

Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental

Alexandra Aragão

Conteúdo

1. Introdução.....	1
2. Causas de retrocesso ambiental.....	3
3. Fundamentos específicos da proibição de retrocesso ambiental.....	7
4. Evolução, progresso e retrocesso.....	17
5. Pressupostos da proibição do retrocesso ambiental.....	24
6. Reduções não retrocedentes do nível de protecção.....	25
8. Retrocessos ambientais admissíveis.....	27
9. Condições gerais de admissibilidade do retrocesso.....	31
10. Conclusão.....	33

1. Introdução

A proibição do retrocesso é um tema recorrente na doutrina constitucional a propósito dos direitos sociais. Reconhecidos como direitos de realização progressiva, os direitos sociais e a sua concretização dependem tanto da agenda política como da disponibilidade financeira do Estado. Nas palavras de Gomes Canotilho, “hoje como ontem, os direitos sociais, económicos e culturais colocam um problema incontornável: custam dinheiro, custam muito dinheiro”¹. No caso da protecção do ambiente podem ser encargos com medidas de adequação às exigências legais e encargos administrativos ligados ao controlo; investimentos anteriores ao desenvolvimento de uma actividade e custos posteriores, para monitorização da actividade; pagamentos por causa da poluição e pagamentos para evitar a poluição; custos públicos e custos privados... Mas, além de a protecção ambiental fazer gastar tempo e dinheiro, como se não bastasse, ainda pode criar complexidade administrativa, entraves ao comércio, insegurança jurídica.

Ora, não é de admirar que, devido a alterações da conjuntura económica, devido ao crescimento da intolerância aos escolhos burocráticos ou devido à integração económica em blocos regionais como a União Europeia, a certa altura, estes custos sejam considerados intoleráveis.

¹ “Metodologia Fuzzy’ e ‘Camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, in: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra Editora, 2008, pág. 106.

Em tempo de crise económica, a pressão da opinião pública para cortar as despesas públicas faz-se sentir sobretudo nos domínios vistos como dispendiosos e pouco úteis: da política de cooperação para o desenvolvimento à política cultural, da política militar à política do ambiente, o argumento utilizado é sempre a *não essencialidade* dos valores protegidos relativamente a outros valores considerados prioritários, como a saúde, a habitação, a educação ou a segurança pública. Na óptica do mercado, a prioridade é também proteger as empresas das cargas fiscais, das quotizações sociais, das obrigações ambientais e dos fardos burocráticos, considerados demasiado pesados para o fraco tecido económico e, portanto, reputados dispensáveis².

A pressão que, em tempo de crise e em maré de simplificação, se faz sentir, para revogar leis ambientais e abandonar medidas de protecção de recursos naturais, consideradas dispendiosas, complexas e supérfluas, convoca uma reflexão crítica acerca da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, à protecção ambiental e acerca do nascimento do princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Não é nosso propósito fazer uma revisão da vasta literatura sobre retrocesso social, mas apenas procurar as razões específicas, que nos permitem fundamentar actualmente a defesa de um princípio de proibição de retrocesso em matéria de protecção ambiental.

Pensamos que se justifica um estudo autónomo sobre o princípio da proibição do retrocesso ambiental, porque há razões próprias do Direito Ambiental que justificam a proibição de retrocesso e porque há critérios ambientais — diferentes dos sociais — para aferir se estamos ou não perante um retrocesso inadmissível.

Porém, a razão determinante da escolha deste tema foi o facto de considerarmos que também ele orbita na vasta esfera de interesses do nosso homenageado. Deste modo, pretendemos, com este estudo, dar continuidade às interrogações formuladas por Gomes Canotilho quanto à existência de “(...) uma proibição constitucional de retrocesso ecológico-ambiental (...)” e a propósito de saber se “o princípio do retrocesso ecológico transporta a exigência de proibição de desregulação da disciplina normativa-ambiental (...)”³.

Contudo, a aproximação que faremos ao tema do retrocesso, não é uma abordagem teórica, fundada no direito interno, sobre a existência, a natureza ou a admissibilidade constitucional do princípio da proibição de retrocesso, mas antes uma aproximação essencialmente pragmática, em torno do fundamento jurídico europeu do princípio, e ilustrada com exemplos que pretendem iluminar o texto com as cores da vida.

² Ou até inconstitucionais e violadores dos Tratados Europeus, por desrespeito do direito fundamental de propriedade, das liberdades de iniciativa económica, de estabelecimento e de concorrência. Estes argumentos foram invocados pela empresa siderúrgica Arcelor, SA, para fundamentar o seu pedido de anulação da Directiva 2003/87, de 13 de Outubro, que criou o regime europeu do comércio de emissões de gases com efeito de estufa. No processo T-16/04, com decisão do Tribunal Geral em 2 de Março de 2010, os juízes europeus não deram razão à Arcelor, SA.

³ No texto que, em 2002, serviu de base à comunicação proferida nas Jornadas Luso-Espanholas sobre *Temas de Direito de Ambiente* (“O Direito ao Ambiente como Direito Subjectivo”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra Editora, 2008, págs. 182-183).

2. Causas de retrocesso ambiental

Olhando hoje para o *edifício jus-ambiental* em Portugal, verificamos que ele foi sendo gradualmente erigido ao longo das últimas décadas, mais por imposição europeia, do que por iniciativa nacional.

A necessidade de estudar a reversibilidade ou irreversibilidade da protecção ambiental resulta do reconhecimento da crescente intensidade dos **ataques** ao *edifício jus-ambiental*, vindos especialmente de duas *frentes*: a *frente* económica, resultante de um cenário de crise prolongada⁴ e de reorientação de prioridades sociais⁵ e a *frente* da governância, preconizando um movimento crescente de simplificação administrativa e de desburocratização, a bem da transparência, da abertura, da participação, mas também do desenvolvimento económico, da livre circulação dos factores de produção, da standardização e da livre concorrência.

Sem nos pronunciarmos para já sobre a sua admissibilidade concreta, vamos analisar algumas alterações legislativas ocorridas em Portugal e que, de uma forma ou de outra, tiveram como efeito a redução do nível de protecção ambiental. A nossa preocupação não é, por agora, de analisar se essa redução é justificada, tolerável ou proporcional. Pretendemos apenas avançar alguns exemplos que demonstram que, por razões variadas, estamos a atravessar um período de retrocessos ambientais multifactoriais.

2.1. Retrocesso motivado pela crise económica

Um exemplo possível do retrocesso ambiental justificado pela crise económica é a primeira alteração à Lei n° 50/2006, de 31 de Agosto, que criou um regime especial para as contra-ordenações ambientais em Portugal. A Lei n° 89/2009, que reviu o regime das contra-ordenações ambientais, três anos depois da sua entrada em vigor, resultou de uma proposta aprovada em Conselho de Ministros em 30 de Abril de 2009⁶. Segundo o Comunicado do Conselho de Ministros, a proposta de Lei baseou-se numa “redução da larga maioria dos valores das coimas, com especial relevo para os limites mínimos” sendo a sua justificação principal o propósito de “conferir ao regime aplicável às contra-ordenações ambientais um carácter mais adequado ao quadro socioeconómico do país, ajustando a punição à necessidade de não comprometer a subsistência de pessoas singulares e de pessoas colectivas de pequena e média dimensão”.

Eis a comparação entre as sanções consagradas na primeira e na segunda leis:

Lei 50/2006	Infracções leves		Infracções graves		Infracções muito graves	
	negligência	dolo	negligência	dolo	negligência	Dolo
Indivíduos	€500 a €2500	€1500 a €5000	€12500 a €16000	€17500 a €22500	€25000 a €30000	€32000 a €37500

⁴ Numa perspectiva constitucional brasileira, já em 2006, Ingo Wolfgang Sarlet discorria sobre “o dilema da manutenção de níveis satisfatórios de protecção social num contexto de crise” (“A proibição do retrocesso, dignidade da pessoa e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, Coimbra 2006, pág. 254 e ss).

⁵ Segundo dados do Eurobarómetro, em Fevereiro de 2009, já 90% dos europeus consideravam que a crise financeira teria forçosamente consequências importantes para a economia (*Os europeus e a crise económica*, Eurobarómetro normal, (EB71), 24 de Março de 2009).

⁶ Em 3 de Julho de 2009, a proposta foi aprovada na Assembleia da República com o voto favorável do Partido Socialista e votos contra do Partido Social Democrata, do Partido Popular e do Bloco de Esquerda.

Empresas	€9 000 a €13000	€16000 a €22500	€25000 a €34000	€42000 a €48000	€60000 a €70000	€500000 a €2500000
----------	--------------------	--------------------	--------------------	--------------------	--------------------	-----------------------

Lei 89/2009	Infracções leves		Infracções graves		Infracções muito graves ⁷	
	negligência	dolo	negligência	dolo	negligência	dolo
Indivíduos	€200 a €1000	€400 a €2000	€2000 a €10000	€6000 a €20000	€20000 a €30000	€30000 a €37500
Empresas	€3 000 a €13000	€6000 a €22500	€15000 a €30000	€30000 a €48000	€38500 a €70000	€200000 a €2.500.000

Em percentagem, a redução média foi de 32,5%, correspondendo a reduções entre os 6,25% e os 84% para os indivíduos e entre os 28,5% e os 66% para as empresas.

	Infracções leves		Infracções graves		Infracções muito graves	
	negligência	dolo	Negligência	dolo	negligência	dolo
Indivíduos	-60% e -60%	-73% e -60%	-84% e -37,5%	-65,6% e -11%	-20% e 0%	-6,25% e 0%
Empresas	-66% e 0%	-62,5% e 0%	-40% et -11%	-28,5% e 0%	-35,8% e 0%	-60% e 0%

Olhando para as reduções operadas, levantam-se algumas questões: justificar-se-ia realmente esta redução? Não haveria outras formas de aliviar as cargas financeiras que pendem sobre os operadores económicos? Não será este um sinal errado aos operadores económicos, em contradição com o sentido geral da evolução do ordenamento jurídico ambiental, nomeadamente o regime da responsabilidade ambiental, que responsabiliza os operadores pela adopção de medidas de prevenção e reparação de todos os “danos ou ameaças causados”⁸ e até do regime da responsabilidade penal, que aponta no sentido do reforço das sanções aplicáveis aos crimes ambientais⁹?

2.2. Retrocesso motivado pela simplificação administrativa

Outro caso, agora ilustrativo do retrocesso decorrente dos ímpetus simplificadores associados às exigências de governância, é a conciliação entre o regime de produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renovável (FER) e o regime de conservação da natureza e da biodiversidade¹⁰.

⁷ Estes montantes são elevados para o dobro no caso de a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas afectar gravemente a saúde ou a segurança das pessoas e bens e o ambiente (artigo 23º da Lei nº 89/2009).

⁸ Artigo 12º do Decreto-lei nº 147/2008, de 29 de Julho.

⁹ “A experiência tem revelado que os actuais regimes de sanções não têm sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente. Esta observância pode e deverá ser reforçada através da previsão de sanções penais que reflectam uma desaprovação social qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização do direito civil”, pode ler-se no preâmbulo da Directiva 2008/99, de 19 de Novembro, relativa à protecção do ambiente através do direito penal. Esta directiva foi transposta para o ordenamento jurídico português em 15 de Novembro de 2011, pela Lei n.º 56/2001, que altera os crimes de incêndio florestal, de dano contra a natureza e de poluição, e cria um novo tipo legal de crime de “actividades perigosas para o ambiente”.

¹⁰ O aparente retrocesso que resulta do choque entre dois ou mais objectivos ambientais conflituantes situa-se fora do enquadramento dogmático do retrocesso ambiental. São os chamados conflitos *internos* ou *dilemas ambientais*, de que é exemplo paradigmático o potencial conflito entre a redução das emissões de gases com efeito de estufa e a protecção da natureza e biodiversidade, resultante das fontes energéticas renováveis cujos impactes na fauna e na flora são muito significativos: a desflorestação para produção de biocombustíveis em regime de monocultura intensiva, a construção de grandes empreendimentos hidroeléctricos em zonas ecologicamente sensíveis ou a exploração de parques eólicos em zonas naturais classificadas.

O retrocesso ambiental, de que nos propomos tratar, ocorre apenas quando o ambiente “perde” para outros valores, ou seja: conflitos *externos*.

A lei que estabelece a Rede Natura 2000 prevê, no seu artigo 10º, n.º10, as estritas condições em que podem ser autorizadas acções, planos ou projectos susceptíveis de originar impactes ambientais negativos em zonas classificadas. Desde 1999 que a aprovação depende do reconhecimento, através de um despacho ministerial conjunto, da “ausência de soluções alternativas” e da existência de “razões imperativas de reconhecido interesse público”¹¹.

Porém, em 2004 é aprovado um Despacho Conjunto¹² que reconhece, em abstracto, o interesse público relevante de certos projectos de produção de energia eléctrica a partir de energias renováveis (eólica, hídrica, biomassa, biogás, ondas, fotovoltaica e pequenas centrais hidroeléctricas¹³), onde quer que eles se localizem.

O regime aprovado prevê a dispensa de um despacho conjunto *ad hoc*, sempre que, da avaliação de impacte ambiental ou da análise de incidências ambientais de um projecto relativo às mencionadas FER, não resulte a emissão de uma declaração de impacte ambiental desfavorável. Rigorosamente, não é sequer necessário que se trate de uma declaração de impacte ambiental totalmente favorável, basta que seja favorável mediante o cumprimento das condições previstas.

Em suma, sempre que se pretenda realizar um qualquer projecto de produção de electricidade a partir das FER descritas, mesmo em zonas sensíveis e classificadas para a conservação da natureza, presume-se a “ausência de soluções alternativas” e a existência de “razões imperativas de reconhecido interesse público”.

