

DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DANO AMBIENTAL?

Direito, mentiras e crítica⁽¹⁾

Carla Amado Gomes⁽²⁾

RESUMEN:

As reflexões que se seguem — na sequência de uma primeira leitura que fizemos, no contexto das *Jornadas de Direito do Ambiente: O que há de novo no Direito do Ambiente?* promovidas pelo ICJP da FDL, em Outubro de 2008³ — evoluem desde uma crítica de fundo, estrutural, que se prende precisamente com o *espartilhamento* do regime estabelecido no DL 147/2008 (=RPRDE), para interrogações mais localizadas, conjunturais, que o diploma vai semeando. A nossa intenção é iluminar (e neutralizar) a perigosa bipolaridade do novo regime e aproveitar o ensejo da escrita para retomar e aprofundar indagações anteriores, nomeadamente no que tange ao âmbito de aplicação do diploma, nas dimensões subjectiva, objectiva e temporal.

PALABRAS CLAVE:

Portugal, Reparação de Danos ambientais, Directiva 35/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, DL 147/2008, de 29 de Julho, Bipolaridade da responsabilidade por dano ambiental, âmbito subjectivo, âmbito objectivo, âmbito de aplicação temporal, interesses das gerações futuras no quantum indemnizatório, dano moral ambiental,

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O DL 147/2008, de 29 de Julho⁴, inscreveu no ordenamento jurídico português o regime de prevenção e reparação de danos *ambientais*. Fê-lo na sequência da directiva 35/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, que vem harmonizar as legislações dos 27 Estados-membros em tema de prevenção e reparação de dano *ecológico*. As reflexões que se seguem — na sequência de uma primeira leitura que fizemos, no contexto das *Jornadas de Direito do Ambiente: O que há de novo no Direito do Ambiente?*

¹ Este texto constitui a versão longa da intervenção da autora no Colóquio subordinado ao tema *Responsabilidade civil por dano ambiental*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, numa realização conjunta do ICJP, do ILDA e da APDA, com o patrocínio da FLAD.

² *Carla Amado Gomes* é Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

³ *Carla AMADO GOMES, A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho*, in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008, org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Lisboa, 2009, pp. 235 segs.

⁴ Com a alteração introduzida pelo DL 245/2009, de 22 de Setembro, que deu nova redacção à subalínea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 11.º (e revogou o artigo 95.º da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, para o qual anteriormente se remetia).

promovidas pelo ICJP da FDL, em Outubro de 2008⁵ — evoluem desde uma crítica de fundo, estrutural, que se prende precisamente com o *espartilhamento* do regime estabelecido no DL 147/2008 (=RPRDE), para interrogações mais localizadas, conjunturais, que o diploma vai semeando. A nossa intenção é iluminar (e neutralizar) a perigosa bipolaridade do novo regime (em I.) e aproveitar o ensejo da escrita para retomar e aprofundar indagações anteriores, nomeadamente no que tange ao âmbito de aplicação do diploma, nas dimensões subjectiva, objectiva e temporal (em II.).

II. O MAIOR PECADO DO RPRDE: A (FALSA) BIPOLARIDADE DA RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

Como começou por apontar-se, o RPRDE encontra a sua mais próxima filiação na directiva comunitária de 2004. Esta, por seu turno, inscreve-se na linha de continuidade da Convenção de Lugano (1992), que nunca chegou a entrar em vigor por não ter merecido uma única ratificação. Nesse instrumento prevê-se claramente a autonomização do dano ecológico, da lesão de bens ambientais *de per se*, destacando-se da lesão pessoal [cfr. o artigo 2/7, c)⁶].

Também é essa, de resto, a tendência no Direito Internacional geral: veja-se o Projecto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre *Responsabilidade internacional do Estado em caso de dano provocado por poluição transfronteiriça decorrente de actividades perigosas* (2006), cujo artigo 2/a), define dano ambiental como: dano pessoal; dano patrimonial; e dano a componentes ambientais. E o *Projecto sobre responsabilidade internacional dos Estados* da mesma Comissão, na sua primeira versão, de 1996, continha uma norma sobre crimes internacionais que integrava os crimes contra o ambiente [artigo 19/3/d) — na verdade, a norma referia-se a "human environment"], destrinchando-os dos crimes contra as pessoas (por violações dos direitos humanos).

O legislador nacional, ao dedicar a *parte de leão* do RPRDE ao dano ecológico (veja-se o Capítulo III, sob a infeliz epígrafe *Responsabilidade Administrativa...*⁷), foi coerente com os objectivos da directiva. Porém, ao inserir um Capítulo II dedicado à *Responsabilidade Civil*, introduziu um elemento de dúvida existencial no regime pois, não só fez crer que no

⁵ Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho**, in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008, org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Lisboa, 2009, pp. 235 segs.

⁶ Cfr. o n.º 7 do artigo 2 (itálico nosso):

"«Dommage» signifie:

a) le décès ou des lésions corporelles;

b) toute perte de ou tout dommage causé à des biens autres que l'installation elle-même ou que les biens se trouvant sur le site de l'activité dangereuse et placés sous le contrôle de l'exploitant;

c) toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement, dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme constituant un dommage au sens des alinéas a) ou b) ci-dessus, pourvu que la réparation au titre de l'altération de l'environnement, autre que pour le manque à gagner dû à cette altération, soit limitée au coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront".

⁷ Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité environnementale. Entre responsabilité civile et mesures de police administrative**, in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benoît Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009, pp. 137 segs, 138-156) questionam-se sobre a filiação da directiva numa lógica de responsabilidade civil, inclinando-se para a qualificar como um quadro de competências de polícia administrativa. É disso, com efeito, que trata o Cap. II do RPRDE.

