de 2000, processo C-318/98.

⁵⁰ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 87. Este critério não parece, todavia, poder aplicar-se quando se trata de um produto petrolífero utilizado com certeza como combustível para as necessidades energéticas de uma refinaria (Despacho *Saetti*, ponto 46).

⁵¹ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 38.

⁵² Trata-se, para o Tribunal de Justiça, de um indício. Cf. acórdão Paul van de Walle, ponto 43. Vejam-se também as conclusões de 29 de Janeiro de 2004 do advogado-geral J. Kokott neste processo, ponto 29.

⁵³ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 73. Tomado de forma isolada, este critério não é pertinente (Despacho *Saetti*, ponto 46).

substâncias constituem produtos ou subprodutos não tem qualquer incidência na sua qualificação. De facto, a questão de saber se uma substância constitui um resíduo não poderia depender de declarações do produtor quanto à sua intenção de se desfazer dela ⁵⁴.

21. *A impossibilidade de poder utilizar, no estado em que se encontra, a substância no quadro de um outro processo de comercialização ou de produção.* – Na secção V do nosso artigo, veremos até que ponto este critério é hoje, aos olhos do Tribunal de Justiça, determinante para distinguir os resíduos dos subprodutos (*infra*, n.º 30 a 36).

B. As circunstâncias que não são pertinentes para a operação de qualificação.

Conforme é dito no artigo 1.º, a), da Directiva 75/442/CEE, a noção de resíduo é definida, em relação à acção, pela intenção ou pela obrigação do detentor do objecto ou da substância de se desfazer dela. Um certo número de elementos ou de circunstâncias não têm pois nenhuma incidência sobre a qualificação de um objecto ou de uma substância enquanto resíduo.

22. *O facto de uma substância ou de um objecto não ser tratado segundo um método referido entre as operações enumeradas nos anexos II A e II B da Directiva.* – O facto de uma substância ser tratado por um método que não é referido nos anexos significaria que se não tratava de um resíduo? Lembraremos aqui que os anexos II A e II B se contentam com recapitular, a título de exemplo, os métodos de valorização e de eliminação tal como são efectuados na prática ⁵⁵. Por isso, os métodos análogos às operações de eliminação e de valorização expressamente visados nestes dois anexos devem igualmente ser tomados em conta no quadro da operação de qualificação destes termos ⁵⁶.

23. *O tratamento da substância num processo industrial.* – Num acórdão *Inter-Environnement Wallonie* de 18 de Dezembro de 1997, o Tribunal julgou que o simples facto de uma substância estar integrada, directa ou indirectamente, num processo de produção industrial não excluía a noção de resíduos ⁵⁷.

Muitos argumentos subtendem este raciocínio. Primeiro, a lista de categorias de resíduos que figuram no anexo I da Directiva 75/442 e as operações de eliminação e de valorização enumeradas nos anexos II A e II B da mesma directiva mostram que a noção de resíduo não exclui, em princípio, nenhum tipo de desperdícios, de subprodutos industriais

⁵⁴ Conclusões do advogado-geral ALBER, de 8 de Junho de 1999, no processo *ARCO Chemie*, ponto 59.

⁵⁵ Ponto 50 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral F.G. JACOBS, no processo *Tombesi* (C.J.C.E., 25 de Junho de 1997, *Tombesi et al.*, processo C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/9).

⁵⁶ Acórdão *Niselli*, supra citado, ponto 40. Para uma aplicação desta jurisprudência em direito britânico, veja-se o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação *Attorney General's Reference* (Nº5 2000(2001) ECWA Crim 1077; *J.E.L.*, 2002, vol. 14, n.º 2, pp. 197-208). Neste caso, julgou que a regulamentação nacional sobre os resíduos devia ser aplicada mesmo quando a operação de recuperação que consistia em espalhar um desperdício retratado em campos de cultivo tinha lugar fora de uma instalação de valorização de resíduos. O que conta, aos olhos do Tribunal da Relação, é o facto de saber se o detentor se desfazia de um desperdício.

⁵⁷ Acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, supra citado.

ou de outras substâncias que resultem de processos de produção. Para mais, a maioria das operações enumeradas no anexo II B é susceptível de valorizar os desperdícios provenientes de processos industriais ⁵⁸. Esta interpretação é, aliás, confortada pelo Catálogo Europeu de Resíduos estabelecido pela Comissão que retoma um grande número de resíduos tratados por indústrias ⁵⁹. Além disso, “*a directiva aplica-se não só à eliminação e à valorização dos resíduos por empresas especializadas nesta matéria, mas também à eliminação e à valorização de resíduos pela própria empresa que os produz, no local da sua produção*”. E não é por as instalações industriais eliminarem os resíduos sem prejudicar o ambiente, que deixam de estar a tratar resíduos ⁶⁰.

24. *O valor de mercado de uma substância ou objecto.* – Pudemos perguntar-nos se o acto de “*desfazer-se*” de um objecto não seria sinónimo de “*abandonar este objecto*” no sentido em que o direito civil entende tradicionalmente o termo. Desde os acórdãos *Vessoso e Zanetti*, o Tribunal de Justiça trouxe uma resposta clara a esta questão: a noção de resíduo não exclui as substâncias e os objectos susceptíveis de uma reutilização económica ⁶¹ e isto “*mesmo que os materiais em causa possam ser objecto de uma transacção ou estejam cotados em listas comerciais públicas ou privadas*” ⁶². De facto, o que vier a acontecer a um objecto não tem incidência sobre a sua qualificação enquanto resíduo. Daí resulta que uma regulamentação nacional não pode limitar o alcance da noção de resíduos excluindo os objectos e as substâncias susceptíveis de reutilização económica ⁶³. Isso não significa que os regimes de controlo e de inspecção não possam ser organizados de modo diferente em função do destino dos resíduos destinados quer a serem eliminados, quer a serem valorizados.

A intenção do detentor de encontrar uma saída económica para as suas substâncias não é, pois, pertinente visto que a questão de saber se uma substância ou um objecto constitui uma ameaça para saúde do homem ou para o ambiente é uma questão objectiva e não subjectiva. Segundo o advogado-geral Jacobs, “*é estranha a intenção da pessoa que se desfaz da substância. Também não é possível que uma tal ameaça varie conforme o produto possa ou não ser reciclado ou reutilizado*” ⁶⁴.

⁵⁸ Ponto 53 das conclusões do advogado-geral M.F.G. JACOBS no processo *Tombesi*.

⁵⁹ Acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, ponto 27.

⁶⁰ *Ibidem*, pontos 29 e 30.

⁶¹ C.J.C.E., 28 de Março de 1990, *Vessoso et Zanetti*, processo C-206/88 e C-207/88, Col., p. 1461, ponto 9; *Commission c. Allemagne*, processo C-422/95, 1995, Col. I-1097; *ARCO Chemie*, ponto 5; *Fornasar*, processo C-318/98, Col. I-4785.

⁶² Acórdão *Tombesi*, processo C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, supra citado, pontos 47 e 48. Em compensação, as jurisdições federais nos Estados Unidos consideram que os resíduos destinados a serem reciclados ou reutilizados não são abrangidos pelo *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976, quando são tratados de modo contínuo num processo industrial (*American Mining Congress v. EPA*, DC Cir. 1987).

⁶³ C.J.C.E., 28 de Março de 1990, *Zanetti*, processo C-359/88, Col., p. 1509.

⁶⁴ Conclusões do advogado-geral F.G. JACOBS sob os processos 206/88, 207/88 e 359/88, Col., p. 1470.

Ilustraremos este raciocínio por meio do exemplo do joalheiro que, ao confeccionar jóias se vê, necessariamente, confrontado com desperdícios de ouro ou de prata que serão, por causa do seu valor, recuperados e fundidos. Se pudesse, o ourives evitaria, tanto quanto possível, produzir tais desperdícios. Em nenhum caso os produz intencionalmente. Na medida em que o seu detentor vai ter de se desfazer deles, estes desperdícios de produção devem ser qualificados como resíduos e isto mesmo existindo metais preciosos⁶⁵. Por esta razão, quer em virtude do direito da OCDE, quer do direito comunitário, os metais preciosos são retomados em listas que repertoriam os diferentes tipos de resíduos.

Por conseguinte, um desperdício não pode ser objecto de uma desqualificação pelo simples facto de se encontrar cotado numa lista comercial. Da mesma forma, a existência de um mercado não permite presumir que o desperdício constitui um produto.

Apesar das hesitações por parte de jurisdições nacionais⁶⁶, o raciocínio do Tribunal não pode senão ser aprovado. A exclusão de resíduos susceptíveis de uma reutilização económica teria como efeito tornar quase impossível todo o procedimento de controlo uma vez que os detentores poderiam sempre invocar uma utilização económica potencial para poder escapar às suas obrigações. Objectivo fundamental da Directiva 75/442/CEE, a protecção reforçada do ambiente implica, incontestavelmente, uma interpretação lata do conceito de resíduo.

25. *O tratamento ecologicamente responsável.* – O facto de as substâncias serem valorizadas de forma responsável, de um ponto de vista ecológico, não tem qualquer incidência na sua qualificação⁶⁷. A propósito de uma exclusão eventual das instalações industriais do regime aplicável à gestão de resíduos, invocando como motivo o facto de que estes estabelecimentos causariam menos prejuízos do que as instalações que tratam os resíduos, o Tribunal de Justiça considerou que “*nada na directiva indica que ela não diga respeito às operações de eliminação ou de valorização que façam parte de um processo de produção industrial quando estas não surgem como constituindo um perigo para a saúde do homem ou para o meio – ambiente (...)*”⁶⁸. Pela mesma ordem de ideias, não é porque os resíduos

⁶⁵ A este propósito, notar-se-á que o tribunal Administrativo da Relação de Paris julgou que as matérias-primas obsoletas contendo metais preciosos constituíam resíduos (CAA Paris, 23 de Setembro de 1999, Sté Actimétal, req. n.º PA01156).

⁶⁶ Na Bélgica, por exemplo, o Tribunal da Relação de Mons recusou seguir a argumentação dos arguidos que consideravam que o seu stock de pneus usados não constituía resíduos por via de uma reutilização económica potencial. No entender do tribunal, a reutilização económica destes pneus usados não lhes fazia perder a qualidade de resíduo (Mons, 3 de Outubro de 2001, *Amén.-Env.*, 2002/2, p. 172). Pelo contrário, o Tribunal Administrativo da Relação de Douai julgou que a circunstância de os resíduos terem sido objecto de uma transacção comercial, excluindo desse modo toda a ideia de abandono, “*não é de natureza a retirar aos produtos litigiosos o seu carácter de resíduos*” (CAA Douai, 4 de Maio de 2000, SA Midax, req. n.º 96DAO2030). Para o Supremo Tribunal de França, um depósito de veículos fora de uso constitui um depósito de resíduos, mesmo que estes sejam destinados à revenda de peças mecânicas (Cass. crim., 1 de Março de 1995).

⁶⁷ Acórdãos *Inter-Environnement Wallonie*, ponto 30; *ARCO Chemie*, ponto 65; ponto 49 das conclusões do advogado-geral JACOBS no processo *Palin Granit Oy*. No processo *ARCO Chemie*, o Tribunal não seguiu as conclusões do advogado geral ALBER, que propunha excluir da noção de resíduos as substâncias que não apresentassem “os riscos potenciais que normalmente os resíduos comportam”.

⁶⁸ Acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, pontos 29 e 30.

vão servir para reorganizar uma paisagem que sofreu o impacto das actividades mineiras que escapam a esta qualificação ⁶⁹. Por conseguinte, a noção de resíduo não deve entender-se como excluindo as substâncias e objectos susceptíveis de uma valorização como consumíveis “*de modo ambientalmente responsável*” e sem tratamento radical ⁷⁰.

Esta jurisprudência deve ser aprovada na medida em que a exclusão de matérias que sejam objecto de um tratamento ecologicamente responsável não é pertinente do ponto de vista do *ratio legis* da Directiva 75/442/CEE, que impõe que o tratamento dos resíduos se faça precisamente por meio de métodos que não atentem contra a saúde humana nem contra o ambiente. O facto de os desperdícios terem sido tornados inofensivos pelo recurso a métodos ecologicamente apropriados tende, pelo contrário, a facilitar o respeito pela regra do artigo 4 desta directiva que impõe ao detentor a obrigação de velar para que se não cause nenhum prejuízo ambiental ⁷¹. Com efeito, é sempre possível, e é mesmo desejável, eliminar ou valorizar os resíduos de um modo ecologicamente responsável ⁷². Para mais, a valorização dos resíduos diminui o risco de serem abandonados pelos seus detentores.

Por fim, a exclusão de matérias que não representem perigo para o ambiente já não seria justificada de um ponto de vista técnico. Um combustível vulgar pode muito bem ser queimado violando as condições ambientais sem que se tenha tornado num resíduo ⁷³. Mesmo que esta combustão ilícita venha a transgredir as regras aplicáveis aos estabelecimentos classificados e à luta contra a poluição atmosférica não entra, por isso, no âmbito da regulamentação dos resíduos. De modo inverso, os resíduos de madeira podem servir de combustíveis e substituir assim o fuel sem que a sua combustão tenha repercussões negativas no ambiente. Este tratamento respeitador do ambiente não lhes faz perder, por isso, a qualificação que lhes foi inicialmente atribuída.

26. *A composição físico-química da substância.* – A definição do resíduo no artigo 1.º da directiva visa “*toda a substância ou objecto*” pertencentes às categorias que figuram no anexo I, que comporta, ela própria, uma categoria residual que visa “*toda a matéria, substância ou produto*”. As propriedades físico-químicas dos resíduos não têm, pois, nenhuma incidência na sua qualificação. O facto de desperdícios minerais terem uma composição similar à da rocha não os exclui da definição comunitária ⁷⁴. Da mesma forma, o facto de um produto ser “natural” (por oposição a “artificial”) não impede que se torne num resíduo. O Tribunal de Justiça considerou, nomeadamente, que os restos de mármore ⁷⁵, os pedaços de

⁶⁹ Acórdão *AvestaPolarit Chrome Oy*, ponto 42

⁷⁰ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 65.

⁷¹ Ponto 51 das conclusões do advogado-geral M.F. JACOBS no processo *Palin Granit Oy*.

⁷² Vejam-se as conclusões do advogado-geral M. S. ALBER apresentadas a 8 de Junho de 1999 no processo *ARCO Chemie*.

⁷³ Acórdãos *ARCO Chemie*, ponto 65; *Niselli*, ponto 37.

⁷⁴ Pontos 44-45 das conclusões do advogado-geral JACOBS no processo *Palin Granit Oy*.

⁷⁵ Acórdão *Tombesi*, ponto 25.

madeira triturados ⁷⁶, os detritos minerais ⁷⁷ constituíam resíduos desde que o seu detentor se desfazia deles. Assim, numerosos produtos naturais figuram no Catálogo europeu dos resíduos (veja-se, por exemplo, a rubrica 02 00 00).

De modo inverso, não é por um produto ser tóxico que se torna num resíduo. Este raciocínio parece-nos lógico na medida em que numerosos produtos naturais, tal como o amianto, são cancerígenos.

IV. A partir de quando e em função de que operação um resíduo já não deve ser considerado como tal?

27. Princípio: o controlo dos resíduos impõe-se até ao momento da sua eliminação ou da sua valorização. – Interrogámo-nos frequentemente acerca da oportunidade de controlar de forma relativamente estrita a gestão dos resíduos quando o uso de numerosas substâncias perigosas está, afinal, pouco regulamentado. Deste modo, porquê inspeccionar a eliminação dos resíduos agrícolas orgânicos quando um grande número de pesticidas postos no mercado apresenta perigos bem mais importantes?

