

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- **M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **Miguel Teixeira de Sousa**
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- **Pierluigi Chiassoni**
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- **Aquilino Paulo Antunes**
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- **Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- **Catarina Salgado**
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- **Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- **Elsa Dias Oliveira**
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- **Francisco José Abellán Contreras**
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

A interpretação no momento ambiental

Interpretation in the environmental moment

Rute Saraiva*

Resumo: A actividade do intérprete de normas ambientais, para além de incluir a generalidade dos métodos e princípios hermenêuticos tradicionais, insta ainda à equação de uma hermenêutica especial de viés ambiental que permite uma maior adequação às características muito próprias da questão ambiental e uma maior efectividade do Direito Ambiental. Assim, para a edificação e sedimentação de um Estado de Direito Democrático Ambiental, importam os princípios gerais de Direito Ambiental, a estruturação multi-nível da legislação ambiental e o papel fundamental da transformação informal do Direito ambiental na hermenêutica. A sustentabilidade e a integração conferem uma perspectiva holística e sistémica que obriga a fugir à simples interpretação literal e promove uma ponderação de proporcionalidade entre os pilares ambiental, económico, social e cultural do desenvolvimento sustentado que afaste pré-compreensões e *wishful thinkings* tão frequentes em interpretações demasiado engajadas (e por isso incorrectas e inefectivas) das regras ambientais.

Palavras chave: Ambiente, Estado de Direito Ambiental, Interpretação, Fontes, *Hoft Law*.

Abstract: The activity of the environmental norms interpreter, in addition to including most traditional hermeneutic methods and principles, also calls for a special hermeneutics with an environmental bias that allows for greater adaptation to the very specific characteristics of the environmental issue and greater effectiveness of the Environmental Law. Thus, for the construction and sedimentation of a Democratic Environmental Rule of Law, the general principles of Environmental Law, the multi-level structuring of environmental legislation and the fundamental role of the informal transformation of Environmental Law in hermeneutics matter. Sustainability and integration provide a holistic and systemic perspective that forces us to escape simple literal interpretation and promotes a proportional balance between the environmental, economic, social and cultural pillars of sustained development, removing pre-understandings and wishful thinking so frequent in interpretations too engaged (and therefore incorrect and ineffective) of environmental rules.

Keywords: Environment, Environmental Rule of Law, Interpretation, Sources, *Hoft Law*.

* rutesaraiva@fd.ul.pt. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Inefectividade do (do Estado de) Direito Ambiental e a interpretação posta à prova; 2.1. Um Direito simbólico; 2.2. Em busca de um Estado de Direito Ambiental; 3. Complexidade e circularidade no sistema de fontes e reflexos hermenêuticos; 3.1. Princiologia bipolar; 3.2. Adaptação das fontes e a caminho da *hoft law* ambiental; 4. Considerações finais.

1. Notas introdutórias

A temática da interpretação das regras jurídicas alimenta há muito o debate entre os juristas e os filósofos do Direito que vêm oscilando entre abordagens mais ou menos jus-naturalistas e jus-positivistas.

Ora, numa sociedade globalizada de risco tecnológico e ambiental, os desafios para o Direito vêm-se multiplicando e, pelas suas características novas, obrigam inevitavelmente a um repensar dos institutos e métodos jurídicos e à refundação do paradigma de Estado, de Direito e, conseqüentemente, de hermenêutica jurídica.

A protecção ambiental demonstra bem os limites dos modelos tradicionais e promove, pelas questões e perplexidades que causa, a procura de uma reformada racionalidade jurídica. Com efeito, a inefectividade positiva e empiricamente observada do (Estado de) Direito Ambiental ao nível nacional e internacional implica um olhar renovado quanto às fontes e à sua paulatina (r)evolução.¹ Só com este périplo se poderá compreender melhor o impacto no plano da exegese e da hermenêutica de modo a lhe conferir um viés ambiental.

2. Inefectividade do (do Estado de) Direito Ambiental e a interpretação posta à prova

A sociedade hodierna vive num contexto de policrises interligadas entre si que atravessam o espectro político, cultural, religioso, sócio-económico mas também ecológico, destapando uma espécie de doença evolucionária devido a um desenvolvimento mecânico e tecnológico exponencial gerador de uma dissociação

¹ Retomam-se, nalguns pontos deste trabalho, considerações feitas ao longo do nosso RUTE SARAIVA, *A Herança de Quioto em Clima de Incerteza. Análise Económica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado*, Tese de Doutoramento, FDUL, Lisboa, 2009 e de RUTE SARAIVA, *A Aposta no Desenvolvimento Sustentado. Breve perspectiva, em especial no âmbito do Direito internacional*, Tese de Mestrado, FDUL, Lisboa, 2001.

identitária e de um afastamento do homem de si mesmo, da sua comunidade e do seu planeta.

Na busca de uma terapêutica, numa sociedade de risco omnipresente, eleva-se, sobretudo a partir da década de 70 do século XX, a construção demorada e reflexiva de uma consciência ambiental holística que tenta reconciliar um mundo clástico e veloz com um ambiente natural, sistémico e mais lento. A arquitectura de um Direito Ambiental e a aspiração a um Estado de Direito Ambiental representam instrumentos cruciais deste esforço, ainda que revelem inefectividade e/ou *wishful thinking*, projectando e testando uma lógica integradora na interpretação normativa.

2.1. Um Direito simbólico

A capacidade auto-reflexiva sobre a incalculabilidade dos perigos gerados pela modernização, enquanto fenómeno cultural e social historicamente contextualizado, força o Direito a encontrar caminhos para prevenir e gerir riscos que parecem conduzir para um estado de emergência ambiental com ameaças tanto locais como globais.

Não deixa porém de ser curioso e quase irónico registar dois paradoxos concomitantes da contemporaneidade: de uma banda, o apogeu do sistema causa e coincide com a sua crise; da outra, a proliferação da legislação e de instrumentos ambientais concorre com a sua inefectividade.²

Com efeito, não só se vem expandindo admiravelmente o conhecimento científico-tecnológico como reforçando criticamente as bases da ciência jurídica. Os esforços positivistas, mesmo se mitigados no pós-Segunda Grande Guerra por um ressurgimento do jusnaturalismo, deixam marcas indelectáveis na hermenêutica e dogmática jurídicas que ainda esmagam alguma criatividade e componente artística do Direito em nome do fortalecimento da sua “seriedade”.

Por outro lado, a multiplicação de legislação ambiental nacional e internacional, a mais das vezes reactiva, assim como o esverdeamento transversal dos ordenamentos jurídicos, designadamente com transplantes indiscriminados e contaminantes de conceitos e/ou princípios da moda e de natureza e objecto enevoados como o “desenvolvimento sustentável” (veja-se a Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, nos seus artigos 62.º n.º 2 e alínea a) do 81.º), acontecem ao mesmo tempo do depauperamento mais ou menos irreversível

² No mesmo sentido, GABRIELA NAVARRO, *Hermenêutica filosófica e direito ambiental: concretizando a justiça ambiental*, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 20.

e transversal dos recursos comuns, do clima à biodiversidade. Os exemplos são so-
bejamente denunciados, observados e conhecidos, pelo que se abstém de os enumerar
e aprofundar.

A inefectividade empiricamente verificada, nos planos nacional e mundial,
emerge tanto através de uma crise ambiental mas igualmente de um enfraquecimento
recente do Direito Ambiental e a sua positivação, destapando distorções de *wishful
thinking* e pré-compreensões (muitas vezes extremadas) dos intérpretes.

No que respeita a primeira, intimamente associada a uma crise civilizacional
que suscita múltiplas motivações concorrentes, dos problemas humanitários ao
terrorismo, passando pela fragilidade dos sistemas financeiros, a questão não reside
tanto na efectividade jurídica, pois as normas em vigor são válidas e eficazes mas
na sua efectividade social pela sua não aplicação nem cumprimento pelos agentes
dentro e fora do mercado, públicos e privados. Afinal, eminentemente sensíveis
aos preços, os consumidores preferem bens mais baratos para satisfazerem as suas
necessidades mesmo se estes resultam de *dumping* ambiental; os produtores, por
seu lado, concentrados na redução dos seus custos, em especial no curto prazo,
externalizam os danos ambientais; e o Estado, mais ou menos capturado, mal
informado e apertado pela escassez de recursos, nem sempre prossegue a defesa
dos direitos e interesses ambientais, seja não aplicando nas suas próprias actividades
as regras ou não monitorizando e/ou sancionando devidamente os incumpridores
ao abrigo da sua tarefa e dever de protecção ambiental, resultantes, no cenário
lusitano, dos artigos 9.º alíneas d) e) e 66.º CRP.