Mais, da declaração de impacte ambiental positiva decorrem ainda outros efeitos automáticos: o reconhecimento do interesse público para efeito de autorização de edificações em terrenos sitos na Reserva Ecológica Nacional, a aprovação por parte da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional competente, a emissão de parecer favorável do Instituto da Conservação da Natureza e Biodiversidade e a

¹¹ Artigo 10º, n.º10 do Decreto-lei n.º 140/99, de 24 de Abril, alterado pelo 49/2005, de 24 de Fevereiro: “a realização de acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais depende do reconhecimento, por despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria, da ausência de soluções alternativas e da sua necessidade por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica”. É de notar que o adjectivo escolhido para qualificar o interesse público — “reconhecido” — está de acordo com a versão portuguesa da Directiva 93/43, que cria a Rede Natura 2000, mas está em completa dessintonia com todas as restantes versões linguísticas da mesma norma. De facto, a versão portuguesa da Directiva diverge das restantes línguas oficiais ao usar um adjectivo que não transmite a especial relevância dos interesses públicos que exigem a realização da actividade, do plano ou do projecto. Nas outras versões linguísticas da mesma Directiva, a especial relevância dos interesses que permitem a compressão dos Sítios classificados é clara. Em inglês: “imperative reasons of overriding public interest”. Em espanhol: “razones imperiosas de interés público de primer orden”. Em francês: “raisons impératives d'intérêt public majeur”. Em italiano: “motivi imperativi di rilevante interesse pubblico”. Em alemão: “überwiegenden öffentlichen Interessen”. Em romeno: “motive cruciale de interes public major”.

¹² Despacho Conjunto n.º 51/2004, de 31 de Janeiro, do Ministro da Economia e do Ministro das Cidades, Ordenamento e do Território e Ambiente.

¹³ Já em 6 de Março de 2012, a fim de ponderar e reavaliar o enquadramento legal da produção de electricidade em regime especial, o Governo determinou que as autoridades competentes na área dos recursos hídricos passassem a emitir informações prévias desfavoráveis ou a indeferir liminarmente os requerimentos de atribuição de novos títulos de utilização dos recursos hídricos para fins de produção de energia a partir de centrais mini-hídricas (Despacho Conjunto n.º3316/2012, dos Ministérios da Economia e do Emprego, e da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território).

adopção de posição favorável por todos os representantes das entidades dependentes ou tuteladas pelo Ministério do Ambiente (ponto 3 a], e]).

A razão directa da criação deste expedito regime é o reconhecimento das “demoras significativas” e “insustentáveis” dos procedimentos de licenciamento dos projectos de produção de energia eléctrica a partir de FER e a necessidade de “imprimir a necessária celeridade nos procedimentos de licenciamento de projectos de produção de electricidade a partir de FER”. O meio adoptado é a “clarificação dos procedimentos de gestão e licenciamento”, o que vem na linha das regras gerais simplificadoras dos procedimentos de licenciamento adoptadas pelo Ministério do Ambiente. A justificação última deste regime não podia ser mais nobre: “dar resposta (...) aos compromissos internacionais assumidos por Portugal”, decorrentes do reconhecimento de que “o aumento de utilização das FER constitui um relevante contributo não só para a segurança de abastecimento, como também para fazer face às alterações climáticas, através da redução das emissões de gases com efeito de estufa, constituindo um elemento importante das medidas necessárias ao cumprimento do Protocolo de Quioto no quadro do Programa Nacional das Alterações Climáticas”¹⁴.

A tentativa de conciliação, por vezes precipitada, entre conservação da natureza e produção de energias renováveis, *maxime* energia eólica, é uma realidade comum a muitos Estados Membros da União Europeia¹⁵, que já levou a Comissão a aprovar “orientações para conciliar o desenvolvimento da energia eólica e a política de biodiversidade”¹⁶.

Mas a pergunta que se impõe é: o fim da redução de gases com efeito de estufa justificará quaisquer meios? Será compatível com o espírito da directiva europeia que estabelece a Rede Natura 2000, que exige a declaração de um interesse público relevante, um regime de reconhecimento, em abstracto, da compatibilidade entre qualquer projecto de FER e a conservação da natureza? Será realmente dispensável uma análise caso a caso? Por outro lado, fará sentido, no caso dos projectos de FER, suprimir as exigências legais relativas ao acordo de várias entidades (como o Instituto da Conservação da Natureza e Biodiversidade, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, etc.) para a aprovação de projectos a realizar em zonas naturais classificadas?

Também a nível europeu encontramos exemplos de simplificação indutora do retrocesso. Estamos a pensar na Directiva 2006/123, de 12 de Dezembro, que visa promover a *livre circulação de serviços* pelo estabelecimento de um “quadro jurídico geral aplicável a uma ampla variedade de serviços (...)”. Esta Directiva baseia-se “numa abordagem dinâmica e selectiva que consiste em eliminar, prioritariamente, os entraves que podem ser

¹⁴ Parágrafos 2, 6, 7 e 8 do Preâmbulo do Despacho Conjunto.

¹⁵ Há algumas excepções, como por exemplo a Bélgica, que proibiu através de um *Arrêté royal* de 14 de Outubro de 2005, a instalação de parques eólicos *off shore* em sítios marinhos da Rede Natura 2000. Para a Região da Flandres, uma circular de 17 de Julho de 2000 impõe a mesma interdição para os parques terrestres.

¹⁶ IP/10/1450 Bruxelas, 29 de Outubro de 2010.

rapidamente suprimidos e, relativamente aos restantes, em lançar um processo de avaliação, de consulta e de harmonização complementar sobre questões específicas que permitirá, progressivamente e de maneira coordenada, a modernização dos sistemas nacionais de regulamentação das actividades de serviços, indispensável para a realização de um verdadeiro mercado interno dos serviços até 2010¹⁷.

Por sua vez, o Decreto-lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, que transpõe esta Directiva para o ordenamento jurídico português, assume o desígnio europeu e propõe-se fomentar a “competitividade do mercado dos serviços”¹⁸ à custa de “reduzir ao mínimo indispensável os encargos sobre todos os prestadores de serviços e seus destinatários”¹⁹.

Assim, a partir de Outubro de 2010, serviços como a exploração de aterros para deposição de resíduos, a observação de cetáceos, ou a pesquisa, captação ou extracção de águas subterrâneas²⁰, deixam de poder ser submetidos a controlos prévios, salvo casos excepcionais, como “quando a escassez de recursos naturais ou das capacidades técnicas disponíveis o justifiquem”, caso em que “a lei pode limitar o número de permissões administrativas a conceder para uma actividade de serviços (...)”²¹. Ainda mais excepcional é a invocação da protecção do ambiente em geral, ou do ambiente urbano em particular, como “imperiosa razão de interesse público” que permita o estabelecimento de um regime diferente e mais restritivo para certos serviços²².

O escasso tempo decorrido desde a entrada em vigor do novo regime liberalizando os serviços não nos permite ainda ter uma visão clara dos efeitos ambientais da simplificação dos procedimentos. Contudo, pensamos que a remoção de controlos prévios em actividades com impactes ambientais significativos comporta, inevitavelmente, riscos.

3. Fundamentos específicos da proibição de retrocesso ambiental

No Direito, a reversibilidade é um fenómeno normal. As leis, em regra, são alteráveis porque exprimem a vontade, amiúde volúvel, dos Homens. Mas pode haver razões fortes para defender a irreversibilidade de algumas leis: a preservação de expectativas criadas, o respeito de compromissos assumidos, a segurança no tráfico jurídico, a previsibilidade e a planificação pessoal e empresarial, e, sobretudo, a preservação de novos e frágeis equilíbrios sociais considerados mais justos e mais promotores da coesão social, *maxime*, por corresponderem à protecção de minorias e de indivíduos ou populações vulneráveis ou socialmente excluídas. No caso do retrocesso ambiental, a estas (e outras) razões gerais, acrescem ainda algumas razões especiais, não menos importantes, que resultam do facto de o retrocesso das leis de protecção ambiental provocar,

¹⁷ Parágrafo 7 do preâmbulo da Directiva.

¹⁸ Preâmbulo, §9 do Decreto-lei.

¹⁹ Artigo 5º, sob a epígrafe “desburocratização e simplificação”.

²⁰ Estes são serviços incluídos na lista (não taxativa, mas exemplificativa), anexa à lei.

²¹ Artigo 17º, nº 3, em estrita conformidade com o artigo 12º, nº1 da Directiva.

²² Artigo 30º do mesmo Decreto-lei.

consequencial e necessariamente, uma degradação do estado de conservação do ambiente, intolerável num Estado de Direito Ambiental²³.

3.1. Fundamento *ambiental* da proibição do retrocesso ambiental: a precaução ecológica

A própria natureza dos problemas ambientais, com os quais nos confrontamos hoje, é o primeiro fundamento *específico* da proibição de retrocesso ambiental, razão pela qual falamos de “precaução ecológica”.

De facto, os problemas ambientais são problemas **globais, crescentes** e, frequentemente, **irreversíveis**:

- **Globais**, no sentido de que a sua magnitude é planetária. Podemos afirmar, sem receio de errar, que dificilmente existirá um Estado ou sequer um indivíduo no Planeta que não seja afectado, em maior ou menor grau, pelos novos problemas ambientais globais como o efeito de estufa, a destruição da camada de ozono, a desflorestação, a acidificação, a poluição agro-química, a desertificação ou a radiação nuclear...
- **Crescentes**, porque, se nada fizermos, a cada dia que passa os problemas ambientais vão agravar-se mais. A pressão humana sobre os recursos naturais é tal, que cada vez a sua resolução se torna mais difícil, mais dispendiosa e mais complexa. Na obra *Os limites do crescimento*²⁴, mostra-se como no cenário “business as usual” a extinção previsível e datada dos recursos naturais conduzirá a humanidade para o colapso, já que a evolução dos problemas ambientais obedece a um padrão de crescimento exponencial.
- **Irreversíveis**, pois os impactes resultantes da sobre-utilização dos recursos naturais podem atingir um grau tal que, na prática, se torna impossível revertê-los. Tratando-se de recursos naturais escassos e não renováveis (como os recursos minerais ou os hidrocarbonetos, por exemplo) os impactes são irreversíveis porque se traduzem na extinção do recurso. Mas, mesmo tratando-se de recursos renováveis (como a fauna ou a flora selvagens), a sobre-exploração pode conduzir a uma tão profunda degradação, que os recursos dificilmente recuperam da espiral aniquiladora em que entraram, acabando por ocorrer, subsequentemente, a extinção irreversível (de que é paradigma a extinção de espécies raras e em perigo).

²³ Gomes Canotilho tem desenvolvido, em paralelo com o tópico da democracia sustentada, o conceito constitucional de Estado de Direito Ambiental ou Estado Constitucional Ecológico, entendido como aquele Estado que “pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente”, e assume o “dever de acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental” (“Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”, in: *RevCEDOUA*, n.º 8, 2/2001, página 12). Ver também *Estado de Direito*, Coleção Cadernos Democráticos, Fundação Mário Soares, Lisboa, 1999 e “Judicialização da ecologia ou ecologização do direito”, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 4, 1995, pág. 73-75).

²⁴ Donella Meadows, Denis Meadows e Jorgen Rangers. (Publicações D. Quixote, Lisboa, 1973). A esta obra seguiu-se outra dos mesmos autores: *Além dos limites- Da catástrofe total ao futuro sustentável* (Difusão Cultural, Lisboa, 1993), onde pela primeira vez se utiliza um programa informático desenvolvido no Massachusetts Institute of Technology, denominado «World 3», para simular modelos de comportamento em sistemas complexos com equações interdependentes, e para testar a sustentabilidade das tendências evolutivas em relação à capacidade de suporte do planeta (p. 117).

Além dos casos já mencionados, em que a sobre-utilização do recurso se traduz no seu esgotamento, há também situações de contaminação duradoura e difícil de reverter, como a eutrofização do meio aquático²⁵, devido ao uso excessivo de nitratos de origem agrícola, ou a contaminação dos solos por radioactividade ou por metais pesados²⁶.

Ora, a proibição do retrocesso ambiental justifica-se para evitar as **irreversibilidades ecológicas graves**, mesmo quando não temos a certeza se o retrocesso ambiental vai, ou não, ter as consequências que tememos²⁷. Temos, portanto, duas justificações diferentes para a proibição do retrocesso.

Porque o princípio da proibição de retrocesso não pode ser compreendido, se não for em articulação com os restantes princípios de política ambiental, podemos afirmar que se proíbe o retrocesso *por precaução* ou *por prevenção*, consoante ainda exista apenas o risco ou já exista a certeza de que a alteração legislativa em causa vai conduzir a uma redução do nível de protecção alcançado. Tanto o princípio da precaução como o princípio da prevenção²⁸ impõem a adopção tempestiva de medidas antecipatórias que permitam, em tempo útil e com eficácia, evitar os efeitos ambientais indesejáveis.

3.2. Fundamento *social* da proibição do retrocesso ambiental: a justiça intergeracional

Acresce que, além da impressionante natureza dos problemas ambientais, os principais *beneficiários* da legislação de protecção do ambiente não são os seus *destinatários*, o que pode conduzir a uma ingovernância intolerável²⁹.

Com efeito, são as gerações actuais, que aprovaram as leis, as principais *destinatárias* das normas ambientais, que impõem limites às actividades económicas, condicionamentos aos estilos de vida, restrições às liberdades

²⁵ A eutrofização é um fenómeno de contaminação aguda que já levou à responsabilização do Estado francês, em 2009, por um tribunal de Rennes em virtude da morte de um cavalo, numa praia em França. A morte ocorreu poucos minutos pós a inalação de gás sulfídrico gerado pela decomposição das algas verdes na praia. (<http://www.lefigaro.fr/environnement/2009/11/03/01029-20091103ARTFIG00587-algues-vertes-l-etat-renonce-in-extremis-a-faire-appel-.php>).

²⁶ Não nos parece realista a posição daqueles que, como Cass Sunstein, defendem que tudo é reversível, é apenas uma questão de ter tempo... e orçamento (*Worst Case Scenarios*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 183). É certo que alguns dos casos mais graves de poluição e degradação de recursos naturais podem ser reversíveis... mas a que custo? Por exemplo, se esperarmos o tempo suficiente e as condições ideais estiverem reunidas, os próprios recursos fósseis podem regenerar-se. Mas deveremos, por isso, considerá-los como recursos renováveis? A dilatação temporal necessária é tão grande que a possibilidade teórica se converte numa impossibilidade prática e, portanto, numa irreversibilidade definitiva.

