

VOLUME LI — N.ºS 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



Coimbra Editora

2010

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LI — N.ºs 1 e 2 - 2010

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

DISTRIBUIÇÃO

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651
revistas@grupocoimbraeditora.pt

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2011

I Doutrina

	Págs.
<i>Robert Alexy</i> — Interpretação teleológica e vinculação à lei.....	9
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — O paradoxo da Justiça Constitucional	17
<i>Jorge Miranda</i> — Divisão do poder e partidos políticos.....	25
<i>Jorge Miranda</i> — Democracia e Constituição para lá do Estado	33
<i>José Lamego</i> — O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito.....	47
<i>José Melo Alexandrino</i> — O poder local na Constituição da República de Angola: os princípios fundamentais	61
<i>Ana Fernanda Neves</i> — Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia.....	93
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — Justiça e Natureza na <i>República</i>	127
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Relativismo, Valores, Direito	141
<i>José de Sousa e Brito</i> — O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende	193
<i>Otávio Luis Rodrigues Junior</i> — Propriedade, função social e constituição — Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil	207
<i>Lenio Luiz Streck</i> — O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.....	237
<i>Csaba Varga</i> — Goals and Means in Law.....	263
<i>Carl Friedrich Nordmeier</i> — Timor-Leste: Novo Direito Processual Civil Internacional	275
<i>Miguel Lopes Romão</i> — Novas tecnologias e inovação nos sistemas de justiça: a experiência portuguesa e o trabalho desenvolvido pela Conferência de Ministros da Justiça dos Países Ibero-americanos	281
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> — The International powers of the Portuguese autonomous regions of Azores and Madeira	293

II Trabalhos de alunos

<i>Thiago André Pierobom de Ávila</i> — O controle penal da imigração em Portugal, Espanha e Itália: a face oculta do neorracismo europeu	323
<i>Luis Carlos Lopes Batista</i> — Uma análise económica das externalidades ambientais negativas — em especial, a solução dos tributos ambientais	403
<i>Ricardo Bernardes</i> — A auto-suspensão de direitos fundamentais — reflexões em torno da sua admissibilidade	455
<i>Marco Caldeira</i> — A “soberania popular” em Jean-Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes?	527
<i>Francisco Rocha</i> — Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria	573

III Legislação

<i>Manuel Veiga de Faria</i> — Alteração de registo por mudança de sexo da pessoa registada em caso de transsexualidade	647
---	-----

IV Vida universitária

Acta n.º 3/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	665
Acta n.º 5/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	675
<i>José Duarte Nogueira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	681
<i>Adriano Moreira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	685
<i>Martim de Albuquerque</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	687
<i>Jorge Miranda</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia	691
<i>Sérvulo Correia</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia	693
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de atribuição a condecorações	697
<i>Jorge Miranda</i> — <i>Laudatio</i> do General António dos Santos Ramalho Eanes como Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade de Lisboa	699

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do <i>curriculum vitae</i> do Doutor Vladimir Augusto Correia de Brito em provas de agregação — II Parte — Uma obra em especial.....	703
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de alteração ao plano de estudos.....	707
<i>Jorge Miranda</i> — Regulamento de Avaliação de Desempenho dos Docentes.....	711
<i>Dário Moura Vicente</i> — No XX Aniversário da Faculdade de Direito de Bissau...	717
Dário Moura Vicente — Alguns dados quantitativos sobre a actividade do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2010.....	721
<i>Nazaré da Costa Cabral</i> — Arguição da dissertação de Doutoramento da Mestra Elisa Rangel Nunes.....	727

UMA ANÁLISE ECONÓMICA DAS EXTERNALIDADES AMBIENTAIS NEGATIVAS — EM ESPECIAL, A SOLUÇÃO DOS TRIBUTOS AMBIENTAIS (*)

LUIS CARLOS LOPES BATISTA

“E tomou o Senhor Deus o Homem, e o pôs no jardim do Éden, para o lavrar e o guardar.”

Génesis 2:15

“Na verdade, as nações se enfureceram; chegou, porém, a tua ira, e o tempo determinado para serem julgados os mortos, para se dar o galardão aos teus servos, os profetas, aos santos e aos que temem o teu nome, tanto aos pequenos como aos grandes, e para destruíres os que destroiem a terra.”

Apocalipse 11:18

Não sendo religioso, parece-me claro o aviso feito na Bíblia: cabe ao Homem velar pelo Ambiente, pois é este a sua casa primeira. E tal como quem ignora as rachas que cobrem o tecto de sua casa se arrisca a que esta lhe caia em cima, assim nos arriscamos, por anos sem fim de negligências e ofensas, a uma lenta, mas certa, derrocada.

(*) O presente texto surge na sequência de uma oral de melhoria a Direito do Ambiente, em resposta a um pedido da Prof.^a Carla Amado Gomes para que eu aprofundasse o tema exposto — *o uso de instrumentos económicos na correcção das externalidades ambientais negativas*.

Numa altura em que a protecção do ambiente reúne um número já considerável de paladinos, a elaboração deste texto facilmente passará despercebida. Trata-se, porém, mais do que um contributo jurídico, de uma mostra de carinho pela docente, capaz de motivar até os mais preguiçosos.

O tema apresentado foi alargado por forma a dar resposta às perguntas que me foram formuladas na oral e que, no mínimo, contribuíram para que a minha visão do Direito se mantenha humilde. Com efeito, mesmo o mais preparado dos alunos pode ser facilmente desarmado no seu entusiasmo retórico por uma pergunta habilmente colocada. Não deixa de ser curioso que o interesse pela cadeira aumente de cada vez que a minha ignorância é posta em evidência.

SUMÁRIO

	Págs.
1. Um breve enquadramento do tema	404
2. O problema.....	408
3. A abordagem tradicional e o Teorema de Coase	411
4. Debilidades do Teorema — o porquê da sua inaplicabilidade prática.....	418
5. A necessidade de uma nova abordagem jurídica dos bens naturais.....	420
6. As vantagens dos tributos ambientais na internalização dos custos sociais	429
7. E os seus inconvenientes.....	435
8. Que fazer da receita gerada por um tributo ambiental?	440
9. Alguns exemplos de tributos ambientais em geral	442
10. Quatro exemplos de tributos ambientais em Portugal	445
11. Os tributos ambientais e o Protocolo de Quioto.....	445
12. Uma dívida maior que o tempo.....	448
Bibliografia	452

1. UM BREVE ENQUADRAMENTO DO TEMA

1.1. Ao longo da História, a relação do Homem com a natureza conheceu variantes. Se é verdade que desde cedo se proclamou a simbiose do ser humano com o universo — o pensamento grego insere-o em comunhão com a natureza, num equilíbrio de poderes e subordinações ⁽¹⁾ — há uma tendência natural deste para olhar o que rodeia numa lógica antropocêntrica.

Com efeito, quer a lei divina quer a lei terrena ensinaram o Homem a tratar os bens naturais como “veículos de satisfação de necessidades vitais e de incremento do seu bem-estar” ⁽²⁾. No Livro do Génesis (1:30), encontra-se inscrita a ordem de Deus para que o Homem dominasse “as aves do céu, os peixes do mar, as plantas da terra”. E, sem prejuízo de ser a interpretação errada, daqui se retirou a concepção do “Homem senhor de todas as coisas”, titular de direitos sobre a Natureza.

Também as primeiras experiências feitas no campo do Direito do Ambiente são demonstrativas desta visão. Recuando ao período do despertar da consciência ecológica, e olhando para um dos instrumentos normativos então surgidos — a Declaração de Estocolmo ⁽³⁾ — constatamos que a protecção do ambiente é proclamada como meio de assegurar a qualidade de vida do Homem e o desenvolvimento das nações, o bem-estar das gerações presentes e vindou-

⁽¹⁾ Para uma breve exposição da evolução da relação entre o Homem e a Natureza, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Apresentação*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 14 e segs.

⁽²⁾ Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, *O ambiente como objecto e os objectos do Direito do ambiente*, in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, p. 13.

⁽³⁾ O texto integral pode ser consultado no site <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>.

ras. Refira-se, a título de exemplo, o ponto 2., no qual se proclama que “a protecção e a melhoria do meio ambiente humano constituem desejo premente dos povos do globo e dever de todos os Governos, por constituírem o aspecto mais relevante que afecta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento do mundo inteiro”, ou o princípio 8., em que se estatui que “o desenvolvimento económico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar, na Terra, as condições necessárias à melhoria da qualidade de vida”.

Até a própria biologia conspira contra o ambiente, como faz notar FRAÚSTO da SILVA ⁽⁴⁾: “a vida, tal como a conhecemos, é uma propriedade emergente da Terra, intimamente ligada a um conjunto amplo de elementos químicos constitutivos do nosso planeta”. Ora, o ser humano necessita desses elementos para se manter, mover e multiplicar, tendo de os obter do ambiente que o rodeia. Tendo em conta que, como faz notar o autor ⁽⁵⁾, “todos os elementos são potencialmente tóxicos, mesmo os essenciais, se forem absorvidos em quantidade excessiva”, e que o crescimento exponencial da população humana se traduz numa demanda cada vez maior dos mesmos (inicialmente os essenciais, hoje, dada a complexificação da indústria e a expansão do horizonte consumista, muito mais do que os 25 elementos estáveis que existem no nosso planeta), o actual estágio de degradação ambiental é, no mínimo, compreensível.

1.2. Como devemos (re) agir?

O problema dos gritos de alarme é que tendem a ser demasiado estridentes. Num passo de génio, LOVELOCK afirmou que “o ambiente é uma luxuriante pastagem para os demagogos” ⁽⁶⁾. Há que evitar histerismos, como o que conduziu a Associação Internacional *Greenpeace*, em meados dos anos noventa, a afirmar que, sob a égide do princípio da precaução, nenhuma descarga poderia ser feita sem prévia demonstração da sua inocuidade. Também na mesma linha, e recuando um pouco no tempo, defendeu em 1972 o Clube de Roma que só será possível salvar a humanidade reduzindo o crescimento a zero ⁽⁷⁾. Não discuto que, quanto menos se acumular no crescimento material, melhor o Homem preservará os recursos naturais. Mas pelas mesmas razões que favorecem um entendimento moderado do princípio da precaução, devemos qualificar de excepcional uma solução que passe pela proibição pura e simples

⁽⁴⁾ Cfr. FRAÚSTO DA SILVA, *A poluição ambiental — Questões de Ciência e Questões de Direito*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 83 e segs.

⁽⁵⁾ *Idem*, p. 85.

⁽⁶⁾ JAMES LOVELOCK, *Gaia — um novo olhar sobre a vida na Terra*, Edições 70, Lisboa, 1987.

⁽⁷⁾ E. MISHAN, *Os limites do crescimento, Relatório do Clube de Roma*, 1972.

das actividades lesivas do ambiente — a poluição é sempre o subproduto da produção de bens e serviços necessários ao funcionamento da sociedade, ela existe porque dela precisamos, embora não a desejemos ⁽⁸⁾. Nesse sentido parece ir o Relatório Brundtland (1987), ao afirmar que o crescimento económico, sendo necessário, só poderá prosseguir sem causar danos irreversíveis ao ecossistema, sugerindo que se adoptem, para o efeito, processos produtivos mais eficientes.

A defesa do ambiente não tem de acarretar a falência da indústria e o desemprego. Assim, não sendo possível abdicar do crescimento económico há que procurar compatibilizá-lo com esse imperativo.

1.3. A actividade industrial é a principal responsável pela poluição ambiental, através de efluentes líquidos (como os esgotos e outras descargas no meio marinho), sólidos (pense-se nos aterros) e gasosos (fumos nocivos libertos para atmosfera). “Ambiente e Indústria deixa presumir que se deva falar, não tanto de uma e de outra realidades subjacentes mas do relacionamento de uma com a outra” ⁽⁹⁾. Numa perspectiva redutora, os potenciais efeitos negativos decorrem ou da sobre-exploração dos recursos ou de incorrectas utilizações dos mesmos. Numa visão maximalista, “é todo um modelo económico que está em causa” ⁽¹⁰⁾. O modelo capitalista funciona segundo uma regra de ouro: a acumulação de capital. Num ordenamento pautado pelo reconhecimento da propriedade privada e do livre acesso ao mercado essa acumulação acaba por redundar no lucro individualista. Ora, entre as determinantes do lucro não estão, certamente, motivações ecológicas. É, pois, normal, que as actuações individuais, orientadas pela busca do bem-estar pessoal, tenham levado a uma afectação dos recursos naturais muito para lá da óptima.

⁽⁸⁾ Veja-se, a propósito, a opinião de CARLA AMADO GOMES sobre alguns dos problemas que o princípio da precaução pode levantar: *sociológicos* — uma vez que uma decisão *pro ambiente* pode significar o atraso no desenvolvimento de uma região, frustrando as expectativas da população local; *políticos* — os Estados mostram grande relutância em serem condicionada a livre disposição dos recursos naturais sitos na sua zona de soberania; *económicos* — uma aplicação liberal do princípio pode levar à paralisia do crescimento industrial e agrícola; *tecnológicos* — as dificuldades colocadas à entrada de novos produtos no mercado podem ter um efeito perverso, levando a que permaneçam em circulação tecnologias obsoletas e, como tal, certamente menos seguras; *científicos* — dada a contestabilidade dos resultados científicos; etc.; *Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o princípio da precaução, in Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 152 e segs.

⁽⁹⁾ AMÍLCAR AMBRÓSIO, *Ambiente e Indústria, in Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 117 e segs.

⁽¹⁰⁾ ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Ambiente e Desenvolvimento — Enquadramento e Fundamentos do Direito do Ambiente, in Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 52 e segs.

1.4. Até ao surgimento das primeiras normas de Direito do Ambiente, os poluídos e a comunidade em geral não dispunham de meios jurídicos de tutela ambiental. As disfunções ambientais eram resolvidas por um modelo puramente individual, sujeito a regras jurídicas atinentes a relações privadas. Daqui resultava que só no âmbito das relações de vizinhança ou da responsabilidade civil se poderia internalizar os custos da poluição: o empresário teria de suportar, através do pagamento de uma indemnização, os custos emergentes da sua actividade de produção, corrigindo então as disfunções geradas. Mas, se isso não acontecesse, se não fosse possível identificar na comunidade uma lesão individual, então teríamos uma lesão de interesses (comunitários) desprovida de meio jurídico sancionatório.

Hoje tal situação encontra-se corrigida. O dano ecológico tem sede própria na lei interna — Decreto-Lei n.º 174/2008 — e é tutelado pela jurisdição administrativa. A legitimidade processual foi alargada com vista a compreender actores desinteressados: o Ministério Público, os cidadãos, Organizações Não-Governamentais Ambientais (ONGAs), autarquias, associações e fundações que tenham a defesa do ambiente no seu objecto estatutário. Porém, assinalou, e bem, RAMÓN MATEO, que, em Direito Ambiental, a coacção *a posteriori* é particularmente ineficaz, por um lado porque ao produzirem-se danos biológicos e sociais, a repressão tende a ser acompanhada por um cunho moralizante, por outro porque há danos simplesmente irreparáveis ⁽¹¹⁾. E, claro, esquecendo por instantes que muitas vezes é preferível para os poluidores pagar a multa que cessar as suas condutas ilegítimas.

1.5. Perante a insuficiência da via da responsabilização, e sendo este um problema económico — pois, repito, a poluição e o desgaste dos recursos ambientais é causada pelas exigências do mercado e pelo seu deficiente funcionamento — há que procurar soluções económicas. Como ponto comum, todas devem partir da rejeição da escola do *laissez faire laissez passer*. O novo paradigma deve caracterizar-se pelo abandono da ideia de domínio absoluto da economia e da natureza pelo Homem, procurando harmonizar a gestão económica com a regulação da biosfera. E, nesta linha, as soluções já propostas são várias: desde o aperfeiçoamento dos direitos de propriedade e a sua transacção em mercado (COASE e BUCHANAN); passando pela imposição de uma taxa à empresa poluidora, cobrindo a diferença entre o custo marginal de produção e o custo que ela gera, com a poluição, à colectividade (PIGOU); atribuição de subvenções aos investimentos antipoluidores (KNEESE); criação de um sistema de taxas

⁽¹¹⁾ RAMÓN MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Talvium Editorial, 1991, p. 93.

combinado com normas protectoras do ambiente (BAUMOL e OATES); ou, ainda, a venda de direitos de poluir (DALES).

O texto que elaborei, com o contributo dos muitos que dedicaram a melhor parte da sua vida ao estudo destes temas, procura abordar a resolução das externalidades ambientais negativas através dos instrumentos financeiros — *maxime*, taxas e impostos ambientais. Adicionalmente, e mais por curiosidade teórica, será também sumarizada a essência do Teorema de Coase, enquanto via de negociação directa. Mas porque cada porta aberta suscita novos problemas, guardei algumas linhas para abordar uma construção jurídica alternativa dos bens ambientais, bem como o problema da equidade intergeracional, procurando dar resposta à pergunta “devemos decidir pelas gerações futuras?”.

