ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

AVANÇOS E RETROCESSOS DO DIREITO DO AMBIENTE NA EUROPA COMUNITÁRIA: ANÁLISE CRÍTICA DA DIRECTIVA 2004/35/CE RELATIVA À RESPONSABILIDADE AMBIENTAL[1]

PROGRESS AND SETBACKS FOR THE ENVIRONMENTAL LAW OF THE COMMUNITY IN EUROPE: REVIEW OF THE DIRECTIVE 2004/35/EC REGARDING ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY

Branca Martins da Cruz*

«*(…) le droit, en vérité, recule même lorsqu'il paraît croître et conquérir, au point que progrès et changement semblent souvent antinomiques*».
Bruno OPPETIT[2]

1 As ideias expostas neste artigo foram pela primeira vez comunicadas em público numa conferência dada pela autora na Universidade Lusíada do Porto, por ocasião da *Jornada de Conferências no âmbito do IV Curso "O Direito no Limiar do III Milénio", que decorreu no dia 10 de Maio de 2002.* Com o título *Dez Anos após a Eco-92, Que Perspectivas para a Responsabilidade Civil por Dano Ecológico? A Proposta de Directiva Comunitária relativa à Responsabilidade Ambiental*, foi publicado em *10 Anos da Eco-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*, *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, sob a organização de António HERMAN BENJAMIN, São Paulo, 2002, pp. 105/116, o essencial do texto agora apresentado, que foi objecto de uma comunicação oral no referido 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, do Instituto "O Direito por Um Planeta Verde", em 4 de Junho de 2002, em São Paulo, no Brasil. A versão que ora se dá a conhecer foi todavia ligeiramente ampliada, com acréscimo de texto e de notas de rodapé, apesar de, na essência, o seu conteúdo se manter fiel às ideias expendidas pela autora nos eventos enunciados. **Diversamente do texto inicial, que tinha ainda por objecto a Proposta de Directiva (COM 2002 17 final, de 23.1.2002), a actual versão reporta-se à própria Directiva 2004/35/CE de 21.04.2004, entretanto aprovada no Parlamento Europeu.**

* Directora do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, Professora da Universidade Lusíada do Porto e Doutorada pela Universidade de Nice-Sophia-Antipolis. *Email*: brancamc@sapo.pt.

2 OPETTIT, Bruno, **Droit et modernité**. Paris: PUF, 1998, p. 98.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Ambiente conheceu uma fase de progresso entre a última metade da década de 80 e a 1ª metade da década seguinte. Em contrapartida, a 2ª metade da década de 90 iniciou um ciclo de regressão de que, infelizmente, ainda não saímos. Foi naquele primeiro período que viu a luz do dia parte considerável da legislação-quadro sobre ambiente ainda em vigor em alguns países europeus[3]. Data da mesma época a Conferência do Rio, que decorreu de 3 a 14 de Junho de 1992, e que poderemos reputar como a mais importante Conferência Mundial sobre ambiente do último quartel do século XX.

De assinalar ainda é o facto de uma das preocupações dominantes, nessa fase de expansão do Direito do Ambiente, ter sido a regulamentação da responsabilidade civil por danos ambientais, muito especialmente pelo dano ecológico puro[4]. Poder-se-á mesmo considerar que, após a edição do Livro Verde[5], a adopção da Convenção de Lugano,[6] em 1993, pelo Conselho da Europa,[7] correspondeu ao auge desta 1ª fase.

Perante a premência do combate aos danos causados ao ambiente, a preferência por mecanismos de Direito Privado, de que o instituto da responsabilidade civil constitui o paradigma, suplantava a consabida impotência do Direito Administrativo, mostrando-se mesmo o mais eficaz na aplicação de princípios fundamentais como o da prevenção ou o do poluidor-pagador.

3 A título de exemplo podem referir-se a Lei de Bases do Ambiente, de 1987, em Portugal, a Lei italiana de 1986 ou a Lei alemã de 1990.

4 Sobre a distinção entre dano ecológico puro e outros tipos de danos ambientais (causados às pessoas e ao património por acções degradadoras do ambiente) cfr. CRUZ, B. Martins da, Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico*:* alguns Problemas. In: **Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada**. Porto, Dano Ecológico – Formas Possíveis das suas Reparação e Repressão, In: Lusíada. **Revista de Ciência e Cultura**, série de Direito, número especial, Porto, 1996, p. 187-227. v. p. 189-193.

5 **Livro Verde da Comissão sobre a reparação dos danos causados ao ambiente**, adoptado pela Comissão Europeia em Março de 1993. Sobre o Livro Verde, cf. entre outros, CRUZ, B. Martins da, Política Comunitária para o Ambiente, In: Lusíada. **Revista de Ciência e Cultura**, série de Direito, n. 2, 1998, Coimbra ed., Dezembro de 1999, p. 599 e ss.. v. p. 608-609 e DI BUCCI, V. Initiatives européennes dans le domaine de la responsabilité environnementale, In: **Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada**. Porto, Dano Ecológico – Formas Possíveis das suas Reparação e Repressão, op. cit., p. 137 e ss.. v. p. 146./150.

6 Sobre a Convenção de Lugano, cfr., entre outros, Gilles MARTIN, La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano, In: **Revue Juridique de l'Environnement**, v.2, n.3. p, 121-139. 1994

7 Adoptada em 8.03.93 e aberta à assinatura, na cidade suíça de Lugano, em 21.06.93, nas línguas francesa e inglesa, com a designação de **Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement**, na versão francesa.

Mas, se a Convenção de Lugano marcou o auge de uma década favorável à legislação ambiental, a sua não posterior ratificação, pelos Estados membros e pela própria Comunidade Económica Europeia, indiciava já o que então se começava a desenhar: um significativo recuo que se foi acentuando ao longo dos últimos anos da década de 90, e que agora culmina na preterição formal, assumida e declarada da Convenção de Lugano pela nova Directiva sobre responsabilidade ambiental, de 21 de Abril de 2004.

E, se a responsabilidade civil e o Direito Privado em que ela se insere, marcaram o período áureo do Direito do Ambiente, o retorno ao Direito Público dá o cunho a esta fase de retrocesso por que passa o ordenamento jurídico ambiental neste virar de século, invadindo mesmo o domínio da responsabilidade por danos, como veremos em seguida.

Neste contexto, importa apurar qual o papel do instituto da responsabilidade civil e do Direito Privado na reparação dos danos causados ao ambiente, tendo em conta a Directiva comunitária, em conjugação com o Direito interno.

Assim, começaremos por destacar a importância daquele instituto de Direito Privado na prevenção e reparação do dano ecológico (2.), visando a demonstrar que a adopção de mecanismos reparatórios de Direito Público não substitui, de forma suficiente e eficaz, a responsabilidade civil. Prosseguiremos com uma análise breve da Directiva comunitária (3.), procedendo em seguida ao confronto desta com a legislação portuguesa em vigor (4.), visando à concatenação de ambas, no intuito de determinar até que ponto a regulamentação constante da Directiva pode prejudicar a legislação interna vigente, ou vice-versa. Concluiremos, interrogando-nos sobre o futuro da responsabilidade civil por dano ecológico, no quadro evolutivo da regulamentação ambiental em Portugal e na Europa comunitária (5.).

2 O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA REPARAÇÃO DO DANO ECOLÓGICO

A distinção tradicional entre Direito Público e Direito Privado tem vindo a ser posta em causa pelo carácter horizontal e/ou multidisciplinar dos novos ramos de Direito, como o Direito do Ambiente, tornando hoje

comum a utilização de alguns dos mecanismos mais clássicos do Direito Privado pelo Direito Público. O facto de uma das partes na relação jurídica pública ser sempre o Estado, ou uma pessoa colectiva de Direito Público, aliado à existência de uma jurisdição administrativa, distinta e autónoma da ordem dos tribunais judiciais comuns, aconselha, contudo, que a distinção subsista. No domínio que nos ocupa, o da responsabilidade por dano ecológico, não se nos afigura, por conseguinte, indiferente optar pelo recurso a mecanismos de Direito Público ou de Direito Privado.