Convém responder a estas questões, efectivamente legítimas, pondo em relevo a natureza dos riscos gerados pelos resíduos. Estes riscos não decorrem apenas das suas propriedades físicas ou químicas: resultam também do facto de os seus detentores se não desfazerem deles respeitando as regras administrativas em vigor. Deixando de estar afectos à sua função inicial, os resíduos apresentam desta forma riscos particulares que têm a ver com a sua localização (por exemplo, nas proximidades de uma zona residencial), com a sua acumulação e com a duração do seu armazenamento. Os exemplos que se seguem ilustram bem o nosso propósito. Se os resíduos de jardins não representam nenhum perigo para os lençóis de água, o seu abandono sobre um relvado calcário classificado como reserva natural constitui uma ameaça para a flora selvagem que necessita de solos pobres em matérias nutritivas. Pela mesma ordem de ideias, mesmo não apresentando um risco de poluição, o depósito descontrolado de restos de pedra provenientes de pedreiras é susceptível de causar um incómodo visual ⁷⁸.

Por conseguinte, o direito dos resíduos visa tanto prevenir as poluições e os riscos que geram os resíduos por causa da sua composição físico-química (por exemplo, os PCB-PCT são resíduos perigosos) como velar para que tanto as matérias perigosas como as não perigosas, que já não apresentam utilidade para os seus detentores, sejam tratadas conforme as regras de direito administrativo ⁷⁹.

Imposto a partir do momento em que a substância deixa de ser utilizada conforme o seu uso vulgar, o controlo administrativo será, desde então, mantido até ao momento

⁷⁶ Acórdão *ARCO Chemie*, ponto 96.

⁷⁷ Acórdãos *Palin Granit Oy* e *AvestaPolarit Chrome Oy*.

⁷⁸ Conclusões do advogado-geral JACOBS no processo *Palin Granit Oy*, ponto 33.

⁷⁹ St. TROMANS, « EC Waste Law-A Complete Mess? », *J.E.L.*, 2001, vol. 13, nº2, pp. 135-136.

em que o resíduo seja definitivamente eliminado ou valorizado ⁸⁰. Em razão da sua eliminação por meio de uma operação retomada no anexo II A, o resíduo será suprimido. No seguimento de uma operação de valorização definida no anexo II B, será transformado em matéria-prima secundária, conceito que merece maiores esclarecimentos.

28. *As matérias-primas secundárias.* – Mesmo que promova, no seu artigo 3, § 1.º, b), primeiro hífen, as acções que visam obter tais matérias, a Directiva 75/442 não define as matérias-primas secundárias. Numa resposta a uma questão parlamentar, a Comissão estima que se trata de matérias “*provenientes da reciclagem, da reutilização, da recuperação ou de outros processos de valorização*” ⁸¹. No acórdão *Tombesi*, o advogado-geral M.F.G. Jacobs realçara as operações de valorização que constituem um critério essencial permitindo distinguir as matérias secundárias dos resíduos dos produtos. Em seu entender, a valorização pode ser concebida como “*um processo através do qual os bens voltam ao seu estado anterior ou são postos num estado que os torna utilizáveis, ou através do qual certos componentes utilizáveis são extraídos ou produzidos.*” ⁸²

A transformação de um resíduo, de um desperdício ou de alguns dos seus componentes, tendo por finalidade a produção de matérias-primas, constitui uma operação de valorização no sentido do anexo II B. Esta transformação não deve ser, necessariamente, objecto de um pré-tratamento; por outras palavras, a valorização de um desperdício pode ser directa. Enquanto o desperdício não for completamente transformado em matéria-prima secundária, deve ser considerado como um resíduo e isto até que a sua valorização se encontre terminada. Esta solução vem, aliás, ao encontro de um dos objectivos da Directiva enunciada no artigo 3, § 1.º, b), primeiro hífen, o qual exige dos Estados-Membros que tomem medidas apropriadas para “*promover a valorização dos resíduos através da reciclagem, reutilização, recuperação ou qualquer outra acção que vise obter matérias-primas secundárias*”.

Com efeito, as operações de valorização podem precisar de várias etapas ⁽⁸³⁾. Deste modo, antes de poderem ser reciclados ou recuperados, a maior parte dos materiais devem, primeiro, ser recolhidos, armazenados, sofrerem uma triagem, serem lavados e depurados. Coloca-se desde então a questão de saber a partir de quando e em função de que operação um resíduo se torna numa matéria-prima secundária e, por isso mesmo, deixa de estar submetido à regulamentação aplicável aos resíduos.

⁸⁰ Acórdão *Niselli*, ponto 52.

⁸¹ Resposta da Comissão de 21 de Janeiro de 1997 à questão parlamentar E-3256/96 (*J.O.*, C. 138/44, 5 de Maio de 1997).

⁸² Ponto 52 das conclusões do advogado-geral JACOBS no processo *Tombesi*. Aplicada ao caso particular dos desperdícios e dos subprodutos de um processo de produção, esta definição permitiria identificar um certo número de critérios de diferenciação, mesmo reconhecendo o advogado-geral que um número potencialmente elevado de casos limite se pode apresentar na prática.

⁸³ A Directiva 75/442 considera, aliás, que os resíduos residuais podem subsistir na sequência de operações de valorização descritas nas categorias de R 1 a R 10. Deste modo, cada uma das categorias, de R 11 a R 13, do anexo II B menciona as operações visadas nos pontos R 1 a R 10 e dos resíduos obtidos a partir destas.

Um pré-tratamento (triagem, lavagem, eliminação prévia de substâncias tóxicas, ...) que se revele necessário para que a substância possa ser valorizada (por exemplo, como combustível destinado a produzir energia) não pode, segundo o Tribunal de Justiça, ser assimilado a uma operação que faz perder à dita substância o seu carácter de resíduo. Deste modo, os resíduos não são excluídos do domínio de aplicação do direito comunitário pelo simples facto de serem triturados, sem que as suas características em nada sejam modificadas ⁸⁴. Ao não suprimir a sua toxicidade, a trituração dos pedaços de madeira impregnados de substâncias tóxicas em pó, não é de natureza a “*transformar estes objectos em produtos análogos a uma matéria-prima, possuindo as mesmas características (...) e utilizáveis nas mesmas condições de precaução para com o meio – ambiente*” ⁸⁵. Retomando por sua conta este raciocínio, o High Court, em Inglaterra, julgou que a simples mistura de diferentes resíduos com o objectivo de produzir um fuel não era uma operação de valorização. Os desperdícios misturados estavam abrangidos pela regulamentação dos resíduos até à operação de incineração destinada à produção de energia ⁸⁶.

Por conseguinte, a valorização considera-se terminada e, por isso, considera-se que os resíduos se tornam matérias-primas secundárias quando a substância pode ser utilizada como matéria-prima sem precisar de tratamentos suplementares. Esta exigência ressalta, nomeadamente, do acórdão *Mayer Parry* de 19 de Junho de 2003, onde o Tribunal de Justiça julgou que a noção de reciclagem, no sentido da Directiva 96/42/CE sobre as embalagens e os resíduos de embalagens devia ter como efeito pôr a matéria no seu estado original para que possa ser utilizada segundo a sua função original ⁸⁷.

Se esta tese não fosse adoptada, os resíduos perderiam a sua qualificação pela simples razão de que teriam sofrido uma certa transformação tendo em vista permitir a sua valorização como substância. Isto quer dizer que o Tribunal de Justiça dá mostras de uma prudência extrema. Em seu entender, mesmo quando um resíduo foi objecto de uma operação de valorização completa, a qual teve como consequência o facto de a substância em questão ter adquirido as mesmas propriedades e características que uma matéria-prima, permanece, no entanto, a possibilidade de esta substância ser considerada como um resíduo se, conforme a definição do artigo I, a) da directiva, o seu detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer dela ⁸⁸. Esta hipótese é, em nosso entender, excepcional, na medida em que a operação de valorização completa terá, precisamente, como objectivo extrair dos resíduos valorizados matérias-primas secundárias cujo valor deveria ser superior ao preço do processo de valorização. Só na hipótese de ser impossível comercializar estas matérias-primas secundárias (por exemplo, em razão da grande queda dos valores), os detentores seriam susceptíveis de se livrarem delas quer eliminando-as, quer valorizando-as por meio de outros métodos.

⁸³ Acórdão *Tombesi*, pontos 53 e 54.

⁸⁴ Acórdão *Arco Chemie*, ponto 96.

⁸⁵ High Court of Justice, 22 de Março de 2001, *Castle Cement v The Environment Agency*.

⁸⁶ High Court of Justice, 22 de Março de 2001, *Castle Cement v The Environment Agency*.

⁸⁷ C.J.C.E., 19 de Junho de 2003, *Mayer Parry*, processo C-444/00, ponto 83.

V. A distinção a realizar entre resíduos, produtos e subprodutos

Do ponto de vista semântico, a confusão reina. Ao lado dos resíduos e dos desperdícios, encontramos novas noções tais como as de produtos, matérias-primas secundárias e subprodutos, noções estas que não foram definidas pelos autores da Directiva 75/442/CEE.

A. A distinção a realizar entre resíduos e produtos

29. *A presença de resíduos determina a natureza do processo.* – A distinção entre as operações de valorização e o tratamento contínuo de matérias-primas ou de produtos intermediários levanta dificuldades práticas inegáveis. Pode acontecer que um industrial adapte os seus processos de produção tendo em vista a utilização directa dos desperdícios e dos subprodutos. Neste caso, a operação de valorização confundir-se-á com o processo normal de produção. No seu acórdão *Inter-Environnement Wallonie* de 18 de Dezembro de 1997, o Tribunal sublinhou que era necessário distinguir a valorização dos resíduos no sentido da Directiva 75/442/CEE e “o tratamento industrial normal dos produtos que não são resíduos”⁸⁹. Realçando a dificuldade desta distinção, o Tribunal não acrescentou, porém, mais nada. Algumas indicações complementares podem, no entanto, ser encontradas nas conclusões proferidas pelo advogado-geral Jacobs⁹⁰. A distinção entre estes dois processos depende da qualificação que é dada à matéria que aí é tratada; deve, pois, ser realizada caso a caso.

B. A distinção a realizar entre os resíduos e os subprodutos

30. *Estado da questão.* – Quando objectos ou substâncias são utilizados sob a sua forma existente por um terceiro a quem foram cedidos, não devem, necessariamente, ser considerados como resíduos. Por exemplo, um veículo motorizado usado, tendo sido vendido a uma terceira pessoa que continua a utilizá-lo como tal, não constitui um resíduo (*infra*, n.º 41).

Ora, acontece que um elevado número de operadores económicos considera que a interpretação demasiado lata dada ao conceito de resíduo lhe é prejudicial⁹¹. Para além das regulamentações minuciosas a respeitar e das taxas a pagar, consideram que a concepção subjectiva do acto de se desfazer não abrange todas as particularidades das suas actividades económicas. Na sua óptica, quando são utilizados de modo útil substituindo matérias-primas, os desperdícios de produção não são abandonados. De igual modo, seria preferível, segundo eles, limitar o campo de aplicação da regulamentação dos resíduos apenas às substâncias destinadas a serem eliminadas e às substâncias que devam ser

⁸⁸ Acórdãos *Arco Chemie*, pontos 94 e 96 ; *Palin Granit Oy*, ponto 46.

⁸⁹ Acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, ponto 33.

⁹⁰ Conclusões do advogado-geral JACOBS sob o acórdão *Tombesi*, pontos 52 *et sq.* e sob o acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, pontos 77 *et sq.*

⁹¹ Veja-se, nomeadamente, as críticas de J. T. SMITH II, “The Challenges of Environmentally Sound and Efficient Regulation of Waste - The Need for Enhanced International Understanding”, *J.E.L.*, 1993, p. 91.

objecto de um tratamento físico-químico antes de poderem ser valorizadas. Desse modo, as substâncias que pudessem ser reutilizadas deveriam, enquanto subprodutos, escapar ao direito dos resíduos.

Assim, defrontam-se duas concepções fundamentalmente opostas. Primeiro, uma concepção subjectiva que Jacques Sambon e eu próprio defendemos ⁹², que tende a aumentar a responsabilidade do produtor no que concerne às substâncias ou aos desperdícios que ele não está em condições de reutilizar. Segundo esta primeira tese, o resíduo “valorizado” não é apenas a substância que foi transformada em matéria-prima secundária; compreende também toda a substância, todo o desperdício, todo o subproduto dos quais o detentor industrial se desfaz mesmo quando estes últimos são susceptíveis de serem reutilizados. Esta tese pode ser qualificada como *subjectiva* na medida em que o critério levado em consideração se baseia na ausência de uma utilização ou de uma utilidade efectiva do resíduo na mente do seu detentor. Esta ausência de utilização é confirmada pela necessidade do recurso a operações de valorização ou de eliminação inscritas no anexo II da directiva.

A esta primeira tese, convém opor uma concepção *objectiva*, que foi nomeadamente defendida pelo advogado-geral Jacobs ⁹³ e, na Bélgica, por Morrens e De Bruycker ⁹⁴. Diferentemente da tese subjectiva, esta segunda tese entende favorecer, respeitando um certo número de condições, a reutilização imediata de desperdícios de produção atribuindo-lhe um estatuto particular. Ela conduz, pois, à limitação da abrangência do conceito de resíduos. Esta tese pode ser sintetizada do modo seguinte: uma substância ou um objecto – tal como um desperdício de produção – não deveria ser qualificado como resíduo desde que o seu detentor conseguisse encontrar uma utilização admissível como produto ou como matéria-prima secundária, na condição de esta utilização ser integral, directa, efectiva e distinta dos métodos de eliminação dos resíduos.

Nos acórdãos *Palin Granit Oy* e *AvestaPolarit Chrome Oy*, o Tribunal de Justiça parece ter dado o aval, de modo um pouco confuso, a esta segunda tese. Pela primeira vez distinguiu a noção de subproduto, do qual a empresa não deseja desfazer-se no sentido do artigo 1.º a), 1.ª alínea da directiva-quadro, do desperdício que é abrangido pelas disposições desta directiva. Segundo o tribunal “*não há, de facto, nenhuma justificação para submeter às disposições da directiva, que são destinadas a prever a eliminação ou a valorização dos resíduos, bens, materiais ou matérias-primas que têm, economicamente, o*

⁹² N. de Sadeleer et J. Sambon, “Le régime juridique de la gestion des déchets en Région wallonne et en Région de Bruxelles-Capitale”, *A.P.T.*, 1995/1, p 5; N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 251-261.

⁹³ O advogado-geral F. G. JACOBS concluiu, no processo *Inter-Environnement Wallonie* que, quando os desperdícios, subprodutos, matérias-primas secundárias ou outros produtos resultantes de processos industriais eram directamente utilizados de forma contínua, no seu estado actual, eles não constituíam resíduos. Seria ainda necessário, considera ele, que estas substâncias satisfaçam as exigências em matéria ambiental e de saúde pública aplicáveis aos produtos ou aos processos que não são destinados aos resíduos. Cf. as conclusões do advogado-geral M. F. G. JACOBS no processo *Inter-Environnement Wallonie*, ponto 8o. Ressalta, porém, do acórdão *Inter-Environnement Wallonie* que a integração directa ou indirecta de uma substância num processo de produção industrial não exclui a noção de resíduo.

⁹⁴ P. Morrens et P. De Bruycker, “Qu’est-ce qu’un déchet dans l’Union Européenne?”, *Amén.-Env.*, 1993/3, p. 157.

valor de produtos, independentemente de uma qualquer transformação, e que, enquanto tais, estão submetidos à legislação aplicável a estes produtos ⁹⁵.

