

# RevCED<sup>UA</sup>

N.º 27 \_ Ano XIV \_ 1. 11

## > Doutrina

Orla costeira e portos marítimos: organização e modos jurídicos de exploração

Licínio Lopes Martins

Bernardo Azevedo

Os novos planos regionais de ordenamento do território

Ana Margarida Cunha Ribeiro

O sistema jurídico de proteção das áreas de preservação permanente

Fábio Guedes de Paula Machado

Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI

Aguinaldo Alemar

Recursos ambientais: um panorama luso-brasileiro

Roberta Corrêa Vaz de Mello

## > Jurisprudência

Expropriar, para o plano executivo

Fernanda Paula Oliveira

## > Recensões

Environmental law and consumer protection

Maria Alexandra Aragão

## > Dossier

A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos

Maria Alexandra Aragão

## > Abstracts

> Últimas Aquisições Bibliográficas

# 27.

*RevCEDÖUA*



## **Ficha Técnica**

### **Diretor**

José Joaquim Gomes Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### **Directora Adjunta**

Alexandra Aragão (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### **Conselho Coordenador**

Fernanda Paula Oliveira (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Eduardo Figueiredo Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Licínio Lopes Martins (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### **Conselho Científico**

António Barbosa de Melo (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Antônio Herman Benjamin (Superior Tribunal de Justiça do Brasil)

Fernando Alves Correia (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Jacqueline Morand-Deviler (Université Panthéon-Sorbonne)

José Cardoso da Costa (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Casalta Nabais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Rubens Morato Leite (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina)

Lüdwig Kramer (European Commission, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen)

Manuel Lopes Porto (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Maria da Glória Garcia (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Martín Bassols Coma (Universidad de Alcalá de Henares)

### **Propriedade e Edição**

CEDOUA - Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### **Correspondência**

CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 COIMBRA

Tel.: 239833451/239834572 / Fax: 239826481

rcedoua@fd.uc.pt | www.cedoua@fd.uc.pt

### **Periodicidade**

2 números / ano

### **Ano de Publicação**

2011

### **Número Avulso**

14,66 Euros - IVA incluído

### **Capa e Arranjo Gráfico**

[www.ruiverissimodesign.com](http://www.ruiverissimodesign.com)

### **Impressão e acabamentos**

Tipografia Lousanense

### **Distribuição**

Livraria Almedina

### **Tiragem**

500 Ex.

## › Doutrina

› 9 Orla costeira e portos marítimos: organização e modos jurídicos de exploração

Licínio Lopes Martins

Bernardo Azevedo

› 43 Os novos planos regionais de ordenamento do território

Ana Margarida Cunha Ribeiro

› 61 O sistema jurídico de proteção das áreas de preservação permanente

Fábio Guedes de Paula Machado

› 85 Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI

Aguinaldo Alemar

› 101 Acordos ambientais: um panorama luso-brasileiro

Roberta Corrêa Vaz de Mello

## › Jurisprudência

› 125 Expropriar, para o plano executivo

Fernanda Paula Oliveira

## › Recensões

› 151 Environmental law and consumer protection

Alexandra Aragão

## › Dossier

› 157 A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos

Alexandra Aragão

› 173

## › Abstracts

› 177

## › Últimas Aquisições Bibliográficas



## Gramática “rotular”

*Entre o ícone e a bula*

*“Il consumatore é colui che consuma: che usa, logora, esaurisce e distrugge le cose. Il Contenuto della parola è radicalmente negativo. Il consumo nega la cosa come tale, la nientifica, la sospinge nel buio del non essere”.*  
Natalino Irti, *Il salvagente della forma*,  
Editora Laterza, Roma-Bari, 2007.

O dossier deste número anuncia uma nova gramática: a gramática dos rótulos, das etiquetas, dos letreiros. Estranha gramática esta povoada de ícones nem sempre reveladores do seu referente e polvilhada de bulas explicativas não raras vezes carecidas de força ilocutória. Gramática estranha em que o amor ao cidadão e ao ambiente torna tolerados “casamentos de conveniência” alimentados pelas pulsões consumistas e pelos remorsos ecológicos. Ilocutivamente o acto de fala rotular procura tornar claro o sentido ecológico ou anti-ecológico do acto de consumo. Nada mais natural do que a edificação de uma taxonomia dos sistemas de rotulagem. Dos “rótulos informativos pós-consumo” aos “rótulos informativos com efeitos pré-consumo” até aos “rótulos educativos”, passando pelos “rótulos publicísticos”, a mensagem da rotulação ambiental insinua a dura luta da defesa do ambiente e da saúde perante a agressividade dos matrizes comunicativas anónimas. O mercado e a publicidade também comunicam e fazem da comunicação o raio luminoso do acerto consumista. Chegam a fazer crer que o “consumo rotulado” é o gesto racional de uma sociedade de conhecimento. Sábia é, sim, a proposta feita em jeito de conclusão no dossier:  
“Está nas nossas mãos aceitar a fatalidade do vórtice consumista e persistir na sofreguidão do consumo desenfreado como fim em si mesmo, ou parar para reflectir, consumir, sustentável e inteligentemente... e ganhar *tempo, espaço e qualidade* de vida”.

Outubro de 2011



(José Joaquim Gomes Canotilho)



*RevCEDÖUA*

**Doutrina**



# Orla costeira e portos marítimos: organização e modos jurídicos de exploração

## Resumo

Com o presente artigo é propósito dos autores fornecer uma visão geral dos aspectos organizativos e dos principais instrumentos jurídicos de gestão dos portos marítimos. Relativamente à organização administrativa, procede-se a uma análise das suas principais coordenadas, assentes na Administração Central do Estado e na sua Administração Indirecta, seja de natureza institucional (Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P.) seja de natureza empresarial (Autoridades Portuárias, S. A.). Quanto às formas ou modos jurídicos de exploração/gestão, procede-se à caracterização e qualificação das principais figuras jurídicas a que se faz apelo para aquele efeito, designadamente a figura concessória nas diversas modalidades que pode assumir. Neste âmbito, são também tidos em conta os (novos) dados fornecidos pela Proposta de Lei dos Portos.

## 1. A Organização dos portos marítimos

### 1.1. Breve referência aos modos organizativos dos principais portos europeus

A organização dos principais portos marítimos europeus é marcada pela diversidade de modelos, prevalecendo nuns casos o modelo de gestão municipal, de que constituiu exemplo a Bélgica, e noutros, como sucede na generalidade dos países latinos, predomina um modelo organizatório assente no Estado. Por sua vez, no Reino Unido impera a autoridade portuária independente, na forma de *trust* ou de empresa privada.

Contudo, e não obstante a mencionada heterogeneidade dos figurinos organizatórios, pode concluir-se que, com a excepção dos grandes portos britânicos, o Estado surge como protagonista da administração da maioria dos portos europeus: directa ou, a maior parte das vezes, indirectamente - através de Autoridades Portuárias, com maior ou menor grau de autonomia. No contexto da gestão portuária na União Europeia, cabe, pois, ao poder público, local ou nacional, a principal responsabilidade pela gestão portuária.

Significa isto que, no contexto da diversidade de regimes portuários na Europa e por influência comunitária, há uma generalizada tendência para o reforço do modelo *landlord port*, no qual a titularidade das infra-estruturas e as funções reguladoras constituem monopólio público, enquanto os serviços portuários são privatizados e liberalizados<sup>1 2</sup>.

<sup>1</sup> Uma visão geral e comparada dos modos de organização e regulação dos portos marítimos é-nos fornecida por Manuel Lopes Porto e João Nuno Calvão da Silva, in Estudo (inédito) elaborado para o Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra (CEDIPRE), sobre a *Organização e Regulação dos Portos Marítimos*, 2010.

<sup>2</sup> Sobre o modelo de gestão dos portos, o *Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, CEDIPRE, 2009, págs. 2 e segs.

## 1.2. Referência às iniciativas da União Europeia

A União Europeia tem vindo a desenvolver algumas iniciativas no sentido de afirmar uma política comunitária para os portos marítimos, sendo de destacar nos tempos mais recentes, no quadro da Rede Transeuropeia de Transportes, a Comunicação da Comissão, de 1995, sobre *short sea shipping*, especialmente incidente sobre temas como a transparência, auxílios estaduais e a melhoria da eficiência portuária em geral, a que se sucedeu o Livro Verde sobre Portos e Infra-estruturas Marítimas, de 1997, que lança o desafio da criação de um quadro regulatório destinado a promover a liberalização do mercado de serviços portuários.

É nesta sequência que, em 2001, a Comissão elaborou a Comunicação “Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa”, na qual incluía uma proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários, tendo por principal objectivo o estabelecimento de regras sobre a utilização de concessões pelas autoridades portuárias na regulação do acesso ao mercado de potenciais fornecedores de serviços portuários, procurando, deste modo, assegurar a concorrência intra-porto. Contudo, esta proposta não viria a obter aprovação pelos órgãos comunitários (nem em 2003, nem, numa segunda tentativa, em 2006).

No ano de 2007, a Comissão emitiu um Comunicação sobre política portuária europeia na qual, embora afirmando o respeito pela heterogeneidade vigente nos portos europeus, sublinha a preferência por o modelo de gestão de tipo *landlord*, mas devendo ser claramente distinguidas as funções de gestão de infra-estrutura das de fornecimento de serviços comerciais<sup>34</sup>.

## 1.3. Organização dos portos marítimos em Portugal

Em Portugal, as infra-estruturas portuárias constituem um serviço público da titularidade do Estado, integrando-se no domínio público. No caso dos portos das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, os respectivos Governos Regionais são proprietários e responsáveis pela sua gestão.

Sendo os portos portugueses detidos e geridos pelo Estado, os serviços portuários são, porém, desenvolvidos por empresas privadas, ao abrigo de contratos de concessão, na sequência de concursos públicos. Podemos, por isso, concluir, desde 1998, pela existência em Portugal do modelo *landlord* na organização portuária: as actividades comerciais são deixadas ao sector privado, cumprindo as autoridades portuárias tarefas de coordenação de actividades, segurança, ambiente, promoção do porto, entre outras<sup>5</sup>.

No entanto, atendendo à complexidade da organização portuária, afigura-se conveniente uma referência ao aparelho administrativo encarregado da gestão dos portos em Portugal. É o que se fará de seguida.

<sup>3</sup> Cfr Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação sobre política portuária europeia*, de 2007.

<sup>4</sup> Uma apresentação pormenorizada da política portuária da União Europeia consta de Estudo (inédito) elaborado por Suzana Tavares da Silva e Licínio Lopes Martins, *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias*, CEDIPRE, 2009.

<sup>5</sup> Na Proposta de Lei do Portos aprofunda-se o modelo *landlord* em Portugal, definindo-o como um modelo “que assenta na manutenção dos portos comerciais principais sob a titularidade pública e a atribuição de áreas da sua exploração comercial à iniciativa privada, em regime de serviço público ou de uso privativo, podendo o financiamento e a execução das infra-estruturas ser da responsabilidade pública ou privada, cabendo ao Estado directa ou indirectamente, designadamente através do IPTM, I. P., e das respectivas AP, exercer funções de autoridade, de supervisão e superintendência, de coordenação, de controlo e promoção geral do porto, assegurando um conjunto de serviços base” (Cfr. art. 10<sup>o</sup>/1 da proposta de lei n.º 280/X). A proposta de lei dos portos, apresentada pelo Governo em 11.5.2009, pode ser consultada em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailhIniciativa.aspx?BID=34537>.

### 1.3.1. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações

Sendo o Estado titular dos portos, percebe-se a existência de um planeamento estratégico do sector, concretizado através do Plano Nacional Marítimo-Portuário (cfr. Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, que aprova a orgânica do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P.).

Por outro lado, também não é de estranhar que, ao nível administrativo, a lei reserve para o órgão competente do Governo – o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações -, extensas competências decisórias, de coordenação e de controlo.

No exercício destes poderes, compete àquele Ministério: efectuar o acompanhamento estratégico das empresas e organismos tutelados; apreciar a legalidade e regularidade dos actos praticados pelos serviços e organismos sujeitos à tutela do respectivo Ministro; avaliar a gestão e os resultados destas entidades, através do controlo de auditoria técnica, de desempenho e financeira; apreciar a conformidade legal e regulamentar dos actos dos organismos sujeitos ao poder de tutela; avaliar o seu desempenho e gestão, através da realização de acções de inspecção e de auditoria; auditar os sistemas e procedimentos de controlo interno dos organismos tutelados, no quadro das responsabilidades cometidas ao Sistema de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado pela Lei de Enquadramento Orçamental; controlar a aplicação eficaz, eficiente e económica dos dinheiros públicos de acordo com os objectivos definidos pelo Governo e avaliar os resultados obtidos em função dos meios disponíveis; desenvolver a acção disciplinar em serviços e organismos do MOP-TC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, quando tal competência lhe seja cometida; exercer o controlo técnico sobre todos os serviços e organismos do MOPTC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

Um dos organismos sujeitos à tutela do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações é o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM). Vejamos sinteticamente a sua estrutura e principais atribuições.

### 1.3.2. Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM)

Instituído pelo Decreto-Lei nº 257/2002, de 22 de Novembro de 2002, o IPTM, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, integra-se na administração indirecta do Estado (instituto público), tendo resultado da fusão do Instituto Marítimo-Portuário (IMP), do Instituto Portuário do Norte, do Instituto Portuário do Centro, do Instituto Portuário do Sul e do Instituto da Navegabilidade do Douro. Em 2007, o Governo, através do Decreto-Lei 146/2007, de 27 de Abril, procedeu a uma nova reestruturação do Instituto, tendo os respectivos estatutos sido aprovados pela Portaria nº 544/2007, de 30 de Abril, que aprova os Estatutos do IPTM.

Quanto à sua estrutura organizativa interna<sup>6</sup>, o IPTM dispõe de órgãos e serviços centrais e periféricos: ao nível central, para além do órgão de topo – o Conselho Directivo -, o IPTM estrutura-se funcionalmente por direcções de serviços (seis) e por departamentos (dezas-seis); no plano periférico, temos as delegações regionais do IPTM (Delegação Regional Sul, Delegação Regional do Centro e a Delegação do Regional do Norte e Douro), que, por sua vez, integram direcções de serviços e departamentos, com excepção da Delegação do Centro que apenas comporta departamentos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. o Decreto-Lei nº 146/2007 e Portaria nº 544/2007, de 30 de Abril, que aprova os Estatutos do IPTM.

<sup>7</sup> No essencial, compete às Delegações regionais assegurar a administração dos portos que permanecem sob gestão do IPTM, I. P., assim como promover a navegabilidade do rio Douro, apoiando o desenvolvimento das acções necessárias à concretização do novo modelo de gestão dos portos comerciais, portos de pesca e de náutica de recreio, desempenhando as funções de administração marítima que lhes sejam cometidas (artigo 12º da Portaria nº 544/2007).

Quanto ao âmbito funcional, compete ao IPTM, no quadro da sua acção reguladora, regulamentar, supervisionar e sancionar. Mas cabe-lhe ainda a administração dos portos designados como secundários, pois, com excepção dos portos de Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sines, cabe ao IPTM gerir, administrar e desenvolver os portos e áreas de domínio público, marítimo e fluvial, sujeitas à sua jurisdição (alínea f) do nº 2 do artigo 3º; alínea a) do nº 3 do artigo 3º, e alíneas c) e d) do nº 4 do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007).

Outro domínio importante é o do planeamento, concretizado designadamente na elaboração de planos das áreas portuárias em consonância com as directrizes do Plano Nacional Marítimo-Portuário e de projectos de infra-estruturas portuárias em relação aos portos sob a responsabilidade directa de gestão do IPTM (alínea e) do nº 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 146/2007) e coordenação da política portuária nacional (por exemplo, a coordenação das intervenções de outras entidades públicas ou privadas com intervenção na via navegável – cfr. a alínea e) do nº 4 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 146/2007).

Nos termos do Decreto-Lei nº 146/2007, as funções de regulação do IPTM são essencialmente dirigidas às entidades (organicamente exteriores ao IPTM) que actuam no sector marítimo-portuário (alínea d) do nº 2 do artigo 3º), concretizadas, designadamente, na aprovação de normas administrativas de regulamentação do sector (regulamentos administrativos); na aprovação, fixação, homologação de taxas, tarifas e preços (alínea j) do nº 4 do artigo 5º); na análise, apreciação e aprovação anual das propostas de regulamentos de tarifas de cada uma das administrações portuárias (alínea c) do artigo 16º); na actividade de promoção da avaliação dos níveis de serviço das administrações portuárias, designadamente em matéria tarifária (alínea d) do artigo 16º); na proposição de medidas que conduzam à harmonização de procedimentos, indicadores e instrumentos de gestão das administrações portuárias; na definição de requisitos gerais base para o acesso e manutenção nas actividades e na prestação de serviços portuários (alínea i) do artigo 16º) e de requisitos gerais base relativos ao transporte marítimo, nomeadamente para o acesso e manutenção na actividade de armador, de operador de transporte marítimo, de agente de navegação, bem como as referentes às actividades marítimo-turísticas, aos serviços de técnicos náuticos, nomeadamente de pilotagem e reboque, e ao apoio ao desenvolvimento sustentado da actividade sectorial (alínea j) do artigo 16º); no aprofundamento das questões de acesso ao mercado, de concorrência entre portos (alínea l) do artigo 16º). Cumpre ainda acrescentar, ter o IPTM competência para regular a economia das actividades marítimo-portuárias, designadamente de serviços de transporte marítimo e de exploração portuária, *autorizando, licenciando e fiscalizando as entidades do sector no exercício dessas actividades*, nos termos da lei e desenvolvendo sistemas de observação dos mercados, visando, nomeadamente, a protecção dos utilizadores (artigo 16º do Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas).

### 1.3.3. Autoridades portuárias constituídas sob a forma de sociedades

Com o objectivo de proceder à reestruturação do sector marítimo-portuário e de perspectivar a evolução do modelo de gestão portuária num sentido empresarial, em 1998, as administrações dos cinco maiores portos portugueses (Lisboa, Sines, Aveiro, Setúbal e Leixões), então institutos públicos, foram transformadas em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos<sup>8</sup>. Mais recentemente, com o objectivo de afastar o IPTM das

<sup>8</sup> Com o Decreto-Lei nº 336/98, de 3 de Novembro, a Administração do Porto de Lisboa, instituto público, foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APL — Administração do Porto de Lisboa, S.A.; com o Decreto-Lei nº 335/98, de 3 de Novembro, transformou-se a Administração do Porto de Leixões, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APDL — Administração do Porto do Douro e Leixões, S. A.; o Decreto-Lei nº 337/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração do Porto de Sines, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APS — Administração do Porto de Sines, S. A.; o Decreto-Lei nº 339/98, de 3 de Novembro,

responsabilidades de gestão directa e de criar condições para uma maior competitividade para os portos, foi autonomizada a gestão de alguns portos de âmbito regional<sup>9</sup>.

Para além da sujeição a algumas das prerrogativas do IPTM, estas Autoridades Portuárias, S.A, estão também directamente sujeitas ao Estado, através do Conselho de Ministros<sup>10</sup>, do Ministério das Finanças e do Ministério das Obras Públicas<sup>11</sup>, dispondo de extensos poderes de administração, gestão e de regulamentação, quer sobre o domínio público da sua jurisdição, quer no âmbito das actividades desenvolvidas.

## 2. Modos jurídicos de gestão dos portos marítimos: concessões portuárias e procedimentos adjudicatórios

A presente parte tem por objecto a análise da problemática das concessões portuárias e dos respectivos procedimentos adjudicatórios. Análise que será feita tendo já em conta a proposta de lei dos portos, em virtude de, por um lado, assumir um sentido prospectivo e, por outro, proceder a uma síntese e arrumação sistemática das diversas figuras contratuais que ao longo do tempo têm vindo a ser adoptadas no domínio da gestão dos portos.

Como decorre do título do estudo, a análise incidirá sobre dois aspectos: sobre os aspectos substantivos, caracterizando-se e qualificando-se as figuras contratuais que se propõe serem convocadas para a gestão dos portos; e sobre os aspectos procedimentais, isto é, sobre os procedimentos adjudicatórios destinados à celebração de contratos que tenham por objecto a concessão da exploração da actividade portuária *latu sensu*.

### 2.1. Caracterização sintética da actividade marítimo-portuária (*latu sensu*)

Por se afigurar importante para a caracterização das figuras contratuais a que adiante nos referiremos, convém, a título prévio, proceder a uma breve caracterização da actividade de gestão e exploração dos portos marítimos, retomando a linha do que foi referido na primeira parte deste estudo. E, neste domínio, os dados manifestados pela realidade das coisas dispensam uma incursão aprofundada sobre o tema, permitindo, quase intuitivamente, concluir que estamos ante uma actividade de serviço público, isto é, em face de uma actividade legalmente qualificada como um serviço público Estadual e exercida em regime de monopólio público<sup>12</sup>.

Efectivamente, quer partindo de uma noção objectiva ou material de serviço público, assente na relevância da actividade concretamente em causa, quer partindo do elemento estrutural-orgânico, no sentido de serviço, departamento ou organização personalizada concebidos e instalados com o fim de desenvolver aquela mesma actividade, seremos sempre conduzidos àquela conclusão.

transformou a Junta Autónoma do Porto de Aveiro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APA — Administração do Porto de Aveiro, S. A.; e o Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A.

<sup>9</sup> O Decreto-Lei n.º 211/2008, de 3 de Novembro, criou a Administração do Porto de Viana do Castelo, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A., e com o Decreto-Lei n.º 210/2008, de 3 de Novembro, foi criada a Administração do Porto da Figueira da Foz, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração do Porto de Aveiro, S. A.

<sup>10</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto. De acordo com o artigo 11.º deste diploma, são emitidas orientações estratégicas destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, através de resolução do Conselho de Ministros.

<sup>11</sup> Cfr. o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas.

<sup>12</sup> Sobre a relevância que a actividade marítimo-portuária tem vindo a assumir no contexto europeu, o já mencionado **Estudo (inédito) de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão**, CEDIPRE, 2009.

Em todo caso, tomamos por decisivo para o efeito o primeiro dos elementos referidos, por duas razões fundamentais: em primeiro lugar, porque é a qualificação de uma determinada matéria ou tarefa como de interesse público, que à Administração caberá desenvolver como sua, como responsabilidade sua, que deve constituir, por princípio, o pressuposto da criação de pessoas colectivas públicas ou da instalação de departamentos; em segundo lugar, porque podem ser concebidas políticas e programas públicos, cuja execução directa - e, portanto, a concreta realização das prestações ao público, permitidas ou facultadas por aquelas políticas e programas - fica imediatamente a cargo de entidades privadas, isto é, sem a mediação da organização pública, em virtude da sua inexistência ou da sua insuficiência e, portanto, da inexistência ou insuficiência de serviços públicos entendidos em sentido orgânico ou subjectivo. O fundamental é que a Administração assuma a tarefa como atribuição sua, como responsabilidade que lhe cumpre prosseguir e garantir, independentemente de esta assunção ou formalização ser ou não acompanhada da criação ou instalação de unidades orgânicas e serviços de prestação directa ao público.

Mesmo numa aproximação necessariamente rudimentar, a actividade de gestão e de exploração (incluindo a construção das respectivas infra-estruturas) dos portos marítimos constitui tarefa ou missão imputável directamente à Administração pela mediação legislativa. Isto é, uma actividade que à Administração cumpre prosseguir e que esta assume como tarefa própria, como atribuição e responsabilidade suas, destinada à satisfação de necessidades colectivas, podendo a sua concreta realização ser reservada em exclusivo à Administração, ou ser por esta confiada, por acto jurídico-público (acto normativo, acto administrativo ou contrato), praticado com base na lei, a outras entidades, permitindo-lhes, deste modo, ter acesso ao exercício de uma actividade pública.

Esta noção de serviço público, embora não implique necessariamente a existência de qualquer monopólio constitucional ou legal a favor da Administração, tem, por conseguinte, utilidade mesmo nos casos em que as actividades em causa possam ser objecto de uma prossecução concorrente, alternativa ou complementar pelos particulares. O certo é que, no caso concreto da actividade de gestão e exploração dos portos marítimos, a lei reserva a sua titularidade (e prossecução), em regime de monopólio, à Administração, apenas admitindo o acesso dos privados à mesma através de um acto jurídico-público de natureza temporária, ainda que duradoura<sup>13 14</sup>.

Os dados legais em vigor e os que se projectam (referimo-nos à Proposta de Lei dos Portos) confirmam as ilações anteriores.

Efectivamente, o Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que define a orgânica do Ministério da Obras Públicas, Transportes e Comunicações, no seu artigo 1º, atribuiu-lhe como missão definir, coordenar e executar a política nacional no domínio, entre outros, dos transportes marítimos, devendo, na prossecução desta missão, desenvolver o quadro legal e regulamentar da actividade de transportes marítimos e coordenar e promover a gestão e a modernização das infra-estruturas portuárias (artigo 2º).

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, que aprova a lei orgânica do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I. P., (IPTM, I.P.) imputa a este Instituto o dever de prosseguir, no território nacional, as atribuições daquele Ministério no domínio do sector marítimo-portuário, exercendo a sua jurisdição portuária sobre as zonas dentro dos limites da largura máxima legal do domínio público marítimo, os canais de navegação e as zonas flúvio-marítimas e as terrestres,

<sup>13</sup> Sem prejuízo do licenciamento de empresas prestadoras de serviços (alínea m) do nº 3 do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, e artigos 88º e segs. da Proposta de Lei dos Portos. A este propósito refira-se que o regime de acesso ao exercício de actividades de cariz portuário encontra-se excluído do âmbito de aplicação da designada Directiva Serviços – Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno -, como resulta desde logo do considerando 21: "Os serviços de transporte, incluindo os transportes urbanos, os táxis e as ambulâncias, bem como os serviços portuários, deverão ser excluídos do âmbito de aplicação da presente directiva".

<sup>14</sup> O que se diz no texto não significa que todas as actividades desenvolvidas nos portos ou a partir dos portos constituam materialmente um serviço público.

bem como sobre as zonas terrestres e marítimas necessárias à exploração portuária e à execução e conservação das obras dos portos enumerados naquele diploma<sup>15</sup><sup>16</sup>.

No âmbito da área de jurisdição legalmente definida, o IPTM tem por missão regular, fiscalizar e exercer funções de coordenação e planeamento do sector marítimo-portuário e supervisionar e regulamentar as actividades desenvolvidas neste sector<sup>17</sup>.

Por sua vez, no âmbito das autoridades portuárias, surge como traço comum aos diversos diplomas constitutivos a *reserva legal* a tais entidades dos poderes de atribuição de usos privativos e de definição da respectiva utilidade pública para efeitos de concessão, relativamente aos bens do domínio público que lhes estão afectos, bem como à prática de todos os actos respeitantes à execução, modificação e extinção da licença ou concessão, nos termos de competência delegada, e, ainda, o poder de licenciamento de actividades portuárias de exercício condicionado e concessão de serviços públicos portuários<sup>18</sup>.

O que se vem dizendo constitui uma decorrência normativa da Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, dispondo-se no seu artigo 1º que é vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso a determinadas actividades económicas, salvo quando concessionadas, constando entre elas, precisamente, a exploração de portos marítimos.

Por último, e em termos prospectivos, a Proposta de Lei dos Portos – Proposta de Lei nº 280/X -, que tem por objecto estabelecer o regime jurídico aplicável aos portos comerciais, aos portos de pesca e aos portos de recreio, definindo, designadamente, a utilização e gestão do domínio público portuário, a operação portuária e outros serviços portuários, acolhe, relativamente aos portos de interesse nacional<sup>19</sup>, o modelo de gestão *landlord port*<sup>20</sup>, definindo-o

<sup>15</sup> Os portos enumerados no diploma são: os de Vila Praia de Âncora, Castelo do Neiva, Esposende, Viana do Castelo, Póvoa do Varzim, Vila do Conde, Figueira da Foz, Nazaré, São Martinho do Porto, Peniche, Ericeira, Baleeira, Angeiras, Lagos, Alvor, Praia da Rocha, Portimão, Silves, Albufeira, Quarteira, Vilamoura, Faro, Olhão, Tavira, Fuseta, Santa Luzia e Cabanas, e ainda as infra-estruturas portuárias existentes ao longo do rio Guadiana entre Vila Real de Santo António e Mértola.

<sup>16</sup> O IPTM tem também a sua jurisdição alargada ao rio Douro, abrangendo: i) O leito e as margens incluídos nos terrenos do domínio hídrico e as águas do rio Douro, desde a foz do rio Águeda, afluente da margem esquerda do rio Douro, até à respectiva barra, com excepção das áreas portuárias pertencentes à Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A., bem como os afluentes deste troço do rio Douro, até ao perfil em que o leito desse afluente se encontre à cota igual à cota máxima de retenção normal da albufeira do Douro em que esse afluente desagua, incluindo as eclusas e os cais de acostagem; ii) e os acessos fluviais aos cais de acostagem e às zonas de manobra, os terraplenos adjacentes às zonas portuárias e os acessos terrestres inseridos nestas áreas de ligação às vias municipais e nacionais.

<sup>17</sup> Como já se referiu no texto, o IPTM tem também funções de gestão e administração directa dos portos e áreas de domínio público marítimo e fluvial sujeitos à sua jurisdição (alínea f) do nº 2 do artigo 3º, alínea a) do nº 3 do artigo 3º e alíneas c) e d) do nº 4 do artigo 3º) e funções de prestação directa de serviços relativos ao funcionamento dos portos, designadamente na assistência aos navios e no controlo da segurança da navegação (alínea c) do nº 3 do artigo 3º), que os pode concessionar e/ou licenciar (alínea j) do nº 3 do artigo 3º). Sobre as diversas funções do IPTM, registando a insuficiência de algumas delas, o *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes, CEDIPRE, 2009, especialmente a págs. 32 e segs.

<sup>18</sup> Refira-se que também a Proposta de Lei dos Portos (Proposta nº 280/X), no seu artigo 8º, defere às autoridades portuárias o exercício dos poderes atribuídos por lei e pelos respectivos estatutos sobre o domínio público portuário, incluindo todos os poderes de administração, de utilização e de emissão de títulos de utilização dos recursos hídricos sobre o domínio público hídrico e de fiscalização deste, competindo-lhes, designadamente, outorgar títulos de utilização privativa ou de exploração de bens dominiais tendo em vista o exercício das actividades disciplinadas na proposta de lei de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias e ainda outras com as quais sejam compatíveis.

<sup>19</sup> Nos termos do artigo 9º da Proposta de Lei nº 280/X, que constitui neste e noutros aspectos uma síntese do regime (ainda) vigente, consideram-se como portos de interesse nacional os portos comerciais que sejam administrados pelas administrações portuárias que revistam a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Por sua vez, o artigo 13º da Proposta de Lei considera como portos de interesse regional e local, os portos de pesca e os portos e as infra-estruturas de navegação de recreio e de desporto, que não sejam classificados como portos de interesse nacional, nos termos da presente lei.

<sup>20</sup> Sobre o modelo de gestão dos portos, o já mencionado *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes, págs. 2 e segs.

como um modelo que assenta na manutenção dos portos comerciais principais sob a titularidade pública e a atribuição de áreas da sua exploração comercial à iniciativa privada, *em regime de serviço público ou de uso privativo*, podendo o financiamento e a execução das infra-estruturas ser da responsabilidade pública ou privada, cabendo ao Estado directa ou indirectamente, designadamente através do IPTM, I. P., e das respectivas autoridades portuárias, exercer funções de autoridade, de supervisão e superintendência, de coordenação, de controlo e promoção geral do porto, assegurando um conjunto de serviços base (artigo 10º, nº 1, da Proposta de Lei nº 280/X, relativo ao modelo de gestão dos portos de interesse nacional).

No âmbito da institucionalização do modelo *landlord port* prossegue-se a promoção da participação da iniciativa privada na exploração da actividade portuária e a criação de um quadro de transparência na atribuição de concessões, tendo em vista a modernização dos portos, quer em termos da capacidade das infra-estruturas e instalações, quer de melhoria do seu desempenho.

A concretização daquele modelo de gestão é feito, no quadro da Proposta de Lei, através do estabelecimento do regime jurídico das concessões portuárias, definindo-se as regras das parcerias público-privadas, designadamente no que respeita à disciplina dos procedimentos concursais, tendo em vista a eficiência e a transparência da actividade concessionada, bem como as regras do seu acompanhamento.

## 2.2. Os modelos contratuais de gestão e exploração dos portos marítimos<sup>21</sup>

No seguimento do regime que tem vindo a ser adoptado neste domínio<sup>22</sup>, a Proposta de Lei nº 280/X, no seu artigo 42º, relativamente às actividades concessionadas (e tendo, precisamente, por epígrafe “Actividades concessionáveis”), dispõe que a prestação ao público das actividades de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias, sujeitas ao cumprimento de certos requisitos e obrigações, nomeadamente de serviço público, a prosseguir por entidades privadas, em áreas do domínio público portuário, deve ser objecto de concessão, designadamente em regime de serviço público. As actividades aí enumeradas a título exemplificativo como constituindo objecto de concessão são as seguintes: carga e descarga de navios; movimentação, estacionamento, armazenagem, consolidação e desconsolidação de cargas portuárias; pilotagem; reboque; amarração; recolha de resíduos; exploração da náutica de recreio; exploração dos portos de pesca; tráfego de passageiros; e abastecimento de água.

Quanto ao regime substantivo e procedimental, a Proposta de Lei, no artigo 43º, determina que os procedimentos de formação e a execução dos contratos de concessão de serviço público relativos a actividades portuárias que sejam objecto deste tipo contratual seguem o regime previsto no Código dos Contratos Públicos para os contratos de concessão de serviço público e o regime das parcerias público-privadas, quando aplicável, com observância do disposto nos artigos seguintes, designadamente o artigo 46º, relativo às bases das concessões, *determinando que as concessões de serviço público da actividade de operação portuária regem-se pelas bases anexas à presente lei, da qual fazem parte integrante, sendo que às demais concessões de serviço público e às concessões de exploração do domínio público portuário aplicam-se, com as necessárias adaptações, as bases das concessões anteriormente referidas.*

<sup>21</sup> Em virtude da Proposta de Lei, para além do seu sentido prospectivo, constituir uma espécie de síntese dos regimes contratuais que tradicionalmente têm vindo a ser usados na gestão dos portos, vamos, no texto, seguir as indicações que, na matéria, são nela projectadas.

<sup>22</sup> Para uma visão comparativa dos modelos de gestão dos portos entre o actual regime e o previsto na Proposta de Lei dos Portos, o *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, págs. 20 e segs.

### 2.2.1. As concessões de serviço público e as concessões de exploração do domínio público

Do regime anteriormente referido, pode concluir-se que a actividade portuária e o domínio público que lhe é legalmente afecto são objecto, quanto ao seu modelo de gestão e de exploração, de duas figuras contratuais fundamentais: a concessão de serviço público e a concessão de exploração do domínio público.

Nos pontos seguintes vamos dedicar um breve desenvolvimento a cada uma destas figuras, fazendo também referência às concessões de uso privativo do domínio público.

#### a) As concessões de serviço público da actividade de operação portuária

A concessão de serviço público assume um destaque particular na Proposta de Lei dos Portos no âmbito da gestão das actividades de operação portuária (artigos 81<sup>o</sup> e segs. da Proposta de Lei).

A operação portuária é definida como a actividade de movimentação de cargas a embarcar ou a desembarcar dentro das zonas portuárias, compreendendo as actividades de estiva, desestiva, conferência, carga, descarga e transbordo, bem como a recepção, movimentação e arrumação de mercadorias manifestadas, em cais, parques e armazéns de terminais portuários.

A actividade de operação portuária é prestada pelas empresas de estiva na área dominial portuária que lhe esteja afectada, mediante concessão em regime de serviço público<sup>23</sup>, podendo ser por tipo de cargas e, em exclusivo, a atribuir nos termos previstos na Proposta de Lei e nas Bases a ela anexas. Fora das concessões, a operação portuária apenas pode ser prestada por empresas de estiva na área dominial portuária de uso comum nos casos taxativamente previstos na Proposta de Lei, isto é: *i)* quando, tendo sido lançado concurso para a atribuição de uma concessão de operação portuária numa determinada área dominial portuária, este tenha ficado deserto; *ii)* quando a autoridade portuária proceda a consulta prévia às empresas de estiva sobre o interesse em obterem a concessão e reconheça que o concurso vai ficar deserto; *iii)* e quando, por despacho do membro do Governo que tutela o sector marítimo-portuário, se reconheça a existência de interesse estratégico na manutenção deste regime.

Atenta a relevância que a concessão de serviço público tem vindo a assumir na gestão dos portos e, designadamente, a relevância que lhe é conferida em termos prospectivos pela Lei dos Portos, impõe-se proceder a uma breve análise desta figura, realçando alguns aspectos da sua evolução e o seu enquadramento no regime das parcerias público-privadas, dada a remissão que aquela proposta faz para esta figura.

Na noção clássica, através do contrato de concessão de serviço público as entidades públicas conferem, temporariamente, a uma entidade privada poderes para explorar um serviço público, sob fiscalização do concedente, durante o prazo estipulado, incluindo os investimentos necessários para a sua manutenção. O *cessionário actua por sua conta e risco*<sup>24</sup>, como se fosse o próprio concedente, sendo remunerado por meio de taxas ou tarifas a pagar pelos utentes ou consumidores do respectivo serviço público.

<sup>23</sup> Efectivamente, nos termos do artigo 85<sup>o</sup> da Proposta de Lei, relativo à prestação da operação portuária, a operação portuária é prestada pelas empresas de estiva, só podendo ser directamente prestada pelas autoridades portuárias mediante parecer prévio favorável do IPTM, I. P., num dos seguintes casos: *i)* quando se verifique a impossibilidade de empresas de estiva realizarem a operação portuária; *ii)* em caso de sequestro de uma concessão de operação portuária, durante o respectivo período; *iii)* Em caso de resgate, rescisão ou termo de uma concessão de operação portuária, enquanto a actividade não puder ser assegurada por empresas de estiva; *iv)* Quando se reconheça a existência de interesse estratégico para a economia nacional no exercício da actividade pela autoridade portuária; *v)* Para assegurar a livre concorrência, ouvida a Autoridade da Concorrência.

<sup>24</sup> Sem prejuízo do que ainda se dirá no texto sobre o acolhimento da figura das parcerias público-privadas, é aquela a noção que nos parece estar presente na Base VII das Bases anexas à Proposta de Lei que, sob a epígrafe “Regime de exploração”, estabelece: “A exploração da concessão é realizada pela concessionária por sua conta e risco, em regime de serviço público e em conformidade com os regulamentos aprovados e as disposições aplicáveis da lei e do contrato”.

No entanto, este figurino tradicional da concessão de serviço público tem registado algumas alterações substanciais, designadamente quanto aos modos de remuneração do concessionário.

Na verdade, os autores salientam que a concessão é sobretudo um modo de gestão de serviços públicos, advertindo, relativamente ao aspecto da remuneração, que ela não deve sujeitar-se a uma estrita lógica económica-financeira. Desde logo, o alargamento da técnica concessória à gestão de serviços públicos, de antemão não rentáveis, tem contribuído para atenuar a regra da gestão do serviço por conta e risco exclusivo do concessionário. As técnicas utilizadas são muito variadas e vão desde a previsão de empréstimos, subvenções, não faltando, hoje, exemplos de concessões, incluindo entre nós, em que o concedente aparece a suportar os eventuais “déficits” da exploração<sup>25</sup>. Aliás, no direito português, não existe nenhum princípio ou norma jurídica que impeça de qualificar como concessão de serviço público o acto que concede a uma entidade o direito de gerir um serviço público e que estabelece como contrapartida do gestor uma remuneração suportada exclusivamente pelo concedente, aceitando-se que a remuneração do concessionário pode consistir exclusivamente numa retribuição a cargo do concedente, excluiu-se também que a concessão pressuponha a assunção de um risco económico-financeiro por parte do concessionário<sup>26</sup>.

O dado essencial da figura, e que permite distingui-la de outras figuras concessórias, é, pois, a titularidade administrativa de uma actividade de serviço público, concebido como uma tarefa administrativa de prestação, ou seja, uma actividade de prestação em relação à qual existe uma responsabilidade administrativa de execução<sup>27</sup>. Na verdade, a gestão do serviço público associada à concessão de serviço público exige o desenvolvimento de uma actividade prestacional, não se bastando com uma utilização de determinados bens pelos respectivos utilizadores.

Por último, e porque se pode afigurar importante no domínio das concessões portuárias, convirá realçar que também na concessão pode haver lugar ao pagamento de renda pela utilização de bens públicos dominiais ou patrimoniais pelo concessionário, sem excluir a hipótese de, em vez do pagamento directo de uma renda, a remuneração pela utilização dos bens dominiais poder ser tida em conta a outro título no equilíbrio da concessão<sup>28</sup>.

Em virtude da sua importância prática na matéria, convém também fazer uma sintética referência ao entendimento comunitário da concessão de serviço público, que nos surge com algumas notas que o distinguem do atrás exposto.

Efectivamente, na sequência da Directiva 93/37/CE, que previu um regime especial para os procedimentos adjudicatórios de concessão de obras, viria a ser emitida a Comunicação interpretativa sobre concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02), com o objectivo de esclarecer os agentes económicos.

A Comunicação da Comissão considera que o contrato de concessão reveste-se, em geral, das mesmas características, qualquer que seja o objecto sobre o qual incide, concluindo que o critério relevante quer para a concessão de obra quer para a concessão de serviços públicos, é o da exploração. Seguindo este critério, a Comunicação conclui que uma concessão existe quando o operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa - estabelecimento do serviço e sua exploração -, sendo remunerado pelo utente, designadamente através da cobrança de taxas. O modo de remuneração do operador é, como na concessão de obras, um

<sup>25</sup> Cfr. Fernanda Maçãs, A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos, in *Estudos de Contração Pública I*, Centro de Estudos de Direito Público da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

<sup>26</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 139.

<sup>27</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos...*, pág. 109.

<sup>28</sup> Refira-se que o modelo económico-financeiro das concessões portuárias assenta essencialmente no modelo tarifário adoptado, como resulta da Base IX das Bases anexas à Proposta de Lei, nos termos da qual o tarifário deve ter em conta os interesses gerais do porto onde a concessão se integra, o equilíbrio económico da exploração e os princípios tarifários básicos em vigor na generalidade dos portos nacionais, devendo aquela Base ser conjugada com a Base XIII, relativa ao prazo de vigência do contrato de concessão, que deve ter em conta – e bem – o plano económico-financeiro da concessão.

elemento que permite determinar a assunção do risco de exploração. Tal como na concessão de obras, a concessão de serviços caracteriza-se por uma transferência da responsabilidade de exploração. Significa isto que, para o direito comunitário, as concessões não se distinguem pelo objecto, mas tão-só pelo critério da transferência do risco de exploração. Ou seja, a Comissão estabeleceu como critério decisivo e identificador da concessão a transferência da responsabilidade de exploração, que engloba os aspectos técnicos, financeiros e de gestão; numa concessão os riscos e imprevistos inerentes à exploração são transferidos para o concessionário. Nestes termos, sem álea económico-financeira, sem risco, não há, portanto, na perspectiva da Comissão, contrato de concessão - há sim, mero contrato público<sup>29</sup>. A “concepção comunitária” da concessão assenta, pois, na transferência da responsabilidade de exploração para o operador económico, admitindo que a remuneração do concessionário pode consistir, em parte, num preço pago pela Administração.

Esta noção veio a ser aprofundada no Livro Verde sobre As Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões e na Directiva nº 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004.

Aquele Livro distingue as Parcerias público-privadas de tipo contratual, em que a colaboração entre as entidades públicas e as entidades privadas se baseia em relações exclusivamente contratuais<sup>30</sup>, e as de tipo institucionalizado, que implicam a cooperação entre aquelas entidades através da criação de uma entidade distinta<sup>31</sup>.

As parcerias de tipo contratual podem assumir diferentes configurações, tendo por lastro comum a atribuição de tarefas ao parceiro privado, que incluem a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma obra ou de um serviço.

No âmbito das parcerias público-privadas de tipo contratual, o Livro Verde realça a técnica concessória, caracterizando-a do seguinte modo: *i*) existência de uma relação directa entre o parceiro privado e o utente final, dado que aquele presta um serviço ao público em lugar do parceiro público, embora sob o seu controle; *ii*) a remuneração do parceiro privado pode consistir em taxas cobradas aos utentes do serviço ou da obra, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte do parceiro público<sup>32</sup>.

Conclui-se, pois, que também para o Livro Verde há parcerias de tipo concessório se o utente pagar taxas ao concessionário, o qual suporta os riscos inerentes à exploração. Nestes termos, o modelo concessório continua a ser caracterizado com base no elemento da exploração, com a transferência dos riscos para o concessionário.

Alguns anos mais tarde, a Directiva nº 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, define a concessão de serviços como um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

<sup>29</sup> Cfr. Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 48.

<sup>30</sup> Sobre as parcerias público-privadas contratuais é também relevante a recente Comunicação adoptada pela Comissão sobre a forma de explorar o potencial das parcerias público-privadas (IP/09/1740, de 19 de Novembro de 2009)

<sup>31</sup> Sobre as parcerias público-privadas institucionalizadas é ainda relevante a Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (2008/C 91/02).

<sup>32</sup> Mas as parcerias público-privadas podem ter outras aplicações, como aquelas em que o parceiro privado é incumbido da realização e gestão de infra-estruturas para a Administração Pública - como escolas, hospitais, centros penitenciários, infra-estruturas de transportes, etc. -, sem existir relação directa entre o parceiro privado e o utente, mas apenas entre o parceiro privado e a Administração. A remuneração do privado não assenta aqui em taxas cobradas aos utentes, mas sim em pagamentos regulares efectuados pelo parceiro público, que podem ser fixos ou calculados de formas variáveis, em função da disponibilidade da obra ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da obra.

O Código dos Contratos Públicos, no seu artigo 407º, viria, no essencial, a fazer a síntese conceitual do que se vem referindo, ao definir a concessão de serviços públicos como o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público, adiantando, no seu artigo 413º, que *o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário*.

Em todo caso, e na sequência da noção comunitária de concessão, haverá também que ter em conta o regime das parcerias público-privadas – figura, que, aliás, o Código dos Contratos Públicos também acolhe -, na medida em que a Proposta de Lei dos Portos expressamente para ela remete, elegendo-a como um dos instrumentos dinamizadores da explosão das infra-estruturas portuárias.

De qualquer modo, os contratos que tenham por objecto a concessão da gestão das operações portuárias – assim como qualquer outro contrato análogo – só poderão ser qualificados como uma parceria público-privada se replicarem a noção constante do no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, que estabelece a disciplina jurídica geral para certos modelos de parcerias público-privadas. E, na noção legal, a parceria público-privada é o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado (artigo 2º, nº1, do DL nº 86/2003).

Só reproduzidas, no caso concreto, estas características é que estaremos ante um contrato de concessão de serviços públicos que configura uma parceria público-privada, devendo, por conseguinte, ser observado o regime que o Código dos Contratos Públicos estabelece para esta figura, desde logo, os artigos 339º e segs., com as devidas adaptações, o artigo 67º, nº 3, quanto à competência para a nomeação do júri nos procedimentos relativos à formação dos contratos que configurem uma parceria público-privada, e o artigo 45º, quanto às peças do procedimento: os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias públicas-privadas devem submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual.

Devem, naturalmente, ser ainda observadas as regras previstas no Decreto-Lei nº 86/2003, especialmente quanto às autoridades portuárias, por força do artigo 2º, nº 6, que impõe a aplicação do regime deste diploma, com as devidas adaptações, às empresas do sector empresarial do Estado, do qual fazem parte aquelas autoridades. Por força daquele número, as parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do mesmo, *designadamente* os resultantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial exercidos através da função accionista do Estado. O artigo 4º refere-se aos fins das parcerias público-privadas, o artigo 5º à repartição de responsabilidades entre o parceiro público e o parceiro privado, o artigo 6º aos pressupostos/requisitos do seu lançamento, designadamente o modelo financeiro em que se consubstancie o caso-base, o artigo 7º à partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, o artigo 14º - C ao equilíbrio financeiro da parceria, à partilha de benefícios e à reposição do equilíbrio económico-financeiro da parceria e o artigo 14º-F aos procedimentos a adoptar na contratação de consultores externos para o acompanhamento dos processos de parcerias público-privadas.

Ainda nos termos do artigo 4º, nº 2, do mesmo diploma, o contrato de concessão de serviço público e o contrato de concessão de obras públicas constituem instrumentos privilegiados de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados, ficando, portanto, também abrangidos pelo seu regime, *maxime* na parte respeitante ao procedimento de formação da decisão de constituir a parceria. E neste âmbito é particularmente importante a demonstração do designado *value for money*, que merece um tratamento sistemático na Lei de Enquadramento Orçamental - Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto, com as posteriores alterações (artigos 18º e 19º). Esta Lei estabeleceu quer o *princípio da comportabilidade*, prevendo que as “*despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado*” devem estruturar-se por programas, quer especificamente o *princípio do value for money*, prevendo no artigo 19º, nº 2, que “*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida*”.

Esta disposição remete-nos para a necessidade da definição de um “Caso Base”, isto é, para a definição de um *modelo de equação financeira*, baseado numa estimativa ou projecção dos custos e receitas e, portanto, da rentabilidade de um determinado projecto, que a entidade pública e o concorrente escolhido consideram determinante na fase da celebração do contrato. As soluções acolhidas no “Caso Base” irão reflectir e concretizar o inicial “equilíbrio de prestações” a que a negociação conduziu. Aquele modelo, traduzido no “Caso Base”, é essencial na eventualidade de uma necessidade de “reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato” (v.g., ocorrência de riscos não previstos não alocados ao parceiro privado).

Precisamente na linha do que temos vindo a dizer, a Proposta de Lei dos Portos, no seu artigo 43º, determina que os procedimentos de formação e a execução dos contratos de concessão de serviço público relativos a actividades portuárias que sejam objecto deste tipo contratual, para além de observarem o regime previsto no Código dos Contratos Públicos para os contratos de concessão de serviço público, devem também ser conformados pelo regime das parcerias público-privadas, quando aplicável, embora com a observância de algumas especialidades previstas naquela Proposta.

### **b) A concessão de serviço público e a concessão de obras públicas**

A concessão de obras públicas é definida pelo Código dos Contratos Públicos como o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço.

No caso concreto do presente estudo, está em causa saber se o facto de o concessionário assumir a obrigação de efectuar obras nos portos – obras de construção, de conservação, de manutenção, etc., - altera a natureza do contrato, fazendo dele, eventualmente, um contrato de natureza mista, isto é, um contrato de concessão de serviço público e de concessão de obra pública.

Efectivamente, na grande maioria dos casos – e é o que sucede com as concessões de serviço público que têm por objecto a actividade portuária<sup>33</sup> -, o contrato de concessão não se limita a atribuir o poder ou o direito à gestão/exploração do serviço/actividade, pressupondo também a realização de obras quer para a instalação do serviço, quer para a

<sup>33</sup> Precisamente, no sentido do texto dispõe a Base V das Bases anexas à Proposta de Lei dos Portos que “*São da responsabilidade da concessionária todas as obras de construção, reparação e conservação dos bens que integram o estabelecimento*”.

sua conservação, manutenção e beneficiação, bem como a realização de obras de apoio à própria prestação do serviço<sup>34</sup>.

Mesmo nestes casos, o objecto essencial do contrato continua a ser a gestão do serviço público concedido, razão pela qual o contrato deve continuar a ser qualificado como um contrato de concessão de serviço público, podendo, no máximo, e em face do concreto regime do contrato, poder *concluir-se pela natureza mista do contrato*, ou seja, um contrato de concessão de serviços públicos e de obras públicas, aplicando-se então o regime que o Código dos Contratos Públicos prevê para este figurino contratual, designadamente quanto à respectiva formação (artigo 32º daquele Código).

Mas note-se que tal circunstância não altera a qualidade do concessionário – o co-contratado é, na sua essência, um concessionário de um serviço público, embora com a obrigação de realizar obras públicas de instalação e montagem das infra-estruturas e dos estabelecimentos afectos àquela concessão.

### c) A concessão de serviços públicos e subconcessão

Relativamente à subconcessão, parece-nos indiscutível a sua qualificação como contrato administrativo, pois, através dela, e sob prévia autorização do concedente, o concessionário confia a um terceiro, designado por subconcessionário, a execução de todos ou de alguns dos direitos-deveres concedidos pelo contrato, sem provocar no entanto qualquer alteração na sua posição em relação à Administração concedente<sup>35</sup>.

Com a subconcessão, o concessionário dispõe de uma posição jurídica de direito público, atribuindo a um terceiro o direito de exercer uma actividade de serviço público, ou seja, a subconcessão versa sobre um objecto público que não pode figurar num contrato de direito civil<sup>36</sup>. E porque assim é, na subconcessão vigora o princípio geral da proibição da liberdade de contratar, estando sujeita a uma prévia autorização da Administração concedente, que funciona como uma *condição de validade do contrato administrativo de subconcessão*. Outra coisa reside em saber se a sua formação está autónoma e especificamente sujeita a um procedimento adjudicatório ou se esta exigência já se encontra satisfeita com a celebração do contrato de concessão (contrato principal), sendo aquele apenas um contrato derivado. Questão que veremos à frente.

Nesta parte cumpre ainda salientar que a subconcessão deixa intacto o cumprimento das regras e obrigações inerentes à prestação do serviço público, ficando o concessionário onerado com o *dever de garantia* (responsabilidade de garantia) desse cumprimento por parte do subconcessionário.

### d) A concessão de serviços públicos e a realização de obras (públicas)

Um outro aspecto que cumpre referir, directamente relacionado com o estatuto jurídico do concedente, tem a ver com a questão de saber se os contratos que o concessionário celebre com vista à realização de obras têm ou não a natureza de obra pública<sup>37</sup>. A resposta a esta questão é, hoje, dada directamente pelo Código dos Contratos Públicos, no seu artigo

<sup>34</sup> Nos termos do artigo 407º, nº 1, do Código dos Contratos Públicos, entende-se por concessão de obra pública o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço.

<sup>35</sup> A subconcessão não se confunde com a cessão da posição contratual nem com a subcontratação, cujo regime consta dos artigos 316º e segs. do Código dos Contratos Públicos.

<sup>36</sup> Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, págs. 277 e segs.

<sup>37</sup> A Proposta de Lei dos Portos, no seu Capítulo IV, dedicado às dragagens e obras portuárias, determina, no artigo 76º, que as obras de dragagem dos portos, que visam a criação, melhoria ou manutenção das condições de acessibilidade marítima e de segurança para a navegação, dentro ou no acesso aos portos, têm a natureza de obras públicas, sendo o respectivo planeamento e execução da responsabilidade das respectivas AP.

409<sup>o</sup>, que sob a epígrafe “Exercício de poderes e prerrogativas de autoridade”, dispõe que as entidades adjudicantes podem conceder a execução ou a concepção e execução de obras públicas ou a gestão de serviços públicos. Ou seja, se a entidade concedente conferir ao concessionário do serviço público o poder de realização de obras nas infra-estruturas cedidas -, estas obras têm a natureza de obra pública, ficando, conseqüentemente, sujeitas ao respectivo regime procedimental e substantivo<sup>38</sup>. Aliás, quanto à concessão de obras públicas, o artigo 426<sup>o</sup> do Código dos Contratos Públicos dispõe directamente que, em tudo quanto respeite às empreitadas de obras públicas cuja execução seja necessária para a realização do objecto da concessão e não seja regulado pela presente secção ou pelo contrato de concessão, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime previsto no capítulo I do título II da parte III do Código, ou seja, o regime do contrato de empreitada de obras públicas.

Mas relativamente aos concessionários de obras públicas, enquanto tais, que não são qualificados pelo Código dos Contratos Públicos como entidades adjudicantes (artigo 276<sup>o</sup>) - isto é, trata-se de entidades abrangidas pelo âmbito de aplicação daquele Código, mas não incluídas no âmbito de aplicação subjectivo do artigo 2<sup>o</sup>, nºs 1 e 2 -, há também que ter presente o regime previsto no artigo 276<sup>o</sup>, nos termos do qual os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes estão sujeitos ao CCP, relativamente às empreitadas de valor igual ou superior a 5.150.000 Euros (artigo 276<sup>o</sup>).

Trata-se de uma disposição que pretende concretizar o regime previsto no artigo 63<sup>o</sup> da Directiva 2004/18/CE, que manda aos Estados-Membros tomar as medidas necessárias para que os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes apliquem as regras de publicidade definidas no artigo 64<sup>o</sup> ao celebrarem contratos de empreitada de obras com terceiros. No entanto, para a Directiva não são consideradas terceiros as empresas que se tenham agrupado para obter a concessão, nem as empresas a elas associadas. Entendendo-se por «empresa associada» qualquer empresa em que o concessionário possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, qualquer empresa que possa exercer uma influência dominante sobre o concessionário ou que, tal como o concessionário, esteja sujeita à influência dominante de outra empresa em virtude da propriedade, da participação financeira ou das regras que a rejam. Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a outra, uma empresa: a) detenha uma participação maioritária no capital subscrito da empresa; ou b) disponha da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa; ou c) possa designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa. A lista exaustiva dessas empresas deve ser apensa à candidatura à concessão, que deverá ser actualizada em função das posteriores alterações dos vínculos existentes entre as empresas.

No caso das infra-estruturas portuárias, quando o contrato de concessão de serviço público também assumir as características de uma concessão de obra pública, deve entender-se que o concessionário, não obstante ser um concessionário de serviços públicos, encontra-se abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 276<sup>o</sup> do Código dos Contratos Públicos, na parte relativa às empreitadas de obras públicas.

Por último, refira-se que o artigo 395<sup>o</sup>, nº 3, do Código dos Contratos Públicos determina a integração das obras realizadas no domínio público, nos seguintes termos: se a obra estiver, no todo ou em parte, em condições de ser recebida, a assinatura do auto de recepção nos termos do disposto nos números anteriores autoriza, no todo ou em parte, a abertura

<sup>38</sup> Nos termos do artigo 343<sup>o</sup> do Código dos Contratos Públicos, entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção, considerando-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.

da obra ao uso público ou a sua entrada em funcionamento e implica, sendo caso disso, a sua transferência para o domínio público, sem prejuízo das obrigações de garantia que impendem sobre o empreiteiro<sup>39</sup>.

#### **e) A concessão de serviços públicos e a utilização de bens do domínio público**

Relacionado ainda com o contrato de concessão de serviço público, está o facto de o mesmo envolver (ou poder envolver) a utilização de bens do domínio público. A circunstância de estar em causa a gestão de serviços que envolve a utilização de infra-estruturas integradas no domínio público permite ainda incluir, pela natureza da obra em causa, cláusulas características de um outro tipo contratual: o da exploração do domínio público. Efectivamente, envolvendo, no caso, a concessão áreas integradas no domínio público marítimo (águas e margens), o respectivo contrato confere ao co-contratante poderes de exploração sobre tais parcelas dominiais<sup>40</sup>. Desde logo, a concessão há-de envolver a delimitação da área concessionada às parcelas dominiais integradas (ou a integrar no domínio público). Aliás, com base na habilitação prevista no artigo 409º do Código dos Contratos Públicos, mediante estipulação contratual, o concessionário pode exercer, a título de poderes e prerrogativas de autoridade, a utilização, protecção e gestão das infra-estruturas afectas ao serviço público, bem como o licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável à utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer actividade nos terrenos, edificações e outras infra-estruturas que lhe estejam afectas.

Mas, antes disso, o concessionário, para além do direito de explorar, em regime de exclusivo, a obra pública ou o serviço público concedidos, goza do direito de utilizar, nos termos da lei e do contrato, os bens do domínio público necessários ao desenvolvimento das actividades concedidas, bem como quaisquer outros previstos na lei ou no contrato (artigo 415º do Código dos Contratos Públicos)<sup>41</sup>. Neste mesmo sentido se dispõe na Proposta de Lei dos Portos, na Base IV, a qual, sob a epígrafe “Estabelecimento”, prescreve: o estabelecimento da concessão – concessão de serviço público - compreende os bens móveis e imóveis que lhe estão afectos, bem como os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato.

E mesmo nos casos em que se configure autonomamente um contrato de exploração do domínio público, em face da ausência de um regime específico para este tipo de concessão de exploração – que não se prevê na Proposta de Lei dos Portos -, o Código dos Contratos Públicos resolve directamente a questão ao determinar a aplicação subsidiária do regime substantivo da concessão de obra pública e de serviços públicos à concessão de exploração de bens do domínio público (artigo 408º do Código dos Contratos Públicos)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Sobre o regime do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos, Licínio Lopes, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos I*, in *Estudos de Contratação Pública II*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

<sup>40</sup> O domínio hídrico é definido na Lei da Água - Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, em especial os artigos 56.º e segs., sobre a utilização de recursos hídricos dominiais - e nos diplomas que a complementam, em especial, o Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio, contendo também disposições sobre a utilização dos recursos hídricos.

<sup>41</sup> Aliás, nos termos do artigo 419º do Código dos Contratos Públicos, a concessão corresponde um estabelecimento, que integra os bens móveis e imóveis afectos àquela e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato, considerando-se para este efeito, afectos à concessão todos os bens existentes à data de celebração do contrato, assim como os bens a criar, construir, adquirir ou instalar pelo concessionário em cumprimento do mesmo, que sejam indispensáveis para o adequado desenvolvimento das actividades concedidas, independentemente de o direito de propriedade pertencer ao concedente, ao concessionário ou a terceiros.

<sup>42</sup> O Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) contém um capítulo com preceitos genéricos sobre o domínio público (artigos 14º a 30º do Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto, emitido ao abrigo da autorização concedida pela Lei nº 10/2007, de 6 de Março.)

### **f) A concessão de exploração do domínio público e a concessão do uso privativo do domínio público portuário como contratos administrativos**

Sobre estas figuras contratuais dispõe a alínea *c*) do nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos, que os qualifica como contratos administrativos, isto é, como contratos públicos que revestem a natureza de contratos administrativos, na medida em que conferem ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas, elegendo, deste modo, a natureza pública do objecto mediato do contrato como factor de administratividade do mesmo. Ou seja, o Código dos Contratos Públicos considera, em geral, como contratos administrativos aqueles que têm um objecto público, em consonância com o critério da carácter público do objecto, o que permite incluir na categoria não só os contratos que, efectivamente, atribuem ao co-contratante “direitos especiais sobre o domínio público” - o que levaria a incluir apenas as concessões de uso privativo e as concessões de exploração -, mas também todos os contratos que, mesmo na ausência de qualificação legal, tenham por objecto bens do domínio público. Conclusão que se reveste de especial importância para a determinação do âmbito de aplicação do Código, especialmente da sua Parte III, sobre o regime substantivo do contrato administrativo (cf. artigo 6.º, n.º 5)<sup>43</sup>.

Estamos, aqui, pois, em face dos contratos administrativos sobre bens públicos. E, neste âmbito, os tipos contratuais mais relevantes são, sem dúvida, a concessão de exploração ou gestão e a concessão de uso privativo, sendo ambos contratos administrativos, na medida em que conferem ao co-contratante “direitos especiais sobre coisas públicas”, conforme estabelece a alínea *c*) do nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos. Relevância aquela que, aliás, também resulta da Proposta de Lei dos Portos, na sequência do que tem sucedido tradicionalmente neste domínio – o domínio portuário.

E nos termos do artigo 18º daquela Proposta, o domínio portuário de cada porto coincide com a área de jurisdição de cada uma das autoridades portuárias, compreendendo, designadamente, os bens do Estado afectos às respectivas autoridades portuárias, incluindo os do domínio público hídrico da titularidade do Estado, os bens de qualquer outro domínio público situados na área de jurisdição daquelas autoridades e os bens imóveis da propriedade da autoridade portuária ou de terceiros situados na respectiva área de jurisdição. E especificamente sobre o domínio público portuário dispõe o artigo 20º, inserindo em tal conceito o conjunto dos bens do Estado afectos às autoridades portuárias, incluindo os do domínio público hídrico da titularidade do Estado<sup>44</sup>.

Quanto à respectiva utilização, a Proposta de Lei, embora acolha o princípio geral na matéria – o princípio da utilização comum do domínio público -, dispondo que os bens do domínio público portuário são de uso e fruição comuns, desde que sejam feitos no respeito da lei e dos condicionamentos definidos para o exercício de actividades portuárias (artigo 22º), prevê, de seguida, a sua utilização reservada ou excludente por particulares, determinando para o efeito que a exploração do domínio público portuário por entidades distintas das autoridades portuárias se faz através de contrato de concessão nos termos regulados na presente lei (nº 3 do artigo 23º).

Quanto aos títulos habilitantes, todas as utilizações privativas do domínio público portuário se encontram sujeitas a licença ou concessão de uso privativo, distinguindo a proposta entre contrato de concessão de uso privativo – que tem por objecto as utilizações que exijam a realização de investimentos em instalações fixas e indismontáveis -, estando todas as restantes utilizações sujeitas a licença de uso privativo.

<sup>43</sup> Neste sentido, Ana Raquel Moniz, *Contrato Público e Domínio Público. Os Contratos Sobre o Domínio Público à Luz do Código dos Contratos Públicos e da Nova Legislação Sobre o Domínio Público*, in *Estudos de Contratação Pública I*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

<sup>44</sup> Mas note-se que, por força do nº 3 do mesmo artigo, que remete para o artigo 13.º da Lei da Água, aprovada pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, nas áreas do domínio público hídrico afectas às autoridades portuárias, a competência da Administração da Região Hidrográfica para licenciamento e fiscalização da utilização dos recursos hídricos, é delegada em cada uma das autoridades portuárias, no âmbito da respectiva jurisdição.

A Proposta de Lei dos Portos, quanto aos títulos habilitantes do uso do domínio público, está em consonância quer com o regime do património imobiliário público, quer com a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público.

Efectivamente, segundo o disposto no artigo 30º do regime jurídico do património imobiliário público, a concessão de exploração ou gestão destina-se a transferir para os particulares, durante um determinado período de tempo e mediante o pagamento de uma taxa, poderes de gestão e de exploração de bens do domínio público. Em relação a estes bens, aquele contrato coloca o concessionário a actuar em nome e em lugar do concedente, nos termos contratados e, naturalmente, sob a fiscalização deste último.

Por sua vez, de acordo com o artigo 28º do regime jurídico do património imobiliário público, a concessão de uso privativo destina-se a conferir ao concessionário<sup>45</sup>, durante um determinado período e mediante o pagamento de taxa, poderes exclusivos de fruição dos bens do domínio público. O direito de uso privativo constitui, pois, um direito de aproveitamento ou utilização do domínio público atribuído a pessoa determinada mediante acto (licença) ou contrato administrativo. A concessão de uso privativo constitui uma forma de proporcionar ao concessionário a fruição do domínio público para a prossecução dos seus interesses.

Também a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público procede a uma distinção dos títulos habilitantes da utilização do domínio público pelos particulares.

Quanto à utilização privativa, aquela Proposta, à semelhança do que sucede com a Proposta de Lei dos Portos, faz uma distinção entre a licença e a concessão, em função do critério da duração previsível do uso (mais longo para a concessão) e do grau do investimento financeiro exigido ao particular, que pode ser avaliado tendo em conta a sua natureza e o seu volume. Tratando-se de uso de duração inferior a dez anos e que não exija obras ou instalações fixas, o título será, por princípio, a licença. Se tiver duração superior ou sendo indispensáveis obras e instalações fixas ou sendo necessário um investimento significativo, o título habilitante será o da concessão (artigo 29º, nºs 3, 4 e 5).