Capítulo III se não trata, afinal, de utilizar o instituto da responsabilidade civil (ou, noutra perspectiva, se aplicaria este mas apenas a entidades públicas, o que geraria um outro pólo problemático, derivado da necessidade de articulação com o regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro...), como trouxe para o diploma todo um conjunto de situações claramente excluídas do seu âmbito de aplicação, por desnecessidade e diferença.

Por desnecessidade, uma vez que as hipóteses de dano pessoal e patrimonial estão cobertas pelas normas do Código Civil, nos artigos 483º e segs; por diferença, porque só o dano ecológico *stricto sensu* recomenda um regime especial de reparação ou compensação de lesões, em virtude da especificidade dos bens. Por outras palavras, a factualidade que reclamava a existência de um regime como o do RPRDE era a dificuldade de integrar o dano ecológico nos estreitos parâmetros do Código Civil e da Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei da participação procedimental e da acção popular)⁸. Esta última, se bem que aponte para a defesa de interesses difusos, entre os quais o ambiente (artigo 2º/1), por autores desinteressados, não estabelece critérios de reparação das lesões de bens de fruição colectiva, nem esclarece para quem revertem as indemnizações pecuniárias reclamadas pelos autores populares em caso de lesão ecológica insusceptível de reparação, total ou parcial, no sentido da reconstituição do *statu quo ante* (para que aponta o artigo 48º/1 da Lei da Bases do Ambiente, Lei 11/87, de 7 de Abril = LBA).

Com o Anexo V do RPRDE, tais dúvidas ficam resolvidas — sendo certo que tal anexo só a biólogos se revela plenamente inteligível, uma vez que tendencialmente só eles detêm o conhecimento científico que permite integrar o conceito de “dano ecológico” (alteração significativa mensurável do estado ou utilidades de um bem ambiental natural). O Anexo V ilumina o lote de medidas necessárias à reconstituição da situação actual hipotética, de preferência através de medidas de reparação natural *in situ*. Esclarecidas também ficaram as interrogações relativas ao destino de indemnizações pecuniárias que resultem de acções de condenação a cessação da conduta lesiva e respectiva indemnização por danos propostas por autores populares: revertem para o Fundo de Intervenção Ambiental e ficam afectas a projectos de recuperação de bens ambientais (cfr. o artigo 6º/1/d) do DL 150/2008, de 30 de Julho).

Na realidade, a maior novidade introduzida pelo RPRDE — apesar de esbatida pela errância do legislador... — traduz-se na autonomização do dano ecológico em face do dano ambiental, confirmada pela inclusão de critérios de reparação específicos. No entanto, a segunda mudança trazida pelo regime não é despicienda, embora se revele menos revolucionária do que à primeira vista parece. Estamos a referir-nos às competências administrativas de prevenção e reparação do dano ecológico, previstas nos artigos 14º, 15º e 16º do RPRDE. Quanto à prevenção, há que sublinhar a articulação do RPRDE com dois modelos de prevenção pré-existentes e (desejavelmente) omnipresentes no contexto da regulação e fiscalização de actividades com impacto significativo no ambiente: os modelos autorizativo e sancionatório. O primeiro, na medida em que condensa na autorização os deveres de

⁸ Sobre o conceito de dano ecológico e sua articulação possível com o ordenamento legislativo anterior ao RPRDE, José CUNHAL SENDIM, **Responsabilidade civil por danos ecológicos**, Coimbra, 1998, *passim*, e Branca MARTINS DA CRUZ, **De la réparation du dommage écologique pur – Étude à la lumière du Droit portugais**, tese inédita em Portugal, citada a partir de arquivo electrónico gentilmente cedido pela autora (Parte II).

prevenção do operador, bem assim como lança à Administração o trilho de seguimento do cumprimento destes; o segundo, e sem embargo da sua natureza repressiva, porque confere à Administração (nomeadamente, à IGAOT, nos termos da Lei 50/2006, de 29 de Agosto⁹) poderes de, passe a expressão, *repressão preventiva*, consubstanciada na determinação de medidas de prevenção do dano, de reconstituição da situação existente (caso ele já tenha ocorrido) e de minimização dos efeitos lesivos da conduta danosa, conforme o disposto no artigo 41º/1/g) da lei citada.

Ou seja, na parte em que reconhece competências administrativas de *prevenção*, o RPRDE vem, em bom rigor, criar um sistema alternativo ao esquema competencial e regulatório que já resulta dos modelos autorizativo¹⁰ e sancionatório — para a articulação com este último, *vide* o artigo 30º do RPRDE. No que concerne à reparação do dano, a alternatividade também existe, mas relativamente a um esquema de reconstituição tutelado pelos tribunais¹¹. A circunscrição da responsabilização a medidas de tutela reconstitutiva e a natureza paracontratual do procedimento descrito no artigo 16º (quer seja de iniciativa oficiosa, quer parta do operador lesante) são factores neutralizadores do hipotético atrito entre competências administrativas e jurisdicionais, sendo certo, todavia, que tanto a determinação das medidas nos termos do artigo 16º/2 e 3, como a imposição de deveres de reparação/minimização urgente no quadro do artigo 15º/3/c) configuram actos administrativos, jurisdicionalmente sindicáveis junto dos tribunais administrativos¹² — e passíveis de suspensão de eficácia.

Efectivamente, a falsa bipolaridade induzida pela epígrafe do Capítulo III — e pela mera presença do Capítulo II — cria equívocos de várias ordens: por um lado, faz crer que a responsabilidade pela (prevenção e) reparação do dano ecológico é primariamente da Administração, quando na verdade é do operador; por outro lado, incute a impressão de que reparar um dano ecológico não passa pela utilização do instituto da responsabilidade civil, denotando uma visão claramente privatista, a qual esquece a natureza de "património comum do Direito" que a responsabilidade civil reveste (e ainda que o RPRDE distenda claramente a noção de responsabilidade, nela incluindo a prevenção do dano); e enfim,

⁹ Alterada e republicada pela Lei 89/2009, de 31 de Agosto.

