

VOLUME XXXIX — N.º 2

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



1 9 9 8



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
fundada em 1917  
Periodicidade semestral  
XXXIX — N.º 2 - 1998

*COMISSÃO DE REDACÇÃO*

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE  
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA  
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL  
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA  
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS  
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (secretário)  
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

*PROPRIEDADE E SECRETARIADO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa — Portugal  
Telefone 7977053/54 — Telecópia 7950303

*EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO*



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal  
Telefs. (039) 823372 / 825459 — Fãx (039) 837531

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Setembro de 1999

**I Doutrina**

- Manuel G. Cavaleiro de Ferreira* — Associação Criminosa Formada para a Prática de Delitos Fiscais — Parecer ..... 455
- Pedro Soares Martínez* — A Liberdade, a Justiça e a Ordem..... 489
- Maria Luísa Duarte* — Direito de residência dos trabalhadores comunitários e medidas de excepção — Reflexão sobre o significado do estatuto de trabalhador-cidadão na União Europeia ..... 497
- Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia* — O discurso dos direitos no discurso do Direito ..... 511
- Frederico de Lacerda da Costa Pinto* — A intervenção penal na corrupção administrativa e política..... 519

**II Trabalhos de alunos**

- Luís Duarte d'Almeida Abrantes* — O Direito de Usufruto e o seu «Trespasse» a Terceiros..... 531

**III História e Filosofia**

- Eric Voegelin* — *História das Ideias Políticas*, Volume VII, Capítulos 5.º (Espinoza) e 6.º (John Locke)..... 551
- António Pedro Barbas Homem* — Reflexões sobre o Justo e o Injusto: A Injustiça como Limite do Direito..... 587

**IV Legislação**

- José de Oliveira Ascensão* — Observações ao Projecto de Alterações ao Código da Propriedade Industrial da CIP e da CCI..... 653
- Paulo Otero* — Considerações sobre a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 413/93, de 23 de Dezembro, às universidades públicas..... 681
- Paulo Pulido Adragão* — Comentário Crítico — Liberdade Religiosa: O Anteprojecto de Proposta de Lei de 1998 ..... 693
- Jorge Bacelar Gouveia* — A próxima revisão da Constituição de Moçambique de 1990 — Um comentário..... 709

**V** Vida Universitária

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Relações Económicas Internacionais — I.....	743
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Arguição do currículo apresentado pelo Doutor António Menezes Cordeiro nas provas para obtenção do título de professor agregado .....	821
<i>Diogo Freitas do Amaral</i> — Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Mestre Vital Moreira: “Auto-regulação profissional e administração autónoma (A organização institucional do Vinho do Porto)”, Coimbra, 1996.....	831
<i>Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia</i> — Arguição da Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas do Mestre Luís Filipe Colaço Antunes .....	839
<i>Jorge Miranda</i> — O Ensino do Direito Constitucional em Portugal.....	851
<i>Jorge Miranda</i> — No horizonte do ano 2000 — Reformas da Faculdade	861
Relatório da Actividade Pedagógica e Científica no Período de 1993 a 1997, do Professor Catedrático Doutor Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda .....	867
<i>D. Alexandre do Nascimento, Maria de Jesus Serra Lopes, Jorge Miranda, Manuel Videira Lopes e Tertvliá Libertas</i> — Nos 85 anos da Faculdade .....	887
<i>Universidade dos Açores e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i> — Curso de Direito Regional .....	903
<i>Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia</i> — Seminário sobre Direito da Função Pública.....	937

## ARGUIÇÃO DA DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS DO MESTRE LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES (\*)

MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA

### I

Apresenta-se o Mestre em Direito **Luís Filipe Colaço Antunes** a provas públicas de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com uma dissertação subordinada ao título «*O procedimento administrativo de impacto ambiental. Para uma tutela preventiva do ambiente*».

Não é o Mestre Luís Filipe Colaço Antunes um desconhecido na família dos juristas portugueses, nem é nessa família desconhecida a sua predilecção pelo tema genérico sobre que a dissertação incide.

Com efeito, desde os anos oitenta que o Mestre Colaço Antunes se vem paulatinamente fazendo notar na literatura juspublicística através de estudos sobre A tutela jurisdicional dos interesses difusos (1986 — sep. BFDC); Tutela do ambiente e procedimento administrativo: do modelo francês dos 'études d'impact' à solução da CEE (1989); Poluição industrial e dano ambiental: as afinidades electivas da responsabilidade civil (1992); Um procedimento administrativo para a defesa preventiva do ambiente (1992); O acto de avaliação de impacto ambiental entre discricionariedade e vinculação (1994); À margem de uma recente orientação do STA: um olhar ecológico sobre o artigo 268.º, n.º 4, da Constituição (1995).

