

OMES

heart of the matter: a vertente procedimental da tutela do ambiente e a revisão
s do Ambiente

MARTINS HARTMANN

a. O Estado ambiental articulado em um Estado-Rede e o Direito fundamental
ernet como elementos da proteção procedimental do meio ambiente no

DE OLIVEIRA

o de causalidade na lei da responsabilidade ambiental

A
atural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais

rídica da responsabilidade ambiental

luição antes e depois da revisão do Código Penal de 2007

RO

tutela da biodiversidade na Região Autónoma dos Açores: um trilho a seguir?

NUNES

icos marinhos em zonas para além das jurisdições nacionais – o debate continua

onal de l'environnement

irecta dos “direitos humanos ambientais” na jurisprudência do Tribunal Europeu
Homem

E RICHETTI PIRES CIPRIANO

mômico-jurídico de desenvolvimento sustentável

4541-2



4 1 2

GRUPOALMEDINA

TEMAS DE DIREITO DO AMBIENTE

6

CADERNOS O DIREITO 2011

ALMEDINA

TEMAS DE DIREITO DO AMBIENTE

CADERNOS O DIREITO

N.º 6

2011

Carla Amado Gomes
Ivar Alberto Martins Hartmann
Ana Perestrelo de Oliveira
Heloísa Oliveira
Tiago Antunes
Luís Batista
Rui Melo Cordeiro
Joana Andrade Nunes
Philippe Gamito
Susana Almeida
Tasso Alexandre Richetti Pires Cipriano



ALMEDINA

A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais

DR.^a HELOÍSA OLIVEIRA★
heloisa.oliveira@cuatrecasasgoncalvespereira.com

SUMÁRIO: I – Considerações preliminares. Delimitação. Conceitos base. II – A reparação de danos causados à água, às espécies e habitats naturais protegidos: (i) *Reparação primária*; (ii) *Reparação complementar*; (iii) *Reparação compensatória*. III – A reparação de danos causados ao solo. IV – Nota final sobre a articulação entre a reparação do dano ecológico e a reparação do dano ambiental.

I – Considerações preliminares. Delimitação. Conceitos base

1. O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho¹, transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, na redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (doravante *Directiva*). Assim se concretizou o antigo propósito de criação de um regime transversal – e não parcial – de responsabilidade por danos ambientais na União Europeia².

Variadíssimas questões podem (devem) ser estudadas e aprofundadas a propósito do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que aprovou o novo

★ Monitora e Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada.

¹ Entretanto já alterado pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro.

² Sobre os antecedentes históricos da criação de um regime comunitário de responsabilidade por danos ambientais, veja-se EDWARD H. P. BRANS, *Liability for damage to public natural resources*, Haia: Kluwer Law International, 2001, 180 ss..

Regime Jurídico da Responsabilidade Civil por Danos Ambientais (doravante RJRCDA). O tema que iremos tratar não se refere à imputação da responsabilidade a um determinado sujeito (pressupostos), mas sim a um momento posterior (ou, até mesmo, a um momento autónomo, uma vez que o que se dirá pode ser aplicado mesmo quando a reparação é assumida pelo Estado): a reparação do dano.

2. Inevitavelmente, temos de explicitar a que tipo de danos nos referimos, uma vez que dano ambiental pode corresponder àquilo que tradicionalmente a doutrina tem vindo a distinguir como dano ambiental ou como dano ecológico³. Este estudo limita-se ao chamado dano ecológico, que poderíamos definir como a lesão causada a um recurso natural, susceptível de causar uma afectação significativa do equilíbrio do bem jurídico ambiente (função do recurso natural), isto é, do património natural, enquanto conjunto dos recursos bióticos e abióticos, e a sua interacção. Não é demais sublinhar esta limitação: tudo o que vai ser dito é aplicável apenas à reparação do dano ecológico, tal como definido, e não aos danos a pessoas e bens.

3. Diga-se que o que à primeira vista pode parecer uma questão há muito tratada pelo direito privado da responsabilidade civil, é, em rigor, uma problemática materialmente diversa: não só os princípios que conformam (e enforçam) o regime, como também a natureza dos bens protegidos e os sujeitos envolvidos são outros, o que não pode deixar de ter repercussão no regime da reparação do dano, publicizando-o.

Apesar de só agora existir um regime comunitário (e nacional) de responsabilidade civil por dano ambiental, há muito que a doutrina europeia se vinha debruçando sobre este tema; em especial, a reparação do dano ecológico deu origem a diversas obras dedicadas ao assunto, com propostas quanto à forma de

³ Não adoptando a terminologia mais comum, o *Livro branco sobre responsabilidade ambiental* refere-se a *danos tradicionais* enquanto danos a pessoas e bens por força de danos a recursos naturais – cf. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, 17 e 18. Remetemos a conceptualização desta distinção para outras obras, cujo escopo permite esse desenvolvimento. Sobre esta questão, veja-se JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 65 ss., em especial 130 ss.. Mais sucintamente, e já à luz do RJRCDA, veja-se 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. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes), Lisboa: AAFDL, 2009, 240 ss..

determinação das medidas de reparação. Estes antecedentes doutrinários são úteis para compreender o novo regime legal, que certamente os considerou.

4. Assim, a reparação (ou indemnização, em sentido amplo) pode revestir duas modalidades: a reparação *in natura* e a indemnização em dinheiro⁴. A reparação *in natura* concretiza-se através da reconstituição fáctica da situação actual hipotética. Há que introduzir desde já aqui uma precisão: diz-se situação *actual hipotética* para intencionalmente afastar a ideia de situação *anterior à prática do facto lesivo*. Em termos estritamente dogmáticos, o lesante tem obrigação de reposição da situação como se não tivesse havido lesão, e não de reposição da situação anterior à prática do facto lesivo, o que pode no caso concreto, em termos de custos, ser significativamente diferente⁵; contudo, nem sempre esta será a solução mais ambientalmente favorável e, desde que com respeito pelo princípio da proporcionalidade, não se afasta liminarmente a hipótese de o legislador, diversamente do que é classicamente entendido, determinar que o lesante tem obrigação de reposição da situação *anterior à prática do facto lesivo*, tendo em conta, em especial, a complexidade e imprevisibilidade da evolução do estado dos recursos naturais. Veremos *infra* qual a solução que vingou no RJRCDA.