2. O PROBLEMA

2.1. Um dos mais relevantes contributos teóricos para a compreensão dos fenómenos de delapidação do ambiente foi dado, em 1980, por ALFRED MARSHALL, com o conceito de *externalidade*.

O mercado é uma instituição de troca que recorre a um instrumento de comunicação e sinalização: o preço dos bens e serviços que nele se transmitem. “O que há de peculiar numa economia de mercado é que as grandes decisões de que depende a eficiência e a justiça do seu funcionamento não são, em rigor, confiadas a ninguém”⁽¹²⁾, resultando de um denominador comum na forma de actuação de todos os agentes económicos — o mecanismo dos preços. Existe, assim, um processo de sinalização que permite às partes comunicar a sua disponibilidade para procederem a trocas, assegurando que os recursos sejam afectados aos indivíduos que lhes atribuem maior valor.

Mas porque o mercado é uma engrenagem defeituosa, Marshall constatou que, ocasionalmente, o preço de mercado dos bens pode não reflectir totalmente os custos ou benefícios decorrentes da sua produção ou do seu consumo. Num mercado de concorrência perfeita, “os agentes económicos determinam o seu nível de actividade em função da sua receita marginal (preço pelo qual conseguem vender cada unidade de produto) e do seu custo marginal (custo em que incorrem para obter cada uma dessas unidades)”⁽¹³⁾. Dessa forma, as empresas irão aumentar a sua produção até ao ponto em que o preço cobrado por uma

⁽¹²⁾ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à economia*, Almedina, 2002, pp. 46 e segs.

⁽¹³⁾ CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto ecológico — contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente*, Coimbra Editora, 2001, pp. 76 e segs.

nova unidade do bem deixe de cobrir os custos tidos com a sua produção. Parecerá, então, que a conservação dos recursos está garantida à partida, dado que uma exploração excessiva dos mesmos é desencorajada pelo progressivo aumento do custo marginal, até ao ponto em que o produtor deixa de obter lucro com cada nova unidade produzida.

Porém, pode acontecer que, como notou Marshall, o preço dos recursos não seja um fiel indicador do seu valor, levando a que os agentes económicos continuem a utilizar um bem mesmo quando os custos gerados superam já a sua utilidade individual — “quando um agente económico ignora o impacto negativo que a sua actividade causa no bem-estar social, por exemplo, devido às emissões poluentes que gera, continuará a poluir até que o benefício marginal que retira da poluição seja igual a zero”⁽¹⁴⁾. Nesse caso, a fixação do nível de produção/consumo não será já orientada pelo custo real do recurso.

Ora, verifica-se uma externalidade sempre que a actividade de produção ou consumo de um bem afecta outrem, que não o compra, consome ou sequer utiliza, independentemente da sua vontade e da vontade de quem o produz. Esses efeitos podem ser benéficos, gerando um incremento de bem-estar sem que quem o causa receba a devida compensação (assim, por exemplo, a construção de uma infra-estrutura que provoque um aumento no valor dos terrenos vizinhos), ou maléficos, no caso de perda de bem-estar, sem que o lesado receba uma indemnização (ilustre-se, desta feita, com o exemplo do funcionamento de uma fábrica, acto de produção susceptível de gerar poluição sonora, atmosférica, fluvial e até mesmo do solo).

2.2. Se, por regra, o Estado se deve abster de intervir no mercado, seja porque é mais barato deixar o mercado cuidar de si (financeira e politicamente)⁽¹⁵⁾, seja porque se arrisca a incorrer em falhas de intervenção⁽¹⁶⁾, quando se verificam externalidades, positivas ou negativas, essa intervenção justifica-se para repôr a eficiência económica, refreando o nível de actividade daquele que

⁽¹⁴⁾ *Idem*, p. 81.

⁽¹⁵⁾ Basta lembrar o recente caso do BPN, em que a intervenção salvadora do Estado Português recebe críticas por ser “cara” e salvar privados a partir do erário público.

⁽¹⁶⁾ Com efeito, o Estado, não sendo composto de funcionários onipotentes e incorruptíveis, tende a agir com base em informação imperfeita, face à de que dispõem os agentes. Ao que acresce o facto de por vezes ser o próprio Estado o causador do desequilíbrio, quer pela forma como intervém (refira-se, a título de exemplo, o facto de nalguns países o preço do carvão ser subsidiado como forma de proteger os produtores nacionais, havendo assim um incentivo a uma actividade altamente poluente), quer porque, ao agir, tende a favorecer os interesses de determinados grupos sociais em detrimento de outros.

continua a produzir quando os danos que causa a terceiros são já consideráveis — pense-se novamente, no exemplo da poluição atmosférica — ou compensando o que, beneficiando outrem, carece dos meios para dele reclamar a justa contrapartida pelo benefício que lhe causa. Trata-se, por isso, e acima de tudo, de corrigir uma falha de mercado.

2.3. Para esse efeito, FERNANDO ARAÚJO sugere três vias fundamentais, combináveis entre si ⁽¹⁷⁾:

- **a da produção directa pelo Estado de bens e serviços subproduzidos pelo mercado ou a sua aquisição e disponibilização ao público.** Esta via é pensada para as externalidades positivas, e está directamente relacionada com o problema dos bens públicos e do efeito boleia — estão, talvez, lembrados do exemplo do farol, em que o facto de todos os capitães de navios beneficiarem da sua luz mas nenhum contribuir para a conservação do farol, inviabiliza a sua exploração por privados, requerendo assim que se converta num bem público financiado pelo Estado;
- **a da criação de incentivos/desincentivos a produtores privados,** pela atribuição de subsídios aos mais eficazes e pela punição tributária dos poluidores;
- **a imposição de certos padrões e condutas ao sector privado** — acatamento de normas, observância de limitações quantitativas, etc. No fundo, uma solução resumível na expressão *Comando e Controlo*.

2.4. Para já, fica assente a ideia de que havendo uma falha de mercado o Estado deve intervir. Atente-se, ainda, que o problema em análise não decorre apenas da existência de externalidades mas, de igual modo, do livre acesso aos bens ambientais. Com efeito, não havendo um regime de exclusividade, “se dois indivíduos apresentarem consumos rivais, ambos terão um incentivo a retirar do bem todos os benefícios que possam, o mais depressa possível, antes que o outro o faça” ⁽¹⁸⁾. Daí que da mão invisível de ADAM SMITH se tenha passado para o pé invisível de HERMAN DALY: as actuações individuais, orientadas pela busca do bem-estar pessoal, levaram a uma afectação dos recursos naturais sobreótima, demonstrando que a ausência de limitações ao uso privado dos recursos naturais e a irresponsabilidade pela sua degradação conduzem a um desencontro radical entre o interesse de cada indivíduo e o interesse geral da sociedade.

⁽¹⁷⁾ FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 53.

⁽¹⁸⁾ CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 83.

Identificado o problema, a dificuldade estará em saber qual a melhor forma de o resolver, de modo a garantir que os prejuízos que advêm para a colectividade da actividade desenvolvida pelos poluidores sejam suportados por estes como verdadeiros custos de produção, de tal modo que as decisões dos agentes económicos acerca do nível de produção o situem num ponto que permita a manutenção do equilíbrio ecológico (e que tende a ser inferior ao praticado). Para o tema em análise, poderá dizer-se que existem dois grandes grupos ideológicos (cada um com as suas ramificações internas): há quem defenda que o mercado falha porque não há uma definição clara de propriedade; e quem argumente que tal acontece porque não há regulamentação estatal quanto à utilização dos bens públicos. A solução, no primeiro caso, é a *negociação directa* e, no segundo, é a *regulamentação*, pelo Estado, do regime de acesso aos bens.

3. A ABORDAGEM TRADICIONAL E O TEOREMA DE COASE

3.1. O aumento das despesas públicas ao longo do último século tem uma origem tripartida ⁽¹⁹⁾.

Um primeiro tipo de despesas corresponde, inevitavelmente, às despesas militares. A segunda guerra mundial exigiu das nações beligerantes um esforço económico tremendo, como forma de suportar a máquina de guerra — os números da despesa pública dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha são disso exemplo ⁽²⁰⁾. Portugal, temporariamente poupado a esse esforço, viria a suportá-lo mais tarde, mercê de uma arrastada guerra colonial — pense-se no que representa para uma modesta economia o envio, manutenção e resgate de tropas colocadas a milhares de quilómetros da metrópole. Mesmo hoje, em tempos de paz, embora se tenha registado uma quebra acentuada dos gastos militares, as despesas com a Defesa Nacional (missões de paz, contingentes armados, renovação de equipamento) continuam a ser substanciais.

O Estado Moderno registou, de igual modo, um progressivo crescimento das despesas civis, com destaque para as sociais ⁽²¹⁾ e administrativas. Esta subida deveu-se, essencialmente, ao número de riscos cobertos pelo Estado e à

⁽¹⁹⁾ Cfr. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, Almedina, 1992, pp. 15 e segs.

⁽²⁰⁾ Sem prejuízo de, durante esse período, na maioria dos países ocidentais terem sido criados regimes tributários mais favoráveis à extracção de recursos naturais, como forma de assegurar o contínuo fornecimentos de bens à máquina de guerra.

⁽²¹⁾ Segundo SOUSA FRANCO, passaram de valores “quase insignificantes no início do século (XX) para percentagens que rondam os 5 a 10% do PIB na década de 70”, representando cerca de 40% do total das despesas civis — *Finanças...*, cit., p. 16.

lógica (muito próxima do socialismo) de bem-estar. A áreas típicas como a saúde, a educação e a habitação juntaram-se novas preocupações, recentemente acolhidas nos textos constitucionais ⁽²²⁾, provocando um engrossar dos custos da máquina administrativa.

Face a este cenário, das duas uma: ou nada fazemos para travar o crescimento contínuo da despesa pública, apostando numa economia que SOUSA FRANCO apelidou de “socialista integralmente estatizada”, ou a ordem deve ser para eliminar todas as despesas públicas improdutivas. Reduzir as despesas com a manutenção e actuação da máquina administrativa estadual é, assim, “um dos grandes esforços da Administração moderna, designadamente visando melhorias de produtividade e lutando contra os factores de desperdício” ⁽²³⁾.

3.2. A legislação ambiental portuguesa reflecte uma opção por instrumentos administrativos de protecção ambiental — os mecanismos de comando e controlo. Trata-se, essencialmente, do recurso pelas autoridades públicas a uma de três condicionantes ⁽²⁴⁾ (alternativa ou cumulativamente): restrições quantitativas, imposições tecnológicas ou proibições. A primeira opção passa pela fixação da quantidade máxima de emissões poluentes que cada agente económico ou um dado sector industrial pode gerar (por determinado período de tempo ou por unidade de produto final) ⁽²⁵⁾. Da mesma forma, o legislador pode optar por exigir ao agente que adopte uma determinada tecnologia (limpa) de controlo das emissões poluentes. Frequentemente, tal traduz-se na imposição da Melhor Tecnologia de controlo Disponível (MTD), isto é, daquela que o legislador considera ser a melhor de entre todas as que se encontram disponíveis para a eliminação de um certo tipo de emissões poluentes ⁽²⁶⁾. Em situações extremas, pode ainda o legislador recorrer ao banimento de produtos ou proces-

⁽²²⁾ Sobretudo direitos de solidariedade, dotados de horizontalidade e de uma fortíssima dimensão objectiva: os direitos-deveres de protecção da natureza e do património cultural, os direitos dos consumidores, os direitos à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação. São, na perspectiva histórica, direitos de quarta geração, enquanto direitos de grupos — cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2004, pp. 64 e segs.

⁽²³⁾ SOUSA FRANCO, *Finanças...*, cit., p. 19.

⁽²⁴⁾ Para um maior desenvolvimento, ver CLÁUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 126 e segs.

⁽²⁵⁾ Veja-se, a título de exemplo, o disposto no artigo 18.º/2/a) do Decreto-Lei n.º 173/2008, que contém o regime jurídico do licenciamento ambiental.

⁽²⁶⁾ Serve, novamente, de exemplo o licenciamento ambiental, demonstrando que as várias modalidades de comando e controlo são combináveis, cumulativa ou alternativamente — cfr. o artigo 2.º, alínea l) do Decreto-Lei n.º 173/2008.

sos cujos riscos em muito superem os benefícios gerados ⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾. Em qualquer caso, caberá sempre ao agente demonstrar, aquando do acto de licenciamento da actividade visada, que tomou as medidas requeridas face aos parâmetros socialmente aceitáveis.

Estes mecanismos de comando e controlo apresentam duas vantagens aliantes: as medidas em causa não requerem o dispêndio de recursos em operações de cobrança, como acontece com os impostos e as taxas, nem na obtenção de informação detalhada sobre os custos de controlo da poluição (daí que o legislador prefira fixar padrões uniformes para determinados sectores da indústria); por outro lado, esta via pode ser prosseguida através de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, deixando à actividade jurisdicional a tarefa da sua concretização. Não é, pois, de estranhar, que seja a via de intervenção tendencialmente usada pelo Estado.

Trata-se, todavia, de uma solução que apresenta claras desvantagens: não gera um incentivo dinâmico de redução da poluição (como iremos ver mais adiante); implica a montagem de uma estrutura de fiscalização e de imposição de sanções aos infractores onerosa; a carência de informação científica pelo legislador fá-lo, não raras vezes, optar por metas quantitativas arbitrárias, encorajando os agentes a incumpri-las; a Administração tende a não dispôr das aptidões técnicas necessárias para avaliar correctamente os custos da tecnologia escolhida, acabando por requerer às empresas um esforço desmedido ou, inversamente, atenuando o grau de rigor a utilizar na defesa ambiental.

Tratemos, então, de encontrar alternativas aos instrumentos administrativos, olhando para o campo financeiro.

3.3. Começemos por fixar um ponto de partida, imaginando uma situação prática: perda no meio de uma serra situa-se uma aldeia cujos habitantes há muito trocaram pelo litoral do país. Os que ficaram ganham a vida alugando as suas casas para a prática de turismo rural, atraíndo clientes em busca do sossego e do ar puro da serra. Tudo corria bem não fosse alguém decidir instalar naquela zona uma fábrica de químicos, começando a lançar fumos nocivos para a atmosfera. Até aqui em paz, os proprietários das casas começam a perder clientes, incapazes de suportar o mau cheiro e as náuseas — sofrem, por isso, prejuízos patrimoniais. Porém, o dono da fábrica não paga esses custos,

⁽²⁷⁾ Sendo a regulamentação das características das matérias-primas a usar no processo de fabrico uma forma suave de proibição, uma vez que se veda o uso de certas componentes.

⁽²⁸⁾ A teoria do risco zero pode, por vezes, ser a única opção aceitável, no âmbito do princípio da precaução — cfr. os processos *C-121/00, Walter Hahn, de 24/10/2002* e *T-13/99, Pfizer Animal Health S.A., de 11/09/2002*.

muito simplesmente porque não os integra no seu custo de produção. Logo, para ele, enquanto o preço de venda dos químicos for superior ao custo de fabrico, vale a pena produzir mais uma unidade do bem.

Atendendo a que ainda não internalizámos o custo da poluição gerada, havendo incentivo à produção, podemos estar já perante um resultado ineficiente: caso a soma do custo de produção com o custo social seja superior ao preço de venda. Ainda assim, o dono da fábrica continuará a produzir (supra 2.1.). Tomemos este cenário como ponto de partida para a exposição de algumas soluções possíveis.

3.4. Caso opte pelo mecanismo de comando e controlo, a Administração irá dizer à fábrica quanto pode poluir, ou simplesmente proibi-la de operar junto a áreas habitadas. Contudo, até 1960, a abordagem tradicional dos custos sociais gerados pela poluição (externalidades ambientais negativas) era outra, partindo de mecanismos financeiros: a solução pigouviana. Foi PIGOU quem, em 1920, sugeriu pela primeira vez que fosse criado um **imposto por unidade medida de poluição** como forma de corrigir comportamentos ⁽²⁹⁾. A solução pigouviana caracteriza-se por cobrar um montante em valor equivalente ao custo da poluição gerada, de forma a repercuti-lo no valor final do bem ou serviço fabricado. Através desta punição tributária (porque o tributo é, no fundo, uma multa por poluir) procurava-se ressarcir a comunidade pelas lesões causadas ao ambiente. Ao fazer isso, a Administração convertia o custo social (externo) em custo interno, uma vez que, agora, ao decidir a quantidade de químicos a produzir e o preço pelo qual serão vendidos, o produtor irá incluir o custo da poluição, pago como um imposto de emissão. Aparentemente, a construção pigouviana permitiria, no nosso exemplo, produzir uma quantidade eficiente de químicos, com um satisfatório controlo da poluição.