A principal diferença, entre uma responsabilidade ambiental de Direito Público e a responsabilidade civil por dano ecológico, consiste no facto de esta poder ser exercitada judicialmente, nos tribunais comuns, por qualquer cidadão que se sinta lesado no seu direito a um ambiente são e ecologicamente equilibrado[8], enquanto aquela obriga sempre a uma primeira intervenção junto da autoridade administrativa competente, a quem cabe o direito exclusivo de agir, com vista à reparação do dano. A acção deverá ser necessariamente precedida pelo indispensável e adequado procedimento administrativo, acompanhado da respectiva averiguação administrativa dos factos, só da decisão da Administração podendo, eventualmente, caber recurso e, este, sempre para os tribunais administrativos.

Ora, como resulta evidente, este processo tenderá a ser muito mais moroso, colocando ainda nas mãos da Administração um poder que pertence naturalmente ao cidadão, pois insere-se no quadro dos seus direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, que o instituto da responsabilidade civil, em caso de dano ecológico, está perfeita e naturalmente apto a repor. Não se afigura por isso razoável que o cidadão, bem como as organizações não governamentais de defesa do ambiente, sejam privados do respectivo direito natural de agir judicialmente contra os poluidores particulares, exigindo directamente a reparação do dano.

Temos sérias dúvidas de que o ambiente seja melhor defendido pelo Estado do que pelo cidadão lesado no seu direito a um ambiente são e ecologicamente equilibrado, que é obrigação constitucional de todos defender.[9]

8 Cf. Art. 66º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa.

9 *Ibidem*, onde no nº 1 se lê: "Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado **e o dever de o defender**". (Sublinhado nosso).

A verdade é que não se vislumbram vantagens na estatização dos conflitos ambientais, quando é certo que o Estado nos aparece frequentemente no papel de poluidor, ou seja, de responsável pelo dano ecológico que importa ressarcir, não podendo, por isso, deter em exclusivo a autoria da acção judicial.

Não se compreende que seja cerceado, ao cidadão, o direito elementar de requerer a um tribunal comum a reparação de um dano que viola um seu direito fundamental, e o mecanismo clássico da responsabilidade civil existe com esse fim. O papel do Estado na acção estará sempre assegurado pela presença do Ministério Público, que representa o interesse geral e o interesse público.

Acreditamos, enfim, que, não vedando ao Estado as acções admitidas pelo Direito Público para a defesa do ambiente e, em especial, para a reparação dos danos que lhe são causados, deve-se, em concomitância, reconhecer ao cidadão, e à sociedade civil em geral, o direito de exigir o ressarcimento de todo e qualquer dano ecológico, perante um tribunal comum competente, através do exercício da acção popular, prevista e regulada na lei.[10]

As dificuldades que obstaculizavam, de forma mais significativa, a aplicação do instituto da responsabilidade civil à reparação do dano ecológico encontram-se hoje praticamente ultrapassadas pela doutrina, sendo certo que aquelas que persistem entravam igualmente a actuação do Direito Público, como é o caso dos problemas conexos à avaliação do dano ou ao estabelecimento do nexo de causalidade,[11] por exemplo. As ditas dificuldades não respeitam especificamente ao instituto da responsabilidade civil, mas a todo e qualquer mecanismo ou instrumento jurídico que vise a responsabilizar o autor de um dano ecológico, obrigando-o à respectiva reparação. Elas subsistem intactas, mesmo quando tal objectivo é alcançado pelo recurso a mecanismos de Direito Público, não se vislumbrando qualquer benefício, ecológico ou outro, na preterição do instituto da responsabilidade civil.

Bem pelo contrário. A importação, pelo Direito Público, de tais instrumentos típicos do Direito Privado pode acrescer as dificuldades que já lhe são naturais. Tratar-se-á sempre de adaptar, à rigidez característica do Direito Público, um instituto criado, pensado e desenvolvido pelo Direito Privado, para regular e servir a sociedade civil, e orientado pelos ideais da

10 Art. 52º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa e Lei 83/95, de 31 de Agosto de 1995.
11 De que curiosamente, como veremos no ponto seguinte, a Directiva não cuida.

liberdade e da igualdade dos cidadãos, que lhe conferem a marca da flexibilidade, traduzida, entre outras, pela possibilidade de negociação, a que o Direito Público pretende cada vez mais abrir-se.

A falência do Direito Administrativo na defesa e protecção do ambiente é hoje evidente, e a necessidade de deitar mão dos mecanismos próprios do Direito Privado é uma realidade. Não é através da apropriação destes últimos pelo Direito Público que as ditas insuficiência e ineficácia serão ultrapassadas.

Em vez da substituição do Direito Privado pelo Direito Público a que alguns parecem querer reduzir o ordenamento jurídico ambiental, impõe-se ao Estado desenvolver constantes e insistentes acções de formação e informação ambientais junto dos cidadãos, estimulando-lhes a sua participação na preservação e na defesa do ambiente. Tal participação não pode excluir o direito de acção popular para reparação de danos causados ao ambiente. Ao fazê-lo, estar-se-á, ao invés de envolver o cidadão na resolução dos problemas ambientais, a afastá-lo dessa participação necessária, que conhece mesmo foros de consagração constitucional.

O papel do Direito Administrativo do Ambiente deve consistir em assegurar a fiscalização e a repressão eficazes dos poluidores, bem como estabelecer mecanismos de incentivo à produção limpa e ao respeito pelos bens ambientais. Ao cidadão deve ser reconhecida a liberdade de agir na defesa destes valores, deitando mão dos instrumentos jurídicos que melhor conhece e também melhor servem os seus interesses individuais e colectivos.

O Direito Administrativo contrapõe o cidadão ao Estado. Na acção de responsabilidade por dano ecológico, não sendo o Estado, ou pessoa colectiva de Direito Público, o autor do dano, ambas as partes, poluidor e lesado, são entidades de Direito Privado, particulares, sendo totalmente desprovida de sentido a concentração do poder de agir nas autoridades públicas, cerceando ao cidadão comum, e aos seus representantes na sociedade civil, o respectivo direito natural de agir directamente perante um tribunal comum, para exigir a reparação de danos derivados da violação de um direito fundamental.[12]

12 A natureza de **direito fundamental** do direito ao ambiente constitucionalmente consagrado não oferece hoje quaisquer dúvidas na doutrina constitucionalista portuguesa. Por todos, cfr., *v.g.*, Jorge MIRANDA, A Constituição e o Direito do Ambiente, In**: Direito do Ambiente**, I.N.A., 1994, p. 353-365; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Coimbra**, 1988; ANDRADE, Veira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, ALMEDINA, Coimbra, 1987.

O instituto da responsabilidade civil afigura-se-nos, pois, o mecanismo que melhor acautela a necessidade de garantir a prevenção e a reparação dos danos causados ao ambiente, assegurando uma defesa mais eficaz dos valores ambientais, em complemento das medidas de Direito Público. Como escrevemos noutro lugar[13]: "[...] ao peso da máquina administrativa, subjugada a critérios de oportunidade política, económica ou social, carreando sempre uma regulamentação morosa [...], prefere-se um sistema autónomo, regido por princípios basilares da convivência social, por todos facilmente intuídos e assimilados, nos quais o cidadão se revê, e a que não é estranha a facilidade com que os seus mecanismos podem ser accionados, dependendo [...] da iniciativa do cidadão [...]".

3 A DIRECTIVA 2004/35/CE

A Directiva comunitária *relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais*, é o resultado da proposta apresentada pela Comissão[14], que surgiu na sequência do *Livro Branco sobre a responsabilidade ambiental*[15], igualmente da autoria da Comissão Européia, e no qual as soluções agora adoptadas eram já preconizadas.

Quer nos propósitos enunciados na exposição de motivos da Proposta de Directiva[16], quer nos 21 artigos que constituem a própria Directiva, relativamente à Convenção de Lugano e/ou à Lei de Bases do Ambiente[17], a nota dominante consiste na redução dos danos abrangidos e na restrição da responsabilidade objectiva, sem sequer se verificar o correspondente alargamento do âmbito da responsabilidade subjectiva, pela culpa, bem como na preterição do instituto da responsabilidade civil, em prol de uma designada *responsabilidade ambiental* que a proposta qualificava de «fundamentada

13 CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico: alguns Problemas, In: **Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente,** *op. cit.*, p. 187 e ss.. v. p. 188/189. Cf. ainda, da autora, Que Perspectivas para o Direito do Ambiente?, In: **Estratégias e Políticas de Inovação e Tecnologia para o Século XXI, Congresso Internacional Inovação e Tecnologia XXI,** In: Lusíada, número especial, v. I, 1997, p. 59 e ss.. v. p. 64-65.