No caso do dano ecológico, a reparação *in natura* identifica-se com a restauração ou reabilitação do elemento natural afectado e/ou das suas funções ecológicas (também chamada de funcionalidade ou serviço do recurso natural, conceitos que nos remetem para a interacção e interdependência dos ecossistemas). A distinção entre o elemento natural em concreto afectado e a sua função ecológica permite uma distinção das duas formas de reparação *in natura*: a restauração ecológica e a compensação ecológica.

Na restauração ecológica existe recuperação do elemento natural que em concreto foi afectado. Já as medidas de compensação ecológica visam criar, expandir ou de alguma forma aumentar a capacidade funcional de outros ele-

⁴ Em termos terminológicos, e até este ponto, esta distinção não difere da que é classicamente feita na teoria geral da responsabilidade civil. Veja-se, a título meramente exemplificativo, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 399 ss..

⁵ Imagine-se o caso de um dano a uma espécie vegetal protegida, em elevado e progressivo estado de degradação, em que o facto lesivo ocorreu em 2009 e a reparação apenas é feita em 2011. A reposição da situação *actual hipotética* implicaria a reconstituição da situação em que a espécie estaria em 2011 caso não tivesse ocorrido o facto lesivo, considerando a degradação a que, por factores exteriores, a espécie estava sujeita. Caso a reparação *in natura* correspondesse à reposição da situação *anterior à prática do facto lesivo*, o lesante estaria obrigado a reconstituir a situação de 2009 o que, no caso concreto, seria ambientalmente mais favorável.

mentos naturais, aproximando-se assim de uma ideia de substituição por equivalente funcional⁶.

Finalmente, como medida estritamente subsidiária, a compensação pecuniária é ainda um modo de reparação do dano ecológico. A compensação pecuniária não cabe na economia deste trabalho, que se dedica à reparação *in natura*. Mas são evidentes as principais questões que se colocam quanto a esta modalidade de reparação quando falamos de dano ecológico: a admissibilidade da compensação pecuniária (à luz dos princípios de Direito do Ambiente), métodos de avaliação pecuniária e o destino dos montantes eventualmente pagos.

5. Antes de passarmos à análise do regime legal, há que sublinhar a centralidade do princípio da proporcionalidade na determinação da medida de reparação aplicável. O princípio da proporcionalidade – nas suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, princípio geral da actividade administrativa, pode, no limite, obstar à aplicação de qualquer medida de reparação *in natura* e impor a compensação pecuniária. No nosso entendimento, a proporcionalidade em sentido estrito não é um critério para determinação da medida de reparação a aplicar, mas antes um limite à aplicação de uma medida⁷.

Neste mesmo sentido foi a Comissão Europeia, que concluiu que *mesmo que a reparação dos danos seja exequível, também têm de existir critérios de avaliação para o recurso natural danificado, a fim de evitar que os custos da sua restauração sejam desproporcionados. Terá de ser realizada uma análise de custo-benefício ou uma análise de razoabilidade, caso a caso*⁸. Contudo, se tudo isto parece evidente e pacífico, o mesmo já não se pode dizer da concretização desta operação de análise de custo-benefício.

O problema não se coloca quando falamos de casos em que *o custo das medidas de restauração for claramente desproporcionado e exorbitante*⁹ ou nos casos em

⁶ Não poderemos desenvolver aqui este tópico. Contudo, diga-se que a integração da compensação ecológica na reparação *in natura* parte de determinados pressupostos no que toca ao bem protegido pela responsabilidade civil (e, em última análise, pelo Direito do Ambiente em geral). Trata-se de um alargamento conceptual da reparação *in natura* que resulta da densificação do conceito de dano ecológico.

⁷ Neste sentido, vide LUCÍA GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998, 260 ss.; e ainda JESUS CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Granada: Editorial Comares, 2004, 97 ss..

⁸ Cf. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, 21.

⁹ Cf. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, 53.

que o custo das medidas de reparação for baixo. É, como sempre, nos casos duvidosos que a problemática surge com toda a acuidade. Em caso de litigância, há que saber como fazer o teste de razoabilidade (*reasonableness test*). Nem o Livro branco sobre responsabilidade ambiental da Comissão responde – ou começa a responder – à questão, nem a Directiva a concretizou.

A análise do custo-benefício da adopção de determinada medida de reparação passa, em primeiro lugar e preferencialmente, pela atribuição de um custo às medidas de reparação *in natura* a adoptar (*custos de restauração*¹⁰). Para calcular o benefício, coloca-se o problema constante de atribuição de um valor monetário aos benefícios de um determinado recurso natural. Alguns modelos específicos de avaliação da relevância de danos ou intervenções poderão servir de base para a construção de um modelo adequado – referimo-nos aos modelos da Andaluzia e de Hessen, para os quais a própria Comissão remete no Livro branco sobre responsabilidade ambiental¹¹. Contudo, podendo dar um contributo para esta discussão, estes modelos não são susceptíveis de aplicação geral aos casos a que nos referimos, nem de lhes dar uma resposta conclusiva ou sequer satisfatória.

6. Tendo por base estas considerações preliminares e conceitos base que são pressuposto da análise do regime legal, passemos então à análise do RJRCDA. A sua estrutura dual é evidente: um Capítulo II dedicado à responsabilidade civil do dano ambiental (*danos tradicionais* às pessoas e bens, por via da lesão de um componente ambiental) e um Capítulo III dedicado à responsabilidade por dano ecológico (na letra da lei, impropriamente chamada de administrativa¹²). Sublinhe-se que, por força da já referida publicização deste regime, o Capítulo III extravasa o conteúdo típico de normas relativas à reparação, criando também obrigações específicas quanto à prevenção de danos ecológicos.

Ora por força da natureza específica dos recursos naturais, afastamo-nos aqui do paradigma assente no acordo ou litígio judicial entre o lesante e o lesado para efectivação da reparação. Pelo contrário, a reparação do dano con-

¹⁰ Cf. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, 21. Analisando a Comunicação da Comissão, vide SARA POLI, “Shaping the EC regime on liability for environmental damage: progress or disillusionment?” in *European Environmental Law Review*, Novembro 1999, 305 ss..