Porém, embora ela tenha servido como um estímulo para a colocação do sistema fiscal ao serviço das preocupações ecológicas, acabou por ter uma aceitação algo reduzida. Os obstáculos foram de natureza política e económica:

- a dificuldade política em implementar tributos ecológicos, especialmente nos países em que os grupos económicos detêm uma grande influência sobre as estruturas decisórias, como nos EUA, em que é frequente um imposto sofrer várias alterações durante a sua elaboração, de tal forma que o instrumento final dificilmente corresponde ao desejado;
- durante a primeira metade do séc XX, a mentalidade liberal de imposto mostrava-se adversa a finalidades extrafiscais;

⁽²⁹⁾ ARTHUR PIGOU, *The economics of welfare*, 1929, pp. 194 e segs.

- muitas vezes os instrumentos fiscais não eram utilizados muito simplesmente porque não se conhecia o seu potencial valor na resolução dos problemas ⁽³⁰⁾;
- o facto de, não raras vezes, o problema estar ao nível dos custos de transacção, e não propriamente nas externalidades.

3.5. Tomemos o que se acabou de dizer e relembre-se o que são custos de transacção. Os custos de transacção são, no essencial, todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afectação comutativa de recursos, isto é, os custos decorrentes da necessidade de realizar negociações com vista à transacção de direitos — quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se prevêem e supervisionam as contingências do cumprimento, etc. ⁽³¹⁾. Os custos de transacção assumem-se, portanto, como “custos inerentes às externalidades numa relação bilateral” ⁽³²⁾. Quem primeiro se apercebeu disso foi RONALD COASE, em 1960 ⁽³³⁾, ao constatar que um custo externo não é simplesmente um custo produzido pelo poluidor e suportado pela vítima. Em quase todos os casos, o custo é o resultado do comportamento de ambas as partes. No nosso cenário de partida, poderemos dizer que, se por um lado os proprietários sofrem prejuízos devido aos fumos expelidos pela fábrica, por outro lado a fábrica não lhes causaria mal algum se fossem residir para outro lado. Logo, na origem da externalidade esteve uma decisão conjunta: a da fábrica de poluir e a das pessoas de morarem ali.

Se algumas externalidades podem ser resolvidas através de práticas sociais reiteradas ⁽³⁴⁾, outras poderão sê-lo por via contratual, mediante negociação entre as partes envolvidas por forma ao pagamento de uma compensação ou indemnização. O primeiro passo para compreendermos o Teorema de Coase ⁽³⁵⁾ passa pela **atribuição de direitos de apropriação** (*property rights*) a todos os factores que possam gerar externalidades.

3.6. Podemos definir o direito de propriedade como “o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa

⁽³⁰⁾ Assim, durante muito tempo se achou ser inútil tributar o combustível automóvel, alegando-se a inelasticidade ao seu consumo — cfr. CLAUDIA A. DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 66.

⁽³¹⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, vol. II, pp. 952 e segs.

⁽³²⁾ CARLOS BARROS, *aulas de economia pública*: <http://pascal.iseg.utl.pt>.

⁽³³⁾ RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, 1960.

⁽³⁴⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, vol. II, cit., p. 950. O autor dá o exemplo, entre outros, da participação em acções de voluntariado.

⁽³⁵⁾ Conforme veio a ser designado, em 1966, por GEORGE STIGLER.

coisa”⁽³⁶⁾. Olhando para o artigo 1305.º CC, que tem por epígrafe “conteúdo do direito de propriedade”, nele se diz que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem. O legislador optou por seguir a via romana e “apontar direitos como conteúdo do direito de propriedade”⁽³⁷⁾: o *ius utendi*, o *ius fruendi* e o *ius abutendi*.

Da noção dada resulta que, para que alguém possa gozar, em exclusividade, de uma coisa — seja para dela se servir, para a transformar ou alienar — é necessário que se verifiquem dois factores: **capacidade de exclusão e existência de rivalidade no consumo** (retenha-se o que se acabou de dizer, para mais adiante compreender uma das críticas feitas ao Teorema). Imaginemos que uma autarquia decide realizar, por ocasião da passagem de ano, um espectáculo de fogo de artifício: estaremos na presença de um bem público, uma vez que o seu consumo não é exclusivo nem rival, dado que todos os munícipes poderão assistir ao espectáculo, sem que o consumo por um afecte os demais.

A falta de exclusividade pode revelar-se socialmente indesejável⁽³⁸⁾, gerando fenómenos de boleia e, no limite, de subprodução ou escassez de bens e serviços. Relembre-se: os bens públicos constituem falhas de mercado. Ora, segundo Coase, a intervenção do Estado só é necessária para atribuir a propriedade sobre os recursos e garantir o respeito por essa titularidade. Uma vez que os recursos estejam devidamente atribuídos, o mercado encarregar-se-á de solucionar o problema ambiental, promovendo negociações inter-partes, para se atingir o óptimo social⁽³⁹⁾.

Mas voltemos ao nosso cenário de partida:

- Vamos supor que a poluição gerada pela nossa fábrica causa prejuízos anuais na ordem dos 100 mil euros, os quais podem ser eliminados com a instalação de filtros, no valor de 90 mil euros. Por seu turno, o valor das propriedades afectadas é de 50 mil euros.
- Imaginemos, agora, que o Estado decide fixar um imposto pigouviana (abordagem tradicional) como forma de controlar a poluição. À taxa

⁽³⁶⁾ Seguindo a noção dada por CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, Quid Juris, 2006, p. 318.

⁽³⁷⁾ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, Coimbra Editora, 2000, pp. 445 e segs.

⁽³⁸⁾ Cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 82. A autora refere a captura de recursos piscícolas como um exemplo das situações em que o mercado falha ao não assinalar a escassez de recursos, vedando o livre acesso ao bem.

⁽³⁹⁾ E, aqui, poderia recorrer-se, adaptando-o, ao “óptimo de Pareto” (VILFREDO PARETO), sugerindo que esse nível se situa no ponto do máximo bem-estar total agregado de poluidores e poluídos, aquele onde não seja possível aumentar o bem-estar de uns sem diminuir o bem-estar dos outros.

de 100 mil euros (equivalente ao custo social gerado pela produção dos químicos).

- Perante este cenário, o mercado providenciará a solução mais eficiente: o dono da fábrica sabe que é mais barato não poluir, instalando os filtros. E se não for fixada um imposto? Bem, nesse caso, há que saber a quem é que o Estado atribui o direito de propriedade. Coase concebe os factores de produção enquanto direitos, conseguindo, assim, fazer entrar no jogo do mercado muitos dos elementos ambientais, *privatizando-os*: teremos um direito a poluir a água contra um direito à água pura; um direito a plantar árvores contra o direito a construir uma estrada que atravesse uma floresta; um direito ao silêncio contra o direito a construir um aeroporto perto de áreas habitadas. Ora, enquanto as partes envolvidas puderem alcançar uma solução para o problema da externalidade através da negociação directa, isto é, assinando e colocando em prática contratos de interesse mútuo, não são necessários impostos ou sequer uma regulação directa para se alcançar um resultado eficiente ⁽⁴⁰⁾. Bastará uma **clara definição dos direitos de propriedade**, pela lei, deixando depois que as partes, negociando entre si, determinem o resultado.
- **Opção 1: o legislador reconhece que a fábrica tem o direito de poluir.** Nesse caso a solução mais eficiente alcança-se naturalmente: os proprietários deverão vender as casas porque os prejuízos sofridos ultrapassam o seu valor.
- **Opção 2: o legislador determina que são os proprietários que têm um direito ao ar puro.** Nesse caso, o dono da fábrica poderia evitar pagar o imposto (solução menos eficiente) instalando os filtros. Porém, entrando em negociação com os proprietários ele poderia tentar comprar-lhes as casas, oferecendo um valor superior a 50 mil euros (o valor das mesmas) e inferior a 90 mil euros (custo de instalação dos filtros). Teríamos um **acordo vantajoso para ambas as partes**, e que constitui a solução mais eficiente.
- Da negociação directa pode, igualmente, resultar que o controlo da poluição seja a melhor solução, bastando alterar o seu custo para 20 mil euros. Nesse caso, o que sucederia se a fábrica tivesse o direito de poluir o ar? Muito provavelmente, os proprietários estariam dispostos a pagar ao dono da fábrica uma compensação para ele não exercer esse direito — mais do que 20 mil (custo dos filtros) mas menos que 50 mil (valor das casas). E se, ao invés, o direito assistisse aos proprietários? Seria então mais vantajoso para o dono da fábrica instalar os filtros,

⁽⁴⁰⁾ Cfr. DAVID FRIEDMAN, *Para entender a poluição*, in <http://ordemlivre.org>.

pelo custo mínimo de 20 mil euros — não valeria já a pena entrar em negociações com os proprietários porque estes só aceitariam um valor superior ao das casas, sendo mais barato instalar os filtros. Assim, concluímos **que independentemente de a quem atribuirmos a titularidade do direito, o dono da fábrica aperceber-se-á de que é vantajoso não poluir.**

3.6. É, no fundo, esta a essência do “Teorema de Coase” — se for posto em prática um acordo que beneficie ambas as partes então qualquer definição inicial dos direitos de propriedade desemboca num resultado eficiente.

Coase defende, igualmente, que a responsabilidade deve recair sobre quem pode eliminar o dano ao menor custo — será essa a forma, como vimos, de alcançar o resultado mais eficiente. Existem, todavia, situações, em que não é óbvio qual das partes deverá ser considerada a vítima ou qual delas pode evitar o problema a um custo menor. O exemplo clássico usado para o demonstrar é o de um aeroporto instalado no meio de uma cidade: pergunta-se, como vamos internalizar os custos sociais decorrentes do barulho que os aviões causam para os vizinhos? Existem, em abstracto, várias soluções possíveis: insonorizar as casas, impôr à companhia aérea a adopção de medidas de controlo do ruído, ou mesmo afectar aquela zona a uma finalidade diferente da habitacional. Não existe, *a priori*, uma razão para considerarmos que uma delas é melhor que as restantes. Como também não é claro se a vítima é o morador que não consegue dormir com o barulho dos aviões se a companhia aérea, forçada a adoptar dispendiosas medidas de controlo do ruído.

Assim sendo, e tendo presente a natureza recíproca das externalidades, Coase conclui que qualquer regra legal que determine arbitrariamente a culpa de uma das partes só chegará ao resultado mais eficiente se, por acaso, vier onerar aquela que consegue eliminar os custos sociais com o menor esforço possível. Aqui reside um dos principais argumentos de Coase: **o regulador só pode garantir um resultado eficiente se souber à partida o suficiente sobre os custos de controlo da poluição**, de forma a decidir qual o lado que deve ser considerado poluidor (e tributado) e qual o que deve ser considerado a vítima. Ora, vimos já que isso raramente sucede (supra 3.1.).

Sendo a solução de Coase tão simples, pergunta-se: porque continuamos a ser afectados pela poluição?

4. DEBILIDADES DO TEOREMA DE COASE — O PORQUÊ DA SUA INAPLICABILIDADE PRÁTICA

4.1. O Teorema de Coase permite, em teoria, resolver a questão das externalidades ambientais negativas por intermédio de transacções operadas no mer-

cado. Para que isso aconteça, basta, como vimos, que os direitos de propriedade estejam suficientemente definidos e que os custos de transacção sejam baixos ou, preferencialmente, zero — pois, quanto mais elevados, mais onerosa se tornará a aquisição/venda de um direito a poluir. Porém, vivemos num mundo onde isso raramente acontece, para mais quando se trata do ambiente, em que o número de envolvidos tende a ser demasiado elevado ⁽⁴¹⁾. Daí que embora a opção por poluir possa não ser a mais eficiente, frequentemente os elevados custos de negociar o seu controlo são tão elevados que, na prática, acabam por torná-la mais vantajosa.

4.2. A sua debilidade é evidente quando confrontado com situações de propriedade comum. Se a fábrica de químicos lesar apenas um proprietário, como os custos de transacção são baixos, as partes terão um incentivo para chegarem a um acordo. Mas vamos, ao invés, imaginar que:

- a fábrica causa prejuízos a 50 proprietários;
- a lei determina que ela tem direito a poluir;
- o custo de instalar os filtros é de 20 mil euros.

Neste caso, vamos deparar-nos com o problema típico dos bens comuns: o **efeito boleia**. Os proprietários terão todo o interesse em oferecer ao dono da fábrica uma compensação para que ele não polua. Mas se 40 estiverem dispostos para o fazer e os restantes 10 não, ainda assim eles irão beneficiar gratuitamente do acordo, não suportando nem os custos causados pela poluição nem os necessários ao seu controlo. Daqui resulta que cada um dos proprietários tem, à partida, um incentivo para não pagar, pois ele sabe que caso a tentativa de compensar o dono da fábrica não resulte, volta tudo à estaca zero, e, caso seja bem sucedida sem o seu contributo, ainda assim irá tirar proveito.

4.3. Por outro lado, o Teorema de Coase foi pensado para seres racionais. E, se por vezes nem os agentes económicos tomam decisões racionais, tal afigura-se impossível tratando-se de animais, conforme demonstrou ROBERT MEADE através do exemplo das externalidades causadas por abelhas: se um agricultor se dedicar a cultivar flores ricas em pólen, acabará por beneficiar os seus vizinhos apicultores, cujas abelhas utilizam as suas flores para produzir mel.

⁽⁴¹⁾ Quando uma fábrica lança fumos para a atmosfera ou quando um aeroporto causa ruído para os vizinhos, raramente aparece apenas um queixoso, antes centenas ou mesmo milhares. Logo, os custos em identificar os lesados, que normalmente se encontram dispersos, em negociar uma compensação, em redigir um acordo que reúna consenso, etc, acabam por se revelar proibitivamente altos.

Gera-se, assim, uma externalidade positiva. Ora, se o agricultor não for compensado pelo benefício que gera, a sua reacção natural será a de deixar de cultivar as flores — (quase) ninguém trabalha de graça. Seria possível aplicar, aqui, o teorema? Parece que não, dado que as abelhas, por mais inteligentes que sejam, dificilmente comprarão qualquer direito de extrair o mel ao nosso agricultor, nem honrarão um acordo que ele faça com os vizinhos.

4.4. Convém, porém, não nos esquecermos do que motivou a elaboração deste texto: o ambiente. Com esse intuito, devem ser deixadas três outras anotações ao Teorema, duas das quais a desenvolver adiante:

- do ponto de vista ambiental, o Teorema pode levar a que se fique pelo pagamento de uma compensação aos lesados, como contrapartida pela deterioração da qualidade do ar que respiram ou da água que bebem. Essa solução pode ser a mais eficiente para o mercado, sem, contudo, servir os objectivos de tutela ambiental;
- ele abstrai-se, quase totalmente, do factor tempo, onerando as gerações futuras ⁽⁴²⁾;
- parte da ideia de que todos os recursos existentes podem ser apropriados por privados. Será essa uma ideia compatível com a natureza indivisível e comunitária dos bens ambientais? É o que iremos procurar saber de seguida.

Em jeito de conclusão, fica a certeza de que apesar das suas debilidades, o Teorema de Coase serviu para introduzir um novo horizonte de abordagem dos custos sociais, diferente da típica intervenção estatal, sendo estímulo de novos métodos de controlo da poluição, como o futuro sistema de quotas negociáveis. “Não é certamente por acaso que ele representa o ponto de partida da evolução da disciplina da análise económica do direito” ⁽⁴³⁾.

5. A NECESSIDADE DE UMA NOVA ABORDAGEM JURÍDICA DOS BENS NATURAIS

5.1. Um dos grandes desafios que o Direito hoje enfrenta reside na definição da titularidade dos bens. Sendo certo que se pode “fazer uso do funcionamento do mercado para se evitar a perturbação e a destruição do equilíbrio ecológico que o livre acesso favorece” ⁽⁴⁴⁾, não podemos, porém, ignorar a natu-

⁽⁴²⁾ Conforme refere, preciosamente, CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 117.

⁽⁴³⁾ Nas palavras de FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 964.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 123 e segs.

reza de bem público dos componentes ambientais. A Constituição elenca, no artigo 84.º, os bens pertencentes ao domínio público, cuja propriedade não pode ser entregue a particulares nem mesmo a empresas públicas, enquanto *bens de todos* — é o caso das águas territoriais, lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis; das camadas aéreas não abrangidas pelo direito de propriedade (que se estende para cima e para baixo, não se limitando à superfície); jazigos minerais; estradas; linhas férreas; e outros bens como tal classificados por lei.

Trata-se, todavia, de uma classificação legal, sendo preferível uma abordagem económica. Nesse sentido, um bem terá natureza pública quando se verificarem, cumulativamente, dois requisitos ⁽⁴⁵⁾:

- **a não susceptibilidade de exclusão**, ou seja, a impossibilidade de afastar alguém do seu consumo ou aproveitamento;
- **a não rivalidade**, pois que o acesso de uma pessoa não interfere (significativamente) com a utilidade que outrem pode extrair do mesmo bem ⁽⁴⁶⁾.