²⁷ Em *Entropy – A new world view* (The Viking Press, New York, 1980), para ilustrar a necessidade de agir mesmo em situação de incerteza, Rifkin e Howard avançaram uma persuasora metáfora: «em certa medida, somos como aquele homem que se recusava a acreditar na gravidade. Para provar a sua inexistência – ou pelo menos a sua capacidade para a ultrapassar – ele sobe ao cimo de um arranha-céus e salta. A gravidade, claro, pouco se importava se o homem acreditava nela ou não e, por isso, passou a dar uma lição ao céptico, puxando-o inexoravelmente em direcção ao chão. Porém, o homem, agarrando-se à mais pequena esperança para preservar a sua sobrevivência intelectual e física, precipitava-se do quadragésimo piso apregoando: ‘para já, está tudo bem’ [no original: «so far, so good»]. Se nós, como o homem que nega a gravidade, optarmos por negar as consequências da Lei da Entropia, também nos será ensinada a última e esmagadora lição. E, como esse homem, nós continuaremos a dizer «para já, está tudo bem» mesmo quando o mundo à nossa volta se desintegra num caos em resultado da nossa cultura altamente entrópica» (p. 242).

²⁸ Sobre estes princípios ver sobretudo *Les Principes du pollueur-payeur de prévention et de précaution*, de Nicolas de Sadeleer, Bruylant, Bruxelles, 1999. Em português, o nosso “Princípio da precaução: manual de instruções”, in: *RevCEDOUA* n.º22, 2/2008.

²⁹ Juan J. Linz, *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.

individuais. Mas já não serão elas as principais *beneficiárias* dos esperados efeitos de melhoria da qualidade de vida, associados à melhoria da qualidade ambiental no futuro.

Em que medida é que esta não coincidência conduz a um reforço do princípio de não retrocesso é o que veremos em seguida. Para tal, partiremos de uma comparação entre os efeitos do retrocesso social e ambiental.

Retrocesso social

No âmbito social, o que se perde com o retrocesso social são direitos de indivíduos ou grupos sociais vulneráveis, cujo estatuto adquirido, em função de novas obrigações estaduais criadas por lei, foi, ao tempo, considerado como uma “conquista”³⁰. Os deveres de prestação social compreendem *direitos justos*, conseguidos a duras penas, por vezes após uma longa luta para o seu reconhecimento, e aos quais se chegou por via de uma lei que cria novas prestações sociais³¹. Neste caso, as prestações sociais devem ser mantidas (e a proibição do retrocesso imposta) porque se considera que se alcançou um novo equilíbrio social, um equilíbrio social mais justo que corresponde, em suma, a um *avanço civilizacional*.

Acontece que, no plano social, podemos considerar que os retrocessos sociais só ocorrem se forem tolerados pelos *lesados*, entenda-se, os indivíduos ou grupos sociais que tinham sido beneficiados pelo *progresso* social anterior.

Se os titulares dos direitos que são eliminados, comprimidos ou suspensos pela nova lei, não concordarem³², têm meios jurídicos para defender a sua posição, *maxime* através do recurso às vias judiciais, invocando o princípio da proibição do retrocesso, a protecção da confiança, da segurança jurídica, o respeito das legítimas expectativas, a proibição de decisões arbitrárias, os princípios de *estoppel*, de boa fé, de proibição de abuso de direito, ou simplesmente a obrigação de justificar os actos de conteúdo desfavorável. Extra-judicialmente, os afectados podem sempre exercer os seus direitos de reclamação, de representação, de participação, podem apresentar petições ou exposições, etc. Para além do recurso a meios jurídicos, podem, em qualquer caso, recorrer a meios de protesto e de pressão mais ou menos estrondosos, mais ou menos eficazes, mais ou menos legais, como greves, manifestações, bloqueios, boicotes, sabotagens...

Porém, as vias de actuação não podem ser exactamente as mesmas em relação às “conquistas” e aos retrocessos ambientais.

Retrocesso ambiental

³⁰ Numa linha semelhante, Jorge Reis Novais considera os direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria” (*Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006).

³¹ Os princípios da justiça e sustentabilidade intergeracionais são princípios relativos ao tempo, tratados por João Carlos Loureiro no contexto do sistema de protecção social (*Adens ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ‘direitos adquiridos’*, Coimbra Editora, 2010, pág. 278-279).

³² As democracias não têm apenas uma dimensão procedimental e, mais do que um *meio de escrutinar as preferências da maioria*, elas devem ser *um meio de criar uma sociedade em que todos os cidadãos* (mesmo as minorias e sobretudo elas) *gozem de certos direitos fundamentais* (Gregory H. Fox; Georg Nolte (eds.), “Intolerant democracies”, in: *Democratic governance and international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 401).

Antes de mais, é verdade que as novas “conquistas” ambientais correspondem, de igual modo, a novos equilíbrios ambientais ou ecológicos³³ considerados como mais justos, mais estáveis e mais duradouros, numa palavra, mais sustentáveis.

Mais **justos**, na relação que se estabelece entre os homens, através da Natureza; mais **estáveis** e **duradouros** nas relações directas do Homem com a Natureza.

As novas medidas legislativas mais **sustentáveis**, porque correspondem à prevalência de valores colectivos, valores a longo prazo, e valores globais, sobre considerações individualistas, imediatistas ou de âmbito meramente local, são consideradas, por isso mesmo, um *avanço civilizacional*.

Mas, por outro lado, verificamos que os *beneficiários directos* dos progressos ambientais não são pessoas ou grupos sociais individualizáveis, mas antes certos *elementos naturais*, como espécies da fauna ou da flora, *habitats*, biocenoses, ecossistemas, monumentos naturais, paisagens, clima...

Indirectamente, sim: são indivíduos ou grupos sociais, os *beneficiários indirectos* tanto da correcção das injustiças ambientais, como da superação das desequilibradas e insustentáveis relações Homem-Natureza.

Todavia, acontece que, na maior parte dos casos, apesar de as medidas de protecção adoptadas terem encargos imediatos, os seus efeitos benéficos — a saber, os progressos no desempenho ambiental e as melhorias na qualidade de vida daí resultantes — só se sentirão dentro de décadas, séculos ou milénios.

Por isso consideramos que a proibição do retrocesso ambiental é instituída, quando muito, no interesse das gerações futuras, que são quem beneficiará (nessa altura, de forma directa) das privações e das provações impostas, em seu nome, às gerações actuais.

Assim, aos deveres ambientais resultantes dos progressos ambientais não corresponde, muitas vezes, um titular de um direito correspondente que possa exigir, pelas vias judiciais ou extra-judiciais, o seu cumprimento³⁴.

Conclui-se daqui que os prejudicados pelos retrocessos ambientais são ainda mais vulneráveis do que aqueles indivíduos ou comunidades que sofrem com a perda das “conquistas” sociais, já que não podem manifestar-se, pelas vias normais previstas pelo Direito.

É verdade que não é só no plano ambiental que há valores importantes sem expressão democrática e que, por essa razão, correm o risco de ser desprezados ou protelados pela maioria: são os valores ligados às minorias

³³ A solidariedade intergeracional e a responsabilidade para com as futuras gerações são centrais no plano constitucional português, como nos explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira na anotação ao artigo 66º da Constituição (Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I, 4ª ed. Coimbra Editora, 2007, pág. 849/850).

³⁴ Axel Gosseries ensaia diferentes modelos de reciprocidade nas relações com as gerações futuras (“Three models of intergenerational reciprocity”, in *Intergenerational Justice*, Axel Gosseries & Lukas H. Meyer, ed., Oxford University Press, 2009, pág. 119- 146).

étnicas, culturais, linguísticas, religiosas, às gerações futuras, às espécies não humanas³⁵... Porém, este paradoxo democrático³⁶ é inegavelmente mais grave no caso dos valores ambientais por causa da falta de “voz” das gerações futuras³⁷ e das espécies não humanas³⁸.

E também por isso é que não há participação pública (referendo, consulta, audiência ou outro meio democrático de participação) que possa legitimar o retrocesso. Em primeiro lugar porque os cidadãos actuais (eleitores, participantes) não tomam, frequentemente, em consideração as consequências futuras das suas posições actuais, manifestando uma inegável *miopia ambiental*³⁹. Em segundo lugar, porque os principais afectados (directa e indirectamente) não têm “voz”⁴⁰.

Indo um pouco mais longe, poderíamos até considerar que o retrocesso ambiental *sem consentimento dos ofendidos* configuraria um abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, na relação entre gerações actuais e gerações futuras, na medida em que, após o reconhecimento e a correcção de uma injustiça ambiental, se retroceda sem alteração relevante ou significativa das circunstâncias sociais, económicas ou ambientais que, em momento anterior, motivaram o estabelecimento de uma medida legislativa de protecção.

3.3. Fundamento legal e europeu do retrocesso ambiental: o princípio do nível elevado de protecção

Até aqui limitámo-nos a pressupôr a existência do princípio da proibição do retrocesso mas, para os *não crentes*, a primeira objecção ao princípio resulta, desde logo, da inexistência, na constituição ou nas leis, de uma cláusula expressa proibindo o retrocesso.

Na realidade, tais cláusulas são prudentemente evitadas pelo legislador, para escapar a uma *rigidificação* da lei, através do chamado “efeito de Midas”⁴¹.

Pensamos, porém, que o facto de não haver uma norma escrita, não significa que o princípio não exista e não tenha força jurídica.

³⁵ Já em 1994, Gomes Canotilho perguntava, num colóquio organizado em Coimbra pela Associação Portuguesa de Direito do Ambiente, “para quando um sistema jurídico reconhecedor de direitos fundamentais da natureza?” (“Direito do Ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas”, in *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n.º1, Setembro de 2005, pág. 98).

³⁶ Nas conclusões do Conselho Europeu de Madrid, em 15 e 16 de Dezembro de 1995, encontramos a primeira referência ao simétrico *paradoxo da governância europeia*, que mais tarde veio a dar origem ao Livro Branco da Governança Europeia (Com[2001] 428 final) publicado pela Comissão Europeia em 25 de Julho de 2001.

³⁷ O défice de representação das gerações futuras é tratado de forma particularmente estimulante na obra colectiva *Future Generations & International Law* (Emmanuel Agius e Salvino Busuttil, eds. Earthscan, 1998). De forma mais compreensiva, Laura Westra *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations*, Earthscan, 2006.

³⁸ Na obra *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance* (Ashgate, 2008), Klaus Bosselmann desenvolve e aprofunda a ideia de justiça ecológica como justiça intergeracional e justiça interespecies (pág. 97 e ss.).

³⁹ Problema há muito identificado como o *síndrome da miopia* ou “defective telescopic faculty” a que se referem Peter Nijkamp (em “Theory and Application of Environmental Economics”, in *Studies in Regional Science and Urban Economics*, North Holland Publishing Company, 1977, pág. 230) e William J. Baumol e Wallace E. Oates (em *The Theory of Environmental Policy*, 2nd ed. Cambridge University Press, 1988, pág. 151).

⁴⁰ Este não é, no entanto, um problema inultrapassável como demonstra a existência do Comissário Parlamentar para as Gerações Futuras, na Hungria (o portal oficial, <http://jno.hu/en/>, em inglês, justifica uma visita).

⁴¹ A expressiva metáfora, alusiva ao Rei da mitologia grega que transforma em ouro tudo aquilo em que toca, surge precisamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º148/1994, sobre a lei das propinas (processo n.º530/93).

É assim na União Europeia, onde, apesar de não existir uma disposição proibindo expressamente o retrocesso⁴² ambiental, existe um forte fundamento jurídico para a não regressão ambiental: o princípio do nível elevado de protecção⁴³.

Este é, actualmente, um princípio quase omnipresente no direito europeu do ambiente, tanto nos tratados como no direito secundário. Após o Tratado de Lisboa, o nível mais elevado de protecção figura ainda no artigo 3, n.º3 do Tratado da União Europeia; nos artigos 114 e 191, n.º2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e no artigo 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁴.

No direito derivado, a Directiva que cria a licença ambiental⁴⁵ é a expressão mais visível deste princípio, repetindo nove vezes o objectivo do *estabelecimento de um nível elevado de protecção*.

3.3.1. Conteúdo do princípio do nível elevado de protecção na União Europeia

A principal utilidade do princípio fundamental do nível elevado de protecção do ambiente é servir, num certo momento, como critério para escolher entre duas ou mais formas possíveis de proteger o meio ambiente. Neste sentido, ele é um princípio de garantia para o ambiente, pois requer a escolha da opção mais eficaz para a sua protecção.

O princípio do nível elevado de protecção aplica-se precisamente no momento de tomar uma decisão jurídica — seja no plano legislativo, administrativo ou mesmo judicial — sobre uma questão ambientalmente relevante, em todos os casos em que haja uma variedade de conteúdos possíveis da decisão e uma variedade semelhante de métodos de protecção.

Mas o conteúdo jurídico e as obrigações que decorrem do princípio do nível elevado de protecção dependem directamente do contexto *espacial* e *temporal* da decisão.

Na verdade, o princípio do nível elevado de protecção iniciou o seu percurso na União Europeia como um critério de opção entre duas ordens jurídicas diferentes — a da União Europeia e a de um Estado-Membro — que aspiravam a aplicar-se simultaneamente à mesma situação de vida. Neste caso, a dimensão *espacial* do princípio do nível elevado de protecção impunha a escolha da norma mais protectora do meio ambiente.

⁴² No domínio da liberdade de circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia contempla uma cláusula permitindo, em certas condições, o retrocesso no processo de construção europeia: “(...) o Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial, por unanimidade e após consulta ao Parlamento Europeu, pode adoptar medidas que constituam um retrocesso no direito da União em relação à liberalização dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes” (artigo 64, n.º3).

⁴³ No âmbito do direito social europeu, mais concretamente na protecção dos trabalhadores relativamente a contratos de trabalho a termo, a relação entre o nível elevado de protecção e a proibição de retrocesso social resulta expressamente do acordo-quadro anexo à Directiva 1999/70, de 28 de Junho: “da aplicação deste acordo não poderá resultar um motivo válido para diminuir o nível geral de protecção dos trabalhadores (...)” (artigo 8º). O Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre este princípio de direito social em 2009 e 2010, nos casos Kiriaki Angelidaki e outros (processos apensos C-378/07 a C-380/07, com Acórdão de 23 de Abril de 2009) e Francesca Sorge contra Poste Italiane SpA (processo C-98/09, com Acórdão de 24 de Junho de 2010).

⁴⁴ Mas a ideia de protecção elevada na União Europeia é ainda mais vasta e aplica-se a outros valores, para além do ambiente. Ela está presente também na educação, formação e protecção da saúde humana (artigo 9 do TFUE), na segurança (artigo 67, n.º3 do TFUE), na política de saúde pública (artigo 168 do TFUE e 35 da CDFUE) e na política de protecção dos consumidores (artigo 169 do TFUE e 38 da CDFUE).