¹¹ Uma breve explicitação do funcionamento destes modelos pode ser encontrada em EDWARD H. P. BRANS, *Liability for damage*..., 206 ss..

¹² Sobre esta infeliz designação, pouco haverá a acrescentar ao que ficou dito por CARLA AMADO GOMES em “A responsabilidade civil por dano...”, 268 ss..

cretiza-se, em primeiro lugar, num procedimento administrativo. Foi esta a via escolhida pelo legislador comunitário, e que foi transposta no RJRCDA.

Determina o artigo 11.º, n.º 1, alínea n), do RJRCDA que são medidas de reparação *qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no anexo V*. Vamos então centrar a nossa análise no anexo V do RJRCDA (doravante anexo V) que trata do que aqui nos importa: a determinação das medidas de reparação dos danos ecológicos¹³.

O anexo V divide-se em duas partes: o ponto 1, dedicado à reparação de danos causados às águas, às espécies e *habitats* naturais protegidos e o ponto 2, relativo à reparação de danos causados ao solo. Vamos seguir a sistematização da lei na nossa análise. Diga-se desde já que o anexo V reproduz *ipsis verbis* o anexo II da Directiva, pelo que o que ficar dito a propósito de um é aplicável ao outro.

II – A reparação de danos causados à água, às espécies e *habitats* naturais protegidos

7. O ponto 1 do anexo V divide-se (materialmente) em duas partes: começa por distinguir três modalidades de reparação, através da sua definição e especificação dos seus objectivos, terminando com os critérios para a escolha das opções de reparação.

8. Conforme ficou dito *supra*, doutrinariamente a reparação do dano ecológico era identificada como correspondendo à reparação *in natura* (restauração ecológica e compensação ecológica) e à compensação pecuniária. Vejamos de que forma o legislador classificou as modalidades de reparação. Ficaram previstos três tipos de reparação:

(i) **Reparação primária**: será uma medida de reparação primária aquela que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado (*vide* ponto 1 a) e 1.1.1 do anexo V).

Sobre esta definição, cumpre dizer que a lei indirectamente adoptou, pelo menos neste ponto, a noção de dano ecológico enquanto lesão do recurso e da

¹³ Sendo certo que os critérios constantes das alíneas a) a f) do ponto 1.3.1 do anexo V são aplicáveis à determinação das medidas de reparação, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do RJRCDA.

sua função (serviços). Assim sendo, importa considerar não apenas o efeito directo que a lesão teve no recurso natural (no caso, águas, espécies ou *habitats* protegidos), mas também o efeito indirecto que tal lesão tem ao impedir o desempenho normal da função ecológica do recurso afectado. Isto porque o legislador determina que a restauração tem por objecto não só o recurso danificado, como também o serviço que este presta¹⁴.

Por outro lado, há que sublinhar que, em vez de se referir à tradicional fórmula da *situação actual hipotética*, a lei determina que a reparação primária se destina à restituição do recurso e/ou função ao *estado inicial*. Optou o legislador por criar aqui um conceito novo. Para compreendermos o significado de *estado inicial* devemos recorrer ao artigo 11.º, n.º 1, alínea j), do RJRCDA, que o identifica com a *situação no momento da ocorrência do dano aos recursos naturais e aos serviços, que se verificaria se o dano causado ao ambiente não tivesse ocorrido, avaliada com base na melhor informação disponível*. O legislador exige a reconstituição da *situação anterior à prática do facto lesivo*. Note-se que, em benefício do ambiente, podemos aceitar o critério da *situação anterior*, em vez do critério da *situação actual hipotética*. Contudo, esta imputação não é, da nossa perspectiva, isenta de problemas. Não se descortina a legitimidade desta imputação, quando importar custos muito superiores para o lesante. A responsabilidade civil visa reparar danos. A reconstituição da *situação anterior* pode ser mais do que reparar um dano – poderá consubstanciar numa reparação de um dano e um *plus*. Por outro lado, se o objectivo desta opção era garantir uma situação ambientalmente mais favorável, há que considerar que nem sempre a *situação anterior* é a mais favorável¹⁵. Recusamos, portanto, a afirmação de que, quanto mais recuado no tempo, melhor a situação ambiental. Ora se assim é, ou seja, se não podemos afirmar em abstracto com certeza qual das *situações* é a ambientalmente mais desejável, melhor teria sido deixar ambas as hipóteses em aberto, para apreciação casuística.

¹⁴ Por exemplo, a contaminação de águas, pela afectação da sua função ecológica, é susceptível de causar danos à fauna e à flora, assim como o abate de árvores perturba o serviço que estas prestam enquanto *habitats* de espécies animais. Esta problemática está relacionada directamente com a interdependência natural dos ecossistemas e, por vezes, será possível, por esta via indirecta, reparar, pelo menos parcialmente, danos que estão fora do âmbito do RJRCDA.

¹⁵ Imagine-se o caso de uma área recentemente sujeita a medidas de conservação, ao abrigo da Rede Natura 2000. Se fosse previsível uma evolução positiva do estado de conservação dos *habitats* e espécies em causa, seria mais favorável à protecção do ambiente que houvesse reconstituição da *situação actual hipotética*, uma vez que seria melhor que a *situação anterior à prática do facto lesivo*.

Para ajudar nesta densificação, o ponto 1.2.1 esclarece que opções podem ser consideradas a título de reparação primária: *aquelas que consistem em acções destinadas a restituir directamente ao estado inicial os recursos e/ou serviços, num prazo acelerado, ou através de regeneração natural*. Para além de reforçar o que ficou dito quanto à referência ao *estado inicial*, cumpre ainda fazer duas ordens de observações.

Em primeiro lugar, o legislador sentiu aqui necessidade de clarificar – face às medidas de reparação complementar, de que falaremos mais tarde – que se trata de uma restituição directa. Com isto, parece-nos que o legislador pretendeu limitar a reparação primária à restauração ecológica, ou seja, à reparação do recurso natural que em concreto foi afectado e, por essa via, da sua função ecológica ou serviço; esta conclusão é confirmada pela identificação, no anexo V, das medidas de reparação complementar, de que falaremos mais tarde.