14 COM,(2002) 17 final, Bruxelas, 23.01.2002.

15 COM,(2000) 66 final, Bruxelas, 9.02.2000.

16 Cf, doc. COM (2002) 17 final, de 23.01.2002, publicado em Bruxelas pela Comissão das Comunidades Europeias.

17 BRASIL. Leis de Base Ambiente, Lei nº 11/87, de 7 de Abril, que em Portugal estabelece as bases da regulamentação jus-ambiental.

em mecanismos de direito público»[18].

Os recuos, relativamente à Convenção de Lugano e a algumas das legislações nacionais dos Estados membros, como Portugal, são notórios, apesar de se encontrar reconhecida a liberdade de cada Estado membro poder adoptar legislação mais rigorosa[19]. Mas, só uma análise mais detalhada da Directiva, ainda que forçosamente sintética, nos poderá fornecer uma imagem mais precisa da actual política européia em matéria de responsabilidade por danos causados ao ambiente.

3.1 ÂMBITO REDUZIDO E PROLIFERAÇÃO DAS EXCEPÇÕES

Tendo como objecto «estabelecer um quadro de responsabilidade ambiental baseado no princípio do «poluidor-pagador», para prevenir e reparar danos ambientais»[20], a Directiva postula, no seu art. 2º, dezasseis definições. De entre estas, destacamos a definição de «danos ambientais», constante do n. 1, em que apenas se consideram como tais, os danos[21] causados às espécies e habitats naturais protegidos(a), à água (b) e ao solo (c). Relativamente a estes últimos, é curioso notar que, além da exigência de um «risco significativo», só se atendem os danos contra a saúde humana, denunciando a intenção deliberada do legislador europeu em excluir os danos ecológicos resultantes da contaminação do solo ou do subsolo, quando tal contaminação não afecte a água ou a biodiversidade, entendida esta nos termos restritos das Directivas 79/409/CEE[22] e 92/43/CEE.[23]

Ainda com referência ao art. 2º, afigura-se-nos extremamente gravoso para o ambiente, e para o regime da responsabilidade por dano ecológico, a doutrina fixada no seu n. 1, alínea a), em que se excluem do âmbito dos danos causados à biodiversidade «os efeitos adversos previamente identifi-

18 Cf. p. 28 de COM(2002) 17 final, *doc. cit.*.
19 Cf. o art. 16º, nº 1, da Directiva 2004/35/CE.
20 Cf. art. 1º.
21 «danos», de acordo com a definição constante do n.º 2, correspondem à «alteração adversa e **mensurável (?)** , de um **recurso natural** ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural, quer ocorram directa ou indirectamente». Sublinhados nossos. Por «recurso natural» (n.º 12), a Directiva entende apenas «as espécies e habitats naturais protegidos, a água e o solo ».
22 *Habitats* e espécies naturais constantes do Anexo I.
23 *Habitats* e espécies naturais constantes dos Anexos I, II e IV.

cados que resultem de um acto do operador expressamente permitido pelas autoridades competentes, em conformidade com normas de execução dos nºs 3 e 4, do art. 6º da Directiva 92/43/CEE», bem como de outras normas excepcionais de conteúdo similar.[24] Todas situações excepcionais, em que ao Estado membro é permitido afastar a aplicação estrita das Directivas 79/409/CEE e 92/43/CEE, de uma forma praticamente isenta de fiscalização da Comissão e em que a latitude da excepção acaba por derrubar a regra,[25] pondo em causa a própria regulamentação constante das referidas Directivas relativas aos *habitats* e espécies protegidos. Em todas elas, desde que o Estado tenha usado da faculdade que lhe é conferida pelas ditas amplas excepções, o poluidor fica exonerado da responsabilidade pelo dano que causou com a sua actividade, à partida contrária às referidas Directivas e atentatória dos bens ambientais nelas protegidos.

Passando ao art. 3º, no seu nº 1, alínea a), reduz-se a aplicação da Directiva «aos danos causados por qualquer das actividades ocupacionais enumeradas no Anexo III», bem como, de acordo com a alínea b), aos «danos causados às espécies e habitats naturais protegidos por qualquer actividade ocupacional distinta das enumeradas no Anexo III». Todavia, enquanto que na alínea a) se estabelece uma responsabilidade objectiva, na alínea b) exige-se a culpa do operador, uma vez que, aos danos aí previstos a Directiva é aplicável «sempre que o operador agir com culpa ou negligência», ou seja, apenas se e quando este agir com dolo ou negligência.

Como última nota, refira-se o nº 8, deste art. 3º, relativo ao âmbito, nos termos do qual é negado aos «particulares o direito a compensação por eventuais perdas económicas na sequência de danos ambientais».

24 Incluem-se, além dos referidos nºs 3 e 4 do art. 6º da Directiva 92/43/CEE, «quaisquer outras disposições de direito nacional que tenham efeito equivalente em relação a habitats e espécies protegidos ao abrigo do direito nacional de conservação da natureza mas não abrangidas pelas Directivas 79/409/CEE ou 92/43/CEE [...]» bem como os arts. 9º da Directiva 79/409/CEE e 16º da Directiva 92/43/CEE. Todas, como se referiu, situações que permitem evitar a aplicação da regulamentação constante das referidas Directivas.

25 De que constituem exemplos gritantes os arts. 9º da Directiva 79/409/CEE («os Estados-membros poderão derrogar os artigos 5º, 6º, 7º e 8º, [...] com os seguintes fundamentos: [...] a) [...] **para evitar danos** importantes **às culturas**, **ao gado**, [...] **às pescas** [...];») e 16º da Directiva 92/409/CEE ([...] nº 1, b), «**para evitar prejuízos** sérios **nomeadamente às culturas**, **à criação de gado**, às florestas, **às zonas de pesca** e às águas e **a outras formas de propriedade**»), em que, em nome de um antropocentrismo patente, os valores ambientais cedem claramente perante os interesses económicos e o direito de propriedade, deixando-se uma larga margem de liberdade aos Estados membros para derrogarem as normas comunitárias. Sublinhados nossos.

3.2 RESPONSABILIDADE OBJECTIVA RESTRITA

Como acabamos de ver, os danos previstos no n. 1, alínea b), do art. 3º, - danos às "espécies e habitats naturais protegidos" causados por actividades distintas das constantes do Anexo III - só poderão ser imputados ao operador que lhes tiver dado causa, se este tiver agido com culpa. Afasta-se assim a responsabilidade pelo risco ou objectiva, nestes casos.

Relativamente aos danos provocados no exercício das actividades elencadas no Anexo III, a ausência de uma referência de conteúdo idêntico à parte final da alínea b), do n. 1, do art. 3º, parece legitimar a aplicação da responsabilidade objectiva ou pelo risco. A técnica legislativa adoptada não se afigura contudo a melhor, visto poder suscitar dúvidas. Na verdade, a regra geral é a da responsabilidade subjectiva ou pela culpa, constituindo a responsabilidade objectiva a excepção [26]. A inversão deste critério pode induzir o intérprete em erro.

O legislador europeu estabeleceu, nas alíneas a) e b), do n. 1, do art. 3º, os dois tipos de danos cobertos pela Directiva, tendo, relativamente aos previstos no n. 2, consagrado a exigência de culpa. Daqui parece poder inferir-se ter o legislador pretendido adoptar, como regra, a responsabilidade pelo risco, sendo a responsabilidade subjectiva a excepção, o que, aliás, no domínio dos danos ambientais, seria perfeitamente razoável, dada a dificuldade de prova da culpa, aliada ao risco elevado da maioria esmagadora das actividades poluentes sob o controle dos respectivos operadores.[27]

Todavia, apesar desta aparente concessão à realidade ambiental, esta inversão da regra é enganadora, pois que a possibilidade de responsabilizar objectivamente o autor de um dano ecológico fica reduzida às actividades consideradas perigosas e elencadas no referido Anexo III. Todo e qualquer outro dano, independentemente das suas gravidade e consequências nocivas para o ambiente, só poderá ser imputado ao seu autor a título de responsa-

26 Cf. art. 483º, nº 2, do Código Civil português, «Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei», em consonância com a legislação interna de outros Estados membros.