⁴⁵ Directiva 2008/1, de 15 de Janeiro, relativa à prevenção e controlo integrados da poluição.

Mas o princípio do nível elevado de protecção aplica-se também dentro de uma mesma ordem jurídica, no momento da criação de uma nova norma jurídica. Aqui podemos distinguir duas situações:

- a) O caso de uma regulamentação *ex novo*. Quer dizer: se, antes de adoptar a nova norma, não havia qualquer regulamentação jurídica sobre o tema, falamos de um nível *absolutamente* elevado de protecção.
- b) O caso de uma reforma legislativa. Aqui, antes da adopção da nova norma, já havia uma pré-regulação da questão jurídica e, portanto, falamos de um nível *relativamente* elevado de protecção.

Ora, a proibição de retrocesso ambiental decorre justamente desta última dimensão *temporal* do princípio do nível elevado de protecção. Por outras palavras, numa reforma legislativa, uma redução injustificada do nível já alcançado de protecção do ambiente, constitui uma violação do princípio de não retrocesso, enquanto densificador do princípio do nível *relativamente* elevado de protecção.

3.3.2. Do sentido *histórico* à compreensão actual do nível elevado de protecção na União Europeia

Quando se pretende criar um regime jurídico que é novo no direito europeu, mas que já existe no direito interno de um ou mais Estados-Membros, o nível elevado de protecção significa que o direito europeu deve estabelecer um nível pelo menos tão elevado como os níveis nacionais preexistentes. Este é o primeiro conteúdo *histórico* do princípio no direito europeu, que corresponde à afirmação de uma política ambiental europeia forte, que não se limita a ser o "menor denominador comum " entre os Estados-Membros que já têm medidas de protecção ambiental anteriores.

Porém, actualmente, justifica-se defender uma nova compreensão do princípio do nível elevado, significando, simplesmente, que depois de adoptar um certo nível de protecção há que mantê-lo, proibindo retroceder. Dito de outra forma: os progressos na protecção de um valor ecológico relevante são irreversíveis.

Isto é diferente de um princípio de progresso, ou seja, de obrigação de ir aumentando o nível de protecção, mesmo que não haja evolução da realidade ecológica.

Defendemos, assim, uma aplicação *minimalista* do princípio do nível elevado de protecção, apenas na produção legislativa secundária, sem impor um progresso ambiental permanente, mas apenas proibindo regressões ambientais.

Deste modo, após a aprovação, pela União Europeia, de medidas de protecção ambiental, o mesmo princípio do nível elevado de protecção permite aos Estados-membros ir ainda mais longe, na protecção do ambiente, do que a própria União Europeia.

Esta é precisamente a solução prevista no artigo 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴⁶. Da mesma forma, após a harmonização das disposições ambientais legislativas, regulamentares e administrativas, necessárias para o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, os Estados-Membros podem manter ou introduzir disposições nacionais de protecção reforçada do ambiente⁴⁷. A doutrina denomina esta possibilidade como o “dourar” do direito europeu («gold plating of EU law») ou o adicionar de uma “cobertura nacional” ao direito europeu («add a national topping»)⁴⁸.

3.3.3. Destinatários do princípio do nível elevado

Tal como está consagrada no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a obrigação de manter um nível elevado de protecção aplica-se apenas à legislação europeia. Os destinatários são as próprias instituições da União, no momento de regulamentar *ex novo* um sector do direito do ambiente. Ou seja, com fundamento no nível elevado de protecção, a proibição de retrocesso vigoraria só ao nível da União Europeia.

No entanto, a retoma do princípio do nível elevado de protecção pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, como forma de protecção do direito fundamental ao ambiente, e sobretudo a sua insistente inclusão em directivas e regulamentos europeus⁴⁹, conferem-lhe a qualidade de *princípio jurídico transversal*, aplicável também nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros.

Também o princípio da cooperação leal entre a União Europeia e os Estados-Membros, previsto no artigo 4, n.º3, do Tratado da União Europeia, confirma o dever de os Estados-Membros contribuírem para atingir um nível elevado de protecção do ambiente. Finalmente, a própria cooperação administrativa para tornar mais

⁴⁶ “As medidas de protecção adoptadas por força do artigo 192.º não obstam a que cada Estado-Membro mantenha ou introduza medidas de protecção reforçadas”. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão”. Normas semelhantes, consagrando a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou introduzirem “medidas de protecção reforçada” compatíveis com os Tratados também estão previstas noutros domínios como a política social (artigo 153, n.º4 § 2.º), a protecção da saúde (artigo 168 n.º4) e a protecção dos consumidores (artigo 169, n.º 4).

⁴⁷ É o artigo 114 n.º4 do Tratado da União Europeia: «Se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 36.º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção”. O n.º5 estabelece ainda: “Além disso, sem prejuízo do disposto no n.º 4, se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário adoptar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a protecção do meio de trabalho ou do ambiente, motivadas por qualquer problema específico desse Estado-Membro, que tenha surgido após a adopção da referida medida de harmonização, notificará a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adopção”.

⁴⁸ Sobre este conceito e a sua aplicação nos diferentes Estados-membros, ver «‘Gold plating’ of European Environmental Measures?», H. Jans, L. Squintani, Alexandra Aragão, R. Macrory e B.W. Wegener, in: *Journal for European Environmental and Planning Law*, n.º 6.4, 2009, p. 417-435.

⁴⁹ Como a Directiva 2008/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro, sobre a prevenção e controlo integrados da poluição, o Regulamento n.º 1980/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Julho de 2000, estabelecendo um sistema comunitário revisto de atribuição do rótulo ecológico, ou o Regulamento n.º 1907/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição dos produtos químicos (sucessivamente alterado pelos Regulamentos Europeus n.º 1354/2007, 987/2008, 1272/2008, 134/2009 e 552/2009).

eficaz o desempenho dos Estados-Membros⁵⁰, também reforça a necessidade de assegurar uma protecção ambiental elevada.

3.4. Força jurídica

Analisados os novos fundamentos específicos da proibição de retrocesso, concluímos que o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental é ainda mais forte do que o da proibição do retrocesso social, desde logo pelos fundamentos ambientais (precaução ecológica), sociais (justiça intergeracional) e europeus (nível elevado de protecção) que lhe estão subjacentes.

Apesar de podermos pensar que o objecto de protecção do princípio da proibição do retrocesso social — o Homem — é mais digno, mais nobre ou mais importante do que o objecto de protecção do retrocesso ambiental — sinteticamente, o Planeta Terra — pensamos que esta é uma conclusão precipitada.

De facto, a distinção entre retrocesso social e retrocesso ambiental, baseada no objecto de protecção, é simplista e redutora. Em última instância, considerando que os recursos naturais desempenham funções de suporte de vida⁵¹, o retrocesso ambiental pode afectar — tanto como o retrocesso social — as condições para uma vida digna, podendo pôr em perigo — tal como o retrocesso social — a sobrevivência humana. A coexistência diária com situações de degradação ambiental acentuada (poluição aguda do ar, das águas, dos solos, etc.) põe em causa os direitos humanos mais básicos, pelo que, no final das contas, ambos os princípios se destinam a proteger o Homem⁵².

E esta é a razão pela qual, como veremos, apenas em casos muito limitados são de admitir retrocessos ambientais.

⁵⁰ É o novo Título XXIV sobre a Cooperação Administrativa, que corresponde ao artigo 197, n.º1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “A execução efectiva do direito da União pelos Estados-Membros, essencial para o bom funcionamento da União, é considerada matéria de interesse comum. n.º2: A União pode apoiar os esforços dos Estados-Membros para melhorar a sua capacidade administrativa de dar execução ao direito da União. Tal acção pode consistir, designadamente, em facilitar o intercâmbio de informações e de funcionários, bem como em apoiar programas de formação. Nenhum Estado-Membro é obrigado a recorrer a este apoio. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas necessárias para este efeito, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. n.º3. O presente artigo não prejudica a obrigação dos Estados-Membros de darem execução ao direito da União, nem as prerrogativas e deveres da Comissão. O presente artigo também não prejudica as outras disposições dos Tratados que prevêm a cooperação administrativa entre os Estados-Membros e entre estes e a União”.

⁵¹ Entre 2000 e 2005, as Nações Unidas promoveram a elaboração de um documento científico de grande abrangência, um relatório destinado a apresentar o estado dos ecossistemas do mundo e a fornecer linhas orientadoras para os decisores políticos. Segundo o *Milenium Ecosystem Assessment Report*, das Nações Unidas, os ecossistemas desempenham quatro funções essenciais: **serviços de aprovisionamento**, como produção de alimentos, fibras (madeira, algodão, lã, seda), combustíveis (madeira, adubos, e outros materiais biológicos utilizados como fontes de energia), recursos genéticos (genes e informação genética usados para a reprodução de animais e plantas ou a biotecnologia), recursos ornamentais (produtos de animais e plantas usados como ornamentos), água limpa tanto para consumo enquanto fonte de energia; **serviços de regulação** do clima, da qualidade do ar e da água ou regulação da erosão, decomposição ou remoção de químicos nocivos, regulação de doenças ou 'pestes' agrícolas, polinização e regulação das intempéries; **serviços de suporte**, tais como gerar, preservar e renovar a fertilidade dos solos, desencadear ciclos e movimentos dos nutrientes e fotossíntese; **serviços culturais**, que são os benefícios não materiais como enriquecimento espiritual, desenvolvimento cognitivo, reflexão, recreação, lazer ou experiências estéticas.

⁵² “Para quê e porquê um direito do ambiente” foi a provocadora questão colocada por Gomes Canotilho na Oração de Sapiência durante a abertura do ano lectivo 1995/1996 (“Judicialização da ecologia ou ecologização do direito”, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 4, 1995, pág 71 e ss).

4. Evolução, progresso e retrocesso

Antes de analisarmos as situações excepcionais em que a *reformatio in pejus* é admissível, vamos aprofundar um pouco mais o conceito de retrocesso ambiental para compreender melhor quando é que algumas alterações legislativas — que à primeira vista poderíamos classificar como promotoras de regressão e contrárias, portanto, ao princípio da proibição do retrocesso — na realidade não o são. Podem ser, por exemplo, meros afinamentos do instrumentário jus-ambiental.

Para já, vamos ensaiar uma aproximação ao conceito de retrocesso ambiental, a partir da contraposição ao conceito simétrico de *progresso ambiental*. Com efeito, se afirmamos que só há retrocesso quando antes tiver havido um progresso, é importante começar por perceber o que é o progresso ambiental. Ora, o progresso ambiental ocorre quando se alcançam níveis de protecção acrescida do ambiente, considerados como um *salto qualitativo* e um estágio civilizacional mais elevado. É precisamente nesses saltos qualitativos que não se deve retroceder.

Se um determinado progresso, alcançado por via legislativa, representou a correcção de uma situação que, em virtude da evolução da consciência axiológico-jurídica geral, passou a ser considerada como injusta e insustentável e, portanto, se o novo equilíbrio conseguido corresponde a uma situação mais justa, equilibrada e duradoura, é natural que a renúncia ao progresso seja considerada como um retrocesso e não uma mera inflexão.

E não cremos que a nossa concepção do progresso ambiental, com os seus *saltos qualitativos*, possa ser considerada como uma “ingénua concepção ferroviária da História”, no sentido da crítica de Vieira de Andrade⁵³. Se é verdade que existem diferentes formas de concretização do dever de protecção do ambiente, se é verdade que o legislador goza de uma certa margem de manobra no estabelecimento das prioridades de realização dos direitos sociais e ambientais, sobretudo em épocas de crise, não é menos verdade que a garantia de manutenção do nível de realização dos direitos ambientais, alcançado em determinada época histórica, é a única forma de evitar que a *miopia ambiental* (tanto dos governantes, como dos agentes económicos e mesmo dos cidadãos), ponha em perigo, através de pequenos ataques, os direitos fundamentais das gerações futuras e, em última instância, a própria sobrevivência da espécie humana.

No âmbito do ambiente, a proibição do retrocesso impede a revogação, suspensão ou condicionamento das medidas destinadas a corrigir as injustiças que resultam de serem os mais pobres, os mais fracos, os mais

⁵³ Referimo-nos à crítica apontada por Vieira de Andrade à fundamentação do pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma do Decreto da Assembleia da República que, em 2002, revogava o rendimento mínimo garantido (“O ‘Direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas. Uma decisão singular do Tribunal constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º509/02”, *Jurisprudência Constitucional* n.º1 Janeiro-Março de 2004, pág. 24, nota 6).

vulneráveis, a sofrer os impactes da degradação ambiental crescente e também das medidas destinadas a proibir uma exploração insustentável de recursos⁵⁴.

Se consideramos certas medidas como um progresso, é porque passámos a proteger valores emergentes, que são valores importantes do ponto de vista de uma convivência social justa e sã; valores essenciais do ponto de vista da qualidade de vida, na sua estrita dependência da qualidade ambiental; valores fundamentais do ponto de vista da sobrevivência do Homem.

Em suma, em qualquer dos casos, o retrocesso corresponderia a uma supressão de deveres de prestação ou de respeito, impostos em nome de uma evolução civilizacional importante.

Assim, o progresso ocorre quando se passa a regular algo que antes não tinha relevância jurídica, e que a certa altura passa a tê-la, ou quando começa a aplicar-se um instrumento jurídico novo, que antes não existia.

Alguns exemplos permitir-nos-ão visualizar melhor o tipo de progresso a que nos referimos:

- **O Direito regula *ex novo* um certo componente natural**

No domínio da protecção animal, a protecção por via legal começou, quando se tornou visível o declínio populacional e o risco de extinção de algumas espécies de animais selvagens em virtude de sobre-caça. Posteriormente, a protecção legal alargou-se às espécies da fauna classificadas como vulneráveis, nomeadamente pelo seu carácter endémico ou pela dispersão territorial⁵⁵. Actualmente a protecção legal estende-se à própria “biodiversidade doméstica”⁵⁶. Paralelamente, preocupações com o bem-estar animal levaram à aprovação de legislação interditando métodos de caça especialmente insidiosos (armadilhas, venenos, animais mutilados utilizados como chamarizes vivos, etc.⁵⁷) e ao bem-estar dos animais utilizados para fins experimentais, na área da saúde ou da cosmética⁵⁸, dos animais criados em explorações pecuárias⁵⁹,

⁵⁴ É sabido que são as populações mais vulneráveis que convivem, frequentemente, com as situações mais agudas de degradação ambiental e sofrem na pele os efeitos do *nimbyismo* e do “racismo ambiental” tão bem descrito por Benjamin Davy em *Essential injustice: when legal institutions cannot solve environmental and land use disputes* (Springer-Verlag, Wien, New York, 1997). Sobre questões de justiça no âmbito da prevenção de catástrofes naturais ver Susan Cutter, *Hazards, vulnerability and environmental justice*, (Earthscan, London, Sterling, VA, 2006) e o nosso *A prevenção de Riscos em Estados de Direito Ambiental*, Revista Crítica de Ciências Sociais (no prelo).