Para além desta observação, é ainda de notar que o legislador introduz aqui (um directamente, outro indirectamente) dois conceitos que não são estranhos à doutrina da reparação do dano ecológico: a auto-regeneração natural e a restauração com recurso a manipulação dos elementos naturais. A própria terminologia é auto-explicativa: no primeiro caso, opta-se por não adoptar nenhuma medida com impacto significativo (apenas medidas de monitorização e controlo), na expectativa de que os próprios ciclos naturais recuperem o recurso e a sua função; no segundo caso, há uma intervenção directa do Homem nos ciclos naturais.

Analisando agora a formulação utilizada pelo legislador, se é certo que a restauração num prazo acelerado implica uma intervenção do Homem com a correspondente manipulação dos elementos naturais – e que a isso se contrapõe, por comparação, a lentidão da auto-regeneração natural – não nos parece que esta seja a formulação mais feliz para identificar estes dois tipos de medidas de reparação. Para além disso, tanto se pode aplicar a medidas de reparação primária como a medidas de compensação ecológica, pelo que esta distinção melhor ficaria inserida no ponto 1 do anexo V. Resta-nos ainda explicitar que, tendencialmente, e de acordo com o princípio da prevenção, a auto-regeneração ecológica prevalece sobre as medidas que exigem manipulação dos elementos naturais pelo Homem¹⁶, uma vez que esta última é, por natureza, mais invasiva e com potenciais efeitos colaterais imprevisíveis.

¹⁶ CUNHAL SENDIM pronuncia-se no mesmo sentido em *Responsabilidade civil por danos ecológicos...*, 241 ss.. Para fundamentar esta posição, CUNHAL SENDIM invoca ainda um “princípio da

(ii) **Reparação complementar**: será uma medida de reparação complementar aquela que é tomada em relação aos recursos naturais e/ou serviços para compensar o facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais ou serviços danificados (*vide* ponto 1 b) do anexo V). Desta formulação retira-se o estabelecimento de um princípio de subsidiariedade da reparação primária face à reparação complementar (que é, desde logo, evidenciada pela própria designação). Trata-se de uma graduação necessária por força do objectivo do regime em causa: a restauração de uma situação, seguindo a índole preventiva e conservatória do Direito do Ambiente. E, pela sua natureza, a reparação primária será mais próxima dessa reparação ideal que a reparação complementar.

Mais à frente, o anexo, desnecessariamente, volta por duas vezes a repetir a mesma ideia de subsidiariedade, quase nos mesmos termos: [*p*]rocede-se à reparação complementar, sempre que a reparação primária não resulte na restituição do ambiente ao seu estado inicial; e, no ponto 1.1.2 sempre que os recursos naturais e/ou serviços danificados não tiverem sido restituídos ao estado inicial, são tomadas acções de reparação complementar. Trata-se de uma repetição que torna confusa a interpretação de um anexo que não é de leitura fácil e que, servindo de base para actuação das Administrações nacionais, se pretendia simples e esquemático. Todas estas partes do anexo V podem reconduzir-se à mesma ideia de subsidiariedade.

Cabe analisar criticamente esta afirmação quase inflexível da subsidiariedade¹⁷. Contudo, primeiro há que concretizar em que consistem as medidas de reparação complementar, uma vez que da definição legal (1 b) se retira muito pouco. Atentemos à continuação do ponto 1.1.2 do anexo V, que determina que o objectivo da reparação complementar é proporcionar um nível de recursos naturais e/ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria

homeostasia – i.e., [a] capacidade de os sistemas ecológicos se auto-regenerarem independentemente da intervenção humana”. No nosso entendimento, parece tratar-se de um princípio de ciências naturais e não da ciência jurídica, sendo uma constatação própria da biologia mas que não contém qualquer valoração e, logo, é insusceptível de, por si só, fundamentar qualquer solução jurídica. Por isso entendemos que, considerando o princípio da homeostasia, e que o Homem ainda não compreende totalmente os processos de funcionamento dos ecossistemas, é o princípio da prevenção que justifica esta preferência.

¹⁷ Que, aliás, é logo de seguida contrariada, no próprio anexo V, no ponto 1.3.2, que afirma que a decisão de aplicação de uma medida de reparação primária parcial pode ser tomada se os recursos naturais e/ou serviços de que se prescindiu no sítio primário foram compensadas intensificando as acções complementares ou compensatórias para proporcionar um nível de recursos naturais e/ou de serviços similar ao daqueles de que se prescindiu.

se proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial¹⁸. Já sabemos que a reparação complementar visa proporcionar um nível de recursos e de serviços igual àquele que resultaria da reparação primária. É ainda fornecido um exemplo do que poderá ser uma reparação complementar: um sítio alternativo, quando apropriado¹⁹. O legislador densificou, de forma especialmente desenvolvida, de que forma são identificadas as adequadas medidas de reparação complementar. Assim, é eleita como preferencial a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço.

Esta abordagem traduz-se numa tentativa de introduzir uma equivalência mais rígida entre o recurso e serviço danificado e o recurso e serviço criado ou potenciado; nega, portanto, que se adopte, injustificadamente, uma visão global da lesão e uma medida de reparação global, exigindo uma operação analítica; um exame da situação em cada uma das suas partes autonomizáveis. Para uma melhor compreensão desta abordagem, o anexo V especifica que *devem considerar-se em primeiro lugar as acções que proporcionem recursos naturais e/ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados*. Só quando tal não for possível (uma vez mais uma lógica de subsidiariedade, com o mesmo fundamento) serão admitidos recursos naturais e serviços alternativos ou de substituição.

A reparação complementar com recursos e serviços alternativos pode ainda colocar problemas acrescidos, conforme resulta do ponto 1.2.3 do anexo V, em

¹⁸ Até uma leitura desatenta detecta uma falha de sintaxe, uma vez que a norma parece referir-se, simplesmente, a *proporcionar um nível*. Esta redacção é idêntica à da Directiva, na sua versão portuguesa; mas uma consulta da Directiva noutras línguas da União Europeia permite concluir que se tratou de um erro de tradução. A versão inglesa determina que *[t]he purpose of complementary remediation is to provide a similar level of natural resources and/or services, including, as appropriate, at an alternative site, as would have been provided if the damaged site had been returned to its baseline condition*. (negrito nosso); e a versão francesa, ainda mais explícita, determina que *[l]'objectif de la réparation complémentaire est de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si l'état initial du site endommagé avait été rétabli*. Trata-se de uma infeliz tradução, uma vez que a expressão *similar ao que teria sido proporcionado*... parece referir-se ao sítio alternativo, e não ao nível; e onde a Directiva errou (por tradução), também o legislador nacional entendeu que devia errar, ao fazer corresponder o anexo V, *ipsis verbis*, ao anexo II da Directiva.