Compreende-se, por isso, perante o investimento de há longa data feito no tema, que a opção se lhe tenha imposto quase como uma evidência no momento da definição da investigação conducente ao doutoramento. E compreende-se tanto mais quanto é certo saber-se que, na doutrina portuguesa, pouco se tem aprofundado na área dos direitos administrativos especiais e, em particular, na do Direito do Ambiente, a demandar, por isso mesmo, uma reflexão atenta e alongada, uma investigação que a inteligência ilumine e o tempo e o saber nele acumulados cimentem e robusteçam.

Esperava-se, assim, que a dissertação ora em análise revelasse o que estes indícios permitiam adivinhar e que a leitura das primeiras páginas do seu texto também pareciam mostrar, pela erudição nelas patenteada, a abrir caminho ao sentido ético de um discurso de sábios, por que o doutorando clama a páginas 10 e a que não é alheio um certo dis-

---

(\*) Arguição feita em prova pública, na Universidade de Coimbra, em 9 de Junho de 1998.

curso estético e nostálgico, revigorado nas palavras de Heidegger, tomadas de Hölderlin, que expressamente cita, de um «habitar poeticamente a terra», a convocar não só uma nova forma de consciencializar o mundo, comunicando-a, como um renovar internamente o sentido do jurídico na sua faceta administrativa, manifestando-o externamente.

Esperava-se, pois, legitimamente, uma dissertação urdida numa reivindicação de cenários multidisciplinares, um estudo que, partindo da consciência jurídica ambiental, procurasse, na pluralidade de saberes científicos, indispensáveis à compreensão do ambiente, um pensamento global e unitário, susceptível de se espelhar numa certa ideia de justiça ou numa certa ideia de direito, dentro de um Estado e de uma organização administrativa que o realizasse.

O Senhor doutorando, porém, a tais expectativas oferece um texto longo, de 740 páginas, dividido em quatro partes apresentadas e desenvolvidas de modo praticamente estanque, sem qualquer crescendo de aprofundamento dogmático nem tessitura intersticial que permita retirar conclusões antes laboriosamente preparadas. E de tal modo é assim que, com facilidade, dele se poderiam autonomizar quatro estudos monográficos: o primeiro, sobre a importância de um direito procedimental do ambiente, um segundo, dedicado ao regime jurídico da avaliação de impacto ambiental na Comunidade Europeia, particularmente o que decorre da directiva de 1985, um terceiro, descrevendo os regimes jurídicos de avaliação de impacto ambiental nos Estados Unidos da América, França, Espanha e República Federal Alemã e, finalmente, um quarto, contendo a análise crítica da lei portuguesa de avaliação de impacto ambiental. Em suma, estudos que são variações sobre o mesmo tema, particularmente os três referidos em último lugar, todos expressão da importância procedimental no Direito do Ambiente, definida como pano de fundo no primeiro estudo. Do exposto resulta, assim, um texto em que a unidade decorre fundamentalmente do tema escolhido. Um texto em que as intenções definidas à partida não são, em meu entender, contrabalançadas pelos resultados obtidos à chegada.

Seja, porém, como for, a verdade é que, pela forma fluente do discurso, o presente texto lê-se com agrado, sendo enriquecedor do ponto de vista informativo e revelador de um jurista que se move com certo à vontade nos meandros de um ramo do direito novo e pouco trabalhado como é o Direito do Ambiente.

Em virtude da escassez de tempo desta arguição, vou somente dar relevo às questões que considero essenciais, fazendo uma breve referência às de ordem formal e concentrando-me depois nas substanciais, primeiro na generalidade e, de seguida, nas de especialidade.

## II

Quanto às de ordem formal, chamo a atenção para a variabilidade de critério de exposição — ora utiliza a 1.<sup>a</sup> pessoa do singular: parece-me (p. 99), a meu ver (p. 170), «tenho a impressão» (p. 225); ora a 1.<sup>a</sup> do plural: «segundo nós» (p. 201), «somos de opinião» (p. 295, nota 346) ou, ainda, «a nosso ver» (p. 236) —, bem como para a variabilidade de critério no uso de expressões, como é o caso de «Administração Pública» — ora abreviada «AP», ora por extenso, ora com letra maiúscula, ora deixando a maiúscula só para a Administração, ora com minúscula. Isto para não falar, aqui e acolá, nas faltas de correspondência na frase entre o sujeito e o predicado ou entre o

sujeito e os complementos — a base da decisão *são* exclusivamente... (p. 594); estudos de impacto que se insere... (p. 461); ...