A coercibilidade ambiental aparece então fragilizada com a frugalidade e
carácter simbólico das sanções impostas, quer no plano administrativo, como
judicial. Na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, não só nem sempre
a secção especializada em litígios do foro ambiental os analisa, como as decisões
condenatórias suscitam imbróglis argumentativos de forma a se evitar melindrar
o respeito pelo sacrossanto princípio da soberania dos Estados sobre os seus recursos.
Ademais, por questões de irreversibilidade e de custos elevadíssimos, nem sempre
são possíveis, por defeito, soluções de restauração natural. Ora, dificilmente uma
qualquer indemnização ecológica cobre a verdadeira extensão dos danos. Aliás,
não se estranha, face às peculiaridades do problema ambiental, mormente no plano
internacional sem verdadeiro juiz ou polícia e com disparidades sócio-económicas
e de desenvolvimento entre os Estados, uma preferência por sanções premiais em
vez de punitivas. Ou seja, opta-se, mais do que condenar as Partes, sobretudo as
mais debilitadas, por obviar as razões por trás do incumprimento e na lógica de
um princípio de responsabilidade comum mas diferenciada, através, entre outras,
de transferências de fundos, conhecimento, tecnologia e *know-how*.

Note-se, ademais, a prova “diabólica” nos conflitos ambientais. A atemporalidade, efeitos cumulativos e cruzados retardados e transfronteiriços, a complexidade do estabelecimento do dano e do nexos causal ou a invisibilidade de muitos dos riscos para além do conhecimento mutável, transdisciplinar e técnico-científico exigido a juízes não devidamente preparados para lidar com estes obstáculos geram dificuldades naturais em tomadas de decisão e jurisprudência incoerentes.

Acresce como explicação para a crise ambiental, curiosamente desacelerada, pelo menos no plano das emissões de gases com efeito de estufa, pela *débaçle* financeira de 2008 mais do que por qualquer esforço normativo ou interpretações jurídicas esverdeadas, o facto de o ambiente constituir em termos económicos um bem superior, estando a sua protecção associada a maiores rendimentos a partir de determinados patamares. Uma vez que a maioria da população mundial se situa em países em vias de desenvolvimento ou menos desenvolvidos, não se conseguindo um achatamento da curva de Kuznets ambiental, as externalidades negativas ambientais e as tragédias dos baldios irão acentuar-se. Afinal, as prioridades centrar-se-ão em torno do crescimento económico e do enriquecimento e não da qualidade ambiental. Assinale-se, porém, que não se trata apenas de um problema de um modelo capitalista³ nem de concepção cristã de homem como proprietário do planeta. Exemplos abundam ao longo da história que invalidam esta tese reducionista, da ilha da Páscoa aos países da Cortina de Ferro. Mais, não se trata também de uma questão meramente educacional ou de assimetrias informativas. Desde os anos 70 que a aceitação crescente e transversal do fim do mito de um balanço da Terra e de um planeta infinito vem trazendo, desde cedo, nos programas escolares, formação ambiental para uma consciencialização consolidada que se quer, mais do que passiva, activa. O consenso alargado em torno da defesa da causa ambiental no Rio 92 comprova bem que, de modo paradoxal, mais conhecimento não gera necessariamente uma alteração pró-ecológica do paradigma comportamental.

Não cabendo aqui desenvolver a temática em torno das causas intrincadas da crise ambiental, recorde-se como mais uma situação da inefectividade do Direito Ambiental, mas agora num nível menos concreto de vivência das consequências da degradação ecossistémica, um recente movimento de retrocesso nas conquistas legais em muito ligado ao marasmo económico-financeiro da última década mas também a simplificações administrativas ou de planeamento. Com efeito, em termos comparados, lembre-se o Código Florestal brasileiro que, nomeadamente, amnistia desmatamentos, ou a celebração de um Acordo de Paris para o Clima muito menos

³ Parcialmente contra, G. NAVARRO, *Hermenêutica filosófica*, p. 27.

operativo, vinculativo e substancial do que o seu antecessor de Quioto, e no plano nacional luso, por exemplo, a primeira alteração à Lei n.º 50/2006, de 31 de Agosto, pela Lei n.º 89/2009, que reduz principalmente os valores mínimos das coimas ambientais.⁴ Ora, se no Direito a reversibilidade é, em regra, aceitável e até prática comum, no plano ambiental, ao invés, a sua proibição em geral (ainda que com excepções fundamentadas numa procura adequada e necessária de equilíbrios entre interesses conflitantes) assenta não apenas em razões de segurança e previsibilidade jurídicas e de defesa de expectativas e de compromissos assumidos, em particular em áreas de equilíbrios instáveis, como com os olhos postos no objectivo máximo da sustentabilidade inerente à dignidade da pessoa humana, na precaução contra riscos graves (perigos) ou irreversíveis e uma solidariedade ambientada intra- e intergeracional, acautelando um nível elevado de protecção.⁵

Enfim, muitas das razões acima já enunciadas, *maxime* as que decorrem da natureza específica da questão ambiental, fomentam tal-qualmente falhas e inefectividade na positivação do Direito Ambiental e, portanto, na própria teoria e construção jurídicas. A incerteza, a ubiquidade do risco, a mutabilidade, a transversalidade, a dimensão técnico-científica ou a perspectiva intertemporal chocam com a tradicional positivação, gerando uma torrente reactiva e desgarrada de normas que respondem a cascatas de disponibilidade (*availability cascades*) e a pedidos emotivos e reagentes de regulação por parte do(s) Estado(s). Edifica-se, deste modo, um Direito Ambiental coxo e fragmentado, mesmo se no plano nacional a Lei de Bases do Ambiente (que não tem um equivalente no Direito Internacional do Ambiente) busca conferir alguma sistematização.

O Direito Ambiental apresenta-se mais como simbólico do que imperativo ou exequível, seja numa perspectiva de sinalização e de lembrete de um valor a equacionar de forma integrada nas várias políticas e no enquadramento jurídico luso e/ou internacional, seja com intenções de embrulhar as omissões dos agentes políticos como pretensas acções. No final, tomaram medidas, legislando. Se foram ineficazes, a responsabilidade não lhes poderá ser, pelo menos politicamente, imputada. Tanto mais será verdade quanto menos informado o Estado for e mais a regulação for capturada por grupos de interesse.

⁴ ALEXANDRA ARAGÃO, Desenvolvimento Sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012, p. 3. <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/25568/1/Alexandra%20Arag%C3%A3o%20%28Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20retrocesso%20ambiental%29%20com%20indice%20final%20corrigido%20Abril%202014.pdf>

⁵ Neste sentido, A. ARAGÃO, *Desenvolvimento Sustentável*, pp. 7 ss.

Por outra banda, os rasgos positivistas que subjazem ainda à compreensão e validação do Direito esbarram nas peculiaridades ambientais, trazendo ao de cima a sua inaptidão de conciliação com construções mais formais habituais. Com efeito, o formalismo, o subjectivismo, o individualismo, o antropocentrismo, a monodisciplinaridade e o patrimonialismo associados ao positivismo e a um modelo mais tradicional de Direito colidem, respectivamente, com a dimensão substancial e valorativa, a procura de um sentido para lá da vontade historicamente contextualizada do legislador, a solidariedade e abordagem de direitos colectivos de terceira geração, a dimensão intergeracional e/ou ecocêntrica, a transdisciplinaridade e a consideração eminentemente extrapatrimonial da questão ambiental.⁶

Assim, urge um repensar do Direito na sua globalidade de forma a se ultrapassar o mero simbolismo. Não basta emitir um decreto, elaborar mais um diploma legal nem introduzir, forçando, o ambiental no quadro já existente. É preciso provar a falência do paradigma existente para exigir-se, então, uma nova racionalidade, uma nova forma de pensar e sobretudo de interpretar o Direito, não tanto como a busca da vontade imanente e histórica, mas como uma capacidade criativa e evolutiva/adaptativa fundamental para tornar o Direito efectivo.⁷ Em suma, a inefectividade do Direito Ambiental obriga a um novo paradigma hermenêutico. Sublinhe-se, no entanto, que não se pretende promover e edificar uma nova hermenêutica ambiental cientificamente autónoma. Admitindo que tanto a linguagem como a hermenêutica jus-filosófica são universais, e até porque numa sociedade de risco tecnológico e ecológico tudo é ambiental e tecnológico (em última análise, com a ubiquidade e irreversibilidade das alterações climáticas desapareceu a distinção entre o natural e o artificial/institucional), então o que se deve prosseguir é a busca, dentro da hermenêutica jus-filosófica, de uma abordagem especial para o Direito Ambiental que tenha a capacidade de dar resposta aos seus desafios característicos por via de uma função transformadora dos factos e do Direito, mormente com um processo unificado e integrado que não separa os momentos de compreensão, interpretação e aplicação normativas.