27 Esta dedução é, de resto, autorizada pela própria exposição de motivos da Proposta de Directiva, onde se afirmava: «Se o dano tiver sido causado por determinadas **actividades passíveis de se considerarem na origem de um risco** real ou potencial para o homem ou o ambiente, **ao operador deve ser atribuída responsabilidade estrita (ou objectiva)** ...». Cf. p. 3, COM(2002) 17 final, op.. cit., (Sublinhados nossos).

bilidade pela culpa e, ainda, apenas se couber na apertada abrangência da alínea b), do n. 1, do art. 3º, como explicitámos. Todos os outros danos, pesem embora as respectivas gravidade e efeitos nefandos, ficarão fora da alçada da responsabilidade ambiental regulada na Directiva, o que equivale a reconhecer que ficarão sem qualquer reparação (e também prevenção), uma vez que a Directiva tem por objectivo estabelecer regulamentação europeia exaustiva sobre a matéria.

Pensamos que seria tempo de reconhecer à responsabilidade pelo risco uma maior amplitude em sede de dano ecológico. A prática mostra-nos que as situações de responsabilidade pela culpa ficam na maioria dos casos sem qualquer reparação, tal a dificuldade de prova da existência do elemento subjectivo. Mas, o mais indecoroso, talvez seja o facto de a Directiva não pretender sujeitar à designada *responsabilidade ambiental* todo e qualquer dano ecológico grave, ainda que causado intencionalmente, reduzindo drasticamente o âmbito dos danos abrangidos, como vimos.

Já no que se reporta aos casos de exoneração da responsabilidade, anote-se uma substancial melhoria dos artigos 4º e 8º da Directiva, relativamente ao art. 9º da Proposta. Nos termos do n. 4, do art. 8º da Directiva: «Os Estados-Membros podem permitir que o operador não suporte o custo das acções de reparação executadas por força da presente directiva se ele provar que não houve culpa nem negligência da sua parte e que o dano ambiental foi causado por:

> a) Uma emissão ou um acontecimento expressamente permitidos e que respeitem integralmente uma autorização emitida ou conferida nos termos das disposições legislativas e regulamentares nacionais de execução das medidas legislativas, adoptadas pela Comunidade, especificadas no Anexo III, tal como se aplicam à data da emissão ou do acontecimento;
> b) Uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma actividade que o operador prove não serem consideradas susceptíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a actividade.»

Além da adopção de uma redacção mais restritiva das condições que poderão conduzir à exclusão da responsabilidade, o legislador europeu abandonou igualmente o carácter automático destas duas causas de exoneração da responsabilidade do poluidor, fazendo-as depender de uma previsão legislativa nacional em cada Estado-Membro. Foi-se mesmo mais longe, introduzindo-se a inversão do ónus da prova da culpa do poluidor. Onde a Proposta, pelo seu silêncio, fazia supor que esta prova incumbiria aquele que se opunha à exclusão, a Directiva vem afirmar claramente «se ele provar que não houve culpa nem negligência da sua parte» referindo-se, naturalmente, ao operador.

Relativamente à alínea a), e apesar de só o comportamento não culposo poder conduzir à exclusão da responsabilidade, verifica-se um recuo, relativamente ao art. 41º, nº 1, da LBA, onde é estabelecida a responsabilidade objectiva para «danos significativos no ambiente, em virtude de acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável». Trata-se, sem dúvida, de uma restrição à aplicação da responsabilidade objectiva. A existência de licença ou autorização administrativa não diminui o risco associado à perigosidade da actividade desenvolvida e, consequentemente, da verificação de danos no ambiente. O operador, que aufere os proventos do exercício da actividade perigosa para o ambiente, deve concomitantemente suportar os respectivos riscos e, como tal, ser responsabilizado pelos danos a que der causa, mesmo quando demonstre não ter agido negligentemente. A licença ou a autorização administrativas não devem ser consideradas passaporte bastante para a transferência do risco para a comunidade, para os contribuintes, quando é certo que os lucros e benefícios da actividade pertencem ao operador, que tem o controle da actividade. Registe-se todavia que a alínea a), do n. 4, do art. 8º, da Directiva exige tratar-se de «uma emissão ou acontecimento expressamente permitidos», parecendo assim que a exoneração não abrangerá as emissões e os acontecimentos poluentes genericamente autorizados pela licença de funcionamento da actividade.

Quanto à alínea b), do art. 8º, estabelece uma exoneração da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, isentando o operador da obrigação de

reparar os danos históricos, sempre que a nocividade da actividade poluente era desconhecida quando do exercício da actividade que deu causa ao dano.

A responsabilidade pelo risco de desenvolvimento é controversa. A questão de fundo consiste em saber se tal risco deverá correr por conta daquele que, de forma directa, aproveitou da actividade em causa, o operador que explorou e controlou a actividade poluente, ou toda a sociedade, que o mesmo é dizer, o contribuinte. Como quer que seja, a parca clareza da letra da norma não favorece a respectiva interpretação. Ao afirmar-se «não serem consideradas susceptíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico», está-se a abrir a porta a uma discussão infindável sobre o que deve, num determinado momento, ser considerado como conforme ao estado do conhecimento científico e técnico e temos sérias dúvidas de que a responsabilização por negligência possa resolver a questão. Mais avisado teria sido o recurso ao princípio da precaução, ao qual, aliás, não é feita qualquer referência ao longo de todo o texto da Directiva. Registe-se, contudo, que também aqui o legislador europeu estabeleceu uma inversão do ónus da prova, quer relativamente à culpa, quer quanto ao facto de «não serem consideradas susceptíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico». Em ambos os casos, a prova destes factos incumbe ao operador.

De realçar ainda a alínea b), do n. 1, do art. 4º, que exonera da responsabilidade os danos derivados de «fenómenos naturais de carácter excepcional, inevitável e irreversível».

Nesta situação, critica-se sobretudo o não ter sido salvaguardada a possibilidade de negligência do operador. Os danos causados no ambiente por um fenómeno natural de carácter excepcional, mesmo que inevitável e irreversível, podem ficar a dever-se ao estado degradado das instalações ou a qualquer outro acto negligente do operador que contribua em maior ou menor medida para a verificação do dano ou para o agravamento dos seus efeitos nocivos. Neste caso, afigura-se-nos óbvia a responsabilidade do operador, derivada do aumento do risco que a sua negligência gerou. Sem este, o dano poderia ser evitado ou, pelo menos, diminuídos os seus efeitos nefastos.

3.3 PRETERIÇÃO DA ACÇÃO CÍVEL E ASPECTOS CORRELACIONADOS

Já o dissemos atrás, a preterição da acção e dos meios cíveis de reparação, em favor de mecanismos de Direito Público, adoptados na Directiva, e já preconizados no Livro Branco, afigura-se-nos um erro. As razões por que o pensamos já foram suficientemente explicitadas, sendo agora tempo de proceder à análise técnica, mas forçosamente sintética, do modelo de *responsabilidade ambiental* efectivamente consagrado pelo legislador europeu.

A filosofia da Directiva assenta na responsabilização do Estado, através da *autoridade competente*[28] em cada Estado membro, pelos danos causados ao ambiente. É à «autoridade competente», que cabe tomar as medidas e decisões adequadas à prevenção e/ou reparação do dano[29] e, em última instância, suportar os próprios custos das ditas medidas de prevenção e/ou reparação[30], o que pode acontecer em situações tais como as previstas no § (2), do n. 2, do art. 8º[31] , ou nas alíneas a)[32] e b)[33], do n. 3, deste mesmo artigo e ainda nos casos de exoneração da responsabilidade, que acabámos de analisar. Em todo o caso, o exercício do direito de regresso, de *recuperação de custos*, contra o operador responsável, prescreve no prazo de cinco anos «a contar da data em que as medidas tenham sido completadas ou em que o operador ou o terceiro responsável tenha sido identificado, consoante a que for posterior », nos termos do art. 10º. Prazo que, atenta a consabida lentidão dos serviços públicos, convenhamos, poderá vir a mostrar-se insuficiente, passando a ser mais um encargo para o contribuinte e a comunidade em geral, não bastassem já os incómodos provocados pelas consequências nocivas do dano, em violação de um direito fundamental dos cidadãos.