Ainda quanto às questões de ordem formal, refiro a por vezes deficiente ligação entre o texto e as notas, o que leva o leitor a encontrar nestas a problematização de temas mais importantes do que os que são apresentados no texto principal, como acontece com os desenvolvimentos sobre a discricionariedade (p. 201) ou sobre os actos constitutivos de direito (p. 203).

### III

Passando às de ordem material e apreciando na generalidade, começarei por criticar a filosofia de fundo em que assenta a tese, enquanto parte de uma compreensão segundo a qual as ciências naturais por si designadas como «exactas» (p. 231) consistem em verdades objectivas simples e que basta, por exemplo, ouvir o testemunho de um biólogo, de um geólogo ou de um físico para se saber tudo o que interessa acerca da existência humana, das qualidades da terra ou da propagação da luz ou do som. Ora, pelo contrário, os resultados das ciências não têm uma validade e uma verdade transcendentes e, em consequência, não podem ser uma força de legitimação na sociedade em que vivemos, como o Senhor candidato pretende. A necessidade especial de mediação entre o cientista e as suas fórmulas — aparentemente misteriosas e indecifráveis — e o comum dos mortais, a fim de compreender a sua linguagem esotérica, faz esquecer o essencial, i.e., faz esquecer que a ciência não tem qualquer qualidade sagrada nem está acima da sociedade. Não é uma verdade objectiva e sim uma instituição social por excelência, reflectindo e reforçando os valores dominantes e as visões da sociedade em cada época histórica. KLAUS BOSSELMAN, na sua tese sobre o Estado de Direito Ecológico para que, em seu entender, se caminha — *Im Nahmen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, 1992 — e na qual fala de uma ciência do futuro, o Autor conclui, no entanto, não haver qualquer separação entre realidade e sentido, separação que, como expressamente afirma, só existe «na cabeça de quem acredita no conhecimento científico neutro a valores» (p. 30).

Por seu turno, em estudo recentemente traduzido para o português, o biólogo Lewontin acrescenta que as influências ideológicas e políticas atravessam a ciência, envolvendo-a de subtilezas, sob a forma de exigências sociais básicas, influências de que os cientistas não estão completamente cientes, e que têm um efeito profundo na forma das explicações que, por sua vez, servem de reforço às atitudes sociais fundadas em tais explicações. E Lewontin dá exemplos, sendo um dos mais impressionantes o do nascimento e desenvolvimento do método híbrido na produção das plantas, findo o qual remata: «o que nos aparece mistificado sob a máscara da ciência pura e do conhecimento objectivo acerca da natureza é política, economia e ideologia social». As palavras são suas. E isto para não falar na cultura do «medo da ignorância» para que Tom Wakeford alerta, demonstrativa da relevância de os cientistas admitirem lacunas de conhecimentos ou incertezas das suas previsões.

É perante este quadro que se impõe ter, sobre a ciência, «um cepticismo razoável», não aceitando acriticamente, como realidade acima de qualquer suspeita ou erro humano, as informações, as explicações, enfim, os resultados a que a ciência chegue. A expres-

são idiomática inglesa: «when science speaks, let no dog bark» (= quando a ciência fala, não se deixa o cão ladrar), não pode, pois, ser mais do que é: uma expressão idiomática, forjada a partir da linguagem técnica científica. Nada mais.

Ora, imbuído de uma confiança sem limites no parecer técnico de avaliação de impacto ambiental, o Senhor candidato procura despojar o órgão decisório que aprova o projecto sujeito a tal parecer de toda a capacidade de intervenção autónoma, sequer possibilitando o detectar no referido parecer técnico de um erro manifesto, de uma insuficiência argumentativa ou de uma incongruência na fundamentação. Isto para não falar na impossibilidade de o órgão decisório intervir na partilha dos custos de incerteza que de um parecer técnico podem resultar, custos que, como o administrativista suíço Pierre Moor vem ensinando, devem ser repartidos através de soluções «souples», nas quais perspectivas não técnicas devem também intervir. Porque a decisão final tem muitas vezes de ser um compromisso de repartição de incertezas, construída através de cláusulas acessórias diversificadas, de cariz não exclusivamente técnico.

Ao arrepio do que se acaba de afirmar, e fundado na sua crença na objectividade da ciência, o Senhor candidato transforma-a inclusivamente em meio de legitimação social, com o que tudo isso acarreta. Com efeito, e através de um esforço interpretativo de correcção legislativa, transforma o parecer técnico, considerado na ordem jurídica portuguesa como não vinculativo (artigo 98.º do CPA), em parecer «vinculativo», com as consequências inerentes, nomeadamente no âmbito do contencioso — questão a merecer problematização dogmática seria, neste particular, a de saber qual a caracterização jurídica do parecer, bem como a de saber se o recurso jurisdicional do parecer técnico está ou não dependente da prática do acto administrativo que põe termo ao procedimento autorizativo, questões pertinentemente colocadas pelo mestre Pedro Gonçalves, em estudo recente sobre o assunto, e que ficaram por abordar pelo Sr. candidato.