¹⁹ Com objectivos que agora são irrelevantes para o objecto em estudo, o legislador especifica que, quando possível, o sítio alternativo deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada. Trata-se de uma preocupação de natureza social, que não cabe na análise que pretendemos fazer. Sublinhamos, contudo, a proximidade geográfica nestes casos é também desejável do ponto de vista ambiental, uma vez que, previsivelmente, tal consubstanciará uma reparação mais próxima da reparação total.

termos de valoração. É que quando não se recorre à reparação primária, nem à reparação complementar seguindo a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço (que permite uma aproximação muito significativa da reparação primária), há que fazer uma valoração dos recursos e/ou serviços lesados para comparar com o valor dos recursos e serviços de substituição. Tendencialmente, essa valoração será monetária, conforme prevê o anexo V. Esta valoração é necessária para legitimar a exigência de reparação da parte do operador que, caso contrário, ficaria sujeito a suportar a implementação de uma medida de reparação complementar que pouco tem a ver com o recurso afectado e cujos custos podem ser significativamente diversos.

Esta operação de valoração não é muito diferente do teste de razoabilidade a que já nos referimos; e o seu fundamento parece ser o princípio da proporcionalidade. Temos assim que o ponto 1.2.3 consubstancia uma manifestação do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, colocando os mesmos problemas que referimos sucintamente *supra* a propósito da análise custo-benefício. Também eles igualmente não respondidos – nem sequer aflorados – no RJRCDA.

Resta-nos ainda fazer uma análise crítica de duas questões já referidas anteriormente: a aproximação destas duas criações do legislador às modalidades de reparação de origem doutrinária; e a aparente inflexibilidade do princípio da subsidiariedade na relação reparação primária/complementar.

Não é fácil aplicar as modalidades de reparação avançadas pela doutrina à classificação feita pelo legislador. As classificações seguem critérios diversos: a primeira tem por base a forma e objecto da reparação, enquanto a segunda refere-se essencialmente ao objectivo e função desempenhados pela medida de reparação. Contudo, a conjugação de diversas normas constantes do anexo V, o confronto entre a reparação primária e a reparação complementar e uma aproximação ao seu conteúdo material, permite-nos identificar, tendencialmente, a reparação primária à restauração ecológica e a reparação complementar à compensação ecológica. Fazemos este enquadramento porque nos parece que a classificação doutrinária é mais rica e operativa. Após o estudo destas figuras, há ainda que relevar que a designação *reparação complementar* não parece ser adequada às medidas que, em concreto, podem ser ou não de complemento. Em rigor, tanto podemos estar a falar de uma medida complementar (nos casos em que a reparação primária foi apenas parcial) como podemos estar a falar de uma medida de total substituição (nos casos em que não foi possível qualquer reparação primária). Assim, não só a designação é menos operativa que as propostas há muito pela doutrina, como pode não se verificar a única vantagem que tinha – a clareza auto-explicativa – por ser enganadora. Contudo, há que dizê-

-lo, o RJRCDA parece impor sempre a adopção de uma qualquer medida de reparação primária, uma vez que do ponto 1.3.2 resulta que *podem ser escolhidas medidas de reparação primária que não restituam totalmente ao estado inicial as águas e as espécies e habitats naturais protegidos danificados ou que os restituam mais lentamente*. Ou seja, o legislador apenas admite uma reparação primária parcial, mas não admite que haja casos em que não possa haver qualquer reparação primária. Ora é certo que o ponto 1 a) identifica com reparação primária *qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados* (sublinhado nosso); mas também não é menos verdade que o ponto 1.2.1 limita as medidas de reparação primária às que restituem *directamente ao estado natural*. E poderá haver casos em que não haja qualquer medida directa susceptível de recuperar o recurso e/ou a sua função.

É ainda devida uma menção ao princípio da subsidiariedade ou, sob outra designação, à hierarquia entre as modalidades de reparação. É fácil afirmar que existe um sólido princípio de primazia da restauração natural do dano ecológico. No nosso entendimento, este reconhecimento resulta da evidência de que o dano ecológico só pode ser efectiva e totalmente reparado através da reparação *in natura*, aproximando-se a indemnização em dinheiro do regime próprio da compensação (em sentido próprio) por danos morais. A primazia da restauração natural sobre a compensação ecológica resulta da funcionalização da responsabilidade civil para a conservação e manutenção dos bens ambientais, pois que a primeira é, em princípio, mais próxima e fiel da *situação anterior à prática do facto lesivo*²⁰.

(iii) **Reparação compensatória**: será uma qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou serviços, desde a data da lesão até à reparação integral²¹ (vide ponto 1 c) do anexo V). E por perdas transitórias devemos entender aquelas que resultam do *facto de os recursos naturais e serviços danificados não poderem realizar as suas funções ecológicas ou prestar serviços (...)* enquanto as medidas primárias ou complementares não tiverem produzido efeitos (vide ponto 1 d) do anexo V). Estamos assim a falar de um tipo de reparação com-

²⁰ É por isso que *restitutio in integrum* é por vezes utilizado como sinónimo de reparação ecológica. Apesar de estar em causa, com centralidade, a recuperação da capacidade funcional do elemento natural, a reparação – reconstituição da situação anterior à prática do facto lesivo/situação actual hipotética – só será integral se houver também recuperação do elemento natural concretamente afectado.

²¹ Também neste ponto, o anexo V refere *até a reparação primeira ter atingido plenamente os seus efeitos*, uma vez mais partindo do pressuposto de que haverá sempre reparação primária.

plementar diverso, que não está em concorrência com a reparação primária ou complementar (que têm, afinal, a mesma função ou muito semelhante) por ter uma função específica, essencial quando falamos de reparação de dano ecológico, e ainda mais se a medida for de auto-regeneração ecológica, assim se prolongando no tempo²².