⁵⁵ Artigo 6º, n.º2 do Decreto-lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro que transpõe para Portugal o regime europeu da Rede Natura 2000.

⁵⁶ A Portaria n.º 427-A/2009 de 23 de Abril, que aprova o Regulamento de Aplicação do Programa de Desenvolvimento Rural do Continente, que integra, entre outras, a acção designada ‘Protecção da biodiversidade doméstica’, identifica as espécies tradicionais portuguesas de bovinos, ovinos, caprinos, suínos, equídeos e galinhas, carecidas de protecção, classificando-as, das mais para as menos carecidas de protecção, como *raras*, *muito ameaçadas*, *ameaçadas* e *em risco*. Nos bovinos, por exemplo, as raças *raras* são a Algarvia, a Garvonesa e a Jarmelista; as raças *muito ameaçadas* são a Cachena e a Marinhoa; as *ameaçadas* são a Arouquesa, a Maronesa, a Mirandesa e a Preta e as raças *em risco* são a Minhota e a Barrosã.

⁵⁷ O Anexo C do Decreto-lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro, apresenta uma lista de métodos proibidos de caça de espécies venatórias.

⁵⁸ Actualmente ainda é o Decreto-Lei n.º 129/92, de 06 de Julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 197/96, de 16 de Outubro), regulamentado pela Portaria n.º 1005/92, de 23 de Outubro (alterada pela Portaria n.º 466/95, de 17 de Maio e pela Portaria n.º 1131/97, de 07 de Novembro) que regula esta matéria. Até Novembro de 2012 deverá ser adoptada nova legislação para transposição da Directiva 2010/63 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Setembro.

⁵⁹ Decreto -Lei n.º 64/2000, de 22 de Abril.

no transporte⁶⁰ e no abate dos animais⁶¹. Por fim, cientes da interacção profunda entre as espécies e os seus *habitats* (biocenoses), a protecção estendeu-se aos *habitats* das espécies protegidas⁶².

Como podemos verificar, a protecção animal passou por várias fases, correspondendo a níveis de protecção cada vez mais elevados, sendo que a transição de um nível para o outro, deve ser considerada um progresso. No caso concreto da protecção animal, alterações legislativas como a redução da lista de animais protegidos ou das técnicas de abate proibidas, só não são um retrocesso se forem devidamente fundamentadas em função dos critérios e requisitos que desenvolveremos mais adiante.

- **O Direito regula *ex novo* um determinado sector ambiental**

Mas o progresso pode também resultar da identificação de todo um novo sector ambiental que, normalmente pelos piores motivos, ganha relevância e se autonomiza, passando a beneficiar de um regime jurídico próprio. Foi o que se passou, paradigmaticamente, como o recente direito do clima⁶³ que impôs alterações drásticas nos sistemas produtivos, de transporte e de gestão de resíduos, visando a redução das emissões de gases com efeito de estufa, a melhoria da eficiência energética e a procura de novas fontes energéticas renováveis⁶⁴.

- **O Direito regula *ex novo* uma actividade tradicional geradora de impactes anteriormente desconhecidos**

Noutros casos, o progresso pode decorrer da superveniência de dados científicos relativos aos impactes de actividades tradicionais não submetidas a regulação ambiental, seja por desconhecimento, seja por suposição da irrelevância dos seus impactes ambientais. É o caso da utilização agrícola de biocidas⁶⁵, da pesca de arrasto⁶⁶, da captação de águas subterrâneas⁶⁷ ou da extracção de minério de ouro utilizando

⁶⁰ Decreto-lei n.º 265/2007, de 24 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 158/2008, de 8 de Agosto.

⁶¹ É o Decreto-Lei n.º 28/96, de 02 de Abril que regulamenta a protecção dos animais aquando da occisão. A partir de Janeiro de 2013, passarão a aplicar-se as regras do Regulamento (CE) n.º 1099/2009 do Conselho, de 24 de Setembro.

⁶² O Decreto-lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro “visa contribuir para assegurar a biodiversidade, através da conservação ou do restabelecimento dos *habitats* naturais e da flora e da fauna selvagens num estado de conservação favorável” (artigo 1º). São variadíssimos os tipos de *habitats* naturais de interesse comunitário, protegidos pela lei (todos elencados no anexo B-I do mesmo diploma): bancos de areia, estuários, recifes, falésias, sapais, dunas, prados, matas, matagais, charnecas, turfeiras, pântanos, vertentes rochosas, grutas, florestas, etc..

⁶³ Desde 2008, o Reino Unido foi o primeiro país da Europa a ter uma lei do clima. A lei britânica, com mais de 100 artigos, estabelece limites vinculantes de emissões de gases com efeito de estufa até ao ano 2050 e cria o Comité sobre Alterações Climáticas (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/27/introduction/enacted>).

⁶⁴ A este propósito, o Decreto-Lei n.º 141/2010 de 31 de Dezembro, que transpõe a Directiva n.º 2009/28/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril, sobre fontes de energias renováveis e estabelece as metas nacionais de utilização de energia renovável no consumo final bruto de energia, incluindo os transportes.

⁶⁵ A Directiva 98/8, de 16 de Fevereiro (alterada 50 vezes desde a sua publicação, em 1998), regula a colocação de produtos biocidas no mercado. Foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 121/2002 de 3 de Maio, recentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2011 de 31 de Março, que republica o diploma original.

⁶⁶ O Regulamento n.º 1224/2009 do Conselho, de 20 de Novembro, que institui um regime comunitário de controlo a fim de assegurar o cumprimento das regras da Política Comum das Pescas estabelece que “o objectivo da Política Comum das Pescas, fixado pelo Regulamento n.º 2371/2002 do Conselho, de 20 de Dezembro, relativo à conservação e à exploração sustentável dos

cianeto⁶⁸. Todas estas actividades exigiram a adopção de um novo regime legal que configurou um progresso ambiental.

- **O Direito regula *ex novo* uma actividade humana nova e geradora de impactes ambientais**

O progresso pode também estar associado ao surgimento ou à generalização de actividades novas, que anteriormente não existiam de todo, ou pelo menos não eram desenvolvidas a uma escala *industrial*. Os exemplos são a produção agrícola de organismos geneticamente modificados⁶⁹, a produção de energia eléctrica a partir da força motriz das ondas oceânicas⁷⁰ ou a captura e armazenagem geológica de carbono⁷¹. Já a utilização de nanomateriais é actualmente uma lacuna legislativa, considerada por alguns sectores como uma omissão grave pelos riscos potenciais que comporta⁷². Ora o progresso resulta precisamente da aprovação de legislação enquadradora destas jovens tecnologias.

- **O Direito regula *ex novo* quando cria um novo instrumento jurídico de protecção ambiental**

recursos haliêuticos no âmbito da Política Comum das Pescas, é garantir que a exploração dos recursos aquáticos vivos crie condições sustentáveis dos pontos de vista económico, ambiental e social” (§1 do preâmbulo).

⁶⁷ O Decreto-Lei n.º 226A/2007, de 31 de Maio, sobre títulos de utilização dos recursos hídricos, prevê que todos os proprietários e arrendatários de utilizações dos recursos hídricos (poços, noras, furos, minas, charcas, barragens ou açudes, e quer se destine a consumo humano, rega ou actividade industrial) que não disponham de título que permita essa utilização, têm que pedir as devidas autorizações, licenças ou concessões de utilização, junto das autoridades competentes. Mais concretamente, no que respeita às águas subterrâneas, o Decreto-Lei n.º 208/2008, de 28 de Outubro “estabelece o regime de protecção das águas subterrâneas contra a poluição e deterioração (...) no respeitante à avaliação do estado químico da água subterrânea”. A protecção dos recursos hídricos subterrâneos é também uma preocupação presente na Portaria n.º 1284/2009 de 19 de Outubro, que estabelece o conteúdo dos planos de gestão de bacia hidrográfica, tal como previstos na Lei da Água: “A caracterização das massas de águas subterrâneas inclui: 5.5.1 - A localização e os limites das massas de água subterrâneas, discriminando as que se encontram associadas a ecossistemas aquáticos de superfície ou ecossistemas terrestres que delas dependem directamente; 5.5.2 - A identificação das características gerais dos estratos que cobrem a área de drenagem que alimenta as massas de águas subterrâneas; 5.5.3 - A avaliação dos recursos hídricos subterrâneos disponíveis, incluindo a taxa de recarga global média anual a longo prazo (...)” (Anexo único).

⁶⁸ O cianeto foi o contaminante presente no grave acidente industrial ocorrido em 30 de Janeiro de 2000, na Roménia. O rebitamento de um tanque de decantação na mina de ouro pela empresa Aurul, em Baia Mare, levou à condenação da Roménia pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 2009. A legislação que regula esta matéria em Portugal é o Decreto-Lei n.º 10/2010, de 4 de Fevereiro que estipula que “no caso de uma bacia existente à qual esteja associada a presença de cianetos, o operador assegura que a concentração de cianetos (...) é reduzida ao mínimo possível, utilizando as melhores técnicas disponíveis (...) e em caso algum exceda: a) 50 ppm a partir da data de entrada em vigor do presente decreto -lei; b) 25 ppm a partir de 1 de Maio de 2013; c) 10 ppm a partir de 1 de Maio de 2018”.

⁶⁹ Na União Europeia existem 16 variedades de organismos geneticamente modificados aprovadas, das espécies vegetais soja, milho, colza, algodão e, desde 2010, batata.

⁷⁰ O regime jurídico de acesso e exercício da actividade de produção de electricidade a partir da energia das ondas encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 5/2008, de 28 de Janeiro.

⁷¹ Regulado pela Directiva 2009/31, de 23 de Abril, relativa ao armazenamento geológico de dióxido de carbono, e que devia ter sido transposta até 25 de Junho de 2011.

⁷² Praticamente sem regulação jurídica, os nano materiais uma lacuna de difícil resolução já que a legislação sobre substâncias químicas, cujo regime faria sentido aplicar, analogicamente, aos nano materiais, tem sido expressamente afastada, por pressão dos interessados. O Regulamento n.º 987/2008, de 8 de Outubro, que altera o Regulamento n.º 1907/2006, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição dos produtos químicos (REACH), estabelece expressamente que “a revisão efectuada pela Comissão, nos termos do n.º 4 do artigo 138.º, revelou que três substâncias constantes do anexo IV devem dele ser retiradas (...) [é] o caso do carbono e da grafite, nomeadamente porque os números Einecs e/ou CAS em causa são utilizados para identificar formas de carbono ou grafite à escala nanométrica, que não preenchem os critérios para a inclusão nesse anexo”(preâmbulo, §3).

Finalmente, ocorre um progresso quando é aprovado e posto em funcionamento um novo instrumento jurídico que configure uma abordagem inovadora — e que se venha a revelar justa e eficaz — de um dado problema ambiental.

É o caso da criação dos sistemas de gestão de fluxos de resíduos⁷³ aplicável aos óleos, embalagens, equipamentos eléctricos e electrónicos, pneus, pilhas, acumuladores, veículos em fim de vida ou resíduos de construção e demolição. Outros exemplos são a avaliação do impacte ambiental de projectos⁷⁴, a avaliação estratégica de planos e programas⁷⁵ ou o comércio de licenças de emissão⁷⁶.

A sua supressão, sem substituição por outro instrumento ou conjunto de instrumentos igualmente eficazes, redundaria num retrocesso inadmissível.

4.2. Normas *retrocedentes*

Mas o retrocesso não ocorre apenas se, subitamente, se revogar toda a legislação que regula um sector, um componente ambiental ou uma actividade geradora de impactes ou um instrumento jurídico. É óbvio que, se se suprimissem todas as leis de conservação da natureza, de gestão de resíduos ou de avaliação de impactes, isso configuraria uma violação flagrantíssima do princípio da proibição do retrocesso.

Porém, estas são situações-limite, que raramente acontecerão. Pelo contrário, o mais provável será que as indesejáveis involuções legislativas do direito ambiental ocorram, mesmo sem uma supressão total de um domínio de protecção jurídica do ambiente. E não é preciso que todas as normas que, directa ou indirectamente, protegem o ambiente, sejam revogadas, para que possamos falar em retrocesso ambiental inadmissível.

Vejamos algumas hipóteses de normas susceptíveis de conduzir ao retrocesso:

⁷³ Um fluxo de resíduos é um “tipo de produto componente de uma categoria de resíduos transversal a todas as origens” (artigo 3º m) do Decreto-lei n.º 178/2006, de 5 de Setembro). A propósito do princípio da hierarquia das operações de gestão de resíduos, a lei-quadro dos resíduos prescreve a obrigação de produtores de resíduos procederem à separação dos resíduos na origem, de forma a promover a valorização dos fluxos (artigo 7º, n.º3).

⁷⁴ Segundo o Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro), que actualmente estabelece o regime da avaliação de impacte ambiental de projectos públicos e privados, este é um “instrumento de carácter preventivo da política do ambiente, sustentado na realização de estudos e consultas, com efectiva participação pública e análise de possíveis alternativas, que tem por objecto a recolha de informação, identificação e previsão dos efeitos ambientais de determinados projectos, bem como a identificação e proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem esses efeitos, tendo em vista uma decisão sobre a viabilidade da execução de tais projectos e respectiva pós-avaliação” (artigo 2º e).

⁷⁵ Veja-se o Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, que descreve a *avaliação ambiental* de planos e programas como “a identificação, descrição e avaliação dos eventuais efeitos significativos no ambiente resultantes de um plano ou programa, realizada durante um procedimento de preparação e elaboração do plano ou programa e antes de o mesmo ser aprovado ou submetido a procedimento legislativo, concretizada na elaboração de um relatório ambiental e na realização de consultas, e a ponderação dos resultados obtidos na decisão final sobre o plano ou programa e a divulgação pública de informação respeitante à decisão final” (artigo 2º a)).