À confiança de base na objectividade da ciência alia-se uma outra pré-compreensão, igualmente presente em toda a tese: a desconfiança relativamente à Administração.

Se quanto à Legislação nenhum estigma lhe obscurece o horizonte, chegando a aparecer como «pessoa de bem e sabedora» (sic) (p. 253, nota), já a Administração é permanentemente confrontada quer com a exclusão ou limitação da sua acção quer com o fantasma do controle jurisdicional. Daí que, ao elenco dos princípios jurídicos constitucionais ou legais, que vinculam a Administração, o Senhor candidato acrescenta, para além do princípio da razoabilidade, o princípio da objectividade, cujo sentido não é, aliás, muito claro, e ao elenco dos vícios da actividade administrativa procura o Senhor candidato aditar os vícios de ponderação inerentes ao procedimento, bem como o vício de violação do meio (p. 258, nota 609).

Dentro do mesmo enquadramento, procura chamar a atenção para a necessidade de redefinir, «se não mesmo superar» (as palavras são suas — p. 259), a distinção entre actividade vinculada e actividade discricionária da Administração, o que me parece, em si mesmo, um esforço louvável, inscrito numa evolução de pensamento iniciada em Portugal pelo Prof. Doutor Rogério Soares, nos anos sessenta. Mas quando se esperava que, pela positiva, reconstruísse paulatinamente a actividade administrativa dentro do Estado, no aludido quadro de redefinição ou superação daquela que é a tradicional dualidade de tensão convivente da referida actividade, logo a expectativa é gorada: o que ao Senhor candidato interessa é somente dissolver a dualidade vincula-

ção/discricionaridade para permitir a ampliação do controle judicial da Administração ao mérito da acção administrativa.

Ora, salvo o devido respeito, reflectir sobre o problema da vinculação legal da Administração e do exercício do poder discricionário sob o exclusivo prisma do controle judicial corresponde a uma visão distorcida da Administração — Administração como um mal que é preciso combater — e impede que se faça a construção da Administração como poder, no quadro de um Estado de Direito fundado no princípio da separação de poderes.

Se subjacente ao seu pensamento está uma ideia de «crise» da Administração, como aliás hoje também se fala em «crise do juiz», então cumpre reconhecer, como no último texto publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência reconhece o Prof. Doutor Castanheira Neves, que o decisivo nessa crise não é tanto o problema estrutural, seja ele de índole política — de organização, institucional ou de legitimação decisória — seja de índole estatutária, seja de índole funcional. O decisivo é o problema intencional e do sentido, é o problema interno, ou, numa outra perspectiva, o decisivo é o momento constitutivo quer da Administração, quer do Judicial. E porque é assim, a compreensão desse momento constitutivo deve partir da perspectiva do homem como pessoa, do homem no «seu direito» e na «sua responsabilidade», capaz de reivindicar a importância de uma axiológica normatividade que se realize diariamente no histórico-concreto através de uma instituição cujo sentido exige a divisão dos poderes estaduais, além do mais, em Administração e Judicial. Estes, na respectiva mediação judicativa, se de um lado partilham da realização do direito na interacção comunitária, de outro, por força do sentido constitutivo que os molda, intervêm em áreas de mediação autónoma, auto-excluindo-se. Por isso, hoje, a reserva da Administração é um conceito-chave da teoria geral do Estado e do Direito Administrativo, particularmente importante no relacionamento da Administração com o Judicial, tal como em tempos foi importante, neste relacionamento, a dualidade gracioso versus contencioso ou interesse legítimo versus direito subjectivo, e, mais recentemente, a dualidade discricionariedade versus vinculação ou mérito versus legalidade, em qualquer caso sinais de um campo de tensão sempre presente no Estado e no Direito, correspondentes a uma representação histórica mutável.

De tudo resulta que fora de um eventual quadro constitucional expresso de reserva da Administração, os limites do controle jurisdicional desta tenham de ser limites estabelecidos, previamente definidos na lei, limites que, onde começam, fazem acabar o que é limitado e, logo, determinam a mudança de titular do responsável último pela acção, como escreveu, em 1942, paradigmaticamente, o Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, meu professor, perante cuja memória me curvo.