Para concretizar o conteúdo da reparação compensatória, há que articular o que ficou dito com o ponto 1.1.3 do anexo V, que especifica que a compensação consiste em melhorias suplementares dos *habitats* naturais e espécies protegidas ou da água, quer no sítio danificado quer num sítio alternativo. Assim, quase sempre haverá medidas de reparação compensatória para as perdas transitórias, paralelas às medidas de reparação primária e/ou complementar para a efectiva reparação do recurso e/ou serviços afectados. É ainda de sublinhar que parte do que ficou dito atrás quanto à reparação complementar é plenamente aplicável à reparação compensatória (no que se refere aos pontos 1.2.2 e 1.2.3 do anexo V).

Antes de passarmos para a segunda parte deste ponto (critérios para a escolha das opções de reparação), e apesar de tal não ser objecto deste estudo, gostaríamos de chamar a atenção para o facto de ser apenas no que toca à reparação compensatória que o legislador esclarece que a reparação do dano ecológico *não consiste numa compensação financeira para membros do público*. Esta norma, enigmática na sua formulação, na sua solidão e na sua inserção sistemática, é susceptível de diversas interpretações. Pretende o legislador dizer que só na reparação compensatória não pode haver compensação financeira para membros do público, sendo isso de admitir na reparação primária ou complementar? Que não pode haver qualquer compensação financeira na reparação do dano ecológico? Ou, pelo contrário, que só na reparação compensatória pode haver (até de um ponto de vista conceptual) compensação financeira, mas que não poderá ser para membros do público? Ficam somente colocadas as questões, porquanto não temos pretensão de aqui lhes responder.

9. Tendo sido analisadas e densificadas as diferentes modalidades de reparação de danos à água, às espécies e *habitats* naturais protegidos (ponto 1 a 1.2.3 do anexo V), há que analisar o regime legal no que toca à escolha das opções de reparação, de entre as várias potencialmente aplicáveis ao caso concreto. Em primeiro lugar, é esclarecido imediatamente que apenas são avaliadas e ponder-

²² Uma vez mais, na tónica repetitiva do diploma, é referido logo de seguida que *a reparação compensatória é utilizada para compensar perdas transitórias*.

radas para aplicação as opções de reparação razoáveis. Com certeza que não pretende o legislador com isto dizer que se esgota aqui a análise do cumprimento do princípio da proporcionalidade; mas, em nome da eficiência do processo, devem ser desconsideradas desde logo aquelas opções que são manifestamente irrazoáveis.

De seguida, o legislador aponta, aparentemente de forma taxativa, os critérios para escolha da medida de reparação a aplicar. E nesta lista, constante do ponto 1.3.1, encontramos critérios:

- (i) Estritamente ambientais (medida em que cada opção previne danos futuros e evita danos colaterais resultantes da sua execução, medida em que cada opção beneficia cada componente do recurso natural e/ou serviço);
- (ii) Eficácia e eficiência (que tanto se referem a eficácia e eficiência ambiental, como de diversa natureza, como a probabilidade de êxito de cada opção ou o período necessário para que o dano ambiental seja efectivamente reparado);
- (iii) Sócio-económicos (efeitos de cada opção na saúde pública e na segurança, medida em que cada opção tem em consideração preocupações de ordem social, económica e cultural e outros factores relevantes específicos da localidade e relação geográfica com o sítio danificado – considerando a parte final do ponto 1.1.2); e
- (iv) Economicistas (custos de execução da opção).

O elenco dos critérios parece ter sido elaborado aleatoriamente. É natural que ao rigor conceptual – que importaria que só factores de natureza ambiental fossem tidos em conta – se sobreponham as preocupações de natureza social e económica²³. Mas tal não justifica nem implica um enunciado de critérios aparentemente sem qualquer preocupação de ordenação por *ratio* ou valoração.

²³ Aliás, isso mesmo se reflecte também no parágrafo que antecede o ponto 1.1 do anexo V, do qual resulta que [a] reparação dos danos ambientais (...) implica também a eliminação de qualquer risco significativo para a saúde humana. Ignoramos a relevância autónoma desta norma. A reparação de um dano ecológico, restituindo os elementos naturais a uma condição ambientalmente harmoniosa, ou perto disso, implicará efeitos positivos para a saúde humana. A única função desta norma seria assim chamar a atenção para uma realidade que há muito está assente e é, até, apontado como fundamento filosófico do Direito do Ambiente: a saúde, equilíbrio e bem-estar do Homem. Ou então, para servir enquanto critério – mas nesse caso, é, uma vez mais, uma repetição, porquanto tal já ficou expresso no ponto 1.3.1 do anexo V.

Tal como resulta do ponto 1.3.2, falar de escolha de uma medida de reparação é uma simplificação, uma vez que podem ser conjugadas várias medidas diferentes e modalidades diferentes de medidas. Assim, pode ser necessário aplicar medidas de reparação primária e complementar, não só por impossibilidade de reparação primária total, como por aplicação dos critérios constantes do ponto 1.3.1, mas também por força do ponto 1.3.3; o que é essencial é que haja *ações complementares ou compensatórias para proporcionar um nível de recursos naturais e/ou de serviços similar ao daqueles de que se prescindiu*.

Analisemos então o último ponto dedicado à reparação de danos causados à água e às espécies e *habitats* protegidos. Dispõe o ponto 1.3.3 que não obstante as demais normas já referidas, a autoridade competente pode determinar não tomar *outras medidas de reparação*. Há que explicitar e precisar o significado desta expressão. Refere-se aos casos em que o lesante adoptou medidas de prevenção ou de reparação urgentes antes do procedimento de determinação das medidas de reparação, nos termos do artigo 15.º do RJRCDA. Pode acontecer que, por força da adopção dessas medidas (a que está obrigado, nos termos da referida norma), o lesante tenha já praticado relevantes actos de reparação. Nesse caso, a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação se (i) as medidas adoptadas assegurarem a inexistência de riscos significativos de efeitos adversos para a saúde humana, a água ou as espécies e *habitats* protegidos e (ii) o custo das medidas de reparação a adoptar para atingir o estado inicial ou similar for desproporcionado em relação aos benefícios ambientais a obter. Encontramos assim mais uma manifestação do princípio da proporcionalidade, em sentido estrito.