Ora, esta hermenêutica contextual e contextualizada, bem mais ampla do que a simples exegese, conduz, inevitavelmente, a múltiplas respostas certas, mesmo usando-se todos e os mesmos princípios, o que se adequa à incerteza da questão ambiental e da sua complexa conjugação com a garantia de outros objectos jurídicos.

⁶ G. NAVARRO, *Hermenêutica filosófica*, pp. 20, 160; MICHELLI LINHARES DE BASTOS, *A contribuição da hermenêutica filosófica de Hans Gadamer para a interpretação do Direito Ambiental*, Anais da IX Mostra Científica do CESUCA, Faculdade INEDI, Cachoeirinha – RS, 2015, p. 5.

⁷ G. NAVARRO, *Hermenêutica filosófica*, p. 30; PEDRO CAMPANY FERRAZ, *Hermenêutica do Ambiente*, *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 05, n.º 01, 2006, p. 44.

Ademais, a interpretação, em especial em matérias tão política, ideológica e filosoficamente engajadas, muito dificilmente conseguirá ser neutra, evidenciando pré-compreensões do intérprete que se projectam, até como *wishful thinking* ou como viés do *status quo*, no objecto a interpretar, obrigando ao seu reconhecimento e tratamento crítico no exercício reflexivo contínuo entre sujeito-objecto-sujeito.⁸ Com efeito, na abordagem da compreensão, interpretação e aplicação do Direito Ambiental, mais do que noutros ramos, a visão do mundo, o enquadramento espaço-temporal e a ênfase em valores substanciais, *maxime* éticos, e a transdisciplinaridade forçam o intérprete a identificar-se criticamente, até pelo contexto de risco e incerteza que não controla nem entende, e a manter uma leitura aberta os preceitos. Assim, uma mesma norma pode ser lida, utilizando as mesmas regras interpretativas, de forma diferente por um ambientalista ou um não ambientalista, por um operador económico, um juiz ou a Administração, em Portugal ou no Brasil, hoje ou amanhã.⁹ Logo, o intérprete surge como co-participante interessado no processo criativo do Direito, promovendo a inesgotabilidade de sentidos e, por isso, uma maior flexibilidade e capacidade adaptativa a um novo modelo de Direito desafiador do paradigma tradicional e que exige, também, pelo menos em termos ideais, a edificação de um Estado de Direito Democrático Ambiental.¹⁰

2.2. Em busca de um Estado de Direito Ambiental

A introdução do debate ambiental alargado pelo Direito Internacional Ambiental na arena internacional mas ainda mais nas esferas soberanas dos Estados tem levado a que se venha discutindo a passagem, nas últimas décadas, para um modelo de Estado de Direito Ambiental (*maxime* uma Comunidade Internacional de Direito Ambiental).

Um pouco como no que respeita as sucessivas gerações dos direitos fundamentais, trata-se não de apagar o acervo conquistado mas de lhe acrescentar mais uma camada, cuja soma enriquece mas simultaneamente transforma o todo, num processo cíclico de transfiguração. Deste modo, busca-se manter e consolidar os elementos da *rule of law*, da democracia, da garantia dos direitos negativos e positivos e, para além do mais, alargar o seu escopo de acordo com a salvaguarda do valor intrínseco do

⁸ G. NAVARRO, *Hermenêutica filosófica*, pp. 183-185.

⁹ JOSÉ RUBENS MORATO LEITE / GERMANA PARENTE NEIVA BELCHIOR, O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica, *Sequência*, n.º 60, 2010, p. 310; P. CAMPANY FERRAZ, *Hermenêutica*, pp. 48-50.

¹⁰ P. CAMPANY FERRAZ, *Hermenêutica*, p. 45.

ambiente, operacionalizando-o na interpretação e na aplicação do Direito. Ora, por bem jurídico ambiente entende-se bens naturais e a sua interligação, de maneira a conferir um conteúdo à sua tutela e assegurar a sua utilidade e eficiência¹¹. Por outras palavras, o bem jurídico ambiente é complexo, agregando uma multiplicidade de bens ambientais naturais (autonomizáveis em termos jurídicos) e não se resume à sua soma na garantia de um equilíbrio ecológico. Dos preceitos constitucionais que vêm sendo chamados à colação e enfatizados pela alteração da Lei de Bases do Ambiente, o legislador esclarece a dimensão antropocêntrica mitigada do quadro legal, determinando a sua função teleológica. As referências ao património cultural, ao urbanismo e ao ordenamento do território devem ser lidas neste sentido. Mais, devem ser interpretadas no sentido de sublinhar a faceta transversal e integradora da matéria ambiental, patente, aliás, na alínea f) do n.º 2 do artigo 66.º. O legislador demonstra uma urgência em fechar o conceito de ambiente, acompanhando-o de concepções como natureza ou equilíbrio ecológico. Nos artigos 66.º n.º 1 primeira parte e n.º 2 alínea d) e 81.º alínea m) da CRP, da mesma forma que nos artigos 278.º, 279.º e 291.º do Código Penal ou no artigo 10.º da Lei de Bases do Ambiente é por de mais evidente o foco na estabilidade ecológica.

Destarte, o novo paradigma de Estado é, como decorre do ponto anterior sobre a inefectividade do Direito Ambiental, um processo em construção, um devir¹² se não mesmo uma utopia¹³ cujo objectivo reside na educação e divulgação da causa ambiental para a sua integração transversal e materialmente canibalizadora (no sentido em que esverdeia tudo) no enquadramento jurídico, nas políticas públicas e no quotidiano dos cidadãos e agentes económicos com a correspondente evolução social e institucional do Estado (e da comunidade internacional) de modo a acautelar o legado ambiental para as gerações vindouras. Assim, equacionando os três elementos tradicionalmente constitutivos do Estado (território, povo e poder político), pretende-se uma metamorfose que permita encaixar uma perspectiva ontológica de natureza contínua e holística do ser mas igualmente deontológica, de condutas ambientalmente correctas, quanto mais não seja, se não por um

¹¹ Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, p. 124.

¹² JOSÉ RUBENS MORATO LEITE / MATHEUS ALMEIDA CAETANO, *Breves Reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro*, in Heline Sivini Ferreira, José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano, *Repensando o Estado de Direito Ambiental*, Coleção Pensando o Direito no Século XXI, Vol. III, Editora Fundação Boiteux, Florianópolis – SC, 2012, p. 53.

¹³ BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, 7.ª Ed., Afrontamento, 1999, pp. 255 ss.

imperativo ético¹⁴, pelo menos por um argumento de pragmatismo num contexto de emergência ambiental.¹⁵

A concepção de território deve então ser alargada em duas frentes.

Em primeiro lugar, o território não deve ser reduzido a um pedaço de terra, água e ar limitado por fronteiras estabelecidas historicamente, por costume ou convenção. Deve incluir todos os elementos bióticos e abióticos que o compõem, além de componentes ambientais naturais como a paisagem.