Ora é toda esta problemática que passa à margem do texto em análise, levando, inclusivamente o seu autor a falar da reserva da Administração como de uma «pretensa reserva da Administração» que — e cito — «não deve ser invocada com um fim oposto à garantia de justiciabilidade» (p. 259). Em suma, superada a diferenciação entre a discricionariedade e vinculação legal, e sem outros aprofundamentos, fica aberta a possibilidade para que toda a acção da Administração, na sua responsabilidade última, mude de titular, passando para o Judicial, e, concretamente, para os tribunais administrativos, perante os quais o Senhor candidato não tem, apesar da aludida «crise do juiz», as inimizades e a desconfiança que arreigadamente nutre pela Administração.

Ainda na generalidade, uma palavra para registar uma ausência nesta dissertação: a ausência de uma análise organizacional da Administração, capaz de compreender e redimensionar juridicamente as relações interorgânicas, que se reflectem no procedimento, bem como os fenómenos de participação dos interessados e de participação cívica.

Com efeito, o relevo dado ao procedimento no âmbito do Direito do Ambiente não pode fazer esquecer os problemas que o relacionamento interorgânico pode ocasionar neste campo, e que se não solvem por apelo puro e simples às clássicas relações de tutela, de superintendência e de hierarquia, bem como os problemas que ao órgão administrativo decisor se apresentam quando se confronta com fenómenos participativos conflituosos.

Acresce que a focalização das questões organizacionais na área do Direito do Ambiente, em redor dos institutos clássicos, desvia a atenção do essencial e cria indesejáveis relações de tensão interorgânica (*Spannungsverhältnisse*). A «armadura institucional» da protecção do ambiente é exigida pela nova compreensão constitucional dos direitos fundamentais, dotando a Administração de uma rede interna de ligações que não só traduzem o cumprimento de tarefas estaduais como procuram dar forma a soluções compromissórias com gerações futuras.

Era essa armadura institucional que importava estudar e aprofundar nas suas relações recíprocas e no seu reflexo procedimental. As diferentes entidades públicas prosseguem, no âmbito do ambiente, interesses públicos concorrentes, as mais das vezes conflituantes, que se encontram, em abstracto, em planos que ora são de igualdade ora de supra-infra-ordenação, pelo que frequentemente as questões de conflito só no «histórico-problemático-concreto» podem e devem ser solucionadas — estou a pensar em projectos com impacto ambiental transfronteiriço (p. 732-3) lado a lado com projectos de particular relevo para o património municipal.

Acresce que, e perante o bem que urge proteger, a complementaridade, a solidariedade, o equilíbrio e a harmonia devem ser as marcas das relações interorgânicas, devem inspirá-las, o que se inscreve numa linha completamente diversa da tradicional relação de fiscalização que caracteriza a tutela, da tradicional relação de orientação que caracteriza a superintendência e da tradicional relação de comando que caracteriza a hierarquia. Daí que a função de coordenação (*Koordinationsfunktion*) da actividade de diferentes entidades dotadas de poder público, a função de integração (*Integrationsfunktion*) numa acção única, bem como a função de concertação ou de encontro de soluções concertadas estejam na ordem do dia, merecendo uma atenção que não lhes foi conferida pelo Senhor candidato, porquanto todas se repercutem no espaço procedimental.

É certo que, a páginas 628-9, alude ao problema organizatório, exigindo uma correcta cooperação-coordenação entre os ministérios, mas conclui «a sede de ponderação dos interesses deve ser, porém, o procedimento e não este ou aquele sujeito público... o que impõe um novo figurino legislativo deste instituto». E a pergunta fica no ar: qual figurino? Como é que deve ser desenvolvida procedimentalmente a colaboração interorgânica? Mais. Como é que, por seu intermédio, se deve atingir a decisão?

Tenha-se presente que da recolha completa dos elementos factuais ao longo do procedimento de impacto ambiental e da individualização e compreensão integrada dos interesses em presença pode resultar um profundo conhecimento da situação, bem como

dos valores presentes no momento da decisão. Mas a verdade é que — e aqui reside a maior angústia de quem decide — dos interesses e dos valores não resulta ou não se pode retirar a decisão sobre eventuais conflitos de interesses ou de valores e, quantos mais interesses e valores se perfilarem, maior será a tendência para a conflitualidade e, logicamente, para o caos ao nível da decisão. Vale isto por dizer que o conhecimento do enquadramento valorativo da decisão não produz a decisão e que a amplitude e complexidade de interesses, longe de porem termo à decisão, tornam-na mais difícil, fazendo intervir, quantas vezes de um modo necessário, poderes de desempate, que ponham termo ao que Niklas Luhmann sugestivamente apelida «escolhas dramáticas». Isto sob pena de a ênfase dada ao procedimento de ponderação de interesses e de recolha de informações e pareceres poder redundar num retardamento ou ausência da tomada de decisão, quando não, no extremo, na apropriação indevida da competência para a tomar.