Sublinhe-se que, considerando os requisitos constantes do ponto 1.3.3, não pode ser este o regime a aplicar no caso – improvável – de o lesante ter já adoptado todas as medidas de reparação primária, complementar e compensatória. Mas o legislador também não resolveu esses casos.

Deve ainda ser aqui introduzida uma ligeira precisão: onde o legislador refere *a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação* deve entender-se, mais amplamente, que a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação, nem fixar outras medidas a aplicar pelo lesante, em consonância com o artigo 16.º, n.º 2, do RJRCDA.

III – A reparação de danos causados ao solo

10. O regime da reparação de danos causados ao solo é tratado autonomamente, no ponto 2 do anexo V. Mas esta diferença não sobressai apenas no

regime da reparação. O tratamento diferenciado começa desde logo na própria definição de dano ambiental, no artigo 11.º, n.º 1, alínea e), do RJRCDA. As definições de danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos²⁴ e de danos causados à água²⁵, centrada na lesão significativa ou relevante de um recurso natural, contrastam com a definição marcadamente antropocêntrica da definição de danos causados aos solos²⁶.

Nos termos do RJRCDA, a determinação da existência de um dano causado ao solo depende da criação de um risco significativo para a saúde humana – o que determina uma alteração significativa no bem jurídico que se pretende proteger. Não deixa de ser surpreendente esta noção de dano ao solo, cujo único critério é a afectação da saúde humana, sendo, portanto, irrelevantes as contaminações de solos que não sejam susceptíveis de afectar a saúde humana de forma significativa. Conforme ficou dito anteriormente, não é de estranhar que preocupações de natureza social perturbem a pureza dos modelos estritamente teóricos. Contudo, já é de estranhar que num diploma de responsabilidade ambiental, cuja génese assenta na protecção do ambiente, com exclusão de danos pessoais, não haja uma noção de dano ao solo mais ampla, com o correspondente dever de reparação.

Tudo isto resultava já da Directiva que, apesar de afirmar no Considerando 13 o seu pendor ecocêntrico, se limita a dizer, no Considerando 7 que *para efeitos de avaliação dos danos ao solo (...) é conveniente a utilização de processos de avaliação dos riscos para determinar em que medida poderá a saúde humana vir a ser negativamente afectada*.

²⁴ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), i), do RJRCDA, são considerados enquanto danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses *habitats* ou espécies, cuja avaliação tem que ter por base o estado inicial, nos termos dos critérios constantes no anexo IV ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, com excepção dos efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes, nos termos da legislação aplicável.

²⁵ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), ii), do RJRCDA são considerados danos causados à água quaisquer danos que afectem adversa e significativamente, nos termos da legislação aplicável, o estado ecológico ou o estado químico das águas de superfície, o potencial ecológico ou o estado químico das massas de água artificiais ou fortemente modificadas, ou o estado quantitativo ou o estado químico das águas subterrâneas (redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro).

²⁶ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), iii) do RJRCDA é considerada como dano causado ao solo qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo para a saúde humana devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos.

11. Como não poderia deixar de ser, esta concepção teve repercussões óbvias no regime da reparação. O regime constante do ponto 2 do anexo V não se subsume às modalidades de reparação a que nos referimos no ponto I *supra*. Assim, as medidas de reparação estão determinadas e carecem apenas de concretização em cada caso: em caso de dano ecológico num solo, há que assegurar que os contaminantes em causa sejam eliminados, controlados, contidos ou reduzidos, para que o solo deixe de comportar riscos para a saúde humana. A lei impõe que a determinação do nível de risco e das medidas de descontaminação seja feita num *processo de avaliação de riscos*.

Para além destas especificidades, e considerando a natureza imóvel do recurso natural em causa, o processo de avaliação de riscos não pode deixar de ter em conta o uso que em concreto é feito do solo e o planeamento de uso futuro do mesmo. A lei concretiza quais os elementos a ter conta nesta avaliação: *as características e funções do solo, o tipo e a concentração das substâncias, preparações, organismos ou microrganismos perigosos, os seus riscos e a possibilidade de dispersão*.

Concluindo a análise da regulamentação do anexo V quanto a reparação de danos causados ao solo, resta apenas referir que o legislador teve aqui o cuidado de referir expressamente a hipótese de auto-regeneração natural.

12. A primeira ausência a sublinhar é a do princípio da proporcionalidade. Esta ausência é compreensível, se atendermos ao facto de que só é dano ecológico ao solo a contaminação que crie um risco significativo para a saúde humana. O princípio da proporcionalidade desaparece do texto legal; contudo, tal não significa que ele não seja aplicável enquanto princípio geral da actividade administrativa e salvaguarda da imposição de medidas aos particulares. Em última análise, parece-nos que os critérios e o processo de avaliação de riscos são de aplicar sempre, nem que seja, em última análise, a expensas do Estado.

As modalidades de reparação do dano a que fizemos alusão, e que tivemos por referência ao longo deste estudo, não têm lugar no anexo V. E, a nosso ver, correctamente: o anexo V limita-se a ser coerente com a noção de dano adoptado. E é aí, a montante, que se centram as nossas críticas, a que já nos referimos. Há que concluir que, em rigor, o regime de reparação de danos ao solo constante do anexo V tem mais semelhanças a um regime de protecção de saúde pública que a uma lei ambiental.

IV – Nota final sobre a articulação entre a reparação do dano ecológico e a reparação do dano ambiental

13. Porque falamos de reparação de dano ecológico, não podemos deixar de fazer uma breve referência à problemática da articulação entre a reparação do dano ecológico e a reparação do dano ambiental (danos tradicionais ou danos a pessoas e bens por força da lesão de um recurso natural), uma vez que, com frequência estaremos perante situações em que ambos se verificam, quanto ao mesmo recurso, por força de um mesmo facto lesivo.

14. Por um lado, é possível que a reparação do dano ambiental seja consumida pela reparação do dano ecológico, ou vice-versa, dependendo da precedência cronológica. Por outro lado, do regime próprio da reparação do dano ambiental – que é o tradicional regime num processo de partes (lesante/lesado) e, logo, substancialmente diverso do regime geral da reparação de danos – resultam necessariamente consequências ao nível da reparação do dano ambiental.