Vai-se mesmo mais longe e atribuem-se à dita «autoridade compe-

28 Sobre a designação da autoridade competente nos Estados membros, cf. o art. 11º.

29 Nos termos dos arts. 5º (Acções de Prevenção), **maxime**, n. 4, e 6 (Acções de Reparação), **maxime,** n. 3, e art. 7º.

30 Cf. o art. 8º, nº1: « o operador suporta os custos das acções de prevenção e de reparação executadas por força da presente directiva».

31 Sempre que a despesa necessária para a recuperação «for mais elevada do que o montante a recuperar, ou quando o operador não puder ser identificado.»

32 «Foi causado por terceiros e ocorreu apesar de terem sido tomadas as medidas de segurança adequadas»

33 « Resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não sejam uma ordem ou instrução resultantes de uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador».

tente» todas as competências investigatórias que num processo judicial são da alçada do tribunal e dos órgãos policiais judiciários. Assim, afirma-se peremptoriamente, no art. 11º, n. 2, que «cabe à autoridade competente a obrigação de determinar o operador que causou o dano [...], avaliar a importância do dano e precisar as medidas de reparação que devem ser tomadas com referência ao Anexo II».[34]

E o cidadão, cujo direito fundamental a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado foi violado, que poderá fazer?

Diz-nos o art. 12º, n. 1, que «as pessoas singulares ou colectivas afectadas ou que possam vir a ser afectadas por danos ambientais, […] têm o direito de apresentar à autoridade competente quaisquer observações relativas a situações de danos ambientais ou de ameaça iminente desses danos, de que tenham conhecimento e têm o direito de pedir a intervenção da autoridade competente nos termos da presente Directiva».[35] Parcos direitos, é o que se nos oferece dizer [...]

Mas ainda: «o pedido de intervenção deve ser acompanhado dos dados e informações relevantes em apoio das observações apresentadas sobre o dano ambiental em questão » [...] [36].

Controlo jurisdicional? No Tribunal Administrativo, naturalmente, pois que se trata de controlar «a legalidade processual e substantiva das decisões, dos actos ou das omissões da autoridade competente» [37].

Como últimas notas, saúdam-se as remissões feitas nos arts. 9º, 16º e 13º, n.º2 para os direitos nacionais dos Estados Membros. O art. 9º tem por objecto a repartição de custos em caso de responsabilidade partilhada, enquanto que o art. 16º, como já referido, afirma a prevalência do Direito nacional mais favorável ao ambiente. No n. 2, do art. 13º, por sua vez, dispõe-se que «a presente directiva não prejudica as disposições de direito nacional que regulem o acesso à justiça nem as que imponham o esgotamento dos recursos graciosos antes do recurso a um processo judicial». Em contrapartida, lamenta-se profundamente a derrogação feita ao regime de seguro obrigatório constante do

34 Sublinhados nossos.
35 *Ibid.*.
36 Cf. N. 2 do mesmo art. 12º.
37 De acordo com o art. 13º, n. 1, No n. 2 prevê-se a hipótese de o recurso judicial dever ser precedido do «esgotamento dos recursos graciosos», nos termos do Direito nacional de cada Estado membro.

art. 12º da Convenção de Lugano. O art. 14º da Directiva é claro: «os Estados-Membros devem tomar medidas destinadas a incentivar o desenvolvimento, pelos operadores económicos e financeiros devidos, de instrumentos e mercados de garantias financeiras […]». Trata-se de incentivar, não de obrigar [....] Não estamos sequer perante uma verdadeira norma jurídica, no que concerne à relação Estado membro *v.* operador, visto que desprovida de coercibilidade e não estatuindo um dever-ser. Prevê-se, todavia, que «antes de 30 de Abril de 2010 […] a Comissão apresentará, se adequado, propostas sobre um sistema harmonizado de garantias financeiras obrigatórias».

Inversamente à Convenção de Lugano, o legislador europeu optou ainda por não adoptar quaisquer normas relativas ao estabelecimento do nexo de causalidade[38]. Na Directiva, apenas se encontram referências indirectas à matéria, como é o caso do art. 4º, n. 5, em que apenas se contemplam os danos difusos, «sempre que seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre os danos e as actividades de operadores individuais».

Esta ausência de posição do legislador relativamente a matéria tão controversa, quanto o é a adopção de critérios de determinação do nexo de causalidade, afigura-se-nos negativa, pois, permitindo oscilações, em função de posições doutrinárias mais ou menos exigentes, carreia ainda todos os inconvenientes conexos à falta de à vontade da Administração com os poderes discricionários, sobretudo em matéria que não pertence à sua competência originária e habitual e em que mesmo os tribunais, a quem cabe natural e tradicionalmente tal competência, têm dificuldade em decidir.

Também no que respeita à avaliação do dano não foram estabelecidos quaisquer critérios ou indicadas metodologias a seguir, não existindo nenhuma norma na Directiva que lhe faça alusão. Esta total ausência de normas não impede contudo que, no Anexo II, a avaliação dos danos seja repetidamente pressuposta e mesmo exigida,[39] apesar da notória falência dos critérios nor-

38 Cf. art. 10º da Convenção de Lugano.

39 Servem de exemplo à afirmação os nºs 1.2.2. ou 1.2.3. do referido Anexo II. No primeiro exige-se à *autoridade competente* que, "ao determinar a escala das medidas de reparação complementar e compensatória […] devem considerar-se em primeiro lugar as acções que proporcionem recursos naturais e/ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados ". No segundo, afirma-se de forma clara a possibilidade de recurso ao "**método**, por exemplo, **de valoração monetária**, para determinar a extensão das medidas de reparação complementares e compensatórias **necessárias**" e estabelece-se a susceptibilidade de "**escolher medidas de reparação cujo custo seja equivalente ao valor monetário dos recursos naturais e/ou serviços perdidos**" (Sublinhados nossos).

mativos para a realizar. Relativamente à avaliação dos danos sujeitos a reparação, na exposição de motivos[40] da Proposta de Directiva, o legislador europeu limitava-se a afirmar que, "*Em regra o valor do dano deve ser o das medidas de reparação, pelo que* ***não é necessária avaliação monetária****. No entanto,* ***as autoridades competentes devem ter o direito de recorrer****, sempre que se justifique,* ***a técnicas de avaliação monetária***.",[41] remetendo-se de seguida para "*a investigação realizada no âmbito de programas comunitários [...]*" e pela qual se pretende aludir aos estudos encomendados pela Comissão Europeia e realizados no âmbito da preparação da proposta.[42]

Afigura-se-nos grave esta recusa do legislador europeu em estabelecer critérios e metodologias de avaliação dos danos, tanto mais, quando é certo que as dificuldades sentidas pelos Estados-membros nesta matéria são enormes, vendo-se, na maioria dos casos, os tribunais forçados a improvisar valores totalmente desprovidos de qualquer referência real ou científica aos danos efectivamente sofridos ou ao valor do bem ambiental danificado.[43] Trata-se, de forma inquestionável, de matéria onde o *déficit* legislativo se faz sentir com maior acuidade, e onde esta ausência de normas comunitárias, numa Directiva que anuncia a pretensão de vir regular na Europa Comunitária a responsabilidade ambiental, se afigura indesculpável, assemelhando-se a uma demissão de funções prioritárias.

Não só a existência de normas estabelecendo critérios, métodos e procedimentos avaliativos dos danos se afirma urgente, perante a quase total ausência de legislação nacional nos países membros, como é ingloriamente desperdiçada esta oportunidade (perdida) de fixar legislação comum, unifor-

40 Cf. p. 22, § 6.5., do doc. COM (2002) 17 final, citado.

41 Sublinhados nossos.

42 Estudos encomendados pela Comissão Europeia, que precederam a proposta e onde são apresentados e devidamente analisados todos os critérios, métodos e procedimentos de avaliação de danos ambientais, previstos e praticados em vários países, mormente os desenvolvidos pela análise económica do ambiente nos Estados Unidos e adoptados pelo legislador norte-americano. Referimo-nos a *Study on the Valuation and Restoration of Biodiversity Damage for the Purpose of Environmental Liability*, *Final Report*, *by MACALISTER ELLIOT AND PARTNERS LTD*, de Maio de 2001, de onde se destacam os Anexos , nos quais (muito especialmente no Anexo A) é desenvolvida uma análise com explanação detalhada da legislação, da doutrina e da experiência americanas. De referir igualmente *Liability & Compensation Regimes Related to Environmental Damage: Review by UNEP Secretariat*, *For an Expert Meeting, 13th-15th May 2002*, *Geneva*.