Para o Senhor candidato, porém, aceite que está a objectividade da ciência e a vinculação do parecer de avaliação de impacto ambiental, o campo de tensão entre a economia e o ambiente resolve-se dando primazia a este último, sem particulares angústias. Não há escolhas dramáticas e, logo, a exigência de fazer intervir órgãos com poderes de desempate. Por outras palavras, em sem entender a tensão entre a economia e as ciências naturais não é decidida pelo direito. Como que a realização do direito se encontra fora deste campo de tensão, diluída simplesmente no procedimento que a ela conduz. Daí que o não cativem princípios que operam a nível decisório e implicam selectividade ou modulação das decisões, como o da gradualidade do interesse público presente nos bens ambientais, o princípio da concordância prática dos valores em presença ou da unidade tendencial do regime de protecção do ambiente.

Se ao que se acaba de referir se acrescentar a temática da participação dos interessados e do público em geral no procedimento, que o mesmo vale por dizer, se o procedimento se abre ao domínio do diálogo ou da comunicação, o quadro tende a complicar-se ainda mais. Isto porque, por definição, o campo da comunicação não é o campo das certezas, mas o do contingente, do risco, da expectativa.

Mas se a participação é necessária, porquanto produz a densificação normativa que a lei exige, não surpreende que se tenha necessidade de expressamente mencionar uma expectativa-base sobre a qual a interacção social se tem de construir e que é esta: todos os participantes devem agir com lealdade, todos devem actuar com boa fé. Corresponde à longínqua ideia medieval de fidelidade na interacção social, àquilo a que o saudoso Prof. Doutor Baptista Machado designava por «pretensão de verdade e de autenticidade da conduta» e a que recentemente o Prof. Doutor Boaventura de Sousa Santos chama «lealdade inerente ao espaço de cidadania». Só por seu intermédio é possível criar o clima de confiança, o princípio ético-jurídico fundamental, a zona de segurança em que a compensação da menor densidade de programação legal se pode validamente produzir. O uso de estratégias e artimanhas no fornecimento de dados, a malícia da argumentação e a argumentação falaciosa pervertem as relações entre os particulares e a Administração Pública e impedem que se atinjam os objectivos de legitimação da acção administrativa, no quadro da decisão que põe termo a um procedimento de impacto ambiental.

Ora, em momento algum da dissertação a problemática acabada de expender é aludida, e é pena, porque se ela é importante no quadro da intersubjectividade onde o

direito se apreende e consome, ela é basilar num procedimento autorizativo em que a participação dos interessados e dos cidadãos ocupa papel fulcral, como aliás o Senhor candidato reconhece.

Neste quadro, ocorre ainda perguntar qual deve ser o peso relativo das sugestões do público em geral — cidadãos — perante os pareceres técnicos no procedimento de impacto ambiental. Ao analisar o regime jurídico norte-americano, o Senhor candidato considera que, nele, subsistem dúvidas «sobre a força jurídica das referidas observações e sugestões e da sua influência na avaliação definitiva do projecto» (p. 417), acrescentando, no entanto, que o «recurso a técnicas sofisticadas de apoio à decisão... foi progressivamente esmorecendo em favor dos elementos participativos» (p. 438-9).

Mais adiante, e quanto ao regime jurídico português, o Senhor candidato refere-se à participação como uma forma dos intervenientes disporem do «problema administrativo», uma vez que oferecem informação adicional sobre os factos, em grande medida orientadores da instrução do procedimento (p. 628), contribuindo, assim, para a formação da decisão administrativa e para um controlo mais intenso do juiz administrativo (p. 625). Simplesmente, e de um lado, um aumento das alternativas decisórias torna a decisão mais complexa e não é a intervenção necessária dos princípios gerais do direito que a simplifica ou lhe retira cunho dramático. Pelo contrário. Estes princípios orientam-na na tomada da decisão, mas deixam-na com acrescida responsabilidade no momento crucial da escolha. Daí que o princípio do envolvimento da comunidade e da responsabilização merecessem maior detalhe.

Igualmente por problematizar ficou o peso relativo da participação da comunidade na determinação da qualidade estética da paisagem que está prestes a sofrer uma obra que a desfigura.