Para poderem escapar ao campo de aplicação da definição dos resíduos devem ser respeitadas várias condições. Por causa da definição lata de que é objecto o resíduo ⁹⁶ (*supra*, n.º 7), as condições devem ser interpretadas de forma estrita. No dizer do Tribunal, “convém circunscrever esta argumentação relativa aos subprodutos às situações nas quais a reutilização de um bem, de um material ou de uma matéria-prima não é apenas eventual mas certa, sem transformação prévia, e na continuidade do processo de produção” ⁹⁷. Em sequência disto, o Tribunal indicou que o detentor deve, para além disso, utilizar “legalmente” a sua substância ⁹⁸. Vamos agora tentar sistematizar os critérios que os industriais deveriam preencher para poderem qualificar as suas substâncias como subprodutos.

31. *Primeiro critério: a continuidade do processo de produção.* – No caso de o subproduto ser explorado ou comercializado no quadro de um processo ulterior, este deve situar-se na “continuidade do processo de produção” inicial ⁹⁹. A título de exemplo, quando desperdícios de exploração mineira, que não foram deslocados do local mineiro, são utilizados com o intuito de preencher as galerias da mina, podem ser considerados como subprodutos na medida em que o explorador da mina que os detém não tem a intenção ou a obrigação de se desfazer deles. Por outras palavras, o explorador precisa destes desperdícios para a sua actividade principal ¹⁰⁰. Acresce que a utilização do subproduto não pode reduzir-se aos métodos tradicionais de eliminação dos resíduos. A técnica de tratamento que é adoptada não pode, com efeito, sob a aparência de uma utilização da substância como produto ou matéria-prima, ser ocasião para realizar uma operação de eliminação dos resíduos fora do quadro regulamentar imposto pela legislação. A este respeito, os desperdícios de consumo ou os bens usados não podem ser considerados como subprodutos de um processo de fabricação ¹⁰¹.

A condição relativa à continuidade do processo de produção reveste-se de toda a importância no que concerne a certas soluções de jurisprudência. As instalações de combustão das incineradoras de resíduos domésticos e das centrais eléctricas que funcionam a carvão produzem uma grande quantidade de cinzas volantes. Não apresentando estas cinzas nenhuma utilidade para os exploradores destas instalações, elas podem ser directamente recuperadas por outras indústrias para fabricar certos betões. Pelo facto de nenhuma operação de tratamento ser necessária, várias jurisdições estimaram que as cinzas

⁹⁵ Acórdãos Palin Granit Oy, ponto 35 e AvestaPolarit Chrome Oy, ponto 35. Veja-se também o acórdão Niselli, ponto 44.

⁹⁶ Acórdãos Palin Granit Oy, ponto 36 e AvestaPolarit Chrome Oy, ponto 36.

⁹⁷ Acórdãos Palin Granit Oy, ponto 36 e AvestaPolarit Chrome Oy, ponto 36; Niselli, ponto 45.

⁹⁸ Acórdão AvestaPolarit Chrome Oy, ponto 43.

⁹⁹ Acórdãos Palin Granit Oy, pontos 34 e 36 e AvestaPolarit Chrome Oy, pontos 34 a 37.

¹⁰⁰ Acórdão Palin Granit Oy, ponto 37.

¹⁰¹ Acórdão Niselli, ponto 45.

volantes não deviam ser consideradas como resíduos ¹⁰². Ora, esta solução é contestável do ponto de vista da exigência posta pelo Tribunal de Justiça. Pese embora o facto de elas não deverem ser objecto de nenhum pré – tratamento, permanece, porém, a necessidade de elas serem utilizadas “*na continuidade de um processo de produção.*” Esta condição não nos parece estar preenchida quando as cinzas são os desperdícios de uma combustão de lixo numa incineradora de resíduos domésticos e são reutilizadas num processo de produção de cimento ¹⁰³.

Em compensação, as hipóteses seguintes parecem satisfazer as exigências postas pelo Tribunal de Justiça. A combustão do coque de petróleo numa central integrada de co-geração, que fornece as necessidades, em vapor e em electricidade, da refinaria produzindo este desperdício não pode ser qualificado como resíduo na medida em que este tratamento resulta de uma escolha técnica ¹⁰⁴. Pela mesma ordem de ideias, não constituiria um resíduo o óleo que, escapando de um processo de produção, seria imediatamente canalizado com o objectivo de ser reutilizado desempenhando uma outra função ¹⁰⁵.

32. Segundo critério: uma utilização directa sem transformação prévia. – Se a substância pode ser directamente utilizada num outro processo de produção, ela adquire então a qualidade de subproduto e escapa ao campo de aplicação da regulamentação dos resíduos. O Tribunal exige, com efeito, que a exploração ou a comercialização do subproduto, no quadro de um processo ulterior, não seja precedida de uma transformação prévia ¹⁰⁶. Não vemos muito bem a utilidade que apresenta este segundo critério na medida em que praticamente se confunde com o da continuidade do processo de produção (*supra*, n.º 31).

¹⁰² Num acórdão de 23 de Setembro de 1994, o Tribunal da Relação de Antuérpia corrigiu um julgamento do tribunal de Primeira Instância que havia condenado os importadores de escórias produzidas nos Países – Baixos e recuperadas na Bélgica para a fabricação de betão. O Tribunal da Relação julgou que estas escórias não constituíam resíduos porque eram imediatamente recuperadas num processo de produção de uma indústria que possuía uma autorização de explorar. Tratava-se, para o Tribunal da Relação, de matérias-primas secundárias. Este acórdão foi criticado pela doutrina, nomeadamente porque a autorização de explorar não previa expressamente a recuperação de matérias-primas secundárias (Antuérpia, 23 de Setembro de 1994, T.M.R., 1995/1, p. 24, obs. L. Lavrysen). Note-se que, na República Federal da Alemanha, o Verwaltungsgericht adoptou, em duas decisões de 24 de Junho de 1993 um ponto de vista similar. A qualidade de resíduo que está ligada aos resíduos de construção ou a pneus velhos desaparece na medida em que o detentor pode garantir uma reutilização efectiva e rápida destes objectos sem prejudicar o ambiente (BVerwG, Urt. v. 24 de Junho de 1993 - 7 C10/92 e 7 C11/92, NVwZ, 1993, pp. 988 a 992). Entretanto, o valor negativo destes objectos (7C11/92) ou o facto de o detentor não dispor de meios técnicos, financeiros e organizacionais para os reutilizar sem prejudicar o ambiente confirma que estamos em presença de resíduos visto que a reutilização é pouco provável.

¹⁰³ Ressalta do despacho do Tribunal de Justiça Oliehandel Koweit, de 27 de Fevereiro de 2003, processo C-307/00 a C-311/00 que os operadores económicos não contestam a qualificação pelo Ministério Neerlandês do Ambiente de operações que consistem em utilizar desperdícios de incineração na fabricação de argamassa para o betão, de operações de gestão de resíduos (veja-se processos C-308/00 e C-311/00). O litígio incide aqui sobre o facto de saber se se trata de uma operação de valorização ou de eliminação.

¹⁰⁴ Despacho Saetti.

¹⁰⁵ O Comité CE para a adaptação ao progresso científico e técnico da legislação sobre os resíduos parece subscrever esta interpretação. Com efeito, este Comité considerou que “um desperdício de produção para o qual o processo de geração não é intencional mas cujo esquema de produção estava, efectivamente, adaptado a fim de o recuperar in situ, não é um resíduo (...)”. Comité CE para a adaptação ao progresso científico e técnico da legislação sobre os resíduos, Doc. TAG/EWS/93.1 de 18-19 de Fevereiro de 1993, citado por J.-P. Hannequart, Le droit européen des déchets, Bruxelles, I.B.G.E., 1993, p. 130. Precisaremos, no entanto, que este Comité não tem habilitação para definir o conceito de resíduo por via normativa.

¹⁰⁶ Acórdão AvestaPolarit Chrome Oy, pontos 34 a 37.

Seja como for, este segundo critério não impõe que a substância ou o objecto seja reutilizado pelo seu próprio produtor. Basta que uma tal reutilização seja, efectivamente, operada “na continuidade do processo de produção”, e isto qualquer que seja o operador económico que a reutilize.

Em muitos casos, esta exigência não será respeitada pelos operadores económicos na medida em que, geralmente, é indispensável fazer a triagem de desperdícios de produção (é o que acontece com os papéis velhos, o vidro, ...) e tratá-los (por meio de técnicas de trituração, de regeneração, ...) antes de poder reutilizá-los. A realização destas diferentes operações não permite, pois, qualificar os desperdícios tratados como subprodutos. Será necessário desde logo esperar pelo termo do processo de modificação para que a substância se torne numa matéria-prima secundária (supra n.º 28) e possa, deste modo, ser utilizada como uma matéria-prima.

33. Terceiro critério: uma utilização integral. – No caso de o objecto ou de a substância não poder ser integralmente reutilizada sob a forma de um subproduto, o restante ou o desperdício deverá conservar a qualidade de resíduo e, em consequência, ser gerido conforme a regulamentação aplicável aos resíduos. Deste modo, no acórdão *Palin Granit Oy*, o Tribunal tomou em consideração a incerteza que pesava sobre a possibilidade “reutilizar por inteiro” os restos de pedra para concluir que se tratava de resíduos ¹⁰⁷. No seu acórdão *AvestaPolarit Chrome Oy*, o Tribunal estimou que era necessário excluir da noção de subproduto os desperdícios que não podiam ser directamente reutilizados ¹⁰⁸.

34. Quarto critério: uma utilização admissível da substância ou do objecto como produto ou matéria-prima. – Tal como lembrámos acima, em virtude da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a mera possibilidade de uma solução económica não satisfaz esta exigência; é preciso ainda que esta utilização seja legalmente admissível. Necessário se torna, desde então, que o detentor do objecto ou da substância tenha o direito de a utilizar ou de a fazer utilizar como produto. Os exemplos que se seguem permitem ilustrar de que forma este critério deve ser aplicado.

A refinação do petróleo leva à produção de diferentes desperdícios com valor calorífico importante. No caso de não ser possível queimar estes desperdícios em instalações tradicionais (caldeiras, pequenos fornos, fornos industriais), seria necessário considerá-los como resíduos.

Em compensação, na hipótese de, por razões de segurança ou de protecção do ambiente, ser proibido o emprego de desperdícios de exploração mineira – os desperdícios contaminados com substâncias perigosas representam uma ameaça para os lençóis de água –, o explorador da mina deveria preencher as suas galerias por meio de outros materiais. Será então necessário considerar que ele tem a obrigação de se desfazer dos

¹⁰⁷ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 40.

¹⁰⁸ Acórdão *AvestaPolarit Chrome Oy*, pontos 36 a 42.

detritos que não pode utilizar para preencher as galerias desactivadas ¹⁰⁹. De igual modo, uma matéria cuja validade expirou e cuja utilização é proibida, não poderá nunca ser considerada como uma matéria-prima secundária. Assim, no momento em que, com a aplicação da categoria Q.13 da Directiva 75/442/CEE, uma substância é qualificada como resíduo pela regulamentação nacional, esta qualificação é determinante mesmo que o detentor tenha a possibilidade de utilizar ou reutilizar esta substância.

As condições de exploração conducentes à licença ambiental concedida à instalação onde são directamente reutilizados os desperdícios permitem verificar o respeito desta condição. Deste modo, se, por exemplo, o industrial não tem o direito de utilizar o subproduto em questão enquanto substituto de uma matéria-prima, este quarto critério não estará preenchido.

Finalmente, necessário se torna acrescentar que a condição relativa à utilização admissível permite à administração fazer aplicar as regras de gestão na hipótese da recuperação imediata dos resíduos prejudicar a obrigação de protecção do ambiente e da saúde humana decorrente do artigo 4 da directiva — quadro. Em nome deste poder geral da polícia, a administração poderia intervir mesmo quando a operação de recuperação que está em questão não seja expressamente proibida.

35. Quinto critério: uma utilização efectiva. – A utilização e a comercialização da substância ou do objecto enquanto subproduto deve ser certa ¹¹⁰. Por outras palavras, o subproduto deve ser efectivamente reutilizado. A ausência de qualquer garantia de utilização de um desperdício implica que seja submetido à legislação comunitária sobre os resíduos. Uma declaração de intenção não seria suficiente. Para evitar as fraudes, a administração terá de exigir que o detentor lhe forneça garantias suficientes acerca de uma reutilização directa do subproduto, requerendo nomeadamente a constituição de garantias financeiras ¹¹¹.

Nesse caso, o facto de a empresa entender explorar ou comercializar o subproduto em condições economicamente vantajosas para ela constitui um indício suplementar de que esta condição está preenchida. Com efeito, por causa da vantagem económica, a substância já não se apresenta como um encargo de que o detentor procura desfazer-se ¹¹².

Contudo, a garantia de uma reutilização efectiva poderia estar comprometida por causa da duração do armazenamento dos desperdícios destinados a serem reutilizados sob a forma de subprodutos. O depósito de desperdícios à espera de uma utilização final é, com efeito, de natureza a gerar o mesmo tipo de riscos ecológicos que um depósito de natureza definitiva. Na hipótese de o tempo decorrido entre a produção dos desperdícios mineiros e a sua reutilização se revelar desmesurado, necessário se torna concluir que o seu detentor não está à altura de garantir que serão reutilizados conforme as regras administrativas em vigor. Por causa deste lapso de tempo e dos perigos que daí resultam, será

¹⁰⁹ Acórdão AvestaPolarit Chrome Oy, pontos 36 a 38.

¹¹⁰ Acórdão AvestaPolarit Chrome Oy, pontos 34 a 37.

¹¹¹ Acórdão AvestaPolarit Chrome Oy, ponto 43.

¹¹² Acórdãos Palin Granit Oy, ponto 37; AvestaPolarit Chrome Oy, pontos 34 e 37; Niselli, ponto 46.

conveniente qualificar estes desperdícios como resíduos ¹¹³. Além disso, o armazenamento durante um período indeterminado de desperdícios equivale, de facto, a uma operação de eliminação ou de valorização no sentido da categoria D 15 do anexo II A ou da categoria R 13 do anexo II B.

36. *Apreciação.* – A análise desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, nos seus acórdãos *Palin Granit Oy* et *AvestaPolarit Chrome Oy*, pode ser considerada objectiva pelo facto de se apoiar numa abordagem dicotómica opondo o conceito de resíduo ao de subproduto. Para chegar a esta distinção, o critério determinante assenta na existência e no carácter efectivo de uma utilização completa, contínua, admissível, e directa do resíduo num processo de produção. Pelo simples facto da sua reutilização, respeitando os critérios acima enumerados, a substância constitui um subproduto não sendo, pois, abrangido pelas disposições relativas à eliminação e à valorização. A reutilização final de uma substância de que o produtor se desfaz tem, pois, como efeito, assimilá-la *ab initio* a um subproduto, mesmo que esta já não representa nenhum interesse para o seu detentor (concepção subjectiva). Seja como for, as condições enunciadas pelo Tribunal de Justiça devem ser interpretadas de maneira estrita por causa da obrigação de interpretar de forma lata a noção de resíduo ¹¹⁴.

C. Casos limite

Na medida em que a determinação do campo de aplicação da regulamentação comunitária é tributária de uma análise caso a caso do conjunto das circunstâncias e do comportamento do seu detentor, convém testar os critérios enunciados pela jurisprudência aplicando-os a certos fluxos de resíduos.