O reflexo da distinção referida encontra-se também presente – e bem – no regime jurídico da utilização do domínio público portuário projectado pela Proposta de Lei dos Portos (artigos 24º e segs. da Proposta, designadamente no artigo 28º).

Refira-se ainda que a Proposta Lei do Regime Geral do Domínio Público, também à semelhança do que prevê a Proposta de Lei dos Portos, considera uso privativo o que implique a ocupação de uma parte ou da totalidade de determinados bens do domínio público, com a consequente limitação ou exclusão do uso comum (artigo 28º, nº 3). A Proposta continua, pois, a acolher a doutrina de que o uso privativo confere a faculdade de aproveitamento de bens do domínio público de forma individual e exclusiva, conforme o título jurídico habilitante (artigo 29º, nº 1, e artigo 35º).

Relativamente à concessão de exploração do domínio público, e também de modo semelhante ao que sucede na Proposta de Lei dos Portos, que nesta parte remete para as Bases da Concessão do Serviço Público, também a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público concede relevo à *transferência de risco para o concessionário*, que deverá ser efectiva e significativa (artigo 66º).

Do que tem vindo a dizer-se, resulta que a grande nota distintiva entre ambos os tipos de concessões reside no facto de a concessão da exploração do domínio público atribuir ao particular não um mero direito à utilização/aproveitamento dos bens, mas o direito de exercer a actividade - até então na titularidade da Administração - de gerir os bens do domínio público, onde se inclui o exercício do poder de autotutela.

Deste modo, encontrando-se a gestão de um bem dominial confiada a um particular, e diferentemente do que sucede na concessão de uso privativo que não implica a transferência de quaisquer poderes públicos, aquele passa a exercer os poderes públicos inerentes àquela

<sup>45</sup> O artigo 28.º refere-se a “particulares”, mas as concessões de uso privativo podem ser celebradas entre dois entes públicos.

actividade (isto é, exerce a administração do domínio público), entre os quais se inclui a decisão acerca da atribuição dos direitos de uso privativo<sup>46</sup>. Sem prejuízo das especificidades resultantes das cláusulas contratuais, aos concessionários de exploração apenas não estão confiados os poderes, que, incluídos no conteúdo do direito de propriedade pública, se destinem a alterar a situação jurídica dos bens<sup>47</sup>.

Um dos campos privilegiados da concessão de exploração é o *domínio público infra-estrutural*, cujo regime jurídico assenta na separação entre a titularidade e a gestão, razão pela qual a gestão de algumas infra-estruturas encontra-se confiada a entidades privadas não apenas através de uma concessão da exploração do domínio público (autónoma), mas também mediante uma concessão de serviço público, em que a actividade de prestação de serviços públicos pressupõe a gestão de um bem dominial, ou mediante uma concessão de obra pública, em que esta última assume o estatuto da dominialidade.

Aliás, os direitos e deveres que caracterizam as concessões dominiais aparecem, com frequência, incluídos noutros tipos contratuais – precisamente, em regra, em concessões de serviços públicos ou de obras públicas. E já atrás referimos que a alínea c) do artigo 415<sup>o</sup> e a alínea c) do n<sup>o</sup> 2 do artigo 409<sup>o</sup> do Código dos Contratos Públicos conferem aos concessionários de serviços públicos e de obras públicas não apenas o direito a utilizar bens dominiais quando estes se encontrem afectos à concessão, mas ainda o direito de conceder a terceiros o uso privativo desses bens. Mas naturalmente que nas hipóteses em que o concessionário de serviços públicos (ou de obras públicas) não tenha competência para dispor de direitos sobre o domínio público, a celebração daqueles contratos pressupõe ou a intervenção do titular dominial ou da entidade a quem se encontra devolvida a respectiva gestão (no caso, as autoridades portuárias)<sup>48</sup>, mediante acto legislativo ou contrato de concessão dominial.

Sobre a matéria ainda uma nota relativamente à aplicação do regime substantivo dos contratos administrativos, previsto na Parte III do Código dos Contratos Públicos, aos contratos agora em causa.

Como é sabido, o âmbito de aplicação daquela parte do Código tem por base o conceito de contrato administrativo, tal como resulta do n<sup>o</sup> 5 do artigo 1<sup>o</sup> do mesmo Código.

Nestes termos, e em face da ausência de um regime especial, são desde logo mobilizáveis para os contratos que agora nos ocupam as disposições relativas ao regime geral do contrato administrativo, constantes do Título I da Parte III, sob a epígrafe “Contratos administrativos em geral” (artigos 278<sup>o</sup> a 335<sup>o</sup>), sem prejuízo, também já o referimos, quanto à concessão de exploração do domínio público, da aplicação (subsidiária) do regime da concessão de serviços públicos e de obras públicas.

<sup>46</sup> De notar que, pressupondo a exploração do domínio público a utilização de outros bens dominiais pelo concessionário (da exploração), não se torna necessária a celebração de um outro contrato, encontrando-se tal utilização coberta pela concessão de exploração. Expressamente neste sentido, cf. artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março: “sempre que na área abrangida pela concessão [de exploração] se encontrem imóveis que se integrem no domínio público e cuja ocupação seja considerada pelo concessionário e reconhecida pelo membro do Governo competente como necessária para efeitos da exploração, sobrepondo-se esta utilidade àquela a que tais imóveis se achem afectos, a concessão abrangerá também os referidos imóveis, sem prejuízo do pagamento da adequada e devida retribuição”.

<sup>47</sup> Cfr. Ana Raquel Moniz, *Contrato Público e Domínio Público...*

<sup>48</sup> Na linha do que tem vindo a suceder com os respectivos diplomas estatutários, o artigo 8º da Proposta de Lei dos Portos, defere às autoridades portuárias o exercício dos poderes atribuídos por lei e pelos respectivos estatutos sobre o domínio público portuário, incluindo todos os poderes de administração, de utilização e de emissão de títulos de utilização dos recursos hídricos sobre o domínio público hídrico e de fiscalização deste, competindo-lhe, designadamente, no âmbito das respectivas atribuições em matéria portuária, outorgar títulos de utilização privativa ou de exploração de bens dominiais tendo em vista o exercício das actividades disciplinadas na Proposta de Lei de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias e ainda outras com as quais sejam compatíveis.

### g) Síntese sobre o regime substantivo dos contratos de concessão

Relativamente ao regime substantivo dos contratos de concessão, designadamente de serviço público (e também de obras públicas), as entidades adjudicantes – qualquer entidade adjudicante -, dispõe hoje de um regime geral, que se encontra previsto no Código dos Contratos Públicos, não sendo, pois, necessário, ao contrário do que sucedia anteriormente, um regime próprio para cada concessão (sem prejuízo, naturalmente, da fixação ou previsão de cláusulas específicas justificadas em função das características das concessões concretamente em causa).

O mesmo pode dizer-se para o regime de conformação da relação contratual - validade do contrato, regime da execução do contrato, da modificação, extinção, modos de cumprimento e incumprimento, poderes da entidade adjudicante, etc. -, também (hoje) extensamente previsto naquele Código.

De igual modo, o mesmo vale para a concessão de exploração ou gestão do domínio público por, na ausência de um regime autonomamente estabelecido, se aplicar subsidiariamente o regime que o Código dos Contratos Públicos prevê para concessão de serviços públicos e de obras públicas.

E quanto à concessão de uso privativo do domínio público, dado que se trata de um contrato administrativo (aliás, de natureza duradoura), a conclusão é também a mesma, aplicando-se as disposições da Parte III do Código dos Contratos Públicos, salvo na parte em que a lei estabeleça (ou habilite a estabelecer) um regime próprio ou específico. Aliás, a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público vem confirmar esta posição, ao remeter precisamente, também quanto a esta concessão, e não apenas quanto à concessão de exploração, para o regime da Parte III daquele Código.

Sobre esta matéria, a Proposta de Lei dos Portos estabelece as Bases das Concessões de Serviços Públicos, que também é aplicável às concessões de exploração<sup>49</sup>, pretendendo, para além disso, estabelecer um regime exaustivo sobre o uso privativo, o que faz no articulado da própria Proposta de Lei, sendo nesta parte quase auto-suficiente. Em todo o caso, já o referimos, nas partes não directamente previstas deverá, quanto à concessão de uso privativo, recorrer-se também ao regime geral do contrato administrativo previsto no Código dos Contratos Administrativo

Aquelas Bases, na parte relativa ao regime substantivo das concessões, replicam, no essencial, o regime geral que o Código dos Contratos Públicos prevê para o contrato administrativo, não se justificando, por isso, proceder a uma sua análise na especialidade.

### 3. O regime de contratação pública aplicável à celebração de contratos de concessão relativos ao sector marítimo-portuário

Assente que os contratos administrativos de concessão relativos ao sector marítimo-portuário (concessões portuárias) se reconduzem, fundamentalmente, atenta a sua fisionomia material e funcional específica, a concessões dominiais (de utilização privativa ou de exploração do domínio público portuário) e a concessões de serviço público (relativas a actividades de cariz portuário ou de natureza logística a exercer nas áreas portuárias), importa, uma vez caracterizados os tipos contratuais em equação e identificado o regime jurídico-substantivo por que se rege a respectiva execução (nos termos consignados na parte III do Código dos Contratos Públicos), proceder ao respectivo enquadramento no domínio da contratação pública, determinando se e em que medida as concessões portuárias se encontram adstritas

<sup>49</sup> O artigo 46º, sob a epígrafe “Bases das concessões”, estabelece que as concessões de serviço público da actividade de operação portuária regem-se pelas bases anexas à presente lei, da qual fazem parte integrante, sendo que às demais concessões de serviço público e às concessões de exploração do domínio público portuário aplicam-se, com as necessárias adaptações, aquelas bases.

à observância das regras definidas na parte II do Código dos Contratos Públicos em matéria de procedimentos de matriz pré-contratual dirigidos à adjudicação de contratos públicos<sup>50</sup>.

Em ordem à consecução deste desiderato, segmentaremos a nossa análise em três blocos essencialmente distintos, um destinado a aferir do alcance da aplicação das regras de contratação pública às concessões dominiais de natureza portuária; outro com o intuito de medir o impacto daquelas mesmas regras sobre as concessões de serviço público relativas às actividades de carácter portuário ou de natureza logística a exercer nas áreas portuárias; e um último tendo por escopo projectar o alcance da constelação de princípios de direito comunitário com relevância imediata no domínio da contratação pública (na interpretação que lhes tem sido emprestada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia) sobre os contratos, como é o caso, designadamente, das concessões dominiais e de serviço público no sector portuário, que não se encontrem directamente cobertos pelo âmbito de aplicação objectivo das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos.

Tal opção deve-se, desde logo, à circunstância de nos confrontarmos com tipos contratuais – concessões dominiais e concessões de serviço público – que, não obstante participarem de uma idêntica raiz concessória, se apresentam como essencialmente autónomos, dado que em causa está, respectivamente, a utilização e a exploração de bens dominiais ou a gestão de serviços públicos.

A isto acresce, ainda, o facto, não menos relevante, sobretudo na óptica do presente estudo, de lhes ser dispensado ou tributado, pelo CCP, um tratamento profundamente diferenciado ao nível dos procedimentos públicos adjudicatórios a observar em ordem à respectiva celebração, que, neste domínio específico e em boa verdade, ignora ou praticamente esquece as concessões dominiais por contraponto com a disciplina tendencialmente exaustiva que estabelece para as concessões de serviço público.

Por fim, a alusão ao direito comunitário da contratação pública e aos seus postulados enformadores resulta, sobretudo, da necessidade de evidenciar, o que se mostrará particularmente importante para as concessões portuárias de natureza dominial, que, quaisquer que sejam as dúvidas que subsistam por relação à inserção no âmbito de aplicação objectivo do CCP de determinados tipos de contratos, na perspectiva de uma adequada leitura dos princípios comunitários relevantes neste sector do ordenamento, se deve ter por adquirido que, com vista à efectiva implementação de uma dinâmica concorrencial de mercado, deve haver lugar para a necessária observância de regras mínimas de publicidade e de transparência em ordem à respectiva adjudicação.

### **3.1. O regime de contratação pública aplicável às concessões dominiais (de utilização privativa e de exploração do domínio público) de natureza portuária.**

Conforme já o fizemos notar, o CCP não contempla as concessões dominiais entre o leque de contratos públicos que submete *expressis verbis* às regras da contratação pública consignadas na sua parte II.

Tal, aliás, afigura-se plenamente justificado em face da intenção primeira subjacente ao referido diploma legal, a qual apontava, antes do mais, para a transposição para a ordem jurídica interna da directiva n.º 2004/17/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e da directiva n.º 2004/18/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

<sup>50</sup> Doravante, atentas as frequentes referências ao Código dos Contratos Públicos, passamos a identificá-lo apenas por Código ou tão só por CCP.

Ora, entre os contratos públicos situados no perímetro objectivo de aplicação das directivas em causa avultam, sobretudo, os contratos de solicitação de bens e serviços ao mercado, os também denominados «*marchés publics*» – empreitada de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e prestação de serviços – o que justifica, só por si, que as concessões dominiais, por não reunirem os caracteres próprios deste tipo de contratos, tenham sido expulsas do âmbito material de sujeição por aquelas delimitado.

Tal não obviou, ainda assim, a que o CCP tivesse incluído no seu âmbito objectivo de previsão outros contratos que não os acabados de referir, designadamente, o contrato de concessão de obras públicas, o contrato de concessão de serviços públicos e o contrato de sociedade, impondo-se, contudo, a advertência de que, de toda a maneira, nos deparamos com tipos contratuais que ou já obedeciam a uma disciplina, ainda que incipiente, no quadro das próprias directivas objecto de transposição (caso particular da concessão de obras públicas) ou se encontravam na agenda comunitária (caso paradigmático das concessões de serviço público, mas, também, do contrato de sociedade em virtude da sua importância vital no contexto da constituição de parcerias público-privadas institucionalizadas).

Independentemente das razões de variada ordem que conduziram ao silêncio do CCP sobre as concessões dominiais, o certo é que este silêncio do Código nos obriga a um exercício de enquadramento, ou não, destes contratos no seu âmbito de aplicação objectivo.

De acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 2, do CCP, «*o regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código*».

No fundo, a parte II do Código, em que se apresenta condensada ou recortada, nas suas traves mestras, a disciplina a que encontra subordinada a actividade de contratação pública a desenvolver por parte das entidades adjudicantes mencionadas no respectivo artigo 2.º (entidades integradas no sector administrativo tradicional e organismos de direito público na acepção comunitária do termo), é extensiva, na sua aplicação, aos procedimentos públicos adjudicatórios relativos a quaisquer contratos (independentemente da sua natureza jurídico-administrativa ou jurídico-privada) a celebrar pelas referidos poderes adjudicadores, conquanto as prestações dos mesmos emergentes estejam ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (artigos 5.º, n.º 1 e 16.º, n.º 2).

Isto é, para lá do universo de contratos especificado, a título essencialmente exemplificativo, no Código, este mostra-se igualmente aplicável, pelo que se refere ao regime de contratação pública pelo mesmo instituído, a todos e quaisquer outros contratos adicionais, a celebrar pelas entidades adjudicantes elencadas no seu artigo 2.º, desde que caracterizados pela nota da sua exposição à concorrência de mercado.

Assim, a análise preliminar que se impõe empreender passa, fundamentalmente, por apurar se as concessões dominiais ou melhor as prestações emergentes desses contratos de concessão de utilização privativa ou de exploração de bens públicos estão ou ao menos são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

A resposta parece não poder deixar de ser positiva, uma vez que, abstraindo da questão, que se nos afigura irrelevante deste ponto de vista, de determinar se em causa está a satisfação de interesses de natureza primordialmente privada (concessão de utilização privativa do domínio público) ou de matriz essencialmente pública (concessão de exploração do domínio público), o que não deixa de ser verdade, em qualquer circunstância, é que, a menos que tal seja legítima e expressamente vedado por lei, há um número tendencialmente indeterminado de operadores económicos interessados no desenvolvimento das actividades (também) económicas de utilização ou de exploração de bens do domínio público, o que se afigura, só por si, como condição necessária e suficiente para afirmar que há, ao menos potencialmente, mercado e, nessa medida, espaço para a abertura efectiva destes sectores à concorrência.

Posto isto, isto é, assente o pressuposto de que as concessões dominiais em geral e as concessões relativas à utilização privativa ou à exploração do domínio público portuário em especial devem ser perspectivadas como contratos de que emergem prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, o que implicaria a respectiva submissão de princípio aos procedimentos públicos adjudicatórios definidos na parte II do CCP (em particular os procedimentos de ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, negociação e diálogo concorrencial, conforme previstos no artigo 16.º, n.º 1, alíneas a) a e), do referido diploma legal), convém esclarecer que esta sujeição regra dos procedimentos pré-contratuais dirigidos à respectiva adjudicação à parte II daquele Código pode soçobrar em razão da natureza de que concretamente se revista a respectiva entidade adjudicante.

Com efeito, se estiver em causa um contrato de concessão da exploração ou gestão do domínio público marítimo-portuário a celebrar entre duas das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP, o mesmo encontra-se, por expressa determinação legal (artigo 6.º, n.º 1, do Código), excluído do seu âmbito objectivo de aplicação pelo que concerne à disciplina pelo mesmo instituída, na sua parte II, em matéria de contratação pública, o mesmo sucedendo, aliás, por força do disposto no artigo 6.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, se a entidade adjudicante de um contrato de utilização privativa ou de exploração do domínio público portuário consubstanciar um organismo de direito público para efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, do CCP ou, por último, se estivermos perante a concessão de utilização privativa de parcelas do domínio público marítimo-portuário por parte de concessionários privados da respectiva exploração (artigo 3.º, n.º 2, do Código).

Na verdade, sempre que esteja em causa a formação de contratos a estabelecer entre entidades adjudicantes pertencentes à administração pública em sentido clássico, o Código só releva, pelo que respeita à determinação imperativa dos procedimentos pré-contratuais aos mesmos aplicáveis, relativamente aos contratos que, atentas as respectivas prestações típicas, sejam de considerar como empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços (art.º 6.º, n.º 1, do CCP), o que significa que o contrato de concessão de exploração (ou, no limite, de concessão de utilização privativa) a celebrar por duas das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP, porque ausente do elenco taxativo ou fechado de tipos contratuais previsto no referido preceito do Código – artigo 6.º, n.º 1, do CCP –, não está sujeito às regras de contratação pública contidas na parte II do Código.

De igual modo, todos os contratos celebrados por *organismos de direito público* (artigo 2.º, n.º 2, do CCP), entre si ou com terceiros operadores económicos, cujas prestações típicas aos mesmos associadas não permitam a sua recondução aos tipos atrás apontados (empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços), deixam, igualmente, de estar subordinados à parte II do CCP (artigo 6.º, n.º 2, do CCP), o que quer dizer que qualquer concessão de uso privativo ou de gestão do domínio público portuário outorgada por um organismo de direito público não tem que ser precedida, porque não incluída no catálogo legal de contratos atrás mencionado, de um dos procedimentos públicos pré-contratuais previstos e regulados no Código no quadro normativo definido para a contratação pública<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> A noção de «organismo de direito público», como é sabido, pressupõe que nos confrontemos com pessoas colectivas, públicas ou privadas, criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, conquanto sejam (i) maioritariamente financiadas pelas entidades públicas referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP (ii) sujeitas ao seu controlo de gestão ou (iii) integradas por órgãos de administração, gestão ou fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas. Emergem, assim, enquanto predicados indefectíveis, de verificação cumulativa e permanente, da noção comunitária de «organismo de direito público» (artigo 1.º, n.º 9, da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março), a personalidade jurídica, a estreita dependência ou sujeição à influência dominante de um poder público e a criação para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Com esta criação jurisprudencial (afirmada embrionariamente, pela primeira vez, no Acórdão Beentjes – C-31/87), pretendeu o TJCE «suprimir os entraves à livre

Por fim, também os contratos de concessão do uso privativo de bens públicos portuários de natureza dominial celebrados por concessionários privados da correspondente exploração ficam de fora do âmbito objectivo de previsão do Código, porquanto estes concessionários, apesar de desempenharem funções materialmente administrativas não são, só por si e enquanto tais, entidades adjudicantes para efeitos do disposto no artigo 2.º do CCP.

Pese embora o que antecede, a inclinação vai, cada vez mais, no sentido de, a pretexto da definição do enquadramento normativo específico aplicável a determinados sectores da vida económico-social, estabelecer regimes *ad hoc* mais finos capazes de captar, na sua intrínseca complexidade, as especificidades próprias desses sectores do ordenamento objecto de regulação autónoma.

Tal é o que sucede, desde logo, com a proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*, a qual prevê, nos seus artigos 78.º a 82.º, um «procedimento adjudicatório» específico e relativamente autónomo para a atribuição/adjudicação de contratos administrativos de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público.

Aprofundando a linha de orientação inaugurada pelo estatuído no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto (relativo à conformação do regime jurídico aplicável ao património imobiliário público – RJPIP), em que se determinava, precisamente, que «as entidades abrangidas pelo presente decreto-lei devem, na gestão dos bens imóveis, assegurar aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efectiva», a Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* vem estabelecer, enquanto princípio de alcance geral válido para os procedimentos públicos adjudicatórios de contratos de concessão de uso privativo ou de exploração de bens do domínio público, que «a atribuição de concessões é realizada através de um procedimento concorrencial destinado à formação de um contrato administrativo» (artigo 80.º da referida proposta de lei).

Este procedimento público adjudicatório, de iniciativa oficiosa (embora possa haver requerimento de qualquer interessado particular a solicitar a respectiva abertura pela Administração), passa por uma decisão de abertura que (i) identifica as necessidades públicas a satisfazer com o procedimento e (ii) aprova a sua prévia avaliação jurídica e económico-financeira, bem como os respectivos programa e caderno de encargos (artigo 78.º da mencionada Proposta de Lei).

A avaliação jurídica e económico-financeira prévia centra-se, em especial, na indagação das vantagens associadas ao recurso à concessão, por contraposição a formas alternativas

circulação de serviços e de mercadorias e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor bens e serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro». No fundo, procurava-se «excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outro organismo de direito público se deixar levar por considerações não económicas». Para o efeito, propugnava-se um conceito autónomo e funcional de organismo de direito público, que, partindo da indiferença pela forma jurídica, pública ou privada, assumida pela pessoa colectiva concretamente em causa, procurava submeter ao estatuto de entidade adjudicante (obrigada ao cumprimento das regras da contratação pública) todo e qualquer sujeito de imputação final de direitos e deveres cuja actividade não se desenvolvesse num contexto de mercado concorrencial («oferta de bens e serviços num mercado livre, em concorrência com outros operadores económicos» - TJCE). Cfr., sobre a natureza estritamente comunitária da noção de organismo de direito público, que deve, em razão disso mesmo, ser objecto de uma interpretação funcional, autónoma e uniforme, em toda a comunidade, conforme é justamente acentuado pelo TJCE em múltiplos dos seus Acórdãos, José María Gimeno Feliu, *El Nuevo Ámbito Subjetivo de Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y Sombras*, *Revista de Administración Pública*, (RAP), 176, 2008, p. 21 (nota 20) e, ainda, sobre os pressupostos cumulativos a que obedece a fisionomia do conceito de matriz exclusivamente comunitária de organismo de direito público, Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, 2007, p. 224 a 227. V., por fim, em geral, sobre a noção de organismo de direito público, Christopher Bovis, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford University Press, 2006, p. 205; Sue Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet and Maxwell, 2005, p. 1464 e segs.; V. Caputi Jambrenghi, «L'organismo di diritto pubblico», *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 13 e segs.; Daniele Marrama, «Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»», *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 585 e segs.; Roberto Garofoli, «Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profile ancora problematici», in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milão Giuffrè, 2005, p. 155 e segs., e in *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, 2007, p. 555 e segs..

de satisfação das mesmas necessidades colectivas, e incide sobre apreciação do esquema jurídico de repartição dos riscos e benefícios projectados no caderno de encargos e, igualmente, caso se preveja uma fase de negociação, sobre o possível resultado contratual (artigo 79.º da mesma proposta de diploma legal).

Em matéria de procedimentos adjudicatórios concretamente aplicáveis às referidas concessões dominiais parece valer uma remissão em bloco para o disposto no CCP, ainda que com ressalva das adaptações introduzidas pela referida Proposta de Lei (artigo 80.º, n.º 2, da Proposta de Lei).

Esta remissão deve entender-se como sendo feita para o disposto no artigo 21.º do CCP – escolha do procedimento de formação de outros contratos –, ainda que se nos afigurasse como materialmente mais ajustada uma solução que contemplasse o reenvio para o disposto no artigo 31.º do mesmo diploma legal em que se encontram justamente contemplados os critérios para a selecção dos procedimentos pré-contratuais aplicáveis a outras concessões que não as de natureza dominial.

De todo o modo, o legislador não se ficou por este reenvio global para o CCP, antes teve a preocupação de enxertar uma nova causa legitimadora do recurso ao procedimento de ajuste directo, que resulta da circunstância da concessão assentar num modelo de negócio ou em tecnologia originais, cujo desenvolvimento seja relevante para o interesse público, devendo essa mesma relevância para a comunidade globalmente considerada ser objecto de expresso reconhecimento pelos órgãos competentes para o efeito, em particular pelo Conselho de Ministros na hipótese de bens pertencentes ao domínio público do Estado (artigo 80.º, n.ºs 3 e 4, da Proposta de Lei).

Acresce que, regra geral, os procedimentos pré-contratuais tendo por escopo a atribuição de concessões de uso privativo ou de exploração de bens públicos devem contemplar, obrigatoriamente, excepto se particulares circunstâncias do mercado o tornarem inconveniente para o interesse público, uma fase de negociação, incumbindo à entidade adjudicante prover à regulamentação da negociação no programa do procedimento, estabelecendo, designadamente, os objectivos e parâmetros a que a mesma deverá necessariamente obedecer (artigo 81.º da Proposta de Lei).

Por fim, pode ser dada preferência na adjudicação ao particular que tenha requerido a abertura do procedimento público adjudicatório do contrato de concessão dominial de que concretamente se trate, contanto que (i) o acto adjudicatório ocorra dentro do prazo de três anos a contar da data de entrada do requerimento particular (ii) a pretensão do particular se caracterize pela originalidade do negócio a desenvolver ou da tecnologia a utilizar e (iii) apenas tenham sido submetidos à concorrência aspectos quantitativos do contrato a celebrar (artigo 82.º da Proposta de Lei).

Ao regime acabado de sumariar vem-se sobrepor a disciplina, de teor ainda mais específico, traçada pela denominada Proposta de Lei dos Portos.

Particularmente pelo que respeita à densificação da disciplina jurídico-normativa conformadora dos procedimentos públicos adjudicatórios de concessões dominiais portuárias, a Proposta de Lei sob apreciação dedica uma particular atenção às concessões de uso privativo, deixando, do mesmo passo, relativamente na sombra as concessões de exploração ou de gestão do domínio público marítimo-portuário (artigo 8.º, n.º 3 e 10.º, n.º 3, da Proposta de Lei dos Portos).

Na realidade, o artigo 30.º da Proposta de Lei dos Portos estabelece que «os títulos de uso privativo previstos na presente lei são atribuídos mediante procedimento concursal, salvo nos casos previstos nos artigos 32.º e 33.º».

O procedimento concursal em causa deve ser publicitado no sítio da *Internet* e nas instalações da autoridade portuária especificamente em causa, devendo identificar, designadamente, o bem dominial em causa, as principais características da sua utilização, os critérios de escolha do adjudicatário e, se aplicável, os critérios de qualificação dos concorrentes (artigo 31.º, n.os 1 e 2, da Proposta de Lei dos Portos).

O prazo para apresentação de propostas é fixado, regra geral, em 30 dias (podendo ser inferior no caso de atribuição de licenças), devendo o júri previamente designado para o efeito, decorridos que sejam 30 dias sobre o termo do prazo para apresentação das propostas, elaborar

um relatório preliminar (projecto de relatório lhe chama a proposta de lei em questão), contendo a apreciação do mérito das propostas admitidas e a sua ordenação para efeitos de atribuição do uso privativo (artigo 31.º, n.ºs 3 e 4, da Proposta de Lei dos Portos).

Este relatório preliminar é enviado aos concorrentes para efeitos de audiência prévia dos interessados, a exercer por escrito em prazo nunca inferior a 10 dias, findo o qual o júri, ponderados os respectivos contributos (caso existam), procede à elaboração de um relatório final em que propõe, ao competente órgão da autoridade portuária, a adjudicação do contrato ao concorrente que tenha apresentado melhor proposta (proposta classificada em primeiro lugar) ou, em alternativa, se for caso disso, a não adjudicação por razões de interesse público devidamente fundamentadas (artigo 31.º, n.ºs 5 e 6, da Proposta de Lei dos Portos).

Por fim, cabe referir que o título resultante do procedimento concursal deve ser outorgado no prazo máximo de 30 dias a contar da notificação da adjudicação, produzindo efeitos desde a data da sua aceitação (licença de uso privativo) ou assinatura (contrato de concessão de uso privativo), consoante os casos (artigo 31.º, n.º 7, da Proposta de Lei dos Portos).

A Proposta de Lei dos Portos franqueia as portas ao ajuste directo de contratos de concessão de utilização privativa do domínio público portuário não apenas nas hipóteses contempladas no CCP, mas também sempre que esteja em causa a atribuição de licenças de uso privativo de duração inferior a um ano ou procedimentos de adjudicação de contratos de concessão de utilização privativa desencadeados por iniciativa particular, hipótese em que a autoridade portuária publicita o pedido apresentado pelo interessado particular na *Internet* e nas suas instalações pelo prazo de 30 dias, decorrido o qual, sem que seja apresentado um pedido concorrente, pode adjudicar ao único proponente por ajuste directo (artigos 32.º e 33.º da Proposta de Lei dos Portos).

Na hipótese, alternativa, de serem apresentados mais propostas de adjudicação abre-se um procedimento concursal entre os interessados, gozando, contudo, o primeiro requerente do direito de preferência, desde que comunique, no prazo de 10 dias, que aceita sujeitar-se às condições da proposta seleccionada (artigo 33.º da Proposta de Lei dos Portos).

Quanto às concessões de exploração do domínio público marítimo -portuário, a Proposta de Lei dos Portos revela-se bastante mais lacónica, sem, no entanto, deixar de lhes fazer menção, nomeadamente nos seus artigos 15.º e 16.º, sempre que em causa esteja a gestão, pelo IPTM, I.P., dos portos de pesca e dos portos e infra-estruturas de navegação de recreio e de desporto.

Em ambos os casos se aponta para a contratualização da respectiva gestão com terceiros, de preferência municípios ou associações de municípios (artigos 15.º, n.º 1 e 16.º, n.º 2, da Proposta de Lei dos Portos), o que mais não configura, afinal, do que a entrega da exploração destes bens públicos (portos secundários), em regime de concessão, a terceiros operadores económicos, independentemente da sua natureza pública ou privada.

Não deixa, contudo, de ser curioso que a Proposta de Lei dos Portos nada acrescente sobre os procedimentos públicos de matriz pré-contratual a que se deve guardar fidelidade nestas situações, em especial quando se trata de devolver a gestão ou exploração de bens públicos portuários a terceiros privados em sentido jurídico-material.

Em face do complexo enquadramento normativo atrás delineado para o regime de contratação pública que se deve ter por aplicável às concessões portuárias de carácter dominial, torna-se absolutamente indispensável figurar vários cenários alternativos em ordem a operar a redução da sua imanente complexidade e a potenciar uma sua adequada compreensão.

Assim, e em primeiro lugar, devemos partir dos dados actualmente vigentes, abstraindo seja da disciplina vertida na Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* para os procedimentos públicos adjudicatórios de concessões dominiais, seja das regras definidas na Proposta de Lei dos Portos em particular para as concessões de utilização privativa de parcelas do domínio público portuário.

Neste primeiro cenário, circunscrito exclusivamente ao que se dispõe no CCP, teríamos que as concessões de utilização privativa do domínio público portuário a atribuir pelas autoridades portuárias, atenta a sua condição de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (o que faz delas organismos de direito público para efeitos do previsto no artigo 2.º, n.º 2, do CCP), estariam isentas, nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 2, do mesmo diploma legal e excepção feita à previsão de regimes *ad hoc* de contratação pública por lei especial, da observância de quaisquer procedimentos públicos de natureza pré-contratual, uma vez que as concessões dominiais não figuram entre a constelação de contratos cuja adjudicação por organismos de direito público (nomeadamente por sociedades de capitais integralmente públicos, como é o caso) é feita depender da abertura de procedimentos públicos adjudicatórios abertos ou semi-abertos.

Da mesma forma, e agora pelo que se reporta às concessões de exploração do domínio público portuário, designadamente as adjudicadas por pessoas colectivas públicas a entidades de igual natureza (vg., Estado-municípios), resultaria, também, do disposto do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, a exclusão da respectiva sujeição a quaisquer procedimentos públicos adjudicatórios, salvo, claro está, no caso de estabelecimento de procedimentos especiais de contratação pública por lei específica, dado que, também nesta situação (e conforme já mencionado), não é possível, no contexto dos contratos a celebrar entre as entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP (entidades integradas na administração em sentido clássico), subordinados ao lançamento de procedimentos de natureza concorrencial, descortinar qualquer referência às concessões de matriz dominial.

Por último, também estariam subtraídos à obrigatoriedade de perfilhar procedimentos pré-contratuais de natureza juspublicística no contexto da adjudicação de contratos de concessão da utilização privativa de bens integrados no domínio público portuário os concessionários privados a que coubesse a respectiva exploração em regime de concessão e isto porque estes últimos não são, só por si e enquanto tais, entidades adjudicantes à luz do artigo 2.º, n.º 2, do CCP.

Termos em que restaria a submissão ao CCP, designadamente à norma, de vocação eminentemente residual, que estabelece os procedimentos adjudicatórios de matriz pré-contratual extensivos a todos e quaisquer contratos que, estando submetidos a uma lógica concorrencial, não se subsumam no âmbito de previsão de nenhuma outra norma do CCP relativa à delimitação do seu âmbito objectivo de aplicação (artigo 21.º do CCP), dos contratos de concessão de utilização privativa ou de exploração de bens do domínio público marítimo-portuário adjudicados pelas entidades adjudicantes pertencentes ao sector público administrativo clássico (artigo 2.º, n.º 1, do CCP) a terceiros operadores económicos privados.

Ainda de harmonia com este quadro, o procedimento regra a adoptar seria, independentemente do valor do contrato de concessão dominial portuária a celebrar, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação (*princípio da intercambialidade* entre concurso público e concurso limitado por prévia qualificação), podendo, ainda, haver lugar para o ajuste directo, no caso de contratos de valor inferior a 100.000 euros ou em que, por razões de ordem material, se justifique a dispensa do recurso ao concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação (artigo 21.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP)<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Apesar de conhecerem uma fisionomia profundamente diferenciada, o legislador deixa ao critério discricionário da entidade adjudicante a opção, em cada caso (e independentemente do valor dos contratos a celebrar), pelo procedimento de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. Ainda que o regime aplicável a cada um destes procedimentos pré-contratuais se revele sensivelmente distinto noutros planos, o certo é que a sua linha divisória assenta, sobretudo, na previsão (concurso limitado por prévia qualificação), ou não (concurso público), de uma fase de pré-qualificação dos candidatos em função da capacidade técnica e financeira concretamente demonstradas no âmbito do procedimento, uma vez superada esta fase, os candidatos, desde que qualificados, são então convidados a apresentar as correspondentes propostas, seguindo então a tramitação do procedimento, intencionalmente dirigida à apreciação do respectivo mérito, nos termos essencialmente definidos para o procedimento de concurso público.

Um outro cenário passaria pela consideração da entrada em vigor, o que se afigura no mínimo expectável, da Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*, hipótese em que, ao menos aparentemente, a adjudicação de contratos de concessão de bens do domínio público portuário, seja de utilização privativa seja de exploração ou gestão de bens do domínio público e independentemente da natureza da respectiva entidade adjudicante, estaria sempre dependente da abertura de um procedimento, mais ou menos aberto, de natureza concorrencial (aí incluídos, em via de princípio e na falta de especificação legal, os procedimentos de ajuste directo com convite a mais de uma entidade, de negociação, de diálogo concorrencial, de concurso limitado por prévia qualificação e de concurso público)<sup>53</sup>.

Este procedimento teria como seus traços vertebradores, essencialmente distintivos, os seguintes:

- avaliação prévia da respectiva utilidade económica e financeira;
- inclusão de uma causa autónoma de ajuste directo para lá das recenseadas no CCP – concessão assente em modelo de negócio ou em tecnologia originais e cujo desenvolvimento seja expressamente reconhecido como relevante para o interesse público;
- enxerto, em regra, de uma fase de negociação (o que excluí, nestas hipóteses, o recurso ao diálogo concorrencial e ao concurso limitado como modalidades adjudicatórias de concessões dominiais, porquanto, de acordo com o CCP, se revelam incompatíveis com a integração de uma sub-fase procedimental de negociação das propostas), à semelhança do que vale para as concessões de obras públicas e de serviços públicos no âmbito do CCP (artigos 149.º a 154.º deste último diploma legal), a qual pode ser excluída pela entidade adjudicante, ao abrigo de um poder discricionário mitigado, sempre que «*particulares circunstâncias do mercado a tornem inconveniente para o interesse público*»;
- preferência, na adjudicação, mediante a observância de requisitos legais pré-estabelecidos, ao particular que haja requerido a abertura do procedimento atributivo da concessão.

Por fim, teríamos um último cenário, ao menos parcialmente sobreposto com o anteriormente assinalado (em especial pelo que se refere à tramitação pré-contratual a cumprir no contexto da adjudicação de concessões de utilização privativa de bens do domínio público marítimo-portuário), precipitado lógico e indissociável de uma também provável entrada em vigor da Proposta de Lei dos Portos.

De acordo com esta perspectiva, teríamos que, em matéria de concessões de exploração ou de gestão de bens integrados no domínio público marítimo-portuário, tudo se passaria, em face da omissão da Lei de Portos pelo que concerne aos procedimentos públicos adjudicatórios aplicáveis a esta categoria específica de concessões dominiais, fundamentalmente de harmonia com o regime recortado pela proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* nos termos acabados de enunciar, já pelo que respeita às concessões de uso privativo haveria que atender à disciplina singular contida na Proposta de Lei dos Portos.

Conforme já tivemos oportunidade de o evidenciar, a Proposta de Lei dos Portos aponta, a este propósito específico, para um modelo concursal de adjudicação de contratos de concessão de utilização privativa de bens do domínio público marítimo-portuário, isto é, não basta o recurso a procedimentos de matriz concorrencial, abertos ou semi-abertos, antes

<sup>53</sup> Obviamente que tal não afasta, ao menos em nosso entender, a exclusão do âmbito objectivo incidência da proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* das concessões dominiais que se subordinem, em especial, ao disposto nos n.os 1 e 2 do art.º 5.º do CCP. Cfr., em particular, pelo que se refere à análise do art.º 5.º, n.º 2, do referido diploma legal, em que se acha vertida, nos seus pressupostos fundamentais, a dogmática das relações *in house*, fruto do intenso labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Pedro Gonçalves, (n. 1), p. 49 a 54 e 178 a 189, bem como, em termos fundamentalmente concordantes, Bernardo Azevedo, *Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, *Estudos de Contratação Pública – I*, 2008, p. 115 a 145.

se exigindo uma sua matriz declaradamente concursal, o que significa que apenas se abre espaço para o concurso público e para o concurso limitado por prévia qualificação enquanto modalidades de procedimento pré-contratual admissíveis em ordem à adjudicação das concessões de uso privativo de bens públicos portuários.

Enquanto desvios mais sensíveis à tramitação comum definida no CCP para a adjudicação de contratos públicos, impõe-se registar o seguinte:

- Previsão de uma causa autónoma de ajuste directo, a par das demais hipóteses consignadas no CCP, consubstanciada na atribuição da concessão de utilização privativa ao seu requerente particular, desde que, na sequência da publicitação externa do respectivo pedido, não tenha sido apresentado nenhum pedido concorrente (o mesmo se estabelecendo, aliás, para as licenças de uso privativo com prazo até um ano);

- Estabelecimento, ao menos aparente, de um procedimento mais simplificado de apreciação do mérito das propostas, que não tem de responder às exigências postas pelo complexo modelo de avaliação das mesmas definido no artigo 139.º do CCP.

- Inexigibilidade do princípio da dupla audiência prévia postulado pelo CCP (vg. artigos 124.º e 148.º do CCP), desde que, na sequência das observações apresentadas pelos concorrentes em sede de relatório preliminar, haja lugar, no contexto da elaboração do relatório final, para a (proposta de) exclusão de propostas anteriormente admitidas ou para a (proposta de) alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar;

- Abertura do elenco de causas de não adjudicação, por relação à indicação exaustiva (pelo menos de acordo com os que sufragam semelhante linha de entendimento) contida no artigo 79.º, n.º 1, do CCP, dotando-se a Administração de verdadeiros poderes discricionários capazes de caucionar, neste domínio particular, qualquer decisão negativa de adjudicação, desde que estribada em *razões de interesse público devidamente fundamentadas*<sup>54</sup>.

### 3.2. O regime de contratação pública aplicável às concessões de serviço público relativas às actividades de cariz portuário e de natureza logística a exercer nas áreas portuárias.

A concessão de serviço público, outro dos tipos contratuais de manifestação recorrente no domínio do sector portuário, sobretudo no contexto da operação portuária, tem persistido em manter-se arredada do âmbito objectivo de previsão das directivas comunitárias em matéria de contratação pública e isto não obstante as múltiplas discussões travadas a este propósito particular<sup>55</sup>.

O carácter *intuitu personae* do contrato em causa torná-lo-ia no mínimo refractário à sujeição às regras puras do mercado, a implicar a sua exposição indiscriminada à concorrência aberta dos operadores económicos actuantes no sector de actividade concretamente em causa, uma vez que a base de confiança subjacente à selecção do co-contratante da Administração poderia ficar definitivamente comprometida na hipótese de se dar exclusiva preferência a procedimentos pré-contratuais de natureza aberta ou semi-aberta.

<sup>54</sup> Sobre a submissão das concessões dominiais, em geral, às regras da contratação pública, ainda que apenas na perspectiva da delimitação do âmbito objectivo de aplicação da parte II do CCP, Ana Raquel Moniz, Contrato público e domínio público, *Estudos de Contratação Pública – I*, 2008, p. 831 a 892 (*maxime* p. 846-852).

<sup>55</sup> Em ordem à determinação do critério que marca a linha divisória entre o contrato público de prestação de serviços (subordinado ao regime jurídico específico definido pelas directivas relativas aos contratos públicos) e a concessão de serviço público (sujeita ao regime menos rigoroso decorrente da aplicabilidade directa dos princípios gerais do Tratado), cfr. o acórdão *Parking Brixen*, em que o TJCE defende que enquanto «o contrato público de serviços (...) comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços», a concessão de serviço público importa que «a remuneração do prestador de serviços provém não da autoridade pública, mas de montantes pagos por terceiros pela utilização» do serviço prestado, daí decorrendo inexoravelmente que é ao prestador de serviços que cabe a assunção do risco pela exploração dos serviços em questão. No mesmo sentido, cfr., ainda, Biagio Gilberti, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, *Foro Amministrativo – Consiglio Stato (FA)*, 2006, p. 45 e 46, que sublinha que é na transferência do «risco empresarial» para o concessionário que descansa afinal o signo distintivo da figura da concessão de serviço público por relação à do contrato público de prestação de serviços.

Pese embora o que antecede, a verdade é que o nosso legislador, antecipando-se à tendência, que se tem vindo a avolumar no espaço comunitário, de fazer depender a adjudicação de concessões de serviço público da observância de procedimentos públicos adjudicatórios prévios, ainda que com grau de abertura variável, veio a submeter, definitivamente, as mesmas, não obstante o tratamento jurídico-normativo de feição marcadamente especializada que lhes consagrou, aos procedimentos públicos adjudicatórios previstos no CCP para a adjudicação de contratos públicos (artigo 31.º do CCP).

De harmonia com o disposto no referido artigo 31.º do CCP, a adjudicação de concessões de serviços públicos (o mesmo valendo, aliás, para as concessões de obras públicas) está, em princípio e indiferentemente, subordinada aos procedimentos de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação e de negociação.

Além disso, sempre que a escolha, de teor fundamentalmente discricionário, da responsabilidade da entidade adjudicante, venha a recair sobre o procedimento de concurso público, aquela pode ainda optar, ao abrigo da respectiva autonomia pública decisória, por abrir espaço, no respectivo contexto, para uma fase de negociação das propostas, em razão do disposto nos artigos 149.º a 154.º do CCP<sup>56</sup>.

Sempre que, devido à complexidade do contrato de concessão de serviços públicos a celebrar, não se revele ou mostre objectivamente possível a abertura imediata de um procedimento de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, haverá lugar para o lançamento de um procedimento de diálogo concorrencial, sendo os candidatos previamente qualificados «convidados» a apresentar a solução técnica, jurídica ou económico-financeira que se lhes afigure mais razoável ou ajustada tendo em vista o objectivo final a atingir com a adjudicação do contrato que especificamente se encontre em causa. Em sequência, haverá ainda lugar para uma fase de diálogo com os candidatos sobre as soluções apresentadas e, apenas quando a solução final se encontrar devidamente estabilizada, se abrirá espaço, propriamente, para a apresentação das propostas e adjudicação àquela que se apresentar como mais vantajosa na perspectiva da satisfação do interesse público.

Por fim, cumpre igualmente enfatizar que o recurso ao procedimento de ajuste directo é, para os contratos de concessão de serviços públicos, significativamente simplificado, sendo admitido à entidade adjudicante socorrer-se desta modalidade de procedimento de adjudicação, desde que tal seja ditado ou justificado por razões de interesse público relevante, o que, em bom rigor, significa reconhecer à Administração o poder de discricionariamente modelar, em cada momento, qual o procedimento pré-contratual que se mostra, em concreto, mais adequado à selecção do seu co-contratante externo.

No caso das concessões de serviço público, há ainda que advertir para os reflexos que daí emergem em matéria de configuração da exacta fisionomia assumida pelas peças do procedimento, uma vez que os cadernos de encargos relativos a procedimentos públicos adjudicatórios desta categoria de contratos têm sempre que incluir um código de exploração com os direitos e obrigações das partes e dos terceiros utentes dos serviços (artigo 44.º do CCP).

Resta acrescentar que relativamente às concessões de serviços públicos portuários a Proposta de Lei dos Portos (artigo 42.º) se limita a afirmar o princípio geral, de harmonia com o que dispõe a lei actualmente em vigor neste domínio particular (designadamente os Decretos-Lei n.os 298/93 e 324/94, respectivamente de 28 de Agosto e de 30 de Dezembro) de que «a prestação ao público das actividades de cariz portuário ou de natureza logística (...) deve ser objecto de concessão, designadamente em regime de serviço público».

<sup>56</sup> Importa referir que o leque de entidades adjudicantes, em virtude de nos encontrarmos no domínio dos sectores ditos especiais (colocação à disposição dos transportadores marítimos ou fluviais de quaisquer terminais de transporte, designadamente portos marítimos ou interiores – art.º 9.º, n.º 1, alínea b), ii)), tende para um alargamento exponencial, em virtude do disposto no art.º 7.º do CCP.

Especificamente pelo que respeita ao procedimento de formação a que se encontram adstritos os contratos de concessão de serviços públicos relativos a actividades portuárias, é determinado, pelo artigo 43.º da Proposta de Lei dos Portos, igualmente em linha com o que se estabelecia para o direito anterior (que estabelecia o concurso público como procedimento típico de adjudicação desta categoria de contratos concessórios), que os mesmos seguem «o regime previsto no CCP para os contratos de concessão de serviço público».

A única especialidade de regime que é introduzida prende-se com os programas de procedimento e cadernos de encargos, os quais são elaborados (e aprovados) pela autoridade portuária concedente mediante parecer prévio do IPTM, I.P., para a generalidade das concessões de serviço público no sector das actividades portuárias, sucedendo, contudo, que, se o prazo da concessão for superior a dez anos, terá que haver intervenção, necessária, do Governo, a que caberá a respectiva aprovação, através de Resolução do Conselho de Ministros, também precedida de parecer prévio do IPTM, I.P., (artigo 44.º da Lei dos Portos) <sup>57 58</sup>.

Por fim, apenas uma nota para salientar que também a subconcessão (total ou parcial) - designadamente quando a possibilidade de a mesma se efectuar não se encontrar prevista nas peças procedimentais dirigidas à celebração do contrato principal - deve ser sujeita à observância de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*), de forma a garantir quer a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, quer o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

### **3.3. O regime de contratação pública aplicável às concessões de utilização privativa e de exploração de bens integrados no domínio público marítimo-portuário e, bem assim, às concessões de serviço público relativas às actividades de cariz portuário e de natureza logística a exercer nas áreas portuárias, na sua condição de contratos não incluídos no âmbito objectivo de incidência das directivas comunitárias relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.**

A linha de tendência que tem vindo a ganhar força no direito comunitário, impulsionada em larga escala pela jurisprudência do TJUE, mas também pela própria Comissão, vai, claramente, no sentido de que a adjudicação dos contratos de concessão de serviços públicos (a que poderíamos juntar, conforme vimos, os contratos de concessão dominiais), não estando embora coberta pelo âmbito de incidência das directivas relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve, porém, estar, ainda assim, sujeita, por força da aplicação directa e imediata do Tratado, a regras mínimas de publicidade e de transparência, por forma a assegurar o respeito pelas princípios da igualdade, não discriminação em razão da nacionalidade, mútuo reconhecimento, paridade de tratamento e imparcialidade, enquanto sustentáculos de um mercado aberto e concorrencial.

Neste sentido, de que a celebração de contratos de concessão de serviços públicos (o mesmo se poderia afirmar, acrescentamo-lo nós, para as concessões dominiais), isenta embora da aplicação das regras detalhadas constantes das directivas comunitárias relativas aos mercados públicos, fica ainda assim obrigada «a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular», se veio a pronunciar expressamente o TJCE no Acórdão *Telaustria* (Processo n.º C-324/98).

<sup>57</sup> Não pode ainda deixar de se fazer notar que, de harmonia com o estabelecido no art.º 15.º, n.º 2, da proposta de Lei dos Portos, a exploração das «áreas dos portos de pesca necessárias à realização do serviço público de venda do pescado em lota» são contratualizadas entre o IPTM, I.P. e a entidade a quem legalmente incumba a exploração desse serviço, obedecendo a formação do contrato em causa ao procedimento de ajuste directo e sendo a respectiva adjudicação objecto de despacho conjunto das respectivas tutelas, no qual se fixa o preço da concessão (art.º 15.º, n.º 3, da referida proposta de lei).

<sup>58</sup> Cfr., sobre o regime jurídico recortado para as concessões de serviço público pelo CCP, Fernanda Maçãs, A concessão de serviço público e o código dos contratos públicos, *Estudos de Contratação Pública - I*, 2008, p. 371 a 430 (em especial p. 404-408).

O TJCE fez, contudo, questão de clarificar, no mesmo acórdão, que do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade resulta «uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se de que o referido princípio é respeitado», sendo que esta «obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor dos potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para assegurar a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.»

De harmonia com esta linha de entendimento se encontra, igualmente, a posição assumida pela Comissão seja no *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM (2004), de 30.04.2004 (com especial realce para as considerações constantes dos seus § 29 a 31), seja na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)*, (2008/C 91/02), de 12.04.08 (em particular no seu ponto 2.1).

De referir, ainda, que também no caso de contratos públicos situados abaixo dos limiares comunitários fixados pelas directivas como condição necessária para a respectiva aplicabilidade (ou apenas parcialmente abrangidos pelas mesmas), há lugar para a necessária observância de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*) por forma a garantir a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

Este imperativo, afirmado recorrentemente pela jurisprudência do TJCE, designadamente através do acórdão *Ben Moustien Vestergaard* (Processo n.º C-59/00), encontra-se hoje formalmente condensado na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, (2006/C 179/02), de 01.08.2006.

Claro está que a relevância desta posição assumida pelas instâncias comunitárias por relação aos contratos não abrangidos pelas normas de incidência objectiva das directivas comunitárias em matéria de contratação pública acaba por ser tendencialmente marginal se circunscrevermos a nossa preocupação apenas aos contratos de concessão de serviços públicos, porquanto estes últimos já dispõem de uma regulação específica e autónoma no CCP destinada, justamente, a delimitar o espectro de procedimentos públicos adjudicatórios aplicáveis à sua formação.

No entanto o mesmo já não sucede com as concessões dominiais, que, na falta de aprovação de uma regulamentação *ad hoc* tendo por finalidade definir os procedimentos pré-contratuais aplicáveis à sua formação (caso da Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* e da proposta de lei dos portos) e perante a contingência de vir a prevalecer um entendimento (contrário ao nosso) que vote pela sua não sujeição ao CCP, passariam a figurar, precisamente, entre os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias, mas, ainda assim, adstritos ao respeito, no contexto da sua formação, de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*), por forma a garantir a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação<sup>59 60</sup>.

<sup>59</sup> V., Sobre tudo isto, na doutrina, Sue Arrowsmith, *The past and the future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, *Public Contract Law Journal (PCLJ)*, n.º 35, vol. III, 2006, p. 365 a 367; Luca R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, *DA*, 2, 2006, p. 398 a 402 e 404 a 406 e, especificamente pelo que toca aos contratos públicos situados abaixo dos limiares definidos pelas directivas comunitárias, cfr., sinteticamente, Frédéric Rolin, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, *AJDA*, 2005, p. 901.

<sup>60</sup> Resta, por último, referir que sempre que estas concessões dominiais ou de serviços públicos no sector marítimo-portuário derem origem à constituição de parcerias público-privadas, haverá que guardar fidelidade não só ao regime específico instituído pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho), como igualmente às especialidades que daí decorrem em matéria de contratação pública – v. art.º 37.º (órgão competente para a decisão de contratar); art.º 45 (caderno de encargos) e art.º 67.º, n.º 3 (regras de designação do júri), todos do CCP.

#### 4. A gestão dos portos e a preservação da biodiversidade marinha: as águas de lastro

Por último, é ainda de assinalar as preocupações ambientais que têm vindo a assumir importância crescente no âmbito dos sistemas de gestão dos portos, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional.

Efectivamente, ante a consciencialização de que navegação constitui uma das principais vias de introdução, através das águas de lastro e dos cascos das embarcações, de espécies que constituem uma causa de ameaça à preservação da biodiversidade marinha, de há alguns anos a esta parte que têm vindo a ser adoptadas medidas no sentido de os sistemas de gestão dos portos marítimos assumirem esta questão como uma das suas preocupações centrais.

Em Portugal, na sequência da Resolução A.868 (20), de Novembro de 1997, da Organização Marítima Internacional, que aprovou as orientações para o controle e gestão da água de lastro dos navios para minimizar a transferência de organismos aquáticos nocivos e agentes patogénicos, foi publicado o Decreto-Lei n.º 565/99, de 21 de Dezembro, que veio regular a introdução na Natureza de espécies não indígenas da flora e da fauna. Relativamente às águas de lastro, estabelece este diploma que, ao enchimento e despejo das águas de lastro dos navios, são aplicáveis as regras definidas nas linhas orientadoras da Organização Marítima Internacional (IMO) e do Conselho Internacional para a Exploração do Mar (ICES).

O principal objectivo destas orientações de fonte internacional é o de auxiliar os Estados e as autoridades relacionadas com a matéria, os comandantes de navios, os operadores e armadores e as autoridades portuárias, bem como outras entidades interessadas, a minimizar os riscos da introdução de organismos aquáticos nocivos e agentes patogénicos, provenientes da água utilizada como lastro pelos navios e dos sedimentos nela contidos e, ao mesmo tempo, resguardar a segurança dos navios.

Contudo, aquela Resolução não se limita a estabelecer meras orientações, prevendo, pelo contrário, indicações suficientemente precisas, dirigidas quer aos directos responsáveis dos navios, quer ao Estado do Porto, determinando, relativamente a este, entre outras coisas, que deve dotar os portos de instalações disponíveis para recebimento e tratamento da água utilizada como lastro, para permitir um esgoto ambientalmente seguro dos sedimentos existentes nos tanques de lastro. Adiantando ainda que a descarga da água utilizada como lastro pelos navios nas instalações de recepção e/ou de tratamento existentes no porto deve ser feita por meio de um controle adequado.

Também o Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo, elaborado na sequência e no âmbito da Estratégia Nacional para o Mar, constante da Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, de 12 de Dezembro, incluiu o controlo e gestão da água de lastro num dos seus objectivos fundamentais: a redução da poluição associada ao transporte marítimo.

Semelhante objecto tem vindo a constar de Directivas da União Europeia, designadamente das Directivas n.ºs 98/25/CE, do Conselho, de 27 de Abril, 98/42/CE, da Comissão, de 19 de Junho, e 99/97/CE, da Comissão, de 13 de Dezembro, relativas à aplicação, aos navios que escalem os portos da Comunidade ou naveguem em águas sob jurisdição dos Estados membros, das normas internacionais respeitantes à segurança da navegação, à prevenção da poluição e às condições de vida e de trabalho a bordo dos navios, prevendo mecanismos de inspecção pelo Estado do porto<sup>61</sup>.

As regras das Directivas foram transpostas para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 156/2000, de 22 de Julho, tendo aprovado o Regulamento de Inspeção de Navios Estrangeiros, alterado pelo Decreto-Lei n.º 284/2003, de 8 de Novembro<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Aquelas Directivas alteraram a Directiva n.º 95/21/CE, do Conselho, de 19 de Junho.

<sup>62</sup> O Regulamento de Inspeção de Navios Estrangeiros, havia sido inicialmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 195/98, de 10 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 156/2000, de 22 de Julho, e pelo presente diploma.

Nos termos daquele Regulamento, o IPTM deve realizar, anualmente, um número total de inspeções correspondente a, pelo menos, 25% do número médio anual de navios distintos que tenham escalado os portos nacionais, calculado com base nos três últimos anos civis.

Por sua vez, as administrações portuárias, ou outras entidades com competência em matéria de jurisdição portuária, devem disponibilizar ao IPTM e às capitánias dos portos a identificação dos navios estrangeiros abrangidos pelo Regulamento que entrem em todos os portos nacionais sob a sua jurisdição.

As autoridades portuárias dispõem também de estudos de caracterização das águas de lastro e de regulamentos que definem as condições ambientais e de segurança portuária da navegação.

Nos termos daqueles regulamentos, os navios devem subscrever à chegada o formulário de movimentação de águas de lastro, nos termos do já mencionado Decreto-Lei nº 565/99, de 21 de Dezembro, e da Resolução A.868(20), de 27 de Novembro de 1997, da Organização Marítima Internacional.

Entre outras regras determinadas pelas autoridades portuárias, podem destacar-se: as operações de lastro/deslastro directo de e para as águas portuárias devem ser reduzidas ao estritamente necessário para assegurar a segurança do navio; o lastro proveniente dos tanques de carga só pode ser bombeado para terra; o lastro permanente e o segregado só podem ser bombeados para as águas portuárias se não estiverem contaminados, devendo o navio assegurar-se previamente da inexistência de quaisquer produtos poluentes; em caso de dúvida, podem ser exigidas amostras do lastro, que devem ser seladas na presença de legal representante do navio, da autoridade portuária e da autoridade marítima; e sempre que for julgado conveniente, poderão ser mandadas selar as válvulas de fundo e sondados os tanques com lastro; etc.

Em face desta breve e genérica referência à questão ambiental, designadamente à preservação da biodiversidade marítima, no contexto da governação dos portos, pode concluir-se que, ao nível legal e regulamentar, Portugal tem vindo a adoptar medidas que, pelo menos abstractamente, se revelam apropriadas a salvaguardar aquele património natural.

**Palavras-Chave:** Portos marítimos; aspectos organizacionais; instrumentos jurídicos de gestão; concessão; contratos públicos; importância das questões ambientais.

*Licínio Lopes Martins e Bernardo Azevedo*  
Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra

# Os novos planos regionais de ordenamento do território

## Resumo

Pretende-se reflectir sobre alguns aspectos do procedimento de elaboração dos PROT, abordando aspectos positivos e negativos, na tentativa de identificação de algumas necessidades normativas, de desenvolvimento metodológico, de formação e capacitação dos agentes territoriais, bem como de revisão ou alteração do quadro legal do ordenamento do território e urbanismo vigente, por forma a contribuir para as correspondentes medidas de aperfeiçoamento.

### Nota Introdutória

O objecto do presente texto reconduz-se essencialmente aos novos Planos Regionais de Ordenamento do Território (PROT), concretamente ao PROT Norte, Prot Centro, Prot do Oeste e Vale do Tejo e Prot Alentejo, bem como à alteração do PROT da Área Metropolitana de Lisboa (Alteração ao PROTAML).<sup>1</sup>

A partir da experiência de participação na “Equipa de Projecto do Secretariado Executivo para o Acompanhamento e Apoio Técnico à elaboração dos PROT”, constituída na Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano (DGOTDU), para apoio ao Director-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, na qualidade de Presidente das respectivas Comissões Mistas de Coordenação (CMC), pretende-se neste trabalho final do Curso Pós Graduado de Direito do Ordenamento do Território, do Urbanismo e do Turismo, desenvolver uma breve reflexão sobre alguns aspectos do referido procedimento.

O presente trabalho escrito é também apresentado com espírito crítico, abordando deste modo aspectos positivos e negativos, na tentativa de identificação de algumas necessidades normativas, de desenvolvimento metodológico, de formação e capacitação dos agentes territoriais, bem como de revisão ou alteração do quadro legal do ordenamento do território e urbanismo vigente, por forma a contribuir para as correspondentes medidas de aperfeiçoamento.

Esta exposição parte, porém, de uma visão semelhante à perfilhada por Alves Correia, 2001, p. 100 e 104, do direito do urbanismo que tem uma “relação íntima” com o direito do ordenamento do território e que é entendido como um “condomínio de atribuições” que considera a “coexistência e concorrência de interesses nacionais, regionais e locais co-envolvidos (...) repartida em simultâneo aos diferentes níveis de Administração do Território”, bem como do pressuposto que um correcto ordenamento do território, com o qual o urbanismo se liga “íntimamente” é assumido constitucionalmente como uma tarefa fundamental do Estado.

<sup>1</sup> Cf. Resoluções do Conselho de Ministros n.º 29/2006, n.º 31/2006, n.º 30/2006, n.º 28/2006 todas de 23 de Março de 2006 e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 92/2008, de 5 de Junho de 2008.

O ordenamento do território deve assegurar uma adequada organização e utilização do território nacional, na perspectiva da sua valorização, designadamente no espaço europeu, tendo como finalidade o desenvolvimento económico, social e cultural integrado, harmonioso e sustentável do País, das diferentes regiões e territórios municipais.

Na denominada era da *globalização* um correcto ordenamento do território não pode dissociar-se da utilização racional dos inúmeros instrumentos legais já existentes para o efeito, de modo a dar resposta às prementes necessidades de desenvolvimento territorial, instrumentos esses cuja utilização deve garantir uma rápida e eficaz resposta que se compadeça com as condições económicas, sociais, culturais e ambientais que lhe estão subjacentes e que se têm vindo a modificar a um ritmo cada vez maior.

Nessa perspectiva, a operacionalidade do ordenamento do território passa por uma dinâmica suficientemente flexível que, sem prejuízo da necessária segurança jurídica, atenda à situação de referência e à sua eventual evolução tendo em conta cenários previsíveis e a ocorrência de imprevisibilidades.

A utilização dos vários instrumentos de gestão territorial e de urbanismo deve porém ter em conta que um desenvolvimento sustentável passa pelo aproveitamento racional dos recursos naturais, a salvaguarda do património natural, cultural e paisagístico, a valorização dos espaços rurais e a qualificação e humanização das cidades – no âmbito da qual deve ser dado um papel de destaque a todas as medidas que contribuam para o desenvolvimento do cidadão enquanto ser humano e em particular da família como motor do crescimento populacional que urge inverter.

No actual quadro de crise económica e de empregabilidade esse objectivo passa essencialmente pela possibilidade de desenvolvimento de actividades económicas que contribuam para a valorização do território, pelo que não se deverá esquecer que “Portugal está empenhado na aprovação de formas inovadoras de aproveitamento sustentável dos recursos dos mares e oceanos”<sup>2</sup>, devendo encarar o mar não só como recurso natural mas também como principal factor diferenciador da identidade nacional no contexto global.

A presente reflexão é deste modo desenvolvida numa perspectiva meramente técnica e essencialmente jurídica, na expectativa de poder contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de ordenamento do território.

### 1. Breve enquadramento dos PROT no âmbito do sistema de IGT

De acordo com o previsto na Lei de Bases da Política do Ordenamento do Território e Urbanismo (LBPOTU), aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto e posteriormente alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de Agosto, a política do ordenamento do território e do urbanismo baseia-se num sistema de gestão territorial, que por sua vez se reconduz essencialmente a três tipos de âmbito: o nacional, o regional e o local e que se concretiza através de uma interacção coordenada dos diversos níveis, mais precisamente através da denominada *articulação* dos vários tipos de instrumentos de gestão territorial.

A LBPOTU e o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, que nos últimos dez anos sofreu sucessivas e variadíssimas alterações<sup>3</sup>, diferenciam os vários instrumentos de gestão territorial (IGT), consoante a respectiva natureza vinculativa e função.

No actual quadro legal o Programa Nacional da Política do Ordenamento do Território (PNPOT), os PROT e os planos intermunicipais de ordenamento do território (PIOT) apenas vinculam as entidades públicas.

<sup>2</sup> Cf. Estratégia Nacional para o Mar, Ministério da Defesa Nacional, Estrutura de Missão para os Assuntos do Mar  
<sup>3</sup> Decreto-lei n.º 380/99, de 22 de Setembro alterado pelo Decreto-lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, pelo Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro objecto da Declaração de Rectificação n.º 104/2007, de 6 de Novembro e recentemente alterado pelo Decreto-lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro.

Os planos especiais de ordenamento do território e os planos municipais de ordenamento do território vinculam as entidades públicas e privadas.

Por sua vez, os planos especiais de ordenamento do território (PEOT) prevalecem sobre os PIOT e os planos municipais de ordenamento do território (PMOT).

O regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial evidencia, desde logo, uma separação que se prende essencialmente com a vinculação jurídica dos vários IGT e que apenas reconhece plurisubjectividade aos PEOT e PMOT.

Porém, a redacção legal pode induzir o intérprete em erro porquanto, uma vez eficazes, todos os IGT sem excepção acabam por vincular ainda que *indirectamente* os particulares, nomeadamente através do exercício da actividade administrativa pelas entidades públicas que a eles se encontram vinculadas.<sup>4</sup>

Por outro lado, face às recentes alterações do RJIGT e à entrada em vigor do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de Maio, que aprovou os critérios a observar na classificação e qualificação do solo, o regime do uso do solo é estabelecido em exclusivo pelos PMOT, destinando-se os PEOT a salvaguardar apenas recursos e valores naturais e a assegurar a permanência dos sistemas indispensáveis à utilização sustentável do território.

As recentes alterações legislativas e regulamentares levam-nos a ponderar se, tendo os PEOT deixado de poder estabelecer ainda que supletivamente o uso do solo, continuará a fazer sentido manter a sua eficácia plurisubjectiva.<sup>5</sup>

De acordo com as funções que desempenham os instrumentos de gestão territorial reconduzem-se a instrumentos de desenvolvimento territorial, de planeamento territorial, de política sectorial ou de natureza especial, o que se traduz de modo esquemático na Tabela 1.