43 Sobre a avaliação do dano ecológico e, particularmente do dano florestal, cf. CRUZ, B. Martins da, Princípios Jurídicos e Económicos para a Avaliação do Dano Florestal, In: Lusíada, **Revista de Ciência e Cultura,** Série de Direito, Universidade Lusíada, Porto, n. 2, 1998, Coimbra Editora, Dez. 99, p. 587 e ss..

me neste domínio, aproveitando a (por enquanto) inexistente pluralidade de jurisprudências nacionais a tolher tal desígnio.[44] Pelo contrário, estimula-se mesmo a tão indesejável multiplicação dos critérios e dos métodos avaliativos, incentivando cada Estado-membro a fixar a sua própria legislação sobre a matéria e prejudicando a necessária unidade legislativa que num domínio onde os danos, não raro, apresentam carácter transfronteiriço, com contornos internacionais e multinacionais, se assume como um dos objectivos essenciais do Direito Internacional do Ambiente. Onde, enfim, a aplicação de diferentes critérios e métodos de avaliação dos danos tem sido causa provada (basta ter presentes os grandes desastres ambientais ocorridos nas últimas décadas) de discrepâncias indemnizatórias que conduziram a decisões judiciais injustas para o ambiente e para as demais vítimas.

Em suma, um projecto que estabelece um processo de reparação de danos inteiramente administrativo, à luz de uma filosofia de estatização dos conflitos ambientais, que reúne como principais defeitos a bem conhecida ineficácia do Direito Administrativo do Ambiente, que não é exclusiva de Portugal, afectando muitos outros Estados da União Europeia, e a relegação do cidadão e da sociedade civil, e do respectivo direito fundamental a um ambiente são e ecologicamente equilibrado, para um plano menos que secundário. A isto pode acrescer a violação dos mais elementares princípios de justiça que enformam o instituto da responsabilidade por dano, fazendo suportar ao lesado (a comunidade) os efeitos nocivos da lesão, somados aos custos da respectiva prevenção e/ou reparação, e permitindo ao lesante exonerar-se da responsabilidade, após ter lucrado com a actividade danosa. Assim vão os ideais europeus de responsabilidade.

4 A PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA VIGENTE

A grande questão que a filosofia adoptada na Directiva europeia nos coloca, consiste em saber como concatenar esta nova forma de abordar a responsabi-

44 Como acontece com a problemática geral da responsabilidade pelo dano ecológico, onde a pluralidade de entendimentos legais e jurisprudenciais firmou doutrina, nos diversos Estados-membros, ao ponto de, segundo afirmação da própria Comissão Europeia, ter impedido a ratificação e subsequente entrada em vigor da Convenção de Lugano e sendo hoje responsável pelos lamentáveis recuos de que a proposta em análise se faz evidência. Cf. **o Livro Branco sobre a responsabilidade ambiental,** op. cit., passim e, em especial, p. 28.

lidade por dano ecológico e o regime legal, baseado no instituto da responsabilidade civil, que vigora em Portugal.

Se procedêssemos a uma comparação norma a norma e apesar das inúmeras lacunas de que padece o Direito do Ambiente em Portugal, e em particular o regime jurídico da responsabilidade por dano ecológico, não duvidamos de que chegaríamos facilmente à conclusão de que a regulamentação constante da legislação nacional é mais favorável aos valores ambientais, aproximando-se daquilo que consideramos ser o regime desejável para o exercício da responsabilidade por dano ecológico. Basta, para tanto, pensar no reconhecimento da legitimidade para a acção popular, a interpor num tribunal comum,[45] a todo e qualquer cidadão,[46] incluindo as ONG's de defesa do ambiente;[47] no seguro obrigatório da responsabilidade civil;[48] na maior amplitude da responsabilidade objectiva,[49] só para citar alguns exemplos e, isto, apesar de certas das normas mais avançadas carecerem de aplicabilidade, dada a omissão da regulamentação exigida para a respectiva entrada em vigor.[50]

Olhado o novo regime consagrado na Directiva, teme-se que o esforço de quase duas décadas de legislação ambiental tenha sido em vão, e que os frutos colhidos se encontrem definitivamente perdidos. Pensamos contudo que, pelo menos no plano estritamente jurídico, assim não é de todo, permanecendo em vigor todas as normas que enformam o regime legal da responsabilidade civil por dano ecológico e continuando mesmo a fazer todo o sentido a publicação da regulamentação em falta.[51] Nada obriga o legislador português a enveredar pela estatização da responsabilidade por dano ecológico, nem tal opção se coadunará

45 Cf. art. 45º, nºs 1 e 2, da LBA e art. 12º, nº 2, da Lei de Acção Popular, Lei 83/95.

46 Cf. art. 40º da LBA e art. 2º da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, designada Lei da Acção Popular.

47 Cf. art. 10º da Lei nº 35/98, de 18 de Julho, designada lei das ONGA's.

48 Cf. art. 43º da LBA.

49 Cf. art. 41º da LBA.

50 Como é o caso do art. 41º, nº 2, da LBA, *v.g.*. Cf. art. 41º, nº 2, conjugado com os arts. 51º e 52º, nº1, todos da LBA. A justificação que as autoridades portuguesas têm dado para a ausência da dita regulamentação escuda-se na própria indecisão europeia sobre a matéria. À azáfama da preparação do Livro Verde, que culminou na Convenção de Lugano, seguiu-se a apatia que foi adiando a respectiva ratificação, parecendo agora terminar com o estrondoso retrocesso em que a Directiva em análise se traduz.

51 A qual se encontra até facilitada pela Directiva. Consistindo uma das lacunas mais óbvias da LBA na omissão de um elenco legal de actividades perigosas a sujeitar à responsabilidade objectiva, como vimos, o Anexo III da Directiva, ao fornecer uma lista das actividades consideradas perigosas para efeitos de responsabilidade estrita, poderá ser adoptada como guia pelo legislador português, permitindo-lhe terminar de vez com a lamentável inoperância de uma lei que, não fôra esta lacuna, poderá ainda ser considerada uma das mais avançadas na Europa.

bem com a filosofia e os valores dominantes na sociedade portuguesa, onde prevalecem os ideais de liberdade e de democracia participativa.

Se dúvidas houvesse, o art. 16º da Directiva desvanece-as, declarando inequivocamente a prevalência do Direito nacional, ao afirmar que «a presente Directiva não impede os Estados-Membros de manterem ou adoptarem disposições mais estritas[52] **em relação à prevenção e à reparação de danos ambientais**, incluindo a identificação de outras actividades a sujeitar aos requisitos de prevenção e reparação da presente Directiva, e a identificação de outros responsáveis ».