⁷⁶ As licenças para emitir dióxido de carbono, ou gás equivalente, no âmbito de uma actividade industrial (nomeadamente, produção de energia, transformação de metais, produção de cimento, vidro, cerâmica ou papel) são transferíveis entre as instalações detentoras de títulos de emissão de gases com efeito de estufa, a fim de obter uma redução global das emissões destes gases responsáveis pelo sobreaquecimento global do Planeta. O comércio das licenças de emissões foi adoptado em Portugal pelo Decreto-lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, alterado pelos Decretos -lei n.º 243 -A/2004, de 31 de Dezembro, 230/2005, de 29 de Dezembro, 72/2006, de 24 de Março, e 154/2009, de 6 de Julho (que o republica).

- a) Revogação de normas sancionatórias, de incentivo, de classificação de zonas ou espécies protegidas;
- b) Redução ou suspensão de sanções ou incentivos,
- c) Redução ou suspensão do número ou tipo de actividades proibidas ou condicionadas,
- d) Redução de perímetros de protecção;
- e) Remoção ou simplificação de processos de controlo (como autorizações prévias, notificações, registos, monitorizações, auditorias, ou fiscalizações);
- f) Abolição ou compressão das competências de entidades ou órgãos de fiscalização, autorização ou consulta;
- g) Restrição nas condições de acesso à informação ou de exercício do direito de participação;
- h) Alterações processuais (regras sobre o ónus da prova, limitações quanto aos meios de prova, redução ou alargamento de prazos, etc.)

Porém, é importante notar que pode haver mil e uma diferentes formas de proteger os mesmos valores ambientais. As novas formas propostas podem ser aceitáveis e não configuram um retrocesso ambiental se forem, pelo menos, tão eficazes e justas do ponto de vista ambiental, como as anteriores. E, claro, melhor ainda se forem menos onerosas em termos sociais ou económicos. Todavia, em virtude do princípio da precaução, é a quem pretender levar a cabo a alteração legislativa, que cabe fazer prova de que o nível de protecção é equivalente, tanto do ponto de vista da eficácia, como da justiça dos resultados⁷⁷.

4.3. Patamares da realização do direito ambiental

A questão que vamos agora abordar prende-se com a identificação dos progressos ambientais que impedem o legislador de retroceder, ou seja, os *patamares* de realização do Direito Ambiental.

Embora na concretização do direito fundamental ao ambiente, a discricionariedade do legislador seja grande, há matérias que devem ser reguladas por lei, e em relação às quais não pode haver retrocesso. Referimo-nos às normas que produzem um “*effet cliquet*”, para recorrer à sugestiva metáfora da doutrina francesa⁷⁸.

Analisando o artigo 66º da Constituição Portuguesa, conseguimos identificar alguns *patamares da realização* do direito ambiental. Ora, os principais *cliquets* constitucionais, referem-se ao estatuto ambiental dos cidadãos (a), b), c], d]), à organização ambiental do Estado (e], f]), à relação entre o ambiente e as restantes políticas (g]), à protecção de locais importantes (h], i]), aos recursos naturais (j]) e à poluição (k], l])⁷⁹:

⁷⁷ Desenvolveremos este tópico no Ponto 6., a propósito das “Reduções não retrocedentes do nível de protecção.”

⁷⁸ Metáfora retomada pelo Tribunal Constitucional Português (no Acórdão 509/02, proferido no processo n.º 768/2002), citando Louis Favoreu (*Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1991, 6, pág. 293) e a jurisprudência francesa do Conseil Constitutionnel (Decisão 83-165, de 20 de Janeiro de 1984).

⁷⁹ Outros *patamares* constitucionais de protecção ambiental decorrem:

- a) Do direito fundamental à saúde. Artigo 64.º1. “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.2. O direito à protecção da saúde é realizado: (...) b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática

- a) Reconhecimento do direito ao ambiente como direito subjectivo dos cidadãos; (66º, n.º1)
- b) Existência de deveres (individuais e colectivos) de protecção ambiental; (66º, n.º1)
- c) Reconhecimento do direito de participação dos cidadãos; (66º, n.º2)
- d) Reconhecimento do princípio da solidariedade entre gerações (66º, n.º2 d))
- e) Existência, dentro da estrutura do Estado, de organismos próprios de protecção ambiental; (66º, n.º2)
- f) Poder-dever de colaboração das autarquias locais na protecção do ambiente urbano; (66º, n.º2 e))
- g) Integração do ambiente nas restantes políticas sectoriais, nomeadamente a política de ordenamento do território, a política de educação e a política fiscal; (66º, n.º2 f) b) c) g) h))
- h) Protecção de sítios de interesse natural (criação de reservas, parques naturais e parques de recreio) e cultural (*maxime*, histórico ou artístico); (66º, n.º2 c))
- i) Protecção do ambiente urbano, nomeadamente evitando impactes visuais e protegendo as zonas históricas⁸⁰; (66º, n.º2 e))
- j) Promoção de uma gestão duradoura e de uma utilização racional, parcimoniosa e cuidadosa dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a sua estabilidade ecológica; (66º, n.º2 d))
- k) Existência de normas destinadas a prevenir e controlar a poluição em todos os meios receptores ambientais, incluindo o solo⁸¹ e a paisagem; (66º, n.º2, a) b) e))
- l) Existência de normas destinadas a evitar todos os tipos de poluição, incluindo a visual (66º, n.º2 a) b) e))

Estes são valores constitucionais suficientemente importantes para se considerar que, com a sua concretização pela via legal, se ultrapassou uma etapa, que não deve ser abandonada e em relação à qual um retrocesso configuraria uma inconstitucionalidade material.

das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável”.

- b) Da política agrícola. Artigo 93.º “São objectivos da política agrícola: (...) d) Assegurar o uso e a gestão racionais dos solos e dos restantes recursos naturais, bem como a manutenção da sua capacidade de regeneração”.
- c) Dos direitos dos trabalhadores. Artigo 59 n.º 1. c) “A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde; n.º2 c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas; e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes; f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes”.
- d) Dos direitos dos consumidores. Artigo 60.º “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

⁸⁰ Tratando-se de uma protecção *ambiental* das zonas históricas encontram-se aqui abrangidas medidas como a protecção contra inundações; a prevenção da poluição atmosférica e luta contra as chuvas ácidas; medidas de gestão rodoviária visando a protecção contra trepidações; medidas paisagísticas, destinadas a evitar impactes visuais, etc.

⁸¹ É assim que interpretamos a referência específica à erosão, referência que é compreensível sabendo que o solo costuma ser sempre o “parente pobre” entre os recursos naturais protegidos.

Mas, para determinar quais são os patamares do progresso ambiental, um critério formal, que atendesse apenas ao valor do documento legal — a Constituição ou uma lei com valor reforçado — onde o regime ou o instrumento está consagrado, parecer-nos-ia insuficiente⁸².

Julgamos, por isso, que além dos *cliquets* constitucionais, há ainda *cliquets* legais, e que o progresso ambiental pode resultar da aprovação de um regime legal específico de protecção de determinados componentes ou sectores ambientais que, independentemente de reconhecimento pela Constituição, seja considerado como um *progresso civilizacional*⁸³.

Por exemplo, a existência dos instrumentos jurídicos da avaliação de impacte ambiental e da avaliação estratégica, representa, na nossa opinião, um *salto qualitativo* impeditivo do retrocesso ambiental, que não teve, no entanto, recepção constitucional, nem tem sequer plena consagração na Lei de Bases do Ambiente, onde a avaliação estratégica está omissa.

Assim, o critério formal pode ser considerado como um indicador, mas deverá sempre proceder-se a uma análise material do regime legal, para determinar se estamos ou não perante um *progresso* ambiental relevante.

5. Pressupostos da proibição do retrocesso ambiental

Como já referimos, todas as leis de protecção ambiental têm custos.

Esses custos podem assumir a forma de *investimentos directos* (em reflorestação de zonas florestais degradadas ou na criação de recifes artificiais ao longo da costa, por exemplo) ou de *encargos sociais indirectos* (resultantes, por exemplo, do indeferimento do pedido de ampliação das faixas de rodagem de uma estrada com grandes congestionamentos de trânsito⁸⁴ ou de interdições de pesca⁸⁵). Também podem ser,

⁸² Se o regime em causa constar de uma lei que transpõe uma directiva europeia, então a proibição de revogar ou substituir esse regime pode não resultar autonomamente do princípio da proibição do retrocesso, mas simplesmente do dever de respeitar o direito europeu e de colaborar com as Instituições da União na prossecução dos seus objectivos: “Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União” (artigo 4º, nº3 do Tratado da União Europeia).

⁸³ Também Cristina Queiroz, na senda de Gomes Canotilho e Vital Moreira (em *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991) defende que “o problema do eventual ‘retrocesso social’ poderá ser chamado à colação” em relação aos “direitos sem assento constitucional” (*Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2006, pág. 117).

⁸⁴ O argumento da protecção da vida humana substituindo uma estrada estreita, sinuosa e com elevada sinistralidade, por uma nova estrada mais linear e com mais faixas de rodagem, chegou a ser utilizado pelo governo espanhol no processo nº C-355/90, que correu no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, entre 1990 e 1993, e no qual a Comissão Europeia acusava a Espanha de desrespeitar o direito europeu de conservação da natureza. O traçado proposto para a nova estrada atravessava as Marismas de Santoña, uma zona húmida de importância internacional e um *habitat* com especial aptidão para a protecção das aves selvagens. No seu Acórdão de 2 de Agosto de 1993, o Tribunal de Justiça deu razão ao Advogado Geral Van Gerven que considerava a construção da estrada desnecessária pois o mesmo resultado poderia ser alcançado impondo limites de velocidade no troço mais perigoso da estrada existente.

⁸⁵ O Regulamento n.º 1224/2009 do Conselho, de 20 de Novembro, institui um regime europeu de controlo, a fim de assegurar o cumprimento das regras da Política Comum das Pescas: “dado que a gestão dos recursos haliéuticos se baseia nas possibilidades de pesca, haverá que assegurar que as capturas e o esforço de pesca exercido sejam correctamente registados e que as capturas e o

naturalmente, *custos directos* (que são encargos dos operadores económicos, destinatários das medidas, como por exemplo o custo dos filtros, catalisadores, depuradores, écrans, silenciadores, sensores e todo um conjunto de sistemas de prevenção ou redução da poluição/degradação ambiental) ou *custos indirectos* (que são aqueles custos burocráticos ou encargos administrativos, na aceção do programa Simplex, resultantes da execução das medidas, tal como o preenchimento de formulários, requerimentos, notificações, registos, pagamento de taxas, etc., e ainda os custos, para os próprios serviços públicos, resultantes da gestão das medidas como custos de fiscalização e controlo).

Em suma, a protecção ambiental implica sempre uma reafecção dos recursos económicos escassos de um país. Em cada momento, as leis de protecção do ambiente reflectem uma certa ponderação dos valores ambientais e extra-ambientais. Aquilo que consideramos como um retrocesso resulta, portanto, de uma variação da valoração social e política da premência dos valores em conflito. Essa variação conduz a um rearranjo nos instáveis equilíbrios jurídicos vigentes, passando a dar-se prevalência aos valores não ambientais, em detrimento dos valores estritamente ambientais ou ecológicos.

Assim, uma conclusão quanto à proibição de retrocesso resultará da análise da possibilidade ou impossibilidade jurídica de adoptar normas novas (ou simplesmente de revogar as normas vigentes sem adoptar novas) com um conteúdo correspondente a um nível de protecção mais baixo (ou até nulo), relativamente ao nível adoptado em períodos anteriores.

Essa impossibilidade jurídica ocorre quando se verifique um de duas condições:

- a) quando os efeitos ambientais do novo enquadramento legislativo proposto sejam graves e irreversíveis;
- b) quando a evolução para esse nível de protecção tenha sido considerada como um progresso jurídico e civilizacional.

Ou seja: a proibição de retrocesso visa evitar evoluções ambientais negativas e ela impõe-se precisamente pelas razões que expusemos: a precaução ecológica e a justiça intergeracional.

Por outras palavras, produzem um *efeito cliquet* tanto as leis que impedem irreversibilidades ecológicas graves como aquelas que corrigem situações injustas, desequilibradas ou insustentáveis.

6. Reduções não retrocedentes do nível de protecção

Mas serão proibidas e violadoras do princípio de proibição de retrocesso todas as alterações legislativas que modifiquem as regras de protecção ambiental estabelecidas?

Pensamos que não. Tal como nem todos os reforços na protecção do ambiente configuram *progressos* geradores do efeito de proibição de retrocesso, também nem todas as medidas redutoras do nível de protecção configuram retrocessos inadmissíveis.

esforço exercido sejam imputados às quotas e repartições de esforço do Estado-Membro de pavilhão. A pesca deverá ser encerrada se a quota ou a repartição do esforço tiverem sido esgotadas” (§22 do preâmbulo).

Com efeito, o próprio ambiente evolui e reage, por vezes de forma inesperada, às medidas de protecção ambiental. Assim, o nível de protecção ambiental pode variar — retrocedendo —, se as condições ecológicas também tiverem variado, melhorando. Se o estado natural dos recursos evoluir, dispensando (tanta) protecção, a lei pode e deve ser alterada, permitindo a prossecução de outros objectivos sociais prioritários. Esta situação acontece quando as medidas de protecção adoptadas produzem rapidamente o efeito pretendido, de forma que a protecção legal deixa de ser necessária. Se uma lei foi aprovada no pressuposto de que uma dada espécie animal está em vias de extinção e mais tarde deixar de estar, desaparece a *ratio* da medida legislativa⁸⁶. Em casos como este, são causas *naturais* que levam à accitação de medidas legislativas redutoras do nível de protecção.

Mas, note-se que só haverá o *tal progresso* relevante e impeditivo do retrocesso ambiental, quando a melhoria das condições ambientais resultou, directa⁸⁷ ou indirectamente⁸⁸, da aplicação da lei nacional, e não quando decorreu do funcionamento normal de processos naturais⁸⁹, de medidas privadas espontâneas, e não impostas⁹⁰, ou ainda quando derivou de medidas adoptadas por outros Estados e noutros locais⁹¹.