Por oposição, um bem privado será aquele “cujo uso não só é susceptível de exclusão eficiente como ainda é objecto de um uso exclusivo ou de um uso que rivaliza com o uso por outros” ⁽⁴⁷⁾. Qual destas classificações melhor serve a natureza dos bens ambientais ⁽⁴⁸⁾?

Oriento-me para uma terceira noção, que nasce do cruzamento das duas anteriores. Se pensarmos que não é possível a duas pessoas abaterem duas vezes a mesma peça de caça, pescarem duas vezes o mesmo peixe, extraírem duas vezes o mesmo minério, beberem duas vezes a mesma água (...), constatamos que embora os bens naturais se pautem pela insusceptibilidade de exclusão, **são já afectados pelo fenómeno da rivalidade** — sobretudo, quando se trata de recursos não renováveis. Mais correcto será, então, apresentá-los como **recursos comuns**.

5.2. Desde cedo que a tutela dos bens ambientais foi pensada em torno de uma ideia de domínio público ⁽⁴⁹⁾, o que faz algum sentido se pensarmos no domínio público como um regime jurídico ao serviço de uma função social.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 984.

⁽⁴⁶⁾ E quem fala em bens, fala em serviços.

⁽⁴⁷⁾ Ainda, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 988.

⁽⁴⁸⁾ Quando se fala em bens ambientais, note-se, temos presente o elenco do artigo 6.º da Lei de Bases do Ambiente: água, luz, ar, solo, subsolo, fauna e flora.

⁽⁴⁹⁾ Para maior desenvolvimento, ver CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 56 e segs.

Ora, em sede ambiental, esta função pulsa febrilmente ⁽⁵⁰⁾. Contudo, “o medo de que a apropriação pública do bem ambiental representasse um risco para a eficiente tutela deste pelos próprios cidadãos, fez surgir teorias que defendem a reprivatização do ambiente como forma de preservar o equilíbrio ecológico” ⁽⁵¹⁾.

Será correcto virarmo-nos para o mercado, apostando na livre negociação dos bens ambientais, seja através de um esquema de quotas ou da fixação de impostos e taxas? A favor dessa visão dar-se-iam dois bons argumentos: o primeiro, é o de que conseguiríamos ultrapassar as falhas de mercado associadas aos bens públicos (lembre-se o efeito boleia) e, através do mecanismo do preço, criar um incentivo para que cada um, enquanto proprietário de um bem, velasse pela sua defesa; o segundo, e no seguimento do que se disse, reside no facto da subjectivização do direito ao ambiente, apelando ao egoísmo de cada um, fazer com que nos interessemos pelos assuntos do Estado, porque serão, no fim de contas, os nossos assuntos.

5.3. PAULO MAGALHÃES propõe na sua obra ⁽⁵²⁾ uma interessante abordagem dos bens ambientais, sob a perspectiva de um regime jurídico surgido no domínio dos direitos reais: **a propriedade horizontal**. Para compreendermos a proposta do autor, convem lembrar, primeiro, algumas noções deste instituto.

Partindo do nosso código civil ⁽⁵³⁾, a propriedade horizontal surge como um conjunto de poderes atribuídos ao condómino, incindível, sobre uma fracção autónoma de um edifício e sobre as suas partes comuns. Na sua origem pode estar uma decisão judicial, embora a forma mais frequente seja a constituição por acto negocial, *maxime* por acto do proprietário do prédio, quando este ainda se encontra em construção.

“O regime do condómino só se torna plenamente compreensível se virmos o instituto como um tipo autónomo de direito real de gozo, embora moldado sobre a propriedade” ⁽⁵⁴⁾. Com isto se alude ao facto de a lei configurar o

⁽⁵⁰⁾ É o imperativo de protecção do ambiente, inscrito na Constituição enquanto tarefa do Estado (artigo 9.º, alínea e)) e de todos (artigo 66.º/1), que explica a nova concepção do direito de propriedade, limitando a faculdade de cada um usar e abusar das coisas que detem. Neste sentido, ver JOÃO REIS, *Protecção da natureza e propriedade privada, in Temas de Direito do Ambiente*, FDL, 1989, p. 91.

⁽⁵¹⁾ CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 58.

⁽⁵²⁾ *O condomínio da Terra — das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta*, Almedina, 2007.

⁽⁵³⁾ Em particular, dos artigos 1414.º, 1415.º e 1420.º

⁽⁵⁴⁾ Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, cit., p. 367.

direito de propriedade sobre a fracção e o de compropriedade sobre as coisas comuns como um conjunto incindível. Fala-se, a propósito, em **comunhão forçada**.

Esta ideia reflecte-se nos poderes do proprietário da fracção autónoma. Posto que o uso que ele faça da sua fracção dificilmente deixar de se projectar no uso das demais (e das partes comuns do edifício), o seu direito de usar e fruir dessa fracção é, naturalmente, limitado pelo profundo interrelacionamento dos interesses dos vários condóminos. Daí que a lei estabeleça limitações quanto ao uso da fracção, obras e reparações, etc ⁽⁵⁵⁾. Muito importante é, também, a obrigação dos condóminos suportarem equitativamente os encargos de conservação das partes comuns ⁽⁵⁶⁾.

Refira-se, ainda, que ao contrário do regime da compropriedade, a existência de partes comuns do edifício tem uma projecção orgânica: na assembleia de condóminos e na figura do administrador ⁽⁵⁷⁾.

5.3.1. Em segundo lugar, só será possível admitir a proposta do autor, partindo de uma nova noção de soberania, transformando o seu exercício de isolado em partilhado.

A noção de soberania — enquanto expressão do Estado-Nação — surgiu com JEAN BODIN, no século XVI, como factor de coesão e unidade do Estado. Bodin dividiu o conceito em cinco atributos ⁽⁵⁸⁾:

- a soberania é una e indivisível, pelo que tem de estar concentrada num só governante. É, por isso, um poder absoluto, que não pode ser pulverizado;
- a soberania é própria, provindo de um direito inato do governante, ao invés de eleição ou nomeação;
- a soberania é irrevogável, sendo ilegítima qualquer revolta ou dissidência;
- a soberania é suprema na ordem interna, enquanto expressão de unidade;

⁽⁵⁵⁾ Cfr. o artigo 1422.º/2 do Código Civil — que é, ademais, um elenco aberto, ao permitir que, no título constitutivo, as partes fixem outras limitações para além das que aí se encontram previstas.

⁽⁵⁶⁾ Aqui, a lei consagra o princípio da autonomia privada. Na falta de estipulação do critério de repartição dos encargos, o artigo 1424.º/1 estabelece uma regra proporcional.

⁽⁵⁷⁾ Para uma noção destes organismo, ver CARVALHO FERNANDES, *Lições*, cit., pp. 373 e segs.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas*, vol. I., Almedina, 1998, pp. 324 e segs.

- a soberania é independente na ordem internacional, enquanto afirmação do nacionalismo.

Hoje, naturalmente, estas atribuições apresentam-se como obsoletas, só compreensíveis no contexto histórico em que surgiram ⁽⁵⁹⁾. Com efeito, para que um Estado se assuma como soberano, basta que nele exista um poder político independente, na ordem interna, por não rivalizar com outros, e internacional, por não ter de acatar regras que não sejam por ele voluntariamente aceites ⁽⁶⁰⁾. Há, porém, cerrada resistência em reconhecer que nenhuma soberania existe isoladamente, antes todas dependem umas das outras.

O que motiva uma guerra? Poderemos pensar que as guerras surgem por causa da ambição, da necessidade de reconhecimento, de afirmação, de vingança ou de uma pura convicção de superioridade. Porém, o motivo maior é sempre o mesmo: a busca de recursos. Desde o período dos descobrimentos, passando pela primeira guerra mundial e terminando no recente conflito iraquiano, o uso de forças armadas foi motivado pelo sentimento de finitude que assola o ser humano — finitude da sua vida, finitude do que o rodeia, espaço territorial e recursos. A ideia de paz perpétua sustentada por KANT partia desta premissa, sugerindo que a partir do mercado e da interdependência dos povos se poderia alcançar um estado duradouro de cooperação. A nova abordagem proposta por Paulo Magalhães é semelhante: “todas as soberanias estão em contacto directo com partes que são insusceptíveis de divisão e ou apropriação e que circulam por todo o planeta (...); é precisamente isso que implica que o exercício de soberania sobre elas seja comum ou partilhado. Este facto incontornável coloca todos os Estados na condição de serem simultaneamente soberanos dos seus territórios e proprietários das partes comuns do planeta” ⁽⁶¹⁾.

5.3.2. Dotados destas premissas, podemos, agora, melhor compreender a necessidade de uma alteração do paradigma social. Até aqui, o interesse individual dos Estados tem prevalecido sobre os interesses colectivos. Justamente porque os bens ambientais são vistos como bens de todos, havendo um tendencial livre acesso, cada ser humano procura extrair a máxima utilidade de cada um, numa lógica de maximização do seu bem-estar (individual). No fundo, o ser humano apenas obedece à sua natureza: ele é, como notou HOB-

⁽⁵⁹⁾ Procurando marcar o corte com o feudalismo, em prol da afirmação da centralização do poder na figura do monarca.

⁽⁶⁰⁾ Nesse sentido, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I., Almedina, 2003, pp. 130 e segs.

⁽⁶¹⁾ PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., pp. 88 e segs.

BES, “essencialmente egoísta ou, se se preferir, move-se pela procura da sua felicidade, do que seja bom para si (e para os seus mais próximos) e, a fim de não deixar piorar a sua condição, tem de procurar aumentar sempre mais e mais o seu poder” (62). Em que devemos alterar o paradigma? Diria que em dois aspectos:

- primeiro, há que buscar a satisfação pessoal num certo nível de riqueza material, em lugar de num aumento percentual dos rendimentos. “Enquanto continuarmos a pensar na felicidade como uma taxa de expansão, é óbvio que nos encaminhamos para o colapso” (63);
- segundo, reconhecer que a fruição que cada um de nós faz dos recursos ambientais só poderá ser mantida mediante uma administração comum daqueles bens que são necessariamente comuns. “Se a terra é una e indivisível, é assim que terá de ser tratada por todos os povos” (64). Pois do que “adianta cada estado proteger os seus bens jurídicos autónomos, como fauna, flora, solo, ar e água, se posteriormente as interligações entre todos estes, ao nível global, vierem a alterar as temperaturas e outros elementos do sistema, provocando consequências avassaladoras em todos eles?” (65)

5.4. Quais são as partes necessariamente comuns do nosso planeta? Para Paulo Magalhães serão duas: a atmosfera e a hidrosfera (66). O ar que respiramos circula por todo o lado, sem fronteiras, no sentido ascendente e descendente, distribuindo calor e humidade. Também a água que bebemos está presente no planeta em três estados e em todas as formas de vida (entre 50% a 95%), logo, em tudo o que nos rodeia.

Para além das partes necessariamente comuns, o autor identifica uma parte *presumidamente* comum: a biodiversidade. Não querendo apontar uma noção (67), a biodiversidade parece, contudo, encerrar em si a diversidade de espécies animais (fauna) e vegetais (flora) existentes no nosso planeta. Poderá pensar-se que não faz sentido qualificar a biodiversidade como uma área de administração comum: os animais e as plantas sitos no território de um estado pouco ou nada comunicam com os que se encontram noutra. Porém, o modo como gerimos o

(62) FREITAS DO AMARAL, *História...*, cit., p. 361.

(63) Ver, Entrevista a Dennis Meadows, 34 anos depois, in *Sustentabilidade, competitividade e equidade ambiental e social*, Impactus, Almedina, 2008, pp. 19 e segs.

(64) PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., p. 97.

(65) *Idem*, p. 101.

(66) *Idem*, p. 105 e segs.

(67) Será essa uma tarefa para os biólogos, não para um jurista.

ar e a água, induzindo alterações climáticas, causando aridez ou cheias, acaba sempre por se reflectir (negativamente) na biodiversidade.

5.5. Onde entra o instituto da propriedade horizontal? (Tal como num condomínio, também no planeta o interesse particular de cada um dos estados só poderá ser plenamente realizado se os interesses comuns estiverem salvaguardados) ⁽⁶⁸⁾. Assim, tal como este instituto visa disciplinar o uso e a posse, por uma pluralidade de sujeitos, de diferentes fracções de um edifício, também aqui disso se trata, desta feita para Estados soberanos, face a um bem (a Natureza) unitário e indivisível. Partindo de uma propriedade complexa chegaríamos a uma soberania complexa. Em suma, cada Estado é soberano dos recursos sitos no seu território e “consoberano, isto é, detentor de uma soberania partilhada, das partes comuns do planeta” ⁽⁶⁹⁾.

5.6. A abordagem proposta por Paulo Magalhães é, sem dúvida, refrescante, e algumas das suas ideias devem ser retidas. Não tenhamos dúvidas de que todos somos condóminos do mesmo edifício global, partilhando de responsabilidades e encargos pela conservação do que é comum. Porém, tenho alguma dificuldade em entusiasmar-me para lá do fascínio académico que uma teoria nova sempre suscita. Ficam alguns reparos:

- Ao apelarmos ao instituto da propriedade horizontal, surge o problema de saber “qual é a eficácia do negócio constitutivo da propriedade horizontal, num momento em que todo o edifício pertence a uma única pessoa, não se verificando ainda a pluralidade de titulares” ⁽⁷⁰⁾. Quem é que define o que é o interesse comum e como deve ser defendido? Sob que autoridade ⁽⁷¹⁾? Na sua construção, Paulo Magalhães defende a criação de uma Assembleia mundial de Condóminos, reunindo todos os Estados. Mas, se é verdade que essa é a única solução compatível com a natureza comum dos bens a ser administrados, será exequível? Com efeito, o ser humano demonstrou já por diversas vezes o quão difícil é reunir consenso em organismos internacionais. Poderíamos pensar, como forma de evitar bloqueios decisórios, que nesta assembleia a regra seria a do voto maioritário. Será isso aceitável, tendo em con-

⁽⁶⁸⁾ PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., p. 81.

⁽⁶⁹⁾ *Idem*, p. 92.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Lições...*, cit., p. 357.

⁽⁷¹⁾ Questões que foram, também, levantadas por KOFI ANNAN, no discurso que proferiu em Setembro de 1999, a propósito da Carta das Nações Unidas sobre conflitos armados.

sideração a natureza dos bens ambientais? Enquanto bens de todos, parece-me duvidoso.

- Durante a prova e caricaturalmente, comentei com a Prof.^a CARLA AMADO GOMES o seguinte: todos nós sabemos que uma reunião de condomínio se torna, não raras vezes, num campo de batalha onde se esgrimem interesses contrapostos. Assim, o administrador comunica aos condóminos a necessidade de reparar o elevador, por o mesmo se encontrar avariado. Rapidamente os moradores do rés-do-chão, primeiro e segundo andares se insurgem contra o que chamam de “uma comodidade dispensável” — porquê reparar uma coisa que se avaria todos os meses ⁽⁷²⁾? Subir as escadas até fez bem. Por seu turno, os que moram no terceiro e quarto andares, cansados de carregar os sacos das compras escada acima, insultam os primeiros e reclamam do administrador que faça alguma coisa. Partindo desta experiência de micro-condomínio, pergunto-vos, que acham que irá acontecer num macro-condomínio terrestre? Qual será a reacção natural dos Estados quando forem chamados por uma entidade internacional (com todos os problemas de soberania que isso levanta) para contribuirem para os encargos (comuns) de conservação do ambiente? Até porque, sendo um condomínio à escala global, que interessará aos chineses que os africanos tenham falta de cereais? Eles nem sequer moram ali ao pé!
- Uma outra dificuldade prende-se com a repartição dos encargos. O autor sugere um critério *per capita* no uso/conservação dos bens comuns ⁽⁷³⁾. Seriam, portanto, os países com mais habitantes a suportar a maior fatia de custos. Porém, muitos desses países estão em vias de desenvolvimento, e são justamente os que maiores dificuldades têm em cumprir metas ambientais, seja porque carecem de recursos, seja porque os empregam ineficientemente, por falta de estruturas organizativas ou como resultado da corrupção dos seus governantes. O critério proposto por Paulo Magalhães seria justo se todos os países estivessem em condições iguais de suportar os encargos ambientais — nesse caso, faria sentido que aqueles que têm mais habitantes (e que, como tal, mais contribuem para o desgaste dos bens ambientais) fossem chamados a pagar a maior fatia. Mas isso não acontece num mundo marcado por uma assimetria profunda entre os países ricos (Norte) e pobres (Sul). Seria necessário, a meu ver, que, numa primeira fase, os países ricos auxiliassem os mais carenciados no cumprimento dos seus encargos,

⁽⁷²⁾ E o ambiente que se avaria a cada segundo.

⁽⁷³⁾ PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., p. 144.

para que, mais tarde (e só então), quando todos os países estivessem já numa posição de igualdade, todos contribuissem de acordo com uma regra de proporcionalidade. Porém, também esta proposta me parece demasiado ousada. Já dizia MAQUIAVEL: “acima de tudo, convém que se abstenha de tocar nos bens de outrem, porque os homens esquecem mais depressa a morte do seu pai do que a perda do seu património”⁽⁷⁴⁾.