¹⁰ No tocante à articulação com o regime autorizativo, ela poderá não se revelar problemática sempre que estivermos perante actividades sujeitas a licença ambiental, cuja competência de concessão cabe à APA (cfr. o artigo 9º/1 do DL 173/2008, de 26 de Agosto — mas cfr. também o artigo 31º deste DL, que defere à IGAOT, às CCDRs e às Administrações de Região Hidrográfica competências de fiscalização do cumprimento dos deveres ínsitos na licença ambiental...). No entanto, nem o âmbito da responsabilidade por facto ilícito se esgota nas actividades do Anexo III, nem a intervenção da APA esgota a participação de entidades com competência inspectiva no procedimento autorizativo global, o que potencia conflitos de competência e gera, para o operador, a necessidade de acautelar o cumprimento de todos os normativos aplicáveis, desmultiplicando-se em notificações (cfr. o artigo 14º do RPRDE).

¹¹ Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, *cit.*, p. 150; v. também as observações a pág. 157) chamam identicamente a atenção para este ponto, assinalando que, enquanto no modelo clássico de responsabilidade civil, encaramos uma relação triangular (autor/vítima/juiz), na responsabilidade ecológica esta relação se estabelece entre Administração e operador/autor: "La relation retenue tient, sans conteste, à la spécificité du dommage environnemental. La rapidité d'intervention qu'il requiert se prête incontestablement mieux à une intervention d'une autorité administrative spécialisée qu'à l'intervention d'un juge".

¹² Pelos lesantes e pelos proprietários de terrenos afectados pela realização de operações de reparação, que podem ver-se obrigados a suportar as operações de reconstituição da situação, mesmo que o não queiram (se a recuperação resultar de um dano indivisível). E tanto a título de validade (*v.g.*, violação do princípio da proporcionalidade), como de responsabilização da Administração por agravamento dos danos ecológicos.

como começou por realçar-se, indicia a criação de um *direito alternativo da responsabilidade das entidades públicas*, alheio à Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

Cumprе sublinhar, contudo, que esta *falsa bipolaridade jurídica* tem um contraponto numa *autêntica dualidade de natureza fáctica*, traduzida na dupla faceta de praticamente todos os bens ambientais (salvo o ar), corpórea e ecológica. Na verdade, uma lesão num bem ambiental natural (cfr. os artigos 6º e segs da LBA) pode revelar-se *andrógina*, na medida em que, quando o bem for corpóreo, aos olhos do seu proprietário (caso não seja ele próprio o lesante) emergirá um *prejuízo patrimonial*, mas aos olhos de uma ONGA, de um autor popular ou da Administração, já relevará a título de *dano ecológico*. Assim se compreende a referência do artigo 10º/1 do RPRDE à proibição de dupla reparação (a qual, na realidade, era dispensável, por se tratar de um princípio geral de Direito), uma vez que a reparação do dano ecológico — que é prioritária — pode satisfazer plenamente o interesse indemnizatório do lesado¹³.

Os casos variarão muito. Por exemplo, se o problema for de contaminação hídrica, havendo limpeza do lago ou do braço de rio afectado conjugada com a reposição de espécies, a restauração natural cobrirá o dano emergente do proprietário — ainda que eventualmente não o lucro cessante (imagine-se o caso de um turismo de habitação servido pelo lago contaminado cuja taxa de ocupação decresceu durante o período de contaminação). Já se o dano se traduz na destruição, por fogo posto, de uma plantação de sobreiros, a restauração natural por replantio, constituindo embora a reparação natural preferencial, não elimina todo o dano emergente do proprietário — nem do próprio ambiente, a admitir a utilização da noção também neste plano —, dado o tempo que um sobreiro leva a atingir a idade adulta (cerca de 20 anos).

Note-se que, neste segundo caso, à obrigação de replantio poderão juntar-se obrigações de pagamento de quantias várias ao proprietário, quer a título de dano emergente (o prejuízo imediatamente sofrido), quer a título de lucro cessante (quebra de obrigações contratuais assumidas relativamente à venda de cortiça), bem assim como obrigações de adopção de medidas compensatórias, *in situ* ou *ex situ* (cfr. o ponto 1.1.3. do Anexo V do RPRDE)¹⁴.

¹³ A norma levanta dúvidas a Luís MENEZES LEITÃO (**A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente**, texto destinado a integrar os *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carvalho Fernandes*, disponibilizado pelo Autor, ponto 5.2.), na medida em que possa ser interpretada no sentido de excluir a responsabilidade civil perante a "administrativa". Salvo o devido respeito, não cremos que este problema venha a surgir nestes precisos termos, uma vez que a "responsabilidade administrativa", na vertente reparatória, é ainda e sempre responsabilidade civil, traduzida nos critérios do Anexo V do RPRDE.