⁸⁶ É o que acontece quando uma espécie da fauna ou da flora selvagens sai da *lista vermelha* de espécies em perigo, organizada e atualizada pela organização não governamental International Union for Conservation of Nature (IUCN) por o seu estado de conservação ter passado a ser favorável ou, pelo menos, quando muda de um estatuto de grande risco para um estatuto mais *confortável*. Infelizmente, os exemplos não abundam. Em 2010, por exemplo, o *Ognorhynchus icterotis* (ou Periquito Orejiamarillo como é conhecido na Colômbia e no Equador), deixou de estar no estado de “perigo crítico” em que estava desde 1994, para estar apenas “em perigo”, contando com um total de 11000 indivíduos em 2010. (http://www.iucnredlist.org/about/summary-statistics#Table_7).

⁸⁷ Como a melhoria que resulta da classificação e protecção de certas áreas naturais (“as áreas terrestres e aquáticas interiores e as áreas marinhas em que a biodiversidade ou outras ocorrências naturais apresentem, pela sua raridade, valor científico, ecológico, social ou cénico, uma relevância especial que exija medidas específicas de conservação e gestão, em ordem a promover a gestão racional dos recursos naturais e a valorização do património natural e cultural, regulamentando as intervenções artificiais susceptíveis de as degradar” segundo o artigo 10.º n.º2 do Decreto-Lei n.º 142/2008 de 24 de Julho, que regula a Rede Fundamental de Conservação da Natureza) articulada com a proibição de realizar obras de construção civil em zonas classificadas como zonas de protecção especial no âmbito da Rede Natura 2000 (artigo 9º, n.º2 a) da Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro). Ou como a melhoria consequente à rearboreização e reflorestação promovidas pela Estratégia Nacional para as Florestas (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 114/2006, de 15 de Setembro) pelo Sistema Nacional de Defesa da Floresta contra Incêndios (Decreto-Lei n.º 124/2006 de 28 de Junho). Ou ainda a melhoria decorrente da proibição de emissão de descarga de poluentes para os cursos de água superficial ou para as águas subterrâneas incluídas nos programa de medidas para cada região hidrográfica nos termos da Lei da Água (artigo 30º, da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que estabelece as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas).

⁸⁸ Por exemplo a lei que cria organismos de tutela do ambiente, como o Serviço de Protecção da Natureza e do Ambiente, criado pelo Decreto-Lei n.º 22/2006, de 2 de Fevereiro, no âmbito da Guarda Nacional Republicana, e regulamentado pela Portaria n.º798/2006, de 11 de Agosto, quanto à competência de fiscalização de agressões ao ambiente e ao património natural, bem como de protecção dos espaços florestais e recursos associados. Actualmente é a Lei n.º63/2007, de 6 de Novembro, que define a missão, atribuição e bases da organização interna da Guarda Nacional Republicana, densificada pelo Decreto Regulamentar n.º 19/2008, de 27 de Novembro.

⁸⁹ Há ciclos de recessão e expansão que são normais no desenvolvimento natural de populações de espécies animais e vegetais.

⁹⁰ Como acções de organizações não governamentais ambientais ou medidas de protecção adoptadas directamente por empresas, no âmbito da sua actividade económica, ou através de mecenato ambiental (artigo 62º, n.º6 c) do Decreto -Lei n.º 215/89, de 1 de Julho, que aprova o Estatuto dos benefícios fiscais, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26 de Junho).

⁹¹ No Acórdão de 20 de Janeiro de 2002, proferido no processo n.º 103/00, contra a Grécia, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia concluiu que o facto de o número de ninhos de tartaruga na ilha grega de Zákynthos, não ter diminuído nos últimos quinze anos não prova a inocuidade dos comportamentos adoptados pelos turistas e curiosos, e tolerados pelo Estado grego. Pelo contrário, o Tribunal considerou como perturbadores tais comportamentos, independentemente de a perturbação se reflectir ou

8. Retrocessos ambientais admissíveis

Se os pressupostos subjacentes ao progresso ambiental se alterarem profundamente, conduzindo a uma redução da importância relativa do ambiente, poderá haver uma justificação para o retrocesso. De facto, na vigência das novas medidas de protecção ambiental podem verificar-se alterações profundas na conjuntura económica, social, cultural ou institucional em que foi aprovada a lei promotora do progresso.

Assim, a protecção ambiental não pode deixar de ser dinâmica⁹² pois, havendo razões relevantes que justifiquem alterações legislativas, elas não só são toleráveis como são necessárias, não violando o princípio da proibição do retrocesso.

8.1. Razões sociais

Assim, durante a aplicação das medidas ambientais pode verificar-se que a sua manutenção tem custos imprevistos, que as tornam excessivamente onerosas em relação a outros valores socialmente relevantes.

Não há, portanto, retrocesso quando a redução do nível de protecção resulta de uma alteração superveniente das circunstâncias, seja em virtude da revelação de efeitos laterais inesperados de uma medida ambiental, seja da emergência de novos dados que alteram substancialmente o contexto em que as medidas legislativas foram adoptadas⁹³.

Em qualquer dos casos, descobre-se que uma medida ambiental, que se supunha necessária, adequada e proporcional tem, afinal, efeitos excessivos, comportando riscos graves e intoleráveis para valores como a vida humana⁹⁴, a segurança alimentar⁹⁵, o saneamento básico⁹⁶, a protecção civil⁹⁷ ou a saúde pública⁹⁸.

não em diminuição efectiva do número de exemplares, considerando que a manutenção ou até o aumento do número de indivíduos daquela espécie de tartarugas pode ser o resultado de medidas de protecção adoptadas por outros Estados noutros pontos da Europa ou até fora da Europa.

⁹² Sobre a modificação dos actos autorizativos ambientalmente relevantes, especialmente em função de evoluções científicas e tecnológicas ver *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente* (Carla Amado Gomes, Coimbra Editora, 2007).

⁹³ Sobre o paradoxo da insegurança jurídica gerada pelas normas, mesmo quando elas surgem intencionalmente como fontes de segurança jurídica e de redução da incerteza ver a obra de Elisabeth Baraduc e outros, *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Thèmes. Commentaires, Dalloz, 2008, pág. 12 e ss.

⁹⁴ Como ocorreria se um crescimento súbito da população de lobos pusesse em risco as populações de zonas rurais e não apenas o gado. A Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto, que estabelece as bases da protecção do lobo ibérico, proíbe o seu abate ou captura em todo o território nacional, mas o Decreto-lei n.º 139/90 de 27 de Abril, prevê algumas excepções ao regime geral.

⁹⁵ É por isso que o estabelecimento de apertados limites à produção de biocombustíveis, ou até a supressão de alguns tipos de biocombustíveis, pode não ser um retrocesso ambiental. O rápido sucesso desta fonte de energia renovável tem confirmado que os receios manifestados por alguns cépticos do “petróleo verde” tinham fundamento. Os mais graves efeitos laterais da produção agrícola de biocombustíveis são a reafectação sistemática de solos anteriormente dedicados a outras funções mais relevantes, como a produção de bens para alimentação humana ou animal, a produção florestal ou a silvicultura. Não deixa de ser igualmente preocupante a inversão da hierarquia dos resíduos através de um regime fiscal mais favorável que orienta toda a biomassa florestal para valorização energética impedindo, deste modo, a sua valorização material, por exemplo, na indústria de mobiliário. A doutrina vem concluindo que, contrariamente ao que se supunha, as desvantagens (não só ambientais, mas sobretudo agrícolas e alimentares), das transferências directas ou indirectas de solos podem ser superiores às vantagens. Por exemplo, Lester Brown, em Plano B 4.0. *Mobilização para salvar a civilização*, Earth Policy Institute, New Content Editora e Produtora Ltda, São Paulo, 2009; Ricardo Abramovay (org.) *Biocombustíveis. A energia da controvérsia*. Senac, São Paulo, 2009; Helene Sivini Ferreira e José Rubens Morato Leite (org.) *Biocombustíveis. Fonte de energia sustentável? Considerações jurídicas, éticas e técnicas* Editora Saraiva, 2010). Foram todas estas preocupações que estiveram na origem dos critérios de sustentabilidade para os biocombustíveis e biolíquidos, do artigo 17º

Como já vimos, esta é uma possibilidade consagrada expressamente no regime jurídico da Rede Natura 2000: há actividades humanas que podem ser desenvolvidas dentro de sítios da Rede Natura 2000 se existirem “razões imperativas de reconhecido interesse público”⁹⁹.

8.2. Razões económicas

A questão é mais complexa quando se invocam directamente razões económicas para justificar o retrocesso.

As recentes alterações da conjuntura económica, e as constricções orçamentais impostas pela crise, alimentam as críticas do mundo empresarial à política ambiental e fomentam a pressão social exigindo cortes nas políticas públicas consideradas supérfluas. O ambiente não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento¹⁰⁰ é a palavra de ordem¹⁰¹.

da Directiva 2009/28 de 23 de Abril, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis. Em Portugal, o Decreto-lei n.º 117/2010, de 25 de Outubro, transpõe a Directiva europeia e determina que “não reúnem critérios de sustentabilidade os biocombustíveis e biolíquidos produzidos a partir de matérias-primas provenientes de terrenos ricos em biodiversidade” (artigo 7º).

⁹⁶ Precisamente para evitar conflitos graves entre o direito de utilização das águas para abastecimento das populações e outros usos admissíveis é que a Lei da água prevê uma ordem de preferência de usos: “no caso de conflito entre diversas utilizações do domínio público hídrico são seguidos os critérios de preferência estabelecidos no plano de gestão de bacia hidrográfica, sendo em qualquer caso dada prioridade à captação de água para abastecimento público face aos demais usos previstos, e em igualdade de condições é preferido o uso que assegure a utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da protecção dos recursos hídricos” (artigo 64º, n.º1 da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro). Igualmente na ocorrência de um estado de emergência ambiental as Administrações de Região Hidrográfica devem definir prioridades de utilização dos recursos hídricos (artigo 44.º da mesma Lei).

⁹⁷ Imaginamos aqui o caso da revisão da lei de protecção de sobreiros e azinheiras (Decreto-Lei n.º 169/2001, de 25 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 155/2004 de 30 de Junho) para passar a prever expressamente o dever de abater árvores isoladas em situação de elevada instabilidade mecânica e risco de queda para via pública. Tal norma não configuraria uma situação de retrocesso.

⁹⁸ Seria o caso de as leis de protecção de aves proibirem, em qualquer caso o abate, mesmo de espécimes portadores do vírus H5N1, vulgo, gripe aviária. Na realidade, a lei portuguesa consagra excepções ao regime de protecção das espécies abrangidas pelo seu âmbito de protecção, “desde que não exista alternativa satisfatória, não seja prejudicada a manutenção das populações da espécie em causa num estado de conservação favorável, na sua área de distribuição natural, e quando o acto ou actividade (...) tenha como finalidade, nomeadamente, proteger a flora e a fauna selvagens e conservar os *habitats* naturais” (artigo 20º, n.º1 do Decreto-lei n.º140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro).

Outro tanto aconteceria se o Decreto-Lei n.º 85/2005, de 28 de Abril, que regula a incineração e co-incineração de resíduos, impedisse a destruição pelo fogo de carcaças de bovinos afectados pela doença de Creutzfeldt-Jacob (encefalopatia espongiforme bovina), para não desrespeitar os valores-limite de emissões gasosas. Em Portugal, esta prática foi permitida pelo Decreto-Lei n.º 76/2003, de 19 de Abril, que adoptou as medidas complementares de luta contra a encefalopatia espongiforme bovina no domínio da alimentação animal, e que previu, no artigo 4º, que “as matérias-primas constituídas por proteínas animais transformadas referidas neste diploma e proibidas na alimentação animal são obrigatoriamente destruídas por incineração, sem prejuízo da destruição por qualquer outra forma que venha a ser considerada cientificamente apropriada de acordo com as melhores práticas internacionais e as normas em vigor de eliminação de resíduos”.

⁹⁹ Trata-se do artigo 10º, n.º10 do Decreto-lei n.º 140/99, de 24 de Abril, alterado pelo 49/2005, de 24 de Fevereiro.

¹⁰⁰ Para Klaus Bosselmann a sustentabilidade ecológica é um pré-requisito do desenvolvimento e não um mero aspecto dele: só o desenvolvimento ambientalmente sadio pode satisfazer as necessidades das gerações actuais e futuras (*The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate 2008).

¹⁰¹ Foi o que aconteceu quando a descoberta de uma colónia do rato de Cabrera, espécie vulnerável protegida por lei, obrigou a introduzir alterações ao traçado da estrada IP8, no Alentejo, e deu origem a notícias sensacionalistas, como as publicadas no Jornal Expresso, em 4 de Julho de 2009, sob o título “O rato que vale 6,9 milhões de euros: mede entre 11,6 e 13 centímetros, tem pêlo comprido castanho-amarelado. Dá pelo nome científico *Microtus Cabrerae* e a sua preservação vai custar cerca de 6,9 milhões de euros, correspondentes a um centésimo do investimento total numa estrada no Alentejo”. De facto, após a emissão, em Janeiro de 2004, de uma declaração de impacte ambiental favorável ao Traçado do IP8 no trecho Santiago do Cacém / Nó de Brissos, a descoberta do *microhabitat* do rato de Cabrera, em 2006, determinou a indispensabilidade de novas medidas de minimização sob pena de ficar comprometida a prossecução do projecto. Os estudos ambientais do relatório de conformidade ambiental do projecto

Se o que está em causa é a obtenção de recursos financeiros para assegurar necessidades primárias, como a saúde humana, a segurança social ou o saneamento básico, consideramos que, devidamente ponderados os interesses ligados à política ambiental e ao desenvolvimento económico, os recursos financeiros podem e devem obter-se prioritariamente através de cortes em outras políticas e em despesas menos prementes em termos imediatos: obras públicas não urgentes, algumas iniciativas culturais, apoio a certas competições desportivas, etc..

Sabendo que os valores económicos não devem ser, em regra, relevantes para justificar retrocessos¹⁰² ecológicos, como conciliar então a necessidade de poupança orçamental e de não sobrecarga das empresas, em época de crise e de recessão económica, com as exigências de manutenção do nível de protecção ambiental vigente?