5.7. Tentando encontrar uma solução exequível, não consigo deixar de achar que temos de partir do apelo ao egoísmo humano⁽⁷⁵⁾. Com efeito, é muito mais complicado explicar a alguém que deve preservar o ambiente para que outros dele possam usufruir, do que dizer-lhe que ao cuidar do que é seu assegura a sua continuidade. Sou, por isso, favorável à privatização dos bens ambientais enquanto forma de preservar a natureza. Não enquanto forma preferível, note-se, mas enquanto forma exequível. Há quem se assuste quando falamos em reconhecer a titularidade dos bens ambientais a seres concretos e individualizados (pessoas, singulares ou colectivas). Será caso para tal? Longe disso!

É verdade que a filosofia subjacente ao conceito do direito de propriedade continua a ser o consumo e utilização para benefício individual. Porém, a jurisprudência evoluiu no sentido de, hoje, se reconhecer que as normas de protecção da natureza e dos recursos naturais não podem ser violadas pelo normal exercício dos direitos de uso e fruição dos proprietários. E esta orientação recebe acolhimento legal, quando o artigo 1305.º CC determina que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo das coisas que lhe pertencam, **dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas**. Logo, “desde que exista legislação que condicione o exercício do direito de propriedade em determinadas situações, o respectivo titular vê limitado o conteúdo do seu direito e não lhe resta senão acatar as restrições consignadas na lei”⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾. A questão estará, sobretudo, não em saber se “o regime de propriedade privada prevê ou não uma protecção eficaz da natureza mas em descobrir os mecanismos mais adequados a um efectivo cumprimento da lei”⁽⁷⁸⁾. E estes serão, parece-me, os que apelarem a uma perspectiva de ganhos individuais, trazendo o bem comum por arrasto.

⁽⁷⁴⁾ NICOLAU MAQUIAVEL, *O Príncipe*, Edições Europa-América, 1976, p. 90.

⁽⁷⁵⁾ Transformando desvantagens em vantagens.

⁽⁷⁶⁾ JOÃO REIS, *Protecção...*, cit., p. 92.

⁽⁷⁷⁾ Ver, como exemplo, o disposto no artigo. 7.º da Lei de Bases do Ambiente.

⁽⁷⁸⁾ JOÃO REIS, *Protecção...*, cit., p. 95.

Eis-me, assim, novamente puxado para os mecanismos financeiros, indo dedicar as próximas páginas a uma análise das vantagens apresentadas pela tributação ambiental como forma de internalizar os custos sociais gerados pela poluição.

6. AS VANTAGENS DOS TRIBUTOS AMBIENTAIS ⁽⁷⁹⁾ NA INTERNA-LIZAÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS

6.1. A visão do individualismo financeiro de Coase não prevaleceu, sendo hoje ponto assente a necessidade do Estado intervir no sentido de corrigir as

⁽⁷⁹⁾ Será usada a expressão “tributos” no seu sentido lato de obrigação imposta aos indivíduos e pessoas jurídicas de recolher valores ao Estado ou entidades equivalentes. Procuro, assim, evitar entrar na querela de distinguir entre impostos e taxas ambientais — para uma leitura detalhada sobre este assunto, ver CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 151 e segs.

Ficam, apenas, algumas notas sobre o problema. Uma taxa é “uma prestação tributária que pressupõe ou dá origem a uma contraprestação específica, resultante de uma relação concreta (que pode ser ou não de benefício) entre o contribuinte e um bem ou um serviço público” — cfr. SOUSA FRANCO, *Finanças...*, cit., pp. 63 e segs. Já um imposto, pode ser definido como “uma prestação pecuniária requerida aos particulares por via autoritária, a título definitivo e sem contrapartida, com vista à cobertura dos encargos públicos” — *idem*, p. 72. Penso que não é correcto qualificar, *a priori*, um tributo ambiental de taxa ou imposto. A nomenclatura só poderá ser dada após uma análise casuística, olhando às suas funções e caracteres. Até porque, como sustenta TIPKE — cfr. TIPKE, *Steuerrecht*, 1981, p. 56 — o intervencionismo do Estado, justificado pela função social, pode ser exercido quer através do imposto quer da taxa. Assim, imaginemos que o Estado lança um tributo em função do tipo e do volume dos resíduos sólidos depositados em aterros, ou dos metros cúbicos de águas residuais lançadas no sistema de esgotos. O carácter que se destaca parece ser a existência de um nexó sinalagmático entre o custo do tributo para o agente e a utilização que ele faz de um bem ou serviço do Estado, num caso o aterro, noutra o sistema de esgotos. A receita cobrada com este tributo será, em princípio, destinada a cobrir os gastos que o Estado tem com a prestação desses serviços — é, por isso, essencialmente uma fonte de financiamento. Assim, “quando o objectivo imediatamente prosseguido pelo Estado seja a consignação de recursos a um determinado fim, estaremos, em princípio, perante a figura da taxa, e não do imposto” — CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 160. Estaríamos, então, perante uma taxa ambiental, sobre a poluição. Porém, e por aqui se vê que a linha divisória não é nítida, se o Estado optar por tributar cada unidade de fumo gerada por uma fábrica, ou tributar todas as unidades geradas acima de um determinado nível, estaríamos já perante o lançamento de um imposto, cujo facto tributário seria o próprio acto de poluir e a base tributável quantificada a partir de um parâmetro constituído pela quantidade de emissões geradas. Veja-se que, neste caso, desapareceu o sinalagma e, com ele, a exigência de proporcionalidade entre o custo gerado pelo poluidor e o tributo que ele terá que pagar. Com efeito, embora seja amplamente admitido que o objectivo prosseguido por uma taxa possa ser outro que não o da mera cobertura dos custos, recorrendo a esse instrumento para promover alterações comportamentais, quando a receita cobrada ao agente não tiver já qualquer correlação com o custo ou valor do bem ou serviço usado, deixamos de estar perante uma taxa — o que condiciona, irremediavelmente, a sua potencialidade para resolver os problemas ambientais (daí que Claudia Soares opte pela figura do imposto ecológico). Porém, há que apontar um

limitações do mercado. Pode fazê-lo directamente, chamando para si a gestão do bem comum, ou, preferencialmente, indirectamente, criando normas jurídicas que conduzam os indivíduos, enquanto agentes económicos e cidadãos, a ter, em relação ao ambiente, os comportamentos considerados desejáveis. Como ponto comum dessa intervenção indirecta iremos encontrar a ideia de que **as despesas, públicas ou privadas, necessárias ao controlo da poluição devem ser suportadas por quem as causa** ⁽⁸⁰⁾. O princípio subjacente aos tributos ambientais será, assim, o do poluidor-pagador (PPP), adoptado pela OCDE em 1972, pelo qual devem ser imputadas ao poluidor todas as despesas suportadas pelas entidades públicas para devolver o ambiente a um estado aceitável ⁽⁸¹⁾. O PPP pode ser interpretado de duas maneiras ⁽⁸²⁾:

- interpretação restritiva: os poluidores devem pagar todas as medidas destinadas a reduzir o impacto ambiental das suas actividades (por exemplo, a instalação de filtros);
- interpretação alargada: os poluidores são responsáveis pelas despesas realizadas com o controlo da poluição mas, também, pelo custo provocado à sociedade com o nível de emissões, compensando-a financeiramente.

Este princípio é dominado por um objectivo de equidade e de justiça distributiva, sendo justo que os poluidores paguem mais para a conservação do ambiente que os poluídos, pois eles estão na origem do problema e, em regra, dispõem de mais dinheiro que estes. A interpretação alargada do PPP é, justa-

outro problema: a natureza extrafiscal dos impostos ambientais. Não me querendo alongar mais neste assunto, digo apenas que a figura do imposto não assume, em regra, uma função sancionatória, ou seja, punitiva, nem compensatória. Porém, a principal função de um imposto ambiental não está em gerar receitas tributárias mas sim em induzir uma alteração de comportamentos, actuando em dois momentos: o **punitivo**, em que o poluidor paga o imposto como uma multa pelos custos sociais decorrentes da sua actividade, e o **indemnizatório**, servindo essa multa para compensar a colectividade pela degradação de um bem comum. Discordo, como tal, da opinião da autora (cfr. obra citada, pp. 309 e segs.), quando rejeita a natureza sancionatória do imposto ambiental, alegando que só se pode falar em sanções quando se procure impedir ou desestimular um acto que seja proibido pela ordem jurídica, isto é, valorado como ilícito. Com efeito, uma sanção pode surgir mesmo aquando da prática de um acto lícito, como acontece no instituto de responsabilidade por facto lícito ou pelo sacrifício. Um imposto ambiental representa uma clara penalização económica para os poluidores, devendo ser qualificado como um imposto extrafiscal.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. ALEXANDRA ARAGÃO, *O Princípio do Poluidor Pagador, pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, 1997, pp. 37 e segs.

⁽⁸¹⁾ Saber, depois, que estado é esse ou quem o define, é outro problema.

⁽⁸²⁾ Nesse sentido, BEAT BURGENMEIER, YUKO HARAYAMA e NICOLAS WALLART, *Les taxes environnementales: définition, objectifs et exemples d'application*, in *Théorie et Pratique des Taxes Environnementales*, Economica, 1997, pp. 89 e segs.

mente, o reflexo desta ideia de equidade: “*si l’on considère que le PPP est un principe d’équité, il s’applique aux pollueurs dans son interprétation restrictive et aux pollueurs et pollués dans son interprétation élargie*”⁽⁸³⁾. É ela que justifica a tributação dos poluidores mesmo quando estes respeitam o limite máximo de emissões que a lei prescreve, traduzindo-se num incentivo a que adoptem soluções mais eficientes para a defesa do equilíbrio ecológico.

6.2. Os tributos verdes são um instrumento económico de regulação ambiental que permite internalizar nos custos/escolhas do produtor (que é, em regra, quem polui) todos, ou pelo menos a maior parte dos custos sociais. O regulador que pretenda elaborar uma estratégia de redução das emissões de dióxido de carbono pode optar por tributá-las directamente: **é como se ele fixasse o preço das emissões**, embora não a quantidade.

Podem ser usados?

O artigo 103.º da Constituição determina que o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. Há, pois, um dever fundamental de pagar impostos⁽⁸⁴⁾ (e taxas), constitucionalmente consagrado, o qual actua como um limite imanente expresso do direito de propriedade. O recurso à tributação é o meio, por excelência, do Estado assegurar o cumprimento das tarefas que a Lei Fundamental lhe destina — neste caso, da defesa da natureza e do ambiente e preservação dos recursos naturais (artigo 9.º, alínea *e*)), apelidada de “tarefa fundamental”, e de promoção do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável (artigo 81.º, alínea *a*)), enquanto “incumbência prioritária”.

Acresce que, embora o artigo 104.º não mencione no seu elenco de impostos os tributos ambientais⁽⁸⁵⁾, “a constituição não exclui obviamente a existência de outros impostos além dos mencionados, desde que criados de acordo com os requisitos constitucionais. Em matéria de tributação não existe *numerus clausus*, salvo na área da tributação pessoal”⁽⁸⁶⁾, em que existe um imposto único (IRS).

E quais são as vantagens desta solução?

⁽⁸³⁾ *Idem*, p. 91.

⁽⁸⁴⁾ Que VIEIRA DE ANDRADE qualifica como dever fundamental autónomo — cfr. *Os direitos...*, cit., p. 161.

⁽⁸⁵⁾ Salvo para quem entenda ser possível encaixá-los no número 4, enquanto impostos indirectos e ditados pelas necessidades de desenvolvimento económico e de justiça social.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, FDL, 2007, p. 1099.

6.2.1. Uma primeira vantagem verifica-se no plano da “*eficiência estática*”, ao nível das medidas de redução da poluição empreendidas pelos industriais, do impacto nas decisões dos consumidores, e na reestruturação industrial.

O método de comando e controlo consiste, normalmente, na fixação de *standards* uniformes de emissões poluentes para uma determinada indústria — em regra, como já vimos, pelo simples motivo do regulador não dispôr de informação suficiente sobre os custos de controlo da poluição por forma a traçar um padrão eficiente, já que isso exige o desperdício de recursos na colheita de informações de que os agentes económicos já dispõem. Logo, uma solução mais eficiente será aquela que não impõe a todos os poluidores o mesmo esforço, conferindo-lhes flexibilidade de escolha ⁽⁸⁷⁾. Ao tributarmos as emissões, criamos um incentivo para que as empresas com menores custos de abatimento optem por reduzi-las: elas terão a opção de ou abater outra unidade de poluição, caso o custo desse abatimento seja inferior à taxa que têm de pagar para poluir ou ao preço de comprar uma quota a uma empresa excedentária, ou pagar a taxa ou comprar a quota, caso o custo marginal do abatimento seja superior ⁽⁸⁸⁾. Consequentemente, as firmas com menores custos de redução da poluição são claramente incentivadas a reduzir — quase ao ponto zero — as suas emissões poluentes, ao passo que as restantes, cujos custos de controlo da poluição são elevados, estarão em condições de pagar a taxa ou de comprar quotas.

“Obrigiar o poluidor a pagar por cada unidade de poluição gerada permitirá uma eficiente distribuição do custo de controlo da mesma” ⁽⁸⁹⁾, dado que cada poluidor, dotado da informação necessária sobre os custos de abatimento, irá escolher a solução mais compatível com as características da sua actividade. Assim se evita o exercício de poder discricionário pela Administração (através de restrições quantitativas ou da opção pela melhor tecnologia disponível), o qual tende a ser desafiado por aqueles que por ele são prejudicados.

Adicionalmente, a fixação de tributos verdes permite reduzir as emissões actuando ao nível dos **preços relativos dos bens**. Tal ocorre porque os custos superiores de produzir um bem ou um serviço poluente acabam por se reflectir, parcial ou totalmente, no preço de venda do mesmo ao consumidor. Assim, o esquema da oferta e da procura altera-se, sendo os consumidores encorajados a substituir as suas preferências de consumo por outras mais ecológicas. A interligação dos comportamentos económicos fará com que, confrontados com essa

⁽⁸⁷⁾ Neste sentido, ver: CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 246 e segs.

⁽⁸⁸⁾ Para maiores desenvolvimentos, consultar: A brief theory of environmental related taxation, in *An overview of green tax reform and environmentally related taxes in OECD countries*, OECD, 2001, pp. 21 e segs.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 248.

alteração da procura, os produtores também se adaptem, reestruturando o processo de fabrico. Em suma, ao impormos custos (ambientais) acrescidos aos produtos e sectores de actividade que representam maior lesividade ambiental, conseguimos forçar o surgimento de empresas verdes ⁽⁹⁰⁾.

6.2.2. Uma segunda vantagem da tributação ambiental reside na sua “*eficiência dinâmica*”, isto é, no facto de gerar um **incentivo contínuo** de redução dos custos de abatimento das emissões poluentes. Por forma a cumprir com a regulação do comando e controlo, as empresas têm de acatar um limiar de poluição e usar tecnologias específicas ⁽⁹¹⁾, mas, para além disso, não têm qualquer incentivo para levar ainda mais longe do que a lei exige o controlo da poluição ⁽⁹²⁾. Verificamos, mesmo, que os agentes são punidos se fizerem esforços ecológicos, uma vez que não serão recompensados através de uma acrescida poupança de custos em relação aos demais sujeitos que se fiquem pelo estrito cumprimento da lei.

Em contraste, os tributos ambientais representam um incentivo contínuo para optarem por reduzir as suas emissões poluentes (diminuindo o nível de actividade, substituindo os factores produtivos por outros menos lesivos do ambiente, instalando tecnologias mais limpas), enquanto os custos de reduzir a poluição em mais uma unidade forem inferiores ao sacrifício exigido pelo tributo ⁽⁹³⁾. Mas mais do que isso, um tributo representa um incentivo contínuo de redução progressiva não só dos níveis de emissões, como também dos custos de eliminação destas, dado que o recurso a este instrumento financeiro estimula uma mais intensa, e espontânea, inovação tecnológica na área da defesa ambiental ⁽⁹⁴⁾.

6.2.3. Claro está que, outra das vantagens apresentadas pela opção tributária consiste na poupança de custos administrativos, em grande parte respon-

⁽⁹⁰⁾ Teoricamente, claro. Na prática as coisas tendem a não funcionar tão bem dada a elasticidade da procura. Por isso se torna tão importante evitar lançar um imposto ambiental sem fazer um estudo prévio do mercado. O regulador deve procurar tributar (e tributar mais intensamente) as actividades poluentes em que os consumidores não se possam facilmente refugiar em bens sucedâneos — será o exemplo de escola da tributação dos combustíveis fósseis.

⁽⁹¹⁾ Vimos já que os diplomas nacionais de protecção do ambiente adoptam o método da Melhor Tecnologia Disponível (TDM) — supra 3.1.