37. *Os solos poluídos.* – Terras poluídas por hidrocarbonetos acidentalmente derramados constituem resíduos quando são escavadas e estão à espera de um tratamento de purificação? E quando estas terras poluídas ainda não foram escavadas nem tratadas?

Uma parte da doutrina considera que não se pode assimilar a um abandono de resíduos o derrame acidental de um poluente no solo (¹¹⁵). Pelo contrário, nós estimámos que

¹¹³ Nas suas conclusões apresentadas a 17 de Janeiro de 2002 no processo *Palin Granit Oy*, o advogado-geral M. F. G. JACOBS considerou que desperdícios que permanecem indefinidamente num parque industrial foram postos de lado e, conseqüentemente, são resíduos. O depósito e o armazenamento de volumes importantes de detritos comportam, como é evidente, o risco de poluição, nomeadamente sonora e o de atentado contra o meio rural, pela criação de um horror visual. Ora, é isso, precisamente, que a directiva procura evitar (ponto 34 das conclusões do advogado-geral M.F.G. JACOBS no processo *Palin Granit Oy*). Veja-se também o acórdão *AvestaPolarit Chrome Oy*, ponto 39. A este respeito, o acórdão proferido pelo Conselho de Estado de França a propósito da qualificação a dar ao óxido de urânio empobrecido é problemático. Neste domínio, o Conselho de Estado julgou que a circunstância da utilização do óxido de urânio empobrecido, com vista à produção de óxido de urânio enriquecido “possa ser diferido tendo em consideração os dados nomeadamente económicos, não é de natureza a fazer com que se olhe o óxido de urânio empobrecido em questão como um resíduo” (CE, 23 de Maio de 2001, Associação para a Defesa do Ambiente da Região de Arêches e do Limousin, n.º 201938).

¹¹⁴ Acórdão *Palin Granit Oy*, ponto 36; Niselli, ponto 45.

¹¹⁵ H. BOCKEN, “Milieu Wetgeving Onroerende Goederen, Aansprakelijkheid voor de kosten van bodem sanering”, T.B.R., 1992, n.º 11; P.B. GILLE, *Historische Milieu pasief*, 1990-1991, pp. 510-511.

a noção de abandono de resíduos devia ser entendida num sentido amplo e não podia ser reduzida apenas aos actos jurídicos pelos quais o titular de um direito real se livra intencionalmente dos seus direitos sobre um bem porque tem vontade de se desfazer deles. Deste modo, uma substância, mesmo intencionalmente produzida, que se encontra lançada sobre ou dentro do solo, não constituindo esta incorporação o seu modo específico de utilização, constitui um resíduo e isso independentemente do carácter involuntário ou accidental do lançamento ¹¹⁶.

O Supremo de Bruxelas encarregara o Tribunal de Justiça de uma questão pré – judicial tendo em vista saber se a noção de resíduo devia aplicar-se a uma empresa petrolífera que produz hidrocarbonetos e os vende a um gerente que explore uma das suas estações de serviço. Nas suas conclusões de 29 de Janeiro de 2004 apresentadas neste processo, o advogado-geral Dra. J. Kokott, concluiu que era possível deduzir a obrigação de descontaminar os solos poluídos, que decorreria de uma regra de direito administrativo ou de uma obrigação de direito civil, que estas terras já não podem ser utilizadas segundo a sua afectação original e que, por isso, se encontram abrangidas pela regulamentação sobre os resíduos ¹¹⁷.

No seu acórdão de 7 de Setembro último, o Tribunal de Justiça julgou que tanto os hidrocarbonetos derramados de forma não intencional que têm como efeito a contaminação dos solos, como as terras poluídas por estes hidrocarbonetos, quando são escavadas, constituem resíduos ¹¹⁸. Esta decisão, que certamente fará correr muita tinta, alarga o alcance da definição de resíduo ao conjunto dos solos que foram poluídos acidentalmente, o mesmo é dizer, a centenas de milhares de antigos sítios industriais. Na medida em que, em virtude da Directiva 75/442/CEE, é proibido abandonar resíduos, os “detentores” destas substâncias poluentes terão de descontaminar os solos nos quais elas se espalharam acidentalmente. Além disso, no caso de o derrame não intencional ser imputável à sociedade que aprovisionou a instalação cujos solos se encontram poluídos, é esta última que deverá ser considerada como a detentora dos resíduos.

Este acórdão levanta novamente a questão da compatibilidade das polícias administrativas regulamentando a descontaminação dos solos poluídos com a da gestão dos resíduos. Com efeito, desde há alguns anos, numerosos Estados – Membros encontram-se dotados de regimes jurídicos específicos com o objectivo de despoluir os seus solos poluídos. Além disso, uma Directiva 2004 /35/CE de 21 de Abril de 2004 sobre a responsabilidade ambiental, no que concerne à prevenção e à reparação dos prejuízos ambientais, obriga as autoridades nacionais a adoptarem uma série de medidas de polícia em caso de contaminação de solos, quando esta contaminação põe em perigo a saúde humana. Esta directiva não terá, decerto, impacto sobre as poluições ditas históricas na medida em que, em virtude do seu artigo 17, não cobre senão os prejuízos futuros. Assim sendo, as auto-

¹¹⁶ J. SAMBON et N. de SADELEER, “La protection des sols par la lutte contre les nuisances spécifiques: l'état du droit en Région wallonne et Région bruxelloise, in Sols contaminés, sols à décontaminer, Bruxelles publications FUSL, 1996, p. 62.

¹¹⁷ Conclusões do advogado-geral Dra. J. Kokott, apresentadas a 29 de Janeiro de 2004 no processo C-1/03, Ministère public c. P. Van de Walle.

¹¹⁸ Acórdão P. Van de Walle, de 7 de Setembro de 2004, processo C-1/03.

ridades administrativas deverão aplicar, para as poluições futuras, de modo cumulativo, os regimes de prevenção e de reparação previstos pela Directiva 2004 /35/CE com a obrigação de gerir as substâncias que contaminam os solos como tratando-se de resíduos.

38. *As lamas de depuração.* – Abordemos agora o caso das lamas de depuração produzidas por instalações de depuração, que normalmente se encontram contaminadas com metais pesados. Estas lamas são, *a priori*, abrangidas pela categoria Q.12 do anexo I da directiva (matérias contaminadas). Se é verdade que o terceiro considerando da Directiva 86/278/CEE de 12 de Junho de 1986 relativa à protecção do ambiente e, nomeadamente, dos solos por ocasião da utilização das lamas de depuração na agricultura enuncia que “*as lamas de depuração utilizadas no quadro da exploração agrícola não estão cobertas pela Directiva 75/442/CEE*”, os artigos da Directiva 86/278/CEE, os únicos que possuem um carácter normativo, não retomam explicitamente tal interpretação. Por conseguinte, o Conselho de Estado francês julgou que as lamas de depuração não deixam de corresponder, só por isso, à definição da noção de resíduos dada por esta directiva; isto implica, por essa mesma razão, a sua submissão, nomeadamente em caso de trasladação de um Estado – Membro da Comunidade Europeia para outro, nas disposições do regulamento de 1 de Fevereiro de 1993 ¹¹⁹.

Todavia, alguns exploradores de instalações de depuração revendem as suas lamas a agricultores que as usam em substituição de adubos químicos espalhando-as nos seus terrenos de cultivo. Estes poderiam argumentar que as suas lamas respondem aos critérios apresentados pelo Tribunal de Justiça a propósito dos subprodutos. Com efeito, em aplicação da concepção objectiva adoptada pelo Tribunal de Justiça (*supra* nº 30 *et seq.*), as lamas não constituem resíduos quando são directamente reutilizadas pelos agricultores. Para que as lamas possam ser assimiladas a subprodutos, não deveriam ser previamente tratadas (por meio da depuração, por exemplo), antes de serem reutilizadas por agricultores (cf. *supra* nº 32). Do mesmo modo, o agricultor que não respeitasse as condições de espalhamento impostas em virtude da Directiva 86/278/CEE relativa à protecção dos solos por ocasião da utilização das lamas de depuração na agricultura, deveria ser considerado como um detentor de resíduos uma vez que não utiliza de modo legal os desperdícios que recupera directamente de uma estação de depuração (cf. *supra* nº 38). Em compensação, ao adoptar-se uma concepção subjectiva, será necessário concluir que o explorador da instalação de depuração para quem as lamas representam um encargo, vai desfazer-se delas cedendo-as a agricultores.

39. *As viaturas fora de uso.* – Em virtude da Directiva 2000/53/CE relativa aos veículos fora de uso, tais veículos constituem resíduos no sentido do artigo 1º, a) da Directiva 75/442/CEE (art.2.2). Ora, a Directiva 2000/53/CE não fornece nenhuma indicação quanto

¹¹⁹ CE, 3 de Março de 2000, Ministério do Ordenamento do Território e do Ambiente c/ Sté Wastec-Strobel, n.º 188328.

aos critérios a utilizar para determinar a partir de que momento ou de que operação um veículo é considerado fora de uso.

A intenção do proprietário do veículo constitui um elemento essencial mesmo que algumas considerações objectivas se imponham. O proprietário tem o direito de conduzir o seu veículo desde que este obedeça às regras técnicas impostas pelas autoridades nacionais e isto enquanto ele pagar as taxas de circulação. A partir do momento em que estas condições não estejam preenchidas, já não tem o direito de fazer circular o seu veículo. A menos que este seja remetido para um garagemista com a finalidade de o tornar conforme às normas técnicas, será preciso considerá-lo como um resíduo (interpretação objectiva). Por outro lado, imaginemos que o custo da reparação seja demasiado elevado, ou que o veículo esteja fora de moda ou que já não responda às necessidades do seu proprietário. Nada o impede de se livrar dele cedendo-o a uma instalação de desmantelamento. Entregue a uma tal instalação, o veículo deverá ser considerado como um resíduo na perspectiva de uma interpretação simultaneamente objectiva e subjectiva. Por fim, enquanto tiver o direito de fazer circular o seu veículo, o proprietário pode também vendê-lo como veículo usado. Nesta última hipótese, o proprietário não se desfaz dele no sentido da regulamentação sobre os resíduos.

Ora, as regras técnicas relativas à segurança dos veículos não foram harmonizadas. Além disso, as regras nacionais nem sempre se aplicam aos veículos destinados à exportação para fora da Comunidade Europeia. O proprietário poderia desde logo desfazer-se do seu veículo exportando-o para um país onde as exigências técnicas são menos severas do que no país onde está matriculado. Isto explica as vastas trasladações de veículos usados entre a Comunidade e a Europa Central bem como a África. Das duas uma: ou o veículo fora de uso constitui um resíduo ou permanece um produto. Surge aqui a dificuldade de operar a distinção entre um veículo usado (um produto) e um veículo fora de uso (um resíduo) na medida em que a Directiva 2000/53/CE de 18 de Setembro de 2000, relativa aos veículos fora de uso não estabelece nenhum critério. Em França e nos Países Baixos, por exemplo, esta distinção é feita em função da relação existente entre o valor do veículo e o custo da reparação. Se esta relação é negativa, o veículo será considerado como fora de uso. Em compensação, na Áustria, só os veículos destinados a serem desmantelados são considerados como veículos fora de uso ¹²⁰.

No caso de o veículo ser considerado veículo usado, em virtude da regulamentação nacional, pode ser livremente exportado para um Estado terceiro. Pelo contrário, se é considerado um resíduo, a carcaça é submetida às disposições do regulamento n.º 259/93 sobre os movimentos transfronteiras de resíduos. Poderá, no entanto, ser exportada livremente para países não OCDE, excepto se estes se opuserem às trasladações (a lista verde do regulamento retoma, com efeito “os veículos esvaziados de todos os líquidos” na rubrica GC 40).

¹²⁰ M. ONIDA, « Challenges and Opportunities in EC Waste Management : Perspectives on the Problem of End of Life Vehicles », Yb. Eur. Env. L., 2001, vol. 1 , pp. 273-276.

40. *O fuel pesado acidentalmente derramado por um petroleiro.* – As jurisdições francesas foram confrontadas com a questão de saber se o fuel pesado n.º 2, derramado pelo naufrágio do petroleiro Erika constitui um resíduo ou um produto. Invocando a noção de resíduos, a região de Mesquer, que fora vítima desta poluição acidental, desejava obter a condenação da sociedade Total na qualidade de produtor ou de detentor anterior dos resíduos e obrigá-la a cobrir a indemnização dos custos de limpeza das praias poluídas. O Tribunal de Comércio de Saint – Nazaire rejeitou o recurso invocando o facto de que era “o abandono que cria o resíduo, isto é, a renúncia, por parte daquele que o detém a fazer uso dele”¹²¹. Depois de ter lembrado que convém interpretar as disposições do direito interno de acordo com as directivas comunitárias, o Tribunal da Relação de Rennes deduziu que o fuel pesado n.º 2, desperdício de um processo de refinação, não era um resíduo mas um produto cujo “destino procurado desde a origem era a utilização directa como combustível para necessidades de produção eléctrica”. Segundo o referido tribunal, o fuel constituiria “uma matéria combustível constituindo um produto energético elaborado para um uso determinado e não um resíduo que devesse ser eliminado, isto é, que devesse ser objecto de um abandono ou do qual se devia desfazer”¹²². Esta decisão foi criticada por causa do carácter muito sumário da análise da noção de resíduo¹²³. Para além disso, poderíamos acusar a sociedade Total de se ter desfeito, é certo que acidentalmente, de um fuel que, por causa do naufrágio, perdeu todo o valor económico e representa, por acréscimo, um perigo para o ambiente. A este propósito, lembre-se que a categoria Q4 do anexo I da directiva retoma expressamente as “matérias acidentalmente derramadas.”

41. *As carcaças de barcos.* – Numerosas carcaças de navios são desmanteladas a um preço vantajoso em Estados que prestam pouca atenção aos direitos dos trabalhadores e à protecção do ambiente. Põe-se, pois, a questão de saber a partir de que momento o barco se torna num resíduo e passa a estar submetido às disposições do regulamento nº 259/93 sobre os movimentos transfronteiriços de resíduos. Em virtude deste regulamento, os “barcos e outros engenhos flutuantes a desmantelar, convenientemente esvaziados de toda a carga e de todo o material que tenha servido para o seu funcionamento que pudesse ser classificado como substâncias ou resíduos perigosos”, podem ser exportados livremente para países não OCDE, excepto se estes últimos se opuserem às referidas trasladações (cf. A lista verde do regulamento, rubrica GC 03). Caso contrário, os barcos devem ser considerados como resíduos relevando da lista vermelha e a sua exportação passa a estar submetida a uma autorização prévia das autoridades do Estado de exportação. É certo que a inscrição de um objecto numa lista comunitária não constitui senão um indício; necessário se torna ainda verificar se o proprietário do barco tem realmente a intenção de

¹²¹ T. com. Saint-Nazaire, 6 de Dezembro de 2000, Commune de Mesquer c/Sté Total Raffinage Distribution et Sté Total, nº AO-408.

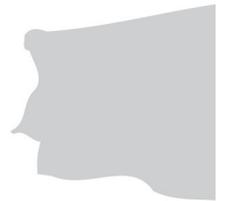
¹²² Tribunal da Relação de Rennes, 13 de Fevereiro de 2002 Commune de Mesquert/S.A. Total Raffinages Distribution, société Total International Ltd, R.J.E., 2003/1, pp. 52-60.

¹²³ C. ROBIN, “La réparation des dommages causés par le naufrage de l’Erika: un nouvel échec dans l’application du principe du pollueur-payeur”, R.J.E., 2003/1, p. 43.

se desfazer dele. A este propósito, notaremos que o Conselho de Estado dos Países Baixos rejeitou o recurso de um armador neerlandês que contestava a decisão, tomada pela administração do ambiente, de qualificar um dos seus barcos contendo amianto como resíduo perigoso e, por conseguinte, de interditar a exportação ¹²⁴.