Vemos aí afirmado um princípio de prevalência do Direito nacional sobre a regulamentação fixada na Directiva. Isto, apesar das dificuldades de interpretação e de aplicação que esta norma nos levanta. Estas dificuldades afiguram-se-nos consideráveis e traduzem todos os inconvenientes de um regime duplo. Para as ultrapassar, será talvez necessário estabelecer um quadro de normas de conflitos, quando, por exemplo, o cidadão lesado no seu direito ao ambiente se dirigir a um tribunal de Direito comum, enquanto que, pelo seu lado, a autoridade competente decidiu igualmente intervir. Neste caso, qual deverá considerar-se o tribunal competente, o civil (comum) ou o administrativo? Os dois têm missões diferentes: o juiz civil deve ordenar e executar a reparação do dano, enquanto que o tribunal administrativo anulará ou confirmará o acto administrativo que ordenou a reparação, ou que, pelo contrário, decidiu que não existia dano a ser reparado. Mais, os regimes que regulam a reparação não são exactamente os mesmos. Como proceder então para os harmonizar? Quando a autoridade administrativa competente agir, com fundamento na Directiva, que regime deverá ela aplicar, o

52 É evidente que o facto de saber o que se deve entender por *disposições mais estritas* merece alguma reflexão, tanto mais que o legislador europeu não nos dá qualquer definição. Parece-nos, contudo, que esta definição deve ser encontrada através de uma interpretação teleológica, buscando-a nos objectivos, fins e princípios subjacentes à Directiva. Ora, esta define como um dos seus objectivos essenciais a *aplicação do princípio do poluidor-pagador, em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável* (cf. Considerando (2)), visando *prevenir e reparar, **tanto quanto possível**, os danos ambientais* (cf. Considerando (1). Nossos sublinhados) « *O princípio fundamental da presente Directiva deve portanto ser o da responsabilização financeira do operador cuja actividade tenha causado danos ambientais ou a ameaça iminente de tais danos, a fim de induzir os operadores a tomarem medidas e a desenvolverem práticas por forma a reduzir os riscos de danos ambientais*.» (cf. Considerando (2)). Resulta assim suficientemente claro que o fim essencial da Directiva visa à preservação e a protecção do ambiente, através da prevenção e da reparação dos danos que lhe são causados, no respeito pelo princípio do poluidor-pagador. Assim, uma disposição deverá ser considerada como *mais estrita*, relativamente a outra, sempre que ela se aproxime mais deste fim, permitindo atingi-lo, e garantido a prevenção e a reparação de um maior número de danos, em cumprimento do princípio do poluidor-pagador.

do Direito nacional, mais favorável ao ambiente, ou o regime menos favorável previsto na Directiva? Não são mais do que pequenas ilustrações das dificuldades que o intérprete e o aplicador do art. 16º (e também do art. 13º, n. 2, estabelecendo expressamente a primazia do Direito nacional relativamente às «*disposições de Direito nacional que regulem o acesso à justiça*») da Directiva terão de enfrentar.

Por mais importantes que as referidas dificuldades de interpretação e de aplicação destes dois artigos da Directiva sejam, dever-se-á procurar sempre a solução que se mostre mais compatível com uma protecção eficaz do ambiente.

Para a encontrar, preferimos ver, nesta nova Directiva, o estabelecimento de um Direito mínimo, respeitante à prevenção e à reparação dos danos ecológicos. Este Direito mínimo deve ser entendido no sentido de um Direito complementar, vindo preencher as lacunas do Direito nacional, mormente quanto à obrigação de agir imposta às autoridades públicas e à Administração.

Ele enriquecerá certamente o Direito nacional, estabelecendo e organizando a participação da Administração Pública na prevenção e na reparação dos danos causados ao ambiente, sobretudo no que concerne aos sítios órfãos. A bola passa assim para o campo do legislador português. Este passa a ter, nas suas mãos, a possibilidade de melhorar o Direito Ambiental português, dotando-o de um instrumento que lhe é necessário, sem todavia abandonar quanto já se encontra adquirido pela legislação portuguesa. Esta poderá sempre ser considerada como uma das melhores, não fôra a ausência de regulamentação, que ainda se está a tempo de pôr em vigor, aproveitando (porque não?) os anexos da Directiva que nos poderão fornecer uma ajuda preciosa. Como nos diz o Professor Krämer, «*só temos um único Portugal, uma única Europa e um único Planeta*» e «*a protecção do ambiente ou uma evolução dirigida a um desenvolvimento económico cioso das exigências ambientais requer antes de tudo uma vontade política dos actores políticos e económicos, uma tomada de consciência de cada um de que se trata do* seu *ambiente que ele deve preservar e proteger e uma determinação dos juristas, no sentido de não se contentarem com o que actualmente se encontra adquirido pelo Direito, mas de contribuir para a inversão das tendências actuais com vista a uma evolução mais positiva*».[53]

53 Ibidem. No original : «la protection de l'environnement ou une évolution vers un développement économique soucieux des exigences environnementales requiert avant tout une volonté politique des acteurs politiques et économiques, une prise de conscience de chacun qu'il s'agit de son environnement qu'il doit préserver et protéger et une détermination des juristes de ne pas se contenter de l'acquis actuel du droit, mais de contribuer à renverser les tendances actuelles vers une évolution plus positive».

Pensamos até que, mantendo-se e aperfeiçoando-se o regime jurídico nacional de responsabilidade civil por dano ecológico, a responsabilidade ambiental consagrada na Directiva poderá vir enriquecer o regime vigente, funcionando como complemento deste, estabelecendo e disciplinando a participação da Administração Pública na prevenção e reparação dos danos causados ao ambiente. O importante é que não se aceitem recuos relativamente às soluções em vigor, em nome do atraso, da teimosia dogmática ou das pressões económicas que continuam a inflectir as posições de poderosos Estados da União, que se acham no direito de impor aos demais as suas soluções bolorentas e castigadoras do ambiente. Assim saiba Portugal resistir, conservando, desenvolvendo e aperfeiçoando a boa legislação ambiental que tem. Esta, porém, já não é uma questão jurídica, mas política, e nela se conterá, muito provavelmente, a resposta à delicada pergunta que encerrará esta breve abordagem: que perspectivas para a responsabilidade civil por dano ecológico? Tentemos responder-lhe.

5 CONCLUSÃO: QUE PERSPECTIVAS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL?

Acabamos de ver que, no plano estritamente jurídico, a subsistência do instituto da responsabilidade civil na reparação do dano ecológico não se encontra posta em causa pela Directiva. Quando nos interrogamos sobre o futuro daquele instituto na reparação dos danos ambientais, não pretendemos, por isso, manifestar uma preocupação estritamente jurídica, mas provocar a reflexão urgente sobre os instrumentos jurídicos que melhor satisfazem a prossecução dos valores ambientais e, em especial, as preservação e defesa do ambiente, em consonância com os valores da liberdade, da democracia e do respeito pelos direitos dos cidadãos.

Nada temos contra o Direito Público, em geral, ou contra o Direito Administrativo, em particular. Apesar da sua juventude, relativamente ao vetusto Direito Civil, ambos são hoje imprescindíveis na regulação da sociedade. O que tememos é o exacerbamento dos mecanismos de Direito Público, em áreas do jurídico e do social, em que a liberdade de acção e a participação do cidadão e da sociedade civil, na defesa de valores fundamentais, é essencial.

Assiste-se, nos nossos dias, a uma crescente e, em nossa opinião, também

perigosa, administrativização dos conflitos,[54] retirando aos tribunais, orgãos de soberania independentes da Administração, boa parte dos litígios que pertencem intrinsecamente ao poder judicial. A Administração não tem apetência natural para resolver litígios entre particulares. Mesmo os tribunais administrativos devem ocupar-se estritamente com causas que opõem os cidadãos ao Estado ou diferentes órgãos do Estado, entre si.

Ora, quando um particular causa um dano no ambiente, todo e qualquer cidadão é lesado no seu direito fundamental a um ambiente são e ecologicamente equilibrado, devendo ser livre de agir em sua defesa, através do recurso para os tribunais comuns. Estes processos judiciais terão como partes todo e qualquer cidadão que se sinta lesado e o poluidor lesante. A lesão é difusa, colectiva, mas também individual, pois que o direito ao ambiente, sendo um direito comum, concernente a todos, é igualmente um direito individual, correspondente a cada um e, parcela do direito colectivo, pertença de todos. A acção popular é o meio processual adequado, podendo ser exercida de forma individual ou colectiva.

O papel do Estado-administrador pode até ser mais activo neste tipo de acção sobre interesses difusos, visto estar envolvido o interesse da comunidade, mas não nos parece correcto poder falar-se de interesse público, em sentido verdadeiro e próprio. A Administração poderá, por conseguinte, intervir de forma complementar, mas não aceitamos que se substitua totalmente aos cidadãos lesados, cerceando o respectivo direito de recorrer directamente para os tribunais comuns, sempre que a lesão ambiental que vitima o seu direito o justifique.