Função dos IGT	IGT
Desenvolvimento territorial	PNPOT PROT PIOT
Planeamento territorial	PMOT (PDM, PU e PP)
Política sectorial	Planos regionais de ordenamento florestal, planos de gestão de bacias hidrográficas, etc.
Natureza Especial	PEOT (planos de ordenamento de áreas protegidas, planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, planos de ordenamento da orla costeira, planos de ordenamento dos estuários, etc.)

Tabela 1 – Tipos de IGT de acordo com a função desempenhada no sistema de gestão territorial

<sup>4</sup> Conforme reconhece Alves Correia, 2001, p. 65, as normas de ordenamento do território por contraposição às normas urbanísticas, em relação aos particulares “... têm apenas uma eficácia jurídica indirecta ou imediata e não directa ou imediata”. O autor acrescenta porém logo a seguir que “A tese da eficácia jurídica das normas não nos parece, contudo, capaz de marcar uma linha suficientemente esclarecedora da diferenciação entre o ordenamento do território e o direito do urbanismo. Na verdade, não obstante vinculem directa e imediatamente os particulares, os PDM contêm normas de direito do ordenamento do território e de direito do urbanismo.”

<sup>5</sup> A favor da necessidade de equacionar uma alteração do tipo de eficácia de determinados planos sectoriais, manifesta-se Fernanda Paula Oliveira, Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – Alterações do Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, 2008, p. 60.

Da conjugação do previsto na LBPOTU com o RJIGT sempre se poderá afirmar que as relações entre os vários IGT se concretizam através de uma **interacção horizontal**, uma vez que os instrumentos de desenvolvimento territorial devem incorporar os contributos dos vários sectores da administração estadual directa e indirecta, e de uma **interacção vertical**, como no caso da que se verifica entre os instrumentos de desenvolvimento territorial cujas orientações devem ser prosseguidas pelos instrumentos de planeamento territorial, nomeadamente pelos planos municipais de ordenamento do território.

Os PROT visam:

- Desenvolver, no âmbito regional, as opções do PNPOT e dos Planos sectoriais;
- Traduzir, em termos espaciais, os grandes objectivos de desenvolvimento económico e social sustentável formulado no plano de desenvolvimento territorial;
- Equacionar medidas tendentes à atenuação das assimetrias de desenvolvimento intra-regionais;
- Servir de base à estratégia nacional de ordenamento territorial e de quadro de referência para a elaboração de PEOT, PIOT e PMOT.

Os PROT são legalmente assumidos como um instrumento de desenvolvimento territorial, de natureza estratégica que, traduzem as grandes opções com relevância para a organização do território, estabelecendo directrizes de carácter estratégico sobre o modo de uso do mesmo, consubstanciando o quadro de referência a considerar na elaboração dos PEOT, PIOT e PMOT, nomeadamente dos denominados “**planos directores municipais de 2.º geração**”, cuja revisão se encontre em curso e cujas **estratégias** devem adaptar-se a uma **estratégia** de desenvolvimento regional.

Verifica-se porém que a maior parte das propostas de PROT em elaboração foi pouco ambiciosa na construção do denominado “quadro de referência” para a elaboração dos futuros planos especiais [(alínea d) artigo 52.º do RJIGT)].

O conteúdo material das propostas de PROT acabou por não evidenciar de forma clara e inequívoca a recepção, ao nível regional, das políticas e das medidas estabelecidas nos PEOT [(alínea d) artigo 53.º do RJIGT)], o que implicava uma prévia e rigorosa avaliação dos PEOT preexistentes.

Recorde-se que os PEOT visam salvaguardar recursos e valores naturais e assegurar a permanência dos sistemas indispensáveis à utilização sustentável do território, pelo que se encontram obrigatoriamente sujeitos a avaliação ambiental, devendo a sua avaliação, para além de permitir avaliar a adequação e concretização da disciplina neles consagrada, identificar os efeitos imprevistos e aplicar as medidas correctivas previstas na declaração ambiental.

Por sua vez, a introdução nas várias propostas de directrizes relativamente aos PIOT<sup>6</sup>, foi em determinados casos incrementada através das recomendações tecidas no parecer final da CMC, em determinados casos por força dos contributos da DGOTDU, entidade à qual compete avaliar a aplicação do PNPOT.

Este programa é muito claro ao determinar que a elaboração de PIOT deve ser incentivada para efeitos de “articulação estratégica entre áreas territoriais interdependentes ou com interesses comuns, complementares ou afins situadas em municípios distintos” os quais configuram um “... instrumento de gestão territorial adequado a políticas e programas de acção baseados em processos de cooperação intermunicipal”.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> O recurso à figura de planos intermunicipais de ordenamento do território é pouco comum em Portugal, onde existe ainda uma incipiente cultura de associativismo municipal, o que é visível pelo facto de em todo o território nacional vigorar apenas o Plano Intermunicipal do Alto Douro Vinhateiro, ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 150/2003, de 22 de Setembro.

<sup>7</sup> Cf. MAOTDR (2007) Programa Nacional da Política do Ordenamento do Território, p.232. e Anexo III, Medidas Prioritárias e IGT, no qual se prevê a utilização de PIOT nomeadamente em matéria de política de gestão integrada da água, da estratégia nacional para a energia, da política sustentada de alterações climáticas, da valorização das paisagens e do património cultural, de situações de risco, do desenvolvimento de redes de infra-estruturas de suporte e acessibilidade, da mobilidade, da educação e em matéria de abastecimento público de água, tratamento e reutilização de águas residuais e de resíduos.

Em termos legais, o PROT deve desenvolver, no âmbito regional, as opções constantes dos planos sectoriais.

Saliente-se, contudo, que uma das dificuldades registadas ao longo do acompanhamento dos PROT se prendeu com a heterogeneidade dos diversos contributos sectoriais.

De facto verificou-se que, na elaboração destes PROT, os vários sectores da administração estadual directa e indirecta acabaram por contribuir de forma bastante diferenciada, no modo como apresentaram os seus contributos.

A contribuição dos vários sectores acabou deste modo por corresponder a diferentes níveis de empenhamento, tendo oscilado entre a contribuição meramente técnica por parte de representantes dos serviços e uma contribuição mais política, visível nos casos em que a representação ficava a cargo de representantes da própria tutela.

Desta forma, deverá ponderar-se se o conteúdo do texto das próprias resoluções do Conselho de Ministros que determinam a elaboração dos PROT, para além de especificar as entidades e serviços da administração directa e indirecta do Estado intervenientes no procedimento e eventual qualidade de representantes dos respectivos ministérios, não deverá passar a determinar expressamente que essa designação integra obrigatoriamente a delegação ou subdelegação de poderes adequados para efeitos de vinculação dos serviços e entidades representados.<sup>8</sup>

O facto do envolvimento dos vários sectores ser diferenciado acabou por traduzir-se em diferentes resultados, o que se compreende desde logo porque o conhecimento técnico das matérias em questão se revela imprescindível para a obtenção de um bom resultado final.

Tal facto torna-se, por exemplo, perceptível se tivermos presente que por força do princípio da coordenação das intervenções, a elaboração, alteração, revisão execução e avaliação de novos IGT obriga a identificar e ponderar os planos, programas e projectos, designadamente da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, já existentes e *em preparação*, por forma a assegurar as necessárias compatibilizações.

Deste modo, sempre se poderá dizer que o resultado do contributo será obtido em função do envolvimento e do conhecimento técnico especializado detido pelo representante dos serviços da Administração Pública.<sup>9</sup>

Em face do exposto, parece importante que, de futuro, se capacitem os agentes territoriais para a necessidade de se fazerem representar por técnicos especializados que acompanhem assídua e sistematicamente a elaboração deste tipo de instrumentos de desenvolvimento territorial devendo ponderar-se uma eventual alteração ao RJIGT no sentido do próprio regime jurídico determinar, numa óptica de maior responsabilização das entidades públicas envolvidas, que a posição manifestada pelos representantes dos serviços e das entidades da administração directa ou indirecta do Estado nomeadamente no parecer final da Comissão Consultiva (CC), vincula legalmente essas entidades, à semelhança do que já sucede na comissão de acompanhamento do Plano director municipal (PDM) e na conferência de serviços dos planos de urbanização (PU) e planos de pormenor (PP).<sup>10</sup>

O próprio órgão de acompanhamento do plano e entidade competente para a sua elaboração não podem, porém, deixar de ter presente que legalmente pode verificar-se a necessidade de recolha de pareceres junto de entidades exteriores à comissão.

<sup>8</sup> Cf. artigo 6.º da Portaria n.º 1474/2007, de 16 de Novembro que preconiza uma solução semelhante para a Comissão de Acompanhamento do PDM.

<sup>9</sup> Recorde-se que a alteração ao PROT da AML foi precisamente suscitada, entre outros aspectos, pelo facto de se encontrarem em fase de projecto na Área Metropolitana de Lisboa, investimentos fortemente estruturantes em termos territoriais, económicos e de mobilidade como o Novo Aeroporto de Lisboa (NAL), a Rede Ferroviária de Alta Velocidade (RFAV) e a Nova Travessia do Tejo (TTT).

<sup>10</sup> Cf. Artigo 75.º - A e 75.º - B do RJIGT

Refira-se a título de exemplo que a possibilidade prevista no n.º 4 do artigo 56.º do RJIGT, do parecer final da CMC expressar a apreciação realizada pelas várias entidades e integrar a análise sobre o relatório ambiental, considerando especificamente a posição manifestada pelas entidades com responsabilidades ambientais específicas na matéria (ERAE), pressupõe exactamente a recolha prévia dos pareceres legalmente obrigatórios por força do disposto no Decreto-lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, junto das ERAE que não integrem a CMC, uma vez que as que a integram exercem as competências consultivas previstas nos artigos 5.º e 7.º do Decreto-lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, no seio da própria comissão (cf. n.º 2 do artigo 56.º do RJIGT).

## 2. Os PROT antecedentes

À data da entrada em vigor das resoluções do Conselho de Ministros que determinaram a elaboração dos PROT objecto da presente análise, vigoravam em Portugal Continental o PROT do Alentejo e Litoral (PROTALI), o Plano Regional de Ordenamento da Zona Envolvente das Barragens da Aguieira, Coiço e Fronhas (PROZAG), o PROTAML, o PROT da Área Envolvente da Barragem do Alqueva (PROZEA), o Plano Regional de Ordenamento do Território da Zona dos Mármorez, encontrando-se em elaboração o PROT do Alto Minho (PROTAM), o PROT do Centro Litoral, o Plano Regional da Zona Envolvente do Douro (PROZED) e o PROT de Trás-os-Montes e Alto Douro (PROTAMD).

Como é visível pela comparação da figura 1, os PROT pré-existentz não cobriam a totalidade do território nacional e alguns deles não deveriam, face à função que desempenhavam ou objectivos que pretendiam alcançar, ter sido elaborados enquanto instrumentos de desenvolvimento territorial, mas antes como planos especiais de ordenamento do território face aos recursos e valores naturais que pretendiam salvaguardar (ex. PROZEA e o PROZAG).

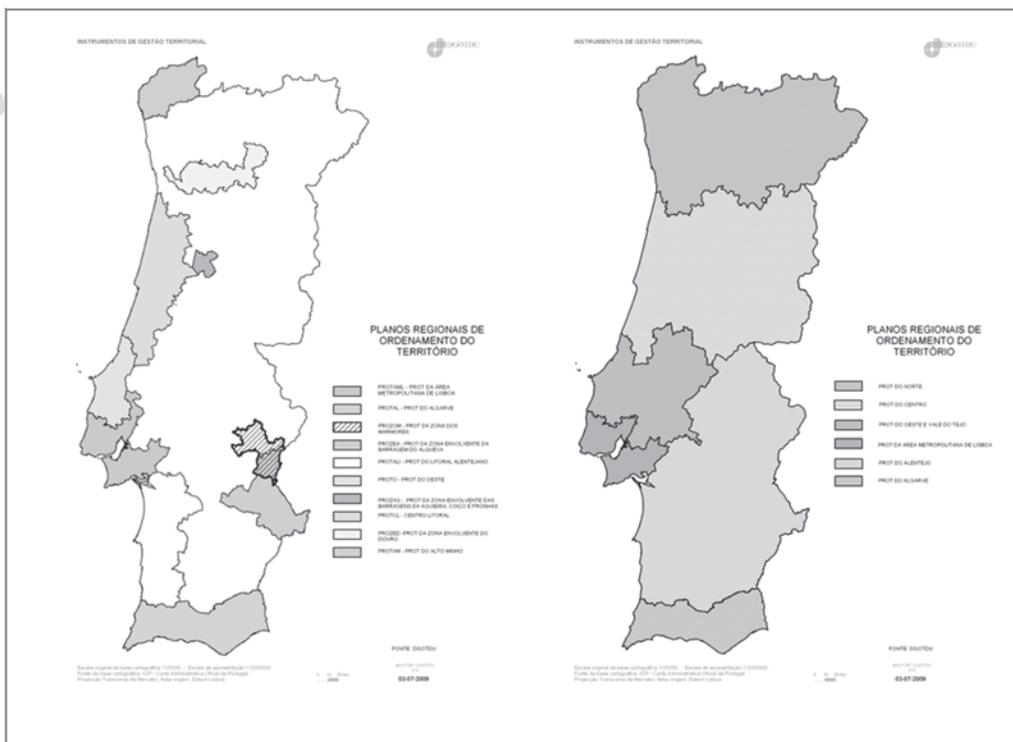


Figura 1 –Área de intervenção territorial dos antigos e novos PROT (Fonte DGOTDU)

Uma das grandes vantagens do PROT em termos de abrangência territorial foi a coincidência determinada, curiosamente só de forma indirecta pela lei, no sentido da área territorial dos PROT passar a coincidir com a esfera de competência legal das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR), enquanto entidades responsáveis pela respectiva elaboração, execução e avaliação.

Os novos PROT correspondem desta forma e na sua generalidade à região NUT II (Nomenclatura de Unidades Territoriais), à excepção do PROT OVT que coincide com as Nut III do Oeste, da Lezíria do Tejo e Médio Tejo atendendo à superveniente diminuição da área de actuação da CCDR LVT, na medida em que a NUT II de Lisboa e Vale do Tejo se reduziu após 2006 às sub regiões de Grande Lisboa e Península de Setúbal, motivo pelo qual se entendeu justificar-se a elaboração de um PROT para as 3 NUT envolvidas a Lisboa (Oeste, Lezíria e Vale do Tejo) articulando-se este PROT com o PROTAML em vigor.<sup>11</sup>

A vantagem desta solução prende-se com a definição perfeitamente clara do exercício das competências institucionais das CCDR, às quais cabe desempenhar um papel determinante na implementação e execução dos PROT, nomeadamente ao nível do correspondente sistema de governança.

Procurou-se deste modo que o território de Portugal continental ficasse, pela primeira vez, coberto na sua totalidade pelos referidos instrumentos de desenvolvimento territorial.

### 3. A elaboração e acompanhamento dos novos PROT

No decurso da elaboração e aprovação dos PROT foi necessário ter uma especial atenção a alguns aspectos particulares entre os quais se destacam os aspectos ligados a (i) normas orientadoras; (ii) funcionamento interno das CMC; (iii) contratualização das formas e prazos para adequação dos PMOT; carácter meramente indicativo do programa de execução.

#### i) Normas Orientadoras

A densificação das denominadas Normas Orientadoras dos PROT consistiu, em certo ponto, um desafio para as equipas uma vez que, embora de natureza estratégica, o PROT deveria ser suficientemente objectivo para configurar o quadro de referência das futuras estratégias municipais.

Esta questão relaciona-se com o facto dos PROT não serem legalmente dotados de eficácia plurisubjectiva, pese embora se reconheça que as *normas jurídicas* de alguns planos não vinculativos dos particulares têm “mesmo carácter legislativo” como é o caso do PNPOT, aprovado por lei da Assembleia da República.<sup>12</sup>

Considerou-se porém não haver impedimento à previsão nos PROT de indicadores e parâmetros de referência que regulem questões fundamentais para a estruturação, identidade e gestão do território regional, uma vez que conforme reconhece Alves Correia, 2001, p. 371: “... a questão da natureza jurídica dos planos com eficácia plurisubjectiva (...) é algo que tem a ver com os conteúdos dos planos e não com a forma que revestem.”

**Sendo desejável** que as Normas Orientadoras **revestissem** uma natureza estratégica, foi necessário em face da avaliação da realidade e da utilização do território levada a cabo nos últimos anos, tomar opções e encontrar um equilíbrio entre a salvaguarda de interesses nacionais e a autonomia do poder local.

<sup>11</sup> Cf. “Orientações Gerais para a elaboração dos Planos Regionais de Ordenamento do Território” – Novembro 2006, Gabinete do Secretário de Estado do Ordenamento do Território e das Cidades.

<sup>12</sup> Cf. Alves Correia, ob.cit., p. 371.

## ii) O funcionamento das CMC nomeadamente na fase de aprovação da emissão do parecer final sobre a proposta de PROT

A actual composição das CMC reconduz-se à integração de três tipos de representantes: representantes da administração central, representantes da administração local e representantes da sociedade civil.

A elaboração e acompanhamento dos PROT exigiu um grande esforço de articulação e coordenação entre todas as entidades envolvidas, esforço esse visível na fase de elaboração do parecer final e sobretudo aquando da emissão do parecer final sobre a proposta de PROT.

De facto, à luz do RJIGT a CMC é um órgão consultivo ao qual compete no final dos trabalhos de acompanhamento apresentar um parecer escrito.

A CMC é deste modo um órgão administrativo.

Com efeito, no âmbito do acompanhamento da elaboração dos PROT, a referida CMC exerce funções materialmente administrativas, nomeadamente em matéria de ambiente e ordenamento do território<sup>13</sup>, motivo pelo qual se encontra sujeita a um mínimo de vinculações normativas de direito público<sup>14</sup> e às disposições do Código do Procedimento Administrativo (CPA), bem como às normas que concretizam princípios constitucionais, por força do disposto no n.º 5 do artigo 2.º do referido Código<sup>15</sup>;

A CMC encontra-se assim permanentemente vinculada à prossecução do interesse público, conforme resulta do disposto no n.º 1 do artigo 266.º da Constituição da República (CRP), nomeadamente para efeitos da emissão do parecer final sobre a proposta de plano, previsto no n.º 3 do artigo 56.º do RJIGT.

Desta disposição legal decorre que a CMC é um órgão colegial consultivo, criado com o objectivo claro de, no final dos trabalhos de acompanhamento da elaboração do PROT, emitir o parecer final sobre a proposta de plano.

Sendo a CMC um órgão colegial as suas deliberações devem ser submetidas a votação.

O dever de emitir o parecer final sobre a proposta de plano impende sobre os membros da CMC, uma vez que de acordo com o previsto no n.º 3 do artigo 56.º do RJIGT “no final, deve ser apresentado um parecer escrito, assinado por todos os seus membros, com menção expressa da orientação defendida, que se pronuncie sobre o cumprimento das normas legais e regulamentares e, ainda, sobre a adequação e conveniência das soluções propostas pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional.”

<sup>13</sup> Cf. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral, Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, Tomo I, p.39.

<sup>14</sup> Cf. ob. cit. Tomo I, p. 46, onde se pode ler: “Actualmente, o exercício da função administrativa encontra-se também distribuído por pessoas colectivas que, embora de criação e/ou controlo públicos, se revestem de forma jurídica privada (paradigmaticamente sociedades anónimas) e mesmo por pessoas colectivas puramente privadas (em especial associações e fundações), em ambos os casos fundamentalmente disciplinadas pelo direito privado (em especial pelo direito civil, comercial e do trabalho) e sujeitas a um regime de controlo público substancialmente diferente do aplicável às entidades públicas. (...) A questão não é irrelevante, designadamente para efeitos de aplicação dos princípios fundamentais de direito administrativo e do regime dos direitos, liberdades e garantias: **as pessoas colectivas sob forma jurídica privada que exerçam função administrativa fazem parte da administração e, portanto, estão sujeitas a um mínimo de vinculações normativas de direito público**, do qual fazem parte aqueles princípios e a vinculação dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º n.º 1 CRP) em termos substancialmente diferentes daqueles aplicáveis aos simples particulares.”

<sup>15</sup> Cf. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral, Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004, p. 40, e Paulo Otero, “Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição”, Almedina, 2003, p. 304 e seguintes, e Maria João Estorninho, “Fuga Administrativa para o Direito Privado”, que se pronunciam sobre a susceptibilidade do direito administrativo ser também aplicado nas relações jurídicas entre particulares, no sentido de não ser exclusivo da Administração Pública.

Donde resulta que, aos membros da CMC assiste não só o direito de votar as respectivas deliberações, como também o dever de apresentar, no final dos trabalhos da CMC, um parecer final legalmente exigível sobre a proposta de plano.

*Há pois um dever de agir<sup>16</sup> por parte da Administração Pública não só no sentido de votar a proposta de emissão de parecer da CMC como no sentido de, no final, emitir o seu parecer sobre a proposta de PROT“(...) uma vez que a Administração está sempre subordinada a um interesse público heteronomamente definido”, pelo que “... não pode aceitar-se que ela se recuse a prosseguir os fins que lhe foram impostos. Na verdade, isso significaria no fundo atribuir-lhe a possibilidade de escolher um fim diferente daquele a que está vinculada.”<sup>17</sup>*

Ao abrigo do previsto no n.º 2 do artigo 57.º do RJIGT em vigor, aos membros da CMC é porém legalmente concedida a faculdade de discordarem formalmente das soluções defendidas para o futuro plano.

Os membros da CMC são, deste modo, livres de fazerem a sua avaliação sobre a proposta de plano que lhes for submetida a votação, em face dos imperativos de interesse público.

A liberdade de voto e a paridade entre os membros que o emitem são, assim, condições essenciais na formação da vontade colegial da própria CMC.

Encontram-se, porém, legalmente vinculados a emitir um parecer sobre as referidas deliberações, sem prejuízo de poderem formalizar a referida discordância, mediante a emissão de declarações de voto, as quais por motivos de segurança jurídica, devem integrar os anexos à acta lavrada da reunião correspondente e constar do parecer final emitido.

Conforme resulta do disposto no n.º 2 do artigo 57.º do RJIGT, tratando-se o parecer da CMC de um parecer obrigatório mas não vinculativo, as declarações de voto servirão apenas, nos termos legais, para aferir da eventual necessidade de realização da concertação adicional com a CCDR.

Significa isto que poderá ser benéfico para os membros da CMC, sobretudo do ponto de vista da negociação que se segue, apresentar a referida declaração de voto, se assim o entenderem, mas também que nos casos em que essa negociação acompanhe a génese do PROT e se registre uma maior partilha de responsabilidades pelos resultados, tal apresentação se possa revelar desnecessária.

Por força do previsto no n.º 3 do artigo 99.º do Código do Procedimento Administrativo, a CCDR ou o Governo, no momento da aprovação por Resolução do Conselho de Ministros, não estão legalmente vinculados a seguir um parecer não vinculativo.

A esse respeito cumpre referir a emissão de um parecer *com menção expressa da orientação defendida*, seja ela qual for, não deve ser equiparada à emissão de actos administrativos condicionados, cuja eficácia depende da verificação ou resolução da respectiva condição.

No caso dos PROT, como se fala de uma comissão que acompanha assídua e sistematicamente os trabalhos, uma das dificuldades residiu na redacção da conclusão final do parecer.

Com efeito, a experiência do acompanhamento dos PROT evidenciou que o parecer dos PROT não tem que concluir sobre o respectivo sentido, ou seja, se é favorável, desfavorável ou condicionalmente favorável, por dois motivos: ser difícil neste tipo de comissões alargadas (algumas das quais com mais de cem membros) chegar-se a um consenso unânime; e porque são desde logo naturalmente levantadas reservas quanto à conclusão do mesmo na medida em que a esta não vincula a entidade que aprova o plano.

Por outro lado, o parecer final da CMC não pode ir para além do previsto no n.º 3 do artigo 56.º do RJIGT que, enquanto norma habilitante, apenas refere a necessidade de apresentação

<sup>16</sup> Cf. Maria João Estorninho ao citar Rogério Soares, *Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coleção Teses, p.170.

<sup>17</sup> Cf. Esteves de Oliveira, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Edição, Almedina, 2003, p. 171, onde se pode ler a propósito da proibição de abstenção nas deliberações de órgãos consultivos “... o dever de votar nos órgãos colegiais não é mais do que o dever de exercer a competência que impende sobre os órgãos administrativos (singulares), que também não pode ser objecto de renúncia”.

de um parecer escrito no final dos trabalhos de acompanhamento *com a menção expressa da orientação defendida* o que não equivale necessariamente a uma qualificação desse tipo.

A participação dos membros da CMC evidenciou porém um desconhecimento deste tipo de questões a qual teve de ser trabalhada e explicitada de forma clara sob pena de afectar o desfecho dos trabalhos das referidas comissões.

Sendo um dos objectivos dos PROT estimular comportamentos mais exigentes por parte das entidades públicas, cidadãos e agentes económicos, poderá concluir-se que apesar da presente experiência ter contribuído, pelo esforço de concertação e coordenação que implicou, para um aumento desses comportamentos, de futuro tais comportamentos devem ser incrementados e melhor explicitados nomeadamente através da formação dos vários intervenientes no início do procedimento.

### iii) A contratualização das formas e prazos para adequação dos PMOT

Conforme anteriormente referido na génese de elaboração de um PROT é necessário prestar particular atenção aos planos, programas e projectos, designadamente da Administração Pública, com incidência na área do plano, já existentes e *em preparação*, que sejam relevantes para a definição do modelo territorial regional.

Será também importante estabelecer, desde o início, uma estreita colaboração com as câmaras municipais envolvidas de modo a sensibilizá-las para a importância de fornecerem ou rectificarem os dados necessários ao levantamento do seu território, o qual, do ponto de vista jurídico, deverá atender aos compromissos urbanísticos vigentes que possam vir a ser postos em causa aquando da adequação dos PMOT ao PROT.

Esse exercício será tanto mais sério quanto corresponda à realidade e atenda não só à validade como à eficácia dos alvarás anteriormente emitidos, pois só esses dão lugar à constituição de direitos adquiridos e a eventual pagamento de indemnizações, pelo que será útil uma abordagem jurídica especializada em direito administrativo e contratual para acompanhamento de todo o procedimento.

Este aspecto é tanto mais relevante quanto reforça o poder negocial das autarquias que se pretende seja exercido de forma fundamentada, pelo que é essencial que todos os actores intervenientes tenham clara consciência do trabalho e colaboração que é necessário desenvolver, preferencialmente desde o início do procedimento de elaboração dos PROT.

Também aqui se aplica o entendimento de Maria da Glória Garcia, quando refere que: “A complexidade da prossecução dos interesses públicos pela Administração Pública amplia-se em razão do número, dimensão e intensidade desses interesses e da conflitualidade a que dão origem e demanda sempre renovadas formas de resolução dos problemas e uma maior partilha de responsabilidades pelos resultados”.<sup>18</sup>

### iv) Carácter meramente indicativo do Programa de Execução

O facto do programa de execução dos PROT conter apenas disposições indicativas, consistiu outra das dificuldades sentidas pelas entidades envolvidas, a qual acabou por ser salientada nos pareceres emitidos e na fase de contratação das formas e prazos para a adequação dos PMOT.

Deste modo, deverá ponderar-se sobre a necessidade das disposições previstas no programa de execução passarem a revestir natureza vinculativa, o que para além de co-responsabilizar as entidades envolvidas contribuirá certamente para facilitar a contratualização com as autarquias locais.

<sup>18</sup> O Caso Meco, Pareceres Jurídicos e Peças Processuais, 2.º Volume, Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, 2002, p. 223.

Em termos de transparência é aconselhável que o Programa de Execução dos PROT passe a integrar o respectivo conteúdo documental constitutivo do plano, o que viabiliza a sua publicação no *Diário República*.

Idêntica ponderação deverá ser feita relativamente aos respectivos relatórios de avaliação cuja publicação no *Diário da República* também se preconiza, em nome do princípio da transparência.

#### 4. A participação pública dos PROT

De acordo com o RJIGT a participação pública dos PROT rege-se pelas disposições relativas ao PNPOT. Tratando-se o PROT de um IGT de âmbito regional, distinto do nacional, não se vê qualquer justificação para a utilização pelo legislador de uma técnica remissiva.

Consultando porém os artigos relativos à participação pública do PNPOT verificamos que uma vez emitido o parecer final da CMC e decorrido se fôr o caso, o período adicional de concertação, a qual pode até nem ter lugar por ser adicional e facultativa, se abre o período de discussão pública através de publicitação em *Aviso* na 2.<sup>a</sup> Série do *Diário da República* e da comunicação social.

Sendo crucial chamar o cidadão a intervir nesta fase do procedimento deverá ponderar-se a utilização de meios eficazes para o efeito, nomeadamente através da publicitação de meios privilegiados de acesso à população.

O período de discussão pública que deve ser anunciado com uma antecedência mínima de 5 dias úteis e decorre durante 44 dias úteis parece adequado, tendo em conta que se trata de um prazo legal mínimo, nada obstando a que a entidade legalmente competente o prorogue.

Recomenda-se porém a ponderação de uma disposição legal que obrigue as CCDR, na qualidade de entidades legalmente competentes pela elaboração dos PROT a uma resposta fundamentada, aos particulares sempre que estes nas suas exposições apresentem observações que se prendam com a desconformidade com outros IGT eficazes, a incompatibilidade com planos, programas e projectos que devessem ser ponderados em fase de elaboração ou a desconformidade com disposições legais e regulamentares aplicáveis.<sup>19</sup>

Pese embora esse tipo de resposta exija um grande esforço ao nível de recursos técnicos e humanos da entidade competente para a elaboração do plano, nomeadamente nos casos em que a participação pública seja elevada, deverá ter-se em conta que poderá contribuir para o reforço do exercício de cidadania por parte dos particulares o que não sucederá caso o cidadão continue alheio à mesma.

Encontrando-se as novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) na ordem do dia, deverá ser concedida aos particulares a possibilidade de apresentarem as suas exposições e receberem as suas respostas pela *Internet*.

Apesar da participação pública preventiva estar prevista no artigo 6.<sup>º</sup> do RJIGT não há uma única disposição específica dos PROT que a preveja e reforce, o que permite a existência de um *deficit* de cidadania em prejuízo de uma maior qualidade do plano.

Este aspecto é tanto mais importante quanto “O Estado democrático quer na sua faceta legislativa quer na administrativa abre-se à comunicação à negociação com a sociedade e começa a exercer um governo por discussão, negociação e compromisso, actividade a que os norte-americanos chamam sugestivamente *collective bargaining*, o que obriga a reformular questões de legitimação do agir estadual.”<sup>20</sup>

Por força do disposto no artigo 33.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1 do RJIGT a proposta de PROT é submetida a discussão pública acompanhada do parecer da CMC, dos demais pareceres *eventualmente* emitidos e dos resultados das reuniões de concertação pelo que as respectivas actas e a

<sup>19</sup> Essa obrigatoriedade existe no âmbito dos PMOT por força do previsto no n.<sup>º</sup> 5 do artigo 77.<sup>º</sup> do RJIGT.

<sup>20</sup> Maria da Glória Garcia citando João Baptista Machado e Eberhardt-Schmidt-Assmann, na obra citada, p. 223.

declaração ambiental devem integrar os documentos que acompanham a proposta de PROT à aprovação do Governo.

Pese embora se trate de um PROT, afigura-se-nos útil que o órgão do Governo competente pela aprovação dos PROT tenha acesso à informação constante da declaração ambiental.<sup>21</sup>

### 5. A articulação dos PROT com os instrumentos de planeamento territorial na perspectiva da tutela da confiança dos particulares

Independentemente do grau de vinculação para os particulares poder ser directo ou indirecto, verificamos que em matéria de operações urbanísticas a violação de PEOT e PMOT constitui um dos fundamentos taxativos para o indeferimento do pedido de licenciamento ou a rejeição de comunicação prévia, sendo cominada com a respectiva nulidade (cf. artigos 24.º, 36.º e 68.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

No Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) não se reconhece, contudo, autonomia à violação de planos que não vinculem directa e imediatamente os particulares nomeadamente para efeitos de fundamento de indeferimento de operações urbanísticas.

Sendo a câmara municipal uma entidade pública vinculada pelo PROT e os motivos de indeferimento de licenciamento ou de rejeição de comunicação prévia taxativos, entendemos que o critério legal para admitir a alteração das condições de licenciamento ou admissão de comunicação prévia não deveria continuar a cingir-se apenas à vinculação dos instrumentos de gestão territorial em questão.

O texto legal deveria configurar também expressamente como causa de indeferimento de licenciamentos e de rejeição de comunicação prévia a violação de PROT, uma vez que este tipo de planos vincula as entidades públicas e indirectamente os particulares.

Por outro lado, a redacção actual parece partir do pressuposto que os PMOT se encontram devidamente adequados à estratégia regional do PROT, o que nem sempre se verifica<sup>22</sup>, face à não “transposição”<sup>23</sup> pelos mesmos das directrizes dos PROT.

Na impossibilidade de se reconduzir os casos de violação de PROT ao fundamento de indeferimento por violação de disposições legais e regulamentares aplicáveis, uma vez que as normas orientadoras dos PROT não têm natureza legal ou regulamentar, restará à câmara municipal alegar a eventual violação do princípio da legalidade por força do qual se encontra vinculada à observância das disposições dos PROT sempre que esteja em causa a aplicação de disposições de PMOT que com este se revelem incompatíveis.

No caso de operações de loteamento, pese embora se compreenda que o critério adoptado pelo legislador no artigo 48.º do RJUE, epígrafado “Execução de instrumentos de planeamento territorial e outros instrumentos urbanísticos”, tenha sido a vinculação dos planos, motivo pelo qual se admite a possibilidade da câmara municipal alterar oficiosamente as condições da licença ou comunicação prévia de operação de loteamento desde que tal alteração se mostre necessária à execução de PMOT ou PEOT, entende-se que esse tipo de alteração também deve ser admissível por força da superveniente entrada em vigor de um PROT.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> cf. nesse sentido embora restrito aos casos de aprovação dos PMOT DGOTDU/APA, Guia da Avaliação Ambiental dos PMOT, Documentos de Orientação 01/2008, 2008, p.76.

<sup>22</sup> Ex. atraso registado na adequação dos PDM dos municípios abrangidos ao PROTAML aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/2002, de 8 de Abril.

<sup>23</sup> Termo utilizado por Fernanda Paula Oliveira in ob. cit. p. 59, onde se pode ler ainda, relativamente a planos sectoriais, o seguinte: “Por isso, e em especial, quando estão em causa instrumentos de planeamento de grau mais preciso, aquela prática tem vindo a esquecer que estes instrumentos não dispõem de eficácia plurisubjectiva – o que obriga a que a sua opção seja *transposta* para a escala do planeamento municipal para que possa ser oposta directamente aos particulares – embora reconheça sempre a sua superioridade hierárquica em relação aos planos municipais.”

<sup>24</sup> De referir que apesar da epígrafe do artigo se referir a instrumentos de planeamento territorial (PDM, PU e PP) acaba por reconhecer a possibilidade da referida alteração decorrer da entrada em vigor de um novo PEOT.

Esta questão poderá não ser totalmente disciplinada se considerarmos que a entrada em vigor de um PROT se deve a razões de interesse público e por força do recurso à contratualização de PU e PP - que a nosso ver se trata de uma verdadeira contratação administrativa - a Administração Pública pode resolver unilateralmente os contratos ou modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao seu conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público ainda que com direito do co-contratante à reposição do denominado “equilíbrio financeiro”.<sup>25</sup>

Numa altura em que as recentes alterações legislativas abrem a porta ao denominado *planeamento negocial* e a um acréscimo das responsabilidades das autarquias locais entendemos que se regista uma desarticulação entre o RJIGT e o RJUE porquanto este último parece não ter tido em conta as recentes alterações do primeiro.

Por outro lado, tal facto leva-nos a questionar o que sucederá caso os PMOT não se adaptem ao PROT aprovado supervenientemente uma vez que não existe sanção legal no actual RJIGT para o caso dos municípios não promoverem tal adequação.

Deve pois ser ponderada a sanção a cominar.

Mais importante que adoptar uma solução semelhante à utilizada pelos PDM de 1.<sup>a</sup> geração, no sentido de ser vedado aos municípios qualquer tipo de acesso a investimento público caso não disponham dos seus PMOT devidamente adaptados à estratégia regional, parece ser a cominação com a suspensão automática das normas de PMOT que se revelem incompatíveis com o disposto no PROT.

A nosso ver a partir do momento em que as disposições de PMOT sejam enunciadas como incompatíveis com os PROT supervenientes, devem aplicar-se as normas dos PROT em vigor, devendo as câmaras municipais abster-se de aplicar as normas dos seus PMOT que se revelem incompatíveis com aquelas, a cujo cumprimento se encontram legalmente vinculadas.

Subscrevemos deste modo a necessidade de previsão de uma sanção para os municípios que não adequem os seus PMOT à estratégia do PROT, afigurando-se-nos indicada a suspensão automática das disposições incompatíveis conforme defende Alves Correia.<sup>26</sup>

Partindo do pressuposto que o normativo dos PROT vincula apenas indirectamente os particulares será caso para se ponderar sobre a eventual necessidade de, à semelhança do previsto no artigo 117.<sup>o</sup> do RJIGT para os PMOT, e atendendo ao período de tempo que habitualmente medeia entre a sujeição do PROT a discussão pública e a respectiva aprovação pelo Governo, se estabelecer idêntica suspensão de procedimentos para obviar a práticas especulativas no mercado fundiário.

Pese embora os PROT não vinculem os particulares acabam por afectar indirectamente o modo de conformação do respectivo direito de propriedade, nomeadamente sempre que as suas disposições sejam adoptadas pelos PMOT, casos em que não se poderá negar que acabam por afectar a utilização do uso do solo e condicionar os licenciamentos ou as admissões de comunicação prévia que neles mereçam enquadramento.

Por outro lado, em determinados casos é discutível que essa compatibilidade só possa ser alcançada pela figura da alteração por adaptação (correspondentes às anteriormente denominadas *alterações por regime simplificado*) prevista no artigo 97.<sup>o</sup> do RJIGT, o que se julga decorre da respectiva heterovinculação e se compreende pelo facto das restantes alterações se encontrarem na esfera de uma maior discricionariedade das autarquias locais.

Este facto torna porém mais premente a referida necessidade de clarificação de conceitos, no sentido de determinar as situações, que deve recair na denominada *alteração por adaptação* daquelas que devem ser reconduzidas à figura da alteração em sentido genérico e que devem ser submetidas a prévia discussão pública.

<sup>25</sup> Cf. Capítulo IV e V do Código de Contratos Públicos

<sup>26</sup> Ob. Cit. p. 358.

Para o efeito deverá, contudo, ter-se em conta que as alterações decorrentes da entrada em vigor de um PROT posteriormente aprovado já foram anteriormente submetidas a discussão pública embora a uma escala diferente.

Bem andou o legislador do Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, ao consagrar que a adequação dos PMOT aos PROT supervenientes fosse objecto negociação nomeadamente quanto ao prazo e à forma da mesma e em momento prévio ao da aprovação do PROT pelo Governo.

## 6. A estratégia municipal pode alterar a estratégia regional? É desejável que assim seja?

Nos termos do previsto no artigo 80.º do RJIGT, na redacção conferida pelo Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, e numa óptica de responsabilização municipal associada à simplificação numa altura em que o PNPT se encontra em vigor e se prevê que o território continental fique coberto na sua totalidade por PROT, optou-se por sujeitar apenas os PDM a ratificação governamental.

Esta tem porém carácter excepcional, ocorrendo unicamente quando em sede de acompanhamento seja suscitada pelas entidades ou serviços da administração do Estado uma questão de compatibilidade com PROT ou PSOT.

A ratificação do PDM tem como efeito a derrogação das normas dos PSOT e PROT.

Preferíamos contudo que o legislador não tivesse a este propósito utilizado a expressão “incompatíveis com as opções municipais” uma vez que esta pode dar a ideia menos correcta de que a estratégia municipal pode alterar a estratégia regional dos PROT, o que é de afastar salvo nos casos em que surjam novos factores que possam contribuir para melhorar o modelo regional, as quais serão objecto de ponderação governamental.

Nesse sentido, a expressão “alterações incompatíveis com a concretização das opções estabelecidas no plano” constante da alínea b) do n.º 2 do artigo 100.º do RJIGT que prevê a suspensão de disposições de PMOT, por deliberação da assembleia municipal, sob proposta de câmara municipal, parece-nos mais consentânea com os princípios de articulação entre instrumentos de planeamento territorial e instrumentos de âmbito regional, uma vez que nem todas as alterações desse tipo se revelam incompatíveis com as opções municipais, nomeadamente com as opções estratégicas constantes do PDM.

A norma contida no n.º 2 do artigo 80.º à luz da qual, a ratificação apenas ocorre quando suscitada incompatibilidade com PROT ou PSOT pelos serviços e entidades com competências consultivas no âmbito da elaboração do acompanhamento do PDM, também não parece equilibrada sobretudo quando faz depender a ratificação da exclusiva solicitação da própria câmara municipal, uma vez que tal possibilidade deve ser dada quer às autarquias quer às CCDR enquanto entidades regionais com poderes desconcentrados.

Determina ainda o n.º 2 do artigo 79.º do RJIGT que nos casos em que a CM opte por aprovar o PDM cuja incompatibilidade com o PROT tenha sido suscitada por aquelas entidades, na fase de emissão de parecer final, mantendo a câmara municipal essa incompatibilidade, deva ser solicitada a sua ratificação.

Nos termos do previsto no n.º 4 da referida disposição legal a ratificação é suscitada através da competente CCDR, devendo quando tenha lugar, ser acompanhada de parecer fundamentado por parte desta.

O parecer prévio à deliberação da assembleia municipal que aprova a suspensão das disposições do PMOT, dá oportunidade à CCDR, enquanto entidade regional com poderes desconcentrados, de ponderar sobre a derrogação daqueles IGT que condicionam a validade do PDM, auxiliando o Governo na ponderação sobre a eventual necessidade de derrogação das normas do PROT, porém a sua emissão só tem lugar caso a câmara municipal solicite a ratificação de PDM.

Acresce que o facto da ratificação governamental poder ser parcial e aproveitar apenas a parte do PDM que se revele compatível com aqueles IGT, apenas significa que o Governo pode excluir de ratificação as disposições que se revelem incompatíveis com o PROT não permitindo a sua derrogação em termos materiais ou em determinada área do território municipal.

Por força da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, foi recentemente eliminada a ratificação governamental das deliberações da assembleia municipal, sob proposta da Câmara municipal, que determinem a suspensão de PMOT, quando se verifiquem circunstâncias excepcionais resultantes da alteração significativa das perspectivas de desenvolvimento económico e social local ou de situações de fragilidade ambiental incompatíveis com a concretização das opções estabelecidas no plano.

A suspensão de PMOT nessas circunstâncias encontra-se porém sujeita a parecer prévio da CCDR, resultando do previsto no n.º 4 do artigo 109.º do RJIGT, na actual redacção, que nesses casos a CCDR emite um único parecer para efeitos do n.º 4 do artigo 100.º, segundo o qual o mesmo incide apenas sobre a conformidade da suspensão com disposições legais e regulamentares aplicáveis.

Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 109.º do RJIGT, as medidas preventivas estabelecidas automaticamente por força de suspensão desse tipo de suspensões, nomeadamente as que tenham carácter antecipatório, também deixaram de carecer de ratificação, encontrando-se sujeitas ao referido parecer da CCDR, aplicando-se ao parecer da CCDR o disposto nos n.º 5 a 7 do artigo 100.º, com as necessárias adaptações.

O que nos leva a concluir que o texto legal não se encontra suficiente claro quanto ao facto do parecer prévio da CCDR a emitir, nos casos em que as medidas preventivas são estabelecidas como consequência da suspensão de PMOT, dever ou não pronunciar-se relativamente à compatibilidade ou conformidade das mesmas com os demais IGT aplicáveis, nomeadamente com o PROT.

As medidas preventivas podem consistir na proibição, na limitação ou sujeição a parecer vinculativo de uma entidade relativamente às acções previstas no n.º 4 do artigo 107.º do RJIGT, caso em que se revestem de carácter antecipatório.

A utilização pelo legislador da expressão “para efeitos do disposto no n.º anterior e no n.º 4 do artigo 100.º do RJIGT”, reportada apenas à conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, pode significar que o parecer prévio da CCDR sobre as medidas preventivas, nomeadamente as de carácter antecipatório ou limitador estabelecidas automaticamente por força de suspensão de PMOT não incide sobre a compatibilidade com o PROT ou PSOT, porquanto tal aferição é feita pela CCDR num segundo momento, mediante a emissão de um parecer vinculativo sobre uma das acções que ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 107.º do RJIGT se encontrem a ela sujeitas.<sup>27</sup>

Todavia, por força do disposto no n.º 5 do artigo 109.º que manda aplicar à emissão do parecer prévio da CCDR o regime da conferência de serviços contido no artigo 75.º-B do RJIGT, com as devidas adaptações, sempre se poderá defender que remetendo este último para o artigo 75.º-A do RJIGT, um dos parâmetros para a emissão do mesmo é a compatibilidade ou conformidade da proposta de medidas preventivas com os demais IGT eficazes.

Sem prejuízo da desejável descentralização e desconcentração de poderes, tendo presente que as recentes alterações introduziram uma maior responsabilização dos municípios entendemos que o disposto no artigo 109.º do RJIGT deveria assumir, de modo expresso e inequívoco, que o parecer da CCDR sobre a suspensão e medidas preventivas se deve pronunciar, sempre que possível, sobre a compatibilização da acção sujeita a medidas preventivas com o PROT.

<sup>27</sup> Cf. Fernanda Paula Oliveira, *Medidas Preventivas dos Planos Municipais de Ordenamento do Território*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 32, Coimbra Editora, 1998, p. 65.

O legislador deveria ainda ter determinado que as medidas preventivas de carácter antecipatório ou que consistam na limitação de acções não devem ser estabelecidas sempre que a suspensão das disposições de PMOT ocorra por força de cominação legal, por motivos da verificação e declaração de incompatibilidade das mesmas com PROT ou PSOT.

Independentemente da verificação da compatibilidade com os demais IGT caber às CCDR ou às câmaras municipais, ao abrigo dos princípios da desconcentração ou descentralização de poderes, o importante é que ocorra a sua verificação, sob pena de permitir que a estratégia municipal ponha em causa a estratégia regional, o que não é desejável.

A recente alteração preconizada pelo Decreto-lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, para os artigos 100.º, 107.º e 109.º do RJIGT visou reforçar a participação das comissões de coordenação e desenvolvimento regional, através da emissão de um parecer prévio.

De acordo com o anteriormente referido parece, porém, ter ficado aquém dos interesses a acautelar em matéria de compatibilização das opções municipais com as opções regionais.

No tocante à sujeição a emissão de parecer pela CCDR competente da proposta de suspensão de PMOT, ao abrigo do previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 100.º do RJIGT na redacção conferida pelo Decreto Lei n.º 46/2009, merece ainda a nossa absoluta discordância que a falta de emissão deste parecer da CCDR, no prazo de 45 dias, seja legalmente equiparada à emissão de parecer favorável.

De facto, afigura-se demasiado gravoso que no caso de pareceres legalmente exigíveis, ainda que não vinculativos, se equipare a sua não emissão dentro do prazo a um parecer favorável, porquanto o parecer não deve ser equiparado a um acto administrativo, esse sim passível de ser deferido tacitamente, nos termos legalmente previstos.

Tal valoração carece de enquadramento legal uma vez que o artigo 99.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) apenas estabelece que o procedimento pode prosseguir na ausência de emissão de parecer não vinculativo dentro do prazo legal, pelo que daí se não pode retirar que o parecer por emitir foi emitido em sentido favorável.

## Conclusões

1) Na génese da elaboração de um PROT é necessário realizar um correcto diagnóstico da situação do território abrangido e estabelecer uma estreita colaboração com as câmaras municipais envolvidas;

2) Numa óptica de maior responsabilização das entidades públicas envolvidas, deve consagrar-se que a posição manifestada pelos representantes dos serviços e das entidades da administração directa ou indirecta do Estado nomeadamente no parecer final da CC, vincula legalmente essas entidades, à semelhança do que já sucede na comissão de acompanhamento do PDM e na conferência de serviços dos PU e PP;

3) Sendo um dos objectivos dos PROT estimular comportamentos mais exigentes por parte das entidades públicas, cidadãos e agentes económicos, poderá concluir-se que apesar da presente experiência ter contribuído, pelo esforço de concertação e coordenação que implicou para todas as entidades envolvidas, para um aumento desses comportamentos, tais comportamentos devem ser incrementados e melhor explicitados nomeadamente através da formação dos vários intervenientes no procedimento bem como dos mecanismos de governança a adoptar;

4) Deverá ponderar-se sobre a necessidade das disposições previstas no programa de execução passarem a revestir natureza vinculativa, o que para além de co-responsabilizar as entidades envolvidas contribuirá certamente para facilitar a contratualização com as autarquias locais.

5) Em termos de transparência é aconselhável que o Programa de Execução dos PROT passe a integrar o respectivo conteúdo documental constitutivo, o que viabiliza a sua publicação

no *Diário República*. Idêntica ponderação deverá ser feita relativamente aos respectivos relatórios de avaliação.

6) Sendo crucial chamar o cidadão a intervir nesta fase do procedimento deverá ponderar-se a utilização de meios eficazes para o efeito, nomeadamente através da publicitação de meios privilegiados de acesso à população.

7) No futuro enquadramento legal do ordenamento do território deve ponderar-se o reforço da participação pública preventiva dos PROT;

8) Em sede de discussão pública deve ser incrementado o recurso às novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) de modo apelar à participação do cidadão;

9) Numa altura em que as recentes alterações legislativas abrem a porta ao denominado *planeamento negocial* e a um acréscimo das responsabilidades das autarquias locais é aconselhável minimizar a desarticulação entre o RJIGT e o RJUE;

**Palavras-Chave:** Sistema de gestão territorial; planos regionais de ordenamento do território; coordenação; participação pública; tecnologias de informação e comunicação; planeamento negocial.

*Ana Margarida Cunha Ribeiro*  
Jurista na Câmara Municipal de Oeiras



# O sistema jurídico de proteção das áreas de preservação permanente

## Resumo

As áreas de preservação permanente, pela importância material que possuem mereceram do legislador federal especial tratamento. Estas áreas são remanescentes do patrimônio natural e surgem em diferentes concepções conforme rol havido no Código Florestal e Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA.

Neste trabalho foi objeto de apreciação a área de preservação permanente havida entorno de lagos artificiais formados a partir da construção de barramentos.

O uso destas áreas para atividades agropecuárias e de uso e ocupação do solo mostrou-se ofensivamente lesiva ao equilíbrio ecológico, o que acionou a intervenção do Ministério Público brasileiro. Em resposta à crescente promoção da tutela destas áreas de interesse ambiental, constata-se que várias pessoas jurídicas de direito público interno legislaram sobre o tema, diminuindo a esfera de proteção destas áreas em flagrante violação à competência legislativa da União.

Frente a esta invasão de competência e ampla exposição de lesão às áreas de preservação permanente, mister que a ação civil pública seja manuseada como instrumento de efetividade deste direito fundamental, inclusive discutindo no seu corpo a inconstitucionalidade de leis.

## Introdução

Cresce em todo o país uma forte resistência à aplicação das leis ambientais, particularmente o Código Florestal e a Lei dos Crimes Ambientais, respectivamente vigentes desde 1965 e 1998. Some-se a isto uma grande pressão política do setor ruralista brasileiro, em busca da reforma da legislação ambiental em prol da expansão de áreas produtivas, em detrimento das áreas verdes, a se entender como sendo as de reserva legal e de preservação permanente. Estas, a propósito, são alvo de vários projetos de lei, buscando reduzi-las e tornando lícitas ocupações já consolidadas e proporcionadas ao arripio da legislação em vigor. Senão o bastante, também leis estaduais são promulgadas de cunho notoriamente contrário à proteção do meio ambiente.

Neste contexto de grande intranquilidade à proteção das áreas ambientais, torna-se necessário abordarmos a gênese da proteção das áreas de preservação permanente, para num segundo momento limitarmos o estudo às áreas entorno dos lagos, aqui considerados os artificiais, construídos a partir da justificativa de satisfazer o aumento da demanda de energia elétrica, portanto, para satisfazer o desenvolvimento econômico.

Adentrando no tema área de preservação permanente, aqui através do entorno de lagos artificiais de represas hidrelétricas, muitas são as atividades lesivas a estas áreas, a começar da própria construção do empreendimento. Também atividades agrosilvopastoris e parcelamentos do solo voltados a proporcionar lazer e conforto, dada a beleza que se estabelece numa região com a formação de um lago, atingem estas áreas de proteção ambiental.

Entorno destes lagos, e a partir de estudos e levantamentos de natureza ambiental, normatizou-se que a faixa de proteção desta área é de 100 (cem) metros a contar do marco firmado pela empresa hidrelétrica como sendo aquele até onde as águas subirão como fruto do seu represamento. A previsão legal desta área *non edificandi* encontra-se atualmente no inciso I, do art. 3.º, da Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, n.º 302/2002, e antes disto a mesma redação figurava na Resolução n.º 4/85, em seu também art. 3.º, inciso II.

### 1. A ratio da área de preservação permanente

A Lei 4.771/65 – Código Florestal, em seu art. 1.º, inc. II, define a Área de Preservação Permanente como sendo uma “área protegida nos termos dos arts. 2.º e 3.º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegura o bem-estar das populações humanas”.

Diante disto, fácil se torna a percepção de que as áreas de preservação permanente são legalmente consideradas áreas *non aedificandi*, haja vista a proteção despendida pela Lei em decorrência da necessidade de preservação de recursos hídricos, de biodiversidade, flora, fauna, entre outros aspectos do bem jurídico ambiental.

Ao adotar uma conduta antagônica ao disposto no diploma legal, o infrator causa dano ambiental ao entorno<sup>1</sup>, restando clara a necessidade de converter o estado visualizado no imóvel, de modo a adequar o mesmo às exigências contidas em lei e, indispensavelmente, promover a recuperação da área para possibilitar o restabelecimento do equilíbrio ecológico da região. Neste sentido, reza o art. 225, § 3.º da Constituição Federal:

*“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)”*

*§ 3.º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”*

No mesmo sentido aqui apresentado, sustenta o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Vasconcelos Benjamim, que “as APPs – Áreas de Preservação Permanente, são partes intocáveis da propriedade, com rígidos limites de exploração”<sup>2</sup>.

Ocorre, que o próprio nome do instituto é *preservação*, que corresponde a um regime de proteção mais rigoroso, com finalidade de manter intocadas tais áreas, visando a proteção das características naturais do meio, das espécies, dos ecossistemas e de seus processos ecológicos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A criação das Florestas de Preservação Permanente foi fruto do próprio Código Florestal. Mister ressaltar que esta criação teve como objeto imediato de tutela não só a vegetação diretamente protegidas, senão inúmeros outros recursos naturais como o solo, a água, a biodiversidade, o equilíbrio do entorno, etc., não deixando dúvidas que o desrespeito à esta área legalmente tutelada gera dano incalculável ao ecossistema.

<sup>2</sup> Introdução ao direito ambiental brasileiro. *A proteção jurídica das florestas tropicais*. Anais do 3.º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo : IMESP, 1999, p. 97.

<sup>3</sup> Com idêntica compreensão, José Gustavo de Oliveira Franco. *Direito ambiental – matas ciliares*. Curitiba : Juruá, 2005, p. 94.

Antes de adentrarmos aos temas específicos, e com amparo nas lições de Canotilho, exalta-se a proteção ambiental como direito fundamental. Isto importa em dizer que se estabelece o dever de não degradar e da ecologização do direito de propriedade<sup>4</sup>. Assim, ocorre que pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, e o mandamento de não degradar presta-se a contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade<sup>5</sup>. Neste aspecto, no julgamento do Recurso Extraordinário 134297-8/SP, o Supremo Tribunal Federal inaugurou a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, o mesmo o fazendo no julgamento do MS 22.164/DF. Nesta ocasião, “o Ministro Celso de Mello chegou a reconhecer que a definição constitucional do direito fundamental ao meio ambiente constitui a representação objetiva da necessidade de se proteger valores e objetivos, associados a um princípio de solidariedade, argumentos que foram muito bem sintetizados no seguinte destaque de suas razões de voto:

*Trata-se (...) de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.”*

Com amparo na legislação brasileira, particularmente no Código Florestal, Lei n. 4.771/65, e discorrendo expressamente sobre as áreas de preservação permanente e unidades de conservação, leciona Patryck de Araújo Ayala, amparado em José Joaquim Gomes Canotilho e Jose Rubens Morato Leite, que estes “são espaços de proteção integral, não admitem o exercício de atividade econômica”. E mais, “a razão da instituição dessas áreas concentra-se na proteção dos meios e recursos necessários à reprodução de processos ecológicos essenciais nesses espaços. A vegetação localizada nessas áreas está sob proteção porque sua permanência foi considerada indispensável para a proteção do solo, de ecossistemas sensíveis como os manguezais, dos recursos hídricos, ou de outras formações naturais”.

“Sendo assim, a vegetação e as florestas de determinados espaços foram declarados pela própria lei insuscetíveis de apropriação e exploração econômica, sendo de preservação permanente não apenas a vegetação, mas também os próprios espaços onde estão situadas”<sup>6</sup>. (art. 2.º, a *usque h*, da Lei n. 4.771/65)

Além disso, a redução das áreas de preservação permanente “*promove situações de voçorocas, empobrecimento de nutrientes do solo, plantas com raízes raquíticas e expostas, caminhos profundos nas pastagens, entulhamento de reservatório d’água, águas turvas ou barrentas nos rios, inundações em campos e área ribeirinhas, arraste de adubos e agrotóxicos para águas fluviais e lagos e conseqüente alteração da micro e macroflora aquática.*”

Note-se que o regime geral de proteção destas áreas está definido no art. 225, § 1.º, III, da Constituição Federal, sendo certo que o Poder Público é legítimo a definir estes espaços conforme regra contida no art. 225, § 1.º

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 73.

<sup>5</sup> CANOTILHO e LEITE, op. cit., p. 73.

<sup>6</sup> Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. Op. cit., p. 273.

## 2. A proteção legal das áreas de preservação permanente

A Lei 4.771/65 – Código Florestal, em seu art. 1.º, inc. II, define a área de preservação permanente como sendo uma “*área protegida nos termos dos arts. 2.º e 3.º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*”.

De acordo com o artigo 2.º do Código Florestal: “Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’ água naturais ou artificiais;

Independentemente da possibilidade de o autor danificar ou degradar a área de preservação permanente, fato certo é que se segue, normalmente, à utilização da área de preservação permanente com infringência das normas de proteção, bem como fruto deste comportamento é o impedimento da regeneração natural da vegetação.

Do interesse da exploração imobiliária advém a proliferação de edificações feitas em área de preservação permanente, desmatando áreas nativas, ou na ausência destas por qualquer razão, vê-se a utilização da área desconforme o ordenamento, e o impedimento da regeneração da vegetação.

A intervenção humana nas áreas de preservação permanente acarreta diversos problemas ambientais, como a extinção de espécies vegetais e animais, degradação do solo, assoreamento do curso d’água, enchentes e alterações climáticas<sup>7</sup>.

O desmatamento traz sérias conseqüências ao meio ambiente, pois o solo que antes era retido pelas raízes das árvores, agora será rapidamente transportado pelas chuvas. A ausência de cobertura vegetal aliada à terraplanagem e às edificações efetuadas no local, levam à compactação das camadas do solo, provocando a formação de lajes adensadas com pouca profundidade, os chamados “torrões de faces retas”, que retiram do solo a capacidade de infiltração pluvial. Potencializa-se a impermeabilização do solo.

Nessas condições, o solo compactado com a ausência da cobertura vegetal se enrijece devido à exposição direta aos efeitos do sol, sofrendo a chamada erosão, provocada pelo impacto direto das chuvas que transportam parte do solo, carregando grande quantidade de sedimentos para o curso d’água, contribuindo para o assoreamento deste.

Imprescindível salientar que a proteção legal dispensada a esta área não existe tão somente para possibilitar a manutenção de uma parcela de vegetação. A *ratio* desta proteção legal extrapola tal atribuição, desempenhando função primordial de garantia do equilíbrio ambiental, direito previsto pela nossa Carta Magna.

Como a própria expressão indica, a “área” (toda ela e não apenas uma parte) é de “preservação permanente”, significando que a totalidade da área deve ser, sempre e a todo momento, orientada à realização de sua função ambiental específica, que é garantir um patamar mínimo de condições ambientais (físicas, químicas, estéticas, paisagísticas, gênicas e ecossistêmicas) mínimas em alguns locais considerados pela lei como merecedoras de especial atenção pelo Direito Ambiental. Tudo isto visando a satisfação do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, e destinado para a presente e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*).

Em vista desta sua primordial função ambiental, o próprio Código Florestal cercou estas áreas de diversas garantias. Tanto assim o é que a única exceção prevista para possibilitar a supressão da vegetação nestas áreas encontra-se no seu art. 3.º, § 1.º, desde que seja caso de *utilidade pública* ou de *interesse social*. Vejamos:

<sup>7</sup> COELHO, Marcos de Amorim. *Geografia do Brasil*. São Paulo : Editora Moderna, 1996, p. 348.

“Art. 3.º, § 1.º. A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social”.

“Art. 4.º. A supressão da vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”.

Em virtude do desrespeito às leis de proteção desta faixa, que proíbe qualquer espécie de intervenção que não se encontre na hipótese excepcional do art. 3.º, § 1.º, do Código Florestal, pode-se concluir, desde logo, pela presunção do dano ambiental, posto que, ao intervir ou construir nesta área, o proprietário, posseiro etc., já agiu contrariando a lei.

Segundo os dispositivos legais já mencionados, a lei proíbe a intervenção nas referidas áreas, sem analisar a dimensão desta e muito menos se há ou não dano físico, de modo que faz uma presunção de que o dano ao meio ambiente existirá (dano normativo).

Nestas hipóteses, tem-se, também, o desatendimento dos critérios da função social da propriedade. Assim, em se verificando intervenção na área de preservação permanente, comportamento ilícito e individualista, o meio ambiente não foi devidamente resguardado, estando a legislação vigente até mesmo negada. A propriedade em questão não tem cumpre a sua função social, caracterizando, com isso, o uso nocivo da mesma, em claro desrespeito aos ditames constitucionais e legais (Lei 4.771/65, art. 1.º, § 1.º).

### 3. Da proibição de se construir em áreas de preservação permanente

Conforme visto acima, a supressão da área de preservação permanente é permitida somente na hipótese de utilidade pública ou de interesse social, mediante prévia autorização em procedimento administrativo próprio, nos termos do art. 3.º, §§ 1.º e 4.º, do Código Florestal.

Diante disto, fácil se torna a percepção de que as áreas de preservação permanente são legalmente consideradas áreas *non aedificandi*, haja vista a proteção despendida pela Lei em decorrência da necessidade de preservação de recursos hídricos, de biodiversidade, flora, fauna, entre outros aspectos do bem jurídico ambiental.

Ao adotar uma conduta antagônica ao disposto no diploma legal, o infrator causa dano ambiental ao entorno<sup>8</sup>, restando clara a necessidade de converter o estado visualizado no imóvel, de modo a adequar o mesmo às exigências contidas em lei e, indispensavelmente, promover a recuperação da área para possibilitar o restabelecimento do equilíbrio ecológico da região. Neste sentido, reza o art. 225, § 3.º da Constituição Federal:

Nesta mesma linha de pensamento se posicionam os Tribunais, indicando inclusive, o necessário reparo ao meio ambiente a fim de que este recupere o status quo possuído anteriormente à degradação ambiental. Isto é, havidas construções em áreas de preservação permanente, deve-se promover a demolição das mesmas.

“Ação civil pública - desmatamento de área de preservação permanente - dano ambiental configurado - dever de recuperação da área. A área que margeia os mananciais de água é de preservação permanente, independentemente da espécie de vegetação que lhe cobre, não podendo, portanto, ser suprimida sem prévia autorização do Poder Público Federal, por caracterizar uso nocivo da propriedade. Aplicação da Lei nº4.771/1965. Em reexame necessário,

<sup>8</sup> A criação das Florestas de Preservação Permanente foi fruto do próprio Código Florestal. Mister ressaltar que esta criação teve como objeto imediato de tutela não só a vegetação diretamente protegidas, senão inúmeros outros recursos naturais como o solo, a água, a biodiversidade, o equilíbrio do entorno, etc., não deixando dúvidas que o desrespeito à esta área legalmente tutelada gera dano incalculável ao ecossistema.

confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (P.N. 1.0701.01.004127-8/001(1); Relator: Kildare Carvalho; Data do acórdão: 26/08/2004; Data da publicação: 10/09/2004).

Dano ambiental - mata atlântica - desmatamento - reparação devida - Verificado, mediante laudo pericial técnico, o desmatamento de mata atlântica, área de preservação que constitui patrimônio da coletividade, a reparação dos danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente é imperativo legal, devendo a indenização compreender também o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia.

Apelação Cível nº 1.0183.03.062431-0/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Relator: Des. Nilson Reis

“Ação civil pública – desmatamento área em área de preservação permanente ...Corte seletivo de árvores que, ainda em pequena proporção, deve ser tido como danoso ao meio-ambiente, a ensejar indenização a ser apurada em liquidação para constituição do fundo para reconstituição de bens lesados a ser gerido pelo competente conselho federal. ...Provisionamento parcial do apelo da ré e improvisionamento do apelo do terceiro interessado.” (TRF 5ª R. – AC 7.106 – Rel. Juiz Nereu Santos – J. 04.02.1992)

Constitucional, ambiental e processual civil - ação civil pública - alegação de perda do objeto da lide - incorrência - exploração florestal - área de preservação permanente - app - ilegalidade - cessação de desmate e recuperação da área degradada devida - procedência do pedido - manutenção - improvisionamento da irrisignação - inteligência do art. 225 Da constituição da república e art. 333 Do CPC. A cessação de desmate, imposta por decisão liminar, que possui natureza provisória; a existência de projeto de recomposição da flora, que não fora executado; bem como a autorização concedida pelo Instituto Estadual de Florestas, que não atinge a área de preservação permanente, para a qual se pretende a tutela jurisdicional, são circunstâncias que não demonstram o perecimento do objeto da lide, nem sequer a fragilidade do pleito vestibular. Se as provas dos autos demonstram a ocorrência de desmate em área de preservação ambiental, incensurável a procedência do pedido exordial que impôs aos proprietários a cessação das atividades extrativas ilegais, bem como a recuperação da ÁREA degradada.

Apelação Cível Nº 1.0090.03.000789-3/002 - Comarca De Brumadinho - Apelante(S): Jairo Siqueira De Azevedo E Outro(A)(S) - Apelado(A)(S): Amda Assoc Mineira Defesa Ambiente - Relator: Exmo. Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira

“Ação demolitória, cumulada com obrigação de fazer. Área de preservação ambiental, parque da pedra branca. Sentença de procedência parcial do pedido. ... Imóvel construído dentro de parque de preservação ambiental permanente. Desprovisionamento do recurso” (TJRJ/ Décima Quinta Câmara Cível; Apelação n.º 2005.001.30497 – Capital; Relator. Desembargador Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz).