⁽⁹²⁾ O que, como refere CLAUDIA DIAS SOARES, pode atrasar até um momento em que já se tenham verificado danos irreversíveis uma resposta efectiva a ameaças recentemente descobertas — cfr. *O imposto...*, cit., p. 252.

⁽⁹³⁾ E, mais uma vez, paralelamente os consumidores serão incentivados, através do peso do tributo, reflexamente, para as suas carteiras, a exigir produtos e serviços menos poluentes.

⁽⁹⁴⁾ Também neste sentido, CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 254 e segs.

sáveis pela ineficiência dos mecanismos de comando e controlo. Não só estes tributos se tornam numa fonte de receita para o Estado, como exigem um menor dispêndio de recursos, dado que podem ser aplicados e supervisionados através da máquina fiscal já existente, sem ser necessário criar um novo corpo de burocratas, com todo um sistema de monitorização e controlo.

6.2.4. Por fim, e reportando-me agora à figura do imposto ecológico, importa referir a vantagem que a doutrina tem designado de **duplo dividendo** ⁽⁹⁵⁾.

Vimos já que a presença de externalidades leva os agentes a tomar opções ineficientes (ou não socialmente óptimas). O Estado, procurando corrigir esse efeito, pode recorrer ao lançamento de um imposto (no caso das externalidades negativas) ou a subvenções (no caso das externalidades positivas), ambos aptos a internalizar os custos sociais, isto é, a transformá-los em custos de produção ou de consumo do bem lesivo do ambiente. Na sua abordagem tradicional, o objectivo deste imposto será o de produzir a distribuição óptima dos recursos. Porém, uma coisa é certa: o Estado pode usar as receitas geradas pelo imposto para baixar outros tributos, também eles determinativos dos comportamentos de produtores/consumidores. Teremos então:

- um primeiro dividendo: que se traduz na eficácia ecológica do imposto, logo, apelidado de dividendo ecológico;
- um segundo dividendo: que resulta do uso das receitas geradas por esse imposto para reduzir outros tributos, causadores de distorções no mercado.

Assim, alguns autores (como BOVENBERG e VAN der PLOEG), sugeriram, como exemplo do duplo dividendo, que a introdução, no mercado, de impostos pigouvianos permite uma redução do desemprego, dado que o custo do factor trabalho se tornará mais barato: se for criado um imposto que onere a energia, então a procura deste factor de produção irá retrair-se, e como as receitas desse imposto podem ser usadas para baixar um imposto que recaia sobre a mão-de-obra, irá permitir aumentar a procura desse (outro) factor de produção. Face a este fenómeno, os autores mencionados defendem o lançamento de impostos pigouvianos, mesmo que a sua eficácia ecológica seja reduzida, desde que o mercado beneficie, reflexamente, através de um alívio de outras cargas

⁽⁹⁵⁾ Para maiores esclarecimentos, ver, entre outros: BEAT BURGENMEIER, YUKO HARAYAMA e NICOLAS WALLART, *Les taxes...*, cit., p. 94 e segs.; CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 531 e segs.

fiscais. Parece, então, que é principalmente o segundo dividendo que move os políticos na adopção de impostos ambientais.

Deve, todavia, acrescentar-se que “só faz sentido sugerir a existência de um duplo dividendo caso o tributo ecológico seja susceptível de gerar receitas relevantes” (96). Ora, estes instrumentos “apresentam, em regra, uma limitada capacidade recaudatória, devido à elasticidade fiscal das actividades poluentes tender a ser relativamente elevada, constituindo um imposto sobre a energia e o dióxido de carbono uma excepção” (97).

7. E OS SEUS INCONVENIENTES

7.1. Pelo que ficou dito poderíamos pensar que encontrámos uma solução onde todos ganham — o produtor, o consumidor, o Estado, o ambiente. Será?

Um dos mais evidentes obstáculos à implementação de tributo ambientais reside na **perda de competitividade industrial**, pelo aumento do custo marginal de produção das firmas poluentes. Caso estas decidam não se deslocar para outro país, onde a carga tributária seja inferior, irão perder mercado para as firmas menos poluentes. E a alternativa da deslocação tende a ser pior, do ponto de vista dos trabalhadores e do Estado — estes perdem emprego, aquele perda um fonte de receita. O problema da competitividade é especialmente visível ao nível das empresas cujo processo de fabrico exige um elevado consumo de energia (sobretudo combustíveis fósseis). A ser fixado um tributo, essas empresas serão claramente prejudicadas a favor daquelas cujo método de produção é predominantemente laboral. **Há sempre alguém que paga a factura!** E se é certo que a previsão de “excepções” (ainda que temporárias) e “rebates fiscais” são uma forma geralmente usada pelo regulador para corrigir o problema da perda de competitividade, o facto é que essas medidas pecam por inutilizar o escopo ambiental do tributo (98).

(96) Cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 534.

(97) *Idem*.

(98) Dos vários membros da OCDE, a Dinamarca é aquela em que as receitas da tributação ambiental representam a maior fatia do PIB — em 1998 cerca de 5%, não ficando Portugal longe, ao apresentar um valor de 4%. Esta receita resulta, sobretudo, de tributos sobre a energia e os combustíveis. Estados como a Dinamarca, a Finlândia, a Itália, a Holanda, a Noruega e a Suécia foram dos primeiros a introduzir impostos nestes sectores, denominando-os de “*carbon-taxes*” ou “*CO2-taxes*”. Porém, a sua eficácia é em muito condicionada pelas numerosas excepções e rebates fiscais previstos, os quais reflectem objectivos políticos não-ambientais. Assim, a título de exemplo, a energia usada na produção e distribuição de electricidade encontra-se normalmente isenta de taxas, tal como o combustível usado na aviação comercial ou até mesmo na pesca recreativa. Mais, o uso de carvão e de coque na produção de cimento, ou como matéria-prima

Devido à perda de competitividade, alguns países, como a Holanda, optam por usar uma *política de segundo óptimo*, atribuindo subsídios às empresas apostadas em reduzir as suas emissões poluentes. No entanto, a tributação ambiental não geraria perda de competitividade num cenário de cooperação internacional, apesar de o mesmo estar longe de existir ⁽⁹⁹⁾. Ainda assim, algumas coisas podem ser feitas para minorar, sem prejudicar o escopo ecológico do tributo, este cenário — por exemplo, aplicar a receita obtida com o tributo na diminuição da carga fiscal que incide sobre o trabalho, compensando o que se perde em exportações do bem poluente com o que se ganha com a venda de produtos em que se utiliza intensamente o factor trabalho ⁽¹⁰⁰⁾.

Alguns sectores, sobretudo os grandes consumidores de energia, opõem-se, naturalmente, à existência de tributos ambientais, com este argumento de perda de competitividade, antes apostando em celebrar **acordos ambientais voluntários** ⁽¹⁰¹⁾. Estes acordos consistem em instrumentos de cooperação, em regra não formais, não juridicamente vinculativos, entre empresas de um determinado sector industrial e o regulador, tendo em vista a redução consensual do nível de poluição gerado por esse sector e, como contrapartida, a promessa do regulador em não emitir legislação mais restritiva da livre iniciativa económica. Trata-se de uma figura muito usada, com diversas variantes, nos EUA ⁽¹⁰²⁾. Não podendo discorrer sobre todos os instrumentos existentes, fica a nota de que, a meu ver, estes acordos voluntários padecem de vários defeitos, sendo o principal a não vinculatividade jurídica, isto é, a impossibilidade de recorrer aos tribunais caso uma das empresas que o tenha assinado incumpra com o objectivo de reduzir as emissões para o patamar acordado. Com efeito, os economistas consideram que o benefício gerado por este tipo de acordos é um **bem comum** — um acordo

nalgumas indústrias, ou é completamente isento ou sofre reembolsos significativos. Cfr. *A brief theory...*, cit., pp. 53 e segs.

⁽⁹⁹⁾ O ideal seria que a adopção destes tributos se fizesse a nível internacional. Incrivelmente, há ainda países que não tributam (ou tributam muito ao de leve) o uso do carvão pela indústria, como a Espanha e a Alemanha. Assim, a falta de tributação do carvão nesses países gera perda de competitividade para os demais Estados europeus que adoptem um imposto sobre o consumo deste poluente. Ao invés, se houvesse uma uniformização tributária em sede ambiental, o problema seria facilmente evitado.

⁽¹⁰⁰⁾ Para mais alguns exemplos, cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., pp. 565 e segs.

⁽¹⁰¹⁾ Do original “*voluntary environmental agreements*”.

⁽¹⁰²⁾ Em Portugal, o mais próximo que temos são os contratos de promoção ambiental para promoção de melhoria da qualidade das águas e protecção do meio aquático, previstos no artigo 68.º do DL. 236/98, os quais podem ser celebrados entre as associações representativas dos sectores e os Ministérios do Ambiente e da Tutela.

assinado pelos representantes de um sector industrial vai beneficiar todas as empresas desse sector, não sendo possível excluir à partida esta ou aquela, e isto mesmo em caso de incumprimento. A única forma do regulador reagir contra esse incumprimento será através da imposição da legislação que tinha arrumado na prateleira.

7.2. Uma outra preocupação por vezes expressa, é a de que os tributos ecológicos provocam uma **desaceleração do crescimento económico**, ao originarem uma transferência de recursos do sector privado para o sector público, o que, por seu turno, tende a gerar inflação. Com efeito, ao criar um tributo ambiental — o qual, para lá da função ecológica, e sobretudo no caso das taxas, é um modo do Estado angariar fundos para cobrir as suas despesas e saldar as suas dívidas — o Estado, subtilmente, retira a todos (produtores e, mercê do fenómeno da repercussão do imposto, consumidores) parte do seu poder de compra. Porém, este problema só ocorre quando a subida do preço dos bens poluentes, em função da incorporação do tributo no seu custo de produção, não for compensada pela redução do custo dos demais, o que permitirá evitar, ou pelo menos atenuar, a redução da procura causada pela perda de poder de compra.

Por outro lado, embora se possa alterar, para pior, a competitividade de certos sectores económicos, é **possível manter inalterada a competitividade média da economia**. Vamos imaginar que é tributado o uso do carvão: as indústrias nas quais o carvão constitua a matéria-prima por excelência serão penalizadas; mas aquelas cujo processo de fabrico recorra, primordialmente, a outro recurso, poderão beneficiar de uma taxa mais baixa e expandir a sua produção. Logo, haverá uma alteração da composição das exportações e das importações, **mas não no sentido de perda total, antes de transferência de ganhos (e perdas)**.

7.3. Caso seja fixado um imposto ecológico de montante invariável, poderá suscitar-se um terceiro problema: **a regressividade**. Se todos os contribuintes forem onerados com um tributo de montante fixo, a diversidade de rendimentos faz com que a taxa média de imposto seja regressiva ⁽¹⁰³⁾: imaginemos que o Estado cria um imposto sobre o tratamento de resíduos que é de 500 euros para toda a gente. Nesse caso, ele representaria 50% do rendimento de uma pessoa que auferisse 1000 euros, mas só 10% do rendimento da pessoa que ganhasse 5000 euros. Logo, os contribuintes mais pobres pagam proporcionalmente mais do que os mais ricos.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., pp. 919 e segs.

A regressividade revela-se uma “faca de dois gumes”:

- por um lado, não gera distorção de incentivos, porque a taxa marginal (que incide sobre cada novo euro auferido) é zero, uma vez que ter um rendimento de 1000 ou 1001, de 5000 ou de 5001 euros, não determina qualquer alteração no montante de imposto a pagar. Assim, o contribuinte sabe à partida que uma vez pago o imposto o seu esforço produtivo não mais será afectado — tudo o que ele aufera para lá do montante de imposto será puro lucro (reverte integralmente em seu benefício);
- ainda, é uma solução tributária de baixo custo administrativo, visto que qualquer contribuinte vivo deve a mesma quantia de imposto, invariavelmente;

Porém, sendo a mais eficiente das formas de tributação, ela revela-se, como vimos, altamente prejudicial para os mais pobres ⁽¹⁰⁴⁾. Se isto é certo, não menos verdade é, contudo, que o impacto de um tributo ambiental deve ser aferido de uma “forma integrada, tendo em conta os efeitos que decorrem quer da sua adopção quer da aplicação da sua receita. Pois, se uma política ambiental cria perdedores por excelência também apresenta ganhadores por excelência” ⁽¹⁰⁵⁾. Tudo dependerá de uma análise dos efeitos gerados pelo emprego da sua receita.

7.4. São ainda várias as críticas que se fazem ao uso de instrumentos financeiros no tratamento das externalidades ambientais negativas. Não me podendo debruçar sobre todas, gostaria de mencionar um aspecto que não encontrei referido em manuais de referência ⁽¹⁰⁶⁾ — **o fenómeno da repercussão dos impostos** (que vem, aliás, no seguimento e conclusão do que acima se disse — supra 6.2.1.). “Sendo certo que o objectivo natural dos impostos é o de proporcionar uma receita para as entidades públicas, nunca passou despercebido que a tributação era capaz de provocar reacções vincadas, típicas, previsíveis,

⁽¹⁰⁴⁾ Inversamente, a progressividade dos tributos, sendo menos eficiente, é mais justa, retirando mais rendimento dos contribuintes ricos e aproximando-os dos mais pobres. Porém, não deve ser vista como a solução ideal, dado que viola o princípio da equidade: estaríamos a forçar os mais ricos a suportar custos pelos quais não eram (isoladamente) responsáveis, só pelo facto de terem maior capacidade contributiva.

⁽¹⁰⁵⁾ CLAUDIA A. DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 555.

⁽¹⁰⁶⁾ Sendo “o” manual de referência que recomendo, na língua de Camões, e sem querer ofender outros autores, o tão mencionado (*Imposto ecológico*), de CLAUDIA DIAS SOARES.

por parte dos tributados”⁽¹⁰⁷⁾, cedo se percebeu a sua utilidade enquanto ferramenta indutora de comportamentos.

Embora qualquer imposto se vá reflectir na actuação dos agentes económicos (vendedores e compradores), são os impostos indirectos que geram uma reacção mais nítida⁽¹⁰⁸⁾. Assim, suponhamos que o Estado decide tributar o uso de petróleo na produção de combustível automóvel, lançando um imposto especial no valor de X euros por cada unidade usada. Quer o imposto tenha sido lançado como fonte de receita ou com o intuito extrafiscal de limitar o consumo de um recurso não renovável, o que se pergunta é “quem suporta materialmente o imposto?”. Serão os vendedores ou os compradores? Neste caso, porque a procura de gasolina apresenta um elevado grau de rigidez, verificamos que o impacto do imposto acabará por ser inteiramente suportado pelos consumidores finais — os vendedores fazem repercutir o imposto no preço de venda da gasolina e, dada a ausência de bens sucedâneos de que os consumidores se possam socorrer, não irão sofrer qualquer quebra de vendas. Conclusão: na ausência de elasticidade da procura, são, como se costuma dizer, “*sempre os mesmos que pagam a factura*”.

Referi este fenómeno para ilustrar a capacidade dos produtores em deslocar o custo de um imposto ambiental para os consumidores, podendo ser posta em causa a concretização do objectivo extrafiscal de redução de emissões poluentes. Porém, diga-se que independentemente da parte que suportar o imposto, **a tendência é para a emenda de comportamentos:**

- se ele for suportado pelos compradores, registar-se-á um deslocamento da escala da procura no sentido da contracção, em termos de se procurar menos cada quantidade do bem poluente;
- se ele for suportado pelos vendedores, haverá um deslocamento da escala da oferta, igualmente no sentido da contracção, sendo produzida menor quantidade do bem poluente.

Em ambos os casos, o ambiente agradece!

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 373

⁽¹⁰⁸⁾ Para uma leitura dos vários critérios, administrativos e económicos, de distinção entre impostos directos e indirectos, ver SOUSA FRANCO, *Finanças...*, cit., pp. 162 e segs. O critério que me parece mais correcto é o que determina que os impostos indirectos são aqueles em que pode ocorrer repercussão fiscal (já os directos não), sendo esta entendida como a possibilidade do contribuinte de direito (aquele que está obrigado ao cumprimento da obrigação de imposto) fazer recair o preço do imposto sobre o contribuinte de facto (que acaba por pagar), em regra integrando-o no preço dos bens vendidos.

7.5. Ponderação final:

Cumprido o imperativo de honestidade ⁽¹⁰⁹⁾, estou, agora, em posição de dar um veredicto final, desdobrado em três constatações:

- primeira: que embora o lançamento de um tributo possa gerar uma perda de bem-estar (resultante da contracção da economia), essa mesma perda é fundamental para que se alcance o nível óptimo de produção — lembre-se que, antes da intervenção do Estado, se estava a produzir mais do que o socialmente (e ambientalmente) desejável. O tributo funciona como corrector desse desvio, promovendo uma eficiente afectação dos recursos ao baixar o nível de produção para um patamar que permita o equilíbrio ecológico;
- segunda: os ganhos para a economia superam as perdas. São ganhos gerados pelo desenvolvimento tecnológico, pela correcção das falhas de mercado, pela criação de emprego, pelo acatamento voluntário das medidas correctivas, etc;
- terceira: permitir que os agentes consumam os recursos ambientais sem pagar o custo social constitui um subsídio (e um subsídio que conduz à degradação ambiental).