8.2.1. Encargos de protecção ambiental

Para fazer esse exercício de concordância prática, vamos considerar vários tipos de actividades de protecção ambiental com diferentes tipos de encargos:

1. Despesas de protecção ambiental *activa* através de medidas que implicam ***investimentos ambientais directos***. Estes podem ser investimentos tipicamente públicos (como acções de reflorestação¹⁰³, limpeza de praias por ocasião de marés negras¹⁰⁴, anilhagem de espécies migratórias¹⁰⁵ ou colheita de espécies

de execução, volume I – Sumário Executivo (Alfragide, Dezembro de 2009, disponível em www.estradasdeportugal.pt/index), contém informação pormenorizada sobre estas medidas.

¹⁰² Desenvolvendo a ideia ao não retorno de concretização dos direitos sociais, Jorge Miranda afirma que em situação de recessão ou crise financeira, as prestações sociais “devem ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes” (*Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4ª ed. Coimbra Editora, 2008, pág. 443).

¹⁰³ O Decreto-Lei n.º 254/2009, de 24 de Setembro, que aprova o Código Florestal, define rearboreção como “a regeneração do coberto florestal por via quer de regeneração natural, com recurso a reprodução vegetativa ou seminal, quer por via de regeneração artificial, com recurso a plantação ou sementeira” (artigo 2º 000) e obriga o proprietário ou produtor florestal de espaços florestais arborizados percorridos por incêndios florestais “a promover o aproveitamento da regeneração natural ou a efectuar a sua rearboreção, em solo rural (...)” (artigo 23º).

¹⁰⁴ De acordo com o Plano de Emergência para o Combate à Poluição das Águas Marinhas, Portos, Estuários e Trechos navegáveis dos Rios, por Hidrocarbonetos e outras Substâncias Perigosas (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 25/93, de 7 de Fevereiro), em caso de poluição por hidrocarbonetos, as medidas de intervenção seguem uma ordem de prioridades: contenção e recolha primeiro junto à fonte poluidora, depois no mar, protecção física de locais sensíveis, recolha e limpeza de costas e margens atingidas, aplicação criteriosa de dispersantes, transporte dos produtos recolhidos para tratamento e eliminação adequados (C – Princípios e procedimentos, n.º3).

¹⁰⁵ A anilhagem é a “a técnica de estudo biológico das espécies e populações de aves selvagens, que consiste na sua captura, marcação com uma anilha e posterior libertação” (artigo 3º, n.º1 r) do Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro).

invasoras¹⁰⁶) ou investimentos tipicamente privados (como medidas de adaptação às melhores técnicas disponíveis¹⁰⁷, medidas de prevenção ou mitigação de danos¹⁰⁸ ou compensação de impactes¹⁰⁹).

2. Despesas decorrentes do cumprimento de obrigações administrativas, nomeadamente dos processos autorizativos e de controlo, que se traduzem em *investimentos indirectos* e que podem ser pagamentos ao Estado (taxas, tarifas) ou encargos em tempo e recursos humanos, para cumprir as exigências postas pela administração ambiental¹¹⁰.
3. Custos de protecção associados à simples *abstenção* de novas acções lesivas ou perturbadoras. São os *lucros cessantes*, decorrentes da não realização de actividades poluentes, ou nocivas para o ambiente, mas que certamente trariam outras vantagens para o promotor da actividade, seja ele publico ou privado, ou até para o país e para o bem-estar geral da população: criação de postos de trabalho, melhoria da mobilidade ferroviária, fluidez do tráfego rodoviário, ampliação da cobertura da rede eléctrica nacional, reforço da produção de energias renováveis, povoamento de zonas rurais desertificadas, eficácia dos sistemas de telecomunicações, reforço da atractividade turística, etc.

8.2.2. A conciliação possível

Quando se trata de *investimentos directos*, a conciliação possível entre desenvolvimento económico e protecção do ambiente pode passar por alterar as regras de funcionamento da política ambiental:

1. Se se trata de medidas públicas e os contribuintes estão muito onerados, considerando-se necessário reduzir as despesas do Orçamento de Estado, então deverá equacionar-se a hipótese de internalizar esses custos (tornando-os medidas obrigatórias para os poluidores) ou então imputá-los, pela via extra-fiscal,

¹⁰⁶ O Decreto-Lei n.º 565/99, de 21 de Dezembro, que regula a introdução na Natureza de espécies não indígenas da flora e da fauna, interdita, salvo algumas excepções, a disseminação ou libertação na Natureza de espécimes de espécies não indígenas visando o estabelecimento de populações selvagens (artigo 3º). Em caso de desrespeito, independentemente da aplicação da coima e das sanções acessórias, o infractor pode ser intimado a proceder, a suas expensas, à erradicação da espécie introduzida (artigo 25º). Se não se identificar o infractor, essa pode ser uma tarefa do Estado.

¹⁰⁷ Nos termos da Lei que estabelece a prevenção e controlo integrados da poluição (Decreto-lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto) a melhor técnica disponível é “a fase de desenvolvimento mais avançada e eficaz das actividades e dos respectivos modos de exploração, que demonstre a aptidão prática de técnicas específicas para constituir, em princípio, a base dos valores limite de emissão com vista a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir de um modo geral as emissões e o impacto no ambiente no seu todo” (artigo 2º, I). A aplicação das melhores técnicas disponíveis é uma obrigação dos promotores das actividades listadas em anexo ao diploma.

¹⁰⁸ A Lei de responsabilidade ambiental estabelece que o operador que, independentemente da existência de dolo ou culpa, causar um dano ambiental ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado da sua actividade, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados (artigo 12º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho).

¹⁰⁹ Segundo a Lei de avaliação de impacte ambiental, um dos principais objectivos deste procedimento é prever a execução de medidas destinadas a evitar, minimizar e compensar tais impactes de modo a auxiliar a adopção de decisões ambientalmente sustentáveis” (Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro).

¹¹⁰ De acordo com o Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa (Simplex 2006), “encargos administrativos são custos para os cidadãos, para as empresas ou outros agentes e sectores de actividade, derivados do cumprimento de formalidades administrativas, de obrigações de prestação de informações e da sujeição a ónus ou encargos, de origem legal ou regulamentar, directa ou indirectamente, ligados ao exercício de direitos e à prática de actos e actividades”. A Simplificação Administrativa e Legislativa é um objectivo nacional mas também europeu, aprovado pelo Conselho Europeu de Março de 2007 através do Programa de Acção para a Redução dos Encargos Administrativos na União Europeia.

aos potenciais poluidores, para que as acções públicas de protecção ambiental que impliquem despesas do Estado, se auto-financiem. Esta é a solução preferível por ser a mais compatível com o princípio do poluidor pagador, e por isso mesmo, a mais eficiente e mais justa.

2. Se, pelo contrário, se trata de medidas privadas, baseadas no princípio do poluidor pagador, e os operadores têm dificuldades em suportar os encargos, deve ser equacionada a hipótese de mudar total ou parcialmente para um financiamento público. Nesse caso o Estado, financiado pelos contribuintes através de um sistema fiscal clássico (baseado na tributação do rendimento do trabalho, do património ou do consumo) passará a suportar, em primeira instância, os encargos que só mais tarde, ou em condições mais favoráveis (*maxime*, através de pagamentos fraccionados) serão transferidos para os poluidores.

Relativamente aos *investimentos indirectos*, o reforço da competitividade económica, livre dos espartilhos do cumprimento de desnecessárias obrigações burocráticas (notificações, autorizações, registos, relatórios de monitorização e de conformidade, etc.) é uma das vantagens directas da simplificação administrativa. Mas a simplificação não pode ser um objectivo a prosseguir sem quaisquer limites de natureza ambiental, sob pena de redundar em retrocessos ambientais reais.

Quais são então as formas de simplificação admissíveis¹¹¹ e desejáveis que não conduzem a retrocesso ambiental?

- a) São as medidas de simplificação que consistam numa forma mais simples de cumprimento das obrigações existentes (por ex. notificações ou registos através de meios electrónicos e telemáticos) mas não em remoção de obrigações;
- b) É a substituição de hetero-controlos por auto-controlos vigiados ou estatisticamente controlados;
- c) É a remoção de obrigações que se destinassem apenas a confirmar dados já na posse da Administração ou que possam ser deduzidos ou obtidos por outras vias menos onerosas, como cruzamento de informação disponível em bases de dados informáticas.

9. Condições gerais de admissibilidade do retrocesso

Com base no que foi dito anteriormente, é possível estabelecer algumas condições gerais, que devem ser verificadas para julgar da admissibilidade de medidas retrocedentes:

1. Condições temporais. O retrocesso imposto não pode ser permanente, mas antes uma solução temporária para acorrer a uma situação conjuntural. Mais, a medida deve ser aprovada com um horizonte temporal definido *ab initio* e que não pode ser condicional (por exemplo, “vigorará até que passe a crise”).

¹¹¹ Em *Constituição e tempo ambiental* (RevCEDOUA n°4, 2/1999, pág. 11 e ss) Gomes Canotilho apresenta propostas de *aceleração* procedimental para resolver o problema da “*duração justa* dos procedimentos administrativos ambientalmente relevantes”.

Naturalmente que, mantendo-se as circunstâncias, a medida pode ser renovada por novos períodos, mas a provisoriedade obriga à revisão e reponderação periódica.

2. Condições consequenciais. Quando se diz que uma determinada lei leva a um retrocesso é porque o bem fica menos protegido (retrocesso reversível) ou é mesmo aniquilado (retrocesso definitivo). A definitividade ou reversibilidade do retrocesso não dependem de a lei ser revogável ou não, mas sim das consequências ambientais que decorram da aprovação da lei. Se o efeito da nova lei retrocedente é a aniquilação definitiva do bem jurídico ambiental (extinção da espécie, eutrofização do rio, esgotamento do recurso, destruição da paisagem) então é um retrocesso definitivo. O retrocesso definitivo é grave, pelo que deve ser absolutamente banido.

Se a redução leva apenas à degradação do bem jurídico, ou seja, é um retrocesso reversível, não será tão grave e, por isso, pode ocorrer pontualmente, em casos justificados, para proteger outros valores relevantes.

Sinteticamente, o princípio da proibição do retrocesso destina-se a evitar degradações reversíveis mas graves ou então degradações de menor gravidade embora irreversíveis, ou seja, existe uma proibição do retrocesso definitivo e uma proibição do retrocesso reversível. A proibição de retrocesso, sendo os efeitos reversíveis, é relativa, admitindo compressões em função de outros valores social ou ambientalmente relevantes; sendo os efeitos irreversíveis, é absoluta, ou seja não admite derrogações, salvo em caso de estado de necessidade.

Se não houver certezas, ou seja, se a ocorrência de efeitos danosos for apenas uma possibilidade, também não pode haver retrocesso se os hipotéticos efeitos ambientais forem muito graves ou irreversíveis. Se os efeitos forem reversíveis mas graves, ou então pouco graves mas irreversíveis, entra em jogo a proporcionalidade para ponderar a admissibilidade da medida¹¹².

Uma matriz permite visualizar mais facilmente as várias hipóteses avançadas.

Efeitos ambientais do retrocesso	Pouco graves	Graves
Reversíveis	Retrocesso admissível	Retrocesso admissível em “estado de necessidade”
Irreversíveis	Retrocesso admissível em “estado de necessidade”	Retrocesso não admissível

3. Condições teleológicas. O retrocesso só é possível para salvaguardar valores jurídicos concretos de grande relevância. Vagas alegações de que “estamos em crise” e de que a protecção do ambiente “é um luxo que não podemos suportar”, não são relevantes. O facto de a protecção do ambiente implicar custos e envolver investimentos não é fundamento suficiente para uma aceitação imediata da

¹¹² Sobre “ponderação ecológica” enquanto dever de os “decisores jurídicos” tomarem “em consideração nos seus juízos os efeitos ambientais de obras, actividades, serviços ou planos ecologicamente relevantes”, ver “Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo” (in *Revista jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º1, 1994, pág. 58 e ss.) de Gomes Canotilho.

redução do nível de protecção ambiental. Pelo contrário, as razões invocadas devem ser razões prementes (carecidas de actuação urgente), graves (correspondendo a valores de importância igual ou superior ao ambiental), necessárias (estritamente indispensáveis) adequadas (coerentes e não discriminatórias) e proporcionais (o grau de compressão da protecção ambiental deve ser em medida equivalente à necessidade de promoção do valor conflituante).

10. Conclusão

Fruto do reconhecimento da importância vital do equilíbrio ambiental, por um lado, e da insustentabilidade das interferências antropogénicas nos sistemas naturais, por outro, o ambiente ganhou um lugar muito especial na constelação de valores constitucionais protegidos ao nível dos Estados e da União Europeia.

Seja por razões antropocêntricas ou ecocêntricas, seja por receio dos efeitos imediatos ou retardados, seja para evitar os impactes locais ou longínquos, o que é certo é que a sociedade, a economia e o Direito se “esverdearam”.

A influência do Direito ambiental é sensível um pouco por todo o lado, do sector público ao sector privado, da produção ao consumo, orientando os comportamentos individuais e limitando as actuações empresariais, conformando as acções presentes e futuras.

O princípio da proibição do retrocesso surge neste contexto de evolução “rumo ao desenvolvimento sustentável”¹¹³. Ele é uma garantia de que *apesar* das flutuações políticas e das turbulências eleitorais, *apesar* das crises profundas e duradouras, *apesar* da miopia ambiental das presentes gerações, *apesar* das ideologias cultoras do cepticismo climático e ambiental... a legislação de protecção do ambiente não pode deixar de ter uma certa estabilidade, de forma a permitir a construção de uma sociedade mais justa, mais sustentável¹¹⁴ e envolta por um ambiente mais íntegro e diversificado.

Em suma, defendemos que o novo entendimento do Estado, como Estado de Direito Ambiental, exige uma política ambiental dinâmica e progressista, em sintonia com o desenvolvimento sustentável, porque acreditamos, com Gomes Canotilho, que “o ambiente é caro, mas nunca é demasiado caro”¹¹⁵.

¹¹³ Este era o título do Quinto Programa de Acção em Matéria de Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, aprovado pela Resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-membros em 1 de Fevereiro de 1993.

¹¹⁴ Em “*Constitucionalismo e geologia da Good Governance*”, Gomes Canotilho acentua a “centralidade do princípio do desenvolvimento sustentável e equitativo que pressupõe uma gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, económicos e financeiros (‘boa governação’)” (in ‘*Brançosos*’ e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*, Almedina, 2008, 2ª ed. pág. 329).

¹¹⁵ *Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra Editora, 1995, pág. 105.