Em segundo lugar, deve-se atender ao carácter transfronteiriço (e quase arbitrário em termos geográficos) do problema ambiental. Ou seja, deve-se atentar ao ambiente no e em torno do território nacional. Pense-se nas alterações climáticas, nos efeitos do buraco do ozono ou nas chuvas ácidas cujos impactos se espraiam no plano global e não necessariamente se contêm nas regiões que mais os provocam. Isto significa que, nesta época de segunda vaga de crise ambiental¹⁶ com riscos abstractos, difusos e deslocalizados, importa a cooperação internacional apesar do sacrossanto princípio da soberania estadual sobre os recursos ambientais. Aliás, a sua protecção, até para que haja bens sobre os quais se exerçam prerrogativas de autoridade, depende dessa colaboração e da procura do nível mais adequado da sua efectivação. Tal implica uma abordagem *top-down* em que o Direito nacional precisa de se alinhar com o internacional, inclusivamente em que a interpretação dos preceitos nacionais pondere e incorpore o acervo do Direito Internacional do Ambiente. Ora, a Constituição Portuguesa no seu artigo 8.º, em especial n.º 1 e 2, abre a ordem jurídica lusa a fontes internacionais sem necessidade de transposição. Todavia, três breves notas a este respeito. Por um lado, a não necessidade de transposição apenas significa que o Direito Internacional do Ambiente vigora directamente na ordem nacional mas não obvia a que seja preciso o desenvolvimento de legislação nacional para o concretizar até porque muitas das normas ambientais internacionais não são auto-exequíveis.¹⁷ Por outro, no caso do Direito convencional, considerando

¹⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional, *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, Barcelos, 2010. http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002

¹⁵ J. RUBENS MORATO LEITE / M. ALMEIDA CAETANO, *Breves Reflexões*, pp. 52 ss.

¹⁶ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português, in José Rubens Morato Leite e José Joaquim Gomes Canotilho (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2007.

¹⁷ No caso do Direito Europeu, em particular no que respeita a directivas, o Tribunal de Justiça da União, no Caso 32/05, *Commission vs. Grand Duchy of Luxemburg*, November 30, 2006, esclareceu que a implementação de uma directiva nos ordenamentos nacionais nem sempre depende

os requisitos do n.º 2 do artigo 8.º e os artigos 277.º n.º 2 e sobretudo 278.º n.º 1, o seu aparente valor infra-constitucional (apesar da potencial violação do princípio *pacta sunt servanda* que cabe no n.º 1 do artigo 8.º) pode limitar a extensão da invocação do Direito Internacional do Ambiente. No entanto, como este tem uma vocação essencialmente principiológica que é acolhida pelo n.º 1 do artigo 8.º e essa parece ter pelo menos um valor equivalente ao nível constitucional, a influência do Direito Internacional do Ambiente enquanto elemento interpretativo sai reforçada. Por fim, o facto de se preferir para os riscos ambientais difusos uma estratégia de cima para baixo não afasta de todo, quando adequado em concordância com o princípio da subsidiariedade, uma construção de baixo para cima, mormente em desafios localizados ou que dependem de acções locais e até individuais que explicam o mote “*think global, act local*”.

Já quanto ao elemento povo, similarmemente, impõe-se uma renovação e extensão. A incorporação na Lei Fundamental portuguesa, no seus artigos 66.º n.º 2 e 81.º alínea a), da importação internacional do desenvolvimento sustentável (que nunca é literalmente assumido como um princípio constitucional), assim como do princípio da solidariedade entre gerações na alínea d) do n.º 2 do artigo 66.º estende o povo para lá dos meros cidadãos nacionais coevos. Face à tantas vezes aqui repetida dimensão global e atemporal da problemática ambiental, há que incluir não apenas, numa perspectiva intra-geracional, em termos potenciais, os cidadãos de todo o mundo (pelo menos os mais próximos – pense-se, por exemplo, na audição de espanhóis se Portugal quisesse construir uma central nuclear), como num olhar intergeracional, as gerações futuras.

Deste modo, pretende-se, por um lado, sobretudo através da desmultiplicação e do reforço de direitos procedimentais como o acesso à informação, a participação e a audição (acolhidos e enfatizados pela Convenção de Aarhus da qual Portugal é parte e pela legislação administrativa e ambiental lusitana) ou o direito de acção popular do n.º 3 do artigo 52.º CRP, afastar um paradigma de cidadania passiva e eminentemente representativa para afirmação de uma nova cidadania mais actuante, reivindicativa, directa e participativa. Em suma, repor o poder de decisão e de acção nas mãos do povo, em última análise dos leigos (e, conseqüentemente responsabilizá-los), o que, naturalmente, rompe com uma visão contemporânea mais tecnocrata e sofocrata. O n.º 2 do artigo 8.º da Lei de Bases do Ambiente dispõe, neste sentido, que a cidadania ambiental pressupõe um dever de contribuir

de um processo legislativo de transposição desde que o contexto legal seja suficiente de acordo com o seu conteúdo.

para a criação, protecção e preservação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, tendo em vista a progressiva melhoria da qualidade de vida.

Por outro lado, a promoção da solidariedade intergeracional e de acautelamento de um legado ambiental sustentável para o futuro, contrário a uma preferência (por vezes hiperbólica) do presente e retomada na Lei de Bases do Ambiente nas alíneas a) e b) do artigo 3.º, obriga a uma evolução da racionalidade subjacente ao ordenamento jurídico luso, isto é a passagem de um modelo antropocêntrico para um modelo de antropocentrismo mitigado que, além de tutelar o homem futuro juntamente com o homem coevo, indirectamente confere uma tutela jurídica mas também ética ao meio ambiente e densifica mitigada e intertemporalmente o princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, a saber a dignidade da pessoa humana. Ou seja, esta renovada concepção, em oposição a entendimentos positivistas ainda presentes na compreensão e edificação do ordenamento lusitano, volta a trazer para o Direito a Moral e promover o regresso de uma filosofia material do Direito baseada, *prima facie*, em valores substanciais, sustentados pela forma.¹⁸ Funda-se então uma responsabilidade comum e intertemporal face ao ser, que obriga tanto as gerações hodiernas como as gerações futuras, num contínuo moral civilizacional e ambiental. A dimensão de dever fundamental sobrepõe-se, deste modo, à de direito ao ambiente visto que o seu conteúdo, além de menos vago, é instrumental para o seu gozo. Afinal, se este não for preservado e gerido sustentavelmente não haverá objecto (*i.e.* um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado) para o poder exercer efectivamente, como tão bem decorre do artigo 8.º n.º 1 da Lei de Bases do Ambiente.

Uma última achega breve sobre o entendimento de povo. Poder-se-ia, num aprofundamento do Estado de Direito Ambiental para um Estado de Direito Ecológico, e portanto manifesta e assumidamente ecocêntrico, querer flexibilizar aquele elemento, cobrindo o homem, o ambiente e os ecossistemas naturais, sendo o primeiro apenas parte de um todo que merece ser caucionado. Tal progressão obrigaria a uma revolução mais do que a uma evolução do Direito e da sua interpretação pois colide frontalmente com a sua natureza e propósito histórico: prevenir e resolver conflitos sociais, sendo feito pelo homem, para o homem e em função do homem. Não sendo esta a melhor sede para procurar responder a esta questão, recorde-se, apenas, que, mantendo uma estrutura muito baseada na atribuição de direitos, se adivinham escolhos vários, a começar pelo seu exercício

¹⁸ ERIVALDO MOREIRA BARBOSA / MARIA DE FÁTIMA NÓBREGA, O Direito Ambiental em Perspectiva: da hermenêutica-sistêmica ao saber ambiental, *Veredas do Direito*, Vol. 10, n.º 20, Belo Horizonte, 2014, pp. 191-192.

e defesa. Possivelmente seria mais ajustado architectar um Direito fundado em deveres e em *liability rules* (o que, no fim, acaba também por permitir a reabilitação de um novo antropocentrismo mas não fatalmente utilitarista), parecendo, aliás, ser essa a estratégia adoptada na recente aprovação do estatuto jurídico do animal, a Lei n.º 8/2017, de 3 de Março, mesmo se não foi ao ponto de lhe atribuir personalidade jurídica, conferindo-lhe um terceiro género entre a pessoa e a coisa, na linha do artigo 13.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia que os reconhece como seres sencientes. No momento, porém, tirando talvez o esforço constitucional equatoriano, mantém-se a dimensão antropocêntrica cada vez mais mitigada. No caso luso, ao nível constitucional, e considerando os preceitos que já foram sendo enunciados, assim como as alíneas d) e e) do artigo 9.º e a própria Lei de Bases do Ambiente, não parece haver uma *ratio* ecológica em sentido estrito, apesar de se encontrar uma tentativa incipiente na Lei de defesa dos animais, a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro. Em resumo, não se assemelha necessária uma coerência ecocêntrica para o processo de consolidação de um Estado de Direito Ambiental, o que não obsta a que se reconheça o valor intrínseco do ecológico e à imperiosidade de garantia de um mínimo essencial ecológico¹⁹.