Ainda:

“Mandado de segurança – construção irregular, em área não edificante, na faixa marginal de proteção de águas superficiais, à margem do canal de sernambetiva – área de preservação permanente – constituição do estado do rio de janeiro, artigos 261, 265, inciso iii e 268, incisos i e iii – poder de polícia da administração pública para determinar a demolição do imóvel – improvisionamento da apelação”. (TJRJ/Oitava Câmara Cível; Apelação Cível nº. 2005.001.01437; Relator. Desembargador Camilo Ribeiro Rulière).

Ação civil pública por dano ambiental - edificações no entorno de represa - aplicação da legislação vigente à época - código florestal, lei municipal de uberlândia 7.653/2000 E resolução

302/2002 do conama - necessidade de demolição - obrigação de reparação dos danos ambientais verificados - dano moral coletivo não configurado. Os proprietários de imóveis localizados às margens de lagos ou reservatórios de água somente podem edificar, desmatar ou alterar a natureza das margens em estrita observância às leis vigentes à época do início das obras, sob pena de serem condenados a demolir as construções que invadam as chamadas 'áreas de preservação permanente'. Neste sentido, a lei Municipal de Uberlândia 7.653/2000 estipulou que a APP abrangiria os 100 metros desde a margem da represa da Hidrelétrica de Miranda, não podendo haver edificações nessa área. O dano moral, por sua vez, é aquele que afronta algum dos bens jurídicos personalíssimos de cada indivíduo, não havendo que se falar em transindividualidade, ou em dano moral coletivo decorrente de danos ambientais.

Apelação Cível Nº 1.0702.04.122667-2/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante(S): Ministério Público Estado Minas Gerais Primeiro(A)(S), Vanderlea Silva Segundo(A)(S) - Apelado(A)(S): Ministério Público Estado Minas Gerais, Vanderlea Silva - Relatora: Exm<sup>a</sup>. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Ação civil pública por dano ambiental. Edificações em área de reserva ecológica situada a menos de cem metros de lago artificial de represamento de água para usina hidrelétrica. Demolição das edificações soerguidas nesta área. Possibilidade e necessidade. Dano moral coletivo inexistência. Hodiernamente, tem-se, pois, a função ambiental da propriedade, além da função social, podendo se estabelecer, então, a função sócio-ambiental da propriedade que encontra respaldo anterior na Constituição da República, ao garantir o direito à propriedade, dispondo que tal deve atender e observar a conjugação indissociável dos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art.5º, XXII, XXIII; art.170, II, III, VI; e art.225, 'caput' e §3º, da Constituição da República). É no âmbito deste regramento jurídico que deve se dar o exercício do direito de propriedade, não podendo o seu titular exercê-lo com abuso e à margem das disposições legais acima transcritas. Ante a dificuldade de sua real comprovação quando em discussão a afetação de direitos difusos, de titularidade indeterminada por natureza, não há de se falar, em dano moral coletivo.

Apelação Cível Nº 1.0702.03.084697-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante(S): Ministério Público Estado Minas Gerais - Apelado(A)(S): Evérsio Donizete de Oliveira - Relator: Exmo. Sr. Des. Geraldo Augusto

Municipalidade. Impugnação oferecida pelo ministério público. Área de proteção ambiental. Resolução n. 4/85-Conama. Interesse nacional. Superioridade das normas federais.

No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo.

Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal e do artigo 6º, incisos IV e V, e § 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81.

Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos. A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente e, como tal, caso não esteja coberta por floresta natural ou qualquer outra forma de vegetação natural, deve ser reflorestada, nos termos do artigo 18, caput, do Código Florestal.

Qualquer discussão a respeito do eventual prejuízo sofrido pelos proprietários deve ser travada em ação própria, e jamais para garantir o registro, sob pena de irreversível dano ambiental. Segundo as disposições da Lei 6.766/79, “não será permitido o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica (...)” (art. 3º, inciso V).

(RESP 194617 / PR; Relator Min. Franciulli Netto (1117), DATA:01/07/2002; Segunda Turma, STJ).

Isso é assim porque a tutela jurisdicional de reparação do dano ambiental é prioritariamente de ordem específica, visando a reconstrução *in natura* do bem lesado ao *status quo ante*. Somente quando o procedimento de recondução ao estado anterior de salubridade ambiental ocasionar — segundo um juízo de ponderação lastreado em elementos técnico-periciais — um maior impacto ambiental negativo do que sua manutenção, é que se deve falar em uma tutela jurisdicional compensatória.

#### **4. A competência do CONAMA para a explicitação das restrições ao uso das áreas de preservação permanente. A legalidade do limite de 100 metros**

A Lei Federal n. 6.938/81, estabelece em seu art. 6º, II, com redação dada pela Lei n. 8.028, de 12.04.90, o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, como órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente:

O princípio da reserva legal informa ser válido o conteúdo de todo e qualquer ato normativo de caráter geral, independentemente da espécie normativa que adote (decreto, portaria, resolução...), salvo naquelas matérias em que se exija lei em sentido formal, como ocorre, por exemplo, com relação à matéria penal. No que concerne à matéria ambiental, as resoluções do CONAMA alcançam plena coercitividade, ainda mais em razão de que a competência deste órgão colegiado em proferir atos normativos se alicerça na permissividade estabelecida pelo art. 8º, da Lei 6.938/81. Vejamos:

##### **DO SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE**

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;<sup>9</sup>

##### **Art. 8º Compete ao CONAMA:**

I - estabelecer, mediante proposta da SEMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo SEMA; (\*)Nota: Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituir Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA por Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional.

<sup>9</sup> Redação dada pela Lei nº 8.2028, de 12.04.90

III - decidir, como última instância administrativa em grau de recurso, mediante depósito prévio, sobre as multas e outras penalidades impostas pela SEMA; (\*)Nota: Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituir Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA por Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

IV - homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental (Vetado);

V - determinar, mediante representação da SEMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (\*)Nota: Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituir Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA por Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.<sup>10</sup>

Por sua vez, o Decreto n. 89.336/84, no seu art. 4.º, fixava a competência do Conama para estabelecer normas e critérios referentes ao uso racional dos recursos ambientais existentes nas reservas ecológicas e nas áreas de relevante interesse ecológico.

Art 4.º O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) estabelecerá normas e critérios referentes ao uso racional dos recursos ambientais existentes nas Reservas Ecológicas e nas Áreas de Relevante Interesse Ecológico.

§ 1º A transgressão das normas e critérios estipulados pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) será considerada causadora de degradação ambiental, importando na imposição das penalidades previstas no artigo 14 da lei nº 6.938, de 1981.

§ 2º Também será considerada causadora de degradação ambiental qualquer atividade que impeça ou dificulte a regeneração natural das Áreas de Relevante Interesse Ecológico e das Reservas Ecológicas destruídas total ou parcialmente por inundação, incêndios ou pela ação antrópica.

§ 3º A multa será graduada de 10 a 1.000 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTNs), de acordo com a gravidade da infração.

§ 4º A imposição de penalidades, e a interposição de recursos administrativos, obedecerão às normas, critérios e demais disposições constantes do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983.

§ 5º Quando as penalidades previstas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, forem aplicadas pelos Estados, Territórios Federais e Distrito Federal, serão apreciadas, em grau de recurso, pela respectiva unidade federativa, segundo o disposto na legislação.

A propósito, tal sustentação também encontra amparo no Decreto 99.274/90, que regulamentou a Lei 6.938/81, em seu art. 7º., VI:

Art. 7º. Compete ao CONAMA: (...)

VI - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos;

Pela argumentação apresentada, tem-se que o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, possui atribuição para estabelecer limitação administrativa e genérica à propriedade. Neste aspecto, estabelece Hely Lopes Meirelles, que limitação administrativa é toda imposição de caráter geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do

<sup>10</sup> Redação dada pela Lei nº 8.2028, de 12.04.90

exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”<sup>11</sup>. É de se entender que a limitação administrativa atua na defesa do interesse difuso ou coletivo, e condiciona o uso da propriedade privada, sendo que a regulamentação será dada por Lei ou provimentos específicos de atuação administrativa<sup>12</sup>. Na espécie, as Resoluções do CONAMA estabeleceram as restrições de uso da área de preservação permanente.

Firmada a competência do Conama para edição de Resoluções, urge evidenciar a previsão e fixação do limite da área de preservação permanente devida, por exemplo a partir da formação de lago artificial e seu entorno, e isto desde 1985.

Resolução n.º 04/85

Art. 3.º São Reservas Ecológicas: (...)

b) as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...)

II – ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal, cuja largura mínima será: (...)

- de 100 (cem) metros para as represas hidrelétricas

Posteriormente, a citada Resolução 04/85, foi revogada pela Resolução 302/02, porém manteve-se a previsão de 100 (cem) metros para a área de preservação permanente.

#### **Resolução n. 302/2002 do CONAMA:**

“Art. 3.º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I – trinta metros para os reservatórios situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;

Outra não é a posição dos Tribunais brasileiros. Neste aspecto, urge destacarmos a posição lançada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 194.617 – PR, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Franciulli Netto:

Recurso Especial – Pedido de registro de loteamento às margens de hidrelétrica – Autorização da Municipalidade – Impugnação oferecida pelo Ministério Público – Área de proteção ambiental - Resolução n. 4/1985 – Conama – Interesse nacional – Superioridade das normas federais.

No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo.

Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do artigo 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal e do artigo 6º, incisos IV e V, e §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81.

Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos.

A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente e, como tal, caso não esteja coberta por floresta natural ou qualquer outra forma de vegetação natural, deve ser reflorestada, nos termos do artigo 18, caput, do Código Florestal.

<sup>11</sup> *Direito administrativo brasileiro*, 18 ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 537.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 537.

Qualquer discussão a respeito do eventual prejuízo sofrido pelos proprietários deve ser travada em ação própria, e jamais para garantir o registro, sob pena de irreversível dano ambiental.

Segundo as disposições da Lei 6.766/79, “não será permitido o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica (...)” (art. 3º, inciso V). Recurso especial provido.

(RSTJ vol. 168 p. 182).

Vale ressaltar que no corpo do mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o seguinte trecho:

“Verifica-se, pois, pelo exame de toda essa legislação, que possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas, e, bem assim, que consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos termos do art. 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal e do art. 6º, incisos IV e V, e §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81.

Pelas razões apresentadas até aqui, tem-se, primeiramente, destacada a importância legal dada às áreas de preservação permanente, particularmente o Código Florestal. Segue-se que este é complementado pelas Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente, conforme permissivo legal. Conclui-se, até aqui, que o limite de área de preservação permanente de 100 (cem) metros ao redor de lagos independe de existir ou não vegetação.

## 5. Área de preservação permanente enquanto modalidade de floresta

Justifica-se a proteção das florestas, em face de sua importância ecológica, v.g. armazenamento de carbono, manutenção do sistema hidrológico e climatológico, auxílio no impedimento da propagação do fogo, constituir-se como habitat para moradia, reprodução e fornecimento de alimento à fauna, controle de erosão e reserva natural dos recursos genéticos, dentre outros<sup>13</sup>.

Assim, pode-se dizer que a proteção da floresta implica em tríplice importância: ecológica, econômica e social e no seu múltiplo uso, independentemente da localização do recurso natural, quer em propriedade pública ou privada, devendo-se considerá-la como parte integrante do território e do tecido social no qual se insere<sup>14</sup>.

## 6. A responsabilidade ambiental propriamente dita

Na esteira da lição de Álvaro Mirra, “a função social ambiental não constitui um simples limite ao exercício de direito de propriedade como aquela restrição tradicional por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício de seu direito, fazer tudo que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para que a sua propriedade concretamente se ajuste à preservação do meio ambiente.”<sup>15</sup>

Com amparo em Annelise Monteiro Steigleder, a partir das premissas apresentadas acima e que tratam da função sócioambiental da propriedade, “pode-se responsabilizar o adquirente de uma área degradada pelo passivo ambiental existente no seu imóvel, independentemente de ser ou não o autor da degradação, passando-se ao largo do problema do nexo de causalidade”.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> BENATTI, José Heder. *O meio ambiente e os bens ambientais. O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. Orgs.: Aurélio Virgílio Veiga Rios e Carlos Teodoro Hugueneu Irigaray. São Paulo: Peirópolis; Brasília: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p. 225/226.

<sup>14</sup> Idem, op. cit., p. 222/223.

<sup>15</sup> *Ação civil pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 59-60.

<sup>16</sup> *Responsabilidade civil ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 228-229.

Neste sentido, se faz necessário, mais uma vez, nos socorrermos aos dispositivos constitucionais lançados nos arts. 225 e 186, II, os quais somados atestam que a “função social é cumprida quando a propriedade rural atende, dentre outros, ao requisito da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.”<sup>17</sup>

Note-se, assim, “que a combinação desses dispositivos cria um dever de preservação, portanto uma obrigação de fazer ao titular do direito real de propriedade, que não somente fica impedido de destruir os recursos naturais, mas tem o dever de conservação sobre tal patrimônio, reputado bem de uso comum do povo. Este dever de preservação vincula-se ao exercício da função social da propriedade, que integra, ao lado do direito subjetivo, o conteúdo do direito de propriedade, e, por este motivo, é transmitido ao novo adquirente do bem”.<sup>18</sup>

Dito isto, portanto, exsurge uma obrigação *propter rem*, que se integra no conteúdo do direito real de que é acessória. Afirma Maximilianus C. Führer que as obrigações *propter rem* surgem como obrigações pessoais de um devedor, por ser ele titular de um direito real, porém aderem mais à coisa do que ao seu eventual titular, e esta só será extinta quando satisfeita, não importando se o devedor originário foi substituído<sup>19</sup>.

Dessa forma, para que seja cumprida a função socioambiental da propriedade é que o ordenamento jurídico, inclusive o Código Florestal impôs a todo proprietário rural a obrigação *propter rem* de preservar e ou recuperar áreas ambientais degradadas e de instituir a área de reserva legal.

Denomina-se obrigação *propter rem* aquela que recai sobre a pessoa do proprietário do bem imóvel, exatamente porque se encontra com relação de domínio sobre a coisa. A Lei estabelece a obrigação e cabe ao proprietário cumpri-la sob pena de incorrer com a ausência do cumprimento da função social de sua propriedade.

Silvio Rodrigues define essa obrigação como “(...) aquela em que o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real, e tanto isso é verdade que ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito. A obrigação se transmite aos sucessores a título singular do devedor.”<sup>20</sup>

Novamente os Tribunais acompanham a doutrina:

“Reserva Florestal. Novo proprietário. Legitimidade passiva para responder por dano ambiental.

O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume o propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditas pela Lei Federal. Cabe analisar no curso da lide os limites da sua responsabilidade.

Recurso Provido”.

(Resp 222.349/PR – 1ª T – STJ – j. 23.03.2000 – rel. Min. José Delgado – DJU 02.05.2000)  
E ainda:

“Recomposição de Reserva Legal de Florestas. Obrigação *propter rem* imposta ao proprietário do imóvel. Irrelevante ter sido ele ou não o autor do desmatamento. Ação civil pública.

Responsabilidade objetiva. Limitação administrativa não sujeita à indenização. Recurso provido”. (ApCiv 84.467-5 – 1ª Câ. Civ. – TJPR – j. 18.12.2000 – rel. Des. Antônio Prado Filho)

A exemplo do exposto acerca da obrigação *propter rem*, está o recurso de apelação que tramitou no Tribunal de Justiça do estado do Paraná:

Ação civil pública. Danos causados ao meio ambiente. Demanda que objetiva o reflorestamento de área de preservação permanente. Mata ciliar. Reserva legal. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Proprietário do imóvel. Irrelevância de culpa. Obrigação *propter rem* que se

<sup>17</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*, op. cit., p. 229.

<sup>18</sup> STEIGLEDER, op. cit., p. 229-230.

<sup>19</sup> *Resumo de direito civil*. São Paulo : RT, 1990, p. 32.

<sup>20</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil- Parte geral das obrigações*. São Paulo : Saraiva , 2002.

liga ao titular do direito de propriedade ou aquele que possui o imóvel. Limitação administrativa. Indenização. Impossibilidade. Demarcação prévia desnecessária. Dilação do prazo de reflorestamento. Impossibilidade, ante a prevalência da lei mais favorável ao interesse público. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. Não há falar em ilegitimidade passiva ad causam dos apelantes quando a obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente de o adquirente ter responsabilidade pelo dano ambiental, tendo em vista o disposto no art. 16, § 2.º, do Código Florestal. A manutenção da área destinada à reserva legal é obrigação propter rem. A proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural configura limitação administrativa, imposta no interesse público a todos os proprietários, sem qualquer direito à indenização. A definição da obrigação do réu de restabelecer o meio ambiente degradado não exige à prévia demarcação da reserva legal pelo órgão público competente, podendo essa delimitação ser feita por ocasião da execução da sentença que condena os proprietários nos atos de recuperação. Deve prevalecer a lei mais favorável ao interesse público quanto ao prazo para a conclusão do reflorestamento. (ApCív 270560-6 – 19.ª Câ. Cív. – TJPR – j. 10.02.2005 – v.u. – rel. Des. Luiz Mateus de Lima.)

Ainda quanto a obrigação de recompor áreas florestais degradadas (área de preservação permanente e reservas legais), no citado julgamento acima e de relatoria do Min. José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, lançado no Recurso Especial n.º 222349/PR, com amparo no também Min. do STJ, Antonio Herman Benjam Vasconcelos, vale ressaltar:

“não é um princípio de compensação dos danos causados pela poluição. Seu alcance é mais amplo, incluídos todos os custos da proteção ambiental, e quaisquer que eles sejam, abarcando, a nosso ver, os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental, assim como aqueles outros relacionados com a própria utilização dos recursos ambientais, particularmente os naturais que têm sido historicamente encarados como dâdivas da natureza, de uso gratuito ou custo marginal zero. Desta forma, não há que se falar em ausência de responsabilidade pelos danos causados, tampouco argüir ilegitimidade passiva ad causam, mesmo porque os Tribunais têm se manifestado, reiteradamente, no sentido de que todo dano deve ser recuperado independentemente de existência ou não de culpa, dá advem a possibilidade jurídica do pedido.”

Vê-se, assim, que somada à obrigação propter rem e a responsabilidade civil objetiva, cabe ao proprietário de imóvel com área de proteção ambiental, preservar, formar, ou realizar qualquer outro comportamento inerente à sua manutenção conforme a função socioambiental da propriedade. Neste sentido:

“(...) a responsabilidade de reparar o meio ambiente é objetiva. A obrigação de preservar a mata e de repará-la acompanha a propriedade, independente de quem seja o seu titular, por tratar-se de obrigação propter rem, ou seja de obrigação que recai sobre uma pessoa por força de um determinado direito real (...)”

TJPR, 1ª Câmara Cível – Apelação. Acórdão 20434 – Rel. Des. Antonio Prado Filho – J. em 28.08.2001<sup>21</sup>.

Por derradeiro, extrai-se do julgamento da apelação nº 1.0223.03.126435-9/002(1), da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em que foi Relatora a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, que não há de se falar em direito adquirido de permanência do ilícito e sua respectiva impunidade, ou sua conversão em licitude. Vejamos:

**APP - Área de Preservação Permanente - mata ciliar - área urbana – projeto “nova margem - vida nova ao itapecerica” - município de divinópolis - legalidade - plantio e demarcação - função social da propriedade. - A preservação ambiental, inclusive da mata ciliar, independe de**

<sup>21</sup> Vide também TJPR, 6.ª Câmara Cível – Apelação – Acórdão 8.434 – Rel. Des. Cordeiro Cleve – J. em 20.02.2001.

**qualquer norma outra específica e de qualquer regulamentação, sendo prevista na Constituição da República e no Código Florestal.** - O Ministério Público tem atuado de forma eficaz e decisiva na proteção do meio ambiente e é juridicamente possível a propositura de Ação Civil Pública para discutir a regularização de meio ambiente e a proteção necessária ao desenvolvimento urbano, pois neste caso se trata de interesses difusos e coletivos, sobre bens não disponíveis, sendo evidente o interesse público. - **Não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica já consolidada** pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei. Não se caracteriza a ocupação antrópica à falta de construções, acessões e benfeitorias sobre a área de preservação. - **O proprietário adquire o imóvel com todos os direitos e deveres inerentes ao mesmo, submetendo-se às medidas de restrições decorrentes da necessidade de proteção à mata ciliar**, mormente se ao adquirir o imóvel já estava vigente o Código Florestal com a restrição APP. - O laudo do IBAMA e o parecer municipal, embora possam demonstrar a boa-fé dos proprietários, não produzem direitos contra a lei. - As obrigações impostas na sentença, de demarcar, isolar e cercar, sem qualquer obrigação de demolir, se insere dentro do necessário à preservação da APP no caso concreto; a abstenção de intervenção e utilização não traduz qualquer afronta ao direito de propriedade e a permissão de recuperação e plantio, sem custo para os proprietários, vem propiciar a recomposição prevista em lei.”

## 7. A competência federal para legislar em matéria ambiental

Em matéria ambiental, resta indiscutível a existência de competência concorrente da União e dos estados membros para legislar acerca das Áreas de Preservação Permanente, *ex vi*, do art. 24, inciso VI, da Constituição Federal, que assim disciplinou a matéria:

Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)*

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Por sua vez, no exercício de sua competência legislativa, a União disciplinou o tema “área de preservação permanente”, vindo a exemplificar e estabelecer seus limites e hipótese de intervenção quando presentes os interesses públicos e sociais, *ex vi* do (art. 3.º, § 1.º, do Código Florestal).

Afirmou, também, no mesmo Código Florestal, em seu art. 2.º, alínea “b”, que o redor de lagos artificiais é área de preservação permanente. *In verbis*:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

- 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;<sup>22</sup>

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;<sup>23</sup>

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

<sup>22 23</sup> Número acrescentado pela Lei nº 7.511, de 7.7.1986 e alterado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989

- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.<sup>24</sup>

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.<sup>25</sup>

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

- a) a atenuar a erosão das terras;
- b) a fixar as dunas;
- c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;
- h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

Art. 4º Consideram-se de interesse público: (Vide Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001)

- a) a limitação e o controle do pastoreio em determinadas áreas, visando à adequada conservação e propagação da vegetação florestal;
- b) as medidas com o fim de prevenir ou erradicar pragas e doenças que afetem a vegetação florestal;
- c) a difusão e a adoção de métodos tecnológicos que visem a aumentar economicamente a vida útil da madeira e o seu maior aproveitamento em todas as fases de manipulação e transformação.

Face ao exposto, enquanto à União cabe disciplinar as normas gerais concernentes ao tema, ao estado de Minas Gerais, in casu, cabe tão somente legislar de forma específica, sem nunca contrariar os ditames gerais estabelecidos pela União.

Sobre o tema, leciona Alexandre de Moraes que “a competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais (competência suplementar).”<sup>26</sup>

Assim, em se tratando de matéria relativa à proteção das Áreas de Preservação Permanente, os entes federados são dotados de competência legislativa concorrente, cabendo a União estabelecer *normas gerais* e aos estados exercerem *competência legislativa suplementar*, sempre respeitando as diretrizes e os princípios fixados pela lei federal.

<sup>24</sup> Alterado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989

<sup>25</sup> Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989

<sup>26</sup> *Direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 298.

Paulo Affonso Leme Machado ensina que “suplemento é o que supre, a ‘parte que se ajunta a um todo para ampliá-lo ou para aperfeiçoá-lo. O que serve para suprir qualquer falta.’ (...) Ressalte-se que não se pode suplementar um texto legal para descumprir-lo ou para deturpar sua intenção, isto é, para desviar-se da *mens legis* ambiental federal.”<sup>27</sup>

Ora, o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15.09.1965) passou a ser considerado norma geral depois da vigência da Constituição de 1988. Portanto, cabendo às duas pessoas políticas (União e Estado-membro) legislar sobre a mesma matéria; in casu, Área de Preservação Permanente, os dispositivos desta lei federal e Resoluções do CONAMA, passaram a ser tidos como princípios gerais obrigatórios, podendo o Estado exercer sua competência legislativa complementar desde que, sem infringir as regras gerais ditadas pelo Congresso Nacional, ou seja, somente assim fazendo em favor do meio ambiente.

No caso em epígrafe, resta claro que o Código Florestal, sendo norma de ordem pública, de caráter cogente, elaborado pela União, ao disciplinar as questões de preservação da área de preservação permanente, como regra, e excepcionalmente de sua utilização, fez com que aos estados reste tão somente a competência legislativa ditada pela Constituição Federal, de caráter suplementar.

Em face desta regra geral de competência, traçada pela própria Constituição Federal brasileira, resta indiscutível a *prevalência da legislação federal frente a estadual*, vez que àquela é responsável pelo estabelecimento de diretrizes gerais, e a esta cabe particularizar a legislação sem nunca infringir a primeira.

Neste aspecto, já foi exposto anteriormente a competência do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA para regulamentar as Leis Federais quanto a matéria meio ambiente.

## 8. A inconstitucionalidade da lei estadual mineira 18.023/09

Tal como enunciado anteriormente, e sob a motivação de reduzir o ambiente juridicamente protegido, os estados-membros, entre outros o de Minas Gerais, em desvirtuamento da legitimidade legislativa para complementar a legislação federal, promulgou a Lei 18.023/09, que trata de área de preservação permanente.

### 8.1. A legislação estadual mineira

O legislador mineiro, no processo legislativo que originou a promulgação da Lei Estadual nº 18.023/09, que modificou o art. 10.º, da Lei 14.309/02, que dispõe sobre políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado, estabeleceu, em suma, nos seus parágrafos 1.º e 2.º, que no caso de reservatório artificial a área de preservação permanente será de 30 (trinta) metros, em não havendo plano diretor.

Ainda, no § 4.º, assegurou os usos consolidados de extrativismo na área de preservação permanente.

Vejamos a lei n. 18.023/09, in verbis:

#### **Lei N. 18.023, de 9 de Janeiro de 2009.**

Altera o art. 10 da Lei n. 14.309, de 19 de junho de 2002, que dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado.

O Governador do Estado de Minas Gerais,

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, promulgo a seguinte Lei:

<sup>27</sup> *Direito ambiental brasileiro*. 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83/84.

Art. 1º O §§ 2.º do art. 10 da Lei nº. 14.309, de 19 de junho de 2002, passa a vigorar com a redação que segue, ficando o artigo acrescido do seguinte §§ 4.º.:

“Art. 10.

§§ 2º. No caso de reservatório artificial resultante de barramento construído sobre drenagem natural ou artificial, a área de preservação permanente corresponde à estabelecida nos termos das alíneas “d” e “e” do inciso III do *caput* deste artigo, exceto a área de preservação permanente de represa hidrelétrica, que terá sua abrangência e sua delimitação definidas no plano diretor da bacia hidrográfica, observada a legislação pertinente, sem prejuízo da compensação ambiental.

§§ 4º. Na inexistência do plano diretor a que se refere o §§ 2º deste artigo, a área de preservação permanente de represa hidrelétrica terá a largura de 30m (trinta metros), sem prejuízo da compensação ambiental e da obrigação de recuperar as áreas de preservação permanente degradadas, assegurados os usos consolidados, inclusive para fins de exploração de atividades agrícolas com culturas perenes de porte arbóreo ou arbustivo, e os atos praticados até a data de publicação do plano diretor.” (nr)

Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 9 de janeiro de 2009; 221º da Inconfidência Mineira e 188º da Independência do Brasil.

Aécio Neves, Danilo de Castro, Renata Maria Paes de Vilhena, José Carlos Carvalho

Vejamos, agora, a legislação revogada, art. 10, § 2.º, da Lei 14.309/02, *in verbis*:

Art. 10 – Considera-se área de preservação permanente aquela protegida nos termos desta lei, revestida ou não com cobertura vegetal, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, de proteger o solo e de assegurar o bem-estar das populações humanas e situada:

§ 2º – No caso de reservatório artificial resultante de barramento construído sobre drenagem natural, a área de preservação permanente corresponde à estabelecida nos termos das alíneas “d” e “e” do inciso III do “*caput*” deste artigo, ressalvadas a abrangência e a delimitação de área de preservação permanente de represa hidrelétrica, que será definida no âmbito do licenciamento ambiental do empreendimento, com largura mínima de 30m (trinta metros), observado o disposto no artigo 10, III, “a”, desta lei.

§ 3º – Os limites da área de preservação permanente previstos na alínea “a” do inciso III deste artigo poderão ser ampliados, de acordo com o estabelecido no licenciamento ambiental e, quando houver, de acordo com o Plano de Recursos Hídricos da bacia onde o reservatório se insere.

Portanto, tal como posto acima, a nova legislação acrescentou o § 4.º, ao art. 10, da Lei 14.309/02, e fixou a área de preservação permanente em 30 (trinta) metros do marco inicial de sua contagem, e tornou lícita ocupação (antrópica/extrativista) nela já existente.

## 8.2. A consequência da nova legislação estadual (18023/09)

Cabe enfatizar que a nova legislação mineira proporcionou ou proporcionará um grande prejuízo ao meio ambiente local, regional e estadual, sobretudo ao bioma do **Cerrado**, que embora de grande relevância ao equilíbrio ecológico brasileiro, posto que é a segunda maior vegetação existente em nosso território, encontra-se em largo processo de devastação.

Tudo isso porque, simples leitura sobre o novo texto de lei, permite constatar que o proprietário de áreas entorno das represas, deverá, apenas, proteger e não utilizar, da data da entrada em vigor em diante, apenas 30 (trinta) metros, o que significa dizer que ele poderá desmatar a partir desta metragem, ou seja do 31.º (trigéssimo primeiro) metro em diante. E mais, ocupações antrópicas ou extrativistas, antes ilícitas, recebem o benefício do “direito adquirido”, apenas não podendo novos extrativismos se realizarem nesta área de preservação permanente.

### 9. A inexistência do direito adquirido decorrente de ocupação antrópica. O dever do proprietário de formar ou recuperar área destinada a preservação permanente. A função socioambiental da propriedade

O fato de um proprietário de área de proteção ambiental, nela edificar ou promover qualquer intervenção ao arpejo da legislação, o que se denomina ocupação antrópica, implica na assertiva de que a função social da propriedade não foi cumprida. E mais, equivale a dizer que o direito de propriedade não existe, daí não se poder falar em direito adquirido à degradação ambiental, ou à permanência do ilícito, seja por conveniência ou qualquer outra alegação<sup>28</sup>.

Destarte, estende-se a proteção legal originariamente destinadas às áreas de cobertura vegetal natural, às áreas plantadas, seja pelo proprietário ou terceiro, que se insira nos limites de qualquer área de preservação permanente; ou às áreas que passaram a ser tidas como de preservação permanente, embora outrora não a fossem, por exemplo no caso de formação de lago artificial em razão de represamento de rio e construção de hidrelétrica<sup>29</sup>. Decorre, ainda, que esta afirmação decorre da simples leitura sobre o Código Florestal, *ex vi* do art. 1.º, § 2.º, inciso II:

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 20 e 30 desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Se já não fosse o bastante, e a partir das interpretações literal e sistemática, conclui-se que a proteção legal recai sobre áreas naturais ou não, formadas ou não, todas como de preservação permanente, neste sentido vale citar o art. 18, do Código Florestal, e os arts. 38 e 48, da Lei Federal n. 9.605/98. *In verbis*:

Art. 18. Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.

Art 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação.

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

E mais, apenas excepcionalmente, é que o ordenamento jurídico permite a supressão ou intervenção em área de preservação permanente, conforme art. 3.º, § 1.º, do Código Florestal.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

IV - utilidade pública:

a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;

b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; e

c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA;

<sup>28</sup> PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo : RT, n. 8, out/dez, 1997, p. 17.

<sup>29</sup> Neste sentido: José Afonso da Silva, *Direito ambiental*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 164; e José Gustavo de Oliveira Franco, *Direito ambiental – matas ciliares*, op. cit., p. 104.

V - interesse social:

a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA;

b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e

c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA;

Acerca da obrigação de o proprietário preservar ou até mesmo formar área de preservação permanente onde esta já tenha sido devastada ou antropizada, esta decorre do próprio sistema jurídico, por se tratar de obrigação *propter rem*.

### 10. A norma de inconstitucionalidade evidente

Frente as considerações lançadas, há de se indagar: qual é a legitimidade de uma lei estadual ao prever metragem para a área de preservação permanente diversa e inferior àquela determinada pela legislação federal, que é a geral?

Ou ainda, qual é a legitimidade desta legislação que tornar lícita a ocupação ilícita antes ocorrida nesta mesma área de preservação permanente?

Como garantir o equilíbrio ecológico se se permitir a diminuição da área de preservação permanente ou ocupação e extrativismos fincados na ilegalidade e na legislação nula?

Ademais, além do notório prejuízo ao meio ambiente, o legislador estadual ordinário fere, completamente, a legalidade, vez que, usurpa de competência federal estabelecida por nossa Carta Magna (art. 24, VI), e assim é reiterada pela própria Constituição Mineira, no art. 10, XV, alínea “P”.

Art. 10 - Compete ao Estado:

XV - legislar privativamente nas matérias de sua competência e, concorrentemente com a União, sobre:

f) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do ambiente e controle da poluição;

Também seguindo este raciocínio, o STF, em Recurso Extraordinário, manifestou-se da seguinte forma: “a competência legislativa da União para baixar normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, a abranger as relativas ao **meio ambiente**, não exclui a dos Estados para legislar supletiva e complementarmente sobre a matéria, desde que respeitadas as linhas ditadas pela União.”<sup>30</sup>

Assim, tendo em vista que a lei estadual n. 18.023/09, infringiu o limite de competência estabelecida pela Constituição Federal e também pela Constituição do estado de Minas Gerais, resta indubitável que a norma sob análise já nasceu eivada do vício da **inconstitucionalidade**.

### 11. Considerações acerca da declaração de inconstitucionalidade “*incidenter tantum*”

Para que não parem dúvidas sobre a possibilidade de discussão, em nesta sede de ação penal pública, sobre a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, há que se levar em consideração que o pedido da presente ação, como já salientado, consiste **não** na declaração de inconstitucionalidade, mas sim na condenação do apelado pela prática das condutas criminosas já apontadas, consistente na edificação em área de preservação permanente.

<sup>30</sup> STF, RE nº 276.924-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29/08/2000, publicado no DJ em 07/12/2000.

Manifestando-se sobre a ação civil pública, eis a posição abalizada de Hugro Nigro Mazzilli, que em verdade pode ser conduzida, também, **à ação penal pública:**<sup>31</sup>

“(...) a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser causa de pedir (não o próprio pedido) de uma ação civil pública ou coletiva.”

Neste sentido, também a lição de Nelson Nery Júnior, que assim se manifesta:

“É cabível ACP objetivando condenação do poder público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar impostos), tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Na ACP o pedido é a obrigação de não fazer e a causa de pedir a inconstitucionalidade do imposto. Não se confunde com a Adin, onde a declaração de inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda, mas o próprio pedido.”

Mesmo porque, na feliz lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>32</sup>, “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Nesse sentido, a Jurisprudência pátria já firmou posicionamento:

Processo civil – ação civil pública com base em inconstitucionalidade de lei – eficácia erga omnes – controle de constitucionalidade incidenter tantum – legitimidade para proposição – ministério público

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de Lei, exercendo o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.

2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC).

3. Pretensão do Parquet que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315.

4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da Lei Distrital 754/94. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC)

5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do periculum in mora. Aplicação da Súmula 07/STJ.

6. Recurso Especial provido.

(STJ – RESP 419781 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 19.12.2002)JPCP.469 JPCP.469.III

Processual civil - constitucional - apelação cível - apreciação de agravo retido - decisão pela possibilidade de sanção de ato irregular - contestação apócrifa e desacompanhada de procuração - manutenção do desisum. Observância aos princípios do aproveitamento dos atos e da instrumentabilidade das formas - agravo improvido (art. 284 Do cpc) - preliminar de ausência de interesse processual - alegação de impossibilidade do paquet de argüição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública - descabimento - a inconstitucionalidade fundamenta a causa de pedir da ação - configuração de argüição incidente tantum - preliminar rejeitada - mérito - fixação do número de edis - limite constitucional - discricionariedade do ente municipal - autonomia assegurada constitucionalmente (arts. 18, 29, IV, a, da cf/88, e

<sup>31</sup> Hugro Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8 ed. Saraiva : São Paulo, 1996, p. 162.

<sup>32</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. A eficácia das normas constitucionais de justiça social. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 57/8, p. 15/28.

24 da ce) - apelo improvido - 1. (...) 2. Não há impossibilidade de obtenção de declaração causal de inconstitucionalidade de Lei, via ação pública, vez que a inconstitucionalidade apontada reside na causa de pedir da ação, que não tem como desiderato - ad instar do que ocorre com a adin - discutir objetivamente e in abstracto a adequação material e formal de dispositivo legal frente a constituição. In casu, o pedido é incidental, encartando-se no controle difuso inconcreto da constitucionalidade, em que todos os órgãos jurisdicionais podem e devem exercê-lo independentemente do meio processual escolhido pelo autor. 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. Apelo improvido à unanimidade. (TJES - AC 050999000057 - Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon - J. 29.05.2001)” 70

Ação civil pública – danos ao erário – atos de improbidade de agentes políticos – ministério público – legitimidade – lei municipal – inconstitucionalidade – declaração incidente – competência legislativa – direitos individuais e objetivos fundamentais do estado – interesse público – prevalência – parentes de agentes políticos – contratação – proibição – art. 12, lII, da lei nº 8.429/92 – O ministério público possui legitimidade para propor ação civil pública aos fins de recompor decréscimo do erário, em decorrência de imputados atos de improbidade administrativa dos agentes políticos municipais, em face do dimensionamento do alcance do art. 1º da Lei nº 7.347/85, dado pelo art. 129, III, da Constituição da República. Fixando a CR a competência da união, para definir normas gerais da licitação e contratação, resulta que estas não de ser seguidas pelos demais entes públicos, quando legislarem sobre esta matéria, de forma suplementar, atendidas as peculiaridades locais. Os princípios constitucionais, que alicerçam os direitos individuais, cedem ante o da supremacia do interesse público, por ter sua origem nos objetivos fundamentais do estado (art. 3º e incisos da CR). Pretender-se excluir da proibição de contratar com o município os parentes do seu prefeito, é retirar a eficácia da Lei Municipal que a previu, furtando-se a atuação do então agente político do princípio da moralidade. Apelações desprovidas. (TJMG – AC 000.275.419-0/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes – J. 17.10.2002)JCF.129 JCF.129.III JCF.3

12. O precedente de invasão de competência do estado de Minas Gerais em matéria ambiental Cumpre salientar que, recentemente, o Ministério Público propôs Ação Declaratória de Inconstitucionalidade dos incisos V, VI e VII do art. 17 da Lei Estadual n. 14.309/2002 – Autos n.º 1.0000.07.456706-6/000, sendo julgada procedente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG aos dias 27 de agosto de 2008. O acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos V, VI e VII do art. 17 da Lei Estadual n.º 14.309/2002 foi assim publicado:

Ação Direta de inconstitucionalidade. Artigo 17, incisos V, VI e VII e parágrafo 6º da Lei Estadual nº 14.710/2004. Política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Artigo 19, incisos V e VII, e parágrafo 6º, do Decreto Estadual nº 43.710/04. Regulamento. Reserva legal. Inconstitucionalidade manifesta. Extrapolação de competência suplementar. Disciplina contrária à legislação federal de regência. Ofensa ao artigo 10, inciso V, e parágrafo 1º, I, da Constituição Estadual. Representação acolhida. Vício declarado. - A recomposição da reserva legal em imóveis rurais a ser implementada mediante compensação, consoante a legislação federal de regência, somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia.

Vencido o relator, passou-se a relatoria ao primeiro revisor, o Eminentíssimo Sr. Des. Herculano Rodrigues, cujo voto foi no seguinte sentido:

“De fato, estou em que as normas que disciplinam a matéria relativa à recomposição da reserva legal nos imóveis rurais insertas nos incisos V, VI e VII do artigo 17 da Lei Estadual nº 14.309/2002, reproduzidas e regulamentadas nos incisos V, VI e parágrafo 6º do Decreto

Estadual nº 43.710/2004, extrapolam a competência concorrente do Estado, prevista no artigo 10, inciso V, parágrafo 1º, inciso I, da Constituição Mineira. (...) A meu aviso, tal excesso decorre do fato de que a legislação federal que disciplina a matéria já determinava que a recomposição da reserva legal nos imóveis rurais, implementada mediante compensação, somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia. (...) Daí que, ao permitir a compensação da reserva legal fora da mesma microbacia hidrográfica, consoante o disposto nos incisos V, VI e VII do artigo 17 da Lei Estadual nº 14.309/2002, extrapolou-se a competência legislativa concorrente do Estado, ensejando a inconstitucionalidade desses dispositivos. (...) Ademais, importante considerar que, nos termos da legislação federal de regência (Código Florestal), a compensação da reserva legal fora da mesma microbacia constitui exceção, sendo autorizada somente se o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado. (...) Com a devida vênia, configurada, na espécie, a ofensa à competência concorrente atribuída ao Estado de Minas Gerais para legislar sobre meio ambiente, declaro a inconstitucionalidade dos incisos V, VI e VII do artigo 17, da Lei Estadual nº 14.309/2002, bem como dos incisos V, VI e parágrafo 6º do Decreto Estadual nº 43.710/2004, que tratam das políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado de Minas Gerais.” No mesmo sentido, o voto do Ilustre Sr. Desembargador José Francisco Bueno:

“A concorrência entre União, Estado e Município para legislar sobre matéria de tamanha importância, qual seja, a preservação do meio ambiente não permite, com todo o respeito, que o Estado-membro e, também, o Município, que hoje integra a União, legislem de forma a restringir o que contém a legislação federal a respeito. Não é possível que o Município e o Estado determinem de forma diversa do que a legislação federal pertinente prevê. Entendo, com isso, que a restrição ou a concessão feita pela legislação mineira, fere frontalmente a Constituição e agride a norma federal que a regula.”

Acompanhou também o voto do Relator, o Eminentíssimo Sr. Desembargador Jarbas Ladeira:

“A competência concorrente do Estado não pode ampliar as hipóteses contempladas na legislação federal. Assim sendo, as normas que promovem tal ampliação devem ser consideradas inconstitucionais.”

Também votou pela inconstitucionalidade dos incisos V, VI e VII do art. 17 da Lei Estadual 14.309/2002 o Ilustre Sr. Desembargador Edivaldo George dos Santos:

“É que, a meu ver, realmente a Lei Estadual nº 14.309/2002, nos artigos questionados na exordial, está abrandando as exigências previstas no Código Florestal que, por ser norma federal e estabelecer os pisos mínimos, não pode ser conflitado pelo Legislador Estadual. Trata-se, como bem acentuado pelo Requerente, de uma autêntica burla aos princípios da competência concorrente para a matéria ambiental, e daí a inconstitucionalidade. Ora, o Código Florestal – Lei nº. 4.771/65, é bastante claro ao prever, em seu art. 44, III, que a compensação da reserva legal pode se dar “por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento” (sem grifo no original). Assim sendo, não há como se duvidar de que as previsões constantes dos incisos V, VI e VII do art. 17 da Lei Estadual nº 14.309/2002 estão contrariando o disposto na legislação federal citada ao possibilitar que a reserva seja instituída fora do mesmo ecossistema e da mesma microbacia. Desobedecida, portanto, a regra estabelecida na norma geral, qual seja, a lei federal citada, tenho por patente a inconstitucionalidade dos incisos V, VI e VII do art.

17 da Lei Estadual nº 14.309/2002, bem como dos incisos V, VI e parágrafo 6º do Decreto Estadual nº 43.710/2004, que tratam das políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado de Minas Gerais.”

Este foi também o entendimento do Eminentíssimo Sr. Desembargador Alvimar de Ávila:

“Na hipótese dos autos, entendo que, realmente, a Lei Estadual nº 14.309/2002 e o Decreto Estadual nº 43.710/2004 que a regulamenta, ao possibilitarem a compensação da reserva legal em outra gleba não contígua, na mesma bacia hidrográfica, ampliaram restrição estabelecida no Código Florestal. (...) Assim, a inconstitucionalidade reside na ampliação indevida, pelos dispositivos impugnados, do texto de lei federal mais restritivo, com violação da regra prevista no art. 24, inciso VI da Constituição da República de 1988, referente à competência concorrente.”

Ainda neste sentido, o Eminentíssimo Des. Reynaldo Ximenes Carneiro:

“Há nessa área ambiental interesse público relevante e não se pode adotar tratamento diferenciado nos Estados, até porque, na forma como se prevê na legislação estadual, regiões há que podem ficar completamente desérticas. E em razão do valor que se tem para aplicação no desenvolvimento econômico, podem algumas indústrias ficar sem qualquer possibilidade de desenvolvimento, porque, mais baratas, haverão de ser usadas para o reflorestamento. Assim, não só o equilíbrio ecológico, mas também o equilíbrio social, ficará prejudicado.”

### Conclusão

O movimento de reforma legal tendente a diminuir as áreas de proteção ambiental, e conseqüentemente possibilitar a expansão de atividades econômicas cresce no Brasil em níveis elevados.

Não obstante a isto, o Ministério Público obtém grandes cotas de sucesso nas ações civis públicas que promove para a tutela das áreas de preservação permanente. Significa dizer que o Judiciário brasileiro mostra-se atento à necessidade de proteção deste bem da vida que é retrato absoluto da dignidade humana, que é o meio ambiente.

**Palavras-Chave:** Conservação da natureza; áreas de proteção permanente; biodiversidade; habitats, área florestal; desflorestação.

*Fábio Guedes de Paula Machado*

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



# Dano ao ambiente e responsabilização no século XXI

## Resumo

A capacidade tecnológica de apropriação dos recursos naturais, cada vez mais desenvolvida pelo ser humano, está umbilicalmente ligada à capacidade de o planeta absorver as conseqüências danosas desta intervenção. Este trabalho procura lançar luz sobre a forma como o Direito, a Política e a Economia se inter-relacionam para evitar ou minimizar os danos provocados ao planeta. Neste empenho, analisa a proteção do patrimônio natural numa perspectiva histórica e propõe uma classificação para os danos ao ambiente quanto à sua causa e quanto à extensão de seus efeitos no tempo. Propõe ainda uma supremacia ou prioridade da responsabilidade administrativa e civil em relação à responsabilidade criminal, na tentativa de justificar a utilização das sanções penais somente como *ultima ratio* para a persecução estatal aos danos ecológicos. Neste sentido, o trabalho se alicerça, na perspectiva de, no âmbito da proteção dos bens ambientais, se evitar excessos ou radicalismos tanto *eco* quanto *antropocêntricos*. Com esta finalidade, aborda a atividade legislativa no Brasil e em Portugal, procurando demonstrar a necessidade de se compatibilizar os componentes risco, dano e segurança ambiental, no sentido de bem aferir o primeiro, minimizar o segundo e garantir a terceira.

### 1. A questão semântica

Primeiramente, urge por em destaque o conceito pelo qual entender-se-á, neste trabalho, a expressão “meio ambiente.”

Para nós, meio ambiente corresponde ao locus onde se organiza e se desenvolve a vida em todas as suas manifestações, aí incluídos todos os aspectos vivos e não-vivos que garantem, mediante suas inter-relações, a perpetuidade da existência planetária.

Esta conceituação não difere muito da que foi utilizada pela Convenção Européia sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Meio, adotada em Lugano, a 21 de Junho de 1993, a qual em seu artigo 2º, alínea 10, considera que o ambiente compreende: “os recursos naturais abióticos e bióticos, tais como o ar, a água, o solo, a fauna e a flora, e a interação entre estes mesmos fatores; os bens que compõem a herança cultural; e os aspectos característicos da paisagem.”

Por “recursos ambientais”, entender-se-á quaisquer bens existentes na natureza que possam ser utilizados pelo ser humano, como matéria-prima ou como produto acabado, para a satisfação de suas necessidades – vitais ou voluptuárias – de que são exemplos a atmosfera, as águas nas suas diferentes formas, o solo, o subsolo, a fauna e a flora.

A expressão “Área sob a jurisdição nacional de um Estado” indica, a nosso sentir, qualquer área terrestre, marítima ou aérea, dentro da qual um Estado exerça responsabilidade administrativa e regulamentadora em relação à proteção da saúde humana ou do meio ambiente em geral.

Em muitos textos normativos aparecem os termos conservação e preservação simultaneamente. Algumas vezes parecem ser utilizados como sinônimos e muitas outras como indicativos de ações diferentes. De nossa parte, preferimos diferenciá-las e, neste aspecto, seguimos a posição adotada, entre outros, por Kiss e Shelton<sup>1</sup>, para os quais a palavra conservação está ligada à idéia de utilização racional, eqüitativa dos recursos naturais, principalmente dos seres vivos, o que demanda a manutenção das condições necessárias para a continuação da existência destes recursos. Em outras palavras, significa a utilização sustentável dos recursos naturais. Já o termo preservação está ligado à manutenção dos recursos naturais, numa visão de longo prazo, sem utilizá-los em benefício da geração presente, mas mantendo-os para as gerações futuras. Assim, quando dizemos “preservar as florestas” queremos dizer, não desmatar, manter intocável. Quando dizemos conservar as florestas, estamos dizendo, pode desmatar desde que se garanta a reprodução do habitat. Neste sentido, uma fábrica de papel e celulose, ao mesmo tempo em que abate árvores, deve promover o reflorestamento.

A expressão danos ao ambiente neste estudo, será tomada no sentido restrito de danos ecológicos, seguindo a distinção que Cunhal Sendim, fortemente influenciado pela doutrina alemã e italiana, faz entre dano ao ambiente e dano ambiental. Os primeiros, na lição do professor português, são aqueles danos perpetrados contra o patrimônio natural, isto é, atingem um bem da natureza (ar, rios, solo, etc.). Já os segundos atingem os “componentes ambientais humanos, como a paisagem e o patrimônio construído, visto serem, essencialmente, realidades culturais<sup>2</sup>.

A rigor, esta distinção jurídica entre dano ambiental e dano ecológico foi aventada já no início dos anos 1990 por Gilles Martin, quando observou o avanço legislativo proporcionado pelo então projeto de Diretiva da CEE relativa à responsabilidade dos produtores de resíduos. Na opinião do professor francês, foi “a primeira vez que, de forma explícita,” um texto legal individualizou o dano ecológico e o distinguiu dos outros danos, submetendo-o a um tratamento especial<sup>3</sup>.

Nessa ocasião, ponderou o autor que “o art. 2º desse texto distingue, com efeito, claramente entre ‘o dano’ e ‘os prejuízos causados ao meio ambiente’. O primeiro termo designa apenas ‘os danos causados por morte ou ofensas corporais e os danos causados a bens’; por seu lado, os prejuízos causados ao meio ambiente são definidos como ‘atentados graves e sucessivos ao meio ambiente ocasionados por modificações das condições físicas, químicas ou biológicas da água, do solo e/ou do ar, desde que não sejam considerados danos’ no sentido anterior.

Merece realce, também, a concepção relativa à distinção entre danos ambientais e danos ecológicos, apresentada por Canotilho<sup>4</sup>, segundo a qual “os danos ambientais são os danos provocados a bens jurídicos concretos através de emissões particulares ou de um conjunto de emissões emanadas de um conjunto de fontes emissoras” e os “danos ecológicos são lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural *sem que tenham sido violados direitos individuais*.” (O grifo é nosso).

<sup>1</sup> KISS, Alexandre; SHELTON Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden (Holanda); Boston (EUA): Martinus Nijhoff, 2007, p. 92.

<sup>2</sup> SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos – da reparação do dano através de restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 130.

<sup>3</sup> MARTIN, Gilles. *Direito do Ambiente e danos ecológicos*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 31, Março/1991. Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES) – Universidade de Coimbra, 1991, p. 115-142.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade por danos ambientais: uma aproximação juspublicística*. In: AMARAL, Diogo Freitas; ALMEIDA, Marta Tavares (coords.). *Curso sobre Direito do Ambiente*. Lisboa: Instituto Nacional do Ambiente, 1994, p. 397-407.

Nesta acepção, “o dano ecológico se pode caracterizar, tendencialmente, como uma perturbação do património natural – enquanto conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos e da sua interação – que afete a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutelada pelo sistema jurídico-ambiental.”<sup>5</sup>

Destarte, quando tratarmos da responsabilização por danos ao ambiente, não estaremos focados nas conseqüências ou nos reflexos que um determinado dano pode provocar no património, na saúde ou na personalidade do ser humano. Consideraremos o dano enquanto relacionado exclusivamente ao ambiente natural e à sua capacidade de auto-regulação e de auto-regeneração, logo, estaremos falando do dano ecológico.

Aliás, na lição de Cunhal Sendim os “danos ecológicos podem se inserir na categoria mais ampla dos danos ao ambiente, a qual compreende não só a lesão dos bens ecológicos que compõem o património natural, mas também de outros bens ambientais protegidos pelo sistema jurídico como, por exemplo, a paisagem”<sup>6</sup>.

Branca Martins<sup>7</sup> fala em dano ecológico puro mas, parece-nos, querer dizer o mesmo que Sendim, posto que afirma que dano ecológico puro tem lugar quando “o dano não ocorre numa esfera jurídica determinada, pertencente a uma pessoa, reconhecida como tal pelo Direito, mas no ambiente como valor jurídico autônomo, ou, se preferirmos, na própria natureza”.

Exemplo de dano ecológico pode ser encontrado no Acórdão prolatado pelo Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal), no ano de 2004. Resumidamente, o caso sob exame se refere aos danos provocados por uma vacaria, situada próxima do rio Ave. Na decisão do tribunal lê-se que “as águas nas imediações vão se deteriorando, com a água de uma nascente a transformar-se num líquido grosso e acastanhado que destrói a vegetação”. Ademais, os “produtos químicos utilizados pelo réu na vacaria e os dejetos vão-se infiltrando na terra até atingirem os veios de água, contaminando-a”.<sup>8</sup>

Pode-se ler, ainda, no Acórdão, que “a norma do art. 22º nº 2 da Lei nº 83/95 de 31/8, diploma que instituiu o direito de ação popular, apela à superação da concepção privatística da responsabilidade civil (na componente da tradicional dicotomia entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais), apelando a um conceito *complexivo de dano ecológico*”. (Grifamos).

Com relação ao seu nome, e provavelmente em virtude de sua incipiência, este ramo do conhecimento científico, que se dedica ao estudo dos aspectos jurídicos relacionados ao ambiente, ainda não goza de uma unanimidade na doutrina e nos atos estatais. Assim, por exemplo, alguns o denominam Direito Ambiental, outros como Direito do Meio Ambiente e ainda como Direito do Ambiente, expressão esta preferida, por exemplo, pelos autores portugueses.

## 2. A proteção jurídica dos bem ambientais

As relações sociais surgem e se reproduzem na relação direta das condições favoráveis que o ambiente proporciona. Partindo desta premissa, o Direito Ambiental objetiva regular as constantes alterações provocadas no meio ambiente pelo atuar humano.

Durante muito tempo, a estrutura econômica de determinado país ditava o ritmo do seu crescimento ou, se se preferir, do seu desenvolvimento. Embora esta afirmação contenha em si mesma uma verdade, os Estados perceberam que apenas o crescimento econômico

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 134. Neste mesmo sentido: TORRES, Mário José. Dano ecológico no contencioso administrativo português. In: Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito. Número Especial. Porto, 1996, p. 43-54.

<sup>6</sup> SENDIM, José de Souza Cunhal, *op. cit.*, p. 261.

<sup>7</sup> CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico alguns problemas. In: Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito. Número Especial. Porto, 1996, p. 187-227.

<sup>8</sup> Processo nº 1887/04-1 Relator: VIEIRA E CUNHA.

não seria suficiente para a manutenção da vida no planeta, sobressaindo-se, à evidência, a necessidade de impor limites a esse crescimento.

Em meio ao dilema entre o direito ao crescimento econômico e a necessidade de preservar e conservar o meio ambiente, surgiu uma nova geração de idéias. Pois bem, coube a essa nova geração, cuja adolescência intelectual floresceu no início do século XX, mas que ganhou maturidade apenas por volta de 1970, a difícil tarefa de limitar o crescimento econômico como forma de garantir a perenidade dos recursos naturais e, por conseqüência, a própria vida no planeta. Passava-se, neste ponto, a valorizar mais o desenvolvimento que o crescimento em si mesmo.

É nesse embate que aflora o Direito Ambiental. Ele surge como a única alternativa pacífica de solucionar conflitos originados pela apropriação dos recursos naturais. E mais: cabe ao Direito Ambiental, também, a missão de compelir os Estados a uma atuação preventiva, no sentido de promover a satisfação das necessidades atuais dos mesmos, porém sem comprometer a segurança ambiental dos demais e sem colocar em risco as possibilidades futuras de existência com qualidade.

### 2.1. Breves notas sobre a evolução histórica da proteção dos bens ambientais

As preocupações jurídico-políticas em relação ao ambiente cresceram na mesma proporção em que os avanços tecnológicos se sucediam. Isto porque a estes “progressos” nem sempre estavam associadas melhores condições de vida para a maioria da população, em particular, nem melhores standards ambientais para o planeta, em geral.

Apenas a guisa de registro, vale lembrar que a situação de miserabilidade das condições ambientais nas cidades, em grande parte provocada pela recém surgida revolução industrial e o conseqüente êxodo rural que abarrotou os grandes centros teve, como era de se esperar, seus maiores impactos na Europa do século XIX. Neste contexto, Engels<sup>9</sup>, em uma de suas visitas à Inglaterra, no século XIX, assim se referiu à cidade de Bolton, situada a dezoito km a noroeste de Manchester:

[...] Esta cidade só possui, tal como me foi dado verificar durante várias estadas, uma rua principal, *Deansgate*, de resto bastante suja, que ao mesmo tempo serve de mercado e que, mesmo com muito bom tempo, não passa de uma passagem sombria e miserável, embora só tenha, além das fábricas, casas baixas de um ou dois andares. Como sempre, a parte antiga da cidade está particularmente vetusta e miserável. Atravessa-a uma água negra – córrego ou uma sucessão de charcos pestilentos? – que contribui para empestear completamente um ar já nada puro.

Não é raro encontrarmos referências doutrinárias no sentido de se localizar as primeiras reflexões ambientalistas somente no século XX, especialmente após as grandes Conferências da ONU (Estocolmo, em 1972 e Rio de Janeiro, em 1992).

Entretanto, e apenas no sentido de apresentar uma nova perspectiva da história, parece-nos que pelo menos já nos anos de 1800 alguém, fugindo do critério meramente utilitarista que vicejava na época, já esboçava uma preocupação ambientalista. Falamos de George P. Marsh, então político estadunidense pelo estado de Vermont, o qual, no ano de 1847, endereçou uma correspondência à Sociedade Agrícola do Condado de Rutland, onde expunha sua opinião sobre a crescente mecanização da lavoura, além de interessantes observações sobre o modo pelo qual os imigrantes europeus se apropriaram das terras pertencentes, por natureza, aos aborígenes.

É de Marsh a frase: “O homem selvagem é o inimigo universal, tanto da sua própria espécie quanto de todas as existências inferiores organizadas. É uma má encarnação do princípio da natureza produtiva; a civilização transforma-o num ser beneficente, numa fecunda influência

<sup>9</sup> ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução Rosa Camargo Artigas; Reginaldo Forti. São Paulo: Global, 1985. (Coleção Bases; 47), p. 54.

protetiva, fazendo dele o monarca, não o tirano da criação biológica.” Para ele, o grande elemento da civilização é o progresso. Ao mesmo tempo, reconhece ao homem, o “direito de usar, mas não de abusar dos produtos da natureza.”<sup>10</sup>

Para Marsh, o homem selvagem vivia unicamente para a satisfação de suas carências vitais de alimentação e vestuário, sem qualquer preocupação com a capacidade que teria a terra para reproduzir os bens consumidos e muito menos com as necessidades de seus futuros filhos<sup>11</sup>. Para ele, foi pelo processo civilizatório que o homem começou a considerar a capacidade de reprodução do planeta, iniciando, inclusive, processos artificiais de ajuda para este desiderato.

Na seqüência de seus esforços, Marsh publicou em 1864, o livro “O homem e a natureza”, o qual tinha como objetivo indicar o caráter e a extensão das mudanças perpetradas pela ação humana nas condições físicas do planeta, bem como destacar os perigos da imprudência e a necessidade de cautela em todas as atividades que, numa larga escala, interferem com o arranjo espontâneo do mundo orgânico e inorgânico. Também se incluía entre os objetivos sugerir a possibilidade e a importância da “restauração da harmonia rompida” e a melhoria material dos dejetos e das regiões exauridas<sup>12</sup>.

No século XX, especialmente após a II Grande Guerra Mundial, o estudo do ambiente ganhou novos contornos, cedendo lugar a uma abordagem mais ampla, tomando-se por base uma dimensão ecossistêmica, ou, como preferem os autores de língua inglesa, uma “*ecosystem approach*.”

O que parece claro para este método holístico de abordagem é que os componentes ecológicos e sociais dos problemas ambientais são inseparáveis. E esta regra vale tanto para as pequenas cidades quanto para as metrópoles<sup>13</sup>.

O conceito de ecossistema desenvolveu-se à sombra da percepção de que a vida não se realizava isoladamente. Seu enfoque primário nas interações entre os seres vivos e seus ambientes não-vivos forneceu o pivô para a cooperação entre um leque de disciplinas das ciências humanas, naturais e sociais. Destarte, a abordagem ecossistêmica forneceu “a inspiração e o suporte de muitos esforços colaboradores que lidam com assuntos complexos e problemas relacionados ao ambiente e aos recursos naturais”, que não podem ser tratados como uma disciplina isolada, ou melhor, compartimentada<sup>14</sup>. Neste aspecto, vale ressaltar a profunda imbricação entre o Direito, a Política e a Economia nos assuntos relacionados ao ambiente, sem se falar, por óbvio, das ciências biológicas e afins.

Essa visão ecossistêmica, e a concepção do planeta como um organismo vivo – complexo e dinâmico – traz em seu bojo a necessidade de diálogo entre as várias formas de se “ver” o mundo. Esta interação de conhecimentos, conhecida como interdisciplinaridade, ao rejeitar a tese de saberes compartimentados e estanques, impulsiona o intercâmbio de informações e fomenta as relações entre as ciências. Este diálogo é vital para a correta aferição de qualquer intervenção antrópica no ambiente e para a mensuração dos riscos e danos potenciais, derivados de um determinado empreendimento.

A idéia de compartimentação dos saberes, que talvez possa ter sido útil algum dia, não coaduna com a noção de ecossistema, pois este, conceitualmente falando, é necessariamente não-compartimentável. Exceto em alguns raros e específicos casos em que, para se obter determinado conhecimento, é necessário isolar-se um elemento do conjunto, se tolera certo

<sup>10</sup> MARSH, George P. *Address delivered before the Agricultural Society of Rutland County*, Sept. 30, 1847. Disponível em: <[http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/consrv:@field\(DOCID+@lit\(amrvvgvgo2div1\)\)](http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/consrv:@field(DOCID+@lit(amrvvgvgo2div1)))>. Acesso em: 16 jun. 2009, p. 6-8.

<sup>11</sup> A expressão “futuros filhos”, utilizada por Marsh, tempos mais tarde ganharia projeção universal sob a forma de “futuras gerações” ou “gerações futuras”.

<sup>12</sup> MARSH, George P. *Man and nature, or Physical Geography as modified by the human action*. New York: Charles Scribner, 1864. Sobre a “restauração da harmonia rompida”, no sentido de se retornar à situação anterior ao ato danoso, falaremos ao abordar os modos de reparação dos danos ecológicos.

<sup>13</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Defining an Ecosystem Approach to Urban Management and Policy Development*. Peter J. Marcotullio and Grant Boyle (eds). Tóquio (Japão): United Nations University Institute of Advanced Studies (UNU/IAS), 2003, p. 9.

<sup>14</sup> NAÇÕES UNIDAS, *op. cit.*, p. 9.

isolamento dogmático, mas mesmo assim, as conclusões obtidas só merecerão validade científica se puderem coexistir com a realidade circundante ao elemento em estudo. Caso contrário, será mera idéia, e não uma teoria científica.

Na década de 1980, a proteção do meio ambiente já ostentava um número considerável de acordos internacionais, os quais possuíam como objeto, em sua maior parte: 1) a preservação do meio marinho, incluindo aí a proteção e utilização racional dos recursos vivos do mar; 2) a proteção das águas e dos recursos dos rios internacionais; 3) a defesa contra a poluição e outros tipos de ações perniciosas à atmosfera terrestre e ao espaço atmosférico; 4) a proteção e utilização racional da flora e da fauna da terra; 5) a proteção dos objetos e complexos naturais únicos, de determinados sistemas ecológicos; e 6) a defesa do meio terrestre contra a contaminação radioativa<sup>15</sup>.

A noção ecossistêmica, inclusive, não se encerra nas fronteiras de um Estado ou uma região. Na verdade, a idéia crescente no século XX foi a de tratar o ambiente numa perspectiva global. Esta tendência de mundializar as discussões ambientais foi gradativamente ganhando terreno e se solidificou a partir do início dos anos de 1980, perdurando até os dias que correm, notadamente com a ampla midiatização de danos ao ambiente que atingem a escala planetária, como a chuva ácida, a depleção da camada de ozônio e o aquecimento global, por exemplo.

### 3. Dano ecológico no Brasil e em Portugal: breve abordagem legislativa

Embora o escopo deste estudo seja algumas considerações relativamente aos danos ao ambiente, parecem-nos necessárias algumas poucas palavras sobre a noção de risco. Isto porque entendemos que os conceitos de risco e de dano ao ambiente são, de certa forma, inseparáveis, até mesmo para uma melhor compreensão do que pretendemos expor em relação aos danos.

Não é novidade afirmar-se que toda atividade humana, qualquer que seja ela, envolve, em si mesma, em maior ou menor grau, certa dose de risco. No caso da intervenção do ser humano no ambiente, o risco de se provocar danos, reparáveis ou não, sugere uma atenção especial dos juristas, dos políticos e dos legisladores.

Canotilho<sup>16</sup>, assevera que “o Direito Constitucional acompanha o esforço da doutrina no sentido de se alicerçar a determinação jurídica dos valores limite do risco ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica”. (grifos no original).

O fato de algumas atividades implicarem, por si mesmas, um risco maior para o ambiente, exige uma postura jurídico-política de maior rigidez no controle das mesmas. Isto não significa, entretanto, a exigência de um risco zero, posto que isto inviabilizaria qualquer empreendimento, notadamente os grandes investimentos estatais em infra-estrutura, como estradas, hidrelétricas, portos, etc.

Destarte, a convivência com o dano ao ambiente, ou pelo menos com a possibilidade de sua ocorrência, é uma realidade da qual não se pode fugir. Cabe à autoridade ambiental, alicerçada em uma legislação e em uma política ambientais bem estruturadas, a tarefa de compatibilizar os componentes risco, dano e segurança ambiental, no sentido de bem aferir o primeiro, minimizar o segundo e garantir a terceira.

<sup>15</sup> Cfr. TUNKIN, G. I. *Direito Internacional*. Tradução portuguesa de J. M. Milhazes. Moscou: Progresso, 1986, p. 467; FITZMAURICE, M. A. *International Environmental Law as a special field*. In: *Netherlands Yearbook of International Law*. v. XXV. Haia (Holanda): Martinus Nijhoff, 1994, p. 181-226. Conforme Fitzmaurice, observou, as obrigações assumidas pelos Estados, nos tratados internacionais, ampliaram-se, passando do simples dever de não causar dano a outrem, para um patamar de maior proteção ambiental, a qual inclui o intercâmbio de informações, o monitoramento de atividades potencialmente poluidoras e o estabelecimento de padrões específicos em relação, e. g., a emissão de partículas.