Nicolas de Sadeleer

Professor titular da cátedra Marie Curie na Universidade de Oslo
Docente da Universidade de Saint-Louis e da Universidade Católica de Lovaina.



¹²⁴ CE, 19 de Junho de 2002, nº 200105168/2, Upperton.

Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental

Resumo

Nas considerações iniciais do artigo será apresentado a conformação normativa do compromisso de ajustamento de conduta, solução extrajudicial de conflito, prevista no direito brasileiro. Em seguida, serão abordados os objetivos e os princípios reitores da prática do instituto. Serão examinados o princípio do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, o da aplicação negociada da norma jurídica e o princípio democrático. Nas considerações finais faremos um brevíssimo balanço sobre a importância do instituto.

1. Considerações iniciais

O compromisso de ajustamento de conduta é uma solução extrajudicial de conflito que tem sido muito utilizada na proteção do meio ambiente no direito brasileiro ¹. O instituto surgiu na mesma ambiência social que gerou a Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico aos móveis políticos estabelecidos pela nova ordem. A sociedade brasileira era já uma verdadeira sociedade de massas, sem que houvesse, entretanto, uma adequada proteção das relações que devido à sua incidência e padronização a caracterizam, quais sejam as relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor teve como propósito promover o acesso à justiça dos consumidores, além de ensejar uma tutela mais adequada dos demais direitos transindividuais ao renovar a lei da ação civil pública ². Essa renovação não se limitou ao aperfeiçoamento da esfera judicial de proteção desses direitos, ao prever o compromisso de ajustamento de conduta a lei de consumo concebeu um instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos.

Indica-se como antecedente do ajuste de conduta o parágrafo único do artigo 55 da lei do Juizados de Pequenas Causas ³, 7244/84, que dispunha: “Valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão compe-

¹ Em pesquisa realizada em nossa tese de doutorado, constatamos que no âmbito do Ministério Público Federal 60% dos ajustes celebrados versavam sobre a tutela do meio ambiente. Vide. Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta. RJ: Forense, 2002.

² O artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Acrescente-se à lei n.º 7347, de 24 de Julho de 1985, o seguinte dispositivo renumerando-se os seguintes: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.” Segundo Nelson Nery Junior, que participou ativamente da elaboração dessa lei, há uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP. (p. 869. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. RJ: Forense universitária, 2000.)

³ Nesse sentido NERY JR, Nelson. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. RJ: Forense universitária, 2000, pp. 894-895.

tente do Ministério Público.”⁴ Tal dispositivo foi o precursor da possibilidade da atuação do Ministério Público gerar um título executivo extrajudicial. Essa verdadeira inovação no nosso sistema jurídico permitiu que se imaginasse uma nova amplitude para a atuação do Ministério Público. De outro modo, influenciou sobremaneira o legislador de processo estando hoje prevista não só na Lei de Juizados Especiais norma de mesmo conteúdo, como também no elenco de títulos executivos extrajudiciais do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil. E essa é uma contribuição muito importante quando vige no sistema brasileiro o princípio da tipicidade dos títulos executivos, descabendo a “*convergência da manifestação da vontade dos figurantes*”⁵ para criar a cláusula executiva. Portanto, a contribuição do legislador das pequenas causas para a criação do instituto do ajustamento de conduta foi permitir que o acordo firmado perante o Ministério Público tivesse a natureza de título executivo extrajudicial. Mas ainda era uma espécie de tutela tradicional de direitos subjetivos. O ajustamento de conduta foi muito além dessa possibilidade ao se constituir em solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público, e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis.

Podemos também arrolar como precursora da possibilidade da celebração do compromisso de ajuste por órgãos públicos a própria prática administrativa do Estado contemporâneo de se adotar, em determinadas situações, decisões que importem, em uma certa medida, negociação sobre a forma de cumprimento das normas legais ligadas a interesses da comunidade. Conforme muito bem assinala Agustín Gordillo⁶ a noção de poder de polícia deve ser substituída pela de regulamentação⁷: a uma porque a atuação da Administração Pública só se realiza em observância ao princípio da legalidade, em completo antagonismo à idéia primeira de que a polícia pudesse enfeixar no agente público um poder residual não previsto na lei; a duas porque não se limita apenas às técnicas de limitação de direitos mas também de promoção dos mesmos⁸. É possível que nessa atividade de regulação o Poder Público, desde que nos limites da lei, aplique a medida de “polícia” após uma fase de conciliação, desempenhando também uma clara função educativa. É a “participação

⁴ Dispositivo idêntico está previsto na lei n.º 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais de causas cíveis de menor complexidade e que revogou a lei n.º 7244/84.

⁵ Assis, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. RJ: Forense, 1999. p. 177.

⁶ *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2, 3.ª edición. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998. Pg. 15.

⁷ No mesmo sentido no direito brasileiro Sundfeld, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. SP: Malheiros, 1993.

⁸ Diz o autor portenho: “*Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa al “poder de policía” no tiene pues sentido. Ejemplos: obligar a un miembro de la colectividad a aceptar la instalación de aguas corrientes y servicios cloacales es tanto prevenir un daño a la salubridad colectiva como promover la salubridad común. Al obligarse a plantar árboles se promueve el asentamiento de los suelos y la oxigenación dela ire, pero al mismo tiempo se previene la erosión excesiva del suelo y la falta de oxigenación adecuada. Cuando se prohíbe abusar de una posición dominante en el mercado, tener ganancias excesivas en virtud de un monopolio conferido por el Estado, etcétera, se promueve el buen orden de la economía nacional; pero al mismo tiempo se reprimen las tarifas y ganancias excesivas, etcétera, que dañan a esa economía. Y así sucesivamente.*” p. 16 de op. cit.

⁹ Sobre o assunto vide Barbosa de Melo. “Introdução às formas de concertação social”, in *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, vol. IX, 1983, pp. 86 e ss.

concertada”⁹, ou “participação negociação”¹⁰ em que se adequa a conduta do cidadão desviado para evitar ou reparar um dano ao interesse público.

Na área ambiental “a conciliação dos interessados é valiosa como fase procedimental tanto para licenciar uma atividade como para puni-la,”¹¹ havendo, inclusive, segundo Michel Prieur, um princípio de “*négociation avec les polluers*”¹². No direito brasileiro poderíamos citar como um exemplo dessa atuação administrativa concertada a possibilidade de celebração de “acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental” prevista no inciso 4.º do artigo 8.º da lei 6938/81.

Ocorre que essa negociação só se limita à responsabilidade administrativa, e não resulta na formação de um título executivo extrajudicial, duas características que a apartam do compromisso de ajustamento de conduta. De qualquer sorte, o que houve de contribuição desse tipo de prática administrativa, que pode ser considerada como um antecedente do ajuste de conduta, é justamente a possibilidade de se favorecer, em certos casos, a solução negociada de conflitos que envolvam direitos de toda a coletividade.

Podemos citar, também, a ocorrência de conciliação nas ações coletivas como uma contribuição para se conceber a tutela extrajudicial dos conflitos. A negociação judicial desses direitos, ainda que se revista de um maior controle, já que realizada sob o crivo do Poder Judiciário, abriu caminho para se imaginar um instituto como o ajustamento de conduta, uma vez que logrou compatibilizar a possibilidade do acordo com a indisponibilidade inata desses direitos. O mais importante desafio que se apresentava para uma tutela extrajudicial fora vencido pela permissão do recurso à composição judicial.

Por outro lado, a atuação administrativa do Ministério Público, especificamente no inquérito civil público previsto na lei 7347/85, demonstrou a possibilidade de se solucionar o conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. Muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil público resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual nem sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor a ação judicial. Assim, o exercício do inquérito civil público contribuiu para a conformação normativa do instituto ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição desses conflitos.

Conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos,

¹⁰ Antunes, Luíz Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo. Para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

¹¹ Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. SP: Malheiros, 1999. P. 125.

¹² Droit de l'environnement. “*La politique de l'environnement se caractérise par son caractère pédagogique. Il convient de convaincre et de persuader plutôt que de contraindre les auteurs de la pollution de cesser leurs activités nuisibles. Bien que le droit de l'environnement apparaisse pour l'essentiel comme un régime de police visant à limiter ou interdire les pollutions para les actes unilatéraux autoritaires, la réalité administrative est plutôt en faveur de mesures concertées et négociées avec les industriels. Cette attitude est admissible si elle n'aboutit pas à un laxisme excessif ou à des dérogations abusives et si elle ne s'accompagne pas d'une insuffisance ou d'une absence de contrôle.*” p. 116.

constatada na condução dos inquéritos civis públicos, tivemos o nascimento do instituto do termo de ajustamento de conduta. Por fim previsto no parágrafo 6.º do artigo 5.º da Lei 7347/85 consoante a redação dada pelo artigo 113 da lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Além da instituição genérica do termo de ajustamento de conduta para qualquer tipo de direito transindividual, há normas específicas que disciplinaram a questão. Assim, o ajustamento de conduta também foi previsto expressamente e com idêntica redação, no artigo 211 da Lei 8069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente; na lei 8884/94¹³, que prevê a possibilidade do compromisso de cessação de atividades de empresa investigada por infração à ordem econômica (em nosso entender uma espécie de ajustamento de conduta)¹⁴, e na lei 9.605/98, com a redação dada pela Medida Provisória 1949-28 de 26 de Outubro de 2000, que disciplina a celebração de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente¹⁵. Mais recentemente a Medida Provisória n.º 131, de 25 de Setembro de 2003, convertida na lei 10814, de 15 de Dezembro de 2003,

¹³ “Art. 53 Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. §1.º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; b) o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25; c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização. §2.º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo. §3.º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada a sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica. §4.º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente a sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes”.

¹⁴ No mesmo sentido Fonseca, João Bosco Leopoldino da *Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*. RJ: Forense, 1995. Pp. 154.

¹⁵ Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. §1.º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I — o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II — o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III — a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV — as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas; V — o valor da multa de que trata o inciso anterior não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI — o foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 2.º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento.

condicionou a comercialização da safra de soja transgênica de 2004 no Brasil à celebração de compromisso de ajustamento de conduta pelos agricultores ¹⁶.

Cabe-nos, ainda, indagar se essas previsões normativas teriam se inspirado mais diretamente em um instituto análogo do direito estrangeiro. Na verdade, a proteção dos direitos transindividuais no ordenamento brasileiro é extremamente original. A partir de nossa cultura, tanto social quanto jurídica, sem romper com a tradição de tutela de direitos em um sistema filiado à cultura romano-germânica, soubemos nos apropriar de algumas lições das “class actions” norte-americanas e criar um sistema ímpar de tutela desses direitos. Como exemplo de criações nacionais neste campo temos a posição do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, a existência do inquérito civil público e também o termo de ajustamento de conduta.

2. Teleologia e princípios reitores da prática do compromisso de ajustamento de conduta

Consoante muito bem aduzido pelo Professor Paulo César Pinheiro Carneiro ¹⁷, o ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito. De conseguinte, não foi a regra concebida para assegurar um eventual direito do transgressor da norma no sentido de poder, em determinadas situações, descumprir-la ou cumpri-la de forma mais flexível, assim, o compromisso de ajustamento de conduta jamais pode se configurar como um passaporte para degradar o meio ambiente.

Na verdade, não há óbice algum ao violador da norma tomar a iniciativa da celebração do ajuste requerendo que o mesmo seja realizado, mas a lei “*não sufragou o direito ad-*

§ 3.º Da data da protocolização do requerimento previsto no parágrafo anterior e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 4.º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. § 5.º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. § 6.º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. § 7.º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. § 8.º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato.” Divergimos nesse ponto de Daniel Roberto Fink que entende que esse compromisso é uma outra modalidade de ajustamento de conduta. P. 129 Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre a vantagem do termo de ajustamento de conduta) in *Ação civil pública Lei 7347/1985 — 15 anos* (Coord. Edis Milaré), SP: RT, 2001.

¹⁶ Art. 3.º Os produtores abrangidos pelo disposto no art. 1.º, ressalvado o disposto nos arts. 3.º e 4.º da Lei n.º 10.688, de 13 de junho de 2003, somente poderão promover o plantio e comercialização da safra de soja do ano de 2004 se subscreverem Termo de Compromisso, Responsabilidade e Ajustamento de Conduta, conforme regulamento, observadas as normas legais e regulamentares vigentes. Parágrafo único. O Termo de Compromisso, Responsabilidade e Ajustamento de Conduta, de uso exclusivo do agricultor e dos órgãos e entidades da administração pública federal, será firmado até o dia 9 de dezembro de 2003 e entregue nos postos ou agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nas agências da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil S.A.

¹⁷ “Aliás é preciso deixar bem claro que o ajustamento de conduta não se destina à proteção do terceiro, que precisa acertar a sua conduta às exigências legais, mas sim, dos destinatários indeterminados, no caso dos direitos difusos, ou determináveis, no caso de interesses coletivos, a quem ele visa resguardar e proteger.” P. 237, A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta. Op., cit.

quirido de poluir”¹⁸. A realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela do direito ambiental. Não só a própria celebração do ajuste deve estar sob a égide desse fim normativo como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer à proteção do ecossistema, e não ser um meio de conceder condições mais favoráveis aos violadores da norma. Caso contrário, firmar um ajuste de conduta será um prêmio para quem viola o meio ambiente¹⁹. Por todas essas razões o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2083 concedeu em parte a liminar para considerar os efeitos administrativos do ajuste de conduta previsto na supracitada lei 9.605/98 como uma regra de transição, só valendo para as empresas que já atuavam antes da edição da lei²⁰.

O ajuste de conduta tem como outro importante fim ensejar a prevenção da lesão ao meio ambiente. Teremos oportunidade de desenvolver esse ponto adiante, pois vislumbramos a existência de um verdadeiro princípio da prevenção, que deve reger a aplicação da regra. Como é cediço, a reparação de danos ecológicos, de nítido viés repressivo, é, em muitos casos, inviável. A possibilidade do ajuste de conduta “*antecipar-se à sentença de cognição*”²¹, e até mesmo, quando possível, evitar a ocorrência do dano, existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo.

De igual modo, a norma tem como fim ensejar uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para a sua proteção. A relevância dos direitos transindividuais estimulou o legislador a engendrar um mecanismo mais expedito para a sua tutela do que o transcurso do processo.²²

Conquanto as atividades ínsitas à celebração do ajustamento de conduta sejam patrocinadas por recursos públicos, podemos considerá-las menos onerosas que a movimentação

¹⁸ Millaré, Edis. Op. cit. p. 378.

¹⁹ Por isso muito relevante a crítica do Instituto sócioambiental sobre a edição dessa norma através de uma Medida provisória 1710/98, inserida na lei 9605/98: “*Enquanto isso, a MP 1710/98 vem propiciando a oportunidade para que os empreendedores que jamais se preocuparam em regularizar as suas atividades aos padrões ambientais continuem operando à margem da lei, em detrimento da saúde pública, das espécies da fauna e flora ameaçadas de extinção e daqueles que, assumindo sua responsabilidade, adequaram suas atividades aos limites legais.*” (p. 2. Acordos ambientais beneficiam empresas. André Lima, in *Parabólicas* n.º 46, ano 5, Dezembro de 1998)

²⁰ A decisão do STF nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2083-8/DF, requerida pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Verde, e relatada pelo Ministro Moreira Alves de 3 de Agosto de 2000, foi a seguinte: “*O Tribunal, por unanimidade, conheceu, em parte, da ação e, nessa parte, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, dando ao ato normativo atacado — hoje Medida Provisória n.º 1949-25, de 26 de junho de 2000 — interpretação conforme à Constituição, suspender, ex nunc e até final julgamento desta ação, a eficácia dele fora dos limites da norma de transição e, portanto, no tocante à sua aplicação aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 9605, de 12 de fevereiro de 1998, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia integralmente a cautelar. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. — Plenário, 03.08.2000*” (site do STF www.stf.gov.br).