8. QUE FAZER DA RECEITA GERADA POR UM TRIBUTO AMBIENTAL?

8.1. Antes de passar a uma breve indicação dos vários tipos de tributos ambientais que os Estados têm criado ao longo dos anos, deve ser deixada uma nota, ainda que ligeira, sobre o destino da receita por eles gerada.

O facto dos tributos gerarem uma receita levanta o problema de saber qual será a afectação mais eficiente da mesma. Existem, neste domínio, diversas opções:

- a receita pode ser incorporada no orçamento de Estado e o seu uso determinado por opções políticas centrais;
- ser usada para aliviar o défice de um determinado sector;
- para aumentar a despesa pública;
- ou, ainda, gerar reduções (arbitrárias) de outras taxas.

8.2. Foi realizado, em 2000, um estudo, no Japão, que confrontou estas possíveis afectações quanto à receita fiscal gerada pela tributação das emis-

⁽¹⁰⁹⁾ Que me levou a apresentar algumas das principais críticas apontadas aos tributos ambientais.

sões de CO₂: este estudo indicou que a opção por reduzir a dívida pública, com reflexos no abaixamento das taxas de juro e com um aumento de liquidez no sector privado, seria a que teria um impacto mais favorável na economia.

Em alternativa, a receita pode ser administrativamente destinada a certos gastos públicos, alguns dos quais ambientalmente motivados. Esta é solução defendida pela maioria dos ambientalistas. Nesse sentido, sustenta Paulo Magalhães que “o problema não está na valorização que está a ser feita do recurso comum que é a atmosfera, mas sim no facto das verbas provenientes desse uso privado de um recurso público não serem directamente empregues na manutenção e melhoramento das partes comuns”⁽¹¹⁰⁾. Porém, **uma afectação da receita a tal fim pode revelar-se contrária ao princípio do poluidor-pagador**: se um determinado agente sofre ou não uma punição como resultado de um tributo ambiental depende, em última análise, de saber se ele depois não recupera parte desse custo ao ser beneficiado por políticas de investimento público, financiadas por esse mesmo tributo.

Existem claras desvantagens em afectar a receita fiscal a um gasto público. Tomemos como exemplo a opção de um governo empregar essa receita na construção de estradas. Por um lado, tal poderá conduzir a um sobre-investimento nesse sector, construindo mais do que seria realmente necessário e, logo, a um dispêndio ineficiente do erário público. Por outro, aparece normalmente associado um problema de rigidez ou falta de flexibilidade: tal programa de investimento, por força de barreiras burocráticas e pressões de grupos de interesse, tenderá a prolongar-se, mesmo depois de se terem alterado as prioridades políticas⁽¹¹¹⁾.

Lembro ainda que, sendo a receita orçamental composta, na sua quase totalidade, pelos impostos e taxas que o Estado cobra, o artigo 7.º da Lei de Enquadramento Orçamental consagra o princípio da não-consignação das receitas: não pode afectar-se o produto de quaisquer receitas à cobertura de determinadas despesas. Há, assim, que distinguir as receitas gerais, de que o Estado não pode dispôr, de novas receitas — quanto a essas, no momento em que são criadas, o artigo permite que por expressa estatuição legal ou contratual, sejam afectas a determinadas despesas, salientado, todavia, que as normas que consignem certas receitas a determinadas despesas têm carácter excepcional e temporário.

(110) Cfr. PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., p. 124.

(111) Por exemplo, quando o governo decidiu já que o país tem estradas suficientes e do que agora precisa é de hospitais.

8.3. Contudo, existem algumas vantagens na afectação da receita. Assim, por exemplo, num estudo publicado em 1999, ANDERSEN analisou o sucesso do sistema holandês de taxas no sector da água, para afirmar que o factor por detrás desse sucesso era a cooperação entre os poluidores e o regulador, gerada pela sinalização do uso das receitas ⁽¹¹²⁾. Com efeito, a afectação promove a aceitação política de tributos ambientais, dado que a receita gerada será empregue para um fim público, retornando assim aos contribuintes grande parte do custo que suportaram, sob a forma de subsídios ou de investimentos públicos.

8.4. Pessoalmente, a ter de haver uma afectação da receita, considero que esta deve ser dirigida à redução de outros tributos, atenuando, deste modo, grande parte dos efeitos distorcivos que podem decorrer da aplicação de tributos ambientais. Foi essa a ideia que, aliás, procurei fazer passar acima (cfr. supra 7.2. e 7.3.). A seu favor jogam dois princípios fiscais:

- princípio da redistribuição (enquanto princípio político-social e ético): o imposto ambiental deve ser aplicado por forma a que a afectação dos recursos gerados seja aquela que maior benefício traga à sociedade no seu conjunto;
- princípio da flexibilidade passiva (enquanto princípio político-económico): o sistema fiscal deve contribuir para amortizar as flutuações de curto prazo da actividade económica, evitando que, no longo prazo, a sustentabilidade fique comprometida. Assim, se é introduzido um imposto sobre a energia com o intuito de promover a eficiência energética, é aconselhável que, simultaneamente, se reduza a carga fiscal que incide sobre os produtos de primeira necessidade.

9. ALGUNS EXEMPLOS DE TRIBUTOS AMBIENTAIS EM GERAL

A) Imposto sobre produtos petrolíferos

É, talvez, o melhor exemplo de um tributo que, inicialmente criado com o intuito de gerar receita fiscal ⁽¹¹³⁾, se revelou um precioso meio de limitar a poluição mediante o encarecimento dos bens poluentes. Estados como a Dinamarca, a Finlândia, a Itália, a Holanda, a Noruega e a Suécia foram dos primei-

⁽¹¹²⁾ Cfr. *A brief theory...*, cit., p. 26.

⁽¹¹³⁾ Em França, por exemplo, este tributo representava, em 2004, cerca de 10% do total de receitas fiscais do Estado. Cfr. *Fiscalité et environnement, XXIIIème rapport au Président de la République*, Les Editions des Journaux officiels, 2005, p. 18.

ros a tributar o sector energético, criando os famosos “*carbon-taxes*” ou “*CO2-taxes*”.

Ainda que estejamos longe do desejável em matéria de combustíveis alternativos, esta taxa actua como um estímulo a que os fabricantes de automóveis invistam, pelo menos, em motores mais eficientes, que consumam menos combustível fóssil.

É altamente eficaz dada a reduzida elasticidade da procura (embora varie de país para país e tenda a aumentar no longo prazo). A sua utilização permite responder a diferentes tipos de danos: redução da emissão de gases poluentes para a atmosfera, diminuição dos riscos de saúde da população urbana, atenuação do congestionamento automóvel e da propensão para a ocorrência de acidentes. Diga-se, porém, que a sua eficácia depende, em larga medida, da capacidade do Estado para aferir o montante de danos que se pretende cobrir — o tributo deverá ser calculado nesse montante, nem menos, sob pena de ficar por internalizar uma parcela de custos sociais, nem mais, sob pena de se causar uma perda de bem-estar injustificada.

Nem todos os produtos derivados do petróleo são taxados ao mesmo nível. Desde logo, na generalidade dos países europeus ⁽¹¹⁴⁾ o gasóleo beneficia de uma taxa mais baixa. E mesmo no que toca a este bem, a taxa varia entre “tipos” de consumidores. Assim, taxistas, camionistas, comerciantes em zonas rurais, pescadores profissionais, agricultores e o sector dos transportes públicos, gozam de taxas reduzidas ⁽¹¹⁵⁾.

B) Taxa sobre o consumo de electricidade

Alguns membros da OCDE (entre os quais se volta a destacar a Dinamarca) aplicam uma taxa por kWh, em adição à taxa sobre os combustíveis fósseis usados na produção dessa energia.

A Espanha vai ainda mais longe, aplicando uma (terceira) taxa sobre o preço da electricidade, produzida e importada.

Trata-se de um outro tributo vocacionado para a indução de comportamentos ecológicos, onerando, pelo mecanismo do preço, os produtores e consumidores menos eficientes. Não nos devemos esquecer, até, que a Constituição portuguesa determina no artigo 81.º, alínea l), que incumbe prioritariamente ao Estado adoptar uma política nacional de energia vocacionada para a preservação dos recursos naturais.

⁽¹¹⁴⁾ À excepção do Reino Unido.

⁽¹¹⁵⁾ Lembrar que, frequentemente, a existência de exonerações totais ou parciais redundam em práticas fraudulentas.

Diga-se que o sector da energia é o que revela maior necessidade e aptidão de tributação ⁽¹¹⁶⁾.

C) Taxa sobre o uso de enxofre

Visa, essencialmente, a redução das emissões de CO₂.

Enquanto alguns Estados optam por diferenciar, na taxação, os combustíveis brutos dos processados, outros preferem onerar mais severamente os que apresentam um maior nível de enxofre.

D) Taxa sobre a extracção mineral

O rendimento proporcionado pelos recursos minerais depende de dois factores: a dimensão da reserva existente e o esforço de extracção, os quais variam em sentidos opostos — “quanto maior for o esforço de extracção menor será a reserva disponível e viceversa” ⁽¹¹⁷⁾. Um regime de livre acesso aos recursos minerais conduzirá, a longo prazo, a uma situação de lucro zero: já perto do esgotamento dos recursos, cada empresa ganhará apenas o suficiente para se manter a operar. E, por cada nova empresa que entre no mercado (atraída pela ausência de barreiras), a margem de lucro das já instaladas diminui.

A criação deste tributo visa consciencializar os agentes da necessidade de reduzir o ritmo de extracção, corrigindo a avaliação que eles fazem das reservas existentes — a de que as quantidades futuras do recurso têm um valor zero. Assim, o tributo vai determinar o montante em que estes recursos são extraídos em cada período, com o objectivo de assegurar a satisfação das necessidades presentes sem colocar em risco as gerações futuras, mais uma vez dentro de uma lógica de desenvolvimento sustentável.

Atente-se, finalmente, que o cálculo do tributo deverá reflectir a necessidade (maior ou menor) de preservação do recurso mas, também, o investimento em infra-estruturas de manutenção e renovação do mesmo.

E) Outros exemplos

- taxa sobre o tratamento final de resíduos e empacotamento de produtos (uma recente inovação no combate às emissões de gás metano para a atmosfera);

⁽¹¹⁶⁾ Hoje, cada consumidor norte-americano dispõe em média de uma energia correspondente ao esforço de 300 pessoas (como se dispusesse de 300 escravos ininterruptamente ao seu serviço); um europeu dispõe em média de uma energia correspondente ao esforço de 150 pessoas; e um indiano, ao esforço de 15 pessoas (número que irá explodir num curto espaço de tempo).

⁽¹¹⁷⁾ CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 426.

- taxa sobre o transporte marítimo de químicos e petróleo;
- taxa sobre o uso de pesticidas e fertilizantes.

10. QUATRO EXEMPLOS DE TRIBUTOS AMBIENTAIS EM PORTUGAL ⁽¹¹⁸⁾

- I) O imposto sobre Produtos Petrolíferos ⁽¹¹⁹⁾ — incide sobre os óleos minerais, como as gasolinas, gasóleos, petróleos e fuelóleos, e quaisquer outros produtos destinados a serem utilizados, colocados à venda ou consumidos como carburantes.
- II) O imposto automóvel (IA) ⁽¹²⁰⁾ — tendo em conta o PPP, a LOE/2006 introduziu, no artigo 50.º, uma importante inovação no seu cálculo: o montante do IA passou a depender não só da cilindrada do veículo mas, também, das emissões de CO₂.
- III) O imposto único de circulação (IUC) — que veio substituir o imposto do selo e o imposto municipal sobre veículos (IMV), onerando a propriedade do veículo independentemente de ser usado ou fruído. É mais caro que os anteriores, como forma de compensar uma ligeira descida do IA.
- IV) A Contribuição para o Audiovisual (CAV) ⁽¹²¹⁾ — trata-se de um imposto sobre o consumo de energia eléctrica, cuja receita está consignada ao financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão, estando isentos os consumidores cujo consumo anual fique abaixo dos 400 kWh.

11. OS TRIBUTOS AMBIENTAIS E O PROTOCOLO DE QUIOTO

11.1. Para encerrar este tema, gostaria de dedicar algumas linhas ao uso de tributos ambientais como forma de os Estados melhor cumprirem os objetivos decorrentes do Protocolo de Quioto. Impõe-se, para aí chegarmos, um pequeno enquadramento desse instrumento internacional.

⁽¹¹⁸⁾ Para um maior desenvolvimento do tema, ver CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, 2006, pp. 641 e segs.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. o disposto no artigo 73.º do CIEC, em especial o número 2, do qual resulta que são sujeitos passivos deste imposto as pessoas singulares ou colectivas em nome das quais os produtos petrolíferos são declarados para introdução no consumo.

⁽¹²⁰⁾ Trata-se de um imposto especial de consumo, monofásico, que incide sobre os veículos automóveis ligeiros de passageiros ou mistos.

⁽¹²¹⁾ A sua liquidação é feita por substituição tributária, através das empresas distribuidoras de energia eléctrica e cobrada juntamente com a factura relativa ao fornecimento.

Em Dezembro de 1997, 160 países ⁽¹²²⁾ assinaram, na Convenção das Nações Unidas sobre alterações climáticas, um protocolo que fixa metas quantitativas, vinculativas, de redução das emissões de gases com efeito de estufa: os Estados signatários do Anexo I vincularam-se a reduzir, entre 2008 e 2012, a emissão desses gases em 5% face aos valores registados em 1990 — sendo que os Estados-membros da UE vão mais longe ao fixar a meta em 8%, no mesmo período. Podem parecer valores pouco ambiciosos, se ignorarmos que o crescimento económico e a morosidade das reformas políticas de fundo levarão a que os níveis de poluição em 2008-2012 sejam muito superiores ao que se registavam em 1990. É, por isso, um esforço bastante significativo. Uma redução das emissões desta magnitude requer empenho do regulador e, claro está, uma reestruturação económica entre os membros da OCDE e demais signatários do Protocolo.

Para esse efeito, o Protocolo de Quioto prevê um conjunto de instrumentos que dotam os Estados de alguma flexibilidade no cumprimento das metas assumidas. Desde logo, um grupo de países pode optar por cumprir as metas coletivamente, cooperando com as restantes partes contratantes, seja pelo intercâmbio de experiências ou de informação, coordenação das políticas nacionais, aplicação conjunta de mecanismos de desenvolvimento limpo, etc. Para além disso, o Protocolo abrange 6 tipos diferentes de gases com efeito de estufa, criando uma espécie de cabaz que dota os Estados de alguma margem de manobra — eles têm de reduzir em 5% o total das emissões, podendo conseguir atingir essa redução através de cortes em apenas 2 ou 3 dos gases que compõem o cabaz. Por fim, foi instituído um mercado de emissões, apoiado em dois instrumentos:

- *Joint Implementation*: os Estados signatários do Anexo I podem comprar e vender, entre si, quotas para poluir;
- *Clean Development Mechanism*: que, por seu turno, permite aos países em desenvolvimento ganhar direitos de emissão em função do investimento que façam para atingir as metas de Quioto.

11.2. A tutela ambiental faz-se, assim, através de uma aposta na atribuição aos Estados de direitos de poluição negociáveis: cada país tem o direito de poluir até ao limite fixado, podendo comercializar a sua quota caso não a utilize na totalidade. **Isto mais não é do que a privatização de um bem indivisível** — a atmosfera, bem necessariamente comum a todos os seres humanos. É “pegar num recurso público e transformá-lo em algo que pode ser

⁽¹²²⁾ Que passaram a 178, desde Janeiro de 2008.

comercializado como se fosse uma propriedade”⁽¹²³⁾. Para Paulo Magalhães, o importante não é discutir aqui a atribuição de um preço ao ar, antes empregar as verbas geradas pelo uso das partes comuns na manutenção e melhoramento das mesmas⁽¹²⁴⁾.

11.3. O Protocolo de Quioto, embora represente um importante passo no sentido da responsabilização comum das nações pela preservação de um recurso que todas partilham — a atmosfera — está inquinado de graves falhas. A mais gritante é o facto de certos Estados signatários (já nem falo, portanto, da recusa de ratificação dos EUA) não terem ficado adstritos a qualquer meta inicial — o caso do Brasil, da Argentina, do México e da Índia. Ora, o que isto reflecte é que os países em vias de desenvolvimento, quando se sentam à mesa das conversações têm um objectivo claro: o de assegurar que se poderão desenvolver fazendo uso dos mesmos combustíveis baratos (*maxime*, o petróleo e o carvão) que foram anteriormente usados pelos países já desenvolvidos. Trata-se de uma pretensão que eu qualificaria de legítima no plano político (igualdade de oportunidades de crescimento) mas bárbara para o ambiente — sobretudo no caso do Brasil, que consome irracionalmente os seus recursos naturais e assiste, quase impávido, ao fenómeno da desflorestação; e da Índia, que se vai tornar, num curto espaço de tempo, no maior poluidor do planeta, destronando a China.