¹⁴ Note-se que as medidas compensatórias a que se reporta o RPRDE têm uma natureza reparatória, ao contrário das medidas de compensação ecológica a que alude o regime da Rede Natura 2000 (DL 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro, artigo 10º/12) e o regime da conservação da Natureza (DL 142/2008, de 24 de Julho, artigo 36º), que revestem natureza antecipatória (de danos possíveis mas hipotéticos). Seria importante, como nota Marthe LUCAS (**La compensation environnementale, um mécanisme inefficace a améliorer**, in *RJE*, 2009/1, pp. 59 segs, 65), transpor os critérios gizados pela Comissão Europeia para promover a compensação ecológica no seio do regime da rede Natura 2000 para o regime de prevenção e reparação do dano ecológico, uma vez que é sempre de assegurar a "coerência global" do sistema natural que se cuidará (cfr. os critérios mencionados em http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_fr.pdf - 1.5.). Isto sem embargo de se poder questionar a bondade desta solução, que segundo alguns constitui uma autêntica autorização de destruição de elementos naturais (cfr. Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, **La création d'un marche d'unités de biodiversité est-elle possible?**, in *RJE*, 2009/1, pp. 69 segs, 74 — a propósito da criação de um mercado de unidades de biodiversidade similar ao mecanismo de títulos de emissão de gases com efeito de estufa como forma de incremento do mecanismo de compensação ecológica no âmbito do regime da protecção da Natureza).

Ou seja, em bom rigor, o regime de reparação do dano ecológico tem, na maior parte das vezes, de se articular com a reparação do dano patrimonial do proprietário do bem. Mas essa é uma bipolaridade autêntica, que a estrutura dos bens ambientais reclama e não um artifício inútil gerado pelo legislador e em nada suportado pela directiva. Donde, e como já anteriormente frisámos, o Capítulo II deve ter-se por não escrito e o Capítulo II(I) deveria intitular-se *Deveres de prevenção e reparação do dano ecológico* (por exemplo).

Detecta-se ainda no RPRDE uma outra *bipolaridade*, identicamente dispensável¹⁵. Resulta esta da indefinição do RPRDE quanto ao *diploma/senhor que serve*. É que, constituindo embora transposição da directiva 35/2004/CE, o RPRDE deve curvar-se, antes de mais, perante a LBA (cujos artigos 41º e 48º, de resto, invoca no Preâmbulo¹⁶), pois dela opera desenvolvimento. Ora, a circunscrição dos danos ecológicos aos danos à água, espécies protegidas e solo¹⁷, conforme enunciados no artigo 11º/1/e) do RPRDE, esquece que, nos termos da LBA, devem também considerar-se, para estes efeitos, o ar e o subsolo, sob pena de criação de bases à distinção entre bens ambientais naturais de 1ª e de 2ª. Impõe-se uma interpretação conforme à LBA para pôr cobro a esta dualidade prejudicial para a coerência do Direito do Ambiente e da noção de dano ecológico — de resto não vedada, antes incentivada pela directiva (cfr. o artigo 16/1 desta).

III. ALGUMAS DÚVIDAS GERADAS PELO RPRDE

A) Quanto ao âmbito subjectivo

Numa primeira leitura, conclui-se que o RPRDE alargou duplamente o âmbito subjectivo de aplicação do regime contido na directiva no que toca à responsabilidade aquiliana. Com efeito, enquanto desta apenas decorre a obrigação mínima de imputação a agentes económicos agindo com culpa ou dolo por danos causados às espécies integrantes de zonas de Rede Natura 2000 [artigo 3º/1/b) da directiva], do RPRDE resulta a imputação ao "operador" de quaisquer danos provocados às espécies de zonas protegidas por legislação nacional e internacional (além das da Rede Natura 2000), e ainda à água e ao solo (artigo 13º). Ou seja, o alargamento do universo de danos possíveis distende correlativamente o universo de operadores potencialmente responsáveis.

Esta impressão é perturbada, no entanto, quando cruzamos a noção de operador inscrita no artigo 13º com a definição decorrente do artigo 11º/l) do RPRDE, que remete para a lista de actividades descritas no Anexo III — determinantes para a aferição de

¹⁵ Há ainda uma terceira bipolaridade que resulta, já não do RPRDE, mas antes do artigo 4º/1/l) do ETAF. Trata-se da distinção entre danos ecológicos públicos e privados, consoante provocados directamente por entidades públicas (e privadas agindo ao abrigo de um regime de Direito Administrativo) ou privadas (ainda que ao abrigo de autorizações administrativas). A adopção do critério da natureza do sujeito e não do critério da natureza do bem faz com que a competência dos tribunais para julgamento de litígios emergentes da eclosão de danos ecológicos se divida entre jurisdição administrativa e comum, situação que é criticável pois que, na ausência de tribunais especiais, os tribunais administrativos deveriam ser exclusivamente competentes por se tratar de controvérsias que envolvem bens de natureza colectiva.

¹⁶ A circunscrição dos normativos de extensão a estes dois preceitos levanta dúvidas, uma vez que o RPRDE desenvolve mais dispositivos da LBA (*v.g.*, no campo da responsabilidade objectiva, do seguro).

¹⁷ Que o RPRDE perspectiva do ponto de vista humano — cfr. o artigo 11º/1/e), iii), referindo-se a um "risco significativo para a saúde humana".

responsabilidade objectiva, mas não subjectiva. O elemento decisivo de interpretação reside na expressão "actividade ocupacional", que não se encontra no lote de definições do artigo 11º, mas antes no nº 1 do artigo 2º do RPRDE: "actividade económica, independentemente do seu carácter público ou privado, lucrativo ou não". O que significa que a circularidade excludente do artigo 13º é apenas aparente, não se restringindo a responsabilização por facto ilícito apenas aos operadores das actividades listadas no Anexo III.