²¹ Miranda, Francisco Cavalcante Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, RJ: Forense, 1974-1977, vol. 9, p. 219.

²² Como podemos perceber na pesquisa que realizamos uma considerável parcela dos ajustamentos de conduta — 56% — foram celebrados em até seis meses, e 86% em até um ano, comprovando ser este um meio expedito de se obter um título executivo. Comparando-se com o tempo médio para a obtenção do título executivo judicial, o ajuste se revela extremamente vantajoso por sua brevidade na definição do conflito, já que a investigação coordenada pelo professor Paulo César Pinheiro Carneiro demonstra que apenas 19,6% das ações civis públicas foram decididas definitivamente em um ano.

da máquina jurisdicional. O cidadão brasileiro tem muita dificuldade em saber o quanto realmente custa manter as atividades públicas. Não teríamos condições, por exemplo, de descobrir em termos numéricos e exatos quanto custa para o contribuinte a celebração do ajuste, e qual a economia que essa atividade representa ²³. Empiricamente, contudo, é fácil perceber que é menos oneroso, não só do ponto de vista econômico como social, a realização do ajuste em lugar da prestação jurisdicional.

Não é o caso de nos rendermos a uma concepção econométrica do direito, que reduz a proteção jurídica a uma relação custo-benefício. Pretendemos, apenas, evidenciar que a economia de recursos públicos deve ser privilegiada sempre que possível, ainda mais quando se trata de um país de poucos recursos econômicos como o Brasil. Se por um lado, se evita a ida ao Judiciário e o dispêndio que dela derivaria; e por outro, não há uma oneração significativa de energia e meios dos órgãos públicos legitimados para a celebração do ajuste, posto que as atividades de investigação da lesão ao meio ambiente ocorrem e são custeadas quer o ajuste de conduta seja celebrado ou não.

Em outra perspectiva, também o ajuste é menos dispendioso porque a provocação dos órgãos públicos para a tutela do direito ao meio ambiente pelos cidadãos ou pelas associações, que eventualmente pode redundar no ajustamento de conduta, não pressupõe que o indivíduo recolha pessoalmente nenhum tipo de custas ou taxa. ²⁴ Ademais, por meio do ajuste se pode obter do obrigado o pagamento de todas as despesas públicas que a sua transgressão motivou como o custeio das perícias para identificar a dimensão do dano ambiental, os custos de publicidade, etc.

Uma outra finalidade clara da norma é que muitas vezes a tutela extrajudicial se afigura a mais adequada para esse tipo de direito. Não estaria o nosso sistema de proteção dos direitos transindividuais completo sem o permissivo de se garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação. Sendo o fim da norma a adequada tutela desses direitos, não condiz com o instituto a possibilidade de reduzir o âmbito de proteção do direito transindividual. Não se pode, assim, admitir que o ajuste importe em renúncia do direito a ser protegido e nem implique restrição indevida do mesmo.

²³ Todavia, dados de pesquisa norte-americana comprovam a menor onerosidade da solução extrajudicial de conflito: *“The cost per case for BCS (Bureau of Consumer services) cases is considerably lower than that required for processing formal complaints through the PUC (Public Utility Commission). The average cost per case for mediation cases for 1981-1982, for example, was approximately \$16. (These figures are based on the cost of the mediation unit staff and supervision, divided by the number of cases per year.) Informal complaints, which tend to require more extensive investigation and negotiation, average about 51\$ per case for the same period. (This latter figure is based on the cost of the unit and supervision, divided by only the cases requiring investigation. The costs of processing and investigating compliance actions, inquiries, and opinions are not included in this calculation — and are an additional benefit). These figures compare very favorably to the average cost of the adjudication of formal complaints. For the same period, the PUC estimates that the adjudication of formal complaints cost from \$1,000\$ to \$1,500 per complaint annually for the Administrative Law Judge (not including other Law Bureau or PUC costs) and an estimated \$800 to \$ 1,000 to the company (not to mention the costs of the consumer)”* HYMAN, Drew. p. 68. *“Utility consumer dispute settlement: a regulatory model for mediation, arbitration, and class advocacy”* in Conflict resolution and public policy. New York: Greenwood Press, 1990.

²⁴ No direito brasileiro, a regra é que o processo administrativo seja gratuito, sobretudo quando o cidadão não haurir nenhum benefício do mesmo, como determina a lei n.º 9.874/99: *“Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XI — proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei.”*

Destacaremos os princípios que, ao nosso juízo, devem nortear a compreensão da matéria. A própria dicção econômica da norma principal que concebeu o ajuste nos impõe que, na sua aplicação, nos valhamos de vários princípios que, tal qual muito bem demonstrado por Daniel Sarmiento²⁵, podem importar em conflito de valores e necessária ponderação de bens. O que pretendemos agora é estudar alguns princípios que devem regular o ajustamento de conduta, porque “*contienen predecisiones sobre los ulteriores valores que hay que encontrar y que se tienen que mantener dentro del marco señalado por la predecisión, que debe dar satisfacción al principio.*”²⁶

2.1 Ajuste de conduta e o princípio do acesso à justiça

É próprio do Estado democrático de direito a preocupação com a ampliação do acesso à justiça, que seria uma nova versão do que Hannah Arendt denominou de o “*direito de ter direitos*”²⁷. O acesso à justiça tem uma preocupação pragmática, embora não utilitarista, da justiça, porque a concebe como um valor concreto que pode ser medido nas coisas do cotidiano, na prática específica de cada instituto jurídico, ou até mesmo na renovação das bases de toda teoria jurídica, especialmente a processual.

Com efeito, podemos dizer com Cappelletti que há um movimento teórico “*que repudia o enfoque meramente formalístico dos institutos jurídicos que integra um ‘movimento universal de acesso à Justiça’*”²⁸. E talvez a força desse movimento consista justamente em se voltar à temática da Justiça toda vez que refletimos sobre um instituto jurídico. Vamos além do estudo meramente normativo, posto que consideramos fundamental a investigação sobre a experiência do preceito jurídico, de modo a se apurar se o mesmo tem implicações concretamente justas. Qualquer análise, por mais microscópica que seja, deve se valer da preocupação com a consecução desse valor, que é ao mesmo tempo essência e predicado do Direito. O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça. O ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, que inclusive já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada. Aliás, quando seu cumprimento não é espontâneo é o Judiciário que pode garantir a sua efetividade.

O compromisso enseja a conciliação pré-processual de direitos que são em essência indisponíveis. Para conceber um novo mecanismo de composição de conflitos envolvendo direitos transindividuais o legislador, no evidente intuito de propiciar novas formas de tutela desses direitos, superou uma tradição de limitar os benefícios da solução negociada apenas aos direitos marcadamente disponíveis. Por outro lado, a introdução do compro-

²⁵ Sarmiento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. RJ: Lumen Juris, 2000. p. 56.

²⁶ Larenz, Karl. *Derechos Justo. Fundamentos de etica jurídica*. Madrid: Civitas, 1993. p. 33.

²⁷ apud ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro de Hannah Arendt*. RJ: Forense Universitária, 1989. p. 26.

²⁸ Cappelletti, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo 74/ p. 81.

misso também foi ousada, posto que conferiu a legitimidade da negociação a quem não é o verdadeiro titular do direito, a quem não pode dispor do mesmo.

A nota da indisponibilidade do direito e a questão da titularidade do mesmo devem ser sempre levadas em conta na interpretação da regra do ajuste de conduta. A concepção desse mecanismo alternativo, que permite que direitos tão fundamentais como a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, possam se beneficiar das evidentes vantagens da conciliação, amplia o acesso à justiça, posto que representa uma tutela mais adequada desses direitos.

Por isso a aplicação desse instituto não pode importar de forma alguma em limitação do acesso à justiça da proteção jurídica do meio ambiente, nem de direito individual. Sendo, em verdade, esta a sua medida de justiça. Assim, no compromisso de ajustamento de conduta não pode haver disposição sobre o dever de respeitar o patrimônio natural. Não pode haver qualquer tipo de renúncia ao direito objeto do compromisso, nem qualquer tipo de concessão sobre o efetivo atendimento do direito. Em termos práticos essa medida de justiça será aferida quando o ajuste propiciar que se obtenha uma proteção mais efetiva ou pelo menos idêntica ao que se obteria em juízo.

O princípio do acesso à justiça está intimamente ligado à idéia de proporcionalidade²⁹. Uma de suas manifestações é que os prazos e condições fixados para a adequação da conduta às exigências legais devem ser adequados para a proteção do ecossistema em questão. Não há como se fixar um padrão abstrato de prazos ou de condições a serem cumpridas. A singularidade de cada situação é que permitirá se chegar à formulação das cláusulas adequadas ao gravame concreto a ser reparado ou evitado com a celebração do ajuste.

De outro modo, também é o valor da proporcionalidade que determina que a tutela dos direitos, tanto judicial quanto extrajudicial, deve prestigiar a forma que se revele menos onerosa para os demais direitos protegidos pelo sistema. Portanto, na formulação do compromisso deve se estabelecer a conduta que ao mesmo tempo que represente adequação à norma se revele menos gravosa para o obrigado. A tutela dos direitos transindividuais não autoriza afronta aos direitos dos que violaram a norma além do estritamente necessário. Por exemplo, no caso de um ajustamento de conduta que visa evitar a implantação de um empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente, restando evidenciado que se a indústria utilizar um dado equipamento antipoluição não há o risco da lesão ambiental, deve o ajuste privilegiar essa hipótese, ao invés de insistir na inviabilidade total do empreendimento. De certo, que basta ao empresário não se submeter a um ajuste que

²⁹ Na verdade, existe um verdadeiro princípio da proporcionalidade vide Guerra Filho, Willis Santiago. "Notas em torno do princípio da proporcionalidade", in *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 1996. "O princípio da proporcionalidade, entendido como um 'mandamento de otimização' (*Optimierungsgebote*) do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídica- e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três 'princípios parciais' (*Teilgrundsätze*): 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' ou 'determinação de sopesamento' (*Abwägungsgebot*), 'princípio da adequação' e 'princípio da exigibilidade' ou 'determinação do meio mais suave' (*Gebot des mildesten mittels*). O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível. (...) Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'." P. 259-260.

considere muito oneroso. O problema é que se os órgãos legitimados não levarem em conta essa importante dimensão do acesso à justiça haverá, provavelmente, uma menor efetividade da norma que preconiza o ajustamento de conduta, e conseqüentemente todos os fins que a mesma colima.

Importante, portanto, que sempre que possível os obrigados sejam assistidos por advogados no momento da celebração do ajuste. Muitas vezes o advogado sabe avaliar melhor do que seu cliente os benefícios da celebração do ajuste, bem como pode adverti-lo sobre todas as decorrências jurídicas desta pactuação, que tem eficácia de título executivo extrajudicial. Até mesmo para o degradador efetivo ou em potencial conhecer a possibilidade de se evitar uma ação judicial através do ajuste de conduta a atuação do advogado é importante. Contudo, como os serviços de assessoramento jurídico tem um preço significativo, se reproduz também no momento da celebração dos ajustes a desigualdade econômica presente na sociedade brasileira. As pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas naturais bem aquinhoadas economicamente, são acompanhadas nas tratativas de celebração do ajuste por seus advogados, e aquelas que não têm condições materiais ficam desassistidas. Na verdade, esse é um grave problema de falta de acesso à justiça, uma vez que inexistem instituições que prestem assistência judiciária preventiva e extrajudicial, já que as Defensorias Públicas, quando existentes, sequer dão conta das demandas de defesa judicial ³⁰.

Mesmo assim, é óbvio que a presença do advogado não é indispensável para a celebração do ajuste, porque se trata de uma atividade administrativa, e que só se aperfeiçoa mediante a manifestação clara da vontade do obrigado. É de se presumir, ainda, que os órgãos públicos legitimados façam o papel de esclarecimento da função do ajustamento de conduta no processo de persuasão do obrigado.

Por outro lado, essa necessária proporcionalidade do teor do ajustado deve ser mantida enquanto há o cumprimento do dever compromissado, sendo admissível a alteração do conteúdo do ajuste quando o seu cumprimento se tornar um sacrifício excessivo, desde que não se reduza a proteção do direito ambiental, nem se lese direitos individuais. Pode se aplicar analogicamente ao compromisso de ajuste ambiental a norma do §3.º do artigo 53 da lei 8884/94: *“as condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.”*

2.2 Ajuste de conduta e princípio da tutela preventiva

Outro princípio que deve ser atendido pelo compromisso de ajustamento de conduta, e que reforça tudo o quanto antes se falou sobre acesso à justiça, é o princípio da tutela

³⁰ Anota muito bem a questão Horácio Wanderlei Rodrigues: *“Outro problema que se coloca ao efetivo acesso à justiça é a quase que completa inexistência, em alguns Estados da Federação, de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial. Com relação à representação profissional junto à administração pública, esquece-se muitas vezes que o processo administrativo é processo, embora não jurisdicional, e como tal também nele a parte tem o direito de ser acompanhada de um profissional preparado para orientá-la e defendê-la.”* P. 50. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. SP: Acadêmica, 1994.

preventiva dos direitos, que preconiza que sempre que possível o sistema jurídico deve evitar a ocorrência dos atos ilícitos e dos danos. O compromisso foi concebido como um mecanismo de solução extrajudicial de conflito justamente para propiciar essa prevenção.

A prevenção, que é importante para o trânsito das relações jurídicas em geral, assume um enorme relevo na tutela dos direitos transindividuais. Já em 1978 Barbosa Moreira, em lição lapidar sobre o tema, aduzia: “*Considera-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens da propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça civil tem um papel aí a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.*”³¹

Portanto, o esquema de ressarcimento pecuniário, tradicionalmente concebido como um equivalente razoável³², não permite, nem de longe, a proteção adequada desses direitos. Como muito bem assevera Marinoni “*trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana.*”³³ O equivalente pecuniário sempre é desnaturado quando se trata de reparação de dano extrapatrimonial³⁴, e existe não para corresponder plenamente à reparação do dano mas para mitigar os efeitos perversos da violação do direito e coibir a impunidade daqueles que o violaram.

O compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante veículo para se evitar a prática de atos ilícitos, ou a continuidade de sua ocorrência, haja ou não um

³¹ *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in Temas de Direito processual civil, 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 24.

³² O que se considera equivalente é o que o direito assim define, a equivalência é um conceito cultural. Conforme anota Paulo Bessa: “*O conceito de equivalência é conceito cultural e deve ser investigado à luz de considerações históricas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Não se deve pensar que o conceito de equivalência deve ser tomado literalmente, pois mesmo as legislações mais primitivas sempre perceberam a impossibilidade de uma reprodução absolutamente igual do bem danificado.*” (p. 73, op. cit.) De qualquer maneira o equivalente pecuniário tradicional se revela muito insatisfatório na tutela dos direitos transindividuais. Sob outra perspectiva, mas na mesma linha Barbosa Moreira: “*Dê-se de barato que haja direitos suscetíveis de lesados, comportar reintegração integral. Ainda com relação a esses, será difícil de atingir a perfeita coincidência entre a realidade e a norma, quando menos pela razão óbvia de que a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre, consome algum tempo, durante o qual fica o titular do direito privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material. O proprietário pode recuperar a coisa de que outrem se apoderara, o credor pode receber a importância que lhe era devida, mas nem sequer nessas hipóteses será lícito dizer que o processo lhes assegurou, efetivamente, vantagem igual à que gozariam se não ocorresse a lesão.*” (*Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in Temas de Direito processual civil, 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 22)

³³ *Tutela inibitória*. SP: RT, 1998. P. 14.