<sup>16</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional Ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no Direito Constitucional português*. In: \_\_\_\_\_; Leite, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-11.

No Direito português, em 2008 foi promulgado o Decreto-Lei nº 147/2008, o qual estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ao ambiente e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ao ambiente, com a alteração que lhe foi introduzida pela Diretiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extrativa.

Esta norma define, em seu art. 11º, dano como sendo a “alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural que ocorram direta ou indiretamente”; Acresce ainda que os danos ao ambiente podem ser de três tipos: a) danos causados às espécies e habitats naturais protegidos; b) danos causados à água; e c) danos causados ao solo.

Outra observação digna de destaque neste instrumento normativo é que o mesmo, em seu art. 18º, abre a possibilidade de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, singular ou coletiva, pedir a intervenção da Agência Portuguesa para o Ambiente no sentido de impedir ou interromper alguma prática danosa ao ambiente, ou mesmo a simples ameaça de dano, desde que comprove perante a citada autoridade a pertinência de seus argumentos. No termos do presente artigo, considera-se como interessado qualquer pessoa que: a) seja afetada ou possa vir a ser afetada por danos ao ambiente decorrentes do empreendimento; b) tenha um interesse suficiente no processo de tomada de decisão relativamente ao bem ambiental em causa; ou c) invoque a violação de um direito ou de um interesse legítimo protegido nos termos da lei.

No Brasil, a questão dos danos ao ambiente é regulada basicamente pela Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e pela Lei nº 9.605/1998, a qual versa sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Entre os objetivos da política brasileira para o meio ambiente, destaca-se “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

#### **4. Uma proposta de classificação para os danos ao ambiente**

Sabemos que qualquer intervenção humana no ambiente, ou qualquer modificação das condições normais do meio, ainda que por forças da própria natureza, provoca impactos ambientais de maior ou menor grau, benéficos ou maléficos. Estes impactos ambientais, quando ruinosos para a vida ou para os outros componentes do sistema, são considerados danos ao ambiente, ou impactos ambientais negativos, em antítese aos impactos ambientais positivos, quando são benéficos.

Não obstante as já conhecidas classificações propostas para os danos ao ambiente, v.g., quanto à amplitude do bem protegido, quanto à reparabilidade e aos interesses jurídicos envolvidos, quanto à extensão e ao interesse objetivado, etc., gostaríamos de propor, com a máxima vênica, novas categorias classificatórias para os danos ecológicos, especificamente quanto à origem e quanto aos efeitos no tempo.

##### **4.1. Danos ecológicos quanto à sua origem**

Se tomarmos em consideração certo ambiente sujeito ao domínio de determinada coletividade humana, teremos que os danos provocados ao mesmo podem ser catalogados em duas categorias quanto às suas causas ou às suas origens. Estas causas podem ser internas ou externas ao grupo social em questão. Daí teremos:

#### 4.1.1. Danos ecológicos por causas intrínsecas ao grupo social afetado

As causas intrínsecas têm cabimento quando uma coletividade humana, que se encontra asentada num local que lhe oferece, a princípio, tudo o que ela necessita para a sua subsistência, agride severamente este locus. São aquelas relacionadas ao ambiente social considerado em si mesmo, ou seja, sem a intervenção de qualquer outra força externa ao grupo, seja esta humana ou da natureza. Assim, o eventual dano decorrerá das formas pelas quais a própria coletividade trata o seu ambiente natural, retirando dele mais do que ele é capaz de repor espontaneamente e, por outro lado, sem possibilidade técnica de, artificialmente, promover a sustentabilidade do mesmo. Como se sabe, este tipo de dano sempre existiu na história da humanidade, notadamente na época das primitivas coletividades humanas nômades, mas foi pouco a pouco desaparecendo à medida em que o ser humano foi aprendendo a dominar certas artes como o cultivo e a colheita, sedentarizando-se e assimilando, com o passar dos séculos, novos valores como o sentimento de terra natal, ou melhor, o sentimento de pertencer a um lugar.

No dano ao ambiente provocado por causas intrínsecas, a natureza não tem qualquer influência ativa, mas exerce notável influência passiva, ou melhor, reativa. Isto porque o ambiente, embora originalmente propício à convivência humana, sendo portanto capaz de fornecer o alimento e a proteção de que o grupo necessita, apenas reage ao modo como é tratado. Aliás, é uma reação negativa, no sentido de não poder fazer coisa alguma, pois tem o seu tempo próprio de reprodução, isto valendo tanto para o vegetal quanto para o animal. Na hipótese do grupo social não respeitar este “tempo” do ambiente para a sua sustentabilidade, acaba por sobre-explorá-lo. Se, não obstante a exploração intensiva, os integrantes do grupo forem capazes de, valendo-se de técnicas adequadas, promoverem a reprodução ambiental, ou melhor, a sua sustentabilidade, o *habitat* se manterá. Caso contrário, em consequência da reação negativa do meio, não sendo capaz de fornecer o que dele é exigido, resta ao grupo deixar o local e sair à procura de novos *habitats*. Atualmente, por conta de uma apropriação mais racional dos recursos naturais, aliada a uma plêiade de novas técnicas, a maior parte da população consegue se manter por várias e várias gerações no mesmo sítio.

Um caso extremo de causas intrínsecas, seria considerar a coletividade humana como um só corpo e o planeta inteiro como um só *habitat*. Nesta hipótese, teríamos atos perpetrados pela coletividade, que provocam consequências planetárias. Como exemplo, pode-se citar os empreendimentos que provocam a depleção da camada de ozônio. O grande problema que se coloca é que, nesta hipótese, num modelo de exaustão completa das condições climáticas favoráveis à vida, não se terá a opção de deslocamento, a não ser que já estejamos no estágio dos deslocamentos interplanetários<sup>17</sup>.

#### 4.1.2. Danos ecológicos por causas extrínsecas ao grupo social afetado

Já as causas extrínsecas ao grupo podem ter duas origens: a) por ato humano, isto é, de outros grupos; e b) por ato da própria natureza, mas para o qual o grupo em questão não tenha contribuído.

Na primeira hipótese, teremos ainda outra subdivisão: a) o ato humano que deliberadamente provoca este dano, como por exemplo, uma guerra declarada, ou qualquer outro ato hostil e compulsório, oriundo de uma fonte com suficiente poder; ou b) o ato humano externo ao grupo que, involuntariamente, provoca uma reação negativa do habitat da coletividade, tornando-a vítima de um ato perpetrado por outro grupo social. Esta possibilidade é mais comum do que se possa pensar, simplesmente por que o ambiente não conhece as fronteiras territoriais estabelecidas pelo ser humano. Destarte, dependendo da atividade promovida por um grupo social, uma coletividade localizada, por vezes, até distante, pode ser atingida. É o que se pode verificar,

<sup>17</sup> O qual, inexoravelmente, o ser humano atingirá.

por exemplo, em comunidades situadas rio abaixo ou rio acima de um determinado empreendimento<sup>18</sup>, ou aquelas situadas em condições geograficamente favoráveis à direção do vento<sup>19</sup>.

Estas causas extrínsecas de origem humana, por sua própria definição, situam-se num patamar superior de crueldade para com as vítimas, posto que enquanto nas causas intrínsecas elas são ao mesmo tempo agentes e vítimas, nas primeiras elas são obrigadas a suportar o ônus ambiental de um empreendimento do qual não participaram.

Existe ainda mais uma classificação possível para as causas extrínsecas por ato humano (tanto voluntárias quanto involuntárias: a) de efeito aparente; e b) de efeito difuso.

Chamamos causas extrínsecas por ato humano de efeito aparente aquelas que produzem conseqüências num espaço localizado ou regional, de modo que suas vítimas sejam facilmente determináveis. Como exemplo, pode-se citar a construção de uma usina hidrelétrica, cujo projeto supõe o alagamento de uma determinada superfície terrestre, atingindo a fauna e a flora, ali estabelecidas.

As causas extrínsecas de origem humana de efeito difuso, por sua vez, são aquelas que provocam conseqüências indiscriminadas, não atingindo apenas uma coletividade ou uma região determinada, mas causando danos gigantescos, às vezes, em várias regiões e atingindo um número indeterminado de pessoas. Exemplo deste naipe pode ser o despejo de detritos em alto mar por um longo período de tempo.

Uma terceira classificação para o dano quanto à sua causa, é aquela em que se combinam as causas humanas – extrínsecas e intrínsecas. Nesta hipótese, são vítimas os próprios agentes do ato fonte, como também são vítimas coletividades que não participaram do empreendimento. Exemplo desta estirpe são as atividades com materiais nucleares.

Noutro enfoque, temos as causas extrínsecas por ato da natureza, que são aquelas para as quais as vítimas não contribuíram, e nem poderiam ter feito coisa alguma para evitar. Estas, do mesmo modo que as extrínsecas por ato humano, podem ser classificadas, quanto ao efeito, em aparentes e difusas. São exemplos de efeitos aparentes, uma chuva torrencial ou a queda de neve numa determinada região. Exemplo de causa extrínseca por ato da natureza de efeito difuso pode ser a queda de um enorme meteoro na superfície terrestre.

Aqui também é possível a junção de causas extrínsecas por ato da natureza de efeitos aparente e difuso ao mesmo tempo. Como exemplo pode se citar a erupção de um grande vulcão, a qual provocará efeitos aparentes (na comunidade situada nos arredores) e efeitos difusos (por conta da enorme quantidade de gases causadores do efeito estufa que lançará na atmosfera).

#### 4.2. Danos ecológicos quanto aos seus efeitos no tempo

Os danos ao ambiente nem sempre seguem a mesma lógica de eclosão, nem a mesma rotina de reparação, ainda quando atingem o mesmo bem ambiental protegido, embora normalmente a uma mesma causa corresponda um mesmo dano. Por exemplo: um curso de água pode ser atingido negativamente por uma única fonte poluidora e, mesmo assim, os danos podem ser variáveis em quantidade e qualidade, conforme se tenha em análise uma determinada parte deste curso d'água ou mesmo o tempo decorrido desde a ação perturbadora da normalidade ecológica.

Neste contexto, uma classificação dos danos quanto aos efeitos produzidos pelos mesmos ou, noutras palavras, quanto às suas conseqüências, pode ser útil acadêmica e socialmente, posto que isto contribuirá para o estabelecimento de medidas pertinentes, tanto no aspecto qualitativo quanto no aspecto quantitativo.

<sup>18</sup> Em linguagem técnica, a *jusante* e a *montante*, respectivamente.

<sup>19</sup> Novamente, numa linguagem técnica, a *sotavento*. Se se considerar de onde parte o vento, diz-se a *barlavento*. Assim, uma fábrica de cimento, por exemplo, ao lançar efluentes no ar que atingirão uma cidade a 20 km de distância, diz-se que a cidade está a sotavento e a fábrica a barlavento.

Os efeitos danosos provocados pela ação antrópica, ou pela própria natureza, a um determinado sítio, podem ser classificados em duas categorias: a) danos imediatos; e b) danos futuros.

#### 4.2.1. Danos ecológicos imediatos

Os danos ao ambiente imediatos, que também podem ser denominados de *danos emergentes*, são aqueles prontamente identificáveis, isto é, surgem logo após a ação que lhes deu causa, ou mesmo simultaneamente a esta ação. Este tipo de dano é de mais fácil mensuração e, conseqüentemente, os remédios que lhe sejam eficazes são de determinação menos trabalhosa.

#### 4.2.2 Danos ecológicos futuros

Por outro lado, os danos ecológicos futuros, além da agravante de não serem perceptíveis de imediato, ou justamente por isso, são de determinação quantitativa – e valorativa – muito mais difícil que os primeiros. Ademais, estes danos podem ainda ser subdivididos em danos futuros certos e danos futuros incertos. Esta classificação é de fundamental importância quando se fala, por exemplo, na aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, no início de qualquer empreendimento que interfira na ordem ambiental.

Aragão<sup>20</sup> ensina que “a precaução permite [...] agir mesmo sem certezas sobre a natureza do dano que estamos a procurar evitar ou sobre a adequação da medida para evitar o dano. [...] O princípio da prevenção implica, então, a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação destes danos ou, pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos”.

Os danos futuros certos implicarão numa política de prevenção ou, na pior das hipóteses, numa estratégia de reparação, com uma margem de acerto muito grande. Mesmo no tocante à responsabilização civil ou criminal pelo evento danoso, este tipo de dano oferece seguras possibilidades para uma política ambiental bem sucedida.

Já os danos futuros incertos estão imersos num oceano de dúvidas. Estas podem ir desde a simples incerteza quanto à sua ocorrência até à gravidade de seus efeitos, passando pela titularidade de seus autores. Isto porque determinadas agressões ao patrimônio ambiental só são detectadas muito tempo depois da prática do ato que as produziu, quiçá anos depois. Esta incerteza que caracteriza este tipo de dano é que dará suporte a inúmeras tentativas de se evitar, no máximo humanamente possível, que o evento danoso ocorra<sup>21</sup>. Um dano futuro incerto pode ser tão complexo que, não raro, quando se manifesta, já se passou tanto tempo que é difícil identificar até mesmo a fonte poluidora e, na hipótese de se identificá-la, ainda corre-se o risco dela não mais existir. Exemplificando: pode-se perceber que, “de repente” começa a morrer uma quantidade muito grande de animais num determinado bioma. Após os estudos dos especialistas, descobre-se que este surto de morte não se deve a uma causa imediata, mas mediata, e que, apesar de parecer “repentina”, a morte dos animais se deve a um processo de longa permanência de determinado produto químico naquela área que acabou por produzir o morticínio. O tempo de acumulação necessária pode ser tão longo que, quando se manifesta, a responsabilização jurídica pode ter se tornado impossível, por conta, por exemplo, do desaparecimento da fonte poluidora (por hipótese, o fechamento da empresa responsável).

<sup>20</sup> ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Européia. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Leite, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-55.

<sup>21</sup> Nas palavras de Aragão, referindo-se ao princípio da precaução, encontramos que: “Poderíamos falar a esse propósito de uma espécie de princípio ‘*in dubio pro ambiente*’: na dúvida sobre a perigosidade de certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ônus da prova da inocuidade de uma ação em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor”. (ARAGÃO, Alexandra. *Direito Comunitário do Ambiente*. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Almedina, 2002.

Nas palavras de Branca Martins<sup>22</sup>, “poderíamos ainda referir todas as dificuldades ligadas à própria existência e também à extensão real do dano, cuja demonstração depende intimamente do estágio do conhecimento científico e tecnológico, nomeadamente das ciências médicas, desconhecendo-se, não raro, a nocividade real dos produtos para o ecossistema [dano ecológico, acrescentamos], e respectivos efeitos na saúde humana, que só a longo prazo se revelam [dano ambiental, acrescentamos]”.

A título de exemplo, entendemos que o consumo de organismos geneticamente modificados pode ser um exemplo de dano futuro, neste caso – e por enquanto - incerto.

Uma observação importante é que tanto os danos futuros certos quanto os danos imediatos, podem se subdividir em duas espécies: a) danos futuros evitáveis; e b) danos futuros inevitáveis. Neste ponto, tanto a atividade empreendedora quanto a Administração Pública devem conhecer bem os seus limites, de modo a conseguir evitar o que seja evitável e minimizar os efeitos daquilo para o qual a capacidade humana ainda não consegue dominar.

## 5. A responsabilização pelos danos ao ambiente

Toda vez que se fala em dano ecológico, é imperioso que se abra parênteses para os chamados danos autorizados, cujo controle administrativo se dará, de entre outros modelos, pela aplicação dos conhecidos princípios do *poluidor pagador* ou *quem contamina paga*, e pela assunção de determinados compromissos, como por exemplo, a recuperação ambiental da área degradada.

Neste trabalho, cuidamos apenas da responsabilização pelos danos não autorizados ao ambiente.

A ocorrência de um dano ao ambiente, qualquer que seja a sua classificação, pressupõe a sua imediata reparação. Não só porque é jurídica e socialmente relevante, mas porque a interação ecossistêmica aponta para uma reação em cadeia quando o equilíbrio do ambiente é rompido, provocando danos em efeito cascata. Logo, a pronta intervenção no sentido de se estancar o *déficit* surgido, ademais de corrigir um problema, evita o surgimento de outros<sup>23</sup>.

O Direito erigiu várias formas de se responsabilizar alguém, pessoa física ou jurídica, pela prática de algum ato que provoque danos à pessoa de outrem, ou ao seu patrimônio, bem assim quando provoque malefícios à coisa comum (*res communis*). O comportamento danoso ao patrimônio comum, para lá de perturbar o sistema, demonstra a odiosa prática de confundir a coisa comum com a coisa de ninguém, no sentido de se pensar que contra ela tudo se pode, na vã ilusão de se imaginar que, sendo de ninguém, não esteja protegida juridicamente.

Aquí, e de forma deliberada, não adentraremos na discussão, já clássica, sobre os modos como se deverá adequar a responsabilidade civil tradicional, isto é, aquela atinente a bens patrimoniais, entendidos estes como bens apropriáveis pelo ser humano, bem como aquela relacionada a direitos subjetivos – individuais ou coletivos.

Nosso objetivo é, tão somente, ilustrar os mecanismos jurídicos atualmente aplicáveis aos casos específicos de danos ecológicos, salientando a necessidade que se impõe, no nosso sentir, de se priorizar a tutela e a repressão administrativa, em detrimento da criminal.

<sup>22</sup> CRUZ, Branca Martins da. *op. cit.*, p. 187-227.

<sup>23</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; Leite, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130, nota que “cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender as expressões populares ‘equilíbrio ecológico’ ou ‘equilíbrio da natureza’. Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela constituição [brasileira], antes de ser estático, é um sistema dinâmico. Não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo a milhões de anos. O que se busca é assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso.”

### 5.1 Sujeitos da responsabilidade por danos ecológicos

O dano causado a algum bem ambiental, excetuando-se, evidentemente, aqueles oriundos de forças telúricas, isto é, aqueles para os quais o ser humano não interveio direta nem indiretamente, comporta em sua análise a presença: a) de um agente poluidor; b) do bem afetado (isoladamente considerado); e c) da biosfera vitimada (o bem afetado nas suas inter-relações ecossistêmicas).

Quando falamos em sujeitos da responsabilidade por dano ecológico, estamos a pensar na figura de quem está obrigado a reparar o dano (num dos modos que se verá a seguir) e na figura de quem está juridicamente autorizado a exigir tal reparação.

Quanto ao agente poluidor, podemos ter uma pessoa singular, física ou jurídica, ou um grupo de pessoas ou de empresas que atuam, simultaneamente ou não, num mesmo espaço e que a soma de seus efluentes provoquem uma agressão ao patrimônio ambiental.

A capacidade de exigir judicialmente a reparação de um dano provocado ao patrimônio natural, atualmente, está razoavelmente equacionada nos seguintes termos: sendo o patrimônio afetado, um bem de toda a coletividade (*res communis*), posto não ser apropriável por qualquer particular, a titularidade da pretensão reparatória cabe, precipuamente, ao Estado, normalmente na pessoa do representante do Ministério Público, ou algum equivalente naqueles casos em que tal figura não exista. Eventualmente, melhor seria dizer, supletivamente, na inércia do titular estatal, a sociedade civil pode provocar o poder judiciário no sentido de pleitear: a) a proibição do início de um empreendimento; b) a interrupção de uma atividade; e c) reparação dos danos provocados. Cada país, de conformidade com o seu Direito interno, legitima o interesse processual de determinadas pessoas para postular em juízo em favor de um bem ambiental.

No Brasil, a legitimidade para a defesa do meio ambiente em juízo<sup>24</sup> cabe a: I) ao Ministério Público; II) à Defensoria Pública; III) à União, aos Estados e aos Municípios; IV) à autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V) à associação civil constituída há pelo menos 1 ano<sup>25</sup> e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Não custa lembrar que, no âmbito da proteção ambiental, qualquer pessoa pode – e o servidor público é obrigado – a provocar a iniciativa do Ministério Público. Ademais se, no exercício das suas funções, os juízes ou tribunais tomarem conhecimento de fatos que ensejam uma ação civil ambiental, deverão enviar estas informações ao Ministério Público para as devidas providências<sup>26</sup>.

### 5.2. Formas usuais de reparação dos danos ao ambiente

As formas clássicas de reparação de um dano podem ser assim resumidas:

a) Volta ao *status quo ante* ou *restitutio in integrum*, pela qual o sujeito poluidor (lato senso) fica obrigado a tomar as medidas necessárias para restabelecer o equilíbrio rompido por conta de sua ação. Acontece que nem sempre, no plano do ambiente, esta modalidade de reparação é possível, posto que há danos ao ambiente que não são reversíveis, como a extinção de uma espécie ou a destruição de um patrimônio natural.

No Brasil, a reparação via *restitutio in integrum*, sem embargo de previsão em outras normas específicas de menor envergadura hierárquica<sup>27</sup>, encontra amparo legal na Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente a qual, no § 1º do

<sup>24</sup> Nos termos da Lei nº 7.347/85, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.448.

<sup>25</sup> Dependendo da gravidade do dano, do interesse social e do objeto protegido, esta exigência pode ser dispensada pelo juiz.

<sup>26</sup> Art. 6º da Lei nº 7.347/85, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.448.

<sup>27</sup> Ver também a previsão constitucional expressa no art. 225, §3º, *infra* mencionado.

seu art. 14 estabelece que “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”. Este artigo, na verdade, é corolário do que dispõe o art. 4º, o qual afirma que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (inciso VI).

Em Portugal, esta modalidade de reparação também é consagrada, notadamente na Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87 de 7 de Abril), cujo art. 48º obriga a remoção das causas da infração cometida e a reconstrução da situação anterior ou equivalente, exceto no caso de não ser possível a reposição da situação anterior à infração, hipótese em que os infratores ficarão sujeitos ao pagamento de indenização e à realização das obras necessárias à minimização das conseqüências provocadas. Não é demais salientar que este mesmo art. 48º estabelece que, num eventual descumprimento das obrigações acima, o Estado efetuará as obras necessárias à reposição da situação anterior à infração, porém às expensas dos inadimplentes.

b) Indenização, para os casos em que o retorno à situação anterior é impossível. Esta possibilidade que se abre para punir o agressor financeiramente, por meio da exigência de uma indenização pecuniária, deve variar conforme o grau da ofensa perpetrada, não apenas ao bem ambiental em si, mas também ao seu entorno. Nesta hipótese, o patrimônio do sujeito responde pelo dano ao patrimônio comum. Em agosto de 2009, por exemplo, e pela primeira vez na história do Brasil, uma fazenda foi desapropriada em virtude da prática de crimes ambientais<sup>28</sup>.

A reparação pecuniária encontra alguns óbices de caráter pragmático, como por exemplo, como avaliar – ou precificar – uma espécie (animal ou vegetal) extinta? Como mensurar, em dinheiro, os efeitos produzidos pela poluição de um curso d’água, ou os pela extinção de suas matas ciliares?

c) Restrição de direitos, quando a ofensa a um dano, observados certos critérios, não puder ser reparada por um dos meios mencionados nas alíneas “a” e “b” ou, mesmo podendo, a autoridade coatora entender que a pena a ser imposta mereça um *plus*, um gravame a mais, além do retorno ao estado anterior ou da indenização. Esta restrição de direitos pode compreender a prestação de serviços à comunidade, a suspensão parcial ou total de atividades, o recolhimento domiciliar, ou mesmo a interdição temporária de alguns direitos, como o uso e o gozo de determinada área. Em Portugal, a lei quadro das contra-ordenações ambientais (Lei n.º 50/2006), além das penalidades pecuniárias (coimas) dispõe sobre a interdição/inibição do exercício de atividades e sobre a perda dos bens utilizados para a prática danosa ao ambiente.

d) Privação da liberdade do agente, quando então, a reparação do dano ao ambiente rompe as fronteiras da responsabilidade civil e administrativa. Há países, que possuem, inclusive, uma legislação penal específica para o ambiente. Tal é o que ocorre, por exemplo, no Brasil, com a Lei n.º 9.605/1998, supracitada. Neste âmbito, além da privação da liberdade, o agente está sujeito à perda dos bens e utensílios utilizados na prática do crime ambiental, e dos frutos proveniente de sua conduta lesiva ao ambiente.

A responsabilização civil e penal, cumulativamente, é permissão constitucional no Brasil, onde o art. 225, § 3º do texto maior dispõe expressamente que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>28</sup> Cfr. Agência Brasil. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/08/20/materia.2009-08-20.0456510951/view>>. Acesso em 26 ago. 2009.

O importante, na nossa ótica, é que na imposição das penas, no afã de proteger o ambiente, a autoridade coatora não ultrapasse os limites do bom senso ou do equilíbrio punitivo. Não é razoável, por exemplo, recolher à prisão um ancião, sem recursos financeiros e analfabeto, que retira seiva de uma árvore (numa área de preservação ambiental), para servir de remédio para sua esposa, também anciã, como aconteceu no Brasil recentemente<sup>29</sup>.

Entendemos que o objetivo principal de qualquer norma voltada para os interesses ambientais deve ser a reparação do dano ao ambiente, sempre que possível, buscando a recuperação da área degradada. Neste sentido, a aplicação de pena pecuniária e a restrição da liberdade seriam um *plus*, um componente adicional com finalidade pedagógica, um instrumento de coerção social a intimidar possíveis reincidências, pelo próprio agente, ou novas agressões por partes de outros sujeitos, mas sempre nos limites do que seja razoável e, ao mesmo tempo, deixando patente a ausência de impunidade.

Neste ponto, vêm a calhar as palavras de Canotilho, para quem, de qualquer modo, não logrou impor-se uma nova ética ambiental transcendente e não antropicamente centrada como a que defendiam (e defendem) os adeptos da ‘ecologia profunda’. Os perigos de um ‘fundamentalismo ecológico’ ligado a um ‘asceticismo social’ pareciam perturbar a desejável construção de um Estado de direito ambiental. [...] Dentre as ponderações a considerar na justificação adequada deve incluir-se o juízo sobre alternativas ambiental e ecologicamente amigas, desde que elas se revelem adequadas, necessárias e proporcionais.”<sup>30</sup>

Merece destacar que a atividade sancionatória do Estado não deve, necessariamente – sequer precipuamente – se dar na esfera penal. Na maioria das vezes, no nosso sentir, a sanção administrativa é a mais indicada.

Neste sentido, vale aqui o registro das palavras de Anabela Miranda<sup>31</sup>, que sustenta que “[...] direito penal, a que se deve recorrer, como *ultima ratio*, para assegurar a eficaz proteção dos bens ambientais”.

<sup>29</sup> Cfr. *Jornal Folha on line*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u3083.shtml>>. Acesso em 28 set. 2009. Pela lei brasileira (Lei nº 9.605/98, art. 40), este “crime” é inafiançável e sujeito a pena de reclusão de um a cinco anos.

<sup>30</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1-11.

<sup>31</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto. In: In: Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada – Porto. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*. Série de Direito. Número Especial. Porto, 1996, p. 301-315. Para a autora, as “razões que justificam a idéia de que a ordem jurídico-administrativa é a que se encontra melhor colocada para responder ao objetivo de prevenção no domínio ambiental dizem respeito, desde logo, ao fato de esta ordem ser a que se encontra mais próximo (*sic*) e mais estreitamente ligada aos agentes poluidores mais perigosos.”

## 6. Considerações finais

Vimos que a possibilidade (risco) de ocorrência de um dano é uma realidade que temos que enfrentar em qualquer empreendimento que tenha por objetivo a apropriação de bens integrantes do patrimônio natural. A nulidade do risco é um fator que não cabe na equação sócio-ambiental dos dias que correm. Neste aspecto, parece-nos que teremos que conviver perpetuamente com os danos ao ambiente, sejam eles mediatos ou imediatos, certos ou incertos, intrínsecos ou extrínsecos, evitáveis ou inevitáveis. Para nós, a compreensão do correto manejo de um dano ambiental é que vai determinar a sua maior ou menor curva de conseqüências humanas e ambientais *strictu sensu*. A própria natureza possui seus mecanismos de proteção para lidar com as intempéries ou outros desastres telúricos. Cabe ao ser humano, no nosso sentir, fugindo dos radicalismos – tanto eco quanto antropocêntricos – delimitar em que medida tal e qual risco é aceitável, tal e qual dano compensa e, mais que tudo, espelhar-se nos mecanismos naturais de co-existência verificados entre os chamados “irracionais”, no equilíbrio dinâmico da vida e na aceitação da finitude dos recursos naturais. Esta compreensão do “todo” implica, *ipso facto*, na correta dimensão que se dará à responsabilização por um dano ecológico, na equidade com que se tratará o acesso aos recursos naturais e na firme convicção de que, embora possa não ser o soberano do planeta, como querem alguns, é sem dúvida o seu gestor, o principal utilizador e o maior beneficiário (ou a maior vítima).

**Palavras-Chave:** Dano ambiental; bens ambientais; responsabilidade ambiental; reparação de danos ambientais;

*Aguinaldo Alemar*

Professor na Universidade Federal de Uberlândia



# Acordos ambientais: um panorama luso-brasileiro

## Resumo

No presente artigo, propõe-se analisar os acordos ambientais no panorama português e no brasileiro. Faz-se imperioso, diante das incapacidades apresentadas pelo modelo *command and control* e por seus instrumentos, buscar novos meios de efetivar o programa normativo. É necessário elaborar novos esquemas consoantes com os conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicísticas: flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade e abertura à inovação. É nesse panorama, de busca de caminhos complementares, que surgem os Acordos Ambientais.

## Introdução

Se dantes os anseios se dirigiam à mera imposição de uma regulamentação de caráter ambiental, atualmente os esforços são mais direcionados à efetivação dos direitos já consagrados. A excitação desencadeada pela necessidade de uma resposta ligeira, estruturada a partir de um modelo de *command and control*<sup>1</sup>, conduziu ao excesso de regulamentação, que, incapaz de uma correta prognose diante da complexidade inerente às questões ambientais, transforma incerteza científica em incerteza social. De outro lado, o referido modelo, ao criar uma regulamentação de “última hora”, sem a reflexão devida, gera um efeito contraproducente para os fins que pretendem alcançar.

Faz-se imperioso, diante das incapacidades apresentadas pelo modelo *command and control* e por seus instrumentos, buscar novos meios de efetivar o programa normativo. É necessário elaborar novos esquemas consoantes com os conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicísticas: flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade e abertura à inovação<sup>2</sup>. É nesse panorama, de busca de caminhos complementares, que surgem os Acordos Ambientais<sup>3</sup>. No presente artigo, propõe-se analisar os acordos ambientais no panorama português e no brasileiro.

<sup>1</sup> Também chamada regulação direta ou sistema *top-down* (Michel A. HELDEWEG, *Towards Good Environmental Governance in Europe*, In: **European Environmental Law Review**, vol. 14, n.º 1.2005, p.5). A expressão é utilizada para definir a regulação e prática administrativa de comando das fontes emissoras de poluição (...), característica da primeira geração do direito ambiental. DIAS, 2001:297.

<sup>2</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também*, In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Studia Iuridica; n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 707.

<sup>3</sup> Utiliza-se aqui o termo “acordo ambiental” na esteira dos “environmental agreements”, termo utilizado pela UE. Cfr. COM (1996) 561; COM (2002)278, p.11; COM (2001) 428, p.5; COM (2001) 130, p. 7; COM (2002) p.4.

## 1 Acordos Ambientais

O Acordo Ambiental é um *novo instrumento* concebido para melhorar o desempenho dos actores e a efectividade da política ambiental. Pode ser genericamente descrito como um acordo informal, criado por via consensual entre governo (nacional, provincial/estadual ou local/municipal) e indústria, visando a redução das diversas conseqüências ambientais do desrespeito de regras relativas ao processo de produção, ao uso de energia ou aos produtos<sup>4</sup>. Tais Acordos Ambientais podem assumir a forma de contratos ou de simples acordos sem vinculatividade jurídica, sendo que estes últimos são subsumíveis à categoria de atuação informal.

Explica MARTÍN MATEO que o uso dos Acordos Ambientais, especificamente sob a forma de contratos, “Se explica perfectamente em cuanto que a pesar de la aparosidad com que se presentan las postidades de la Administración, y no obstante su abstratcta contundencia, em la prática, sobre tudo, cuando, como es lo común, se trata de retificar situaciones ya estabelecidas, resulta mui dificil imponer unilateral y rígidamente los esquemas ambientales decididos por la Administración”<sup>5</sup>.

Em diferente abordagem, Maria da Glória F. P. D GARCIA<sup>6</sup> afirma que os Acordos Ambientais, designadamente os contratos de adaptação ambiental, além de introduzir justiça na lei, mediante a negociação dos termos de seu cumprimento, indicam que a norma ambiental não pode ser cumprida por todos igualmente, demonstrando um desejo de incentivar e premiar a diferença.

De modo geral, justifica a doutrina que, dentre as vantagens dos referidos instrumentos, estão: a eficiência e rapidez na implementação dos objetivos ambientais; a possibilidade de efetiva responsabilização das empresas; a não submissão a influências políticas e a interpretações judiciais, recorrentes no âmbito da legislação; a flexibilidade de definição e execução dos processos de adaptação das empresas; a redução dos custos suportados pela sociedade e sua justa repartição pelos seus responsáveis, os agentes poluidores, em sintonia com o princípio do poluidor pagador<sup>7</sup>.

No âmbito da Comunidade Europeia, tais Acordos Ambientais se inserem nas estratégias do “Quinto Programa em Matéria de Meio Ambiente”, que promoveu o alargamento da gama de instrumentos para além da legislação ambiental, procedimento confirmado na proposta de revisão do referido programa<sup>8</sup>. Ainda no âmbito Europeu, ao dedicar um Comunicado<sup>9</sup> exclusivamente aos Acordos Ambientais, a Comissão da Comunidade Europeia ressaltou que estes se inserem nos esforços para simplificar e melhorar as *leis* comunitárias, os quais, devido à sua versatilidade, podem ser usados no nível nacional, regional ou comunitário. Os Acordos Ambientais, segundo o Comunicado, encerram uma série de vantagens potenciais: a) são capazes de cumprir os objetivos ambientais, porque a indústria, uma vez que está diretamente envolvida nas negociações, colabora com administração; b) possibilitam

<sup>4</sup> Patricia M BAILEY, *The Creation and enforcement of environmental agreements*, In: **European Environmental Law Review**, jun., vol.8, n.º 6.1999, p.171.

<sup>5</sup> Ramon MARTÍN Mateo, **Tratado de derecho ambiental**. Vol. 2, Madrid: Editorial Trivium, 1991, p.112.

<sup>6</sup> Maria da Glória GARCIA, **O lugar do direito na proteção do ambiente**, Coimbra, Ed. Almedina, 2007, p. 407 e ss.

<sup>7</sup> Sobre vantagens dos acordos ambientais cfr.: Mark Bobela-Mota KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental: a concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de polícia administrativa**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa.2001, p.28-29; Patricia M. BAILEY, *The Creation and enforcement... cit.*, p. 173; , J.C. BONGAERTS, *The Commission’s Communication on Environmental Agreement*, In: **European Environmental Law Review**, vol.16, n.º3, março.2007, p.84.; Zen MAKUCH, *Smart Regulation and the Revised Batteries Directive: The future of voluntary agreements*. In: **European Environmental Law Review**, vol.12, n.º 8/9, Agoust/September, 2003, p. 234. Manuel CABUGUEIRA, **Acordos voluntários como instrumento de política ambiental**, Porto: Ed. Vida Económica, 1999, p.109.

<sup>8</sup> Decisão n.º 2179/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998.

<sup>9</sup> COM (1996) 561.

à indústria buscar uma solução mais eficaz diante de sua situação específica, se se consideram os investimentos realizados no passado; e c) em virtude de seu número limitado de participantes, asseguram maior coerência e melhor coordenação das partes envolvidas.

O Sexto Programa de Ação em Matéria de Ambiente – “Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha” –, seguindo o mesmo rumo do seu programa antecessor, sustenta que, para enfrentar os desafios dos problemas ambientais da atualidade, não se pode limitar a uma abordagem legislativa, o que confirma o alargamento da gama de instrumentos como prioridade do programa<sup>10</sup>. Expõe ainda, o referido programa, que os novos métodos de governança, alternativos à regulamentação tradicional, tais como os Acordos Ambientais, são aptos a melhorar a capacidade de inovação das empresas. Essa nova abordagem prevê, caso necessário, a criação de um quadro regulamentar que estabeleça objetivos políticos e “dê ao setor industrial a liberdade de definir de um modo consensual as medidas de aplicação prática, que virão em apoio do quadro jurídico («co-regulamentação»)”<sup>11</sup>.

Em resumo, os Acordos Ambientais se destacam especialmente por duas características centrais: a *flexibilidade*<sup>12</sup>, imprescindível diante das questões “multidimensionais”, que se reflete nos objetivos da política ambiental, com vista a um nível maior de proteção, ao considerar a diversidade de situações<sup>13</sup>; e a *liberdade*, menos coação, que acaba por se traduzir em maior disposição para o cumprimento voluntário das decisões ou das normas decorrentes de uma ação voluntária.

## 2 Os Acordos Ambientais no ordenamento português

Nas últimas décadas, o Governo português, seguindo uma tendência mundial, tem demonstrado crescente interesse na “qualidade do “ambiente”, ao promover a regulamentação desta área. A dinâmica da regulamentação do ambiente tem-se desenvolvido como uma ação isolada do regulamentador público, que pareceu responder à onda ambientalista das décadas de 70 e 80<sup>14</sup>, ao integrar o “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender” (art. 66<sup>o</sup>) na CRP, elevando-o a direito fundamental.

Durante todo o desenrolar da regulamentação do ambiente em Portugal, a figura do Acordo Ambiental ganhou progressivamente relevância. Utilizou-se inicialmente no fim da década de 1980<sup>15</sup>, desenvolvendo-se em torno dos “Acordos de Adaptação Ambiental” e, depois, predominantemente, em torno da figura dos “Contratos de Adaptação Ambiental”. Estes últimos surgiram em decorrência de uma profunda reformulação dos primeiros, que objetivou a eficácia desejada dos objetivos ambientais<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> COM (2001) 31.

<sup>11</sup> *Idem*, p.67.

<sup>12</sup> Tal flexibilidade dos Acordos Ambientais pode ser entendida de diferentes formas: a) enquanto um pequeno grau de estrutura formal, permitindo uma grande maleabilidade de ação por parte dos agentes regulamentados; b) enquanto possibilidade de adaptação da regulamentação às condições e necessidades específicas das empresas, “personalização” da regulamentação; b) enquanto possibilidade do instrumento integrar um “mix de mecanismos”, que podem chegar a ser contrapartida ao cumprimento; e c) enquanto possibilidade de coordenação com a regulamentação pública, complementando ou flexibilizando sua introdução. Manuel CABUGUEIRA, *Os acordos voluntários... cit*, p.87.

<sup>13</sup> COM (2002) 709, p. 2.

<sup>14</sup> Manuel CABUGUEIRA, *Os acordos voluntários... cit*, p.134-137.

<sup>15</sup> Observa-se, entretanto, certo atraso em relação aos outros países europeus, uma vez que a experiência portuguesa em matéria de contratualização administrativa na área ambiental se iniciou cerca de vinte anos após as primeiras experiências europeias.

<sup>16</sup> Fernanda MAÇÃS, *Os acordos setoriais como um Instrumento da Política Ambiental*, In: *Revista do Centro de Estudos de Direito do Urbanismo e do Ambiente - CEDOUA*, nº1.2000, p.49.

Os referidos Acordos Ambientais<sup>17</sup>, de modo geral, tinham por objetivo estabelecer um plano de adaptação das empresas aderentes a normas ambientais imperativas, possibilitando-lhes ficar à margem dos referenciais de fiscalização decorrentes das disposições legais sobre a matéria, os quais seriam substituídos pelos referenciais presentes nos Acordos Ambientais.

### 2.1 Acordos Voluntários de Adaptação Ambiental

No ordenamento português, a figura mais próxima dos Acordos Ambientais são os denominados “Acordos Voluntários de Adaptação à Legislação Ambiental”, também chamados “Acordos Sectoriais” ou “Protocolos de Adaptação à Legislação Ambiental”.

A experiência portuguesa na utilização dos Acordos Ambientais como instrumento de política ambiental teve início em 1988, com a assinatura de um acordo para o setor da pasta de papel, do qual participaram a Direção-Geral do Ambiente (DGA), em representação do Governo, a AIP (Associação Industrial Portuguesa) e a CELPA (Associação Portuguesa de Pasta de Papel). Com o referido acordo, o Governo pretendia reduzir o impacto criado pelo setor da pasta de papel na qualidade do ar e da água, no período de 1988 a 1992. O recurso a essa forma de intervenção se estendeu. Em 1989, ocorreu um acordo para setor de couros e, em 1990, um para o setor de embalagens em vidro e outro, para o setor de embalagens em cartão para líquidos<sup>18</sup>.

Após tais experiências, surgiram, na seqüência, a assinatura do Acordo Global em Matéria de Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, celebrado em 1994, figurando, de um lado, o Ministério do Ambiente e Recursos Naturais, o de Indústria e Energia e o da Agricultura, e, do outro, a Confederação dos Agricultores de Portugal e a Confederação da Indústria Portuguesa. Estes Acordos Ambientais tinham por objetivo dar um prazo razoável à indústria portuguesa para se modernizar e para se adaptar à legislação ambiental, com vistas a reduzir ou eliminar a poluição causada pelas descargas de águas residuais no solo ou em meio aquático<sup>19</sup>. Por meio desses Acordos Ambientais, as indústrias comprometiam-se a cumprir o programa de reconversão e adaptação dentro dos prazos determinados. Em contrapartida, a administração comprometia-se a tolerar, durante o prazo concedido, a emissão de cargas poluentes em níveis superiores aos legais.

Seguem os motivos alegados à época em defesa dos acordos setoriais, como instrumento privilegiado de concretização da política ambiental: a) atraso verificado na adaptação à legislação ambiental da maior parte dos setores industriais; b) dispersão e pulverização dos setores industriais de pequena e média dimensão; c) necessidade de tratamento especial às zonas mais sensíveis e aos setores mais críticos; e d) existência de meios de financiamento comunitário para serem utilizados em curto espaço de tempo<sup>20</sup>.

Todavia, nos dois anos em que estiveram em vigor, as experiências obtidas não conduziram aos resultados ambientais esperados. Entre os vários problemas, de natureza diversificada, destacou-se o descumprimento dos prazos fixados nos protocolos assinados, que, de modo geral, era imputado pelas estruturas associativas a dificuldades de ordem técnica e financeira<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Referimo-nos aqui aos “Acordos Ambientais” de maneira “lato sensu” englobando os “Acordos Voluntários de Adaptação à Legislação Ambiental” e os “Contratos de Adaptação Ambiental”.

<sup>18</sup> Fernanda MAÇÃS, *Os acordos setoriais...*, cit, p. 44-45.

<sup>19</sup> Fernanda, MAÇÃS, *Os acordos setoriais...*, cit, p. 44-45.

<sup>20</sup> Fernanda MAÇÃS, *Os acordos setoriais...*, cit, p.45.

<sup>21</sup> Para desenvolvimento acerca das críticas cfr. Fernanda MAÇÃS, *Os acordos setoriais...*, cit, p.6 e ss.

## 2.2 Contratos de Adaptação Ambiental

Os “Acordos de Adaptação à Legislação Ambiental” foram objeto de reformulação para garantir sua eficácia e o alcance dos objetivos ambientais. Surgiram em seu lugar os denominados “Contratos de Adaptação Ambiental”. Estes foram assumidos pelo Ministério do Ambiente como uma importante forma de política ambiental. Essencialmente, “conferiam às empresas dos sectores económicos abrangidos um prazo para se adaptarem à legislação vigente, dentro do qual não seriam alvo de sanções legalmente previstas para seu incumprimento, de que se vinculassem ao cumprimento de um plano de adaptação que era negociado com a Administração”<sup>22</sup>.

Os Contratos de Adaptação Ambiental surgiram como verdadeiros contratos com obrigações<sup>23</sup> bem definidas para as partes, cominando sanções para o não cumprimento das prescrições e um cronograma de adaptação. Estes acordos continuavam a ser assinados pelas estruturas associativas dos setores industriais. Contudo, estendem-se às unidades empresariais que pretendam aderir e que não pertençam à associação outorgante do contrato.

Analisa-se, a seguir, textos normativos no ordenamento português que dispõem sobre os Contratos de Adaptação Ambiental.

### 2.2.1 Lei de Bases do Ambiente - Contratos-programa de redução de carga poluente

#### 2.2.1.1 Previsão normativa

A mais antiga figura de Contratos de Adaptação Ambiental no ordenamento português são os denominados pela doutrina “contratos-programa de redução da carga poluente”<sup>24</sup>. Tais contratos estão previstos no Capítulo V, art. 35<sup>o</sup>, n.º 2, da Lei de Bases do Ambiente (LBA)<sup>25</sup>. Não são, porém, consagrados como um instrumento da política do ambiente, situação condizente com a não consagração autônoma do princípio da concertação ou da cooperação no art. 3<sup>o</sup> da LBA.

O Capítulo V da LBA, cujo título é “Licenciamento e Situações de Emergência”, trata em seus quatro artigos de questões distintas: licenciamento ambiental (art. 33<sup>o</sup>); declaração de zonas típicas e situações de emergência (art. 34<sup>o</sup>), sobre legalização de um “direito de necessidade ambiental”; complexo de sanções rígidas (art. 35<sup>o</sup>); transferência de estabelecimentos (art. 36<sup>o</sup>).

Em razão de o critério de sistematização do referido capítulo não se mostrar claro, Paulo Castro RANGEL<sup>26</sup> apresenta uma proposta de integração dos artigos. Segundo o autor, se se leva em conta que o licenciamento exprime um controle inicial e que a aplicação das sanções envolve um controle final, poder-se-ia afirmar que a LBA prevê instrumentos adequados a garantir em uma atividade materialmente policial que os níveis de poluição fiquem dentro dos limites estabelecidos por lei. Ou seja, a LBA preveria instrumentos para garantir a “ordem pública ecológica”. Acrescenta o autor que, diante da referência de uma “ordem pública ecológica”, pode-se compreender a inclusão da regulamentação de situações críticas, em que há ruptura desta ordem e em que se impõem a derrogação da “normalidade” e a adoção de medidas de exceção<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Mark Bobela-Mota KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental ...*, cit., p. 63.

<sup>23</sup> Para o desenvolvimento acerca da natureza jurídica das figuras em questão, cfr. Mark Bobela-Mota KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental ...*, cit., p. 96; Manuel CABUGUEIRA, *Os acordos voluntários ...*, cit., p. 139-141.

<sup>24</sup> O contrato-programa de carga poluente não tem que estar associado a qualquer plano, uma vez que o art. 35<sup>o</sup>, n.º 2 e 3, não fazem qualquer referência a estes. Acrescenta que a característica que ressalta dos referidos contratos não é o seu caráter programatório, mas a finalidade da “contratualização” deste programa, que é a realização da lei. Paulo Castro RANGEL, *Concertação, Programação e Direito do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 77-78

<sup>25</sup> Art. 35<sup>o</sup>, n.º 2, da Lei nº 11/87, de 7 de abril.

<sup>26</sup> Paulo Castro RANGEL, *Concertação, Programação ...*, cit., p. 60-61.

<sup>27</sup> Em sentido contrário, cfr. Mark Bobela-Mota KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental ...*, cit., p. 58.

Nesse sentido, o art. 35º, n.º 1, traz a possibilidade de redução ou fechamento (temporário ou definitivo) das atividades poluentes, com vista à manutenção, dentro dos limites estipulados, das emissões gasosas e radioativas, dos efluentes e dos resíduos sólidos. São amplamente reconhecidos os graves impactos sociais e econômicos do fechamento de uma atividade, bem como a complexa teleologia constitucional. Considere-se, ainda, que da sistematização apresentada por Paulo Castro RANGEL depreende-se que o legislador foi sensível à colisão de interesses existentes, o que possibilitou um caminho intermediário e a atribuição ao administrador de um poder discricionário na aplicação desta tipologia de sanções<sup>28</sup>.

Configura-se, então, que nos termos do n.º 2 do art. 35º da LBA, por meio dos contratos-programa a Administração Pública fica autorizada a “tolerar” por determinado período os limites legais impostos pela legislação em vigor<sup>29</sup>. Com tal medida, visa-se a redução da poluição a níveis inferiores aos permitidos em lei. Importante ressaltar que o n.º 3 do art. 35º da LBA condiciona a celebração dos contratos-programa quando da continuação da laboração de tais atividades não acarretem riscos significativos para o homem ou o ambiente.

### 2.2.1.2 Dos sujeitos contratantes

Uma vez que o contrato-programa é considerado uma alternativa à aplicação de sanções e que tanto estas quanto os atos de licenciamento se dirigem às singulares unidades poluentes, deverão ser tais unidades os sujeitos do contrato-programa. Porém, segundo Paulo RANGEL<sup>30</sup>, nada obsta à celebração seja com um setor empresarial, seja com empresas de certa região ou localidade, seja com empresas do setor público ou mesmo com um grupo

<sup>28</sup> Paulo Castro RANGEL, **Concertação, Programação ...**, *cit.*, p. 61-63.

<sup>29</sup> O ponto de maior divergência relativo aos contratos programas e sua validade se refere a seu caráter derogatório. Dois autores encabeçam o debate doutrinário: Paulo Castro RANGEL e Mark Bobela-Mota KIRKBY. Segundo RANGEL, pode-se, em razão do contexto e do horizonte sistemático em que se insere o instrumento, depreender que, por meio dos “contratos-programa de redução da carga poluente”, a Administração Pública fica autorizada a derroga transitoriamente, por via contratual, os limites legais de poluição impostos pela legislação em vigor, com vista manter a ordem pública e ecológica, e alcançar a redução da poluição ao fim do prazo. Ao aceitar a subsistência da violação das normas reguladoras dos níveis de tolerância da poluição, segundo o autor, a Administração Pública estaria submetendo à “barganha contratual” os seus poderes de polícia. De modo diferente, KIRKBY entende que o problema em torno dos contratos-programa não se refere à possibilidade de utilização da forma contratual no exercício do poder administrativo de polícia ambiental. Para o autor, o problema é saber se, mesmo quando a utilização da forma contratual implicar uma regulação diferente daquela preconizada na norma de competência, é possível utilizar o referido contrato à luz de considerações de eficácia, ainda que em detrimento da legalidade. Defende ainda que os elementos interpretativos disponíveis na legislação não permitiriam concluir que o art. 35º da LBA, por si só, possibilita a derrogação por via administrativa de normas de polícia ambiental de caráter imperativo. Acrescenta que a LBA impede a operacionalização dos contratos-programa por não conter uma tipificação mínima destes que permita sustentar uma norma habilitante, não reunindo, assim, os mínimos exigíveis pelo princípio da legalidade na dimensão de reserva absoluta de lei. Por fim, acrescenta que a referida derrogação temporária de lei em sentido formal por atos que emanam do poder administrativo consubstanciaria uma violação do disposto no art. 112º, n.º 6 da CRP. Adota-se uma terceira via. Se, de um lado, concorda-se aqui com o autor dantes citado que o problema não se situa na possibilidade, ou não, da celebração de contratos tendo como objeto o poder administrativo de polícia ambiental, de outro, parece que a utilização dos contratos-programa não ofende quer o princípio da legalidade, quer o art. 112º, n.º 6, da CRP. Na celebração dos contratos programas que afastam temporariamente as normas reguladoras dos níveis de tolerância da poluição previstos no art. 35, n.º 3, da LBA o que está em causa é o fenômeno descrito por Paulo OTERO como “derrogação administrativa”.

Sobre críticas cfr.: Paulo Castro RANGEL, **Concertação, Programação ...**, *cit.*; KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit.*

Sobre “derrogação administrativa” cfr. Paulo OTERO, **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Coimbra: Livraria Almedina, Reimpressão da edição de maio/2003, 2007, p. 904.

Sobre posição da autora cfr. Dissertação de mestrado não publicada, de título “A insônia da princesa da fábula: acordos ambientais e governância”, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

<sup>30</sup> Paulo Castro RANGEL, **Concertação, Programação ...**, *cit.*, p. 68.

de empresas que não esgotem o setor ou região respectiva. Pode o contrato-programa ser celebrado com qualquer empresa ou grupo de empresas, independente de estas desenvolverem uma atividade pública<sup>31</sup>.

No tocante ao pólo público da relação contratual, não só o Governo como qualquer órgão superior da Administração Pública, por intermédio do Conselho de Ministros, poderão celebrar os contratos-programa. Pode tal competência ser exercida mediante delegação para níveis hierárquicos inferiores. Admite-se que, ao lado da Administração Central, intervenham outros entes públicos como partes contratuais<sup>32</sup>.

### 2.2.2 Contratos de Adaptação Ambiental para protecção do meio aquático

A Administração Pública celebrou na segunda metade dos anos de 1990 aquilo que se convencionou chamar de “Contratos de Adaptação Ambiental”, que tinha por objetivo conceder às empresas poluidoras já implantadas na data de entrada em vigor da DL n.º 74/90 de 7 de março, que aderissem a estes contratos, um prazo para se adequarem à legislação ambiental vigente.

Dessa feita, as empresas aderentes ficavam autorizadas a emitir, por certo período, níveis de poluição que ultrapassavam os limites estabelecidos na legislação em vigor. Em contrapartida, comprometiam-se a cumprir as prescrições estabelecidas até o termo da vigência do contrato.

Os contratos celebrados na época se apoiaram no art. 40º, n.º 3, do DL n.º 74/90, que atribuía competência ao Diretor de Qualidade Ambiental para fixar, por despacho, um prazo de adaptação relativo às novas normas de descarga de águas residuais. A partir de então, a Administração Pública, ao invocar sua autonomia pública contratual enunciada pelo art. 179º do Código de Procedimento Administrativo, que consagra o princípio da fungibilidade entre atos e contratos administrativos, e, ainda, ao se referir à abertura à via contratual estabelecida no art. 35º, n.º 2, da LBA, utilizou-se de contratos para exercer as competências que lhe foram atribuídas, em alternativa à via unilateral.

Segundo Mark Bobela-Mota KIRKBY<sup>33</sup>, ao analisar os Contratos de Adaptação Ambiental celebrados pela Administração Pública com base no referido diploma legal, observa-se que foi permitida a adesão de qualquer empresa do setor contratualizado, não se limitando às empresas já instaladas como enunciava a lei. E ainda concedeu-se um prazo para adaptação das empresas aderentes a um ampliado rol de normas ambientais vigentes, e não só normas de qualidade da água, que entraram em vigor com o novo diploma<sup>34</sup>.

Outro ponto que se mostra mais frágil nos contratos de adaptação ambiental celebrados ao abrigo do DL n.º 74/90, se refere ao direito de participação dos interessados. Pelo fato de todo o procedimento de negociação ocorrer de maneira informal, os “interessados eventuais” dificilmente terão ciência prévia de sua celebração. Segundo Mark Bobela-Mota KIRKBY<sup>35</sup>, não trata de um problema de insuficiência do ordenamento ordinário, que contempla a participação procedimental dos interessados, mas tão-só um problema endêmico do direito de participação, não específico deste tipo de contrato.

<sup>31</sup> Cfr. art. 17º, n.º 4 do Dec. – Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro, relativo à qualidade do ar.

<sup>32</sup> Para mais detalhes, cfr. Paulo, Castro RANGEL, **Concertação, Programação ...**, *cit.*, p. 72-75.

<sup>33</sup> KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit.*, p. 67

<sup>34</sup> Quanto aos contratos que incorreram nas hipóteses acima, entende-se que eles excederam a competência atribuída à Administração Pública, razão pela qual são inválidos. Uma vez que o objeto do contrato é passível de ato administrativo, aplica-se-lhes o regime de invalidade do ato administrativo, art. 185º, n.º 3, alínea “b”, do CPA.

<sup>35</sup> KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit.*, p. 90.

### 2.2.3 Contratos-programa para a redução de emissões de poluentes atmosféricos

O DL n.º 352/90, de 9 de Novembro, regula o sistema de proteção e controlo da qualidade do ar e prevê a hipótese de celebração de contratos-programa em seu art. 17.º. Inicialmente, o n.º 1 do referido artigo estabelece que as instalações existentes na entrada em vigor da legislação ficavam sujeitas ao prazo de cinco anos para adaptação aos valores constantes das portarias referidas n.º 1 do art. 5.º. Posteriormente, o n.º 4 do art. 17.º passou a prever a possibilidade de as empresas ou setores industriais, que viessem a estabelecer contratos-programa com a Administração Pública, com vista a reduzir as emissões, prorrogarem o prazo de 5 anos, estabelecidos pelo n.º 1 do art. 17.º, para “até um máximo de 10 anos, desde que até ao fim do período inicial de cinco anos haja uma redução efectiva e mensurável das emissões poluentes e que estas não excedam em mais de 50% os valores limites”.

O que se observa de diferente na presente legislação é que as normas definidoras dos limites de emissões são de natureza regulamentar, fixados por portaria conjunta dos Ministros do Ambiente e do Ordenamento do Território<sup>36</sup>.

Ponto também relevante é que, ao estabelecer um prazo de adaptação de 5 anos para as disposições contidas na portaria e ao atribuir competência aos Ministros para prorrogarem este prazo por via contratual, não se abrem eventuais margens para se suscitar problemas referentes à inconstitucionalidade, por violação ao princípio da tipicidade das formas de lei, o que traz maior segurança jurídica ao instrumento.

Mark Bobela-Mota KIRKBY<sup>37</sup> levanta, como possível desvantagem da menor solenidade com que são consagrados os limites imperativos de emissão de poluente a possibilidade de tais limites se tornarem menos estáveis e mais permeáveis a pressões a que a Administração Pública frequentemente sofre<sup>38</sup>.

### 2.2.4 Os novos Contratos de Adaptação Ambiental

O Decreto-Lei, n.º 236/98, de 1 de Agosto, estabelece “normas, critérios e objetivos de qualidade com a finalidade de proteger o meio aquático e melhorar a qualidade das águas em função dos seus principais usos” e revoga o DL n.º 74/90. Tal DL apresenta-se como a primeira previsão expressa com pretensão de regulação global dos contratos de adaptação ambiental, que nas legislações anteriores se apoiaram em bases jurídicas muito criticadas.

A previsão dos Contratos de Adaptação Ambiental está inserida no Capítulo VIII, cujo título é “Disposições Finais e Transitórias”. No art. 78.º, n.º 1, estabelece-se que, visando a “adaptação à legislação ambiental em vigor (...) e à redução da poluição causada pela descarga de águas

<sup>36</sup> Nesse sentido, parece que o legislador começa a se conscientizar da incapacidade das leis de *antecipar, prevenir ou contrariar* as inúmeras possibilidades em concreto, passando a reconhecer a melhor aptidão da Administração Pública para identificar as necessidades que se colocam na vida prática. Dessa maneira, o legislador consagra a margem mais flexível do agir administrativo, o que reforça a função constitutiva da Administração Pública na realização da juridicidade.

<sup>37</sup> Mark Bobela-Mota KIRKBY, *Os Contratos de Adaptação Ambiental ...*, cit., p.72.

<sup>38</sup> Se, de um lado, se concorda com o autor, de outro, entende-se que este é um caminho de mão dupla, que traz também vantagens, uma vez que a consagração de tais limites por portaria permite uma maior “vida útil” à legislação, que não fica desatualizada em relação às novas tecnologias e a outros fatores externos ao direito, assim como permite a aplicação do subprincípio concretizador do princípio do poluidor pagador, o princípio da prevenção dinâmica. Sobre o PPP, ver Maria Alexandra de Souza ARAGÃO, *O Princípio do Poluidor Pagador ... cit.*, Demétrio LOPERENA ROTA, *Los Principios del Derecho Ambiental*, Madrid: Ed. Civitas, 1998, p.64-69; Maria Alexandra de Souza ARAGÃO, *Direito Comunitário do Ambiente*, Coimbra: Ed. Almedina, 2002, p.22-25; José Eduardo Figueiredo DIAS, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Coimbra: Ed. Almedina, 2002, p.20. Antônio Leitão AMARO, *Tal pai tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra: Livraria Almedina, n.º 23/24 (2005), p. 9-108.

residuais no meio aquático e no solo, poderão ser celebrados (...) contratos de adaptação ambiental. Tais contratos teriam como objeto (n.º 2 do art. 78º) a fixação de um calendário a cumprir pelas empresas aderentes e, eventualmente, a definição das normas de descarga que, nos termos do artigo 65º, deverão ser tomadas em conta pela entidade licenciadora, quando da atribuição ou da renovação das licenças de descarga, na fixação das normas de descarga a respeitar pelas instalações das empresas aderentes sendo que, no caso da renovação de licenças, a aplicação das disposições do presente artigo não poderá dar lugar à fixação de condições menos exigentes”.

Portanto, a legislação parece estabelecer uma base habilitante para que, por via legal, se possa isentar, por prazo determinado, as empresas aderentes ao cumprimento das normas ambientais referentes a descargas que estejam em vigor<sup>39</sup>.

Em relação aos sujeitos dos referidos contratos, estes seriam, de um lado, as associações representativas dos sectores industriais e agroalimentares, e, de outro, o Ministério do Ambiente e o Ministério responsável pelo setor da atividade económica. Quanto à fiscalização, os respectivos planos e calendários passam a ser aceites como “referência para a fiscalização da atividade das instalações das empresas aderentes no que respeita ao cumprimento das suas obrigações” (art., 78º, n.º 6, do D.L n. 236/98).

O art. 78.º do DL 236/98 traz como novidade a possibilidade de os contratos incluírem a fixação de normas setoriais de descarga no meio aquático. Essas normas setoriais de descarga, segundo os artigos 64º e 65º, são levadas em conta no momento da atribuição das licenças de descarga de resíduos no meio aquático, por ocasião da fixação de uma norma de descarga fixada para cada unidade poluente. Fica claro que a norma individual de descarga não pode ser menos restritiva do que a norma setorial de descarga<sup>40</sup>.

O mesmo diploma prevê ainda, no art. 68º, outra figura contratual: os Contratos de Promoção Ambiental, que se dirigem ao estabelecimento de um plano de melhoria de desempenho ambiental para além dos *standars* ambientais mínimos definidos em lei e adstringindo-se a uma norma setorial de descarga de resíduos no meio aquático mais exigente do que aquela em vigor. O que se revela surpreendente é que na legislação não são definidas vantagens decorrentes da celebração desses contratos e tampouco as contrapartidas assumidas pela Administração Pública.

Segundo Mark Bobela-Mota KIRKBY<sup>41</sup>, os contratos referidos no diploma em tela apresentam um problema em relação ao direito da participação, uma vez que são celebrados entre o Governo e as associações setoriais que se referem aos diversos setores económicos. Elas não individualizam as empresas. Tal situação mostra-se problemática em relação aos direitos subjetivos dos “vizinhos ambientais” das empresas aderentes, uma vez que estes podem contender de forma direta somente através do vínculo contratual de adesão das empresas. Entre a assinatura do contrato-quadro e o surgimento do vínculo contratual nada mais se passa em nível procedimental. Ocorre que os “vizinhos ambientais” dificilmente conseguirão prognosticar que um contrato de adaptação setorial poderá lesar seus interesses e só sentirão o impulso de participar se a unidade industrial de que eventualmente sejam vizinhos se decidir pelo contrato. Neste momento, será tarde de mais.

<sup>39</sup> Aqui, está-se novamente diante da figura da derrogação administrativa, em que há uma estatuição que pode ser considerada preferencial pelo legislador (os limites definidos em lei para as descargas), havendo ainda outra estatuição supletiva (os contratos-programa) que, em decorrência de uma permissão legal (art. 78º) derroga a solução-regra.

<sup>40</sup> Sobre a fixação de normas setoriais de descarga no meio aquático, cfr. Mark Bobela-Mota KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit.*, p. 82 e ss.

<sup>41</sup> Mark Bobela-Mota KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit.*, p. 94.

### 2.2.5 Gestão da qualidade do ar

A proteção do ambiente atmosférico tem consagração legislativa já no D.L. n.º 352/90, o qual introduziu, na época, uma concepção inovadora no domínio de gestão do ar. Posteriormente, em decorrência da necessidade de transpor para o direito interno a Diretiva n.º 96/62/CE, de 27 de Setembro, relativa à gestão da qualidade do ar, foi publicado o DL n.º 279/99, de 26 de Julho, que veio dar início a um processo de reforma legislativa do D.L. 352/90, revogando-o em parte. Contudo, sentiu-se a necessidade de uma profunda revisão no regime de emissões poluentes. Por isso, publicou-se o DL n.º 78/2004, de 3 de Abril.

Mas, no que toca a este diploma, observa-se que ele não contempla em seus termos a possibilidade de celebração de Acordos Ambientais com relação de substituição ao regime legal vigente<sup>42</sup>.

### 2.2.6 Gestão Sustentável das Águas

A Administração celebrou nos anos de 1990 os “Contratos de Adaptação Ambiental”, ao abrigo do DL 74/90, de 7 de Março, que concedeu um prazo para a adequação da legislação ambiental às normas de descarga de águas residuais. Posteriormente, tal diploma foi revogado pelo D.L. 236/98, de 1 de Agosto, que previa a possibilidade de celebração de contratos de adaptação ambiental com a finalidade de “adaptação à legislação ambiental em vigor (...) e à redução da poluição causada pela descarga de águas residuais no meio aquático e no solo (...)” (artigo 78º). Já em 2005, com a necessidade de transpor para a ordem interna a Diretiva n.º 2000/60/CE, de 23 de Outubro, referente à gestão sustentável das águas, foi aprovada a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que estabelece as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas. Esta última enuncia, no art. 96º, a realização voluntária de medidas e a possibilidade de as entidades competentes em matéria de “licenciamento, fiscalização e inspeção” determinarem ao “infrator” a apresentação de um projeto de recuperação que assegure o cumprimento dos deveres jurídicos exigíveis (n.º 1). Dispõe ainda que, caso aprovado pela autoridade nacional da água e se houver a possibilidade de se determinarem modificações e medidas suplementares, o referido projeto deve ser objeto de contrato de adaptação ambiental, com a natureza de contrato administrativo, a celebrar entre a entidade licenciadora e o infrator (n.º 2). É facultado à entidade licenciadora, com o consentimento do infrator e em conjunto com o projeto de recuperação previsto, estabelecer um sistema de gestão ambiental e determinar a realização de auditorias ambientais periódicas por uma entidade certificada (n.º 3).

Do enunciado do art. 96º, podem-se retirar algumas conclusões.

Primeira, os Contratos de Adaptação Ambiental aplicam-se em casos de descumprimento dos termos da legislação, uma vez que expressamente se afirma que são celebrados entre o *infrator* e as entidades competentes em matéria de *licenciamento, fiscalização e inspeção*, que correspondem ao poder de polícia da Administração Pública.

Segunda, os referidos contratos acarretam a derrogação temporária da legislação ambiental, ao substituir o regime legal vigente, uma vez que possibilitam ao infrator apresentar um projeto de recuperação, que assegure o cumprimento dos deveres jurídicos exigíveis, nos quais se inclui a observância dos limites impostos pela legislação.

<sup>42</sup> Parece que o legislador, de alguma maneira, até reconhece tal impossibilidade de cumprimento integral e imediato dos termos da lei, uma vez que enuncia um prazo de 2 anos para as instalações existentes que estavam abrangidas pelo âmbito do DL n.º 352/90 para se adaptarem ao novo regime. Acrescente-se que a referida lei enuncia, em seu art. 5º, que a proteção do ambiente atmosférico é assegurada por meio de um conjunto de instrumentos complementares, contudo sem incluir os Acordos Ambientais neste rol.