Não esqueço que o Senhor candidato alude, na página 738, à necessidade de privilegiar o lado estético do impacto ambiental, procurando uma integração dos critérios objectivos e dos subjectivos, acrescentando que as aproximações subjectivas se exprimem fundamentalmente no momento participativo do procedimento, enquanto que as objectivas se reflectem no parecer de avaliação do impacto ambiental. O que ficou por referir, porém, e de novo, foi qual o seu peso relativo na decisão: deverá, em seu entender, ter-se também por vinculativo da decisão administrativa, a exemplo do parecer técnico, ou simplesmente como elemento de ponderação, caso em que admite então a responsabilidade subjectiva da Administração pelo momento estético? Em nota, afasta liminarmente o recurso a uma consulta popular referendária, proposta por um projecto legislativo italiano (p. 698), mas como não dá explicações para a rejeição, fica sem resposta a questão de saber porque afasta o juízo estético final da comunidade e o entrega à Administração, bem como a questão de saber como é que o seu princípio da objectividade da actividade administrativa vai funcionar no quadro de um juízo que, como Kant definiu na obra «A crítica da faculdade de julgar» é «aquele em que, por excelência, se revela a intersubjectividade», aquele em que, «partindo do sentimento pessoal de prazer, afirmo a universalidade deste sentimento, a sua verdade para todo e qualquer sujeito» (fim de citação). Como fica sem resposta a questão de saber se, também aqui, admite o controle jurisdicional, e, em caso afirmativo, em que termos.

## IV

Passo agora à apreciação na especialidade da dissertação apresentada pelo Senhor doutorando Luís Filipe Colaço Antunes, concentrando a minha atenção em três questões. Em primeiro lugar, o problema dos actos constitutivos de direitos.

Insurge-se o Senhor candidato contra a demasiada amplitude da definição do acto constitutivo de direitos, constante do artigo 140.º do CPA, manifestando-se a favor do entendimento mais restritivo defendido, há mais de três décadas, por Robin de Andrade (p. 203 e p. 546). Pergunto-me, no entanto, em face do regime jurídico desta modalidade de actos administrativos, e tendo presente as posições que ao longo da dissertação vai tomando em defesa do ambiente, que melhor seria questionar o próprio regime da revogabilidade desses actos, como tem vindo a ser feito na doutrina alemã recente, precisamente na área do ambiente. Isto porque se antes se entendia, sem discussão particular, que uma autorização administrativa ilegal ao fim de um ano se tornava irrevogável, porque não prejudicava grandemente a colectividade, hoje pergunta-se, tendo presente os interesses que se escondem por detrás, p. ex., de uma autorização para construir ou de uma autorização para o funcionamento de uma indústria, se a irrevogabilidade continua a manter plena justificação.

Apercebendo-se da situação, o legislador português tem tentado resolvê-la não actuando directamente sobre o regime jurídico dos actos constitutivos de direitos ilegais mas eliminando a própria possibilidade de estes se formarem. Como? Enxameando o ordenamento jurídico da cominação de nulidade para as ilegalidades praticadas pela Administração. Ou seja, dá por um lado o que pelo outro retira. Mantém a natureza garantística do ordenamento através de um conceito amplo de actos constitutivos de direitos e de um regime de revogabilidade altamente favorável aos particulares. Mas esvazia-a de conteúdo ao cominar a nulidade, e, logo, a improdutividade de efeitos, para as ilegalidades dos actos administrativos.

Tudo isto merecia e deveria ser trabalhado e aprofundado pelo Senhor candidato.

Uma reflexão madura sobre o tema permitir-lhe-ia, estou certa, dar depois pistas de solução «nuancées» ao problema dos actos tácitos de deferimento e ao problema da natureza favorável dos pareceres de impacto ambiental não proferidos no prazo legalmente determinado para a sua emissão, problema com que se debate numa longa nota (p. 208 e ss.). Pistas de solução que, desde logo, deveriam passar pela distinção entre as duas modalidades de invalidade dos actos administrativos: a anulabilidade e a nulidade, na sua ligação com a formação do acto tácito, a qual tão-pouco foi feita pelo Senhor candidato. Na verdade, afirma: «a conformidade com o ordenamento não é só um requisito para a validade do acto, mas também para a produção do silêncio». E continua, sem distinguir: «não tem cabimento o silêncio positivo «contra legem» (p. 209). Ora bem. Em meu entender, a afirmação diz mais do que pretende e deixa a dúvida: então se o acto expresso correspondente é meramente anulável não pode formar-se um acto tácito? Não deve esta situação autonomizar-se daquela em que o acto expresso correspondente é nulo? Diferentemente do que acontece com a anulabilidade, a nulidade é uma invalidade caracterizada pela não alteração da ordem jurídica, daí que aceitar a formação de um acto tácito de conteúdo positivo pelo decurso do tempo nestes casos seria reconhecer o paradoxo de a lei dar forma a uma realidade por si não valorada.

Também aqui faltou, pois, na dissertação, um aprofundamento necessário.