³⁴ Sergio Severo abordando o tema afirma: “*De acordo, com Mário Júlio de Almeida Costa, prevalece o critério negativo, considerando-se os danos não patrimoniais como aqueles que não têm expressão econômica, os quais se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.*” (P. 43. *Os danos extrapatrimoniais*. Saraiva: São Paulo, 1996.)

dano configurado ao direito transindividual. Assim, tal como a tutela inibitória judicial ³⁵ o ajuste de conduta pode prover, principalmente, para o futuro. Estabelece como deve ser a conduta do obrigado daí por diante em relação à observância daquele direito. Em muitas situações o ajuste de conduta inaugura um novo tipo de relacionamento entre o obrigado e os titulares do direito transindividual, sendo uma importante forma de promover a “*justiça coexistencial*” ³⁶. Temos, por exemplo, o caso de um ajustamento de conduta que estabeleceu exigências, além das previstas no licenciamento ambiental, que pudessem resguardar a prática de danos ambientais na exploração turística de um parque ecológico.

Por isso, desde que se afigure possível a ocorrência do ilícito, com ou sem a probabilidade de um dano imediato, devem os legitimados a celebrar o ajuste tentar realizá-lo, pois assim não se perde a oportunidade de proporcionar essa tutela tão desafiante para o nosso sistema jurídico. Mesmo que o ilícito ou o dano já tenha ocorrido a função de evitar novos danos ainda é preventiva e absolutamente importante. Destarte, quando já haja um dano ao ecossistema, além da previsão da reparação deste, se possível de forma integral, deve o ajuste cumprir fielmente sua função preventiva estipulando obrigações que, se cumpridas, mitiguem a possibilidade de novos ilícitos e suas consequências.

De fato, na tutela do meio ambiente essa questão assume contornos dramáticos, porque “*não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?*” ³⁷

A prevenção é, inclusive, princípio do próprio direito ambiental “*concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.*” ³⁸

Não é à toa que neste ramo do direito tenha se desenvolvido o princípio do poluidor pagador, o qual não é um salvo-conduto para poluir mediante pagamento, mas sim uma forma de “*afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais, mesmo que inexista dano plenamente configurado*” ³⁹, com evidente fundamento na prevenção.

A prevenção pode ensejar que o obrigado assuma comportamentos comissivos ou omissivos, dependendo do caso concreto. Por isso o ajuste, em regra, veicula obrigações de fazer e de não fazer, pois essas são as que melhor se amoldam à sua natureza preventiva.

³⁵ A tutela inibitória deve ser voltada para o futuro “*independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.*” Marinoni, op. cit. p. 29.

³⁶ Boaventura de Souza Santos. “*O direito e a comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados.*” in Revista Direito e Avesso, Brasília, col. II, n.º 3, pp.138-156, jan./jul. 1983. P. 139.

³⁷ Fábio Feldman na apresentação ao livro *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, de Edis Milaré e Herman Benjamim. SP: RT, 1993. P. 5.

³⁸ Milaré, Edis. Op. cit. P. 102

³⁹ Paulo Bessa. Op. cit. P. 221.

Como muito bem assevera Marinoni ⁴⁰, a tutela inibitória só se aperfeiçoa quando à exigência do cumprimento do dever de evitar o ilícito ou o dano está vinculada a possibilidade de fixação de uma medida coercitiva que desestimule o devedor à prática ou à reiteração do ilícito. A fixação da multa como medida de pressão psicológica na formação da vontade do devedor é fundamental para o melhor desempenho da função preventiva do ajuste. Outras medidas coercitivas também podem ser estipuladas no ajuste como a fiança bancária, a garantia hipotecária e outras.

Tal qual na vida em geral, prevenir é melhor do que remediar, mormente quando pode não existir o remédio eficaz para combater o mal. Assim, em virtude desse valor perseguido pela norma do ajuste deve-se privilegiar a tutela preventiva; em segundo lugar permitir a reparação integral do dano; e, só em última hipótese, ensejar que o ajuste tenha medidas apenas de ressarcimento. Nesse último caso deve restar evidenciado a impossibilidade da reparação, a excepcionalidade da situação que indica o ressarcimento como a única medida possível e a identidade desta com uma provável tutela judicial.

2.3 Ajuste de conduta e princípio da tutela específica

Como podemos perceber, o compromisso de ajustamento deve ser um meio de privilegiar, sempre que possível, a tutela preventiva de direitos. Sob uma outra perspectiva podemos dizer que o ajustamento de conduta também deve ensejar a tutela específica das obrigações. Embora não estejamos em sede de tutela judicial, consideramos apropriado se aplicar o princípio da tutela específica a essa forma de solução extrajudicial de conflito, porque o conteúdo do ajuste deve, em regra, recuperar a situação anterior à prática do ilícito ou do dano ao bem ambiental.

Para fins de nosso estudo podemos considerar como tutela específica, adaptando as palavras de Barbosa Moreira, o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele que será beneficiado cum o cumprimento da prestação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento ⁴¹. Conquanto se possa falar em tutela específica nas obrigações pecuniárias, a questão existe principalmente para as obrigação não pecuniárias de fazer e de não fazer.

Muitas dessas obrigações, na verdade, não são obrigações no sentido estrito, posto que têm gênese na norma positiva, e não na autonomia da vontade. São deveres jurídicos impostos a todos pela lei. Mas segundo a tradição do direito brasileiro, especialmente do direito processual, as disposições normativas que se referem à obrigação sempre abrangem o conceito de dever jurídico ⁴². O ajustamento de conduta é, em regra, palco justamente da

⁴⁰ Op. cit., p. 30.

⁴¹ Moreira, Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. Temas de direito processual civil. 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 31.

⁴² Artigo 461 do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação e fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se ou autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa. § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a

negociação sobre o cumprimento desses deveres jurídicos, que são típicos no atendimento aos direitos não patrimoniais, como, v.g., o dever de promover o licenciamento ambiental das obras de potencial impacto ao ecossistema, o dever de preservar o patrimônio histórico nacional, o dever de exercer de forma adequada o serviço de vigilância sanitária sobre o comércio de medicamentos, etc.

Sem exagero, podemos afirmar que a única tutela plenamente adequada para a satisfação desses deveres jurídicos para com a comunidade é a tutela específica. O ressarcimento não nos fornece uma resposta razoável. Por isso, também é medida de acesso à justiça a preocupação com a tutela específica dessa modalidade de obrigação, e podemos nos regozijar que no sistema processual brasileiro exista essa clara tendência. Bem ilustrativa é a possibilidade de que títulos extrajudiciais que estabeleçam obrigações de fazer e de não fazer terem a eficácia executiva, bem como a atual disciplina do artigo 461 do CPC ⁴³. Admitir a formação de títulos executivos extrajudiciais que contenham essas obrigações é uma evidente ruptura com o esquema “processo de condenação mais execução forçada”, tão *mimado* ⁴⁴ por legisladores e doutrinadores.

Aliás, deve-se à nossa reforma processual de 1994 essa nova valorização da tutela específica, que acabou por importar em um fundamental estímulo à celebração dos ajustamentos de conduta. A eficácia executiva do ajustamento ficava muito comprometida na sistemática anterior, porque como não se podia executar obrigações de fazer e de não fazer advindas de título executivo extrajudicial, o ajuste ou tinha uma previsão de pagamento de quantia pelo ressarcimento, ou acabava apenas funcionando como um elemento de prova para a ação de conhecimento, o que o desqualificava como meio de obter a tutela específica, ou tornava necessária a homologação judicial.

E é por essa importante dimensão que o ajustamento de conduta pode ter na tutela específica que as obrigações nele contidas devem ser certas e determinadas, além de líquidas. Na formação do ajuste, portanto, deve-se levar em conta esse importante princípio da tutela específica para que haja a satisfação plena do direito ao meio ambiente.

qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Nesse sentido a respeito da aplicabilidade do artigo 461 do CPC aos deveres jurídicos Carreira Alvim: “Primeiro, porque o art. 461 do Código não distingue entre obrigação convencional ou legal (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*); segundo, porque essa sempre foi a tradição do nosso direito processual, admitindo Código de Processo civil (art. 302, XII), ação cominatória a quem, por lei ou convenção, tivesse o direito de exigir de outrem que se abstinhasse de ato ou prestasse fato dentro de certo prazo. Inúmeras outras hipóteses previstas nesse artigo tinham suporte em autênticas obrigações legais.” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. P. 43.)

⁴³ “A luz desses dados, não parece restar qualquer dúvida quanto à prioridade reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro à tutela específica, assim como o papel secundário e subsidiário que em relação a ela desempenha a tutela ressarcitória ou por equivalente. Na ausência de cumprimento espontâneo de obrigação não pecuniária, a opção pela tutela específica do direito a ela correspondente está plenamente garantida pelo ordenamento jurídico, seja pela possibilidade de tal direito estar, desde logo, consagrado em título executivo extrajudicial, seja pela obrigatoriedade de que, sendo esse direito demonstrado em processo de conhecimento, ele venha a ser consagrado em título executivo extrajudicial.” (Op. cit. p. 44.)

⁴⁴ Expressão do professor Barbosa Moreira. In *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. Op. cit. P. 22.

2.4 Ajuste de conduta e aplicação negociada da norma jurídica

Como é cediço, a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais impõe desafios inéditos para o Poder Judiciário. Além da responsabilidade típica da atividade judicial, a tutela desses direitos pressupõe, necessariamente, a derrocada do mito da neutralidade do juiz ⁴⁵, pois o expõe como um ator político. A conflituosidade inata dos direitos transindividuais implica que no caso concreto o juiz tenha que definir qual o interesse que deva prevalecer, decidindo, por exemplo, entre a proteção de um ecossistema ou a manutenção da atividade econômica que o ameaça. De certo que a resposta adequada já está dada no sistema jurídico, mas o processo de definição dessa resposta exige uma nova responsabilidade do juiz.

Além de uma nova *performance* do julgador a tutela dos direitos transindividuais exige um novo tipo de processo. Boaventura de Sousa Santos considera que a legalidade capitalista pode ser constituída por três componentes estruturais básicos — a retórica, a burocracia e a violência — que se articulam segundo modos característicos. Cada um destes elementos constitui uma forma de comunicação e uma estratégia de tomada de decisão. Assim, “*a retórica baseia-se na produção da persuasão e de adesão voluntária através da mobilização do potencial argumentativo de sequências e artefatos verbais e não verbais socialmente aceites. A burocracia baseia-se na imposição autoritária através da mobilização do potencial demonstrativo do conhecimento profissional, das regras formais gerais e dos procedimentos hierarquicamente organizados. A violência baseia-se no uso ou ameaça da força física.*” ⁴⁶

O processo tradicional privilegia a linguagem burocrática. Mas ocorre que a tutela dos direitos transindividuais pressupõe muitas vezes que sejam levados em conta variáveis diversas, que podem ser melhor examinadas em um processo com ênfase na conciliação. Essa é uma tendência que está sendo perfilhada pelo nosso sistema processual, mas ainda há muito a conquistar.

O compromisso de ajustamento de conduta, sendo uma atividade extrajudicial, pode ser incluído como uma modalidade de solução mais adequada para determinados tipos de conflitos nos quais devam ser ponderados vários interesses, principalmente porque nele pode-se vivenciar, com mais desenvoltura, o elemento da retórica. Essa pluralidade de interesses que impõe desafios cruciais à tutela judicial clássica pode ser muito bem percebida em um processo de negociação. A negociação permite uma administração otimizada de conflito em que vários aspectos, na maior parte das vezes de matiz não jurídico, podem ser contemplados para se encontrar a melhor solução.

A característica informal da negociação, na qual os passos para se chegar a um bom termo não estão aprioristicamente definidos, contribui para a sua maior adequação. Portanto, a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais. A inexistência de um rito padronizado permite que a condução da negociação possa levar em

⁴⁵ Para uma abordagem interessante sobre o assunto vide Dallari, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. SP: Saraiva, 1996.

⁴⁶ Boaventura de Sousa Santos, op. cit. p. 142.

conta as particularidades do caso concreto, o que se revela muito mais desafiador quando se trata de processo judicial, a despeito de todo o esforço para torná-lo um palco no qual seja possível a conciliação. Por exemplo, o contato existente entre o órgão legitimado a celebrar o ajuste e o obrigado é direto, e a qualquer tempo essa comunicação pode ser ativada, sem as formalidades do rito processual, o que permite que se leve em conta, no momento de se celebrar o ajuste, dados que não estão necessariamente formalizados. As marchas e contramarchas do processo de negociação ensejam, em muitos casos, o conhecimento efetivo da situação a ser ajustada, v.g., a condição econômica do obrigado, as causas que o levaram ao não cumprimento da norma, os óbices que precisa superar para cumpri-la, assim como a urgência em que a adequação à lei deve ser feita, os anseios da comunidade que se sente lesada pela transgressão da norma, etc.

Boaventura de há muito constatou a tendência em se ensejar uma alternativa à decisão adjudicada pela justiça profissional e burocratizada⁴⁷. No caso do ajuste de conduta temos um meio termo entre a deformalização plena da administração da solução de conflitos de direitos por leigos e a tutela jurisdicional. O compromisso é uma faculdade conferida a órgãos públicos com um alto grau de profissionalização como, por exemplo, o Ministério Público. Mas é ao mesmo tempo uma forma diferenciada, com uma lógica própria, de se obter a solução do conflito, se comparado com a prestação jurisdicional. O resultado encontrado nos dois tipos de tutela não deve ser diferente, mas o caminho para se chegar a esse resultado é que pode ser diverso.

A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigarão é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos.

Com efeito, porque essa é uma decisão participativa, embora não concebida, como já assinalado, para favorecer o obrigado, o ajuste pode também ser uma importante medida de justiça por constituir o meio menos gravoso de se obter o objetivo da norma daquele que dela se desviou ou que pode vir a fazê-lo. O ajustamento de conduta tem uma importante carga simbólica, que é demonstrar que aquele que descumpriu um direito fundamental da coletividade quer rever a sua conduta. Assim, a condução do ajuste deve ser realizada em uma perspectiva não repressiva, sem idéias pré-concebidas. Por isso não precisa haver um reconhecimento explícito de culpa por parte do obrigado, mesmo porque nos casos de responsabilidade civil ambiental, no direito brasileiro, a culpa é absolutamente irrelevante⁴⁸. A

⁴⁷ Op. cit. p. 140.

⁴⁸ Parágrafo 1.º do artigo 14 da lei 6938/1981 — Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

desnecessidade de confissão ou reconhecimento de culpa é elemento facilitador da celebração do ajuste, o que muitas vezes não se consegue em juízo, quando a imagem do responsável já pode ter sido arranhada publicamente pelo só fato do ajuizamento da ação.

Na verdade, o ajuste de conduta, na visão de Lídia Passos, seria integrante de uma nova engenharia jurídica ⁴⁹. Uma engenharia que dedica um espaço todo especial à formulação normativa negocial, uma vez que as partes da conciliação “*não se limitam a promover o desdobramento lógico-formal das normas legislativas e procedimentais já estabelecidos, mas o desdobram construtivamente ao normatizar situações específicas e inéditas.*” ⁵⁰ Não queremos afirmar que o ajustamento de conduta crie novas normas jurídicas, mas o mesmo pode representar decorrências concretas da norma, que dificilmente poderiam ser divisadas à primeira vista.