Terceira, a apresentação do projeto de recuperação é uma medida paralela ao regime de contra-ordenações; portanto, não as exclui.

Quarta, os referidos contratos parecem não se relacionar com o art. 50º e o art. 51º. O art. 50º disciplina a prorrogação do prazo para cumprimento dos objetivos ambientais estabelecidos pelo art. 45º, n.º 2, para o cumprimento gradual dos objetivos para as massas de água. O art. 51º disciplina a possibilidade de se adotarem objetivos ambientais menos exigentes dos que os previstos na lei quando as massas de águas estiverem muito afetadas pela atividade humana, ou quando o seu estado natural esteja tal que se revele inexecutável ou desproporcionalmente dispendioso alcançar os objetivos prescritos em lei. Tanto a hipótese de derrogação, quanto a de prorrogação não se relacionam a um caso concreto e específico de infração à legislação, mas há fatores gerais referentes a razões econômicas e técnicas que impossibilitam o cumprimento integral e imediato do texto da lei. Ressalte-se que as possibilidades de prorrogação do prazo e de derrogações dos objetivos ambientais estão sujeitas a condições enumeradas nos respectivos artigos.

### 2.2.7 Lei quadro de contra-ordenações ambientais

Enuncia o art. 35º da LBA a possibilidade de a Administração Pública determinar “a redução ou suspensão temporária ou definitiva das actividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas e radioactivas, os efluentes e os resíduos sólidos dentro dos limites estipulados” (n.º 1) ou a substituição de tal ordem pela celebração de “contratos-programa com vista a reduzir gradualmente a carga poluente das actividades poluidoras” (n.º 2) exigindo a lei, como condicionante à celebração dos contratos, que “da continuação da laboração nessas actividades não decorram riscos significativos para o homem ou o ambiente” (n.º 3). O art. 30º da Lei quadro de contra-ordenações ambientais, a Lei 50/2006, de 29 de Agosto, enuncia: se houver a prática de uma contra-ordenação grave ou muito grave, pode a Administração Pública determinar, como medida acessória, o encerramento do estabelecimento ou a suspensão de licenças, alvarás e autorizações relacionados ao exercício da respectiva atividade. Isso também conduziria à suspensão das atividades, o que reconduz à hipótese enunciada no art. 35, n.º 1, da LBA. Logo, está-se diante de uma das hipóteses de possível celebração dos contratos-programa, uma vez que as primeiras só têm sentido de ser aplicadas com vista à manutenção da ordem ecológica, tal como disposto no art. 35º.

Da mesma maneira, a lei das contra-ordenações ambientais dispõe na Parte II (do processo de contra ordenação), Título I (das medidas cautelares), em seu art. 41º, a possibilidade de se determinar medidas cautelares, quando se revele necessário “para instrução do processo ou quando estejam em causa a saúde, a segurança das pessoas e bens e **o ambiente**” (grifo nosso). Dentre as medidas cautelares previstas no n.º 1, art. 41º, a disposição da autoridade administrativa, destacam-se: a) suspensão da laboração ou encerramento preventivo no todo ou em parte da unidade poluidora; b) notificação do arguido para cessar as atividades desenvolvidas em violação aos componentes ambientais; e c) suspensão de alguma ou algumas atividades ou funções exercidas pelo arguido.

A análise dos termos do art. 41º da Lei 50/2006 revela que estes também conduzem à possibilidade de celebração dos contratos previstos no art. 35º da LBA. De um lado, permite o art. 35º, n.º 2, a celebração de contratos-programa em substituição da “redução ou suspensão temporária ou definitiva das actividades geradoras de poluição”; de outro, o art. 41º, n.º 1, prevê a suspensão da laboração, a cessação da atividade desenvolvida em violação dos componentes ambientais e a suspensão de algumas atividades ou funções exercidas como medidas cautelares, quando estiver em causa o meio ambiente, *caput* do art. 41º. Logo, sendo as medidas cautelares das alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do n.º 1 do art. 41º símile das

enunciadas no n.º 1 do art. 35.º, pode a Administração Pública substituir as primeiras pelo Acordo Ambiental previsto no n.º 2.º também do art. 35.º da LBA<sup>43</sup>.

Contudo, há que diferenciar alguns aspectos do art. 30.º e do art. 41.º, ambos da Lei 50/2006. O art. 30.º possibilita a substituição das sanções acessórias às infrações graves ou muito graves pelos contratos-programa. Em primeiro lugar, isso implica que já ocorreu um procedimento administrativo que culminou no levantamento do auto de infração. Logo, depreende-se que decorreu um lapso de tempo considerável entre a verificação da infração e a aplicação da sanção acessória. Em segundo lugar, implica que houve um impacto significativo no meio ambiente para conduzir a uma infração “grave” ou muito “grave”. Já o art. 41.º possibilita a substituição de medidas cautelares por contratos-programa. Logo, por se tratar de medidas cautelares, a substituição ocorreria em um momento inicial do procedimento administrativo e não implicaria necessariamente a ocorrência de situações consideradas pela lei “graves” ou “muito graves”, mas somente por estar em causa, em alguma medida, o ambiente.

De tal quadro extrai-se que, devido ao fato de os contratos-programa terem como condicionante *que da continuação da laboração nessas actividades não decorram riscos significativos para o homem ou o ambiente* e de que as sanções acessórias somente ocorrem no fim de um procedimento administrativo e em situações ambientalmente consideradas “graves” ou “muito graves”, parece que na prática será difícil deparar com uma situação em que apesar da gravidade da infração e do lapso temporal entre a infração e o levantamento do auto, da continuação do labor não decorram riscos significativos para o homem ou para o ambiente. Portanto, parece mais realista, e em consonância com os princípios ambientais, que os contratos-programa encontrem maior assento no art. 41.º da Lei 50/2006, medidas cautelares, por dois motivos: primeiro, por se darem no início do procedimento; e, segundo, por não se exigirem situações de gravidade para serem aplicadas.

### 3 Acordos Ambientais na Legislação Brasileira: Compromisso de Ajustamento de Conduta

No cenário brasileiro, os acordos ambientais estão apoiados, essencialmente, em duas legislações: a primeira, a Lei n.º 7.347/85, de 24 de julho, que disciplina a Ação Civil Pública e, a segunda, a Lei n.º 9.985/1998 de 12 de fevereiro, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas, derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Antes de apresentar o tema “Compromisso de Ajustamento de Conduta”, é necessário traçar uma breve abordagem da Ação Civil Pública, tema intimamente ligado àquele.

#### 3.1 Lei de Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública é um instrumento processual judicial adequado para impedir ou reprimir danos aos direitos difusos da sociedade<sup>44</sup>. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deu expressa destinação à Ação Civil Pública para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos<sup>45</sup>. A

<sup>43</sup> Dispõe o art. 41.º da Lei n. 50/2006 que as medidas cautelares, nomeadamente fechamento e suspensão da atividade, são tomadas quando esteja em causa o ambiente. Ou seja, lança-se mão de tais medidas para salvaguardar o ambiente. O art. 35.º da LBA enuncia a possibilidade de determinar o fechamento ou a suspensão do labor, com vista à manutenção dos padrões de efluentes, emissões ou resíduos dentro dos limites estipulados. Em ambos os casos o que se pretende com tais medidas é a salvaguarda da “ordem ambiental” que também se pode dar por meio do Acordo Ambiental.

<sup>44</sup> Helly Lopes MEIRELLES; Arnold WALD; Gilmar Ferreira MENDES. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 32.ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 183-184.

<sup>45</sup> José dos Santos Carvalho FILHO, Manual de Direito Administrativo, 23.ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Lumem Jurídica, 2010. p. 1163.

partir da leitura do texto constitucional, já se pode obter uma primeira conclusão: a ação civil pública não se destina somente a amparar os direitos individuais ou a reparar os prejuízos causados a particular pela conduta de outrem. Nesse contexto, o direito não é subjetivo, mas direito atribuído a entes públicos e privados para a tutela de interesses difusos e coletivos<sup>46</sup>. O seu objetivo é, portanto, fazer atuar a função jurisdicional, visando tutelar interesses da sociedade. No tocante à Lei nº. 7.347/85, de 24 de julho, que disciplina especificamente a Ação Civil Pública, admitem-se dois tipos de tutela dos interesses coletivos e difusos: a tutela preventiva e a tutela repressiva<sup>47</sup>. A primeira ocorre quando o agente já consumou a conduta ofensiva ao bem jurídico protegido. Nessa situação, a ação terá por finalidade obter providência judicial para que o agente não mais atue de maneira ofensiva ao bem e, caso necessário, seja obrigado a reparar o dano. O segundo objetivo é que a ação evite a consumação do dano aos interesses transindividuais.

A legitimidade ativa para ingressar com a Ação Civil Pública é genérica. Segundo o art. 5º da Lei 7.347/85, podem ajuizar a ação: a) o Ministério Público, b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados e Municípios, d) as Autarquias, Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista; e) as Associações Cívicas. Estas devem estar constituídas, no mínimo, há um ano, e que sejam, institucionalmente, preordenadas devendo incluir entre as suas finalidades: a proteção dos respectivos interesses difusos e coletivos.

A condenação poderá ter por objeto três espécies de obrigações<sup>48</sup>: a) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de qualquer atividade, atual ou iminente, capaz de acarretar degradação ambiental<sup>49</sup>, b) de fazer, no sentido de recuperar o ambiente degradado<sup>50</sup>; e c) de dar, implicando a fixação de indenização correspondente ao valor correspondente a degradação irreparável<sup>51</sup>. Note-se que na primeira espécie (a) tem-se a tutela preventiva e nas duas últimas, a tutela repressiva (b e c). É importante frisar que em uma mesma ação civil, na maioria dos casos, podem visualizar a tutela preventiva e a repressiva<sup>52</sup>.

Em resumo, a Ação Civil Pública é um instrumento específico para a institucionalização do acesso à Justiça, a fim de proteger os direitos transindividuais, entre eles, o meio ambiente. A utilização da Ação Civil Pública possibilita, portanto, tanto prevenir quanto reparar os danos ao meio ambiente, seja quem for o degradante, particular ou Poder Público.

<sup>46</sup> Edis MILARÉ, A Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente. In: Edis, MILARÉ (Org) **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.178; Álvaro Luiz Valery MIRRA, **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p 116-135, 333.

<sup>47</sup> No mesmo sentido, a Lei nº. 6.938, de 31 de agosto, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, afirma como seu objetivo, entre outros, impor ao poluidor a obrigação de reparar e/ou recuperar os danos causados (art. 4º, VII).

<sup>48</sup> Art. 3º da Lei 7.347/85.

<sup>49</sup> Exemplificando, pode-se imaginar que um empreendimento X, no desempenho de suas atividades, encontra-se na iminência de praticar ato que enseja degradação ao meio ambiente. Os legitimados ativos, cientes de tal fato, podem ingressar em juízo com uma Ação Civil Pública cujo pedido seja a cessação imediata da referida atividade.

<sup>50</sup> Nesta situação, pode-se supor uma propriedade em que o seu proprietário desmata determinada área que abriga vegetação nativa, com a finalidade de transformá-la em pastagem para bovinos. Sendo possível o retorno ao status anterior, podem os legitimados ingressar com Ação Civil Pública, requerendo que o proprietário do imóvel rural recupere a área.

<sup>51</sup> Tem-se a hipótese de uma empresa que por anos lançou seus resíduos diretamente na atmosfera sem o devido tratamento. Resta claro que o dano já se consumou sendo necessária a sua compensação, uma vez que não há possibilidade do retorno ao status anterior. Portanto, após calculado o valor referente ao dano, a Ação Civil Pública teria como escopo a cobrança de tais valores a título de compensação pelos danos suportados por toda a coletividade.

<sup>52</sup> Aproveitando o exemplo acima, seria o caso da Ação Civil Pública requerer para, além da compensação monetária, a adequação da empresa à legislação ambiental vigente, com a consequente instalação de filtros nas chaminés.

### 3.2 Compromisso de Ajustamento de Conduta

#### 3.2.1 Lei nº 7.347/85, de 24 de julho

Apesar da sua relevância na tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, a Ação Civil Pública não é o único instrumento para a defesa do meio ambiente previsto na Lei nº 7.347/85. A referida lei previu também o Compromisso de Ajustamento de Conduta<sup>53</sup>.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta é um mecanismo de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de transação. Consiste no estabelecimento de determinados comportamentos a serem seguidos pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à proteção do bem jurídico atingido. Desse modo, por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o interessado formaliza, de modo espontâneo, sua intenção de se adequar às exigências legais ou de reparar integralmente o dano por ele causado<sup>54</sup>.

Colocam-se duas hipóteses distintas: na primeira, o particular pretende adequar-se à legislação vigente, sem haver, contudo, um dano real quantificado<sup>55</sup>. Na segunda, pretende-se reparar o dano ocorrido<sup>56</sup>.

Quanto ao objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta, percebe-se que é o mesmo contemplado em uma Ação Civil Pública, não podendo ser restringido, resguardando, então, a indisponibilidade do bem tutelado.

Assim, por se tratar de bens transindividuais, que têm como titular a coletividade, não é permitido aos legitimados ativos do Compromisso de Ajustamento de Conduta dispor do bem tutelado, dada a sua natureza indisponível. Dessa forma, admite-se convenção apenas no tocante à forma de cumprimento das obrigações (condições de modo, tempo e lugar, entre outros), em atenção às particularidades do caso concreto, sendo indispensável a recuperação integral do dano. Portanto, a fixação da obrigação do compromisso é atividade vinculada, havendo certo grau de liberdade, apenas quanto aos critérios a serem cumpridos pelo causador do dano<sup>57</sup>. E, ainda, as condições de cumprimento das obrigações estipuladas no compromisso devem atender ao princípio da razoabilidade.

<sup>53</sup> Tal instrumento foi introduzido na Lei nº 7.347/85 pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.878/90 de 11 de setembro) que acrescentou novo parágrafo ao seu art. 5º “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. É comum também a expressão “Termo de Ajustamento de Conduta” para se referir ao referido acordo ambiental.

<sup>54</sup> Edis MILARÉ; Joana SETZER; Renata CASTANHO, Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos: Relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985, In: **Revista do Direito Ambiental**, nº. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.10.

<sup>55</sup> Fala-se em não haver um dano real quantificado, porque, na maioria das vezes, o fato de o particular não respeitar a legislação ambiental acarretará um dano, ainda que haja possibilidade de quantificação *a priori*. Veja-se o exemplo de uma empresa que funciona sem determinado filtro na chaminé, em confronto com o exigido em lei. Apesar de “a olho nu” não ser possível determinar o dano causado pela ausência do filtro exigido, certo é que se está diante de um caso de poluição atmosférica. Desse modo, possível se mostra a celebração de um Compromisso de Ajustamento de Conduta com vista à adequação do empreendimento à legislação, sem prejuízo de outro futuro acordo, com vistas à compensação pelo dano causado, caso haja a quantificação do dano.

<sup>56</sup> Quanto às formas de reparação do dano ambiental, a modalidade ideal é a recuperação ou a reconstituição e, excepcionalmente, o ressarcimento monetário da lesão, compensação. Edis MILARÉ; Joana SETZER; Renata CASTANHO, *Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo ... cit.*, p. 10.

<sup>57</sup> Edis MILARÉ. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: Edis MILARÉ (Org) **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.279.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta é uma transação<sup>58</sup> extrajudicial. Conforme dispõe a Lei nº. 7.347/85, ele ostenta natureza de título executivo extrajudicial, ou seja, descumpridos os seus termos, as obrigações constantes podem ser diretamente demandadas em juízo sem a necessidade de uma ação de conhecimento acerca da existência e da delimitação do direito<sup>59</sup>. Portanto, é necessário constar no título o prazo para o cumprimento da obrigação, assim como a pena pecuniária a que estará sujeito o responsável, em caso de descumprimento, uma vez que o Compromisso de Ajustamento de Conduta, justamente por ser título executivo extrajudicial, deve revestir-se das características dele: certeza, ausência de dúvida quanto a sua existência; exigibilidade, que exista o direito à prestação e que seja atual, não estando sujeita ao termo ou condição e liquidez, determinação de seu objeto<sup>60</sup>.

Em relação à legitimidade, o Compromisso de Ajustamento de Conduta deve ser firmado perante um dos entes que possua legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública. Os limites da ofensa é que nortearão a legitimidade das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. No que concerne aos entes políticos, a legitimidade defluirá da natureza da ofensa. As associações, por sua vez, terão legitimidade, se a questão lhe for pertinente.

Quanto ao Ministério Público, há duas limitações para o exercício da competência para transação. A primeira diz respeito ao federalismo, pois os Ministérios Públicos Estaduais têm competência restrita à sua unidade federada. A segunda é a necessidade de o interesse público ser de natureza primária, dever de bem curar um interesse alheio, tendo em vista a destinação institucional do Ministério Público, definida pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (artigo 127, caput, c/c artigo 129, IX, da CRFB/88).

Não há referência expressa quanto à necessidade de participação do Ministério Público no Compromisso de Ajustamento de Conduta, quando a iniciativa é de outro legitimado. Todavia, entende-se que a intervenção se faz indispensável para eficácia do Compromisso já que o §1º do art. 5º da Lei nº 7.347/85 estabelece: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. Há de se lembrar que o Compromisso de Ajustamento de Conduta representa a supressão da Ação Civil Pública que seria proposta. Tal ação contaria necessariamente com a participação do Ministério Público, uma vez que, mesmo quando a Ação Civil Pública não é proposta pelo Ministério Público, teria sua efetiva participação. Tal fato explicaria a necessidade de intervenção do Ministério Público nos compromissos de iniciativa de outros legitimados<sup>61</sup>.

Acrescenta-se que, uma vez celebrado um Compromisso de Ajustamento de Conduta, não podem os demais colegitimados desconsiderá-los, pois, conferindo a lei eficácia executiva a este instrumento, sendo ele celebrado, desaparece o interesse de agir dos colegitimados para a propositura da Ação Civil Pública, tendo em vista a falta de utilidade da ação.

<sup>58</sup> “Transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas, tornando-se assim essencial à transação: a) reciprocidade do ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes”. Washington de Barros MONTEIRO, **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**, 1ª parte, São Paulo, Saraiva, 1975, vol. 4, p. 308. O art. 841 do Código Civil de 2002 é expresso ao afastar a possibilidade de transação sobre direitos indisponíveis: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Também o Código de Processo Civil veda a conciliação quando a lide versar sobre direitos indisponíveis (art. 447). Nesse sentido, a regra geral é a vedação da transação quanto a direitos indisponíveis, mas se excetuam os casos admitidos na legislação, caso em que se enquadram os Compromissos de Ajustamento de Conduta. Tal excepcionalidade dos acordos em questão, no que toca à possibilidade de transação, se justificaria, uma vez que essa se destina a evitar ou a pôr fim a litígio.

<sup>59</sup> Como exposto, o objeto da Ação Civil Pública pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. O compromisso, como título extrajudicial, substituto da fase de conhecimento, acompanha a regra.

<sup>60</sup> Fredie DIDDIER; Leonardo José Carneiro da CUNHA; Paula Sarno BRAGA; Rafael OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil – Execução**, Vol. 5, Salvador: Editora Jus Podivm, 2ª edição, 2010, p. 155.

<sup>61</sup> Exige também o art. 585º, inciso II do Código de Processo Civil que a transação extrajudicial seja referendada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública para ostentar a qualidade de título executivo extrajudicial.

Desse modo, levanta-se a seguinte questão: Se o objeto da Ação Civil Pública é o mesmo do Compromisso de Ajustamento de Conduta, quais seriam as razões que levariam os colegitimados a preferirem o segundo em detrimento da primeira? Tal resposta se encontra nas vantagens pertinentes a todos os Acordos Ambientais, principalmente *flexibilidade* e *liberdade*, e menos coação. Mas, crê-se que, especialmente no caso brasileiro, destacam-se três aspectos: primeiro, a não sujeição a interpretações judiciais, segundo, a celeridade da solução, imprescindível quando se trata de degradação ambiental, uma vez que processos judiciais costumam demorar anos até terem uma solução definitiva e, terceiro, a possibilidade do cumprimento das obrigações de uma maneira flexível e diferida no tempo, já que se deve reconhecer que os custos advindos da prevenção da poluição, adequação à legislação e reparação/composição dos danos são consideráveis.

### 3.2.2 Sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

A Lei nº. 9.605/98, de 12 de Fevereiro, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Enuncia também a referida legislação (Capítulo VI, da Infração Administrativa, art. 72<sup>o</sup>), entre as sanções para as infrações administrativas, a multa (inciso II). Mais à frente, no §4<sup>o</sup> do mesmo artigo, dispõe que a multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. E, por fim, (Capítulo VIII, Disposições Finais, art. 79-A<sup>o</sup>) enuncia-se que, para o cumprimento do disposto na lei, ficam os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA<sup>62</sup> 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 utilizadoras de recursos ambientais, considerados, efetiva ou potencialmente, poluidores.

Especifica o §1<sup>o</sup> do art. 79-A<sup>o</sup> que o termo de compromisso a que se refere tal artigo se destina, exclusivamente, a permitir que as pessoas, físicas ou jurídicas, possam promover as necessárias correções de suas atividades para a adequação às exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

Na presente legislação, observam-se duas hipóteses distintas que possibilitam a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta: a) Compromisso tendo como objeto serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, em substituição da multa simples e b) Compromisso visando à adequação às exigências impostas pela autoridade ambiental.

Para evitar eventuais confusões, é importante lembrar que, no ordenamento brasileiro, o regime de responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente se divide em: responsabilidade civil, responsabilidade administrativa e responsabilidade penal. É consagrada a regra da cumulatividade de sanções<sup>63</sup>. Logo, uma mesma conduta pode ser tipificada como infração administrativa, incorrendo na sanção de multa, que, por sua vez, pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, formalizado por meio de um Compromisso de Ajustamento de Conduta. Pode, ainda, conduzir a um segundo Compromisso, fundamentado no art. 79-A<sup>o</sup>, visando a

<sup>62</sup> Cfr. art. 6<sup>o</sup>, da Lei nº 6.938/81 de 31 de agosto, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

<sup>63</sup> Art. 225<sup>o</sup>, §3<sup>o</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil "As condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de reparar os danos causados".

adequação às exigências impostas pela autoridade ambiental. E, por último, pode levar a um terceiro Compromisso, visando a responsabilização civil do poluidor, obrigando-o a reparar ou a compensar o dano ambiental. Os dois primeiros Compromissos seriam celebrados com o órgão público responsável pela sanção e pelas exigências impostas. Não há impedimento para que, existindo coincidência na legitimação ativa, as obrigações sejam formalizadas em um só documento. O último Compromisso, visando a responsabilidade civil, seria celebrado com os legitimados da Lei 7.347/85<sup>64</sup>.

#### 4 Cotejamento: Acordos Ambientais portugueses e brasileiros

Ambos os institutos utilizados como meio de proteção do meio ambiente advêm da prática administrativa contemporânea de adotar medidas que importem em negociação sobre a forma de cumprimento de normas legais ligadas aos interesses da comunidade.

Da mesma maneira, ambos os instrumentos têm por objetivo final, mesmo que utilizando meios diferentes, promover a proteção efetiva do meio ambiente, visto que sem o ajuste das condições de cumprimento das obrigações impostas, o poluidor, muitas vezes, não teria condições de cumprir o que lhe é imposto a ele.

No que tange às diferenças, observa-se, como exposto, que os Contratos de Adaptação Ambiental são classificados por grande parte da doutrina portuguesa como “Contratos”, estando submetidos ao seu regime jurídico<sup>65</sup>. Já, os Compromissos de Ajustamento de Conduta são títulos executivos extrajudiciais<sup>66</sup>.

Segundo a legislação, os Contratos de Adaptação Ambiental têm objeto bem definido. Versam, em regra, sobre a “concessão de um prazo e a fixação de um calendário, para a adaptação à legislação ambiental vigente”. Os Compromissos de Ajustamento de Conduta, por sua vez, têm um campo de incidência mais alargado, visando à responsabilização civil do poluidor, pelo dano ao meio ambiente, por meio da reparação/composição, visando também à tutela preventiva, por meio de uma obrigação de não fazer diante de iminente dano ao meio ambiente e ainda à possibilidade de adequação às exigências da autoridade administrativa. É nesse sentido que os Compromissos brasileiros mais se aproximam dos portugueses<sup>67</sup>. E, por fim, servem para formalizar substituição de multa em obrigação de fazer.

#### 5 Os Acordos Ambientais e a efetivação da regulamentação ambiental

##### 5.1 Os Acordos Ambientais no panorama português

Considerando o exposto, a análise dos Acordos Ambientais no cenário português, permite afirmar que a experiência demonstrou que a moratória da legislação vigente, possibilitada em alguns tipos de Acordos Ambientais, transformou-se rapidamente em meio de “captura”, sob a forma de aproveitamento do instrumento, como meio de não cumprimento da legislação. Criou-se, dessa forma, a sensação, principalmente por parte dos grupos ambientais, de que

<sup>64</sup> Observando para além do dano ambiental, o não cumprimento da legislação ambiental pode ser incluído, conjuntamente com a reparação/composição do dano, na obrigação de adequação à legislação, em homenagem ao viés preventivo do Compromisso de Ajustamento de Conduta, contemplado na Lei 7.347/85. Faz-se também necessária a informação do descumprimento à autoridade administrativa, para que sejam tomadas as devidas providências.

<sup>65</sup> No sentido da qualificação como contratos administrativos deste instituto, ver: KIRKBY, **Os Contratos de Adaptação Ambiental ...**, *cit*; Fernanda MAÇÃS, **Os acordos setoriais...**, *cit*.

<sup>66</sup> Apesar da diferença formal, em ambos os casos há a mesma consequência, a possibilidade de exigência direta do acordo, prescindindo de uma ação de conhecimento acerca do direito.

<sup>67</sup> Os acordos brasileiros, tais como os portugueses, também podem acarretar, momentaneamente, a derrogação da legislação ambiental.

estes instrumentos não passam de uma forma de burlar a regulação ambiental. Percebe-se, entretanto, que o que leva a essa sensação de burla não é a possibilidade de derrogação momentânea da legislação moratória em si, mas, sim, as deficiências inerentes à elaboração do Acordo, tais como: a falta de objetivos descritos minuciosamente, os mecanismos eficazes de monitorização, a definição de metas no curto, médio e longo prazo a serem atingidas e as sanções para o caso de descumprimento tanto das metas intermédias quanto das finais. São tais deficiências que transformam o instrumento em mecanismo de burla à legislação.

## 5.2 Os Acordos Ambientais no panorama brasileiro

Sabendo-se que os Compromissos de Ajustamento de Conduta apresentam as mesmas vantagens inerentes à generalidade dos Acordos Ambientais e, após explanar teoricamente o seu contorno no ordenamento jurídico brasileiro, indaga-se: Na prática, os referidos Compromissos têm obtido sucesso?

No decurso das pesquisas sobre o tema na doutrina brasileira, não se deparou com estudos acerca da real efetividade dos Compromissos de Ajustamento de Conduta no cenário brasileiro. A produção acadêmica parece estar restrita ao seu campo teórico de aplicação, havendo uma preocupação, quase que exclusiva, ao que tange a seu campo de incidência, objeto e legitimados para a propositura. Isso não se observa no cenário português<sup>68</sup>. Em busca de uma resposta para tal indagação, ou pelo menos uma direção, utiliza-se de dados de pesquisa realizada anteriormente<sup>69</sup>. Na referida pesquisa, foram analisados 89 Compromissos de Ajustamento de Conduta, sendo 64 celebrados em 2004, entre 25 de janeiro a junho de 2005, pela Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação de Belo Horizonte.

A respeito desses dados, é importante apresentar uma análise crítica dos mesmos. Inicialmente, ressalta-se que dos 89 compromissos analisados cerca de 10%, não apresentavam pertinência entre o dano e a medida compensatória<sup>70</sup>. Observa-se que há uma porcentagem considerável de compromissos que não observaram tal pressuposto, essencial para uma efetiva proteção do meio ambiente. Ressalta-se também que, não havendo relação entre as medidas compensatórias e a degradação causada, os Compromissos de Ajustamento de Conduta não conseguem alcançar, ainda que indiretamente, uma melhoria na qualidade ambiental. Portanto, não estão de acordo com aos objetivos da Lei 7.347/85 e dos objetivos dos Acordos Ambientais, ou seja, a efetivação da política ambiental e a melhoria da qualidade ambiental. Frisa-se que, quando não é possível a reconstituição do bem lesado, a indenização deverá reverter algum benefício ao meio ambiente, podendo, na impossibilidade de conduta diversa, ser canalizada para a reposição ou recomposição de outros bens, ainda que não os efetivamente lesados<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Fernanda MAÇÃS, *Os acordos setoriais...*, cit e Manuel CABUGUEIRA, *Os acordos voluntários ...*, cit., se dedicam a uma análise do sucesso dos Acordos e as críticas pertinentes ao modo de sua utilização, o que possibilita uma visão abrangente de suas áreas deficientes.

<sup>69</sup> Pesquisa realizada em monografia intitulada "Princípio do Poluidor Pagador: Aplicação nos Termos de Ajustamento de Conduta", apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para graduação do curso de Direito, em julho de 2007.

<sup>70</sup> Como exemplo, cita-se o caso de uma padaria que tinha entre seus equipamentos um forno a lenha sem filtro na chaminé, causando, assim, poluição atmosférica. Foi assinado um Compromisso de Ajustamento de Conduta em que o referido empreendimento deveria, como medida compensatória, revitalizar o paisagismo de uma praça. Em outro caso, houve poluição atmosférica advinda da queima de restos de madeira de construção. Como medida compensatória, impôs-se ao infrator a obrigação de dar vasos e filtros de cerâmica, produzidos pelo próprio empreendimento para creches. Observa-se pelo exposto que, em ambos os termos, a medida compensatória adotada em nada contribui para a reconstituição do bem lesado.

<sup>71</sup> "Estamos no terreno da chamada *fluid recovery*, exatamente porque deixa de haver um vínculo direto e indissociável entre o quantum *debeatur* e o bem objeto de degradação, assim e eventual indenização e as vítimas originárias

Quanto à participação da sociedade nos procedimentos administrativos que culminaram nos Compromissos de Ajustamento de Conduta, observa-se que, entre os 89 Compromissos de Ajustamento de Conduta, em apenas 8 houve participação da sociedade. Em sua maioria, a participação da sociedade se resumiu à denúncia do dano ambiental, por meio da polícia administrativa. Em apenas 1, dos 89 procedimentos analisados, a sociedade foi chamada a participar durante todo o procedimento.

Em um dos pontos mais relevantes, a aptidão dos Compromissos para atuar preventivamente, evitando possíveis danos ambientais, entre os 89 analisados, 31 tinham como objeto, o licenciamento ambiental ou a adequação à legislação vigente. Inicialmente, tal panorama se mostra satisfatório. Entretanto, a análise dos Acordos revela o elevado número de aditivos a eles. Tais aditivos se referem, principalmente, à dilação do prazo para o cumprimento das obrigações ajustadas. No ano de 2004, dos 64 Compromissos assinados, 9 se referiam ao aditamento, contemplando dilação do prazo no cumprimento das obrigações. Já no ano de 2005, entre os 25 Compromissos assinados até o mês de junho, 7 eram aditamentos também referentes à dilação do prazo de cumprimento das obrigações. Vale ressaltar que todos os 7 aditamentos celebrados no ano de 2005 (janeiro/junho) são referentes aos Compromissos de Ajustamento de Conduta, celebrados no ano de 2004. Portanto, no primeiro semestre de 2005 (janeiro/junho), 40% dos Compromissos celebrados foram referentes aos aditamentos de Compromissos assinados em 2004. Em menos de um ano e seis meses, 10% dos Compromissos de Ajustamento de Conduta necessitaram de dilação do prazo para cumprir as obrigações ajustadas<sup>72</sup>.

De tais números, podem-se tirar algumas conclusões.

Primeira, é inegável o irrealismo dos prazos constantes no Compromisso, demonstrando falta de atenção em sua elaboração, ou a utilização do Compromisso, premeditadamente, por parte dos poluidores como maneira de burlar o cumprimento da legislação ambiental, o que abala a credibilidade do instrumento.

Segunda, se inicialmente a preocupação preventiva parecia ser merecedora de elogios, na prática, ela não se efetiva, diante dos inúmeros termos aditivos, contemplando a dilação de prazo para cumprimento das obrigações. Acrescente-se ainda que tais postergações nos prazos podem ocasionar efetivo dano ambiental diante do não cumprimento das normas necessárias à preservação do meio ambiente, contempladas no ordenamento jurídico.

Terceira, não se privilegia a pertinência entre o dano causado e a sanção aplicada ao poluidor, e também as medidas compensatórias não contemplam a localidade onde o dano ocorreu. Tais fatos comprometem a melhoria da qualidade ambiental.

Quarta, a sociedade, como regra, é excluída de todo o processo.

Diante de tais conclusões, percebe-se que o ponto de intercessão está na deficiência quanto à elaboração dos Compromissos de Ajustamento de Conduta, seguido de uma faltosa ou deficiente monitorização. Revela-se ainda, que, diante das protelações do cumprimento dos termos do Acordo, se privilegiou o aditamento dos prazos para a execução forçada das obrigações assumidas, valendo-se da execução permitida dos Compromissos, uma vez que tais acordos são títulos executivos judiciais.

(não identificadas) do comportamento. Eventual reparação é a utilizada para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade". Álvaro Luiz Valery MIRRA. *Ação Civil Pública...*, cit. p. 116-135, 333.

<sup>72</sup> A fixação da obrigação no Compromisso de Ajustamento de Conduta é atividade vinculada, reservando-se certo grau de discricionariedade quanto a critérios de adimplemento a serem cumpridos pelo causador do dano. Apesar da dificuldade de estabelecer regras prévias, as condições de cumprimento da obrigação devem atender o princípio da razoabilidade, ou seja, devem ser condizentes com o bom senso e suficientes para a reparação, ao final, do dano ocorrido. O fato de a lei conferir certa margem de liberdade significa que há o encargo de adotar, ante a diversidade do caso concreto, a providência mais adequada para cada um deles. Portanto, não obstante o prazo para o cumprimento das obrigações impostas pelo Termo ser o mais adequado para o caso concreto, deve principalmente atender às finalidades da legislação ambiental, ou seja, a proteção e preservação do meio ambiente e a obrigatoriedade da reparação do dano.

### 4.3 Intercessões: Acordos Ambientais Portugueses e Compromisso de Ajustamento de Conduta

Mostra-se surpreendente que, apesar de cenários bem distintos, seja em relação à posição do instrumento no ordenamento jurídico, seja quanto ao cenário político administrativo dos Estados, há uma enorme semelhança, no que se refere aos problemas apresentados pelos Acordos, tanto na experiência brasileira, quanto na portuguesa. Como traços comuns, percebem-se: a) menor promoção dos Standards ambientais, b) falta de exequibilidade; c) não inclusão de terceiros nos procedimentos, d) incapacidade de monitoramento; e) pobreza das sanções quanto ao não cumprimento, e f) diluição das responsabilidades. Entre tais problemas, alguns, é claro, são mais afetos a um cenário do que a outro. Entretanto, são visíveis em ambos. Acredita-se que o ponto decisivo, ou o problema definitivo, tanto no Brasil quanto em Portugal, ao fim, é a deficiência na delimitação e elaboração do acordo que se traduz na possibilidade de aproveitamento pelos particulares dos Acordos Ambientais, como meio de não cumprimento da legislação ambiental, acobertado sob o véu da “legalidade”.

É fundamental observar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, os Acordos Ambientais têm uma etérea vinculação à lei, o que pode ser explicado justamente pelo fato de eles terem, como característica essencial, a flexibilidade. Em ambos os ordenamentos, os Acordos são submetidos aos princípios gerais da Administração Pública, como toda a atuação do Poder Público. No Brasil, o Compromisso de Ajustamento de Conduta tem pequena exigência de ordem legal, ligada justamente à delimitação do objeto, formalização (sendo título executivo judicial) e aos colegitimados. Em Portugal, além dos princípios gerais, os Acordos se ligam às disposições relativas ao procedimento administrativo, com as devidas adaptações.

### Conclusão

De acordo com o exposto, o Acordo Ambiental é um mecanismo de defesa do meio ambiente, que assegura para a coletividade a adequação do poluidor, às exigências legais e/ou à reparação integral do dano por ele causado, com as vantagens da celeridade, da flexibilidade e não a submissão às interpretações legislativas, entre outras. Se potencialmente, em abstrato, os Acordos Ambientais se mostram um excelente instrumento de efetivação do direito ao meio ambiente, mediando a necessidade de implementação da política ambiental e a real possibilidade de seu cumprimento, estando assim em consonância com a necessidade de alternativas ao modelo *command and control*, percebe-se que, na prática, os referidos Acordos apresentam problemas substanciais.

Apesar do incentivo ao seu recurso, dos resultados animadores de seu uso, obtidos por outros Estados-Membros<sup>73</sup>, assim como de suas características coincidentes com as necessidades decorrentes da área ambiental, nomeadamente “flexibilidade” e “voluntariedade”, quando se analisa o uso dos Acordos Ambientais, tanto em terras portuguesas quanto em terras brasileiras, observa-se um cenário de insucesso dos mesmos, havendo, obviamente, exceções.

Acredita-se, contudo, na aptidão desses instrumentos como mediadores da necessidade de implementação da política ambiental e da possibilidade real de cumprimento dessa política. “Por isso, crê-se que seus eventuais problemas são um convite ao aprimoramento, pois o ambiente não se compadece de respostas demoradas, suscitando, assim, uma nova atitude do Direito, que deve modernizar-se, acompanhar os novos tempos, reinventar-se”<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. COM (2002) 412, p.4 e COM (1996) 561, p.24 e ss.

<sup>74</sup> Maria da Glória GARCIA, **Direito das Políticas Públicas**, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p.39.

Não se acredita que o caminho, em ambos os cenários, seja a exaustiva regulamentação de um modelo de procedimento especial, disciplinando a formação dos Acordos Ambientais e engessando a atuação administrativa, uma vez que certo grau de flexibilidade é essencial para o êxito do instrumento<sup>75</sup>. É no pensamento de José Joaquim CANOTILHO, quando ele afirma que quanto mais tênue for a vinculação da administração à lei, mais se justificará a existência de outros instrumentos, visando tornar mais transparente e aceitável a decisão administrativa, que parece essencial tanto para o êxito quanto para a credibilidade dos Acordos Ambientais, a presença de uma “metodologia da decisão administrativa, assente na racionalidade e na racionalização da própria ação administrativa”<sup>76</sup>.

Particularmente, advoga-se, como foi dito, não a regulamentação de modelos processuais especiais, como via para o êxito do instrumento em tela, mas o reforço ao “procedimento”<sup>77</sup> de formação dos Acordos Ambientais por meio de guidelines, que seriam, designadamente, os princípios de governança.

Concretamente, estes atuariam como um “instrumento vivo”, que, contendo boas práticas, funcionaria como princípios informadores<sup>78</sup>, inicialmente, no “procedimento” de pré-celebração do Acordo Ambiental e, posteriormente, em sua execução. Tais princípios possibilitariam a inserção de objetivos de “eficácia, legalidade e justiça”<sup>79</sup>, e de considerações de desenvolvimento sustentável no procedimento, o que, ao fim, diminuiria os riscos de “captura” do instrumento e aumentaria a transparência, a credibilidade e a confiabilidade.

Assim, o que se propõe não objetiva a substituição das normas legais gerais referentes à matéria. Pelo contrário, acredita-se que tais princípios da governança trazem consigo boas práticas, que poderão ser uma ferramenta extra na busca de maior eficácia dos Acordos Ambientais.

**Palavras-Chave:** Acordos ambientais; acordos ambientais voluntários; contratos de adaptação ambiental; compromissos de ajustamento de conduta; contra-ordenações ambientais; sanções criminais.

Roberta Corrêa Vaz de Mello

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<sup>75</sup> No âmbito dos Acordos Ambientais sem vinculação jurídica, sequer faz sentido advogar por uma regulamentação de um modelo procedimental.

<sup>76</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Meio Ambiente*. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 123 (1990) nº 3794, nº 3795, ano 124 (1991) nº 3798, nº3799, nº3800, nº3801, n.º 3802. Acrescenta o autor: “aqui virão a inserir-se os “Standards” específicos da racionalização administrativa – métodos de direção, métodos de estruturação, métodos de instrumentação e métodos de informação.” p. 169.

<sup>77</sup> Utiliza-se a expressão “procedimento” significando “um fenômeno de progressão dinâmica através do qual a administração converte competências abstratas em actos concretos, é ele a matriz na qual e ao longo da qual a decisão ganha conteúdo. (...) avulta o procedimento como campo do jogo dialético dos interesses envolvidos pela ponderação administrativa. Ele é por excelência o lugar de uma concretização dos fins de construção das soluções jurídicas concretas no desempenho da função administrativa.” José Manuel Sérvulo CORREIA, *O direito a informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento administrativo em especial na formação das decisões administrativas*, In: **Legislação – Cadernos de Ciência e Legislação**, n.º9/10, janeiro/julho, 1994, p.146.

<sup>78</sup> Referindo-se aos princípios informadores do procedimento administrativo, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa...*, cit., p.267, afirma que “Através da fixação de um conjunto de princípios materiais informadores do procedimento administrativo – (...) – pretende-se que a administração prossiga os interesses públicos sem se divorciar dos resultados materiais da decisão relativamente aos particulares”.

<sup>79</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO. **Procedimento Administrativo e Defesa...**, cit., p.267.





*RevCEDÖUA*

**Jurisprudência**



## Expropriar, para o plano executar

Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto  
de 7 de Maio de 2009, Processo n.º 5719/08-3

(...)

### I – RELATÓRIO:

**Expropriante: Município do Porto, representado pela respectiva Câmara Municipal.**

**Expropriado: .....**

....., ....., residente na ....., n.º ....., Porto, interpôs recurso do Acórdão Arbitral proferido nos autos de expropriação da parcela n.º 12 do Plano de Pormenor das Antas, aprovado por deliberação da Assembleia Municipal do Porto de 29 de Abril de 2002, publicado por declaração n.º 236/2002, da Direcção-Geral do Ordenamento do Território, no DR n.º 173 — II Série, de 29 de Junho de 2002, o qual avaliou tal parcela em € 391.958,13, pretendendo ser indemnizado pelos seguintes valores: € 1.270.745,00, no que concerne à moradia, € 317.686,25, no que se refere ao terreno, e ainda uma quantia a encontrar pelos árbitros em relação à interrupção da actividade que o expropriado exercia na parcela, tudo com a actualização de acordo com os índices de inflação publicados pelo INE.

Partindo dos elementos constantes do auto de vistoria “ad perpetuum rei memoriam”, bem como do facto de, em seu entender, o preço corrente do m² de habitação na zona em que se insere a parcela expropriada ascender a € 3.500,00, conclui pela justeza dos valores acima mencionados.

O expropriante respondeu a fls. 282 e sgs., pugnando pelo acerto da decisão arbitral. Alega que o recorrente não fundamenta suficientemente a sua pretensão, limitando-se a indicar, para cálculo da indemnização, o valor médio de venda do m² para prédios idênticos; além disso, afirma que não se encontra minimamente demonstrado o exercício de qualquer actividade industrial por parte do recorrente no prédio expropriado, não obstante a existência de certas máquinas em determinadas divisões adstritas à fabricação de artigos de joalheria.

Na fase de instrução dos autos foi realizada a prova pericial, tendo os senhores peritos apresentado os seus relatórios a fls. 381 (nomeado pelo expropriante), 405 (nomeados pelo tribunal) e a fls. 418 (nomeado pelo expropriado), tendo sido indicados, respectivamente, os seguintes valores para a justa indemnização pela expropriação da parcela em causa: € 455.700,00, € 503.568,00 e € 1.000.000,00.

Os senhores peritos prestaram esclarecimentos por escrito pedidos pelas partes.

Veio a realizar-se julgamento, onde foram juntos diversos documentos e pelos senhores peritos foram prestados os esclarecimentos orais, que se encontram gravados.

As partes apresentaram as suas alegações finais.

Veio a ser proferida sentença em 18.01.2008, que decidiu fixar a indemnização devida pela expropriação da parcela acima identificada em € 503.568,00, a qual deve ser actualizada de acordo com a evolução do índice de preços no consumidor, com exclusão da habitação.

Novamente inconformado, veio o expropriante apelar da sentença, tendo terminado a respectiva alegação com as seguintes CONCLUSÕES:

1.<sup>a</sup> O Tribunal recorrido, não obstante ter decidido, e bem, que a justa indemnização devida ao Expropriado deve corresponder ao valor de mercado da moradia expropriada (art. 23º, n.º 5, do Código das Expropriações), aderiu ao valor indemnizatório calculado pelos Peritos indicados pelo Tribunal, desconsiderando o Relatório de Avaliação subscrito pelo Perito Eng. ..., indicado pelo Expropriado, por entender que os valores de mercado aí ponderados se reportam a uma situação (2005/2006 — o Relatório deste Perito é de Janeiro de 2006) que não era a que se verificava à data da declaração de utilidade pública desta expropriação (2003). Segundo a Sentença, em 2006 já tinha sido parcialmente executado o Plano de Pormenor das Antas (demolição do Estádio das Antas, construção do Estádio do Dragão e demais infra-estruturas), o que determinou uma diferente valorização da zona em que se integra a moradia expropriada, por comparação à “situação que existia antes desse plano” (cfr. último parágrafo da pág. 9 da Sentença recorrida).

2.<sup>a</sup> Esta decisão recorrida (i) enferma de erro nos pressupostos, pois no Relatório de Avaliação do Perito Eng. ... não foi só ponderado o mercado de 2005/2006; (ii) ignora o facto notório e atestado nos autos de que o mercado imobiliário e os valores praticados se encontram em retracção: em 2002/2003 os valores reais eram superiores aos praticados em 2005/2006; (iii) não atendeu ao facto de, à data da declaração de utilidade pública, já ter sido aprovado e publicado o Plano de Pormenor das Antas (PPA) e de as soluções urbanísticas já se encontrarem calendarizadas e em vigor, produzindo os seus efeitos e vinculando os seus destinatários.

3.<sup>a</sup> Erro nos pressupostos quanto ao mercado considerado pelo Perito Eng. ....

Ao contrário do que se pressupôs na Sentença recorrida, os valores de mercado que este Perito demonstrou e em que fundamentou a indemnização calculada, não se referem só a moradias situadas na zona de intervenção do PPA ou na zona das Antas (cfr. Anexo VII do Relatório de Avaliação deste Perito), nem só ao momento dessa avaliação, pelo que, relativamente a todas essas moradias, valores e datas anteriores, é indiferente a execução das soluções do PPA que a Sentença invoca. Na verdade, para apurar o valor de mercado de produtos idênticos a este lote de terreno com moradia construída na zona das Antas e noutras zonas do Porto, o Perito Eng. ... realizou uma pesquisa de mercado, recolhendo dados de 2003, 2004 e 2005/2006 (cfr. ponto b. do Relatório de Avaliação e o seu Anexo VII). Do mesmo modo, também quanto ao valor médio de venda da construção para habitação (apartamentos) foram consideradas outras zonas e datas. Assim, porque não se verifica a situação pressuposta na Sentença recorrida, a decisão aí proferida enferma de um manifesto erro nos pressupostos, pelo que não pode ser mantida.

4.<sup>a</sup> Os valores de mercado de 2006 são inferiores aos valores de mercado de 2002/2003.

Acresce que o mercado imobiliário (facto notório e Doc. 3 junto com as Alegações do Expropriado) se encontra numa crise reconhecida desde há já alguns anos, pelo que os valores de venda em 2005/2006, encontrados pelo referido Perito, são até inferiores aos que eram praticados em 2003. É o próprio Perito Eng. ... que afirma que esses valores reflectem um mercado em retracção (no mesmo sentido o próprio Perito da Entidade Expropriante, a fl. 383 dos autos).

5.<sup>a</sup> À data da declaração de utilidade o PPA já vigorava, já definia soluções urbanísticas para todos os terrenos desta zona, já vinculava os seus destinatários e tinha calendarizado os termos da sua execução.

5.<sup>a</sup>.1 Decidido, e bem, na Sentença recorrida que o critério indemnizatório a adoptar neste processo expropriativo é o do valor de mercado da moradia expropriada, a questão que aqui se coloca é a seguinte: tratando-se de uma expropriação para a execução de um

plano pormenor, já aprovado ao tempo da declaração de utilidade pública — como é o caso dos presentes autos —, o valor de mercado a atender no cálculo da justa indemnização deve referir-se à situação que existia antes desse plano ou, pelo contrário, porque esse plano já vigorava e produzia efeitos ao tempo da declaração de utilidade esse valor e indemnização devem reflectir as soluções desse plano de pormenor?

5<sup>a</sup>.2 O Expropriado defende que o valor de mercado a aplicar neste processo expropriativo não pode deixar de ser o que atende às soluções do Plano de Pormenor das Antas (PPA), já executadas ou com execução programada, pelo que deverá ser adoptado o Relatório de Avaliação subscrito pelo Perito Eng. ... e não os valores calculados pelos Peritos indicados pelo Tribunal. Trata-se de uma das regras mais consensuais do Direito das Expropriações que vincula o cálculo indemnizatório.

5<sup>a</sup>.3 Esta conclusão resulta, designadamente, dos seguintes factos: (a) à data publicação da declaração de utilidade pública desta expropriação o PPA já se encontrava em vigor e a produzir, de pleno, os seus efeitos; (b) ao tempo desta declaração de utilidade pública, o PPA já previa e calendarizava a execução de todas as soluções urbanísticas para zona a que se aplica. De facto, já se encontravam previstas nesse Plano (i) a demolição do Estádio das Antas, (ii) a construção do novo Estádio do Dragão, bem como (iii) construção do Hotel e (iv) da grande superfície junto a este Estádio e dos edifícios entretanto construídos (cfr. a Planta de Implantação do PPA, junta como Doc. 6 às Alegações de 24.11.2004, no recurso do Despacho do Tribunal recorrido, de 18.08.2004, bem como os arts 90º e ss. do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial aprovado pelo Decreto-Lei n.º380/99, de 22 de Setembro).

5<sup>a</sup>.4 Na verdade, quando é aprovado e publicado um plano de pormenor, os cidadãos, os agentes económicos passam a saber com o que podem contar em termos urbanísticos ambientais para uma determinada zona, fundando nessas soluções urbanísticas as decisões que tomam quanto aos negócios jurídicos a celebrar relativamente a bens imóveis aí situados e quanto ao valor dos mesmos.

5<sup>a</sup>.5 Assim, uma conclusão: vigorando um plano urbanístico à data da declaração utilidade pública, no cálculo da indemnização e na determinação do valor de mercado deve atender-se às soluções desse plano. Nestes precisos termos, as referências jurisprudenciais doutrinárias citadas nas págs. 10-15 das Alegações do Expropriado, para onde se remete este douto Tribunal, a fim de evitar desnecessárias repetições.

5<sup>a</sup>.6 O desacerto daquele entendimento do Tribunal recorrido é também comprovado *pelo facto de antes da execução* das soluções previstas no PPA e até antes da data da publicação do PPA (2002) e da data de publicação da declaração de utilidade pública que fundamentou a presente expropriação (05.02.2003), já terem sido celebrados inúmeros negócios imobiliários sobre terrenos abrangidos pelo PPA precisamente com base nas soluções urbanísticas aí previstas.

Demonstram estas conclusões os inúmeros documentos juntos aos autos, de que destacam os seguintes: (i) o Acordo entre o FCP e o Grupo Amorim de 2003, pelo qual este adquiriu àquele clube as acções das sociedades Novantas, S.A. e AzulAntas, S.A. proprietárias de diversas parcelas do PPA, por um valor superior a 16 milhões de contos, que poderia ser superior se a Câmara Municipal do Porto viesse a autorizar uma maior capacidade edificativa (cfr. Doc. 1 junto às Alegações do Expropriado — como se pode verificar no Considerando A deste Acordo, esse contrato executa um contrato-promessa de 05.04.200(?) entretanto, como se sabe, estes terrenos foram vendidos pelo Grupo Amorim ao grupo espanhol Chamartín num negócio superior a € 500.000.000); (ii) e as Notícias publicadas em 2001 e 2002 em jornais da especialidade e de referência (Diário Económico), nunca desmentidas pelas entidades envolvidas (cfr. conjunto de documentos n.º 9 junto às Alegações do Expropriado de 24.11.2004 de recurso do despacho de adjudicação).

5<sup>a</sup>.7 Por outro lado, esta decisão da Sentença recorrida envolve uma gritante violação do princípio da igualdade, na sua dimensão externa, de comparação entre os expropriados e não expropriados. De facto, todos os proprietários de terrenos situados nesta zona que não foram expropriados, abrangidos pelo PPA ou não, podem beneficiar e beneficiam (através negócios jurídicos ou da sua efectiva vivência na zona) das soluções urbanísticas aí previstas, só os expropriados, para além de coercivamente contribuírem para esse fim e de verem o seu direito de propriedade extinto por fins de utilidade pública, não poderão beneficiar dessas soluções urbanísticas, nem mesmo para efeitos de fixação da justa indemnização devida para essa expropriação. Esta leitura do Direito e da Justiça não pode ser aceite.

5<sup>a</sup>.8 Acresce que o Expropriado foi excluído do reparcelamento e do sistema de perequação compensatória estabelecido no PPA (cfr. Doc. 2 junto às Alegações do Expropriado), pelo que se também aqui, em sede de indemnização devida por essa expropriação, o Expropriado não puder ver reflectidas as soluções urbanísticas desse Plano assistir-se-á a uma nova violação do princípio da igualdade e da justiça.

5<sup>a</sup>. 9 Do mesmo modo, importa salientar que da declaração de utilidade pública desta *expropriação não resultam quaisquer mais-valias*. De facto, as soluções urbanísticas cuja consideração está aqui em causa são as soluções estabelecidas no Plano de Pormenor das Antas que já vigorava ao tempo desta declaração de utilidade pública e de que beneficiam todos os proprietários desta zona. Desta declaração de utilidade pública só resulta a necessária demolição da vivenda do expropriado e a construção de edifícios de 5/6 pisos destinados habitação e serviços: é este o incrível fim desta expropriação.

6<sup>a</sup> Do mesmo modo, ao contrário do que a Sentença pressupõe, alguns dos edifícios que foram construídos na zona do PPA não são de luxo (assim, por exemplo, o conjunto Studio Residence, vocacionado para estudantes) e a moradia do Expropriado tinham efectivamente acabamentos de luxo como foi reconhecido na vistoria *ad perpetuam rei memoriam* e na própria Sentença recorrida (cfr. Doc. 4 junto com as Alegações do Expropriado).

7<sup>a</sup> Assim, porque o Perito Eng. ... foi o único a ponderar as soluções urbanísticas que resultam do PPA e os valores efectivamente praticados no mercado, deve ser ao valor aí calculado que este douto Tribunal deve aderir na fixação da justa indemnização devida ao Expropriado e que se traduz numa indemnização global de € 1.000.000, a que corresponde um valor unitário de € 2.750/m<sup>2</sup> de construção (valor este inferior ao valor de venda de todas as moradias com características idênticas a moradia expropriada e, inclusive ao de diversos apartamentos também com boa qualidade de construção e acabamentos da cidade do Porto — cfr. Anexo VIII ao Relatório deste Perito, a fls. 503-505).

8<sup>a</sup> Não obsta a esta adesão o facto de, como se critica na Sentença recorrida, aquele Perito ter calculado uma indemnização, de acordo com os critérios referenciais estabelecidos, nos arts. 26<sup>o</sup> e ss. do Código das Expropriações, superior ao valor de mercado do bem expropriado, pois, se é certo que normalmente nos deparamos com situações em que o valor de mercado do bem expropriado é superior ao que resulta daqueles critérios, não é menos verdade que noutras situações se verifica efectivamente o inverso: é o que acontece, por exemplo, nas situações previstas no art. 26<sup>o</sup>, n.º 12, do Código das Expropriações: nessas situações, em que valor de mercado do terreno é muito reduzido (assim, por exemplo, se estiver classificado como zona verde ou de lazer), o expropriado irá receber uma indemnização calculada nos termos aí referidos (atendendo à edificabilidade média dos terrenos envolventes — isto é, uma edificabilidade que o terreno expropriado efectivamente não tem) e que determina um valor superior ao valor de mercado do bem; é o que acontece, também, nas expropriações dos imóveis situados em zonas social e urbanisticamente muito degradadas, onde os terrenos, classificados como aptos para a construção e indemnizados de acordo com os critérios dos arts. 26<sup>o</sup> e ss. do Código das

Expropriações podem conduzir a valores superiores respectivos valores de mercado (muito desvalorizados, por aqueles mesmos factores de degradação).

9ª Deste modo, a conclusão de que a justa indemnização a atribuir ao Expropriado por esta expropriação não pode deixar de reflectir, no valor de mercado aí ponderado, as soluções urbanísticas que resultam do PPA, já aprovado, em vigor e a produzir os seus efeitos à data da declaração de utilidade pública expropriativa.

A interpretação do art. 23º, n.º1, do Código das Expropriações, no sentido de que a justa indemnização não deve considerar as soluções previstas num plano de pormenor em vigor data da declaração de utilidade pública, onde se definem as soluções urbanísticas dos solos abrangidos e se calendariza a respectiva execução, é inconstitucional, por violação princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, do direito fundamental dos Expropriados a uma justa indemnização e do Estado de Direito (arts. 2º, 13º e 62º da Constituição).

10ª Para além da indemnização devida pela expropriação da moradia, cumpre ainda indemnizar os prejuízos resultantes do período de paralisação e reinstalação da actividade industrial exercida na parcela expropriada (artigo 31º, n.º1, do Código das Expropriações pois, ao contrário do que se referiu na Sentença recorrida, resulta efectivamente demonstrado nos autos a existência de um estabelecimento industrial de ourivesaria. Falamos designadamente, da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* — cfr. fl. 24 dos autos, bem como respectivos Anexos II e III, a fls. 96-97 do processo da Câmara Municipal apenso aos autos mas também do próprio facto 28 da Sentença recorrida, pag. 5.

Também quanto a esta dimensão indemnizatória, deverá este douto Tribunal adoptar a avaliação efectuada pelo Perito Eng. ..., tanto mais que nenhuma das outras avaliações constantes dos autos o fez. Assim, um valor indemnizatório de € 20.000 (no sentido de ser devida esta indemnização, o Acórdão deste douto Tribunal de 19.01.1993, Processo 9210518, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), citado na pág. 22 das Alegações do Expropriado).

11ª Por último, deverão ainda ser indemnizados os custos que o Expropriado teve com a mudança da sua residência para um outro local e que se estimam, pelo menos, em € 6.500 (cfr. Documento junto aos Esclarecimentos prestados pelo Eng. ..., a fl. 57\_ dos autos), bem como o valor do IMT que o Expropriado terá que suportar na aquisição de uma nova moradia deste valor (6% do valor da aquisição - cfr. art. 17º, nºs. 1 e 2, do CIMT).

Houve contra Alegações de recurso da expropriante, concluindo pela manutenção julgado. Nas contra Alegações a apelada levanta como questão prévia a inadmissibilidade junção de documentos pelo apelante nas Alegações de recurso.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

\*

## II- DO RECURSO:

### Questão prévia:

Como é pacífico na doutrina e jurisprudência nacionais “a lei reguladora da expropriação é a vigente à data da publicação da declaração de utilidade pública”<sup>1</sup>.

No caso “sub *judice*”, a declaração da utilidade pública da expropriação resultou da deliberação da Assembleia Municipal do Porto de 27.12.2002, publicada no Diário da República, II Série, apêndice n.º 21, de 5 de Fevereiro de 2002.

<sup>1</sup> Cfr., a propósito, José Osvaldo Gomes, in *Expropriações por Utilidade Pública*, pág. 328; Prof. Meneses Cordeiro, in *CJ*, Ano XI, Tomo V, 24; *Ac. TJ* de 20.11.1980, 301, pág.309; *Ac. RL* de 10.03.1994, *CJ* 1994, T. II, pág. 83; *Ac. RL* de 23.03.1995, *CJ*, 1995, T. II, pág. 89, *Ac. RL* de 25.05.2002, *CJ* 202, t. III, p.75

Por conseguinte, a lei aplicável “in casu” é o Código das Expropriações aprovado pela Lei n.º168/99, de 18.09, entrado em vigor em 18.11.1999, conforme prescreve o artigo 4º da referida Lei (diploma a que pertencerão todas as posteriores referências legislativas, salvo menção em contrário)”.

Acresce que, o processo judicial de expropriação litigiosa é um processo especial, que corre nos tribunais comuns, sendo regulamentado especificamente pelo C.E.

Em tudo o que não estiver previsto nas disposições próprias do C.E. segue o regime do processo ordinário estabelecido no C.P.C.

Ora, da sentença proferida pelo tribunal de comarca foi interposto recurso pelo expropriado ao abrigo do disposto no artº 66º, n.º 2, Código das Expropriações e que foi admitido como de apelação sendo-lhe aplicável as disposições próprias deste recurso ordinário artº 691 ss e as gerais dos artºs 676º ss CPC.

Isto posto, será à luz das normas do referido Código das Expropriações e do Código de Processo Civil vigentes (lei temporalmente aplicável) que a questão prévia levantada pela apelada e as questões colocadas pelo apelante em recurso se não-de decidir.

O Código das Expropriações prevê nos seus artigos 58º e 60º o dever processual do recorrente e recorrido apresentarem com o requerimento de interposição de recurso ou a resposta ao recurso da decisão arbitral “todos os documentos” que julguem necessários para a fixação da justa indemnização, que é o objecto do processo de expropriação na sua fase judicial, conforme prescreve o artº 66º, n.º 1, Cód. Expropriações.

Acresce que, conforme hoje resulta claramente do disposto nos artºs 23º, n.º1 e 24º, n.º1, CE, o montante da justa indemnização será calculado com referência à data da DUP, valor esse actualizado à data da decisão final do processo de acordo com a evolução do índice de preços no consumidor com exclusão da habitação.

Daqui decorre que, pela aplicação da referida norma própria deste processo especial de expropriação por utilidade pública urgente, a junção dos documentos com as alegações de recurso do apelante é processualmente inadmissível.

Esta tem sido a jurisprudência dominante nos tribunais superiores - vide Ac RL de 12.03.1998, CJ ano XXIII, T II, p. 93, Ac RC de 5 de Julho de 2005, CJ ano 2005, T. IV, p. 5 e AC STJ de 20.01.2005, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Mesmo que se admitisse a junção de documentos na fase de recurso da sentença, ao abrigo do disposto no artº 706º CPC, tal apenas poderia ser admissível se:

- a junção dos documentos não fosse possível até ao encerramento da discussão de julgamento;
- a junção se ter tornado necessária em virtude do julgamento proferido na primeira instância;
- o documento seja superveniente por se destinar a prova de factos posteriores ao encerramento da discussão.

Ora, o apelante junta com as alegações de recurso cinco documentos.

Os documentos 4 e 5 são excertos de documentos que já constam dos autos, respectivamente Vistoria ad perpetuum rei memoriam e Relatório do Plano de Pormenor das Antas, pelo que a junção dos referidos excertos parcelares e absolutamente desnecessária e impertinente.

Quanto aos documentos 1 a 3, trata-se o primeiro de cópia de um acordo celebrado em 19.05.2003 entre o Futebol Clube do Porto, a Aplicação Urbana II - Investimento Imobiliário, SA e a Amorim SGPS, SA, o segundo da Planta de Pormenor das Antas referente à operação de reparcelamento e o terceiro constitui um conjunto de notícias publicadas na imprensa em 2007 e um relatório da Federação Portuguesa da Indústria da Construção e Obras Públicas de 2006.

Ora, tais documentos são também desnecessários e impertinentes aos presentes autos.

Com efeito, o primeiro documento diz respeito a, um acordo de venda do Futebol Clube do Porto, a Aplicação Urbana II- Investimento Imobiliário, SA da totalidade das acções representativas do capital social das sociedades comerciais Novantas SA e Azulantas, SA, pelo preço de € 84.711.959,18, que nenhum interesse tem para a fixação da indemnização devida pela expropriação da parcela dos autos reportada à data da DUP e despida de factores especulativos, nem sequer para efeitos de eventual comparação dos valores de mercado.

O segundo, no que de interesse para os ditos fins deste processo diz respeito já a respectiva Planta de Pormenor foi considerada nos presentes autos, quer aquando da *Vistoria ad perpetuam rei memoriam*, quer aquando dos relatórios periciais.

O conjunto do terceiro documento diz respeito a notícias de imprensa e a um relatório meramente opinativo de uma entidade associativa dos industriais da construção civil sobre a situação dessa indústria e também nenhum interesse tem para os ditos fins deste processo.

Por tudo o exposto, não sendo nesta fase de determinar o desentranhamento desses documentos, certo é que os mesmos não podem ser considerados nesta fase de recurso de apelação.

#### **Questões em recurso:**

Quanto ao recurso de apelação do expropriado, deve ter-se em conta que:

O objecto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação da recorrente, não podendo este Tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, sem prejuízo das de conhecimento oficioso — artºs 684º, n.º 3 e 690º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Civil;

Nos recursos apreciam-se questões e não razões;

O recurso está limitado pela questão e decisão recolhida;

#### **Apreciemos então as questões apresentadas nas Alegações do expropriado-apelante:**

*- A justa indemnização a atribuir ao Expropriado por esta expropriação não pode deixar de reflectir, no valor de mercado aí ponderado, as soluções urbanísticas que resultam do PPA, já aprovado, em vigor e a produzir os seus efeitos à data da declaração de utilidade pública expropriativa.*

*- A interpretação do art. 23º, n.º1, do Código das Expropriações, no sentido de que a justa indemnização não deve considerar as soluções previstas num plano de pormenor em vigor à data da declaração de utilidade pública, onde se definem as soluções urbanísticas do solos abrangidos e se calendariza a respectiva execução, é inconstitucional, por violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, do direito fundamental dos Expropriados a uma justa indemnização e do Estado de Direito (arts. 2º, 13º e 62º da Constituição).*

*- deve, assim, ser considerado como indemnização pelo valor da moradia e respectivo terreno de logradouro do expropriado, que constitui a parcela expropriada, o valor global de € 1.0000,00, a que corresponde o valor unitário de 62.750, 00/m2, atribuído no laudo do perito indicado pelo expropriado.*

*- Para além da indemnização devida pela expropriação da moradia, cumpre ainda indemnizar os prejuízos resultantes do período de paralisação e reinstalação da actividade industrial exercida na parcela expropriada (artigo 31º, n.º1, do Código das Expropriações), pois, ao contrário do que se referiu na Sentença recorrida, resulta efectivamente demonstrado nos autos a existência de um estabelecimento industrial de ourivesaria. Falamos, designadamente, da *Vistoria ad perpetuam rei memoriam* — cfr. fl. 24 dos autos, bem como respectivos Anexos II e III, a fls. 96-97 do processo da Câmara Municipal apenso aos autos - mas também do próprio facto 28 da Sentença recorrida, pág. 5.*

*- Também quanto a esta dimensão indemnizatória, deverá este douto Tribunal adoptar a avaliação efectuada pelo Perito Eng. ..., tanto mais que nenhuma das outras avaliações*



constantes dos autos o fez. Assim, um valor indemnizatório de € 20.000 (no sentido de ser devida esta indemnização, o Acórdão deste douto Tribunal de 19.01.1993, Processo n.º 9210518, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), citado na pág. 22 das Alegações do Expropriado).