No que concerne o poder político enquanto elemento constitutivo do Estado, a inclusão da dimensão ambiental força, na linha do que se vem afirmando, a susceptibilidade de escolha do melhor nível para o seu exercício, o que se traduz na aceitação de um exercício partilhado no plano da cooperação bi- e multilateral mas também supranacional. Logo, o princípio clássico de soberania sobre os recursos naturais e ambientais deve ser redimensionado de modo a permitir a cooperação internacional em torno de um bem que extravasa as fronteiras artificiais dos Estados e até caminhar, como se começa a observar pontualmente quer no Direito Internacional como nos ordenamentos nacionais²⁰, para a institucionalização de

¹⁹ HELINE SIVINI FERREIRA / JOSÉ RUBENS MORATO LEITE, A Expressão dos Objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988, in Heline Sivini Ferreira, José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano, *Repensando o Estado de Direito Ambiental*, Coleção Pensando o Direito no Século XXI, Vol. III, Editora Fundação Boiteux, Florianópolis – SC, 2012, pp. 30-31.

²⁰ No Direito brasileiro, veja-se nomeadamente o § 4 do artigo 225.º da Constituição de 1988 que confere à Floresta Amazónica brasileira, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e Zona Costeira o estatuto reforçado de património nacional. No caso português, esta classificação não existe. No Direito Internacional, considere-se a Área, de acordo com a Resolução n.º 2749 (XXV), de 17 de Dezembro de 1970, das Nações Unidas, e o Preâmbulo e artigos 136.º e seguintes da Convenção de Montego Bay; o espaço sideral nos termos do Tratado sobre Princípios Reguladores das Actividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, de 1967, e a Resolução n.º 34/68, de 5 de Dezembro de 1979, da Assembleia

patrimónios nacionais e patrimónios comuns da Humanidade que, enquanto tal, merecem uma salvaguarda reforçada e partilhada. Designadamente, no plano internacional, este instituto jurídico típico contempla os princípios da afetação ao interesse geral da humanidade, da utilização para fins pacíficos, da não-apropriação e inalienabilidade, da não-evocação da soberania, do livre acesso, da igualdade e universalidade no uso e fruição e da governança supranacional. Internamente e para baixo, deve igualmente estabelecer-se um alinhamento entre os poderes nacional, regional e local face ao contínuo ambiental e ao princípio de solidariedade intra- e intergeracional, de certa forma já plasmado nos artigos 66.º n.º 2 alínea e), 225.º n.º 2 e 227.º n.º 1 alínea j) da Constituição.

Ademais, pretende-se para a edificação de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental uma refundada forma de fazer política, plasmada na alínea f) do n.º 2 do artigo 66.º, que deverá ser integrada, *i.e.* perpassar o fim ambiental nas políticas sectoriais, o que implica pois uma actividade continuada de ponderação de valores na interacção entre vários bens constitucionalmente protegidos e não forçosamente compatíveis. Logo, no exercício das funções legislativas, executivas, administrativas e judiciais deve o Estado decidir e agir de maneira integrada, o que implica uma estratégia interpretativa inevitavelmente sistémica e holista que resulta, aliás, das tarefas fundamentais de que foi incumbido nas alíneas d) e e) do artigo 9.º e do dever de positiva (tomar medidas concretas, tais como fiscalidade verde, prevenir e controlar a poluição ou o planeamento territorial, entre outras) e negativamente (omitir externalizações ambientais) garantir um direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado no n.º 2 do artigo 66.º

Ora, na Constituição portuguesa, o ambiente e a construção de um Estado de Direito Ambiental sustentam-se em dois pilares complementares: um pilar objectivo em torno das tarefas do Estado (alíneas d) e e) do artigo 9.º) e um pilar subjectivo com uma vertente fundamental bicéfala de direito ao ambiente e de dever de protecção ambiental (artigo 66.º). A principal diferença entre os dois caminhos reside “*no facto de as regras sobre os fins do Estado não garantirem, ao contrário do que acontece no caso dos direitos fundamentais, o direito subjectivo individual de acção ou de reclamação*”.²¹

Quanto ao primeiro, as segunda e quarta revisões constitucionais, ao alterarem o artigo 9.º, esclareceram o papel do Estado na questão ambiental. Não deixa de

Geral das Nações Unidas; e a Convenção Relativa à Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural, para além da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial, de 2003, a cargo da UNESCO, com menos relevância para a questão ambiental em discussão.

²¹ INGO VON MÜNCH, A Protecção do Meio Ambiente na Constituição, *RJUA*, n.º 1, Junho, 1994, pp. 48-49.

ser curiosa a referência a esta temática em duas alíneas diferentes do artigo 9.º, acabando por realçar não só a sensibilização do legislador mas igualmente a abordagem bifrontal²² da tutela do ambiente com a referência aos direitos ambientais. Assim, é tarefa do Estado proteger uma situação subjectiva que sai deste modo reforçada. A tutela objectiva assegura a tutela subjectiva. Por outro lado, porém, a tutela subjectiva, em particular através de direitos procedimentais e dos deveres ambientais, permite monitorizar e enriquecer a tutela objectiva, consolidando-a e legitimando-a de forma democrática. De certa forma, a tutela subjectiva, por seu turno, acautela a tutela objectiva. Em termos práticos, esta vai poder revestir as mais diferentes modalidades de acordo com o problema concreto a resolver e derivar da função política, legislativa, executiva ou jurisdicional, com o estabelecimento de medidas institucionais, organizacionais, preventivas, sancionatórias, fiscalizadoras, responsabilizadoras, pedagógicas ou fomentadoras.

Depois de uma fase tipicamente reaccionária e em que se encara o problema ambiental como uma falha de mercado promotora da intervenção correctora do Estado, evolui-se para uma compreensão subjectiva das soluções através da proposição de direitos e deveres para os *stakeholders*. Trata-se, todavia, de um assunto polémico muitas vezes enviesado pelos pré-conceitos e motivações dos seus intervenientes que turvam a relevância da questão e conferem ao discurso uma manifesta e contraproducente carga simbólica. A linguagem metajurídica encontra-se muito patente no campo da atribuição de direitos, abordagem psicológica e politicamente mais atraente do que a retórica dos deveres.

De forma sintética²³, defende-se que o Direito nacional consagra um direito ao ambiente que encerra um feixe de direitos, do direito subjectivo fundamental ao interesse difuso, passando pelos direitos procedimentais e processuais (vejam-se os artigos 5.º a 7.º da lei de Bases do Ambiente), implementando, então, a nível interno, o ensejo de um Direito internacional que não prevê, contudo, num instrumento transversal, um direito ao ambiente. O Direito interno revela-se, desta forma, essencial a três níveis para a fixação e interpretação do direito ao ambiente. Em primeiro lugar, permite implementar mais eficazmente o Direito internacional devido à sua capacidade de adaptação às especificidades de cada cultura e enquadramento normativo e valorativo. Segundo, é o melhor nível para a resolução de litígios até por possuir um sistema judicial mais organizado e operativo. Por último,

²² Contra, I. VON MÜNCH, *A Protecção*, p. 52, apesar do artigo 66.º da CRP, prefere enquadrar a protecção do ambiente como apenas uma tarefa do Estado.

²³ Para mais desenvolvimentos ver R. SARAIVA, *A Herança*, pp. 204-213 e referências bibliográficas aí citadas.

confere aos cidadãos poderes sobre a Administração e o Governo, facultando a participação no processo decisório e a monitorização e sindicabilidade das suas actividades. Por outras palavras, urge uma simbiose estreita entre o Direito nacional e o internacional para a realização do direito ao ambiente.²⁴

Já quanto à perspectiva de dever fundamental, ofuscada pela atractividade de um discurso baseado em direitos, parece fundamentar-se numa “*solidariedade de destino*”²⁵ e não deve ser encarado como uma simples simetria de um direito ao ambiente. O seu cumprimento assegura outros direitos como a saúde ou propriedade, funcionando muitas vezes como um “*dever por causa de um direito*”²⁶, vertido num conjunto variado de prestações de *facere*, *non facere* e de tolerância que se pautam pelos princípios da universalidade, igualdade, proporcionalidade e reserva de lei.²⁷

Por último, na estruturação e consolidação da nova racionalidade ambiental de um modernizado paradigma de Estado de Direito com reflexos a jusante na compreensão, interpretação e aplicação do Direito infra-constitucional, destaque-se o papel hermenêutico fundamental e inultrapassável dos princípios estruturantes específicos da integração²⁸ e da sustentabilidade (decorrentes do Direito Internacional do Ambiente, em particular por via de *soft law*), associados aos mais gerais da dignidade da pessoa humana (agora alargada às gerações futuras e, no limite, a todo o ser) e da proporcionalidade. Apesar do seu tratamento mais aprofundado no número seguinte, cabe aqui, porém, apontar algumas implicações para a compreensão do Estado de Direito Ambiental (em que a eliminação total do risco é inviável) e dos seus reflexos na hermenêutica.