15. Sublinhe-se que o actual regime é completamente omissivo quanto a esta articulação. Passemos então a exemplificar alguns dos problemas que podem surgir em resultado da diferença de regimes:

- (i) Se a reparação do dano ecológico ocorrer em primeiro lugar: a reparação do dano ecológico é concretizada preferencialmente através de restauração *in natura*. Nestes casos, parte significativa do dano ambiental ficará simultaneamente reparada com a reparação do dano ecológico, uma vez que, materialmente, ambos se manifestam na mesma coisa, no mesmo recurso natural. Contudo, a reparação do dano ecológico nem sempre esgotará a reparação do dano ambiental e há casos em que a reparação do dano ecológico deixa a totalidade do dano ambiental por reparar²⁷. É de reconhecer ao lesado o direito de exigir o pleno ressarcimento do dano sofrido²⁸. Nesse sentido, não é de acei-

²⁷ Por exemplo, quando a reparação é feita por compensação ecológica, uma vez que não haverá reparação do elemento natural concretamente afectado mas tão-somente a criação ou recuperação de bem com capacidade funcional equivalente. A menos que esse outro bem seja também propriedade do lesado, a compensação ecológica não terá qualquer impacto positivo ou vantagem na posição patrimonial do lesado. O mesmo pode ser dito relativamente à compensação pecuniária que é atribuída a um fundo.

²⁸ No nosso entendimento, o artigo 10.º do RJRCDA, sob a epígrafe Dupla reparação, não impedia que o lesado pedisse novo ressarcimento, na medida em que não se estava a referir aos mesmos danos, ainda que derivados do mesmo facto lesivo.

tar uma afirmação de que a reparação *in natura* do dano ecológico esgota qualquer pretensão do que sofreu um dano ambiental, com fundamento na proibição da dupla reparação pelo mesmo dano.

- (ii) Por força da natureza jurídico-pública do regime de reparação do dano ecológico, que visa a protecção do interesse público ambiental, a autonomia das partes (lesado/lesante) na determinação da reparação do dano ambiental pode ficar muito limitada. Por exemplo, não pode o titular do bem recusar a reparação ecológica, exigindo uma compensação pecuniária²⁹. Também não poderá renunciar ao direito à reparação, tendo em vista obstar à reparação ecológica.
- (iii) Se a identificação e reparação do dano ecológico ocorrer depois da reparação do dano ambiental e entretanto já tiver havido reparação do dano ambiental através de uma indemnização em dinheiro: não se pense que o dano ecológico é alheio a esta circunstância e que a reparação do dano ecológico pode prosseguir como se nada ainda tivesse ocorrido. É que tal como ninguém pode ser ressarcido duas vezes, ninguém é obrigado a reparar duas vezes o mesmo dano. Poder-se-ia argumentar que não estamos a falar do mesmo dano. De facto, não estamos, em rigor, a falar do mesmo dano. Contudo, não podemos ignorar que a restauração, se feita através de reparação *in natura*, produz na esfera jurídica do proprietário o efeito do duplo ressarcimento. Nestes casos, não podemos deixar de novamente afirmar a superioridade do interesse público da protecção do ambiente, com a necessária revisão da reparação do dano ambiental³⁰.
- (iv) Se a identificação e reparação do dano ecológico ocorrer depois da reparação do dano ambiental e entretanto já tiver havido reparação do dano ambiental através de reparação *in natura*: apesar de esta ser – potencialmente – uma situação menos conflituante, não podemos afastar a possibilidade de as medidas que em concreto tiverem sido executadas não serem as mais indicadas ambientalmente, ainda que reparem cabalmente o dano ambiental.

²⁹ Imaginemos o caso do sobreiro, que precisa de cerca de 25 anos para que possa pela primeira vez ser descortçado. Contudo, é ainda mais alargado o período necessário para que o mesmo se torne economicamente rentável. Caso um conjunto de sobreiros seja abatido, é pouco provável que o seu proprietário pretenda a reparação *in natura*; pelo contrário, irá tentar acordar com o devedor a compensação pecuniária.

³⁰ Esta solução é na prática extremamente complexa, considerando que a responsabilidade civil é maioritariamente efectuada após decisão judicial. Caso a decisão judicial já tenha transitado em julgado, afiguram-se-nos graves problemas de conciliação com a força do caso julgado.

Por tudo isto, entendemos ser necessária uma regulação da relação entre a reparação do dano ecológico e do dano ambiental que vise principalmente evitar estes problemas de articulação. Com uma breve análise destes problemas, torna-se evidente que, apesar de se referirem a bens jurídicos diversos, a reparação do dano ambiental e a reparação do dano ecológico devem ser feitas em conjunto ou, pelo menos, de forma articulada.

Da natureza jurídica da responsabilidade ambiental

DR. TIAGO ANTUNES*

Sumário: 1. *Objecto*. 2. *Natureza jurídica dúplice*: 2.1. *Natureza ecocêntrica/antropocêntrica*; 2.2. *Natureza preventiva/reparadora*; 2.3. *Natureza jurídico-pública/jurídico-privada*; 2.4. *Natureza subjectiva/objectiva*. 3. *Apreciação crítica*.

1. **Objecto**

O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, veio renovar e sistematizar o regime jurídico da responsabilidade civil ecológica. Trata-se de um diploma que era há muito aguardado. Antes de mais, porque desde 2004 que a União Europeia – no culminar de um longo e difícil processo, marcado por sucessivos avanços e recuos e diversas tentativas falhadas ao longo de várias décadas¹ – se havia dotado de um instrumento jurídico relativo à responsabilidade ambiental², o qual carecia de ser transposto para o ordenamento jurídico dos

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O presente texto constitui a versão escrita da intervenção, com o mesmo tema, que tivemos a honra de proferir no Colóquio Internacional sobre Responsabilidade por Dano Ambiental, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009. Trata-se apenas, portanto, de passar para o papel as reflexões que então tivemos oportunidade de partilhar com o público presente, de modo a que estas possam chegar a uma audiência mais alargada.

¹ Para uma descrição sucinta das diversas tentativas de regulação da responsabilidade ambiental pelo Direito Comunitário, cf. LUCAS BERGKAMP, “The Proposed Environmental Liability Directive”, in *European Environmental Law Review*, November 2002, Volume 11, number 11, 294 e 295.

² Referimo-nos à Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 143, de 30.04.2004.