-Por último, deverão ainda ser indemnizados os custos que o Expropriado terá com a mudança da sua residência para um outro local e que se estimam, pelo menos, em € 6.500 (cfr. Documento junto aos esclarecimentos prestados pelo Eng. ..., a fl. 570 dos autos), bem como o valor do IMT que o Expropriado terá que suportar na aquisição de uma nova moradia deste valor (6% do valor da aquisição - cfr. art. 17º, n.ºs. 1 e 2, do CIMT).

NA SENTENÇA RECORRIDA FIXARAM-SE OS SEGUINTE FACTOS PROVADOS com relevo para a decisão, que emergem, designadamente, do auto de vistoria ad perpetuum rei memoriam, do acórdão arbitral, dos laudos dos peritos e dos documentos juntos aos autos:

1) Por deliberação da Assembleia Municipal do Porto de 29 de Abril de 2002, foi *aprovado o Plano de Pormenor* das Antas, publicado por declaração n.º 236/2002, da Direcção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, no DR n.º 173 —II Série, de 29 de Julho de 2002.

2) A parcela de terreno designada no processo por, parcela 12, com a área de 370 m<sup>2</sup>, do prédio sito na Av.ª ..., n.º ..., na freguesia de Campanhã, da cidade do Porto, está integrada na área delimitada pela planta de implantação do aludido Plano de Pormenor, designadamente pela sua confrontação poente, que corresponde à Av.ª Fernão de Magalhães.

3) A parcela referida no ponto anterior corresponde a uma casa de habitação, anexos e logradouro, inscrita na matriz predial urbana sob o art.º ..., descrita na CRP do Porto sob o n.º .../19971218, encontrando-se aí inscrita a aquisição do respectivo direito de propriedade a favor de .....

4) Em reunião de 12 de Novembro de 2002, a Câmara Municipal do Porto tomou, nos termos do art.º 10.º do Código das Expropriações, a resolução de requerer a declaração de utilidade pública com carácter de urgência da referida parcela, tendo notificado o proprietário por carta registada do dia 26 de Novembro de 2002.

5) Em reunião de 17 de Dezembro de 2002, foi a aludida resolução ratificada, tendo sido notificado o proprietário por carta registada de 19 de Dezembro de 2002.

6) Por deliberação da Assembleia Municipal do Porto de 27 de Dezembro de 2002, publicada no Diário da República, II Série, apêndice n.º 21, n.º 30, de 5 de Fevereiro de 2003, foi declarada a utilidade pública com carácter de urgência do prédio urbano sito na Av.ª Fernão de Magalhães, n.º ..., freguesia de Campanhã, da cidade do Porto.

7) A parcela em causa tem a área total de 370 m<sup>2</sup>.

8) No terreno da parcela está implantado um edifício de cave, rés-do-chão e andar, com a superfície coberta de 8,72m x 11,70m, o que perfaz 102 m<sup>2</sup>, e a área de 3 x 102,024, o que perfaz 306,07 m<sup>2</sup>.

9) Nas traseiras do edifício, encostados à estrema nascente da parcela, estão construídos dois anexos destinados a garagem, com a superfície coberta de 25 m<sup>2</sup> e a arrecadação, com 32 m<sup>2</sup> de superfície coberta.

10) O terreno da parcela tem configuração geométrica rectangular, marginado a poente pela Av.ª Fernão de Magalhães, para a qual possui uma frente de 11,50 metros e uma profundidade média de 32,0 metros.

11) O solo da parcela é de topografia plana e está de nível com o arruamento que a faceia a poente.

12) Com um afastamento de 5,0 metros da estrema do lado poente e de 3,0 metros da estrema do lado norte da parcela, está construída no solo da mesma uma moradia de três frentes, composta de cave, rés-do-chão e andar, sendo o rés-do-chão e o andar destinado a habitação do proprietário.

- 13) Trata-se de uma construção com cerca de 20 anos.
- 14) A fachada principal da zona do rés-do-chão é revestida com placas de granito rosa, as varandas são dotadas de gradeamento artístico de ferro pintado, sendo os tectos dos alpendres adjacentes às varandas da fachada principal e de parte da fachada norte revestidos a madeira exótica trabalhada manualmente.
- 15) Os pisos são separados por placas de betão armado e a cobertura é feita por placa de betão armado revestida a telha preta.
- 16) O pavimento do hall de entrada do rés-do-chão é revestido com um desenho atapado em granito de cor rosa com orla de pedra preta.
- 17) Os restantes pavimentos deste piso são constituídos por réguas de madeira maciça de sucupira com 3 cm de espessura.
- 18) Os pavimentos do 1.º andar são, em réguas de madeira flutuante.
- 19) Os pavimentos da cave são em tijoleira.
- 20) Os tectos do rés-do-chão e do primeiro andar são em gesso com moldura.
- 21) Todas as portas (portadas e janelas) são de madeira de sucupira, trabalhadas manualmente e dotadas de fecho de boca de lobo, todas envidraçadas com vidro lapidado e foscas, sendo protegidas com portas de segurança em ferro trabalhado.
- 22) Exteriormente, todas as portadas são dotadas com persianas em PVC.
- 23) Na fachada norte está inserida a chaminé do fogão de sala do rés-do-chão, revestida de azulejo decorativo.
- 24) Na frente do edifício, constituindo o acesso principal a moradia, existe uma escadaria curvilínea em pedra polida preta de granito com cinco degraus e um patamar com cerca de 3 m<sup>2</sup>, encimada por alpendre revestido a madeira exótica trabalhada manualmente com 4 m<sup>2</sup> de superfície.
- 25) A zona de rés-do-chão é constituída por hall de entrada, sala de visitas, sala de jantar, cozinha e casa de banho completa com antecâmara. Dispõe de cinco portadas interiores de madeira exótica maciça, manufacturadas, com caixilharias em vidro biselado. Além disso, tem dois fogões de sala, um em mármore polido e outro em granito, ambos com recuperador de calor. O pavimento da cozinha é constituído por placas de granito de cor rosa, ornamentadas com faixa de madeira de sucupira. O tecto da cozinha é constituído por réguas de madeira de sucupira, com orla de “coroa de rei”.
- 26) O primeiro andar é constituído por quatro quartos e duas casas de banho completas.
- 27) A escadaria de acesso ao primeiro andar é de madeira, com corrimão assente em balaustres, tudo em madeira exótica maciça.
- 28) A cave é composta por uma sala de bilhar, casa de banho e três divisões que contém maquinaria destinada a actividade de ourivesaria.
- 29) A parte traseira da cave, onde se localiza a sala de bilhar, situa-se ao nível do solo do terreno do quintal.
- 30) Todas as divisões da cave dispõem de luz natural, sendo a sua zona poente dotada de janelas térreas.
- 31) Todo o edifício da moradia dispõe de sistema de alarme.
- 32) Na zona nascente da parcela, encostados a estrema do prédio, estão implantados dois anexos:
  - a) garagem, com a superfície coberta de 5 x 5 metros, construída em paredes de alvenaria de tijolo, rebocadas e pintadas, com cobertura de placa de cimento armado impermeabilizada com telas isolantes, dotada de porta de madeira maciça trabalhada e *envernizada*;
  - b) arrecadação, com a superfície coberta de 8 x 4 metros, com características de construção idênticas às da garagem, dotada de uma porta de madeira e de uma janela com estrutura de ferro, sendo os caixilhos envidraçados.

33) A parcela contém ainda o seguinte:

a) pavimentos decorativos, revestindo parcialmente a superfície descoberta da parcela numa área de 170 m<sup>2</sup>, constituído por placa de basalto e calcário;

b) muro de vedação, no limite poente, rebocado e pintado, com 1,20 metros de altura e 0,40 metros de espessura, encimado por grade de ferro trabalhada e revestida com chada de ferro pintada, tendo rasgadas duas entradas, uma para pessoas, outra para viaturas, ambas dotadas de portões constituídos com estrutura de ferro chapeados e pintados, dotados de comando eléctrico de abertura. O muro é encimado por cinco esferas de granito maciço, tipo bola de basquetebol, com 0,35 metros de diâmetro;

c) muro de vedação da estrema norte construído em alvenaria de pedra, rebocado e pintado, com 1,5 metros de altura e encimada por placas de ferro pintadas;

d) sebe de escalóneas, bastante densa, ao longo do muro referido em c), com sistema de rega automático.

34) A Av.<sup>a</sup> Fernão de Magalhães, acima referida, tem, no local da parcela, 25 metros de largura, sendo um importante eixo viário da zona nordeste da cidade do Porto, com pavimento betuminoso, dispondo de passeios, redes de abastecimento domiciliário de água, saneamento, drenagem de águas pluviais, estação depuradora, em ligação com a rede colectora de saneamento com serviço junto da parcela, rede distribuidora de gás e rede telefónica.

35) A referida avenida, na zona da parcela, era tradicionalmente ladeado por casas de habitação isoladas de 2 e 3 pisos, construções de grande qualidade, com jardim na frente e nas traseiras dos edifícios.

36) Na área envolvente da parcela, a menos de 100 metros de distância da mesma, localizam-se a Igreja das Antas, a torre de escritórios das Antas, com 16 pisos acima do solo, o “antigo” Estádio das Antas e o actual Estádio do Dragão e respectivo complexo desportivo e comercial, a loja restaurante McDonald’s e diversos edifícios de habitação colectiva. A cerca de 200 metros, encontra-se a Praça Francisco Sá Carneiro (antiga Praça Velasquez), que constitui um espaço público agregador, núcleo social, de comércio e serviços.

37) No Plano de Pormenor da Antas, a parcela n.º 12 localiza-se em área classificada como Zona Mista de Densidade 2.

38) As Zonas Mistas são predominantemente destinadas ao uso de habitação, comércio, serviços e equipamentos complementares.

**Ainda resultam provados documentalmente os seguintes factos como interesse para a decisão da causa:**

39) Em 25.02.2005 foi proferido despacho transitado em julgado, que ordenou a entrega ao expropriado de precatório cheque no valor de €391,502,13 retirado do montante indemnizatório depositado nos autos pela entidade expropriante após a decisão arbitral.

40) Pelo despacho de 05.03.2008, transitado em julgado, foi ordenado o depósito pela expropriante do montante de €154,088,24, relativo a actualização da indemnização fixada na Sentença recorrida, montante que foi entregue ao expropriado em 02.06.2008 (fls. 997).

41) A entidade expropriante tomou posse administrativa da parcela expropriada em 28/05/01 (fls. 40 e 41).

42) Teve lugar a vistoria “ ad perpetuum rei memoriam “ da parcela expropriada em 22.01.2004 (fls. 21 a 26 do I Volume).

43) Procedeu-se a arbitragem nos termos legais, tendo os árbitros nomeados decidido, por unanimidade, atribuir a título de indemnização ao proprietário da parcela expropriada a quantia de € 391.958,13 (fls. 29 a 32).

44) A fls. 38 dos autos está comprovado o depósito dessa quantia fixada na decisão arbitral.

45) O interessado ... é titular inscrito no registo predial do referido imóvel, pela apresentação 11 de 18-1- 1997.

São apenas estes os factos que esta Relação entende como provados e com interesse para a decisão de direito, sendo certo que o expropriado não interpôs recurso da fixação da matéria de facto expressa na Sentença, de acordo com o que impõem os artigos 690º-A, CPC, nem se verificam fundamentos para alterar a matéria de facto referida na Sentença ou ordenar a sua ampliação de acordo com o disposto no art.º 712º CPC.

\*

Isto posto, há que dizer que, como se entendeu na Sentença, é o Código das Expropriações de 1999, aprovado pela Lei n.º168/99, de 18.09 - doravante designado apenas por Código das Expropriações - o aplicável à presente expropriação, por a declaração de utilidade pública ter sido emitida na sua vigência - neste sentido, Fernando Alves Correia, *As Grandes Linhas da Reforma do Direito Urbanístico Português*, Coimbra, 1993, p.70, Ac. RL, 10.03.1994, CJ, Ano XIX, T. II, p. 83, Ac. RL, 21.05.2002, CJ, t. III, p 75 e Ac RP, 13.02.1997, T.I, p.228.

Assim, por força do disposto no art.º 24º, n.º 1, C. Exp., "O montante da indemnização calcula-se com referência à data da declaração de utilidade sendo actualizado à data da decisão final do processo de acordo com a evolução do índice de preços no consumidor, com exclusão da habitação".

Como se sabe, «a expropriação é o acto administrativo pelo qual a Administração Pública decide, com base na lei, extinguir um direito subjectivo sobre um bem imóvel privado, com fundamento na necessidade dele para a realização de um fim de interesse público e, conseqüentemente, se apropria desse bem, ficando constituída na obrigação de pagar ao titular do direito sacrificado uma justa indemnização» (Freitas do Amaral, *Direito do Urbanismo (Sumários)*, Lisboa, 1993, p. 90).

Na verdade, o art. 23º, n.ºs 1 e 2, 1.ª parte, Cód. Expropriações, estabelece, por imperativo constitucional (cf. art. 62º, n.º 2, da CRP) e numa orientação que remonta à Lei n.º 2030, de 22 de Janeiro de 1948 e ao Regulamento das Expropriações aprovado pelo Decreto n.º 43587, de 8 de Abril de 1961, que a expropriação por utilidade pública de quaisquer bens ou direitos confere ao expropriado o direito de receber o pagamento temporâneo de uma justa indemnização, a qual não visa compensar o benefício alcançado pelo expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação (cf. Ac. RP de 6.06.91, CJ, XVI, t. 3, p. 252, e Ac. RE de 30.01.92, CJ, XVII, t. 1, p. 269). O princípio da indemnização, diz Alves Correia (*Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Separata do volume XXIII do suplemento do BFDUC, Coimbra, 1982, p. 120 e ss.), é um pressuposto de legitimidade do acto expropriativo e, logo, um elemento integrante do próprio acto de expropriação (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituído da República Portuguesa Anotada*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 337).

Como se diz no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 140/03, da 1.ª Secção, proferido no processo n.º 593/02<sup>2</sup>, «aquele preceito constitucional determina que a indemnização por expropriação deve ser justa, mas não define qualquer critério indemnizatório de aplicação directa e objectiva, nem contém qualquer indicação sobre o método ou mecanismo de avaliação do prejuízo derivado da expropriação. É este um problema de técnica legislativa, cuja escolha foi deixada pela Constituição ao legislador ordinário».

«Apesar disso, a expressão "justa indemnização", inserta no artigo 62.º/ 2, da Lei Fundamental, não pode ser considerada como uma fórmula vazia. É, antes, uma fórmula carregada de sentido, na qual podem ser colhidos importantes limites à discricionariedade do legislador ordinário».

<sup>2</sup> Disponível, como todos os Acórdãos do Tribunal Constitucional referidos a longo do texto, no endereço da internet [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Alves Correia (O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, ps. 532 e ss.) defende que o conceito constitucional de «justa indemnização» pressupõe: (i) a proibição de uma indemnização meramente nominal, irrisória ou simbólica; (ii) o respeito pelo princípio da igualdade de encargos; e (iii) a consideração do interesse público da expropriação.

Atendo-nos apenas à primeira e à segunda dimensões — aquelas que têm a ver com o princípio da justiça da indemnização visto na direcção do expropriado —, refere que no conceito de justa indemnização vai implícito o sentido de que devem ser rejeitados por inconstitucionais os critérios conducentes a uma indemnização meramente nominal (*blösse Nominalentschädigung*), a uma indemnização puramente irrisória ou simbólica ou a uma indemnização simplesmente aparente. Estar-se-á perante uma indemnização meramente simbólica quando, por exemplo, a lei, baseando-se num critério abstracto, que não faça qualquer referência ao bem a expropriar e ao seu valor segundo o seu destino económico, permite indemnizações que não se traduzem numa compensação adequada do dano infligido ao expropriado.

Além disso, no conceito de justa indemnização vai implicada necessariamente a observância do princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Uma indemnização justa (na perspectiva do expropriado) será aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o sacrifício especial suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente repartida entre todos os cidadãos.

Segundo o autor citado, o princípio da igualdade, como elemento normativo inderrogável que deve presidir à definição dos critérios de indemnização por expropriação, desdobra-se em duas dimensões ou em dois níveis fundamentais de comparação: o princípio da igualdade no âmbito da relação interna e o princípio da igualdade no domínio da relação externa da expropriação.

No campo da relação interna da expropriação, confrontam-se as regras de indemnização aplicáveis às diferentes Expropriações. Neste domínio, o princípio da igualdade impõe ao legislador, na definição de regras de indemnização por expropriação, um limite inderrogável: não pode fixar critérios de indemnização que variem de acordo com os fins públicos específicos das Expropriações (v.g., critérios de indemnização diferentes para as Expropriações de imóveis destinados a abertura de vias férreas, ao rasgo de auto-estradas, à execução dos planos urbanísticos, etc.), com os seus objectos (v.g. critérios diferenciados de indemnização para as Expropriações de imóveis e móveis, prédios rústicos e prédios urbanos, solos agrícolas e solos urbanizados, etc.) e com o procedimento a que elas se subordinam. O princípio da igualdade não permite que particulares colocados numa situação idêntica recebam indemnizações quantitativamente diversas ou que sejam fixados critérios distintos de indemnização que tratem alguns expropriados mais favoravelmente do que outros grupos de expropriados. Aquele princípio obriga o legislador a estabelecer critérios uniformes de cálculo da indemnização, que evitem tratamentos diferenciados entre os particulares sujeitos a expropriação.

No domínio da relação externa da expropriação, comparam-se os expropriados com os não expropriados, devendo a indemnização por expropriação ser fixada num montante tal que impeça um tratamento desigual entre os dois grupos. A observância do «princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos» na expropriação por utilidade pública exige que esta seja acompanhada de uma indemnização integral (*volle Entschädigung*) ou de uma compensação integral do dano infligido ao expropriado. Aquele princípio impõe que a indemnização por expropriação possua um «carácter reequilibrador» em benefício do sujeito expropriado, objectivo que só será atingido se a indemnização se traduzir numa «compensação séria e adequada» ou, noutros termos, numa compensação integral do dano suportado pelo particular.

Na perspectiva de Alves Correia, o critério mais adequado ou mais apto para alcançar uma compensação integral do sacrifício patrimonial infligido ao expropriado e para garantir que este, em comparação com outros cidadãos não expropriados, não seja tratado de modo desigual e injusto, é o do valor de mercado (*Verkehrswert*), também denominado valor venal, valor comum ou valor de compra e venda do bem expropriado, entendido não em sentido estrito ou rigoroso, mas sim em sentido normativo.

Com a expressão «valor de mercado normativamente entendido», designa o autor «o valor de mercado normal ou habitual», não especulativo, isto é, um valor que se afasta, às vezes substancialmente, do valor de mercado resultante do jogo da oferta e da procura, já que está sujeito, frequentes vezes, a correcções, as quais são ditadas por exigências da justiça. Uma boa parte destas manifesta-se em reduções que são impostas pela especial *ponderação* do interesse público que a expropriação serve, como a eliminação dos elementos de valorização puramente especulativos e das mais-valias ou aumentos de valor ocorridos no bem expropriado, em especial nos terrenos, que tenham a sua origem em gastos ou em despesas feitas pela colectividade. Mas, noutros casos, aquelas traduzem-se em majorações, devido à natureza dos danos provocados pelo acto expropriativo.

Porque a resposta a esta questão envolve um juízo técnico, o Código das Expropriações fornece critérios específicos os quais, como decorre do que escrevemos, têm de ser entendidos, sob pena de inconstitucionalidade, como simples pontos de referência, destinando-se apenas à obtenção de um padrão de cálculo e sem intenção de pôr limites a justa indemnização.

É assim que o Código, adoptando aquilo que Alves Correia (Introdução ao Código das Expropriações e outra legislação sobre expropriações por utilidade pública, Lisboa, 1992) denomina de critério concreto de potencialidade edificativa, começa por distinguir entre solo apto para construção e solo para outros fins (art. 25.º, n.º 1), englobando no primeiro grupo (i) o que dispõe de acesso rodoviário e de rede de abastecimento de água, de energia eléctrica e de saneamento, com características adequadas para servir as edificações nele existentes ou a construir; (ii) o que apenas dispõe de parte das infra-estruturas referidas na alínea anterior, mas se integra em núcleo urbano existente; (iii) o que está destinado, de acordo com instrumento de Gestão territorial, a adquirir as características descritas em i); (iv) o, que, não estando abrangido pelo disposto nas alíneas anteriores, possua, todavia, alvará de loteamento ou licença de construção em vigor no momento da declaração de utilidade pública e desde que o processo respectivo se tenha iniciado antes da data da notificação a que se refere o n.º 5 do art. 10.º. Solo apto para outros fins será todo aquele que não se encontra em qualquer uma das situações enunciadas (art. 25.º/3).

Isto posto, resulta da Sentença recorrida que foi essencial para a fixação da factualidade provada e da subsequente indemnização atribuída ao expropriado, proprietários da parcela expropriada, a avaliação a que se procedeu, obrigatória na fase judicial do processo de expropriação, face ao disposto no art.º 61º, n.º 2, Cód. Exp.

Da leitura dos relatórios dos senhores peritos avaliadores resulta claro que TODOS consideraram o estado da parcela expropriada e a sua situação jurídica e respectiva potencialidade edificativa na data da DUP, ou seja considerando já, como não podia deixar ser, as implicações do Plano de Pormenor das Antas, instrumento de ordenação municipal do território que havia sido aprovado antes e que, portanto, estava em pleno vigor na data da DUP relativa à presente expropriação.

Esta expropriação resulta, aliás, da necessidade de executar tal Plano, certamente na falta de acordo entre a autarquia e o expropriado, conforme prescrevem os artigos 90º a 92º e 118º ss, *maxime* artº 128º, todos do DL n.º 380/99, de 22.09, que desenvolve as bases da política de ordenamento do território e urbanismo, vigente na data da DUP.

Refira-se que no laudo da decisão arbitral também assim se considerou.

Com vista à fixação da justa indemnização devida pela expropriação, TODOS os senhores peritos avaliaram a parcela expropriada à luz desse Plano de Pormenor, já devidamente em vigor e em fase de execução e procederam ao cálculo da indemnização a luz do critério referencial resultante dos artigos 26º e 28º CE e à luz do critério do valor de mercado, fazendo apelo ao disposto no art. 23º, n.º 5, CE, tendo optado pela fixação nos seus laudos dos valores de mercado acima referidos expressos nos relatórios a fls. 381 (nomeado pelo expropriante), 405 (nomeados pelo tribunal) e a fls. 418 (nomeado pelo expropriado), tendo sido indicados, respectivamente, os seguintes valores para a justa indemnização pela expropriação da parcela em causa: € 455.700,00, € 503.568,00 e € 1.000.000,00.

Deve salientar-se que os senhores peritos indicados pelo tribunal e, pelo expropriado são todos engenheiros civis e o perito indicado pela expropriante é licenciado em Gestão Imobiliária e docente da ESAI, ou seja todos são técnicos com conhecimentos idóneos para proferirem um juízo eminentemente técnico sobre a avaliação da parcela expropriada, conhecimentos que não são, nem têm que ser exigíveis aos juízes.

A avaliação constitui, assim, na fase judicial litigiosa do processo de expropriação, tal como vem definida na nossa actual ordem jurídica, a diligência probatória fundamental para que o tribunal, depois de proceder a sua análise crítica e ao juízo de conformidade à lei, decidir da fixação da justa indemnização devida a quem vê sacrificada o seu património ou encargos autónomos à satisfação do chamado “bem comum”.

Questões relacionadas com o acto administrativo que declara a utilidade pública da expropriação, que não sejam incidentais do processo judicial de expropriação litigiosa, devem ser resolvidas no foro administrativo, por força do disposto nos art.s 211º, n.º 1 e 212º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976 e art.s 1º, n.º1 e 4º, al. c) do ETAF, aprovado pela Lei n.º13/02, de 19.02.

Isto posto, conforme resulta da Sentença recorrida, esta, após ter procedido a uma análise crítica dos diversos laudos periciais, acabou por concluir que o laudo maioritário dos peritos do tribunal era aquele que deveria seguir para indemnizar o expropriado e, nessa perspectiva, aderiu *in totum* ao relatório de avaliação dos referidos peritos.

Porque aquele laudo se encontra devidamente fundamentado, considerando a factua-lidade que importa para a fixação da indemnização devida, e dado que estes peritos não foram indicados pelas partes, antes pelo tribunal de forma aleatória da lista oficial de peritos, também nós não vemos razão para censurar a decisão proferida, a qual utilizando o critério do valor de mercado com base na “válvula de escape” que confere o art.º 23º, n.º 5, CE, leva a atribuir uma indemnização mais adequada com a realidade económica da parcela expropriada à data da DUP.

Da devida leitura da Sentença e da sua interpretação de acordo com a impressão de um declaratório normal, não é legítimo retirar a interpretação, que o apelante retira nas conclusões de recurso, de que *“tratando-se de uma expropriação para a execução de um plano de pormenor, já aprovado ao tempo da declaração de utilidade pública — como é o caso dos presentes autos —, o valor de mercado a atender no cálculo da justa indemnização deve referir-se à situação que existia antes desse plano ou, pelo contrário, porque esse plano já vigorava e produzia efeitos ao tempo da declaração de utilidade pública, esse valor e indemnização devem reflectir as soluções desse plano de pormenor?”*

(...) *O expropriado defende que o valor de mercado a aplicar neste processo expropriativo não pode deixar de ser o que atende as soluções do Plano de Pormenor das Antas (PPA), já executadas ou com execução programada, pelo que deverá ser adoptado o Relatório de Avaliação subscrito pelo Perito Eng. ... e não os valores calculados pelos Peritos indicados pelo Tribunal. Trata-se de uma das regras mais consensuais Direito das Expropriações que vincula o cálculo indemnizatório”.*

Isto porque, em lado algum da sentença e do relatório pericial maioritário se expressa o entendimento de que o valor de mercado a atender no cálculo da justa indemnização deve referir-se à situação que existia antes desse plano.

Improcede, assim, o primeiro fundamento do recurso e prejudicada fica a questão da pretensa inconstitucionalidade material da norma do artº 23º, n.º 1, Código das Expropriações, levantada pelo apelante.

Quanto à indemnização pelos prejuízos resultantes do período de paralisação e reinstalação da actividade industrial exercida na parcela expropriada (artigo 31º, n.º 1, do Código das Expropriações), entende o expropriado que *“também quanto a esta dimensão indemnizatória, deverá este douto Tribunal adoptar a avaliação efectuada pelo Perito Eng. ..., tanto mais que nenhuma das outras avaliações constantes dos autos o fez. Assim, um valor indemnizatório de € 20.000 (no sentido de ser devida esta indemnização, o Acórdão deste douto Tribunal de 19.01.1993, Processo n.º 9210518, www.dgsi.pt, citado na pág. 22 das alegações do expropriado).*

Para que houvesse direito de indemnização por prejuízos colaterais ou derivados que sejam consequência directa e necessária da expropriação sempre teria o expropriado o ónus de os provar em concreto e o respectivo nexo de causalidade adequada - vide Ac. Tribunal Constitucional n.º 231/08, DR 2 Série, n.º 140, 22.07.2008.

Ora, na sentença recorrida deu-se como provado, no facto 28, que na cave da moradia expropriada existe maquinaria destinada à actividade de ourivesaria. Não ficou provada matéria suficiente de onde resulte que o expropriado ali tinha efectivamente instalado um estabelecimento industrial de ourivesaria e que tivesse cessado essa sua actividade ou alterado a sua localização, daí derivando não prejuízos emergentes da presente expropriação.

Ao expropriado cabia em devido tempo, nas Alegações de recurso do acórdão arbitral o ónus da alegação e, na instrução do processo, o ónus da prova desses factos essenciais à sua pretensão indemnizatória - artº 342º, n.º 1, Código Civil, o que não logrou fazer.

Não poderá o esclarecimento de fls. 569 do perito indicado pelo expropriado ser considerado idóneo para tal prova, dado o seu carácter meramente especulativo e não “científico” nessa matéria, aliás em contradição com o seu parecer negativo contido na parte final do seu laudo pericial (fls 427).

Da Vistoria ad perpetuum rei memoriam — cfr. fl. 24 dos autos, bem como os respectivos Anexos II e III, a fls. 96-97 do processo da Câmara Municipal apenso aos autos — também não resulta a efectiva existência e exploração na cave da moradia expropriada de estabelecimento industrial de ourivesaria pelo expropriado na data da DUP.

Pretende, finalmente, o expropriado, ser indemnizado *“pelos custos que o Expropriado terá com a mudança da sua residência para um outro local e que se estimam, pelo menos, em € 6.500 (cfr. Documento junto aos Esclarecimentos prestados pelo Eng. ..., a fl. 570 dos autos), bem como o valor do IMT que o Expropriado terá que suportar na aquisição de uma nova moradia deste valor (6% do valor da aquisição — cfr. art. 17º, n.ºs. 1 e 2, do CIMT)”*.

Ora, as considerações anteriores são também aqui aplicáveis, sendo certo que nesta matéria o expropriado apenas assenta a sua pretensão na “opinião” do perito por si indicado, aquando da resposta aos esclarecimentos que lhe pediu.

Relativamente a estes danos, entendemos que não tem justificação no âmbito da justa indemnização devida aos expropriados, porquanto não traduzem ressarcimento de qualquer prejuízo directo para estes da própria expropriação, não estando demonstrado que o expropriado necessite de adquirir outra habitação já construída ou a construir, que está ou não isenta essa eventual aquisição total ou parcialmente de impostos, de emolumentos notariais ou do registo e que não opte pelo arrendamento ou outra forma jurídica de habitação.

Assim, o valor indemnizatório a considerar, retirados factores meramente especulativos, é o que resulta do laudo dos peritos do tribunal, como foi acolhido na Sentença e com o qual o expropriante se conformou, como resulta das contra alegações de recurso apresentadas.

Diga-se que esse valor indemnizatório, conforme foi decidido na Sentença, será actualizado nos termos legais até ao presente acórdão, de acordo com o disposto no artº 24º, n.ºs 1 e 2, Código das Expropriações de 1999 e atendendo-se a que os índices de inflação se aplicam cada um de per si sobre o apuramento emergente da taxa anterior, não se somando.

Esta interpretação jurisprudencial foi acolhida pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 7/2001 proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça (DR, I- Série, de 25 de Outubro de 2001), o qual embora proferido relativamente às normas do artº 23º, n.ºs 1 e 2, Código das Expropriações aprovado pelo DL n.º 438/91, de 09.11, mantém total aplicação às normas do artº 24º, n.ºs 1 e 2, Código das Expropriações de 1999, dado que tem o mesmo conteúdo.

Em conformidade, pela presente expropriação o expropriado recebeu já, através de levantamentos efectuados nos autos, o montante de €545.590,37.

\*

### III- DECISÃO:

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação do Porto em julgar improcedente a presente apelação e, em consequência, confirmar a Sentença recorrida.

Custas pelo apelante.

P.07.05.2009

## Comentário

### 1. Considerações introdutórias

A selecção do presente aresto para comentário teve como intenção, mais do que analisar o caso concreto que trata, discutir a questão que genericamente dele decorre: a de saber se *“tratando-se de uma expropriação para a execução de um plano de pormenor já aprovado ao tempo da declaração de utilidade pública (...), o valor de mercado a atender no cálculo da justa indemnização deve referir-se à situação que existia antes desse plano ou, pelo contrário, porque esse plano já vigorava e produzia efeitos ao tempo da declaração de utilidade pública, esse valor e indemnização devem reflectir as soluções desse plano de pormenor?”*

Precisando os dados com relevo para as reflexões a que aqui iremos proceder, em causa está, em primeiro lugar, uma *expropriação para execução de um plano municipal* (que a doutrina designa de *expropriação acessória ao plano*)<sup>3</sup>.

Tal plano municipal é, em segundo lugar, um plano de pormenor, que é aquele que se apresenta, atenta a área territorial de abrangência e o seu conteúdo material, como o plano municipal mais concreto, uma vez que procede a uma exaustiva definição da situação fundiária da área de intervenção, actuando sobre ela e permitindo, quando necessário, proceder à sua transformação.<sup>4</sup> Daqui decorre o terceiro dado com relevo: o plano de pormenor aqui

<sup>3</sup> Sobre esta designação cfr. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 131 e ss.

<sup>4</sup> Pela sua caracterização, o plano de pormenor é aquele que tem maiores consequências na *conformação do território* e do *direito de propriedade* dos solos sobre que incide. Esta dimensão constitutiva e conformadora é confirmada pelo disposto no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, que, nos termos do seu artigo 4.º, sujeita ao procedimento da *comunicação prévia* a realização de operações urbanísticas a realizar nas áreas abrangidas por plano de pormenor que contenha a maioria das menções previstas no artigo 91.º do RJIGT [alínea c) do n.º 4], o qual é mesmo desnecessário quando a este forem conferidos efeitos registais.

em causa visa proceder à transformação da situação fundiária preexistente, pelo que a sua execução passará necessariamente pela concretização de uma *operação de reparcelamento*. Tal sucede (e é assim na esmagadora maioria dos casos), sempre que o plano de pormenor aponta para um desenho urbano “desligado” da situação fundiária da sua área de intervenção, propondo uma solução urbanística que, para ser concretizada, obriga à transformação daquela.

Note-se que, por a operação de reparcelamento se apresentar como uma operação urbanística, a mesma apenas poderá ser concretizada se estiver verificada a necessária legitimidade, o que significa que, se não é necessário o consentimento dos proprietários para que o plano desenhe uma solução urbanística que não respeita a situação fundiária existente, já o consentimento da totalidade dos mesmos é indispensável para a concreta operacionalização do reparcelamento, sendo fundamental para o efeito a celebração de contratos entre os proprietários e/ou outras entidades interessadas – contratos de urbanização – ou destes com a Administração – contratos de desenvolvimento urbano –, nos termos dos quais se definem os direitos e encargos de cada um na operação, bem como a distribuição dos lotes ou parcelas resultantes da mesma.

Na eventualidade de algum deles manifestar o seu desacordo em relação à operação de reparcelamento que executa o plano, o processo apenas poderá avançar mediante o desencadeamento de um procedimento expropriativo. No entanto, nem sempre o recurso à via expropriativa é admissível, estando a mesma dependente do *sistema de execução* que tiver sido adoptado pelo plano (e respectiva fundamentação). Assim, se o sistema for o de *compensação* – o qual deve ser reservado para operações que embora *admissíveis*, não fazem parte da ordem de prioridades do município – está afastada a expropriação, o que significa que se não se alcançar a associação entre todos os proprietários, a operação não pode ser realizada<sup>5</sup>.

Diferente será a situação no caso do *sistema de cooperação* e do *sistema de imposição administrativa*. O primeiro é adoptado quando estejam em causa operações desejáveis, disponibilizando-se a administração para, por via da expropriação, substituir os proprietários que se não queiram associar e, assim, garantir a sua concretização. O da imposição deve ser adoptado quando se trate de intervenções que, nos termos do plano, assumam uma *prioridade absoluta*, o que justifica o recurso à expropriação, embora esta opção não deva, em nome do princípio da proporcionalidade, fechar as portas à possibilidade de se poder promover a intervenção urbanística pelos interessados.<sup>6</sup> Isto porque o sistema de *imposição administrativa* não corresponde a um sistema de *expropriação sistemática* e não há, sequer, qualquer contradição entre o recurso ao sistema de imposição administrativa e a ausência de expropriação. É o que sucederá quando, tendo os proprietários dificuldades em assegurar, em tempo útil, a execução do plano, contratualizam com o município a direcção de todo o processo (programação e promoção – directamente ou por via de concessão de

<sup>5</sup> Este deverá ser o sistema a adoptar naquelas situações em que para a Administração municipal não é prioritário que uma determinada área do seu território, embora tal seja admitido pelos planos em vigor, venha a ser objecto de intervenções urbanísticas, permitindo, contudo, que as mesmas possam ocorrer desde que realizadas em parceria pelos vários proprietários abrangidos pelo plano. Ou seja, embora não desejada a sua ocorrência, o município admite intervenções urbanísticas de conjunto, empurrando, nestes casos, o plano de pormenor, os proprietários para processos associativos, sem que a Administração se proponha substituir aqueles que não se queiram associar. Com estas condições, o mais certo é que a operação de reparcelamento prevista no plano de pormenor não venha a ocorrer (basta que um dos proprietários se oponha); no caso, porém, de tal associação se verificar, o município conseguirá, no mínimo, que ela se realize nos termos pretendidos (definidos no plano). Neste sentido *vide* Jorge Carvalho, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, pp. 413-414.

<sup>6</sup> Assim, sempre que existe uma área em que importa intervir de uma forma integrada e com uma solução de conjunto, de forma a prosseguir um interesse público imediato (v.g. a abertura de uma via estruturante), a adopção do sistema de imposição significa que, caso os proprietários se não associem para realizar a operação urbanística conjunta — reparcelamento ou loteamento conjunto — num determinado prazo (no âmbito da qual cederão para o domínio público municipal os terrenos a afectar àquela via e, eventualmente, a executarão), a Administração se substituirá a estes de modo a garantir a realização da infra-estrutura viária em causa.



urbanização – da execução do plano), cedendo os seus terrenos para integrarem a “massa de concentração” da operação de reparcelamento e recebendo, posteriormente, os lotes ou parcelas dele resultantes na proporção das respectivas “entradas”, descontados os encargos que não assumiram (caso não os tenham assumido).

A adopção do sistema de imposição como um *sistema de expropriação sistemática* ou como um *sistema que exclui logo à partida um conjunto de proprietários* prevendo a respectiva expropriação independentemente da vontade destes em aderir à operação de reparcelamento prevista no plano, apenas deve ser admitida excepcionalmente e desde que devidamente fundamentada, de forma a comprovar a proporcionalidade desta opção e que a mesma é o resultado de uma justa ponderação de todos os interesses envolvidos. E isto porque o reparcelamento corresponde, em regra, à operação de transformação fundiária que termina com a adjudicação dos lotes ou parcelas *aos primitivos proprietários*, pelo que a exclusão de alguns deles (ou de todos) da operação de reparcelamento, através da expropriação dos seus prédios, apenas deve ocorrer quando estes *manifestem o seu desacordo relativamente ao projecto de reparcelamento* (cfr. n.º 7 do artigo 131.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, doravante RJIGT<sup>7</sup>) ou quando *existam motivos de interesse público*, os quais devem ser devidamente explicitados, que o justifiquem.

Fazemos aqui particular referência a este facto porque, em nosso entender, e como melhor veremos mais adiante, a resposta à questão central constante do Acórdão aqui em anotação deve ser diferenciada consoante a expropriação se fique a dever a *uma oposição* do proprietário em aderir à operação de reparcelamento que executa o plano ou a uma sua exclusão do processo contra a sua vontade.

## 2. A justa indemnização no Código das Expropriações

Uma vez que a questão central sobre a qual nos propomos reflectir no presente Acórdão se prende com a determinação da justa indemnização no âmbito de um procedimento expropriativo, começemos, ainda que de forma sumária, por referir alguns pontos de relevo a propósito dela, a qual é assumida, por força do disposto no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa, como um pressuposto de legitimidade do acto expropriativo e simultaneamente como um elemento integrativo do mesmo<sup>8</sup>.

O Tribunal Constitucional tem vindo, ao longo dos anos, a densificar, na sua jurisprudência, este conceito jurídico, dela decorrendo que a justa indemnização é aquela que *visa compensar o sacrifício suportado pelo expropriado e garantir a observância do princípio fundamental da igualdade de encargos* que tenha sido violada com a expropriação<sup>9</sup>, apresentando-se, assim, como uma *reconstituição, em termos de valor, da posição jurídica que o expropriado detinha*.

<sup>7</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 53/2000, de 7 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de Agosto

<sup>8</sup> Cfr., sobre esta questão, Fernando Alves Correia, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*, in Separata da «Revista de Legislação e Jurisprudência», Ano 132º, N.ºs 3905 e 3906 e *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pp. 209 e ss, que aqui seguiremos muito de perto.

<sup>9</sup> Para este Tribunal o respeito pelo princípio da igualdade deve ser entendido quer no sentido de que as regras da indemnização aplicáveis aos diferentes tipos de expropriação devem tratar de um modo igual os vários sujeitos expropriados (princípio da igualdade na relação interna da expropriação) quer no sentido de que, analisando-se comparativamente as situações jurídico-patrimoniais dos proprietários expropriados e dos proprietários não expropriados, os critérios da indemnização devem possibilitar um tratamento jurídico igual entre aqueles dois grupos de cidadãos (princípio da igualdade na relação externa da expropriação).

Ainda de acordo com a ampla jurisprudência do Tribunal Constitucional, a *justa indemnização* é aquela que corresponde ao valor adequado que permita ressarcir o expropriado da perda que a transferência do bem que lhe pertencia para outra esfera dominial lhe acarreta, devendo ter-se em atenção, na sua fixação, a necessidade de respeitar o princípio da equivalência de valores: nem a indemnização deve ser tão reduzida que o seu montante se torne irrisório ou meramente simbólico nem, por outro lado, nela deve atender-se a quaisquer valores especulativos ou ficcionados, de forma a distorcer, (positiva ou negativamente) a necessária proporção que deve existir entre as consequências da expropriação e a sua reparação.

No conceito constitucional da *justa indemnização* está, porém, também implícita uma justiça do ponto de vista do *interesse público que a expropriação visa prosseguir*, motivo pelo qual se admitem *cláusulas de redução* com a finalidade de dela “eliminar (...) elementos de valorização puramente especulativos e mais-valias ou aumentos de valor que tenham a sua origem na própria declaração de utilidade pública da expropriação.”

De modo a dar cumprimento a estas exigências constitucionais, o legislador ordinário fixou, no artigo 23.º do Código das Expropriações (CE), que a *justa indemnização* “...não visa compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efectivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração da utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de facto existentes naquela data”, norma da qual decorre, segundo a doutrina mais representativa, que a justa indemnização corresponde ao *valor de mercado*: valor venal ou valor de compra e venda, isto é, a quantia que teria sido paga pelo bem se este tivesse sido objecto de livre contrato de compra e venda, descontados os valores especulativos.

Para este efeito, o Código das Expropriações, seguindo de perto a jurisprudência do Tribunal Constitucional, classifica os solos em *aptos para construção e para outros fins*: nos primeiros atenta-se a elementos certos e objectivos<sup>10</sup>; nos segundos integram-se todos os restantes solos.

A lei não deixou de considerar, porém, nos termos *supra* referidos, a necessidade de a justa indemnização ter em conta o *interesse público* que com a expropriação se pretende prosseguir. É por isso que, nos termos do Código das Expropriações, não pode tomar-se em consideração, na determinação do valor dos bens expropriados, as mais-valias que resultarem da própria declaração de utilidade pública; de obras ou empreendimentos públicos concluídos há menos de cinco anos, no caso de não ter sido liquidado encargo de mais-valias e na medida deste<sup>11</sup>; de benfeitorias voluptuárias ou úteis ulteriores à notificação da resolução de expropriar; e de informações de viabilidade, licenças ou autorizações administrativas também ulteriores àquela notificação (artigo 23.º, n.º 2). Na fixação da indemnização não são também considerados quaisquer factores, circunstâncias ou situações criadas com o propósito de aumentar o valor do bem (artigo 23.º, n.º 3).

É por este motivo que se afirma que, se bem que o critério para a determinação do conceito de justa indemnização seja o do *valor de mercado* (valor venal, comum ou de compra e venda) do bem expropriado, o mesmo não pode ser entendido em *sentido estrito*

<sup>10</sup> Espelhados na dotação do solo em infra-estruturas urbanísticas [artigo 25.º, n.º 2 alínea a)], na sua inserção em núcleo urbano [artigo 25.º, n.º 2, alínea b)], na qualificação do solo como área de edificação em plano municipal de ordenamento do território [artigo 25.º, n.º 2, alínea c)] ou na cobertura do mesmo por alvará de loteamento ou de licença de construção em vigor no momento da declaração da utilidade pública, desde que o processo respectivo se tenha iniciado antes da data da notificação da resolução de expropriar referida no artigo 10.º do Código das Expropriações [artigo 25.º, n.º 2, alínea d)].

<sup>11</sup> A não consideração das mais-valias resultantes de obras ou empreendimentos públicos só tem lógica quando a entidade beneficiária da expropriação tiver sido a entidade responsável pela realização de tais obras ou empreendimentos, caso contrário, esta exclusão não tem razão de ser.

mas em *sentido normativo*, precisamente por ditar a necessidade de efectuar *reduções* impostas pela especial ponderação do interesse público que a expropriação serve, bem como *majorações* devido à natureza dos danos provocados pelo acto expropriativo.

Esclarecido, de forma sumária, o sentido do conceito de *justa indemnização*, incidamos agora a nossa atenção sobre a questão que é genericamente colocada no Acórdão aqui em anotação.

### 3. O valor da indemnização: valor da parcela antes do plano ou de acordo com as opções dele constantes?

Resulta, do que foi referido, não poder (não dever) ser contabilizado no montante da indemnização a *mais-valia que resulta da declaração de utilidade pública*, isto é, a valorização que é introduzida no terreno pelo próprio *projecto expropriante* (o projecto que fundamenta a expropriação) – cfr. artigo 23.º, n.º 2, alínea a) do CE. Isto porque a indemnização não serve para compensar o *benefício alcançado pela entidade expropriante*, mas tão-somente ressarcir o *prejuízo que para o expropriado advém da expropriação* (cfr. n.º 1 do artigo 23.º do CE).

Não se pode, contudo, ignorar o disposto no n.º 1 do artigo 23.º e n.º 1 do artigo 24.º do CE, segundo os quais é o momento da declaração de utilidade pública aquele que é relevante para a determinação do valor dos bens, devendo por isso ter-se em consideração as circunstâncias e condições de facto do bem a essa data. Ora, é sabido que o *valor dos solos* depende daquilo que neles pode ser feito, que, por sua vez, depende, essencialmente, dos *instrumentos de planeamento em vigor* à data da declaração de utilidade pública. De onde decorre, como consequência natural, que se deva ter em consideração, para efeitos da determinação do montante da indemnização, o que prescrevem para a área tais instrumentos planificadores.

Acresce que, correspondendo os vários instrumentos de planeamento municipal (plano director municipal, plano de urbanização e plano de pormenor) a graus de intervenção diferenciada sobre o território – sucessivamente mais concretos e precisos –, se uma área se encontrar simultaneamente abrangida por vários deles, as decisões que em cada momento tenham de ser tomadas deverão ter como referência o instrumento de planeamento em vigor mais preciso. E isto porque existe, na gestão urbanística – isto é, nas decisões sobre a concreta ocupação do território que sejam feitas a partir dos instrumentos de planeamento –, um princípio da *maior proximidade do instrumento de planeamento aplicável*: estando a área simultaneamente abrangida, por exemplo, por um plano director municipal e por um plano de pormenor, é a este que as entidades terão de se ater quanto às decisões a tomar na sua área de abrangência e é este que define, em concreto, o que podem ou não fazer os proprietários abrangidos. Motivo pelo qual terá de se concluir que na determinação do montante da indemnização devida pela expropriação dos solos integrados num plano de pormenor para efeitos da sua execução se terá de atender às soluções urbanísticas dele constantes para a parcela em causa.

Entendemos, porém, que esta não é a solução mais adequada em todos os casos, se se tiver em consideração o conceito de *justa indemnização* antes referido.

Assim, e desde logo, não pode esquecer-se que muitos planos de pormenor assumem um grau de precisão e concretização tais que correspondem, eles mesmos, a verdadeiros projectos (*planos de pormenor referidos a projectos*).

É o que sucede com aqueles planos de pormenor que identificam com tal precisão a transformação da situação fundiária, que o projecto de reparcelamento que vier a concretizar-se para a sua execução nada traz de novo em relação a ele, repetindo, por isso, tudo quanto consta já, de forma precisa, do plano de pormenor. É aliás a planos de pormenor com este conteúdo preciso que a lei permite que se atribuam *efeitos registais*, o

que significa que são conferidos a estes planos os efeitos da aprovação ou licenciamento da operação de reparcelamento, já que se opera, com o registo do plano, a transformação da situação fundiária. Precisamente por isso, o registo do plano de pormenor dispensa o posterior licenciamento ou aprovação das operações de loteamento/reparcelamento envolvidas (cfr. artigo 131.º n.º 10 do RJIGT)<sup>12</sup>.

Referidos a projectos são também os planos de pormenor elaborados para a concretização do Programa Polis, programa destinado a melhorar a qualidade de vida nas cidades, através de intervenções nas vertentes urbanística e ambiental, com vista a melhorar a atratividade e competitividade de pólos urbanos que têm um papel relevante na estruturação do sistema urbano nacional. Por esse motivo, as grandes intervenções deste Programa são ao nível dos *projectos* já que os seus objectivos são os de desenvolver *grandes operações* integradas de requalificação urbana com uma forte componente de valorização ambiental bem como *acções* que contribuam para a requalificação e revitalização de centros urbanos e que promovam a multifuncionalidade desses centros; apoiar outras *acções de requalificação* que permitam melhorar a qualidade do ambiente urbano e valorizar a presença de elementos ambientais estruturantes tais como frentes de rio ou de costa; e patrocinar *iniciativas* que visem aumentar as zonas verdes, promover áreas pedonais e condicionar o trânsito automóvel em centros urbanos.

Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 26/2000, de 15 de Maio, que criou o Programa Polis, prevê-se a adopção de “*instrumentos que garantam a eficácia da sua execução e a coerência dos seus propósitos*”, designadamente instrumentos de intervenção urbanística, empresariais e de protocolarização com os municípios. De entre os instrumentos de intervenção urbanística (os que aqui interessam), prevê-se a elaboração de planos estratégicos, planos de urbanização, quando a área o justifique, e de planos de pormenor a elaborar pela entidade promotora e gestora do projecto.

E embora nestes dois últimos casos (com especial relevo para os planos de pormenor, os mais utilizados) estejam em causa instrumentos de planeamento, a verdade é que os mesmos enquadram projectos muito concretos, precisamente os referentes às *operações* e *acções* destinadas à requalificação urbana e valorização ambiental.

Poderia perguntar-se porque razão a Resolução do Conselho de Ministros n.º 26/2000 aponta, como instrumentos de intervenção urbanística, apenas os planos e não já as operações urbanísticas concretas, designadamente, de loteamento urbano, questionando-se o que é possível alcançar por aquela via que não fosse alcançável por esta.

A resposta, quanto a nós, é fácil e prende-se com a legitimidade para intervir nos solos: enquanto uma operação de loteamento pressupõe a elaboração de um projecto que terá de ser apresentado pelos titulares (por todos os titulares) de direitos sobre os solos; o plano de pormenor, como instrumento de planeamento de iniciativa e responsabilidade pública, não a pressupõe. A aprovação do projecto por intermédio de um plano de pormenor é, assim, a forma de, de um modo sustentado, se poder lançar do expediente das expropriações como forma de aquisição dos solos e, deste modo, de aquisição da legitimidade para sobre eles intervir concretizando os projectos de valorização urbanística e ambiental no caso de os proprietários se oporem à sua concretização.

Isto é, com a aprovação do plano possibilita-se, de forma mais fundamentada, o recurso à expropriação como mecanismo para a aquisição dos solos onde será concretizado o projecto que aquele plano integra.

<sup>12</sup> Sobre a identidade de função dos planos de pormenor com efeitos registais e das operações de loteamento/reparcelamento urbano, em especial quando integradas em unidades de execução cfr. o nosso “As Virtualidades das Unidades de Execução num Novo Modelo de Ocupação do Território: Alternativa aos Planos de Pormenor ou outra via de Concertação de Interesses no Direito do Urbanismo?” in *Direito Regional e Local*, n.º 2, Abril/Junho, 2008, p. 17 e ss.



Ora, partindo desta realidade – isto é, da existência de planos de pormenor referidos a projectos – teremos de concluir que, tornando-se necessário proceder a uma expropriação para a sua execução, é o próprio plano que se apresenta como o *projecto expropriante*; aquele cujas mais-valias não podem ser tidas em consideração para efeitos da determinação cálculo da indemnização, segundo a alínea a) do n.º 2 do artigo 23.º do CE<sup>13</sup>.

E é a desconsideração, nestes casos, para efeitos da determinação do montante da indemnização, da opção constante do plano, a única solução que permite dar cumprimento ao disposto no n.º 1 do artigo 23.º: de que a indemnização apenas deve ressarcir os *prejuízos* que para o expropriado advêm da expropriação, não se destinando a compensar o *benefício* alcançado pela entidade expropriante com o *projecto expropriativo*<sup>14</sup>.

Para além do argumento que decorre da alínea a) do n.º 2 do artigo 23.º do CE, existem ainda outros que apontam no mesmo sentido – de desconsideração da valorização decorrente do *projecto consubstanciado*, nas situações a que nos vimos referindo, no plano de pormenor, cuja execução implicará a concretização de uma operação de reparcelamento.

Estes argumentos devem ser buscados no RJGT, precisamente o diploma que regula algumas das mais importantes questões atinentes à execução dos planos municipais, entre os quais se contam os planos de pormenor.

Com efeito, uma leitura atenta do disposto no artigo 132.º do RJGT permite perceber que uma coisa é a *avaliação das parcelas à data do início do processo*, outra, distinta, a sua *avaliação após a concretização da operação*. Como decorre expressamente do n.º 1 do artigo 132.º, no âmbito de uma operação de reparcelamento, os benefícios que terão de ser, *in fine*, distribuídos a cada proprietário, hão-de ser proporcionais “*ao valor do respectivo terreno à data do início do processo*”, o que significa que nessa avaliação não se tem em consideração (não se pode ter em consideração) a valorização que nos mesmos será introduzida pelo *projecto de reparcelamento* (que é, nos casos a que nos vimos referindo, o *projecto* que consta do próprio plano de pormenor e que será concretizado através da operação de reparcelamento ou directamente com o registo do plano). O que está em plena consonância com o disposto no Código das Expropriações, que manda atender ao valor do bem à data da declaração de utilidade pública, não se contabilizando mais-valias dela resultantes, isto é, as mais-valias que serão introduzidas nos terrenos expropriados por força do *projecto expropriante*.

Do afirmado até ao presente momento resulta aquela que, a nosso ver, deve ser a resposta à questão genericamente colocada no acórdão aqui em anotação: na determinação do valor da indemnização de parcelas necessárias à execução de um plano de pormenor do tipo a que nos vimos referindo, já aprovado ao tempo da declaração de utilidade pública, apenas se deve ter em consideração a sua *aptidão inicial* (isto é, antes do plano de pormenor), e não a que resulta das soluções (opções de ocupação territorial) do *projecto* constante deste instrumento de planeamento territorial. Uma solução distinta significaria a violação do critério constitucional da justa indemnização, ressarcindo-se o expropriado de um valor que ele não tinha e que apenas é introduzido no bem por força do *projecto* que justifica a expropriação<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Do mesmo modo que não deve considerar-se, no montante da indemnização, as mais-valias resultantes do plano enquanto “*projecto expropriativo*” (por exemplo, o plano prevê a implantação, numa unidade predial não dotada de qualquer infra-estrutura, de vários lotes devidamente infraestruturados), também não deve atender-se à menos valia (ou desvalorização) dele resultante (por exemplo, para uma área dotada, de acordo com o plano director municipal em vigor, de capacidade edificativa, o plano de pormenor, por motivos de ordenamento, impede numa parcela aí integrada, qualquer edificabilidade).

<sup>14</sup> Expressamente no sentido de se não ter em conta o previsto no Plano de Pormenor das Antas na determinação do valor da expropriação de uma parcela para efeitos da execução daquele instrumento de planeamento por estar em causa a mais-valia resultante da própria expropriação cfr. Acórdão da Relação do Porto, Processo n.º 6740/08-2, de 3 de Fevereiro de 2009.

<sup>15</sup> Era neste sentido que dispunha o n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio, nos termos do qual, no âmbito da reabilitação urbana “*O montante da indemnização calcula-se com referência à data declaração de utilidade pública e deve corresponder ao valor real e corrente dos imóveis expropriados no mercado, sem contemplanção das mais-valias resultantes de reabilitação da zona de intervenção*” (sublinhado nosso).

#### 4. Uma precisão na tese defendida

Julgamos, porém, que esta solução apenas deve valer sem quaisquer reservas naquelas situações em que a expropriação visa superar a falta de acordo do proprietário na concretização da operação de reparcelamento que executa o plano de pormenor. Esta é, aliás, a única situação em que o RJIGT se refere à admissibilidade de expropriar os proprietários dos solos para efeitos de concretização de uma operação de reparcelamento.

Com efeito, o que determina n.º 7 do artigo 131.º do RJIGT é que “*Sempre que algum ou alguns dos proprietários manifestem o seu desacordo relativamente ao projecto de reparcelamento, pode a câmara municipal promover a aquisição dos respectivos terrenos pela via do direito privado ou, quando não seja possível, mediante o recurso à expropriação por utilidade pública.*” (sublinhado nosso).

É de facto nestas situações que faz todo o sentido – sob pena de se estar a beneficiar o proprietário que se recusa “a entrar” na concretização do projecto de reparcelamento previsto no plano –, não se contabilizar a mais-valia resultante do projecto expropriativo (consubstanciado no plano).

Diferente deve ser a solução quando é a Administração municipal que opta, sem mais, por excluir os proprietários do processo de reparcelamento (isto é, da concretização do plano de pormenor), ainda que estes tivessem vontade de aderir à operação, assumindo os seus encargos por forma a incorporar na sua esfera patrimonial as mais-valias decorrentes da operação.

Esta foi, aliás, a situação que ocorreu no caso subjacente ao aresto aqui em anotação. Com efeito, para a concretização dos objectivos que com o plano de pormenor em causa (Plano de Pormenor das Antas) se pretendiam alcançar<sup>16</sup> previu-se, para os terrenos do expropriado, numa pequena parte, a ampliação dos espaços de circulação pedonal/passeios da Av. Fernão de Magalhães e da Alameda das Antas e na parte restante, a construção de edifícios de utilização mista (comércio habitação e serviços) com 6 pisos acima e 2 pisos abaixo do solo, de onde resultava ser opção do plano a substituição de uma moradia de habitação unifamiliar existente pela construção de edifícios destinados a habitação, comércio e equipamentos complementares, com admissão de indústria compatível.

O que se previa, porém, em termos de execução do plano, era a atribuição (distribuição) dos novos lotes resultantes da operação de reparcelamento concretizadora do plano de pormenor (coincidentes, em grande medida, com os anteriores, propriedade do expropriado) ao Futebol Clube do Porto e à Câmara Municipal, e não ao proprietário originário,

<sup>16</sup> Esses objectivos eram: “a) a criação de uma área central que articule, integre e valorize o território envolvente; b) a realocação de grandes equipamentos desportivos; c) a redução dos impactes da via de cintura interna sobre a área de intervenção do Plano”. Estes objectivos genéricos encontravam-se devidamente explicitados e concretizados no Relatório do plano, onde se afirmava serem eles: “a) a implantação do novo estádio tendo em consideração as valências urbanas deste novo tipo de equipamentos, a pressão que vai gerar sobre os acessos e estacionamento automóvel, o impacto visual do grande volume de construção e, sobretudo que a renovação que esta implantação origina permita “coser” as malhas urbanas envolventes através dos novos espaços públicos a criar e da nova estrutura viária; a localização na zona de dois outros equipamentos de grande capacidade de atracção, um pavilhão multiusos e uma superfície comercial de média dimensão, que contribuam para acentuar a sua centralidade; c) a estruturação de uma nova área urbana de usos mistos – residência, comércio e serviços – que será conseguida através da reconversão dos terrenos hoje ocupados pelas instalações do Futebol Clube do Porto e de outros terrenos e edifícios actualmente desocupados; d) o estabelecimento de uma estrutura de espaços públicos diversificados, centrada no novo estádio, que assegure as ligações urbanas com os bairros envolventes, nomeadamente Contumil, S. Roque da Lameira e Antas, rompendo com a barreira VCI; e) a estruturação de uma nova rede de espaços e corredores verdes que façam a ligação entre a estrutura verde existente e um conjunto de novas zonas e percursos verdes a criar; f) a melhoria das acessibilidades e da circulação na área de intervenção, em especial na relação da rede local com a rede primária da cidade, aproveitando a rede viária a criar na A.I. para melhorar a ligação entre as zonas do tecido urbano da cidade, que actualmente sofrem importantes descontinuidades”.



que, pura e simplesmente, foi excluído da operação. O que significa que esta exclusão não teve na sua base, ao contrário do que resulta do RJIGT, uma oposição ou desacordo do interessado em relação ao projecto de reparcelamento.

Para além de uma solução deste tipo apenas ser legítima se existirem razões fundamentadas de interesse público que a justifiquem, consideramos – precisamente porque a expropriação não surge como a superação de um obstáculo à concretização da operação de reparcelamento em que se consubstancia a execução do plano, mas na exclusão do proprietário da execução de um projecto urbanístico que cria valor à custa dos seus terrenos –, que terá de se permitir uma avaliação destes atendendo ao disposto no plano de pormenor em vigor à data da declaração da utilidade pública, sob pena de, por opção do plano, se estar a privar os proprietários da possibilidade de promoverem ou integrarem operações urbanísticas que valorizam os seus solos, incorporando na sua esfera patrimonial esse valor.

Neste caso, porém, e porque o plano de pormenor deverá estabelecer mecanismos de perequação (sendo que o reparcelamento também tem esse efeito), não deve o expropriado ser indemnizado atendendo à edificabilidade prevista no plano para as suas parcelas iniciais, mas pela edificabilidade média a que teria direito se entrasse na execução do plano, descontados os encargos que não assume (e teria de assumir caso entrasse na execução).

Com efeito, independentemente das concretas opções constantes do plano para cada parcela, os proprietários *somente terão direito à edificabilidade média*, apenas podendo utilizar a edificabilidade restante prevista no plano (nas situações em que a edificabilidade concreta for superior à média) se “pagar” por ela (designadamente por intermédio da cedência de terrenos). Donde não têm direito a esse excesso ou só o têm se pagarem por ele, o que significa que o mesmo não integra, à partida, a sua esfera patrimonial.

Prevedo o plano uma edificabilidade média, ela não pode ser ignorada quando as parcelas tenham de ser adquiridas por expropriação: embora esta exigência não resulte de forma expressa do Código das Expropriações (que apenas manda atender ao disposto nos instrumentos de planeamento em vigor), a mesma resulta de uma leitura necessariamente cruzada entre o disposto neste Código e no RJIGT que reconhece a perequação com um elemento indispensável e necessário em todos os escalões dos planos municipais; um elemento que não poderá deixar de ser tido em conta na execução destes instrumentos de planeamento territorial e, por isso, mesmo, nas expropriações que a visem implementar.

Por este motivo, mandando o Código das Expropriações atender aos planos municipais em vigor, e estabelecendo estes edificabilidades médias que correspondem aos direitos que são conferidos pelo plano, a aplicação dos referidos planos para a determinação do valor dos solos implicará necessariamente a consideração, nessa determinação, da edificabilidade média neles prevista.

*Fernanda Paula Oliveira*

Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

*RevCEDÖUA*

**Recensões**



***Environmental Law and  
Consumer Protection***  
***European Journal of Consumer Law/Revue  
Européenne de Droit de la Consommation,***  
***n.11/1, Bruxelas, 2011.***  
**Christophe Verdure (editor)**

Num número especial da revista europeia de Direito do Consumo (*European Journal of Consumer Law/Revue Européenne de Droit de la Consommation*), dedicado ao tema do ambiente, a relação entre o Direito Ambiental e a protecção dos consumidores é o tópico central que, pela sua enorme actualidade, há muito que merecia uma edição monográfica.

A revista é uma publicação bilingue que no seu primeiro número de 2011, intitulado *Environmental Law and Consumer Protection* optou por publicar todos os artigos em inglês, mesmo no caso de autores francófonos.

A obra pretende reflectir as novas aproximações de baixo para cima (“*bottom up*”), à protecção do ambiente, em que as preocupações ambientais são perspectivadas como responsabilidade de todos, em conformidade com o Sexto Programa de Acção da União Europeia em matéria ambiental (Decisão n.º 1600/2002, de 22 de Julho), justamente intitulado “*o nosso futuro, a nossa escolha*”.

O volume organizado por Christophe Verdure, está dividido em três partes:

1. *A relação entre os consumidores e o ambiente*, abordando temas como o consumo sustentável, a relação do direito ambiental com os direitos humanos e o papel activo dos consumidores, através da Convenção de Aarhus.
2. *A protecção dos consumidores pela regulação ambiental*, a partir de casos de estudo em três áreas: nanotecnologias, água e clima.
3. *Regimes de responsabilidade ambiental e protecção do consumidor*, onde às perspectivas civil e criminal acresce um estudo específico sobre poluição gerada em navios.

No primeiro artigo sobre consumo sustentável, Klaus Tonner realça o papel dos consumidores na protecção ambiental.

O documento chave em matéria de consumo sustentável é o capítulo 4 da Agenda 21, que desenvolve novos conceitos de riqueza e prosperidade, com melhor qualidade de vida e menos dependência dos recursos finitos da Terra. Assim é possível distinguir um consumo sustentável mais “mole” (*soft*), orientado para a eficiência, de outro considerado “duro” (*hard*), mais orientado para mudanças no estilo de vida.

Para o efeito, é fundamental a informação, tanto sobre os impactes ambientais do consumo, como sobre o funcionamento de projectos vocacionados para os consumidores, como os sistemas de reciclagem ou de consignação e depósito de embalagens. Cientes dos impactes e das oportunidades, é mais provável que os consumidores façam escolhas mais sustentáveis. Considerando que os preços de mercado não reflectem bem a escassez futura dos recursos naturais, os incentivos através dos preços são também fundamentais. Nas palavras do autor, o mercado é “cego quanto ao futuro”, até porque as próprias gerações futuras não são “actores no mercado”.

A encerrar, Tonner analisa o transporte e o turismo como sectores onde a contribuição dos consumidores para a redução de certas formas de poluição, consumos energéticos e emissões de CO<sub>2</sub> é determinante.

Em seguida, o tema dos direitos fundamentais e a protecção do ambiente no direito europeu e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos é objecto de análise por Nicolas de Sadeleer, num capítulo com três partes principais: a protecção do ambiente nos Tratados e na Carta dos Direitos Fundamentais da União, o direito subjectivo à protecção do ambiente, no direito europeu derivado, e o contributo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem para a protecção ambiental.

Após análise do direito primário e secundário europeu, dando especial destaque aos direitos de acesso à informação e participação, Sadeleer conclui que a União Europeia entrou numa nova etapa de democratização de uma política que originalmente se caracterizava por ter um cunho muito técnico.

Relativamente aos contributos ambientais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Nicolas de Sadeleer chama a atenção para o facto de (apesar da ausência de um direito autónomo à protecção ambiental, e apesar de o Tribunal afirmar não reconhecer um estatuto especial aos “direitos ambientais fundamentais”), existirem já um número significativo de decisões judiciais com relevância ambiental. Essas decisões são baseadas em cinco artigos da Convenção (o artigo 2º, sobre o direito à vida, o artigo 6º sobre o direito a um processo equitativo, o artigo 8º sobre o direito à vida privada, ao domicílio e à informação, o artigo 10º sobre direito à informação e o artigo 11º sobre liberdade de reunião e associação), e ainda um artigo do Protocolo anexo à Convenção (o artigo 1º, sobre direito de propriedade).