Em termos formais e procedimentais, a nova coluna vertebral do ordenamento jurídico luso implica a alteração do paradigma de legalidade com uma concepção assimilada de ambiente; o reforço da segurança jurídica, designadamente através do controlo da constitucionalidade do respeito da dimensão ambiental e uma cooperação internacional acrescida; um agir ambientado e participado da Administração; o recurso a uma lógica principiológica; e um reforço exegético pró-ambiental das normas jurídicas nacionais.

²⁴ PATRICIA BIRNIE / ALAN BOYLE, *International Law and the Environment*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 189 ss.

²⁵ C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação*, p. 140.

²⁶ C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação*, p. 201. Na mesma linha, o artigo 8.º n.º 1 primeira parte da Lei de Bases do Ambiente.

²⁷ C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação*, pp. 187 ss; H. FERREIRA / J. R. MORATO LEITE, *A Expressão*, pp. 33-35.

²⁸ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada, in Helene Sivini Ferreira e José Rubens Morato Leite (eds.) *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2004.

Ao nível material, sublinhe-se a premência e destaque de uma estratégia de aproximação ao discurso dos direitos humanos com um feixe de direitos mas também de deveres e responsabilidades ambientais intra- e intergeracionais, em que se consagra a protecção do ambiente como um direito fundamental e a sua não degradação como um dever fundamental e se acentuam os direitos procedimentais e processuais como estratégia de efectivação; o estabelecimento de limites no uso ambiental; a diminuição da discricionariedade administrativa e a ecologização da função legislativa e reguladora; e a ambientalização de bens e institutos jurídicos constitucionais como a propriedade e a sua função social.

3. Complexidade e circularidade no sistema de fontes e reflexos hermenêuticos

Uma das principais particularidades do Direito Ambiental, tanto nacional como internacional, reside no seu sistema de fontes a fim de conseguir acompanhar as peculiaridades e desafios levantados juridicamente pela questão ambiental. Deste modo, trata-se de um Direito fortemente baseado em princípios e que adapta as fontes à sua natureza mutável e técnica, designadamente atribuindo um valor inusual à *soft law*. Ademais, a integração do valor ambiental na coluna vertebral do sistema jurídico, com a redefinição do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹ e a reformulação esverdeada da legalidade e validade normativa, obriga, pela possibilidade de conflitos entre os vários valores e bens constitucionais protegidos, a uma ponderação de proporcionalidade devidamente contextualizada e com um horizonte trans-temporal.

3.1. Princiologia bipolar

Numa análise empírica do Direito Internacional do Ambiente e do Direito Ambiental nacional rapidamente se observa a cascata de princípios que vão sendo convocados, formulados e esgrimidos para a consolidação de uma nova racionalidade ambiental, desde a Declaração de Estocolmo de 1972 que fixa o tom até à nova Lei de Bases do Ambiente portuguesa que, ao contrário da anterior, e numa aproximação aos modelos normativos globais, prefere uma natureza minimalista e sobretudo centrada nos princípios e orientações quanto a fins e meios a serem posteriormente regulamentados de forma mais precisa noutros diplomas de desen-

²⁹ P. CAMPANY FERRAZ, *Hermenêutica*, p. 57.

volvimento. Do lado da doutrina, numa análise da literatura especializada, verifica-se igualmente uma espécie de euforia principiológica que degenera por vezes numa prática de *constrói-o-princípio-mais-ajustado* para sustentar e robustecer a garantia dos interesses individuais e colectivos ambientais. Visto de outra forma, parece existir uma afinidade essencial entre o recurso sistemático e cada vez mais alargado a princípios, a protecção transversal e intertemporal do ambiente e a hermenêutica de viés ambiental.

Ora, os princípios podem, na sua classificação como fontes e atendendo à sua formação e conteúdo, reconduzir-se, por um lado, a princípios políticos ou morais, sem dimensão jus-normativa, que consubstanciam preceitos não mencionados em instrumentos vinculativos e não vinculativos internacionais, surgindo, por exemplo, nos trabalhos preparatórios de conferências ou de grupos de trabalho; e, por outro lado, a princípios jurídicos, ou seja a preceitos normativos vertidos em instrumentos internacionais vinculativos e não vinculativos e referidos pelos tribunais com força jurídica para julgar. Distinguem-se, pela sua latitude e imprecisão, materialmente e não tanto em termos de grau, das regras jurídicas em sentido estrito que encarnam uma norma jurídica que cria direitos ou obrigações específicos. Logo, se os princípios jurídicos se apresentam como mais elásticos, necessitando de ser, em geral, desenvolvidos face à sua não-exequibilidade imediata, e podem ser aplicados em múltiplas possibilidades e distintos níveis e medidas, já as regras apresentam grande rigidez na aplicabilidade, reconduzindo-se a casos concretos que se encaixem correctamente nos seus termos de previsão. A violação de um princípio, pela sua amplitude e inspiração de concretização em regras, assemelha-se, portanto, mais gravosa.

O problema, todavia, reside na identificação e bipolaridade dos princípios enquanto normas jurídicas. Afinal, a sua multiplicação, tanto em instrumentos de *soft law* como de *hard law*, como nas leis fundamentais nacionais e num sem-fim de diplomas infra-constitucionais e ainda nos manuais e artigos jus-ambientais, dificulta a sua classificação com a justaposição de previsões de carácter jurídico dissimilar. Assim, pese embora muitas vezes identificadas como princípios, a sua natureza varia entre dois pólos, um não normativo de mero conceito e um normativo de regra, passando pelo de princípio moral e de princípio jurídico.

Com efeito, há um vector “maníaco-depressivo” na principiologia ambiental. Por um lado, observa-se uma exuberância:

- i) Na sua primazia enquanto fonte de Direito Ambiental, tanto em termos temporais (veja-se a Declaração de Estocolmo de 1972 ou a do Rio de 92 que estabelecem marcos importantes no seu desenvolvimento e assunção enquanto disciplina jus-científica autónoma), como em termos “hierárquicos,”

- já que ditam amiúde a sua previsão e desenvolvimento em instrumentos convencionais e legais (na protecção florestal é paradigmático³⁰);
- ii) Na sua origem, brotando quer da *soft law* como da *hard law* (costume, lei, convenções internacionais);
 - iii) Na sua formulação com a sua proliferação transversal nos documentos jurídicos e não jurídicos que acompanham e procuram guiar a produção legislativa;
 - iv) Na sua desmultiplicação, seja pela sua aplicação fragmentada e específica a determinado problema ambiental (pense-se, por exemplo, no alcance e conteúdo diferenciados do denominado princípio da precaução em questões como as alterações climáticas, os organismos geneticamente modificados ou na nanotecnologia), seja pela sua refinação paulatina com o desenvolvimento de corolários principiológicos (vejam-se, entre outros, a derivação do princípio da precaução do princípio mais lato da prevenção ou o seu apuramento num princípio da precaução contra a irreversibilidade e/ou catástrofes);
 - v) Na sua sobreposição por camadas e sedimentação multi-nível, com os princípios do Direito Internacional do Ambiente, por vezes ainda mal consolidados, a penetrar nos ordenamentos regionais (como o Direito europeu) e nacionais, tanto no plano constitucional como infra-constitucional, e a aí se desenvolverem e ganharem corpo e uma densificação mais actuante, *maxime* no plano hermenêutico;
 - vi) Na sua progressiva e rápida solidificação e carácter pegajoso, passando do estado etéreo de conceito para uma natureza de regra jurídica, de *soft law* para *hard law*, de princípio moral para princípio jurídico, graças, por um lado, a uma sedimentação consuetudinária célere associada a uma convicção de obrigatoriedade (inclusivamente dominada por imperativos éticos) e à sua aceitação crescente no Direito convencional e na lei, *maxime* por via de integração sistemática da questão ambiental, e, por outro, pelo dogma do não retrocesso ambiental fundamental para o devir de um Estado de Direito Ambiental e de uma nova racionalidade³¹;

³⁰ R. SARAIVA, Direito internacional das florestas: Perspectiva de Direito internacional do ambiente, in Carla Amado Gomes e Rute Saraiva (coord.) “No Ano Internacional das Florestas”, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012.