Dúvidas podem surgir, no tocante à noção operativa de operador (passe o pleonasma), em caso de coexistência de múltiplos operadores envolvidos numa mesma actividade que origine dano ou ameaça deste, designadamente para efeitos de interlocução com a Agência Portuguesa do Ambiente (=APA), entidade responsável pela aplicação do RPRDE. Pegando num exemplo concreto sugerido por uma participante no Colóquio¹⁸: para uma ameaça de dano ecológico resultante das emissões produzidas num parque de armazenagem de preparações perigosas em que o reservatório é propriedade de A, a licença e a exploração estão cedidas a B, que armazena os produtos de C, e contrata D para fazer as inspecções e certificações da qualidade dos reservatórios. Sendo certo que, à luz da alínea l) do nº 1 do artigo 11º do RPRDE, todos podem ser considerados operadores, sobre qual(ais) deles recaem os deveres de prevenção constantes do artigo 14º/1 e 4 do RPRDE? E caso o dano não possa ser evitado, qual(ais) deles deve reparar?

Julgamos, salvo melhor reflexão, que a adopção de medidas de evitação, minimização e reparação do dano deve ser levada a cabo pela entidade que "exerce poderes decisivos sobre o funcionamento técnico e económico" da actividade [cfr. a alínea l) citada, bem assim como a definição de operador constante da directiva: "qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que execute ou controle a actividade profissional" — artigo 2/6], isto é, C. Só quem tem o domínio dos processos de funcionamento da actividade tem (ou deve ter) correlativamente o conhecimento necessário para seleccionar as medidas mais adequadas. E é também quem directamente lucra com a actividade que há-de ser onerado com o dever de reparação¹⁹.

Isto não significa, todavia, nem que seja sempre o operador directo a tomar as medidas — *vide* os artigos 14º/5/d), 15º/3/f) e 17º/1/a) do RPRDE —, nem que os custos recaiam exclusivamente sobre si, uma vez verificada a necessidade de repartição (interna) de responsabilidade (no exemplo *supra*, C poderia rebater a sua responsabilidade, total ou parcialmente, em D, invocando omissão de deveres de vigilância)²⁰.

Uma outra dúvida remanesce, contudo. Prevalecendo a noção de "actividade ocupacional" como conceito de âmbito mais vasto, o regime do RPRDE fica circunscrito a agentes que desenvolvam, de forma sistemática, uma actividade económica — o que se

¹⁸ Esta dúvida (entre outras) foi-nos colocada, verbalmente e por escrito, pela Dr^a Inês Figueira, a quem reiteramos o agradecimento pela sua colocação. A tentativa de resposta que aqui se empreende situa-se na lógica de reflexão permanente e aberta ao exterior que se pretende ter desencadeado, contribuindo assim para a progressiva maior inteligibilidade do RPRDE aos utilizadores.

¹⁹ Parece ser identicamente este o entendimento de Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT, **La responsabilité...**, *cit.*, p. 167.

²⁰ Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, *cit.*, p. 167) assinalam que, apesar de a directiva apontar para a responsabilização externa de apenas um sujeito (ou seja, inexistência de solidariedade nas relações externas), o direito de regresso é admissível.

compreende, em face dos deveres que lhe poderão ser impostos nos termos dos artigos 14º e 15º do RPRDE, associados a uma estrutura empresarial ou equiparada. Mas, se assim é, onde ficam, neste quadro, os particulares que causam danos a componentes ambientais naturais fora do âmbito de "actividades ocupacionais" — por exemplo, caça recreativa, desportos amadores em meio natural, reunião de amigos num parque nacional que origina incêndio de grandes proporções?

A questão não é saber se o Capítulo III poderia enquadrar estas situações — claramente, não —, mas antes a de *equacionar a possibilidade de utilizar os critérios de identificação do dano ecológico e de reparação deste descritos no Anexo V na operação de reconstituição*. Julgamos ser de toda a conveniência proceder a esta extensão, dado que o restante Direito ambiental português não permite, nem delimitar claramente o dano ecológico do dano ambiental, nem descortinar quaisquer linhas de operacionalização da injunção decorrente do artigo 48º da LBA. Por outras palavras, obstaculizar a esta interpretação extensiva significa perpetuar, para um conjunto não negligenciável de hipóteses, a grave lacuna detectável no panorama legislativo anterior ao início de vigência do RPRDE.

B) Quanto ao âmbito objectivo

O universo de situações cobertas pelo RPRDE encontra-se por exclusão — artigos 2º/1 e 2, 11º/e), 33º e 35º — e por inclusão — artigos 2º/1 e 11º/e) do RPRDE, e 6º segs da LBA. A sobreposição parcial deve-se a que as duas últimas normas do RPRDE citadas sediam o princípio de responsabilização dos operadores económicos por danos ambientais, sendo que estes se podem traduzir em danos às espécies protegidas, à água, e ao solo (quando tal se reflecta negativamente na saúde humana), e ainda, por dever de interpretação conforme à LBA, ao ar e solo e subsolo *de per se* e independentemente de danos à saúde humana.

A questão que cumpre colocar, na sequência da interrogação com que fechamos o ponto anterior mas mais directamente relacionada com as normas inclusivas e excludentes, é a de saber se, para além do RPRDE subsistem regimes especiais, não já delineados em função dos sujeitos mas dos bens ambientais em particular. Por outras palavras, o que pensar da subsistência da solução do artigo 73º do DL 236/98, de 1 de Agosto, sobre responsabilidade por danos à qualidade da água, em face da não revogação expressa do diploma pela Lei 58/2005 (cfr. o artigo 98º desta Lei)?

Sublinhe-se que o legislador, na primeira versão do DL 147/2008, remetia uma parte do regime da responsabilidade por dano à água para o artigo 95º da Lei 58/2005, hoje expressamente revogado pelo DL 245/2009. Esta remissão foi recentemente suprimida, mas o problema equacionado mantém-se, dado que o DL 236/98 abrange mais tipos de águas do que os inscritos na nova subalínea iii) da alínea e) do nº 1 do artigo 11º do RPRDE (*v.g.*, águas para consumo humano, águas do litoral, águas balneares — cfr. o artigo 2º daquele DL) e, subsequentemente, contempla um universo maior do que o "dano à água" visado pelo RPRDE (cfr., aliás, o conceito de águas delimitado na alínea a) do nº 1 do artigo 11º, circunscrito à Lei 58/2005).