2.5 Ajuste de conduta e princípio democrático

O Estado democrático de direito representa a conquista do reconhecimento de direitos de terceira geração, bem como de uma adequada tutela dos mesmos. A possibilidade da lesão ou ameaça de lesão a esses direitos estar sindicada à revisão judicial também é uma ilação coerente da normatividade desse princípio constitucional.

A primeira relação entre o ajuste de conduta e o princípio democrático é a de consequência e causa. Embora não haja uma previsão expressa na Constituição Federal brasileira, como no caso da tutela judicial ⁵¹, a tutela extrajudicial de direitos transindividuais também pode ser enfocada como uma concretização mais efetiva das decorrências normativas desse princípio. Quando o legislador do Código de Defesa do Consumidor, editado em atendimento a um preceito constitucional específico ⁵², concebeu o ajustamento de conduta, o fez para complementar o quadro de proteção de direitos transindividuais. Por isso que podemos dizer, sem medo de errar, que o ajustamento de conduta é um meio de se honrar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, haurindo sua legitimidade da própria ordem constitucional.

A concepção do ajustamento de conduta não ofende de forma alguma o monopólio da jurisdição. Primeiro, porque não é obrigatório, pois depende da expressa vontade do transgressor da norma, segundo porque sua execução forçada só pode ocorrer em sede judicial.

Sob uma outra perspectiva, o ajustamento de conduta deverá, para atender plenamente ao princípio democrático, preencher certos requisitos. Um deles é a necessidade de que

⁴⁹ Ver interessante dissertação de mestrado sobre *Validade e eficácia da norma jurídica. Justiça ambiental no gerenciamento dos recursos hídricos*. Do mestrado da PUC/SP. Diz a autora “*A identificação de cenários fortes e vinculantes de pronunciamento do direito, divorciados da concepção monolítica e exclusivamente estatal de formulação normativa — restrita à prestação judicial, executiva e aos parlamentos — enfatiza a conformação de uma nova engenharia jurídica, informada por valores pluralistas consensuais e democráticos, que encontram na atuação negocial (e não mais na exclusivamente adjudicatória) uma nova expressão do conceito de justiça e, portanto, dos critérios de identificação do próprio direito.*” P. 7.

⁵⁰ Passos, Lídia. Op. cit. p. 40.

⁵¹ Artigo 5º, XXXV da CF.

⁵² Artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 120 dias.

haja um mínimo de regras sobre a celebração do ajuste em cada instituição legitimada, de modo a que se motive a existência de uma cultura de realização de ajustes, e ao mesmo tempo se assegure que os mesmos serão realizados da forma mais adequada possível. O conhecimento dessas regras por todos também permitirá o controle dessa importante atuação administrativa.

Com efeito, a negociação entre o órgão público e o agente violador da norma de direito transindividual está sujeita a algumas disfunções que podem ocorrer em virtude de “especificidades de ordem técnica, pressões de interesses setoriais (mídia, interesses de governo, de grupos econômico, etc.), ou à ausência de perspectiva geral e abrangente que deve informar a gestão dos interesse públicos.”⁵³ Reputamos que uma sistematização normativa mínima pode mitigar a influência desses fatores no momento da celebração do ajuste. A melhor forma de enfrentar os riscos da negociação⁵⁴, que tenha como objeto um direito da coletividade, é justamente refletir sobre esse processo de barganha, procurando se guiar por determinados princípios que possam indicar as situações concretas em que se afigura cabível a negociação, assim como o conteúdo adequado da mesma.

No item anterior percebemos que a aplicação da norma no ajuste, conquanto haja os limites da indisponibilidade, não se dá de uma forma autômata. Ao permitir que o órgão legitimado considere as condições do caso concreto, o legislador enseja uma flexibilidade de sua aplicação, que nada mais é que uma forma criativa de se aplicar a norma. Esse processo pressupõe, em uma determinada escala, a tomada de decisões políticas.

Portanto, a tutela, judicial ou extrajudicial, dos interesses transindividuais quase sempre implica realizações de “escolhas políticas”, ante a conflituosidade peculiar a estes direitos. Assim, uma solução técnico-jurídica de proteger um dado momento um ecossistema pode implicar a erradicação de várias modalidades de atividades econômicas, com repercussões sociais enormes. Em outra situação, preservar um importante patrimônio histórico pode ser incompatível com um novo traçado urbano proposto para soluções de problemas de trânsito. Esses exemplos ilustram o quão tormentoso pode ser a definição do interesse transindividual que deva prevalecer, notadamente quando não há uma demonstração normativa clara de qual o interesse que deva ser resguardado.

Obviamente que é possível se identificar qual o valor a ser prioritariamente protegido, segundo uma regra de ponderação. Entretanto, concretizar as deliberações políticas do legislador não é um processo automático de aplicação normativa, mormente quando se trata da defesa desses interesses, cuja titularidade é de todos, mas quase sempre o exercício de sua tutela, inclusive para possibilitá-la, é limitado. Não haveria condições de todos

⁵³ P. 56. Passos, Lídia. Op. cit.

⁵⁴ Antônio Fonseca comentando os riscos da atuação negocial do CADE afirma lucidamente que: “Certamente, o desempenho de uma função promocional como a aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que pode usar a mídia como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer via destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o peso da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não jurídicos, ou comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação conciliatória. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos.” P. 9 do voto proferido no Ato de Concentração n.º 54/95. Relator: Conselheiro Antônio Fonseca, Requerentes: Cia Petroquímica do Sul — COPESUL, OPP Petroquímica S/A, OPP Polietilenos S/A e Ipiranga Petroquímica S/A, Interessada: Petroquímica Triunfo S/A.

os interessados na tutela da defesa do meio ambiente comparecerem na sede do órgão público para celebrar um ajustamento de conduta. Por isso, é de fundamental importância que a deliberação de celebrar o ajuste, bem como a definição de seu conteúdo sejam as mais democráticas possíveis ⁵⁵.

Pelo fato da celebração do ajuste estar limitada pelo ordenamento jurídico à adaptação da conduta do transgressor da norma às exigências legais, pode-se considerar democrática a eleição, realizada pelo representante do povo, de órgãos públicos legitimados a promovê-la. A formação do ajuste não pressupõe deliberações políticas que não estejam previamente previstas na lei, implícita ou explicitamente. São órgãos cuja legitimação técnica, prevista no ordenamento constitucional, também desempenha um papel importante na concretização de direitos, mesmo porque podem estar menos sujeitos aos interesses pessoais e partidários, que comandam, mais de perto, a atuação dos representantes políticos da Nação. Por isso é democrática a possibilidade de se conferir a órgãos públicos, de índole técnica, a possibilidade de negociação desses direitos, dentro dos estritos limites legais.

Mas o processo de tomada de decisões deve ser o mais participativo possível. O aspecto fundamental do Estado Democrático de direito é que se pretende, em níveis cada vez maiores, ensejar a participação dos cidadãos nas decisões que possam influir na sua vida. Portanto, o ideal é propiciar mecanismos de participação na formação da decisão do órgão legitimado na celebração do compromisso. Já há reclamos de setores da sociedade civil afirmando quanto à celebração dos ajustes que *“é preciso impor mecanismos de participação daqueles que serão afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos.”* ⁵⁶

Tanto será mais democrático o ajuste quanto sua celebração seja mais transparente. A publicidade do mesmo é fundamental para garantir o controle de seus termos pela sociedade, e permitir que se averigüe se o mesmo não representou nenhum tipo de violação ao acesso à justiça. Em muitos momentos a publicidade oficial não será suficiente para ensejar esse controle, e por isso é importante que sejam utilizados os meios de comunicação de massa para permitir o conhecimento da prática do ajuste. A publicidade também garante uma maior eficácia do pactuado no compromisso.

Apesar de não haver uma previsão normativa que imponha instrumentos de participação para elaboração e celebração do ajuste, consideramos que pela aplicação do princípio democrático podemos favorecer a incidência desses instrumentos. A decisão final sobre o ajuste, no entanto, sempre será do órgão legitimado, porque não há determinação legal de vinculação à deliberação da sociedade, o que, aliás, nem seria necessariamente interes-

⁵⁵ Conforme assevera Randolph Lucas *“A palavra democracia e seus derivativos aplicam-se a processos de decisão. Em sentido grego original, uma decisão é democraticamente tomada se a resposta à pergunta Quem a toma? for aproximadamente todos, contrastando com as decisões tomadas somente pelos mais qualificados para fazê-lo, como em uma meritocracia, ou aquelas tomadas por um único homem, como em uma autocracia ou monarquia. Em segundo lugar, a palavra democrático veio explicar a maneira pela qual se chega a uma decisão, ela dá origem a um advérbio, quando responde à pergunta Como uma decisão é tomada? Uma decisão é tomada democraticamente se ela é alcançada mediante discussão, crítica e acordo. Em terceiro lugar, a palavra é utilizada para caracterizar o espírito dentro do qual a decisão é tomada. Uma decisão será democrática se visar ao interesse de todos, e não apenas aos de uma facção ou de um partido.”* (p. 4. *Democracia e participação*. Trad. de Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.)

⁵⁶ In *“Parabólicas”* publicação mensal do Instituto Sócioambiental. P. 2.

sante, devido à possibilidade de sua manipulação. Ademais, não se deve retirar dos órgãos públicos a responsabilidade pela adoção da medida mais adequada. O que se advoga é que esse processo deliberativo precisa para ser democrático ser o mais participativo possível, ensejando um amplo controle sobre a decisão do órgão público ⁵⁷.

Por isso, consideramos bastante recomendável que a elaboração do ajuste possa ser acompanhada por aquele que motivou a atuação administrativa, independentemente de quem a tenha formulado, cidadão ou associação. Esse acompanhamento deve ser feito através da intimação do representante informando sobre a possibilidade de celebração do ajuste, e de seus termos solicitando uma manifestação sobre o fato. No momento da celebração do ajuste também pode-se ensejar sua presença como testemunha, uma vez que as partes do ajuste são apenas o órgão público e o obrigado. E também por todos aqueles que tenham interesse no deslinde da questão, notadamente nos casos de maior complexidade. Essa participação também pode ocorrer em audiência pública, quando se deve ouvir todos os interessados na questão, e sopesados os pontos de vista divergentes ⁵⁸.

No mesmo sentido, deve-se ensejar a participação de representantes de grupos que tenham seus direitos coletivos em questão no ajuste. Nesse caso a situação é mais delicada, porque os direitos em jogo são do grupo, que, ao nosso juízo, devem sempre ser ouvidos antes de se firmar o ajuste. Assim, em ajustes envolvendo matéria ambiental e direitos indígenas as lideranças comunitárias indígenas devem sempre ser ouvidas no processo de negociação.

Como já mencionado, um importante mecanismo de compreensão de todos os interesses envolvidos na questão, principalmente quando a mesma apresenta múltiplas facetas, é a audiência pública, convocada estritamente para se conhecer a opinião da comunidade sobre a proposta de negociação. Como já falamos alhures, “a audiência pública é um instrumento de participação cidadã utilizada para a adoção dos mais variados projetos políticos em muitos países.” ⁵⁹

⁵⁷ Disciplinando o processo administrativo em geral a lei 9874/99 estabelece a possibilidade da utilização de instrumentos de participação: Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1.º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2.º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

⁵⁸ Comentando a respeito da questão no direito ambiental Paulo Affonso Leme Machado aduz, com bastante argúcia: “É de se tirar uma clara lição: a Administração precisa ser interlocutora dos dois lados interessados ou em confronto. Dessa forma, não é eficaz nem ético que só se negocie ou se comunique com o empresário. Devem estar presentes as vítimas em potencial e as associações ambientais com representatividade. Ordenando-se essa fase, de modo a evitar-se a morosidade e tumulto, poder-se-á chegar, algumas vezes, a soluções conciliatórias. Contudo, não se deve pensar que diante de todas as questões se chegará à situação que agrada a todas as partes: nessa ocasião, superada a fase de consulta e da conciliação, a Administração decidirá. Para que sua decisão seja realmente independente é preciso que nas fases anteriores todas as partes tenham tido a oportunidade de serem ouvidas e de tomar conhecimento de todos os pontos de vista acaso divergentes.” Op, cit. pg. 125

Na verdade, o estabelecimento de rotinas democratizantes da celebração de ajustamento de conduta é fundamental para se atender o que Luhmann⁶⁰ define como legitimação pelo procedimento, uma vez que as soluções advindas dessa negociação, em que a sociedade também se considera partícipe, podem ter uma eficácia social muito maior. Será a única forma de combatermos o *deficit de legitimidade*, na expressão de Habermas, que hoje, de uma certa forma, existe com a celebração dos ajustes sem qualquer controle social, como registra a preocupação de representante da organização não governamental Instituto Socioambiental: “*Tudo leva a crer que há a necessidade de se desenvolver limites precisos e objetivos aos poderes atribuídos aos órgãos competentes para celebrarem termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental. Mais do que o estabelecimento de critérios técnicos, já que seria impraticável prever todos os tipos de impactos ambientais passíveis de ajustamento, é preciso impor mecanismos de participação daqueles que serão afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos*”⁶¹.

3. Considerações finais

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta tem uma enorme potencialidade de ensejar uma tutela mais expedita, econômica e adequada aos conflitos que envolvem a prevenção e a reparação de danos causados ao meio ambiente. Todavia, ainda viceja uma certa insegurança quanto à celebração do ajuste entre aqueles que se preocupam com a proteção de nossos recursos naturais.

Mesmo após catorze anos de vigência da norma a prática de celebração dos ajustes de conduta ainda não está plenamente consolidada, ora por falta de ousadia em se utilizar do instrumento, ora por seu uso inadequado. Com efeito, o risco da indevida transação no ajuste é bem presente, a ausência de regras claras na maior parte nos órgãos públicos legitimados não contribui para a construção de uma cultura da “negociação sem concessões”, fundamental para o sucesso do ajuste, e até mesmo, uma certa ausência de publicidade dos ajustes frustra o ideal de participação dos demais interessados na tutela do meio ambiente no controle dessa importante forma de solução extrajudicial de conflitos.

Esses e outros problemas devem ser enfrentados com coragem e serenidade para que superemos o desafio de dar concretude a uma norma que, se bem aplicada, pode complementar, de forma bastante positiva, o sistema brasileiro de proteção jurídica ao meio ambiente. Não é exagerado afirmar que a todo momento não podemos olvidar que de nosso talento empreendedor depende a manutenção da vida como hoje a conhecemos, e o bom uso do ajustamento de conduta será um importante legado para as futuras ge-

⁵⁹ P. 335. “Da audiência pública como instrumento de participação popular no licenciamento ambiental independente de realização de estudo de impacto ambiental”, in *Anais do Congresso Internacional de direito ambiental*. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 1996. Pp. 331-339

⁶⁰ Para um estudo sobre o assunto a obra clássica de Niklas Luhmann *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

⁶¹ Lima, André. *Acordos beneficiam empresas*. P. 2 do jornal Parábolicas informativo do Instituto Socioambiental.

rações, pelo que pode representar em garantia de qualidade de vida para todos os seres vivos e o meio ambiente que os circunda. Sendo o Brasil país de importantes recursos naturais é interesse de todos, inclusive dos nossos irmãos de além-mar, o sucesso dessa solução extrajudicial de conflito.

Geisa de Assis Rodrigues
(Geisa de Assis Rodrigues)

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