Em conclusão, o sistema de protecção instituído pela Convenção é criticado pela sua insuficiência, na medida em que o reconhecimento da violação de um direito humano exige a prova de uma violação grave, ao passo que, para a prova da violação do mesmo direito no contencioso civil ou administrativo, bastaria alegar e provar a ultrapassagem dos valores-limite estabelecidos na lei ou na licença, ou a falta de autorização prévia.

No capítulo seguinte, é Ester Pozo Vera que dedica atenção à Convenção de Aarhus, procedendo a uma exposição sistemática do seu conteúdo, com base nos conhecidos *três pilares* em torno dos quais ela se estrutura: acesso à informação, participação e acesso à justiça.

O carácter inovador da Convenção decorre, antes de mais, do reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente, bem como da consagração da ideia de equidade intergeracional, associado a poderosos mecanismos de controlo, pela sociedade civil, do cumprimento das responsabilidades ambientais impostas.

No primeiro *pilar*, o acesso activo e passivo à informação são pormenorizadamente descritos quanto ao seu conteúdo e condições.

Relativamente ao segundo *pilar*, as diferentes oportunidades de participação e os deveres públicos dela decorrentes, são explanados, tendo em consideração a jurisprudência do Comité de Cumprimento.

Por fim, no acesso à justiça, enquanto terceiro *pilar* da Convenção, Ester Pozo Vera confronta a teoria e a prática dos Estados.

De forma animadora, a autora conclui que Aarhus é um instrumento central na promoção da democracia ambiental, transformando os cidadãos e os consumidores em *jogadores activos* da luta contra a corrupção, nomeadamente ao nível do planeamento urbano e do desenvolvimento industrial.

A emergência das nanotecnologias e a protecção dos consumidores é o tema central do capítulo da autoria de Geert van Calsen, Diana M. Bowman e Joel D'Silva. O primeiro foco dos autores é a indústria cosmética, como um dos principais sectores de aplicação de nanotecnologias, e também um dos que levanta especiais preocupações pela forma de utilização: a aplicação de cosméticos é feita por via tópica, podendo os produtos de embelezamento conter nanopartículas insolúveis ou persistentes, ou nanopartículas biodegradáveis, cujos efeitos sobre a saúde humana ainda são incertos.

Analizam em seguida a produção e colocação no mercado de alimentos na União Europeia, onde a segurança dos alimentos está dependente de uma monitorização e reavaliação permanente em virtude de novas informações científicas.

Mas os avanços das nanotecnologias no que respeita aos usos médicos, são os que envolvem um maior potencial de risco para a saúde. Desde os nanomedicamentos, aos nanossistemas de diagnóstico, passando por nanoterapias, está a nascer um mundo de novos avanços na medicina mas, ao mesmo tempo, um mundo de novos riscos para a saúde e o ambiente.

Na União Europeia, a falta de dados científicos sobre os efeitos das nanotecnologias não justificou uma resposta por via de regulação proibitiva, mas antes a introdução daquilo que os autores chamam “nano ganchos” na legislação.

No capítulo seguinte, Marleen van Rijswijk debruça-se sobre o estatuto dos consumidores na legislação europeia sobre a água. Chamando a atenção para o facto de a água não ser, à luz do direito europeu, “um produto comercial como qualquer outro”, mas antes “um património, que deve ser protegido”, mostra como o estatuto jurídico da água (bem privado, bem público, regime fiscal e de preços, etc.) varia muito de Estado para Estado.

A autora identifica os aspectos substantivos e processuais da protecção dos consumidores, no Direito europeu da água. Como aspectos substanciais, a protecção da qualidade da água, o acesso à água e aos serviços da água, um uso sustentável e equitativo da escassa água potável, protecção contra inundações, protecção dos ecossistemas e um preço justo pelos serviços hídricos. Do lado dos aspectos processuais realça o acesso à informação ambiental relevante, a transparência, a participação na tomada de decisões, a responsabilização (*accountability*) e o acesso à justiça.

Cada um destes aspectos é sistematicamente examinado quanto à sua consagração nas várias directivas europeias relativas à água desde a directiva quadro, à directiva sobre águas de consumo, a directiva sobre tratamento de águas residuais, a directiva sobre abastecimento de água potável, a directiva sobre inundações e a directiva sobre água balnear. No final, três quadros comparativos sintetizam a protecção dos consumidores pelo direito europeu da água, permitindo concluir que, embora os consumidores estejam relativamente bem protegidos nos seus direitos relativos à água, ainda poderiam estar mais.

Os consumidores e o direito do clima é o desafio que levou Javier Cendra Larragán a analisar as emissões relacionadas com o consumo. A principal questão a ser colocada foi a forma como a União Europeia lida com as decisões dos consumidores com impactes sobre o clima. Após a descrição do surgimento da temática das alterações climáticas tanto no direito primário como no direito secundário europeu, Javier Cendra Larragán analisa as medidas adoptadas na União Europeia, consoante sejam medidas orientadas para o lado da oferta ou para o lado da procura. Estas últimas são as medidas que orientam os comportamentos



dos consumidores melhorando a informação sobre o consumo energético dos produtos ou regulando as características energéticas dos próprios produtos. O autor considera que estas medidas não são suficientes para mudar os comportamentos dos consumidores e que faltam medidas que regulem directamente esses comportamentos.

Uma solução para promover o consumo doméstico sustentável, passa por uma grande mudança no panorama regulatório, através da criação de licenças transaccionáveis pessoais.

A concluir, a parte III da obra é dedicada ao estudo da responsabilidade ambiental na União Europeia, começando pelo estudo principal da Directiva sobre responsabilidade ambiental administrativa, na análise de Sandra Cassotta. Segue-se uma perspectiva crítica sobre a Directiva relativa à criminalidade ambiental (analisada por Michael G. Faure) e, por fim, as sanções criminais para a poluição gerada por navios, onde Gwendoline Gonsaeles faz o levantamento dos regimes de Direito Internacional e Europeu, ao nível legislativo e jurisprudencial.

*Maria Alexandra Aragão*

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*RevCEDÖUA*

**Dossier**



# A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos

## 1. Marketing ambiental

Cada vez mais, o marketing ambiental é uma realidade. Muitas estratégias de promoção comercial têm, como objectivo central, chamar a atenção e persuadir os potenciais compradores da bondade ambiental dos produtos.

Seja fruto de uma real consciência ambiental, seja fruto de uma *moda* ou tendência “eco”, o que é certo é que as preocupações ambientais se generalizaram e o “verde”... vende<sup>1</sup>.



Começa a ser habitual o facto de os mais insuspeitos produtos do mercado serem associados a alegadas qualidades ambientais. Desde embalagens a produtos de limpeza amigos do ambiente; desde roupa a alimentos sustentáveis; desde carros a cartões

de crédito que protegem os ecossistemas. Diariamente o consumidor é assediado com novas e *impendíveis* oportunidades de fazer bem ao ambiente... consumindo<sup>2</sup>.

Comprovando a eficácia do tema nas estratégias promocionais, por vezes as alusões ao ambiente nem sequer estão relacionadas com as características do produto, mas tão só com campanhas ou acções voluntárias de protecção ambiental, associadas às vendas do produto.



Vejam-se os exemplos da plantação de árvores associada à impressão de livros, ao engarrafamento de água de nascente, ou a concertos musicais e ainda a campanha “verde, código, verde”, associando a utilização de cartões de crédito ao apoio financeiro a uma organização não governamental de protecção do ambiente.

<sup>1</sup> *El etiquetado ecológico : verde por dentro, vende por fuera*, Garrigues Medio Ambiente, Las Rozas, Madrid, 2003.

<sup>2</sup> A partir da proximidade etimológica entre “consumir” (fazer desaparecer pelo uso, destruir) e “consumar” (no sentido de acabar, terminar, também utilizado para o acto de cometer crimes) Benoit Heilbrunn relembra o sentido profundamente negativo do consumo, na sua acepção original (“La consommation: une image originelle négative”, in: *La société de consommation face aux défis écologiques, Problèmes politiques et sociaux*, La documentation Française, n.º 954, Novembro 2008, p.13).



**Cartão BES/WWF. Contribui para a Natureza.**

Com o cartão BES/WWF não custa nada ajudar a conservar o planeta. 0.5% do valor das suas compras a crédito reverte para a WWF - a organização global de conservação da natureza - sem ter que pagar mais por isso. Adira ao Cartão BES/WWF e passe a palavra. O valor da anuidade é de €35 e reverte inteiramente para os projectos da WWF para a conservação da biodiversidade em Portugal. Se quiser contribuir mais, aceda a [www.panda.org](http://www.panda.org) e saiba como. Seja como for, sempre que comprar, está a ajudar.

[www.bes.pt](http://www.bes.pt) | [www.wwf.pt](http://www.wwf.pt)

© Michel Gauthier / WWF Canon © 1998 e Panda representada e baptizada da WWF. \* World Wide Fund for Nature e Living Planet são marcas registadas da WWF

Questão discutível é saber em cada caso, se os rótulos que divulgam as acções pró-ambientais do fabricante do produto são verdadeiras manifestações de responsabilidade social e ambiental das empresas, se serão meros “casamentos de conveniência” para permitir acções de marketing através

do ambiente, ou se não serão antes casos de publicidade fraudulenta.

Por isso, não só por razões de veracidade da publicidade<sup>3</sup> como por razões de educação ambiental<sup>4</sup> e dos consumidores<sup>5</sup>, impõe-se que a associação de produtos ao ambiente e à natureza seja disciplinada e regulamentada para evitar abusos geradores de fraudes comerciais e, no mínimo, de desinformação dos consumidores.

Acresce que a nova lei dos resíduos<sup>6</sup> anuncia a “promoção de rótulos ecológicos credíveis”, como exemplo de medidas de prevenção de resíduos com incidência na fase de consumo e utilização.

Propomo-nos, portanto, analisar a “credibilidade” dos rótulos ecológicos, tratando apenas dos rótulos que consistem em *auto-proclamações* e deixando de lado os rótulos *oficiais*, ou rótulos ecológicos em sentido estrito. Estes são sistemas de certificação ambiental criados por lei, e que atestam a bondade ambiental de certos produtos cujos impactes negativos são comprovadamente inferiores a outros da mesma categoria. Os critérios objectivos de sua atribuição estão detalhadamente definidos na lei e uma das condições de utilização é o pagamento de taxas e reavaliações periódicas.

<sup>3</sup> Veja-se o Artigo 10.º do Código da Publicidade, sobre o princípio da veracidade “1 - A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos. 2 - As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”.

<sup>4</sup> Artigo 66º h) da Constituição: “Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente.”

<sup>5</sup> Artigo 6º da lei de defesa do consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada em 1998 e 2003), sobre direito à formação e à educação:

“1 - Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 - Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;  
 b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;  
 c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;  
 d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 - Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 - Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.

<sup>6</sup> Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de Junho, anexo V. 3.

Exemplos de rótulos *oficiais* “nacionais” são o “anjo azul” alemão, ou o “cisne” nórdico.



Ao nível europeu, o rótulo ecológico *oficial*<sup>7</sup> surgiu pela primeira vez em 1992, e a sua utilização ainda depende do preenchimento de um conjunto de requisitos comprovativos da inocuidade ambiental relativa do produto em causa. Após a celebração de um contrato-tipo entre o requerente e o organismo competente a nível nacional, onde se incluem as condições de utilização do rótulo, disposições sobre a revogação da licença de utilização do rótulo, e pagamento das taxas respectivas, o produtor ganha o direito de utilizar o símbolo da “flor europeia”. O rótulo ecológico europeu aplica-se actualmente a uma enorme variedade de produtos, como tintas, tecidos, papel, máquinas de lavar, computadores portáteis, detergentes, lâmpadas, colchões, sapatos e até serviços de alojamento turístico.



Ao nível internacional, é a norma ISO 14024 que estabelece os princípios e procedimentos sobre rotulagem ambiental.

Não trataremos igualmente de alguns rótulos que não se destinam directamente aos consumidores, mas antes a utilizadores profissionais. É o caso dos rótulos que distinguem os diferentes tipos de plásticos, utilizados

comumente nas embalagens para facilitar o trabalho de triagem aos recicladores.

Existem ainda rótulos que só têm utilidade para os consumidores nos países em que estejam instituídos sistemas de recolha selectiva mais sofisticados, que já permitem uma triagem doméstica maior dos resíduos, como por exemplo, a de embalagens metálicas, no momento da deposição selectiva. Vejam-se os símbolos que identificam o alumínio, os metais ferrosos ou o aço.



## 2. Rótulos ecológicos credíveis

De facto, os rótulos, pela facilidade com que transmitem uma mensagem concreta, têm um elevado potencial de influência nos comportamentos dos consumidores, quer seja no acto de compra, quer seja no momento da eliminação como resíduo. Essa é a razão pela qual defendemos a necessidade urgente de regulamentação, sobretudo dos rótulos ideográficos. Quando a mensagem

• Mouse pad consists of 95% post-consumer recycled SBR tire rubber backing  
 • Packaging card consists of 100% post-consumer recycled material.  
 • Packaging card printed with soy-based ink  
 • Please recycle



ambiental é transmitida através de simples desenhos estilizados, pequenos símbolos gravados no produto ou na sua embalagem que, de forma subtil mas com extrema eficácia, transmitem ao consumidor informações com relevância ambiental, como qualidades ou riscos associados ao produto, formas de utilização ou de eliminação como resíduo.

<sup>7</sup> Criado pelo Regulamento 1980/2000, e pelas Decisões 2000/728 e 2000/729.

E não há dúvida de que o impacto de um rótulo em texto é muito mais reduzido do que um rótulo gráfico, sempre mais apelativo, embora não tão explicativo.

Daí a importância de promover rótulos icónicos que, mais do que **credíveis**, sejam compreensíveis, verídicos, (objectivos e relevantes) e comparáveis. Como veremos, a **credibilidade** preconizada pela lei dos resíduos, decorrerá de uma clarificação das condições de utilização dos rótulos bem como de um controlo mais rigorosos do respeito das condições de utilização estabelecidas.

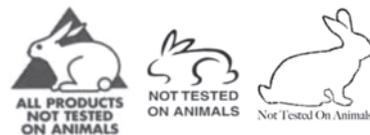
### 2.1. Compreensibilidade dos rótulos

Uma primeira e importante característica dos rótulos ideográficos é serem **compreensíveis**. Com efeito, o significado do rótulo deve ser imediatamente perceptível para o consumidor, dispensando informação adicional. O ideal seria que a informação veiculada pelo rótulo fosse auto-suficiente, sem carecer de quaisquer explicações complementares, embora informação mais detalhada deva sempre estar disponível se o consumidor o pretender.



Por isso, a impressão em verde, do símbolo de deposição selectiva de embalagens quando estas devem ser colocadas nos ecopontos azuis (ou papelões), pode induzir os consumidores em erro quanto ao local correcto de deposição, já que os ecopontos verdes são destinados ao vidro (vidrões). Todavia, não podemos deixar de ter em consideração o enorme acréscimo de custos de impressão que representa a inclusão de mais uma cor numa embalagem monocromática. Deste modo, a solução mais razoável para transmitir, sem erros, a mensagem ao consumidor, parece ser a colocação do texto complementar “ecoponto azul” junto ao símbolo.

Por outro lado, a utilização de variantes de um mesmo símbolo não deve ser proibida desde que as diferenças não impeçam a identificação nem a compreensão do significado. O rótulo “ponha o lixo no lixo” e “não testado em animais” mostram como apesar das variações, o rótulo continua identificável.

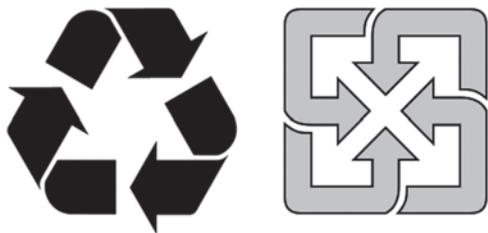


Já no caso dos rótulos de “agricultura biológica”, na ausência de um rótulo único, consensual e bem conhecido pelos consumidores, a não uniformidade só pode ser suplantada pela aposição de legenda.



Conclui-se, deste modo, que a uniformidade é também um aspecto que contribui para a compreensibilidade. Existindo símbolos já bem implantados e amplamente reconhecidos pelo mercado, como é o caso do símbolo de material reciclado, não convém que a criação de novos símbolos, ainda que igualmente eficientes na transmissão da mensagem,

possa criar “ruído” e suscitar dúvidas quanto ao conteúdo de cada um. É, por isso, preferível a utilização do símbolo das três setas (a chamada “fita de Möbius”) para significar “reciclado”, do que o símbolo das quatro setas convergentes (sobre fundo branco) e quatro divergentes (sobre fundo escuro), graficamente interessante, mas pouco utilizado.



## 2.2. Veracidade dos rótulos

Fundamental é igualmente que os rótulos sejam **verídicos**.

O Código da Publicidade já consagra o princípio da veracidade, em geral, para todas as comunicações de cariz publicitário<sup>8</sup>. Quando falamos em veracidade relativamente à rotulagem ecológica não estamos a considerar apenas os rótulos obviamente falsos, aos quais se aplica o regime sancionatório da publicidade enganosa<sup>9</sup>, mas sobretudo os rótulos que, pela subjectividade que comportam ou pelo contexto duvidoso da sua utilização<sup>10</sup>, sejam susceptíveis de induzir o consumidor em erro. Com efeito, por vezes os rótulos transmitem mensagens altamente subjectivas, difíceis de comprovar, incutindo no consumidor uma ideia de compatibilidade ambiental do produto que não corresponde à realidade. Noutros casos, por generalização, o consumidor é levado a supor que o produto

apresenta certas características que se aplicam apenas a uma pequena parte. Assim, a veracidade de um rótulo comprova-se, em primeiro lugar, pelo **carácter objectivo** e mensurável dos critérios de utilização (susceptibilidade de confirmação das alegações ambientais através de auditorias, relatórios de monitorização, prestação periódica de informações, inspecções, etc.); e, em segundo lugar, pela sua **pertinência** no contexto em que é invocada.

### 2.2.1. Objectividade dos rótulos

Um requisito fundamental, se quisermos fomentar a credibilidade dos rótulos, é que sejam **objectivos**. Algumas das menções ambientais veiculadas pelos rótulos, embora não sejam totalmente falsas, são tão vagas e subjectivas que fazem o produto parecer muito melhor do que realmente é.

Estamos a pensar, por exemplo, nos rótulos que, sem mais explicação, dizem que o produto é “amigo do ambiente” ou expressão similar.



Ou seja, uma forma de garantir a veracidade do rótulo está relacionada com o grau de detalhe da informação transmitida ao consumidor através dele. Porém, um rótulo iconográfico é dificilmente compatível com grandes pormenores.

<sup>8</sup> Artigo 10.º, sob a epígrafe princípio da veracidade: “1 - A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos. 2 - As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes” (DL n.º 330/90, de 23 de Outubro, alterado 13 vezes, sendo a última em 2011).

<sup>9</sup> Artigo 11º e 34º, n.º1, do Código da Publicidade e 7º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, sobre práticas comerciais desleais.

<sup>10</sup> A lei das práticas comerciais desleais refere informações que “mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor” por exemplo quanto às “características principais do bem ou serviço” (artigo 7º, n.º1 b).

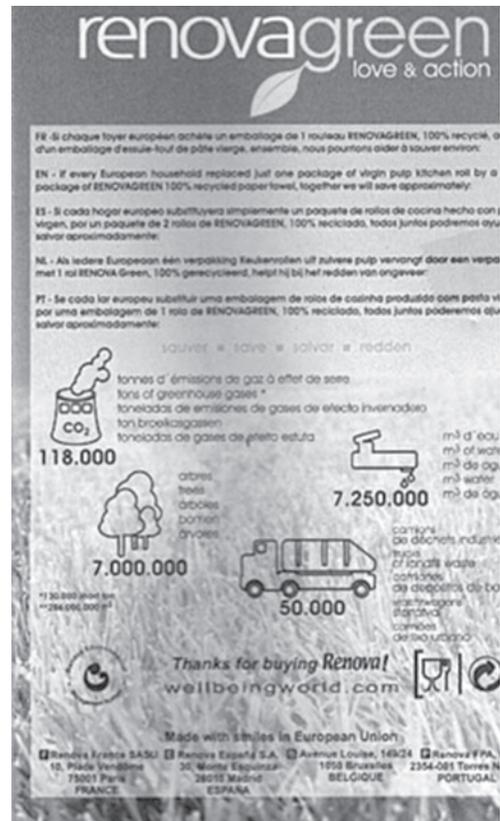
Por exemplo, o rótulo “dolphin safe tuna”, ou “atum seguro para os golfinhos”, não significa que comprovadamente não tenham ocorrido quaisquer capturas acidentais de golfinhos durante a pesca do atum, mas apenas que foram utilizadas tecnologias que minimizam as capturas acidentais. Por exemplo, as técnicas de pesca selectiva com “linha de mão”, com “verdasca” ou de “salto e vara”, são artes admitidas; já a pesca indiscriminada, com “redes de deriva” ou “redes de cerco”, não.



De igual forma, um produto destinado a ser pulverizado pode até não conter cloro-fluorcarbono (CFC) mas conter outros gases propulsores, com menor efeito de estufa, é certo, mas ainda assim nocivos para a camada do ozono. Logo, o rótulo “Sem CFC. Não destrói o ozono” pode ser um rótulo não verídico e fraudulento.

Ou seja, a transmissão da informação de forma minimalista, através de pequenos símbolos pictóricos, tem como finalidade reforçar a eficácia da informação, tornando-a mais facilmente perceptível pelo consumidor. Pelo contrário, informação transmitida através de texto escrito, com grande grau de pormenor, consegue ser mais objectiva mas será, certamente, menos útil, já que tem maior dificuldade em chegar ao consumidor.

Por isso temos dúvidas quanto à utilidade de informação com um nível muito elevado de pormenor, como a descrição do processo de fabrico de papel reciclado. Por um lado, porque sendo demasiado detalhada, não é apreendida pelo consumidor normal, mas apenas por consumidores ambientalmente muito atentos ou conscientes. Por outro lado, porque, não sendo adoptada por outras marcas, não é comparável.



Todavia, a objectividade e a eficácia dos rótulos não são objectivos contraditórios. Mantendo a simplicidade do símbolo, não é necessário que a informação adicional em texto seja impressa junto ao elemento gráfico. Basta que esteja disponível e seja acessível de forma fácil aos consumidores, nomeadamente através de folhetos explicativos disponíveis no local de compra, ou de acesso remoto a portais electrónicos em linha. Neste caso, um aspecto a ter em conta é a facilidade de leitura em função do tamanho da letra ou do tipo de material em que é inscrita.

Eis alguns exemplos de rótulos aos quais foi acrescentada uma legenda, por receio de que não fossem suficientemente explicativos.





### 2.2.2. Pertinência dos rótulos

Outra forma de violar a veracidade consiste em invocar qualidades ambientais num contexto amplo, induzindo mais uma vez o consumidor em erro, quanto aos méritos ambientais do produto. Estamos agora a pensar, por exemplo, em rótulos contendo o símbolo de reciclagem quando se referem apenas a uma parte do produto, ou apenas à embalagem, mas sem o dizer expressamente. Ou ainda a utilização do mesmo símbolo quando o produto incorpora apenas uma percentagem muitíssimo reduzida de material reciclado, como seja “etiqueta em papel reciclado” referindo-se ao rótulo de papel de uma garrafa de plástico.



Pior ainda é a utilização abusiva de rótulos, como acontece quando o bem conhecido rótulo utilizado para marcar os materiais reci-

clados é aplicado em produtos fabricados a partir de matérias-primas virgens, apenas porque são... recicláveis. Atente-se nos rótulos de “PET reciclável”, “garrafa reciclável”, “bambu reciclável” ou “aço reciclável e ecológico”.



Em todos estes casos, trata-se de rótulos perfeitamente inúteis, já que não acrescentam nenhuma informação útil e apenas induzem o consumidor em erro quanto à bondade ambiental do produto.

Diferente é o caso do rótulo de “compostável”, pois informa e alerta o consumidor para a adequação do produto a um tipo específico de valorização que não era um destino óbvio em função do resíduo em causa: a compostagem de sacos de papel.



Ora, sempre que o mesmo símbolo é utilizado, indiferentemente, para significar ou que “foi reciclado” ou que “pode ser reciclado” está a contribuir para a intensificação





análise<sup>13</sup>, a finalidade do rótulo, distinguindo rótulos informativos pré ou pós-consumo; rótulos educativos e rótulos publicitários.

Aquilo que vamos ver é que, de uma forma ou de outra, todos os rótulos são indutores de comportamentos. Uns, reforçando uma obrigação legal pré-existente ou sugerindo boas práticas ambientais; outros, orientando a procura para consumos mais eco-compatíveis; outros ainda funcionando como chamariz ou estratégia de marketing.

#### 4. Rótulos informativos com efeitos pós-consumo

Alguns rótulos, constantes do produto ou da embalagem, visam dar informações sobre comportamentos legalmente obrigatórios, relativamente à utilização do produto ou à sua eliminação no final da sua vida útil.

A estes chamamos, dentro dos rótulos informativos, rótulos memorativos, que são aqueles que se limitam a recordar ao consumidor os seus deveres legais.

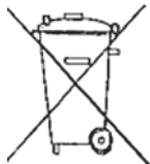
É o caso do símbolo alusivo ao dever de depor os resíduos em local adequado evitando poluição de locais públicos. Este rótulo, vulgarmente designado por “tidyman”, surgiu nos Estados Unidos da América em meados do século passado. No contexto europeu, com a evolução do direito ambiental e a sofisticação alcançada pelo direito dos resíduos, temos dúvidas sobre se este dever cívico tão *básico*, como *não deitar lixo no chão*, consagrado em todos os regulamentos municipais de higiene e salubridade, ainda necessita de ser lembrado.

Na legislação dos resíduos, a lei das pilhas e acumuladores é um exemplo de uma norma que impõe aos consumidores um dever de deposição selectiva: depois de gastas, as pilhas devem ser descartadas nos locais próprios para recolha, denominados “pilhões”, de forma a poderem ser encaminhadas para centros de tratamento adequado, evitando a contaminação dos solos e das águas com os perigosos metais pesados (mercúrio, cádmio, chumbo, níquel, etc.) de que são compostas.

É diferente quando o símbolo é apostado no próprio produto, que funciona a pilhas, desde que estas não possam ser removidas. Neste caso, a finalidade do rótulo, mais do que lembrar um dever, é verdadeiramente informar que aquele objecto deve ser depositado selectivamente, no sistema de recolha de resíduos eléctricos e electrónicos pois, apesar de já não mexer, não dar luz, nem emitir som, ele ainda contém, no seu interior, resíduos perigosos.

Na lei da embalagem, que é também uma lei visando a prevenção e correcta deposição de resíduos, o símbolo do “ponto verde”, é originalmente um rótulo meramente comprovativo da pertença ao sistema de gestão integrada de resíduos de embalagem. No entanto, o mesmo símbolo é frequentemente visto pelos consumidores como um indicador de que a embalagem deve ser eliminada através de sistemas de deposição selectiva (embalões).

Na realidade, existe outro símbolo para indicar o dever de deposição selectiva e que torna mais explícito o conteúdo da obrigação, esclarecendo se o local de deposição é um embalão, um vidro ou um papelão.



<sup>13</sup> Erich Vranes faz uma “taxonomia” dos sistemas de rotulagem conforme sejam voluntários ou obrigatórios, privados ou orientados pelo Estado, relacionados com as características dos produtos ou com os métodos de processamento ou produção (*Climate Labelling and the WTO The 2010 EU Ecolabelling Programme as a Test Case under WTO Law*, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1567432](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1567432) desde Março de 2010).

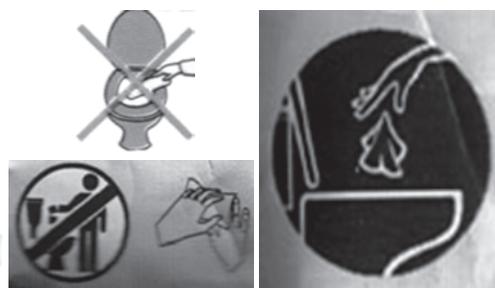
Trata-se novamente do “tidy man” mas agora em frente a um local de recolha selectiva (ecoponto) e não a uma papelreira.

Embora seja pouco utilizado, o símbolo ilustrativo do regime de retorno da embalagem e a legenda: “tara retornável” surgem por vezes nas embalagens submetidas ao sistema de gestão de embalagens por consignação.



Cada vez mais frequentes, encontram-se ainda os rótulos destinados a poupar espaço de armazenagem ou mesmo deposição definitiva de resíduos que, com mais ou menos detalhe, apela a que se “comprima a embalagem vazia”.

Por fim, temos os rótulos sobre eliminação de têxteis higiénicos através do sistema de recolha de resíduos sólidos domésticos e não do colector de águas residuais domésticas.



Analisando todos os rótulos anteriores, verificamos que eles não pretendem levar os consumidores a adquirir os produtos em que são colocados. Aliás, podem até ter o efeito contrário, já que, ao adquirir o produto, o consumidor está igualmente a assumir o encargo de eliminar adequadamente o respectivo resíduo, o que, no mínimo, o faz perder tempo.

Mas, indirectamente, mesmo estes rótulos podem acabar por orientar a procura, já que um consumidor responsável podendo, por exemplo, adquirir o mesmo produto com ou sem embalagem, pensará duas vezes, ponderando, por um lado, a facilidade de transporte e acondicionamento do produto embalado e, por outro lado, o conforto de não ser obrigado a deslocar-se até um embalão.

### 5. Rótulos informativos com efeitos pré-consumo

Estes são rótulos que pretendem apresentar, com alguma objectividade, os aspectos ambientalmente positivos do produto, tornando-os mais apelativos para os consumidores, de forma a fomentar a “pré-ciclagem” ou re-orientação da procura para produtos com menores impactes ambientais.

Estes rótulos não visam directamente aumentar o consumo, mas também não têm como fim evitar o consumo.



Temos, como exemplo, os já referidos rótulos indicativos da reciclagem (percentagem de fibra reciclada), da redução do material de embalagem (garrafa mais fina, menos plástico) ou a eliminação de substâncias perigosas (sem gás propulsor)

Alguns rótulos não informam directamente sobre as características do produto, mas antes sobre os processos de extracção, de produção, ou de comercialização. A bondade ambiental do produto decorrerá agora, indirectamente, de ele ter sido produzido de forma mais sustentável, respeitando boas práticas ambientais.

Alguns exemplos são: o símbolo de “não testado em animais” para produtos cosméticos e de higiene, a imagem ilustrativa de “engarrafado junto ao local de captação”

para águas minerais, ou do símbolo de “seguro para os golfinhos” (“dolphin safe”) para o atum em lata.



Interessante é o facto de o fim último de certos rótulos ser mesmo a promoção do consumo e o aumento das vendas do produto, ainda que por razões ambientais! Embora aparentemente paradoxal, esta é a ideia subjacente à comercialização dos sabonetes de leite fresco de burra de raça Mirandesa. De facto, desde que a função dos burros como animais úteis para a lavoura ou para o transporte, se extinguiu com a mecanização dos trabalhos agrícolas, defende-se que só o surgimento de outras funções, sejam lúdicas, educativas ou produtivas, poderá assegurar a sustentabilidade económica da preservação desta espécie doméstica biologicamente ameaçada, apesar do seu grande enraizamento cultural.

## 6. Rótulos educativos

A educação sobre matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores é um dos direitos dos consumidores, segundo a constituição<sup>14</sup> e a lei de defesa do consumidor<sup>15</sup>. Mas, conhecendo os impactes ambientais do consumo desenfreado, a educação para o consumo não pode deixar de ser, actualmente, uma educação para um consumo ambientalmente responsável<sup>16</sup>. De resto, a educação ambiental é igualmente um direito dos cidadãos e um dever constitucional do Estado.

Ora, acontece que alguns dos rótulos cumprem funções de *educação ambiental* na medida em que procuram levar os consumidores a adoptar comportamentos que, apesar

<sup>14</sup> Artigo 60.º n.º 1. Da Constituição: “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

<sup>15</sup> É o artigo 6º, sobre Direito à formação e à educação:

“1 - Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2 - Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de: a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;

b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;

d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3 - Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor”.

4 - Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.” (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16/12, pela Lei n.º 24/96, de 31/07, pela Lei n.º 85/98, de 16/12, e pelo DL n.º 67/2003, de 08/04).

<sup>16</sup> Há muito que Pinto Monteiro frisa a importância de “sensibilizar o consumidor” para “optar pela solução ‘mais amiga do ambiente’” (“O papel dos consumidores na política ambiental”, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º72, 1996, pág. 387.



de não ser legalmente obrigatório, são os mais adequados em termos ambientais. Por isso, consideramos que os “rótulos educativos” desempenham uma função tão importante como a dos “rótulos impositivos”. A longo prazo, se forem tidos em consideração e conseguirem passar a mensagem que pretendem transmitir, os “rótulos educativos” podem também chegar a operar grandes transformações sociais<sup>17</sup> e melhorias na qualidade ambiental.

A este propósito, é sugestivo o rótulo “use papel reciclado funciona perfeitamente”, lutando contra um preconceito bastante difundido relativamente à utilização de papel reciclado em fotocopiadoras.



Mais completo quanto às opções de valorização, o rótulo “reuse, reduce, recycle”, apela a uma utilização duradoura do material plástico insuflado destinado a enchimento de encomendas postais.

Interessante e potencialmente muito eficaz é também o rótulo desenvolvido no âmbito da campanha de sensibilização para o consumo de água da torneira, promovida pela Câmara de Lousada e Águas do Douro e Paiva.

### 7. Rótulos publicitários

Quando o rótulo transmite informação, sobre alegadas qualidades ambientais dos produtos, mas também outro tipo de afirmações subjectivas e não verificáveis, essencialmente com o propósito de os tornar mais apelativos para o consumidor, consideramos que se trata de um rótulo publicitário.

<sup>17</sup> Este efeito é analisado por Sara Balonas na obra *Publicidade sem código de barras. Contributos pra o conhecimento da publicidade a favor de causas sociais em Portugal*, Edições húmus 2011.

Preenchendo uma função principalmente publicitária, menções vagas como “amigo do ambiente”, “protege o ambiente”, “verde”, “bio” ou “ecológico” são contestáveis e não se enquadram naquilo a que a nova lei dos resíduos chama “rótulos ecológicos credíveis”.



Mais vagas ainda são as alegações de “sustentabilidade”, como por exemplo, “pescado em zonas de pesca sustentável”, quando, para decidir da sustentabilidade da pesca, não relevam apenas os locais, mas também os métodos, os períodos do ano, as quantidades e, sobretudo, as espécies capturadas.



## 8. Conclusão

A proliferação de sinalética mais ou menos enigmática, que não corresponde a quaisquer benefícios ambientais, banaliza a rotulagem e serve apenas como indutora do consumo, levando os consumidores, em última instância, a consumir mais. Ora, a última coisa que se pretende é que a rotulagem ecológica fomente ainda mais o hiper-consumo insustentável<sup>18</sup>, na crença, errada, de estar a agir como um consumidor ecologicamente responsável.

Com a aprovação do Código da Publicidade, vieram disciplinar-se as práticas de promoção comercial, harmonizando assim a legislação nacional à luz das directivas europeias. Desde então, a temática ambiental está presente no Código da Publicidade: é proibida a publicidade que “encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente” (princípio da licitude, no artigo 7.º, alínea g)) e é também proibida a publicidade a veículos automóveis que “contenha situações ou sugestões de utilização do veículo perturbadoras do meio ambiente” (artigo 22.º-A, n.º1 b), sobre restrições ao objecto da publicidade).

Outra novidade foi a introdução de novas “restrições ao conteúdo da publicidade”, das quais se destaca a proibição de utilização abusiva da imagem infantil, associada a produtos não directamente relacionados com crianças. A forma de publicidade fácil, consistindo em apelar aos mais nobres afectos humanos, para estimular a adesão a um qualquer produto, deixou de ser uma estratégia comercial lícita.

Ora a associação abusiva de produtos ao ambiente assumiu proporções tais, que exige um posicionamento claro do legislador. Analogamente, impõe-se agora um novo alargamento das “restrições ao conteúdo da publicidade”. Tal como “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado”<sup>19</sup>, também o ambiente só deveria ser invocado como tema central das mensagens publicitárias, quando o produto tivesse uma relação directa com a melhoria da qualidade ambiental.

Sabemos que, cada vez mais, os consumidores fazem as suas opções de compra em função de diferentes factores<sup>20</sup> e que já não é o preço do produto que condiciona essencialmente a sua escolha. Mais, para um número crescente de consumidores, há fundamentos éticos para a escolha de um ou outro produto. Ora se uma empresa investe na melhoria das características e do comportamento ambiental dos seus produtos, deve poder *passar* essa informação ao consumidor, como forma de ganhar vantagem no mercado. Assim, a regulamentação legal à admissão de rótulos ecológicos não deve inibir uma saudável concorrência, promotora de produtos melhores e mais ecológicos, nem actuar como contraestímulo ao funcionamento do mercado, na selecção dos melhores produtos do ponto de vista ambiental.

<sup>18</sup> As Nações Unidas como a OCDE têm vindo a desenvolver o conceito de consumo sustentável. “Planning for change. Guidelines for National Programmes on Sustainable Consumption and Production”, UNEP, 2008, disponível em [http://www.unep.org/pdf/UNEP\\_Planning\\_for\\_change\\_2008.pdf](http://www.unep.org/pdf/UNEP_Planning_for_change_2008.pdf). A Agenda XXI Local destaca também a importância da informação do consumidor através do mercado: “Sem o estímulo dos preços e de indicações do mercado que deixem claro para produtores e consumidores os custos ambientais do consumo de energia, de matérias-primas e de recursos naturais, bem como da geração de resíduos, parece improvável que, num futuro próximo, ocorram mudanças significativas nos padrões de consumo e produção” (ponto 4. 24).

<sup>19</sup> Artigo 14.º do Código da Publicidade.

<sup>20</sup> Franc Delpal e Georges Hatchuel descrevem e analisam o aumento acentuado das escolhas com justificação ética em França desde o início do século XXI. Sobretudo nas camadas mais jovens, com habilitações superiores e maior poder de compra, o “consumo comprometido” pode levar a duas atitudes diferentes: a escolha deliberada de um produto ou o boicote, ou seja, a recusa expressa de um produto. Entre os motivos de “cidadania aquisitiva” encontra-se, naturalmente, a protecção do ambiente, a par da prevenção do trabalho infantil, da protecção produção nacional, da prevenção do sofrimento animal, do auxílio ao terceiro mundo, ou do apoio à investigação médica («La hausse des choix à justification éthique», in: *La société de consommation face aux défis écologiques, Problèmes politiques et sociaux*, La documentation Française, n.º954, Novembro 2008, pág. 51).



Fruto da convergência do direito do ambiente e do direito do consumidor, o consumo sustentável<sup>21</sup> depende da criação de um ambiente educativo e informativo que permita aos consumidores tomar as decisões de consumo mais correctas<sup>22</sup>. E aí, os rótulos “credíveis” têm um papel importante a desempenhar.

Esta é a nova abordagem *bottom up* da protecção ambiental. Já não são apenas as empresas. Já não é apenas o Estado. Somos todos nós que temos a nossa quota-parte de responsabilidade na preservação do Planeta. É verdade que é enquanto **cidadãos** conscientes da gravidade dos riscos que devemos assumir as nossas responsabilidades ambientais; mas é enquanto **consumidores** que mais eficazmente podemos contribuir activa e eficazmente para travar a deterioração ambiental galopante de recursos naturais, dos ecossistemas, das espécies e dos *habitats*... **Alguns** podem envolver-se em campanhas de limpeza das praias e dos montes, fazer compostagem de resíduos domésticos no quintal, ajudar a recuperar animais feridos ou fazer doações para salvar uma espécie em perigo. Mas **todos** devemos consumir menos e consumir melhor. Ou seja: enquanto **cidadãos** podemos e devemos participar, denunciar e colaborar. Mas enquanto **consumidores** devemos abrandar o consumo e seleccionar activamente as compras com menores impactes ambientais, no nosso próprio interesse. Está nas nossas mãos aceitar a fatalidade do vórtice consumista e persistir na sofreguidão do consumo desenfreado como fim em si mesmo, ou parar para reflectir, consumir sustentável e inteligentemente... e ganhar **tempo, espaço e qualidade de vida**.

Alexandra Aragão

Professora da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

<sup>21</sup> Analisando o tema de uma perspectiva internacional, europeia e nacional, Klaus Tonner sistematiza as tentativas legais de integrar os direitos do ambiente e do consumo (“Sustainable consumption, consumer policy and the law”, in: *European Journal of Consumer Law*, nº1 2011, pág. 9 e ss.

<sup>22</sup> A OCDE caracteriza o enquadramento político necessário em *Towards Sustainable Household Consumption? Trends and Policies in OECD Countries*, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/28/49/1938984.pdf>.

*RevCEDÖUA*

**Abstracts**



### ***Coastline and seaports: legal organization and management***

The authors of this article intend to provide an overview of the organisational aspects and the main legal instruments for the management of seaports. With regard to administrative organization, they undertake an analysis of its principal coordinates, based on Central Government and its Indirect Administration, whether of institutionalised (*Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos*, I.P.) or corporate (Port Authorities, p.l.c.) nature. In terms of legal methods and modes of management, the authors outline the characterization and qualification of the main legal figures called upon to that effect, namely the concessional figure in the various modalities that it can take. In this context, they also take into account the (new) data provided by the Draft Law of Ports.

**Keywords:** Seaports; organisational aspects; legal instruments for management; concession; public procurement law; importance of environmental questions.

*Licínio Lopes Martins and Bernardo Azevedo*  
Assistant Professors at the Faculty of Law of the University of Coimbra

### ***The new territorial regional plans***

The text reflects some procedural aspects relating to the preparation of the new territorial regional plans, addressing its positive and negative features. It will try to identify some regulatory needs, methodological developments and also the necessity to improve the capacity of local agents. Some proposals for the revision or amendment of spatial planning and urbanism will be presented in order to contribute to the improvement of the legal framework.

**Keywords:** Territorial planning system; regional planning; coordination; public participation; information and communication technologies; negotiated planning.

*Ana Margarida Cunha Ribeiro*  
Lawyer at Oeiras Municipality

### ***The legal system for the protection of natural areas for permanent preservation***

This article focuses on natural areas for permanent preservation around artificial lakes originated after dam construction in Brazil.

The use of such areas for farming activities has proved to be harmful for the ecological equilibrium, which lead to the intervention of the Brazilian Public Prosecutor promoting a

higher level of protection. As a reaction, some legal initiatives reduced the legal protection disregarding the Union's sphere of federal competence. The civil public action should thus be used as a tool for giving efficacy to the fundamental right to nature conservation, even discussing the unconstitutionality of the new laws.

**Keywords:** Nature conservation; permanent protection areas; biodiversity; habitats; forests; deforestation.

*Fábio Guedes de Paula Machado*  
Public prosecutor at Minas Gerais State

### ***Liability for environmental damages in the 21<sup>st</sup> century***

The technological capacity to use natural resources is strictly connected with the carrying capacity of the Planet. The object of this work is to throw some light on the way how Law, Politics and Economy can work together to avoid or reduce the environmental damages. For this purpose the natural heritage protection is analyzed in a historical perspective and a new classification of the environmental damages based on its causes and extension is proposed. After that, a priority to administrative and civil liability over the criminal liability is defended.

This article is also the refusal of both ecocentric and anthropocentric fundamentalism. From this point of view, Portuguese and Brazilian environmental laws are analyzed showing the need to conciliate risk assessment, damage reduction and environmental safety.

**Keywords:** Environmental damage; environmental goods; environmental liability; environmental restoration;

*Aguinaldo Alemar*  
Professor at the Federal University of Uberlândia

### ***Environmental agreements: a portuguese and brasilian perspective***

In this article we analyze environmental agreements in Portugal and Brazil. Considering the weaknesses of the command and control model and its instruments, we conclude that it's mandatory to look for new ways to render the legal program more effective.

It's necessary to find new schemes in accordance with the key concepts of the new public law: flexibility, efficiency, publicity, accountability and innovation. This is the context in which the environmental agreements emerge.

**Keywords:** Environmental agreements; voluntary environmental agreements; environmental adaptation contracts; behavioural adaptation compromise; administrative sanctions for damage to the environment; criminal sanctions.

*Roberta Corrêa Vaz de Mello*  
Master in Administrative Law by the Faculty of Law of the University of Coimbra

Últimas Aquisições  
**Bibliográficas**



**ANDRADE, Margarida Costa**

A propriedade fiduciária / Margarida Costa Andrade.

In: Seminário luso-brasileiro de direito registral, 2, Coimbra, 2006. II Seminário lusobrasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ISBN 978-972-32-1737-7. p. 55-84.

**BARONE, Antonio**

Il diritto del rischio / Antonio Barone. - 2<sup>a</sup> ed. - Milano: Giuffrè Editore, 2006. - X, 293 p.; 24 cm. - (Diritto degli enti locali e delle regioni. Quaderni; 2). - Bibliografia: p. 253-293.

ISBN 8814125538

**BESONDERES VERWALTUNGSRECHT**

Besonderes Verwaltungsrecht / hrsg. Eberhard Schmidt-Aßmann, Friedrich Schoch; aut. Rüdiger Breuer... [et al.]. - 14., neu bearb. Aufl. - Berlin: De Gruyter Recht, 2008. - LIII, 962 p. + CD-Rom. - (De Gruyter Lehrbuch).

ISBN 9783899494952

**BESONDERES VERWALTUNGSRECHT**

Besonderes Verwaltungsrecht / hrsg. S. Bachmann... [et al.]. - 8., aktual. Aufl. - Wien; New York : Springer Verlag, 2010. - xxxi, 608 p. - (Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft).

ISBN 9783709103401

**BIOCOMBUSTÍVEIS**

Biocombustíveis: fonte de energia sustentável?: considerações jurídicas, técnicas e éticas / org. Heline Sivini Ferreira, José Rubens Morato Leite; colab. Adriana Santos e Silva. - São Paulo: Editora Saraiva, 2010. - 313 p.

ISBN 9788502092617

**CLIMATE CHANGE AND DISPLACEMENT**

Climate change and displacement: multidisciplinary perspectives / ed. Jane McAdam. - Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010. - XVI, 258 p.

ISBN 9781849460385

**COMENTÁRIOS À LEI DE CRIMES AMBIENTAIS**

Comentários à lei de crimes ambientais: Lei nº 9.605/1998 / coord. Alamiro Velludo Salvador Netto, Luciano Anderson de Souza. - São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. - 384 p.; 23 cm.

ISBN 8576743604

**COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral do Ambiente**

Best LIFE Nature Projects 2009 / European Commission. Directorate-General for the Environment; [autores] João Pedro Silva... [et al.]. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. - 41 p. - (LIFE focus, ISSN 1725-5619).

ISBN 9789279168260

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral do Ambiente, Water is for life: how the Water Framework Directive helps safeguard Europe's resources / Directorate-General for the Environment. - Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2010. - 25 p.**

ISBN 9789279135385

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente**

A esperança dos Kayakos / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente ; texto, Benoît Coppée ; ilust. Nicolas Viot; realização técnica, European Service Network. - Luxemburgo : Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. - 20 p.

<http://dx.doi.org/10.2779/89383>

ISBN 9789279143168

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente**

LIFE and local authorities: helping regions and municipalities tackle environmental challenges / European Commission. Directorate-General for the Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. - 57 p.– (LIFE focus, 1725-5619). - <http://dx.doi.org/10.2779/98101>

ISBN 9789279186431

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Energia**

Europe's energy position: 2010 annual report / European Commission. Directorate-General for Energy. Market Observatory for Energy. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - 80 p. – (Europes energy position, 1831-5666).

<http://dx.doi.org/10.2833/65670>

ISBN 9789279178634

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Energia**

Saving energy: time to step up our efforts / European Commission. Directorate-General for Energy. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - 12 p. <http://dx.doi.org/10.2833/82808>

ISBN 9789279193217

[Centro de Documentação Europeia]

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente**

LIFE and European Mammals : improving their conservation status / European Commission. Directorate-General for the Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - 61 p. – (LIFE focus, 1725-5619).

<http://dx.doi.org/10.2779/29822> ISBN 9789279192661

[Centro de Documentação Europeia]

**CORREIA, Fernando Alves,**

O silêncio da administração no direito do urbanismo português: sinopse de uma reforma / Fernando Alves Correia. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2004. - p. 125-164 ; 24 cm. - Sep. de: Ars iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. - Vol. 3. - 2004.

**CORREIA, Fernando Alves**

A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo / Fernando Alves Correia. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2009. - p. 449-500; Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. 1. - 2009.

**CULLET, Philippe**

Water law, poverty, and development: water sector reforms in India / by Philippe Cullet. - Oxford; New York : Oxford University Press, 2009. - XIV, 241 p. ISBN 9780199546237

**DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ENERGÍA ELÉCTRICA**

Derecho de la competencia y energía eléctrica / dir. Javier Guillén Garamés; aut. Luis Agosti... [et al.]. - Cizur Menor (Navarra): Civitas : Thomson Reuters, 2009. - 398 p. ISBN 9788447030767

**DIAS, José Eduardo Figueiredo**

A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão / José Eduardo Figueiredo Dias. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2009. - p. 751-781; - Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. 1. - 2009.

**DIREITO DO PETRÓLEO E GÁS**

Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais / org. Alcindo Gonçalves, Gilberto M. A. Rodrigues. - Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007. - 234 p. - Comunicações apresentadas no Seminário Direito do Petróleo e Gás: aspectos ambientais e internacionais que teve lugar em Santos, São Paulo, Brasil em Novembro 2006. ISBN 9788560360048

**DIREITO DO URBANISMO E DO AMBIENTE**

Direito do urbanismo e do ambiente: estudos compilados / coord. Cátia Marques Cebola... [et al.]; Jorge Barros Mendes... [et al.]. - Lisboa: Quid Juris?, 2010. - 492 p. ISBN 9789727245314

**ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor**

El periurbanismo estatal: la ordenación urbanística del dominio público del Estado / Víctor Escartín Escudé; pról. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. - Madrid [etc.]: Marcial Pons, 2009. - 367 p. - (Derecho). ISBN 9788497687171

**ESTUDO SOBRE EMPREGOS VERDES EM PORTUGAL**

Estudo sobre empregos verdes em Portugal / Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social. - Lisboa: GEP/MTSS, 2010. - XV, 157 p. - (Colecção Cogitum ; 35). ISBN 9789727043613

**EU ENVIRONMENTAL POLICY HANDBOOK**

EU environmental policy handbook: a critical analysis of EU environmental legislation: making it accessible to environmentalists and decision makers / ed. Stefan Scheuer. - Brussels: European Environmental Bureau, cop. 2005. - 344 p. - (EEB publication ; no. 2005/007). ISBN 9789057270550  
[Centro de Documentação Europeia]

**GARCÍA RUBIO, Fernando**

Régimen jurídico de la gestión del agua: aspectos hidrológicos, organizativos, tributarios, de contratación pública y de responsabilidad ambiental / Fernando García Rubio; pról. Ángel Menéndez Rexach. - Las Rozas, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, 2010. - 462 p. ISBN 9788470525230



**GOMES, Carla Amado**

O dano cultural: pistas para a decifração de um enigma / Carla Amado Gomes. - [S.l.]: [s.n.], 2010. - p. 33-64 ; - Sep. de: Scientia Iuridica, tomo 59, 321 (Jan-Mar 2010).

**GOMES, Carla Amado**

A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária: uma amostragem / Carla Amado Gomes. - [Coimbra]: Almedina, 2009. - p. 33-87 ; 23 cm. - Sep. de: Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território, Nº 14/15. (2009).

**GOVERNANCE OF INTEGRATED PRODUCT POLICY**

Governance of integrated product policy: in search of sustainable production and consumption / ed. Dirk Scheer, Frieder Rubik. - Sheffield: Greenleaf Publishing, 2006. - 377 p. ISBN 1874719322

**GRUSZCZYNSKI, Lukasz**

Regulating health and environmental risks under WTO law: a critical analysis of the SPS agreement / Lukasz Gruszczynski. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2010. - XXIV, 301 p. - (International Economic Law). ISBN 9780199578924

**HALL, Fred**

Building services handbook / Fred Hall, Roger Greeno. - 5th ed. - Oxford : Butterworth-Heinemann ; Amsterdam [etc.] : Elsevier, 2009. - [18], 630 p. ISBN 9781856176262

**HEDEMANN-ROBINSON, Martin**

Enforcement of European Union environmental law: legal issues and challenges / Martin Hedemann-Robinson. - London; New York: Routledge-Cavendish, 2007. - XXXV, 573 p. ISBN 9781859419175

**IL PRISMA ENERGIA**

Il prisma energia: integrazione di interessi e competenze / a cura di Camilla Buzzacchi; saggi di Camilla Buzzacchi... [et al.]. - Milano : Giuffrè, 2010. - xii, 165 p. (Quaderni; 5). ISBN 8814153531

**INNOVATIONSFÖRDERNDE REGULIERUNG**

Innovationsfördernde Regulierung / hrsg. Martin Eifert, Wolfgang Hoffmann-Riem. - Berlin: Duncker & Humblot, 2009. - 341 p. (Innovation und Recht; 2). ISBN 9783428129522

**JAMES, Michael F.**

Construction law: liability for the construction of defective buildings / Michael F. James. - 2nd ed. - Basingstoke: Palgrave, 2002. - xxvii, 316 p. ISBN 0333793064

**JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa**

Propriedade horizontal e conjuntos imobiliários / Mónica Jardim.

In: Seminário luso-brasileiro de direito registral, 2, Coimbra, 2006. II Seminário lusobrasileiro de direito registral. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ISBN 978-972-32-1737-7. p. 109-137.

**KOHL, Benoît**

Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe: vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction? / Benoît Kohl; préf. Hugues Périnet-Marquet. - Bruxelles: Bruylant; Paris: L.G.D.J., 2008. - XXV, 829 p.  
ISBN 9782802725879

**LAW OF THE SEA IN DIALOGUE**

Law of the sea in dialogue / ed. Holger Hestermeyer... [et al.]. - Heidelberg [etc.]: Springer, 2011. - XII, 189 p. (Beiträge zum ausländischen öffentlichen recht und Völkerrecht; Band 221)  
ISBN 9783642156564

**LEE, Maria**

EU environmental law: challenges, change and decision-making / Maria Lee. - Oxford; Portland: Hart Publishing, 2005. - XXXIX, 275 p.– (Modern Studies in European Law ; 6).  
ISBN 9781841134109

**LOPES, Dulce**

Regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial: evoluções recentes e desafios futuros / Dulce Lopes.

**In:** Direito do urbanismo e do ambiente: estudos compilados / coord. Cátia Marques Cebola... [et al.]; Jorge Barros Mendes... [et al.]. Lisboa: Quid Juris, 2010.  
ISBN 978-972-724-531-4. p. 77-146.

**MACRORY, Richard**

Regulation, enforcement and governance in environmental law / Richard Macrory. - Oxford; Portland: Hart Publishing, 2010. - 765 p.  
ISBN 9781849460354

**MAKING OUR CITIES ATTRACTIVE AND SUSTAINABLE**

Making our cities attractive and sustainable: how the EU contributes to improving the urban environment / [ed. lit.] European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2010. - 35 p.

<http://dx.doi.org/10.2779/42720>

ISBN 9789279162985

[Centro de Documentação Europeia]

**MARQUES, Clarissa**

Desenvolvimento econômico e meio ambiente: uma perspectiva relacional / Clarissa Marques; orient. Gustavo Ferreira Santos. - João Pessoa: Idéia, 2007. - 197 p. - Dissertação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

ISBN 9788575393543

**MESQUITA, Miguel**

A oposição às emissões nas relações de vizinhança / Miguel Mesquita. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2009. - p. 197-225 - Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. 2. - 2009.

Relações de vizinhança / Emissões – poluentes

**MELO, Débora Taís de**

A tensão entre a irrupção de bens coletivos e a validade jurídico-penal: o exemplo dos crimes ambientais / Débora Thaís de Melo. - Coimbra: [s.n.], 2009. - 139 p. - Dissertação de mestrado (2º ciclo) em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**MINHOTO, Catarina Gameira**

Certificação ecológica como meio de promoção empresarial hoteleira: sua reflexão no direito das empresas / Catarina Gameira Minhoto. - Coimbra: [s.n.], 2010. - 85 p. :  
- Dissertação do 2º ciclo em Direito das Empresas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**MOREIRA, Carla Filipa Barros**

Construir ou não construir? eis a questão!: o jus aedificandi e o direito de propriedade / Carla Filipa Barros Moreira. - [S.l.: s.n.], 2008. - Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**MOSCHETTA, Teresa Maria**

Il mercato comunitario del gas naturale: investimenti esteri diretti e diritto internazionale / Teresa Maria Moschetta. - Milano: Giuffrè, c. 2009. - viii, 178 p.– (Contratti & commercio internazionale). ISBN 8814145407

**NETO, Luísa**

Novos direitos ou novo[s] objecto(s) para o direito? / Luísa Neto. - 1ª ed. - Porto: U. Porto Editorial, 2010. - 210 p.– (Série Para Saber; 14) ISBN 9789898265289

**OLIVEIRA, Fernanda Paula,**

Algumas questões de relevo no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação / Fernanda Paula Oliveira.

**In:** Direito do urbanismo e do ambiente: estudos compilados / coord. Cátia Marques Cebola... [et al.]; Jorge Barros Mendes... [et al.]. Lisboa: Quid Juris?, 2010.

ISBN 978-972-724-531-4. p. 147-183.

**OLIVEIRA, Fernanda Paula**

Empreendimentos turísticos, planeamento e registo predial: a concretização de um desígnio nacional / Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2009. - p. 337-389 - Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. 2. - 2009.

**OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de**

Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental / Maria Cristina César de Oliveira. - Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. - 386 p. ISBN 9788577002627

**OLIVEIRA, Rute Mafalda de Jesus**

Um contributo jurídico sobre o sistema de ecogestão e auditoria / Rute Mafalda de Jesus Oliveira. - Coimbra: [s.n.], 2009. - Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**O URBANISMO, O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E OS TRIBUNAIS**

O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais / coord. Fernanda Paula Oliveira; Ana Leite... [et al.]. - Coimbra: Almedina, 2010. - 1068 p.

ISBN 9789724043722

**PEREIRA, Telma Filipa dos Santos**

A participação dos particulares na determinação do estatuto urbanístico de propriedade / Telma Filipa dos Santos Pereira. - [S.l.: s.n.], 2009. - Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**POLLEY, Simon**

Understanding the building regulations / Simon Polley. - 4th ed. - London ; New York : Taylor & Francis, 2009. - xiv, 296 p.

ISBN 9780415452724

**PORTUGAL. Leis, decretos, etc.**

Direito do ordenamento do território e do urbanismo: legislação básica / [compil.] Fernando Alves Correia. - 9ª ed. - Coimbra: Almedina, 2011. - 358 p. - (Colectâneas de legislação).

ISBN 9789724045757

**RIBEIRO, Marta Chantal**

Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI / Marta Chantal Ribeiro. - [S.l.: [s.n.], 2008. - p. 165-233 ; 23 cm. - Sep. de: Revista "Temas de integração", N. 25, (1.º semestre/2008). -

**ROSO, Ana Cristina Martins**

Loteamento ou propriedade horizontal?: prós e contras das opções em confronto / Ana Cristina Martins Roso. - Coimbra: [s.n.], 2009. - 101 f.; - Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**SCHALTEGGER, Stefan**

Contemporary environmental accounting: issues, concepts and practice / Stefan Schaltegger, Roger Burritt. - Sheffield: Greenleaf Publishing, 2000. - 462 p.

ISBN 1874719357

**SCHLACKE, Sabine**

Überindividueller Rechtsschutz: Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere am Beispiel des Umweltrechts / Sabine Schlacke. - Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. - XXXV, 578 p. - (Jur Publicum ; 179

ISBN 9783161494574

**SHIFTS IN COMPENSATION FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE**

Shifts in compensation for environmental damage / ed. Michael Faure, Albert Verheij; with contributions by Tom Vanden Borre... [et al.]. - Wien; New York: Springer, c. 2007. - x, 338 p. - (Tort and insurance law ; Vol. 21).

ISBN 9783211715512

**SILVA, Susana Tavares da**

Para uma nova dinâmica do património cultural: o património sustentável / Suzana Tavares da Silva. - [Coimbra]: Coimbra Editora, 2009. - p. 945-961- Sep. de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. 2. - 2009.

**SILVEIRA, Paula de Castro**

Responsabilidade civil ambiental: o caso dos danos puramente económicos / Paula de Castro Silveira; org. Câmara Municipal de Estarreja. - [S.l.] : [s.n.], 2008. - Tese a concurso ao prémio Manuel de Andrade, org. Câmara Municipal de Estarreja

**SORICELLI, Gerardo**

Lezioni di diritto dei contratti pubblici e dell'edilizia / Gerardo Soricelli. - Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. - 269 p.; (Manuali editoriale scientifica per l'universita). ISBN 9788895152813

**STRATEGIC ANALYSIS AND ACTION**

Strategic analysis and action / Mary M. Crossan... [et al.]. - 7th ed. - Toronto: Pearson; Prentice Hall, c. 2009. - XVIII, 260 p. ISBN 9780132061421

**SUSTAINABLE RESOURCE MANAGEMENT**

Sustainable resource management: global trends, visions and policies / ed. Stefan Bringezu, Raimund Bleischwitz. - Sheffield: Greenleaf publishing, c.2009. - 338 p. ISBN 9781906093266

**THE WORLD GUIDE TO CSR**

The world guide to CSR: a country-by-country analysis of corporate sustainability and responsibility / ed. Wayne Visser, Nick Tolhurst. - Sheffield: Greenleaf Publishers, 2010. - XXIV, 451 p. ISBN 9781906093389

**UMWELTRECHT**

UMWELTRECHT: BImSchG, KrW-/AbfG, BBodSchG, WHG / hrsg. Ludger Giesberts, Michael Reinhardt; bearb. Ivo Appel... [et al.]. - München: C.H. Beck, 2007. - XXV, 1532 p.– (Beck'scher Online-Kommentar). ISBN 9783406554742

**URTEAGA, Eguzki**

Las políticas públicas en cuestión / Eguzki Urteaga. - Jaén: Universidad de Jaén, 2010. - 204 p. ; 24 cm. - Bibliografía: p. 199-204. ISBN 9788484394990

**UFF, John**

Construction law: law and practice relating to the construction industry / John Uff. - 10th ed. - London: Sweet & Maxwell, 2009. - XLIII, 582 p. ISBN 9781847037671

**UNITED NATIONS. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS**

Indicators of sustainable development : guidelines and methodologies / United Nations. - 3rd ed. - New York: United Nations, 2007. - IV, 93 + 1 CD-ROM. – (Economic & Social Affairs). ISBN 9789211045772

**VELOSO, Abraão Cerqueira**

Conversas ao sol: alterações climáticas para os mais pequenos / Abraão Veloso; ed. Representação da Comissão Europeia em Portugal, Centro de Informação Europe Direct de Entre Douro e Minho; ilustr. Meninos do Jardim de Infância “Miúdos e Pimpolhos”. - Nova ed. - Lisboa: Representação da Comissão Europeia em Portugal, 2010. - 23 p.  
[Centro de Documentação Europeia]



# RevCED<sup>Ö</sup>UA

N.º 28 \_ Ano XIV \_ 2. 11

Próximo número

**Tema:**  
**“Energia, ambiente e  
ordenamento do território”**

› Doutrina

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Abstracts

› Últimas Aquisições Bibliográficas

## **Recomendações sobre apresentação de textos para publicação na RevCEDOUA**

A RevCEDOUA publica textos originais, jurídicos ou de carácter transdisciplinar, redigidos em língua portuguesa, castelhana, francesa ou inglesa.

As propostas de publicação deverão ser enviadas em formato de texto editável, juntamente com o curriculum académico, afiliação institucional e contactos, por correio electrónico (cedoua@fd.uc.pt) ou por correio normal (CEDOUA – Secretariado da RevCEDOUA Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 3000 545 Coimbra, PORTUGAL (Tel: 239 824 958 /239 833 451 ou 239 834 572 Fax: 239 826 481).

Os textos serão apreciados pelo Conselho Coordenador que informará o autor da decisão de publicação ou da sua recusa fundamentada.

O Conselho Coordenador poderá ainda sugerir ao autor a revisão do trabalho como condição de publicação. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos autores.

A extensão dos textos propostos para publicação depende da secção da revista em que se inserem. Embora se aponte uma extensão tendencial, indicada em palavras, são admissíveis variações de cerca de 50% para mais ou para menos em relação aos valores de referência. Excepcionalmente, o Conselho Coordenador poderá autorizar a publicação de textos de maior ou menor extensão.

Doutrina - 7000 palavras.

Jurisprudência - 3000 palavras.

Recensões - 3000 palavras.

Dossier - 3000 palavras.

Os textos da secção de doutrina devem ainda ser acompanhados de um sumário em forma de texto com cerca de 100 palavras, uma lista de cinco palavras-chave e um resumo em inglês (abstract) ou em português (destinado a tradução pelo Conselho Coordenador da Revista) que não exceda 250 palavras.

Os textos para o dossier serão acompanhados de fotos, mapas, quadros ou grafismos com resolução suficiente para permitir a sua publicação.

A publicação na RevCEDOUA dará lugar à oferta de alguns exemplares da revista em que se insere o trabalho apresentado (cinco exemplares, no caso de artigos doutrinários individuais; dois exemplares, no caso de artigos colectivos e dois exemplares, nas restantes secções).

**CUPÃO DE ASSINATURA**

Nome

Morada

Cód. Postal  -  Localidade

Telefone  Nº Contribuinte

Profissão

Email

**Assinale com uma cruz a opção desejada:**

Sim, desejo assinar a revista REVCEDOUA durante um ano (2 fasc.), pelo valor de:

	Assinatura	Portes	Total
<input type="checkbox"/> Portugal Continental, Açores e Madeira	24 €	3 €	27 €
<input type="checkbox"/> Europa CE	24 €	8 €	32 €
<input type="checkbox"/> Guiné, Cabo Verde, S. Tomé, Macau, Timor-Leste	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países da CPLP	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países	25 €	12 €	37 €

para o que envio cheque / vale postal n.º \_\_\_\_\_  
s/ Banco \_\_\_\_\_

no valor de |\_|\_|\_|\_|,|\_|\_| à ordem de: CEDOUA

2 Números Avulso €29,32

Assinatura (2 números/ano) €27 (desconto de 7,91%)  
com IVA e despesas de envio incluídos

**Aquisição de números anteriores da REVCEDOUA**

Desejo adquirir a assinatura da revista REVCEDOUA (2 números) do(s) ano(s) \_\_\_\_\_

DATA  -  -

\_\_\_\_\_  
ASSINATURA

Pode consultar a REVCEDOUA na Internet no endereço: [www.cedoua.fd.uc.pt](http://www.cedoua.fd.uc.pt)  
e/ou solicitar mais informações pelo correio electrónico: [rcedoua@fd.uc.pt](mailto:rcedoua@fd.uc.pt)  
CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 Coimbra  
Tel. +351. 239 833 451 / 239 834 572 Fax +351. 239 826 481

**VAD - Vendas à Distância** - Armazém Central Almedina - Lote 2  
Zona Industrial de Eiras - 3020-265 Coimbra  
Tel. 239436268 / Tlm. 916286078  
Email: [particulares@almedina.net](mailto:particulares@almedina.net); [lserrano@almedina.net](mailto:lserrano@almedina.net)