Como o artigo 16 da directiva 2004/35/CE não veda a subsistência de regimes especiais, desde que mais favoráveis, cumpre aferir se o artigo 73º traduz um quadro mais favorável do que o RPRDE. Se entendermos que só pelo facto de o DL 236/98 ter um alcance objectivo que o RPRDE não tem já se pode considerar mais favorável, então a sua

subsistência deve ser sustentada. Mas a isto acresce que este diploma permite claramente responsabilizar *qualquer pessoa*, e não apenas os operadores económicos (cfr. o n.º 1). E pode aditar-se ainda que, nos termos do n.º 3, mesmo sem haver possibilidade de determinação precisa, o dano deve ser reparado, por recurso a critérios de equidade — hipótese que a exigência de "mensurabilidade" decorrente da definição de dano inscrita na alínea d) do n.º 1 do artigo 11.º do RPRDE parece excluir.

Assim, e apesar de entendermos que deve ser o Fundo de Intervenção Ambiental e não o Estado (cfr. o n.º 1 do artigo 73.º) a beneficiar de quaisquer quantias que resultem do pedido indemnizatório (caso não seja possível ou suficiente a restauração natural), e de discordarmos da reserva de jurisdição destes pedidos aos tribunais comuns — nos termos do n.º 5 do artigo 73.º, o qual deve ser alvo de uma leitura corrigida, não só à luz do artigo 212.º/3 da CRP, como do artigo 4.º/1/l) do ETAF²¹ —, pronunciamo-nos, salvo melhor reflexão, no sentido da subsistência do artigo 73.º do DL 236/98, por promover regime mais favorável do que o do RPRDE²².

Para além deste regime especial, há que contar ainda com os quadros regulatórios decorrentes de convenções internacionais a que Portugal esteja vinculado, nos termos do artigo 2.º/2/b) e Anexo I, e 2.º/c), Anexo II, do RPRDE — pelo menos sempre que deles decorra uma normatividade especificamente orientada para o enquadramento do dano *ecológico*²³.

C) Quanto ao significado da expressão (A reparação do dano ecológico) "Não consiste numa compensação financeira para os membros do público"

A preferência pela restauração natural tornaria despidiênda esta referência. No entanto, sabemos que reconstituir o estado do bem tal como ele se encontraria caso não tivesse ocorrido a lesão pode revelar-se impossível do ponto de vista fático, ou económico; ou a reconstituição pode protelar-se no tempo, devendo existir disponibilidade de meios financeiros para a ir realizando. Daí que haja casos em que pode colocar-se a questão da indemnização pecuniária, nomeadamente no plano da compensação de perdas transitórias (cfr. os pontos 1.1.3. e 1.2.3. do Anexo V do RPRDE).

Mas o inciso citado quererá impedir irrestritamente a quantificação pecuniária de qualquer outro dano que não o estritamente ecológico; ou apenas sublinhar a exigência de

²¹ Donde, pedidos de indemnização deduzidos contra entidades públicas devem ser apresentados perante os tribunais administrativos, por acção ou omissão lesiva.

²² Parecendo entender que o artigo 73.º citado subsiste, António BARRETO ARCHER, **Direito do Ambiente e responsabilidade civil**, Coimbra 2009, p. 27 — embora sem esboçar qualquer articulação com o RPRDE e louvando a solução da atribuição do (de todo o?) contencioso da responsabilidade por dano ecológico aos tribunais comuns.

²³ Cfr. a advertência de Carole HERMON (**La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004**, in *AJDA*, 2004/33, pp. 1792 segs, 1798), alertando para que a grande maioria das convenções não contempla a reparação do dano ecológico *qua tale*. Apesar de considerarem ser esta interpretação a que melhor serve os interesses da directiva e do RPRDE, Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, *cit.*, p. 165) afirmam que a letra da lei não admite esta redução teleológica.

afecção de quaisquer quantias ao Fundo de Intervenção Ambiental e não a sujeitos isolados, mesmo que constituídos com a finalidade exclusiva de defesa do ambiente?

Este segmento especulativo reclama um desdobramento, dadas as "ramificações" possíveis²⁴. Passemos então a analisar parceladamente:

- 1) **O problema do dano moral ambiental**
- 2) **O problema do cômputo dos interesses das gerações futuras no *quantum* indemnizatório, sempre que, por impossibilidade material ou não plenitude dos objectivos reparatórios, ao lesante seja imposto o pagamento de uma indemnização pecuniária**

1) **O problema do dano moral ambiental**

Constituindo o ambiente uma grandeza de fruição colectiva mas de apropriação individual impossível, a noção de dano moral ambiental revela-se ambígua²⁵. Pensemos no exemplo da floresta que alberga espécies protegidas de fauna e flora destruída por um incêndio decorrente de uma acção humana. Esta floresta era palco de reuniões comunitárias, acções de pedagogia ambiental, zona de excursões de escuteiros, alvo de visitas turísticas em razão da sua beleza e estado de conservação. Poderá conceber-se que, para além da restauração natural – que demorará vários anos e poderá nunca alcançar o estado anterior à lesão, por extinção de espécies –, haja pagamento de quantias à comunidade por perda de fruição de um bem colectivo?

A resposta parece-nos dever ser afirmativa, mas o regime desta responsabilização não se encontra no RPRDE, pois este circunscreve-se ao dano ecológico, ou seja, à *alteração adversa mensurável* do estado de um determinado componente ambiental natural. Trata-se aqui de ressarcir danos morais de categorias de indivíduos cujo traço identificativo se prende com a especial intensidade de fruição de um dado recurso. Seriam como que, e passe o pleonismo jurídico, *interesses difusos homogêneos*: interesses na fruição de um bem colectivo cujo desaparecimento ou amputação de qualidades provoca um sentimento de perda de idêntica natureza num determinado universo de "usuários".