Não compreendemos posições que insistem em negar a necessidade de

54 Esta preocupação com a crescente estatização/administrativização da justiça ambiental, e até mesmo dos conflitos interindividuais, onde se assiste a uma escalada na preterição dos direitos da defesa, em particular, e do cidadão, em geral, foi acentuada por todos os juristas que participaram na *Jornada de Conferências no âmbito do IV Curso "***O Direito no Limiar do III Milénio",** organizada pelo ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, que decorreu em 10 de Maio de 2002. Não tendo sido eleito o tema específico da *Jornada*, ela constituiu contudo a nota dominante das comunicações apresentadas, enquanto preocupação real e presente dos juristas europeus, pois que na referida *Jornada* participaram juristas de Portugal, da Itália e da França, num curso que era dirigido a Juízes e Procuradores da República do Brasil. Também já **nas I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente,** que decorreram na Universidade Lusíada do Porto, em 22, 23 e 24 de Novembro de 2001, foi manifestada esta preocupação, bem como denunciada como indesejável e prejudicial ao bom desenvolvimento do Direito do Ambiente, a referida promiscuidade entre Administração e Justiça. Cfr., em especial, **o Relatório do Debate sobre a Aplicação do Direito do Ambiente em Portugal e no Brasil**, publicado nos anais das Jornadas, numa edição conjunta do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, da Universidade Lusíada, e o Instituto do Ambiente, do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, de Portugal. Pp. 402-427.

um Direito Penal do Ambiente, nem aceitamos as doutrinas que persistem em reconhecer a existência de dano ecológico ressarcível, apenas quando o bem ambiental sobre que incidiu o dano seja objecto de uma apropriação individual, só ao proprietário sendo permitido agir em defesa do ambiente. O ambiente não é um bem público nem privado. É um bem colectivo, insusceptível de apropriação, que cabe a todos e a cada um de nós respeitar e defender, Estado ou cidadão. Um regime de reparação assente no Direito Privado permitirá mais facilmente resistir às tentações totalitárias que o excesso de regulamentação e de intervenção administrativas tendem sempre a gerar.

Este regime existe e é exequível.[55] Estamos convictos de que os verdadeiros obstáculos à aplicação de um tal regime são mais de ordem política do que jurídica. Resta-nos, apesar de tudo, a esperança de contribuir para uma reflexão sobre os mecanismos jurídicos que podem servir melhor à protecção do ambiente e participar, da melhor forma possível, na construção de um Direito do Ambiente eficaz e baseado em valores democráticos.

Ao Estado-legislador, compete-lhe fixar os instrumentos jurídicos adequados a uma defesa eficaz, sem contudo precludir o direito de agir de cada um; ao Estado-aparelho-judiciário, cumpre-lhe aplicar as normas ambientais, conferido-lhes exequibilidade e garantindo os direitos nelas consagrados; ao Estado-administração, incumbe a fiscalização do cumprimento das regras regulamentares, licenças e autorizações por si concedidas, orientando e auxiliando o cidadão na protecção e preservação dos bens ambientais.

Concluímos pois que, se a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos danos causados ao ambiente se encontra em risco, isso não se deve a qualquer menor adequação deste instrumento de Direito Privado aos fins de prevenção e reparação visados, mas sim, a uma crescente e irrazoável tentação do poder administrativo, que invade a esfera de competências dos demais órgãos de soberania. Os resultados desta política de super-potência-administrante-legiferante-julgadora, têm-se mostrado claramente negativos, conduzindo, não raro, à paralisação dos serviços responsáveis ou, simplesmente, à sua predominante ineficácia, já para não falar das injustiças gritantes que a actuação da administração provoca, ao interferir em areas que não pertencem decididamen-

55 CRUZ , Branca Martins da, **De la réparation du dommage écologique pur**: étude à la lumière du droit portugais. Nice, Janeiro de 2005 (tese de Doutoramento em vias de publicação).

te à sua natural esfera de competências.

As leis elaboradas por técnicos não juristas são, quantas vezes, deploráveis, injustas e/ou impassíveis de aplicação; a administração é o primeiro grande violador das normas que excreta, omitindo a cada passo os seus deveres de polícia, que o pesado aparelho, politizado e sujeito a todo o tipo de pressões e influências, se mostra incapaz de cumprir.[56] Como juiz, tem mostrado parco respeito pelo Direito e pelos direitos.

Ao arrepio de uma evolução de 30 anos que, partindo da atribuição de um direito subjectivo fundamental ao ambiente, se orientava para a consagração do princípio da participação activa do cidadão na protecção deste novo bem jurídico, este retorno compulsivo ao Direito Administrativo terá apenas como efeito fazer recuar o Direito do Ambiente. Doravante, no quadro da nova Directiva, a sociedade civil e os seus representantes não terão mais do que o direito de contestar as decisões administrativas, sendo que a reparação ou a prevenção dos danos já não lhes pertencerá. O poder do juiz fica assim relegado ao mero controlo (pelos tribunais administrativos) das decisões administrativas tomadas, não lhe cabendo decidir o que deve ou não deve ser reparado, quem deverá reparar e como a reparação deve ser feita. O Estado-Administração concentra todos os poderes e todos os direitos. O cidadão, pela sua parte, submete-se apenas aos efeitos das decisões (ou da ausência destas) da *autoridade competente*.

À luz do Direito português do Ambiente, uma tal solução será compatível com a consagração constitucional de um direito fundamental ao ambiente? O conteúdo deste direito poderá reduzir-se a um mero direito de recurso contra um acto administrativo? Não nos teremos enganado, o legislador incluído, quando sustentámos, e finalmente consagrámos na lei, um direito de acção popular civil (ele também constitucional) que permite aos cidadãos, individualmente ou organizados em associações, interpor acções judiciais de Direito comum directamente contra os poluidores? Este Direito de acção popular poderá ser reduzido à previsão do legislador comunitário, quando este declara que «*as pessoas afectadas ou passíveis de o serem por um dano ambiental devem ter o direito de requerer a intervenção da autoridade com-*

56 OST, François, **La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit.** Paris: Ed. La Découverte, 1995, p.107 e ss..

petente» ?[57] Um tal «*direito*» não corresponde certamente ao *direito fundamental a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado* e ao *dever de o defender* consignados no art. 66º da Constituição portuguesa e reconhecido a todos. Que a protecção do ambiente seja «*um interesse difuso*» [58], é uma evidência, mas, retirar os direitos até aqui reconhecidos aos cidadãos pela única razão que «*um indivíduo nem sempre age ou está em posição de agir*» [59], mostra uma parca confiança na democracia participativa e pouco respeito pelos direitos em que esta deve sempre apoiar-se. Isto, sem esquecer que a afirmação pré-citada falta à verdade. Se é certo que os particulares nem sempre agem, por outro lado, não é menos verdade que eles nem sempre se encontram em posição de agir. Tudo dependerá naturalmente da forma como o Direito nacional trata os direitos de acesso à justiça.[60]

Pugnamos, por isso, por uma longa vida, no que concerne à subsistência dos mecanismos de Direito Privado, e em particular ao instituto da responsabilidade civil na regulação dos conflitos ambientais, e fazemos um voto para que as autoridades portuguesas não se deixem envolver no canto de cisne europeu, conservando-se fieis ao rumo traçado em 1987 para a legislação portuguesa de ambiente, esperando que os ventos mudem na Europa ambiental e se retorne ao bom senso que marcou a fase áurea do Direito Comunitário do Ambiente.

Isto pode hoje parecer comprometido pela filosofia da nova Directiva Comunitária, mas nós temos esperança em que o tempo se encarregará de desmentir estes receios, este tempo *virtual*, que François OST descreve como «*um tempo da urgência mediática, tempo intempestivo do controlo administrativo, tempo improvisado das políticas públicas, tempo dessincronizado da autoregulamentação, tempo reversível da experimentação, tempo contingente da negociação, tempo provisório da lei em estaleiro permanente* […]».[61]

57 Cf. Considerando (25) da Directiva

58 *Ibidem.*

59 *Ibidem.*

60 Sobre este ponto, cf. art.13º, n.º2, da Directiva. Trata-se de uma emenda à Proposta, que não salvaguardava de forma expressa o Direito nacional, nesta matéria. Cfr. art.º 15º, § (2) da Proposta.

61 No original: «*un temps de l'urgence médiatique, temps intempestif du contrôle administratif, temps improvisé des politiques publiques, temps désynchronisé de l'autorégulation, temps réversible de l'expérimentation, temps contingent de la négociation, temps provisoire de la loi en chantier permanent […]*». Cfr. OST, François, Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information, In: **Les transformations de la régulation juridique**, sous la direction de Jean *Clam et Gilles Martin*, Paris: Ed. Droit et Société, 1998.