³¹ Reconhecendo limites ao princípio do não-retrocesso, J. J. GOMES CANOTILHO, *O Princípio da sustentabilidade*; A. ARAGÃO, *Desenvolvimento Sustentável*, pp. 7 ss; H. FERREIRA / J. R. MORATO LEITE, *A Expressão*, p. 31.

- vii) No seu potencial interpretativo e sistemático do Direito em geral, e Ambiental em particular, por incorporarem uma arreigada dimensão teleológica e de coesão que ajudam de sobremaneira à resolução de conflitos normativos.

Por outro lado, verifica-se uma certa contenção deprimida, amiúde associada ao seu próprio sucesso e prolixidade:

- i) Na definição certa da sua natureza jurídica em que, apesar de até serem apresentados literalmente enquanto princípios, não são, por vezes, mais do que a expressão de um *wishful thinking* ou de conceitos “federadores”³² e agregadores sem conteúdo normativo;
- ii) No recorte do seu conteúdo, em que pela sua desmultiplicação fragmentada por diversos microbens ambientais (ex. alterações climáticas, florestas, biodiversidade) e por refinados corolários principiológicos se assemelha difícil a identificação e delimitação do seu objecto e dos seus termos e condições, para além de se potenciarem conflitos na sua compreensão, interpretação e consequente aplicação;
- iii) No seu carácter muitas vezes demasiado vago e pouco claro, alimentado pelo recurso a formulações quase poéticas e imprecisas, conceitos indeterminados e linguagem ambígua que, ao mesmo tempo que lhes conferem plasticidade e, consequentemente maior resiliência à mutabilidade da questão ambiental, lhes retiram poder operativo e geram desconfiança junto do aplicador, em particular administrativo e judicial;
- iv) Na sua limitada operatividade e exequibilidade directa, dependendo do desenvolvimento regulatório e de instrumentos procedimentais e processuais;
- v) Na sua origem eminentemente mole, num Direito jovem que não se compece com o costume e, pela sua mutabilidade, com instrumentos demasiado rígidos como, em termos formais, as convenções ou as leis tradicionais, suscitando pois limitações ao seu poder vinculativo jurídico;
- vi) Na inexistência de uma hierarquia entre princípios ou na previsão de instrumentos e critérios para os conjugar quando colidem, incluindo hermenêuticos;
- vii) A renitência evidenciada, na prática, na sua aplicação jurisprudencial.

Pegando neste último ponto, veja-se, a título de exemplo, a jurisprudência ambiental do Tribunal Internacional de Justiça, em particular nos casos *Gabčíkovo-Nagymaros*

³² J. J. GOMES CANOTILHO, *O Princípio da sustentabilidade*.

Project (Hung. v Slovak.) e mais recentemente *Pulp Mills (Argentina vs. Uruguai)*, em que, de forma nítida, o colectivo de juízes opta por resolver os litígios recorrendo de preferência, por um lado, a normas concretas dos acordos bilaterais e, por outro, a instrumentos procedimentais mais concretizáveis como a avaliação de impacto ambiental, relegando para eventuais votos de vencidos ou opiniões dissidentes uma discussão e invocação dos princípios gerais de Direito Ambiental. Posto de outra forma, até pelo cuidado demonstrado na escolha (ou omissão) das palavras e qualificações, o Tribunal evidencia um enorme pudor na aplicação de princípios, pese embora o artigo 38.º do seu Estatuto os preveja como fontes invocáveis.

Com efeito, no que respeita ao desenvolvimento sustentado, um dos primeiros “princípios” estruturantes ambientais³³, se não mesmo o princípio dos princípios como a seguir se discutirá, o Tribunal, no caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, parece aceitar o desenvolvimento sustentado como *obiter dictum* e não como *rationes decidendi* com poder vinculativo, o que, contudo, não lhe retira *per se* o valor normativo.³⁴ Ninguém duvida da normatividade do direito ao desenvolvimento ou do dever de protecção ambiental e, não obstante, identicamente acabam, na leitura dos mais conservadores, por não fundamentar a decisão jurisprudencial em causa. A questão é bem mais profunda. O acórdão apresenta sinais contraditórios sobre a natureza e valor jurídicos do desenvolvimento sustentado, tendo o colectivo manifestamente evitado pronunciar-se sobre a questão.

De uma banda, apenas lhe faz uma referência e enquanto “conceito”, não enquanto princípio, norma ou regra legal. Esta alusão segue-se porém à menção de um conjunto de “*novas normas e standards*”, podendo intuir-se que englobaria o desenvolvimento sustentado. Esta leitura, todavia, não é linear, uma vez que da letra do acórdão não resulta qualquer relação directa entre ambos, nem se fixa a natureza das normas e padrões citados. Afinal, podem ser jurídicos mas também políticos e podem ser vinculativos ou meramente indicativos³⁵. A necessidade

³³ J. J. GOMES CANOTILHO, *O Princípio da sustentabilidade*. Vai mais longe considerando que a sustentabilidade é um princípio estruturante do próprio Estado Constitucional juntamente com os princípios da democracia, liberdade, juridicidade, igualdade.

³⁴ BUKHOSI FUYANE / FERENC MADAL, *The Hungary-Slovakia Danube River Dispute: Implications for Sustainable Development and Equitable Utilization of Natural Resources in International Law*, *International Journal for Global Environmental Issues*, Vol. I, n.º ¾, 2001, p. 340; VAUGHAN LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A. Boyle e D. Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999, pp. 23 ss.

³⁵ DIRE TLADI, *Sustainable Development in International Law: An Analysis of Key Enviro-Economic Instruments*, University of Pretoria, Faculty of Law, 2007, p. 96.

sentida pelo Tribunal de invocar expressamente o desenvolvimento sustentado para enquadrar o diferendo entre a visão tecnocêntrica eslovaca e de “*estado de necessidade ecológica*”³⁶ húngaro pode não revelar o seu carácter de norma legal mas pelo menos indicia a sua aceitação enquanto meta-objectivo ou enquanto princípio geral de Direito, reconhecendo, aqui, uma das suas dimensões normativas. Neste último sentido, abona a determinação do Tribunal de “[para] *efeitos do presente caso (...) as partes deveriam olhar de forma refrescante para os efeitos ambientais da operação da central de Gabčíkovo.*” No entanto, a frase seguinte faz jus à sua dimensão de norma legal quando estabelece uma obrigação de encontrar uma solução satisfatória para o volume de água a libertar no Danúbio³⁷ Esta linha de raciocínio é, aliás, reforçada pela tónica conferida à preocupação com a sustentabilidade ecológica e pelo facto das partes resolverem, por iniciativa própria, acatar o desenvolvimento sustentado como *standard* de um novo acordo para pautar as suas condutas. Em resumo, o acórdão, ao não esclarecer a natureza jurídica do desenvolvimento sustentado, acaba por sublinhar a sua natureza não linear e a sua essência pluri-dimensional.

Já o Juiz Weeramantry, na sua declaração de voto³⁸ (e, portanto, sem natureza vinculativa nem autoridade normativa), aproveita para discorrer sobre a evolução jurídica da preocupação ambiental e traçar algumas directrizes no debate em torno do desenvolvimento sustentado, defendendo a sua natureza normativa consuetudinária com exemplos ancestrais de ponderação entre os valores ecológicos e económicos, com a referência genérica a instrumentos de *soft law*, tratados multilaterais, práticas de instituições financeiras internacionais, declarações e documentos de planeamento regional e prática estatal e com a aceitação expressa por ambas as Partes litigantes da aplicação do desenvolvimento sustentado para dirimir a disputa. Assim, em sua opinião, não está tanto em causa a existência do conceito mas a sua concretização.