Por outras palavras, a admitir esta categoria de dano, ela é assimilável ao dano moral tradicional, a que alude o artigo 496º do CC. No entanto, a compensação do dano moral ambiental não poderá reverter para o(s) sujeito(s) que denuncia(m) a perda para a colectividade, mas antes para o Fundo de Intervenção Ambiental pois apesar de este tipo de sofrimento ser individual, ele reporta-se a uma perda que o não é, antes se projecta na comunidade como um todo.

²⁴ Ramificações essas que crescem ao prejuízo patrimonial do proprietário do bem. Frisando a susceptibilidade de acumulação/alternância de três realidades diversas nesta sede – dano material, moral e ecológico –, Pierre-Antoine DEETJEN, **La traduction juridique d'un dommage écologique: le préjudice écologique**, in *RJE*, 2009/1, pp. 39 segs, 42-44.

²⁵ Sobre esta noção, vejam-se José Rubens MORATO LEITE, **Dano ambiental: do individual ao colectivo extrapatrimonial**, 2ª ed., S. Paulo, 2003, esp. pp. 265 segs; e João Carlos de CARVALHO ROCHA, **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**, in *Política Nacional do Meio Ambiente, 25 anos da Lei nº 6.938/1981*, coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio H. P. Henriques Filho e Ubiratan Cazetta, Belo Horizonte, 2007, pp. 217 segs, 236 segs

2) O problema do cômputo dos interesses das gerações futuras no *quantum* indemnizatório, sempre que, por impossibilidade material ou não plenitude dos objectivos reparatórios, ao lesante seja imposto o pagamento de uma indemnização pecuniária

No que tange ao segundo aspecto, denota-se uma total ausência de posicionamento do legislador. Nos “critérios” do Anexo nada consta a respeito da consideração de interesses de gerações futuras – e acabámos de verificar que nem das presentes deve constar... Todavia, facto é que, a aceitar a figura do dano moral ambiental dos viventes não repugnaria incluir no cômputo indemnizatório um “dano futuro”, pelo menos nos casos em que a perda se revele irreversível. Retomando o exemplo do ponto anterior, complexa (mas ainda assim quiçá possível) se afiguraria a tarefa do cálculo desta perda, por haver que considerar: mudanças dos hábitos das gerações futuras; alterações climáticas que, independentemente do incêndio, poderiam tolher o uso (e mesmo existência) da floresta nos tempos vindouros; dificuldades matemáticas de cálculo de perdas morais colectivas...

Certo, estes factos não constituíram impeditivo a que o *Supreme Court* das Filipinas aceitasse uma demanda proposta por um grupo de menores que agia em defesa das florestas do país, por si e em representação das gerações futuras²⁶. E talvez não obste a que o Tribunal Internacional de Justiça aprecie o pedido do Equador, de ressarcimento de danos patrimoniais e ecológicos às gerações presentes e futuras equatorianas, por danos provocados por pulverizações tóxicas nas plantações fronteiriças com a Colômbia (no âmbito da luta do Governo deste Estado pela erradicação dos campos de plantio de estupefacientes). Não se revelará nunca, porém, tarefa fácil.

A indemnização por perdas provocadas às gerações futuras deverá ser sempre, salvo melhor reflexão, puramente simbólica. Mas mais do que isso, na falta de um sujeito actual de imputação que sugira um valor indicativo das perdas comunitárias, a imposição ao lesante de uma obrigação de ressarcimento de um *dano moral hipotético* (quer quanto ao dano, quer quanto aos sujeitos) *futuro* terá laivos de sanção punitiva e dificilmente será oponível sem um assento legal específico, sob pena de violação arbitrária do direito de propriedade. O conceito do artigo 564º/2 do CC é curto para estas situações²⁷, pelo que a operacionalidade da noção de "dano ambiental às gerações futuras" parece estar, por ora, condenada.

D) Quanto ao âmbito de aplicação temporal

Na linha da directiva, o RPRDE desconsidera os danos difusos, sempre que não seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre uma actividade e a sua ocorrência (artigo 6º), bem como descarta a aplicação do novo regime a danos provocados por actividades

²⁶ Referimo-nos ao caso *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, julgado pelo *Supreme Court* das Filipinas em 1993 (comentado por A. REST, **Implementing the principles of intergenerational equity and responsibility**, in *EPL*, 1994/6, pp. 314 segs, *max.* 318 segs).

²⁷ Sublinhe-se que o artigo 564º não só menciona o "lesado" e os proveitos que ele deixou de obter, como aponta para danos "previsíveis". Ambos os elementos rodeiam o conceito de dano futuro de um nível de densidade que o "dano às gerações futuras" não reveste...

concluídas antes de expirar o prazo de transposição da directiva (artigo 35º). Além disso, consagra uma norma especial sobre prescrição, fixando em 30 anos (e não os 20 anos que decorreriam do prazo ordinário do artigo 309º do CC) o prazo de prescrição para efectivação de acção de responsabilidade civil por dano ecológico – artigo 33º.