Passo agora à segunda questão a que acima aludi, chamando a atenção para a confusão que o Senhor candidato estabelece entre elementos do acto e requisitos do acto. Com efeito, enquanto estes últimos são condições de validade do acto, já os primeiros são condições da sua existência. Se tivesse presente esta distinção, estou certa de que não só seria capaz de estabelecer a diferença necessária entre actos tácitos anuláveis e situações de impossibilidade de formação de actos tácitos, como também não concluiria que a falta do parecer de avaliação de impacto ambiental no procedimento administrativo que o impõe acarreta a nulidade do acto de licenciamento por violação do artigo 133.º, n.º 1, do CPA, enquanto esta norma legal comina a nulidade para os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais (p. 708).

Finalmente, a terceira questão, referente às medidas preventivas. Não vou, é claro, chamar aqui a atenção para a consagração constitucional, em Setembro de 1997, de uma tutela jurisdicional que passa pela determinação judicial de providências cautelares adequadas, tão importantes para o Direito do Ambiente, nem para a recente consagração legislativa dessa norma constitucional, no passado dia 15 de Maio — Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de Maio —, da qual muito legitimamente se pode esperar. Mas para lembrar ao Senhor candidato uma norma, constante de um diploma de 1991, precisamente na área do Direito do Urbanismo, e que, a vários títulos, lhe poderia ter dado sugestões ao seu trabalho. Trata-se da suspensão imediata dos efeitos do acto administrativo por força da interposição de recurso contencioso de anulação pelo Ministério Público — artigo 53.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro. Os actos administrativos em causa são os de licenciamento de obras particulares não precedidas de consulta, quando esta é legalmente exigida, bem como os actos de licenciamento contrários a consulta vinculativa ou violadores de planos de ordenamento do território ou de urbanização em vigor.

E digo a vários títulos, pois deste normativo emanam sugestões diversificadas que mereciam ponderação. Em primeiro lugar, nele se contém uma excepção a uma regra de há muito consagrada no Direito Administrativo — a da não suspensão automática de efeitos do acto contenciosamente recorrido; em segundo lugar, e a partir de 1994, altura em que foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro —, dele resulta a aceitação da análise pelo tribunal administrativo de um «fumo de bom direito». Isto para não falar no importantíssimo papel que, por seu intermédio, o Ministério Público desempenha na área do ordenamento do território, do urbanismo e do ambiente, em defesa da legalidade democrática (artigo 219.º, n.º 1, da Constituição), figura que é completamente olvidada na sua dissertação.

Em «O jardim dos caminhos que se bifurcam», em boa hora traduzido para o português, Jorge Luís Borges mostra, com a sua mestria, quantas ideias ficam na sombra, sem se verem, algo que tão bem descreveu: «propus várias soluções; todas insuficientes. Discutimo-las; por fim, Stephen Albert disse-me: Numa adivinha cujo tema é o xadrez, qual é a única palavra proibida? Reflecti um momento e respondi: a palavra xadrez. Precisamente, disse Albert». O seu texto fez-me lembrar Jorge Luís Borges. Num ordenamento como o nosso que, na jurisdição administrativa, tem esta importante figura, sem paralelo noutros ordenamentos, que é o Ministério Público como recorrente de actos administrativos ilegais, defensor não de direitos subjectivos ou interesses legítimos

timos mas da lei e do direito, estranho que não tivesse explorado as suas potencialidades na dissertação, tendo em conta as características do bem que no procedimento de impacto ambiental se pretende defender. Mas estranho também que, a não se essa a sua opinião, não tivesse criticado esta figura, demonstrando a sua imprestabilidade ou diminuta utilidade nesta área. Deixá-la na sombra, porém, sem qualquer menção, não permite retirar a conclusão que Jorge Luís Borges extraiu a propósito do tempo, a ideia que está na penumbra no texto, já citado: «omitir sempre uma palavra é talvez o modo mais enfático de a indicar» (fim de citação).

Bom. É hora de terminar. Peço-lhe que encare as críticas que lhe dirigi como expressão do respeito que a sua dissertação me mereceu.

E concluo dizendo que, embora partilhe do seu entusiasmo em defesa do ambiente, mantenho em relação a essa defesa o mesmo cepticismo razoável que há pouco mencionei ter perante a ciência. Isto porque, se é certo que cada sopro nosso retira oxigénio ao mundo, não menos certo é adicionar-lhe ele dióxido de carbono. Ora, como Mort Stahl, a propósito, lembrou: «não interessa quão cruéis, indecentes e maus podeis ser; de cada vez que respirais fazeis feliz uma flor» (*apud* Lewontin, p. 125).