Daí que seja urgente melhorar a sua eficácia. Para esse efeito, sou adepto da utilização combinada do sistema de direitos a poluir com um imposto sobre emissões, dotando o poluidor de uma maior flexibilidade na resposta à alteração das circunstâncias⁽¹²⁵⁾. O uso integrado dos dois instrumentos combinaria as vantagens das medidas fiscais, gerando um incentivo dinâmico à promoção da qualidade ambiental, com as dos mecanismos negociais, “deixando ao mercado o encargo de redução das emissões poluentes e o ónus de autorizar ou não a entrada de novos poluidores na indústria”⁽¹²⁶⁾. O regulador estaria, no fundo, a fixar a quantidade de emissões admitida — através do mecanismo de quotas — e o seu preço — através do mecanismo do tributo. Desta forma, as empresas com menores custos de controlo da poluição têm um incentivo contínuo a reduzir as emissões (até a um ponto de quase-zero), poupando na taxa de um eventual imposto e podem, depois, vender os direitos em excesso àquelas que incorrem em custos de controlo mais elevados — ganham a dobrar.

⁽¹²³⁾ Cfr. PAULO MAGALHÃES, *O condomínio...*, cit., p. 124.

⁽¹²⁴⁾ *Idem*, pp. 124 e segs.

⁽¹²⁵⁾ Embora, em bom rigor, um sistema de quotas possa já equivaler a um imposto, caso o preço dos títulos iguale o dano social a cobrir.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. CLAUDIA DIAS SOARES, *O imposto...*, cit., p. 184.

11.4. Cabe, porém, deixar uma reserva: no que toca à tributação dos gases com efeito de estufa, é necessário distinguir entre os que libertam CO₂ e os que o não fazem, mas que são igualmente abrangidos pelo Protocolo.

Quanto aos primeiros, são facilmente tributáveis, seja directamente — p.e., um imposto sobre o combustível automóvel — seja indirectamente — os chamados tributos verdes implícitas, como as que oneram a energia produzida através da queima de combustíveis fósseis. A favor da tributação joga a reduzida elasticidade da procura, como sucede no caso da gasolina ou do gasóleo, que são fortemente taxados nos países europeus ⁽¹²⁷⁾.

Quanto aos segundos, teoricamente a sua tributação justifica-se pelo igual desgaste que causam no ambiente, embora na prática nem sempre seja fácil. O dióxido de carbono é responsável por cerca de 60% do efeito de estufa. A restante contribuição cabe a estes gases sem CO₂: o metano, entre 15% a 20%, é o principal, embora na lista de culpados figurem, ainda, o óxido nitroso e os hidrofluorcarbonos, entre outros. Ao contrário dos gases geradores de dióxido de carbono, estes apresentam alguns problemas de tributação derivados, essencialmente, da dificuldade em medir as emissões e do número reduzido de poluidores (são gases gerados por actividades muito restritas, p.e., produção de magnésio, fertilização e, no caso dos HFC's, revelaram-se um meio eficiente de combate aos incêndios, sendo usados nos extintores, pelo que a imposição de um tributo pode revelar-se uma “emenda pior do que o soneto”).

12. UMA DÍVIDA MAIOR QUE O TEMPO

12.1. Segundo Hobbes, na natureza humana encontramos três principais causas de conflito: a competição, a desconfiança e a vaidade ⁽¹²⁸⁾. Pela primeira, os Homens tornam-se agressivos para o ganho. Assim, num estado natural (de livre acesso aos bens ambientais), só pertence a cada homem aquilo de que ele puder apossar-se e pelo tempo que o puder manter. Mais, sendo a utilidade de um bem tanto menor quanto mais a sua fruição for adiada no tempo, maior será o incentivo de cada um ao consumo imediato ⁽¹²⁹⁾. A segunda, torna os homens aptos para a defesa. Logo, o que cada Homem conseguir reclamar para si, defenderá febrilmente de todos os outros. A terceira, disse Hobbes, leva cada Homem a buscar o reconhecimento, o qual,

⁽¹²⁷⁾ Embora com a já habitual tendência para ser o consumidor final a suportar a maior fatia do tributo.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *História...*, cit., p. 363.

⁽¹²⁹⁾ Com excepção dos que acreditem na reencarnação.

pelo que acabou de se dizer, será sempre um reconhecimento materialista, centrado na posse e sua defesa ⁽¹³⁰⁾.

Alguns sustentam que o altruísmo é inato na condição humana, que somos geneticamente programados para atitudes bondosas para com os membros da nossa espécie. Parece-me que, não sendo uma afirmação errada, carece de um aditamento: o altruísmo é inato na condição humana *sempre que se revele necessário sacrificar interesses próprios para atingir vantagens maiores* ⁽¹³¹⁾. Com efeito, já dizia ROUSSEAU que “o egoísmo não é avidez cega, e que por isso até o mais empedernido egoísta incorpora nas suas ponderações de custo e benefício a grelha de ganhos e perdas decorrentes da interdependência social”, e Fernando Araújo que “a motivação económica não é necessariamente nem egoísta nem altruísta, mas é antes não-tuísta, no sentido de afigurar-se manifestamente irracional apenas a atitude daquele que propositadamente favoreça o livre curso do egoísmo alheio em detrimento dos seus próprios interesses” ⁽¹³²⁾.

12.2. Onde entra o ambiente?

Não mais podemos ignorar que o fenómeno das alterações climáticas, causadas pela lógica do bem-estar imediato à custa do sacrifício do futuro, é um problema que, afectando as gerações vindouras, **depende de decisões das gerações presentes**. É, aliás, essa percepção que nos leva a falar numa desigualdade de poderes entre gerações ⁽¹³³⁾, dado que as gerações presentes têm o poder de criar condições que privem as gerações futuras de certas opções (sofrendo, por seu turno, os condicionalismos herdados das gerações passadas), e, no limite, “as gerações presentes poderiam decidir que não existirão gerações futuras” ⁽¹³⁴⁾. Com vista a corrigir essa desigualdade de poderes, há que reconhecer a existência de deveres das gerações presentes para com as gerações futuras ⁽¹³⁵⁾, encontrando um **justo equilíbrio** — porque uma preocupação exagerada com as gerações futuras poderá onerar em demasia as gerações presentes.

As discussões sobre este assunto foram iniciadas por JOHN RAWLS ⁽¹³⁶⁾ que

⁽¹³⁰⁾ No fundo, tal como os Estados procuram reconhecimento da sua soberania (terreno e espiritual), cada Homem procura reconhecimento, junto dos demais, do que é seu.

⁽¹³¹⁾ Pedindo perdão aos altruístas puros, mas esses, enquanto excepção, apenas confirmam a regra.

⁽¹³²⁾ Cfr. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 140.

⁽¹³³⁾ Quem primeiro usou esta expressão foi LUKAS MEYER, em *Intergenerational Justice*, in *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*.

⁽¹³⁴⁾ *Idem*.

⁽¹³⁵⁾ Embora haja autores que, pelo facto das gerações futuras ainda não existirem, recusam que os seus membros possam ser titulares de direitos e interesses aos quais correspondem deveres das gerações presentes.

⁽¹³⁶⁾ JOHN RAWLS, *A theory of justice*, 1971.

desenvolveu o que viria a ficar conhecido como o princípio da “poupança justa”. Pensemos numa geração que é colocada no tempo, sem saber em que altura. Essa geração irá querer receber o Planeta, pelo menos, em tão bom estado quanto as outras gerações receberam, por forma a poder usar os seus recursos para benefício próprio. Isto requer que cada geração legue um Planeta em condições nunca piores do que o herdou, assegurando um acesso, no mínimo, equitativo aos seus recursos. Aqui temos, de forma simples, o princípio da equidade intergeracional. E porquê “poupança justa”? Porque há um conjunto mínimo de recursos relativamente aos quais todas as gerações têm direitos equivalentes, o qual deve ser fixado num ponto que permita maximizar as expectativas do grupo menos favorecido. Ora, sob o “véu da ignorância”, a geração presente, por não saber em que momento se encontra, tende a acumular o capital suficiente para evitar sacrifícios extremos para si e para as gerações que se lhe sigam.

12.3. Mas o que temos ao certo de legar às gerações futuras?

Uma vez que não podemos prever as opções que as gerações futuras quererão tomar ⁽¹³⁷⁾, **cabe-nos assegurar que elas irão dispôr, pelo menos, das mesmas escolhas que nós** — inclusivé, as que queremos evitar. O princípio da equidade intergeracional desdobra-se, assim, em três exigências ⁽¹³⁸⁾: conservação de opções, de qualidade e de acesso. A equidade é equilíbrio: as gerações presentes não podem consumir sem ter em conta os interesses das gerações futuras (nesse sentido, devem preservar a biodiversidade, impedindo o esgotamento de qualquer recurso natural), nem têm de fazer sacrifícios irrazoáveis para salvaguardar interesses indefinidos (mas que, em todo o caso, poderão passar pelos mesmos de hoje). Apenas a preservação da biodiversidade e o empenho na luta contra as alterações climáticas poderão evitar danos desmesurados para as gerações futuras, ao nível global, regional e local: migrações populacionais forçadas, submersão das zonas costeiras, erosão dos solos (entre outros).

Equidade intergeracional, desenvolvimento sustentável, solidariedade, são termos que designam uma mesma coisa, genialmente apelidada por Paulo Magalhães de “direito de visita”. Cada Homem tem o direito de se apresentar à Terra, usar os seus recursos enquanto recursos de todos, abandoná-la, deixando uma vaga para que o próximo Homem a visite, a use, e assim sucessivamente. “Nessa

⁽¹³⁷⁾ Neste ponto, relembro a pergunta formulada pela Prof.^a CARLA AMADO GOMES: “Quem nos garante a nós que as gerações futuras não preferem fazer uso dos mesmos combustíveis fósseis, em lugar de receber um ambiente são?”.

⁽¹³⁸⁾ Nesse sentido, EDITH WEISS, *Climate Change, Intergenerational Equity and International Law*, in *The Vermont Journal of Environmental Law*, 1989, p. *.

sua potencial futura visita ao planeta, todas as gerações detêm inatamente o mesmo direito cosmopolita, inalienável e intergeracional de uso do meio ambiente” (139).

12.4. E como o devemos legar?

Por tudo o que procurei transmitir ao longo deste texto, fica, agora, apenas a conclusão: apelando ao egoísmo natural de cada um, apostando na privatização dos recursos ambientais, deixando que cada proprietário, tomando consciência da interdependência do seu bem-estar, opte **voluntariamente** pela sua defesa. Num contexto global de defesa do ambiente, em que cada Estado apenas aceita uma soberania partilhada que não lhe traga custos, qualquer esquema coactivo de defesa do ambiente está condenado à nascença.

12.5. Por fim, o princípio da equidade intergeracional é meramente doutrinário ou tem uma dimensão positiva?

A Constituição Portuguesa refere-se, no artigo 66.º/2, à lógica de desenvolvimento sustentável. É, na lei fundamental, o que de mais próximo deste princípio encontramos. Não tendo consagração constitucional, o princípio da equidade intergeracional tem, todavia, acolhimento legal na Lei de Enquadramento Orçamental, cujo artigo 10.º/1 determina que o orçamento de Estado se subordina ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações. Sem entrar pelo debate sobre a motivação por detrás da consagração expressa deste princípio, o seu significado é claro: as decisões presentes não podem onerar em demasia as gerações vindouras. Pouco clara é já a sua concretização prática. Ao contrário dos demais princípios orçamentais, que se traduzem em verdadeiros comandos normativos de controlo objectivo (140), o princípio da equidade intergeracional corresponde a critérios indefinidos. Mas, de outro modo não poderia ser, pois como “avaliar a equidade intergeracional da opção pelo financiamento da despesa pública através da emissão de dívida pública se os respectivos efeitos não podem ainda ser determinados com base em critérios isentos de dúvidas” (141)?

Por outro lado, o artigo 10.º, no número 2, fixa os critérios com base nos quais se deve aferir do (des)respeito por este princípio, sem abranger as questões ecológicas, de difícil quantificação. “Tal não significa, no entanto, que não

(139) Cfr. Paulo Magalhães, *O condomínio...*, cit., p. 113.

(140) Assim, por exemplo, é simples verificar se o orçamento é de vigência anual ou plurianual ou se as receitas inscritas são suficientes para cobrir todas as despesas.

(141) MARIA MANUELA TEIXEIRA, *Justiça Intergeracional e Finanças Públicas*, FDL, 2005, p. 34.

devam ser tomadas em consideração na apreciação da equidade intergeracional do orçamento de Estado, sob pena de se reduzir os conceitos de custos e benefícios a distribuir entre gerações ao conceito de encargos ou prestações de natureza pecuniária, que não é, manifestamente, o seu sentido”⁽¹⁴²⁾. Assim, imaginemos que o governo elabora um orçamento que, virado para o crescimento industrial, isenta de impostos todos os produtores de energia com base em combustíveis fósseis. Não obstante as dúvidas que tenhamos quanto à definição de justiça entre gerações, a conclusão quanto à falta de justiça neste cenário parece-me consensual.

Barreiro, Março de 2009

BIBLIOGRAFIA

Portuguesa:

- AMARAL, DIOGO FREITAS, *História das Ideias Políticas*, vol. I., Almedina, 1998;
 —, *Apresentação*, INA, 1994;
 AMBRÓSIO, AMÍLCAR, *Ambiente e Indústria*, INA, 1994;
 ANDRADE, J. CARLOS VIEIRA, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2004;
 ARAGÃO, ALEXANDRA, *O Princípio do Poluidor Pagador, pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra, 1997;
 ARAÚJO, FERNANDO, *Introdução à Economia Política*, Almedina, 2002;
 ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, *Direito Civil Reais*, Coimbra, 2000;
 CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I., Almedina, 2003;
 CANOTILHO, JOSÉ GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa anotada*, FDL, 2007;
 CANOTILHO, JOSÉ GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Universidade Aberta, 1998;
 DIAS, RITA ALMEIDA, *O Norte, o Sul, os Ricos e os Pobres*, *Jornal de Negócios*, Agosto 2006;
Entrevista a Dennis Meadows, *Impactus* n.º 7 Abr-Mar, 2006;
Entrevista a Georg Kell, *Impactus* n.º 8 Jul-Set, 2006;
 FERNANDES, LUIS A. CARVALHO, *Lições de Direitos Reais*, *Quid Júris*, Lisboa, 2006;
 FRANCO, ANTÓNIO SOUSA, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I., Almedina, 1992;
 —, *Ambiente e Desenvolvimento — Enquadramento e fundamentos do Direito do Ambiente*, INA, 1994;
 GOMES, CARLA AMADO, *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005;
 LEITÃO, LUIS MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. I., Almedina, 2006;
 MAGALHÃES, PAULO, *O condomínio da Terra — das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta*, Almedina, 2007;
 NABAIS, CASALTA, *Direito Fiscal*, Almedina, 2006;
 REIS, JOÃO, *Temas de Direito do Ambiente*, FDL, 1989;

(142) *Idem*, p. 37.

SOARES, CLAUDIA DIAS, *O imposto ecológico — contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente*, Coimbra, 2001;

TEIXEIRA, MARIA MANUELA, *Justiça Intergeracional e Finanças Públicas*, FDL, 2005

Estrangeira:

An overview of green tax reform and environmentally related taxes in OECD countries, OECD, 2001;

BURGENMEIER, BEAT; HARAYAMA, YUKO; WALLART, NICOLAS, *Théorie et Pratique des Taxes environnementales*, Economica, 1997;

COASE, RONALD, *The Problem of Social Cost*, 1960;

ENEVOLDSEN, MARTIN, *The Theory of Environmental Agreements and Taxes — CO2 Policy Performance in comparative perspective*, 1968;

Fiscalité et environnement, vingt-troisième rapport au Président de la République, Les édition des Journaux officiels, 2005;

LOVELOCK, JAMES, *Gaia — um novo olhar sobre a vida na Terra*, Edições 70, Lisboa, 1997;

MAQUIAVEL, NICOLAU, *O Príncipe*, Edições Europa-América, 1976;

MATEO, RAMÓN MARTIN, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I., Talvium Editorial, 1991;

MEYER, LUKAS, *Intergenerational Justice*, The Stanford Encyclopaedia of Philosophy;

MISHAN, E., *Os limites do crescimento*, Relatório do Clube de Roma, 1972;

PIGOU, ARTHUR, *The economics of welfare*, 1929;

SILVA, RICARDO PERLINGEIRO, *Teoria da Justiça de John Rawls*, Brasília, 1998;

WEISS, EDITH BROWN, *Climante Change, Intergenerational Equity, and International Law*, in The Vermont Journal of Environmental Law, 1989.