Não cabe neste "raid" problematizante explorar os problemas que cada uma destas normas convoca – a alguns deles já nos reportámos, de resto, em texto anterior²⁸. Limitar-NOS-ÍAMOS, NESTE MOMENTO, A DEIXAR NOTÍCIA DE ALGUMAS QUESTÕES LEVANTADAS NUM INCIDENTE de reenvio prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelo *Tribunale Amministrativo regionale della Sicilia*, já objecto de Conclusões pela Advogada Geral Juliane Kokott, apresentadas em 22 de Outubro de 2009 (proc. C-378/08). Este pedido prende-se, fundamentalmente, com a aplicação no tempo do regime da directiva: está em causa saber se pode ser imposta, por parte da Administração ambiental italiana, a obrigação de saneamento dos fundos marinhos da Enseada de Augusta, causticados por décadas de descargas, às empresas que actualmente ali laboram, sem distinção entre poluição passada (supostamente existente desde a II Guerra) e presente.

Sendo certo que regimes nacionais mais estritos podem prevalecer sobre o regime da directiva, quando esses regimes inexistem (ou, existindo, são menos exigentes), a regulação do instrumento comunitário impõe-se. O Direito italiano não consagrava qualquer quadro normativo relativo à reparação do dano ecológico; daí que a reparação, a operar, situar-se-á na moldura da directiva e do diploma nacional que a transpôs.

Ora, a directiva sofre um condicionamento na sua aplicação temporal, que passa pela interpretação do seu artigo 17, nomeadamente do que é um dano "ocorrido antes da data" limite de transposição da directiva. No caso *sub judice*, a Advogada Geral alerta para a situação de dano *cumulativo* e distingue duas situações (§§57 segs):

- por um lado, o dano que se vem acumulando desde antes da data de transposição da directiva e se vê sucessivamente agravado pela continuação da actividade, ainda que por diversos e sucessivos operadores: nesta hipótese, desde que a actividade poluente continue, o último operador deve ser responsabilizado pelas medidas de reparação de todo o dano, em homenagem ao princípio do poluidor-pagador (se desenvolve uma actividade especialmente desgastante do meio natural, deve suportar o custo das medidas de restauração, mesmo que não tenha contribuído para a totalidade do dano);

- por outro lado, o dano ocorrido (numa primeira fase) antes da data de transposição da directiva mas gerador (numa segunda fase) de *novos efeitos* lesivos após esta data — aquilo que na Alemanha se designa por *Weiterfressen* (propagação): nesta hipótese, tendo-se descontinuado a actividade poluente e decorrendo os novos efeitos de factores aleatórios (libertação de substâncias nocivas de aterros; erosão das margens de rio onde ficaram depositadas partículas tóxicas), a directiva não poderá aplicar-se, sob pena de violação da proibição de retroactividade ínsita no artigo 17.

Em contrapartida, no caso de a actividade ser retomada, ainda que por outro operador, este verá recair sobre si obrigações de prevenção de novos danos a partir de fontes de risco antigas e novas (neutralizando-se, em nome do princípio do poluidor-pagador, a

²⁸ Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil...**, *cit.*, p. 274).

dificuldade de destrição do que é responsabilidade antiga e nova) – cfr. o §75 das Conclusões.

Estas Conclusões trazem, ao que julgamos, soluções que permitem contornar o princípio da irretroactividade, acabando por onerar novos operadores com a responsabilidade de saneamento e restauração de bens lesados por actividade alheia. Tal ideia pode chocar, mas cumpre sublinhar, por um lado, que o faseamento da actividade lesiva não se traduz na divisibilidade do dano — o estado do bem não é, em regra, recuperável em parte, nem quantitativa nem qualitativamente. Por outro lado, como realça a Advogada Geral, aceitar a *blindagem à responsabilização* de operadores que continuam a poluir invocando a impossibilidade de cômputo individualizado da responsabilidade redundará, ou na perpetuação da situação de degradação do recurso, ou na suportação do custo da reconstituição pela comunidade — ambos os resultados contrários ao princípio do poluidor-pagador.

Estas e outras considerações expendidas por Julianne Kokott atestam bem o intenso estado de sujeição actual dos operadores (sobretudo industriais) a um *numerus apertus* de deveres e ónus ecológicos²⁹, que devem passar a encarar como riscos do negócio. Apesar de configurar uma solução algo pesada para os novos operadores, que se diria estarem a ser retroactivamente sancionados por uma conduta que lhes não é sequer materialmente imputável, não deixa de ser verdade, em contrapartida, que, ao assumirem a continuidade da exploração, os operadores aproveitam o acervo económico construído pelos seus antecessores, nomeadamente a sua implantação no mercado e o proveito que desse precedente advém³⁰. Se a esse activo de mercado corresponde um passivo ambiental, parece ser de equacionar que o novo operador o suporte, pelo menos parcialmente, não lhe sendo válido escudar-se na inocuidade da poluição produzida durante o seu concreto período de actividade. Imputar à colectividade (a um Fundo), por inteiro, o custo de reparação de danos, neste contexto, parece ser de rejeitar.

²⁹ Outro problema identicamente estimulante explorado nas Conclusões citadas reside em saber se um proprietário que desenvolve no seu terreno contaminado por um anterior possuidor uma actividade inócua pode ver-se coagido a suportar obrigações de reparação. Resultando da operação de saneamento uma valorização do terreno, considera-se que não a suportar constituiria um enriquecimento sem causa à custa da comunidade — que, residualmente, pagaria o custo da reparação —, salvo, diríamos nós, se a este princípio se opuser a prescrição (ou seja, ter tido a nova posse início há mais de 30 anos e só agora se ter dado pela contaminação do terreno).

³⁰ Contra, Sylviane LEPRINCE e Pierre MOËRYNCK, **Évaluation et réparation des dommages environnementaux, obligations de l'exploitant et missions de l'autorité compétente**, in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benoit Jadot, Louvain-la-Neuve, 2009, pp. 87 segs, 103 (sustentando que nada impede a autoridade competente de recuperar para além do estado de degradação verificado à data da intervenção lesiva, mas a expensas do fundo público e não do operador).