³⁶ *The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slovak.) 1997, 92 (25 Setembro).*

³⁷ “*In particular they must find a satisfactory solution for the volume of water to be released into the old bed of the Danube and into the side-arms on both sides of the river*” (destaque nosso).

³⁸ O Juiz escreve na declaração de voto: “[t]he problem of steering a course between the needs of development and the necessity to protect the environment is a problem alike of the law of development and of the law of the environment. Both these vital and developing areas of law require, and indeed assume, the existence of a principle which harmonizes both needs. To hold that no such principle exists in the law is to hold that current law recognises the juxtaposition of two principles which could operate in collision with each other, without providing the necessary basis of principle for their reconciliation. The untenability of the supposition that the law sanctions such a state of normative anarchy suffices to condemn a hypothesis that leads to so unsatisfactory a result. Each principle cannot be given free rein, regardless of the other. The law necessarily contains within itself the principle of reconciliation. That principle is the principle of sustainable development.”

Veja-se, que segundo o magistrado, o desenvolvimento sustentado deriva do próprio Direito e da consagração de um direito subjectivo ao desenvolvimento e do dever de protecção ambiental. Em resumo, a existência do desenvolvimento sustentado decorre de uma “*necessidade lógica inescapável*”, sendo simultaneamente condição e consequência de outras normas legais primárias, e assume-se de *per si* como normativa tanto nas relações envolvendo países em vias de desenvolvimento como países desenvolvidos. O seu conteúdo encontra-se bem fixado em áreas como a responsabilidade do Estado, os direitos humanos, o Direito de vizinhança, o abuso de Direito ou o Direito ambiental, económico e industrial.

Todavia, Weeramantry³⁹ reconhece a atipicidade do desenvolvimento sustentado e a dificuldade do seu enquadramento no Direito tradicional apesar da sua aceitação generalizada em decisões no foro ambiental e do desenvolvimento. Em primeiro lugar, a sua dimensão intergeracional e, portanto, intertemporal choca com um sistema actual baseado na defesa dos direitos dos sujeitos jurídicos presentes, dando-lhes preferência. Em segundo lugar, a sua sensibilidade aos valores ecológicos com a sua tendência ecocêntrica esbarra numa moldura pensada pelo Homem, para o Homem e em função do Homem, não reconhecendo para além dele outros sujeitos de Direito. Nesta linha, e em terceiro lugar, a abordagem restritiva da ordem jurídica hodierna de matriz ocidental é ainda evidenciada por um marcado individualismo que não consegue equacionar a lógica integradora inerente ao desenvolvimento sustentado. Por outro lado, caracteriza-se pela determinação e atribuição de direitos subjectivos em detrimento da definição de deveres que se revelam fundamentais em matérias intersticiais, até numa dinâmica necessária de inter-limitação. Desta forma, institutos jurídicos tradicionais, como uma liberdade absoluta de contratar ou um direito de propriedade absoluto, afastam a responsabilidade e propiciam cenários ecologicamente insustentáveis. Neste contexto, a introdução do desenvolvimento sustentado no sistema jurídico coevo obriga a repensar o edifício normativo, nomeadamente com a passagem de um modelo de co-existência para um modelo de cooperação efectiva intra- e intergeracional com valor *erga omnes*. O trabalho dos tribunais, em particular do Tribunal Internacional de Justiça, assume um papel decisivo na consolidação do desenvolvimento sustentado⁴⁰.

No caso *Pulp Mills*, a renitência de recurso aos princípios para resolução do diferendo mantém-se, mesmo se Partes invocam o desenvolvimento sustentado

³⁹ CHRISTOPHER GREGORY WEERAMANTRY, *Sustainable Development: An Ancient Concept Recently Revived*, Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law, Joanesburgo, 2002.

⁴⁰ Também neste sentido, V. LOWE, *Sustainable Development*, pp. 33-34.

tanto enquanto conceito como princípio, não concordando pois com a sua definição: se a Argentina parece sobrepôr o valor ambiente aos demais, o Uruguai, por seu turno, prefere o desenvolvimento económico e o bem-estar das gerações futuras. Já o colectivo de juízes foge a qualquer qualificação normativa, embora reconheça o desenvolvimento sustentado não tanto enquanto princípio geral de Direito ambiental mas enquanto elemento interpretativo e decisório decorrente de uma previsão convencional concreta: “*Consequentemente é a opinião deste Tribunal que o Artigo 27 encarna esta interconectividade entre a utilização equitativa e razoável dos recursos partilhados e o balanço entre o desenvolvimento económico e a protecção ambiental que constitui a essência do desenvolvimento sustentado*”.

Também aqui é nas opiniões dissidentes que se assume uma posição de valorização dos princípios de Direito Ambiental e se desmascara a timidez (ou “cobardia”) do Tribunal em se fazer valer destes como instrumentos hermenêuticos e exegéticos e, conseqüentemente, decisórios. Com efeito, se por um lado, os Juízes Al-Khasawneh e Simma admitem a extrema elasticidade e generalidade dos princípios materiais ambientais e, logo, a susceptibilidade de conflitos entre eles, defendem que o critério do respeito de obrigações procedimentais que lhes estão ligadas, na prática, não só ajuda a dirimir sobreposições e oposições como garante o apuramento do (in)cumprimento das obrigações substantivas decorrentes dos princípios. Em suma, de uma penada, os magistrados não só qualificam o desenvolvimento sustentado de princípio jurídico e, como tal, com dimensão normativa, como alertam para a sua operacionalização alternativa através de instrumentos procedimentais.

Por sua vez, o Juiz Caçado Trindade acede que o Tribunal decidiu não discutir propositadamente a normatividade do desenvolvimento sustentado e de outros princípios do Direito Internacional do Ambiente, em especial o seu papel em matéria de fontes e hermenêutico, e que não interligou a equidade intergeracional com a sustentabilidade e com a dimensão de longo prazo do problema ambiental. Assim, prefere, numa primeira fase, falar em *rationale* ou lógica de desenvolvimento sustentado, acabando, por fim, por conceder na sua natureza de princípio jurídico aliado a dimensão intertemporal.

Ora, a sustentabilidade, que começou como regra política e que contém um profundo sentido ético, vem sendo transformada em regra jurídica (sem necessariamente perder a sua dimensão moral) com o desenvolvimento sustentado, do qual decorrem, até como corolários ou instrumentos, a generalidade dos princípios ambientais que vêm sendo incorporados e enunciados nos Direitos convencional internacional e nacional, tais como a solidariedade e equidade intra- e intergeracional⁴¹, a precaução

⁴¹ J. RUBENS MORATO LEITE / G. PARENTE NEIVA BELCHIOR, *O Estado de Direito*, p. 295; VIRGINIE BARRA, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive*

ou prevenção, o nível de protecção mais elevado, *in dubio pro natura*, o não retrocesso ambiental, o poluidor-pagador/utilizador, a responsabilidade por danos ambientais ou a recuperação. Nesta linha, o desenvolvimento sustentado representa, pelo menos, uma espécie de guarda-chuva (*umbrella principle*) que, enquanto meta-objecto, abarca e protege um conjunto de normas, direitos e obrigações. Deste modo, mesmo admitindo a sua não recondução a um valor normativo de regra jurídica *per se*, serviria de denominador comum, de cruzamento entre várias normas primárias, conferindo-lhes alguma sistematicidade e harmonia. Aliás, como decorre do que se vem expondo, não se assemelha claro, na discussão jurídica⁴², se, por um lado, encarna um valor substantivo de *per se*, até enquanto costume internacional⁴³ – e, portanto, imperativo e susceptível de criar direitos e obrigações específicos e conduzir a sanções ou responsabilidade no caso do seu incumprimento – ou se representa apenas um nome colectivo para um conjunto de obrigações internacionais e de princípios⁴⁴ ou um conceito inspirativo⁴⁵.

Ora, até por surgir amiúde como uma finalidade acordada na maioria das convenções⁴⁶ e inclusivamente em constituições como no caso português, figurando si-

Legal Norm, *EJIL*, Vol. 33, n.º 2, 2012, pp. 380 ss; Douglas Fisher, *Legal Reasoning in Environmental Law. A Study of Structure, Form and Language*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 4-5.

⁴² MARKUS GEHRING / MARIE CLAIRE CORDONIER SEGGER (eds.), *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, Haia, 2005; MIRJAM VAN HARMELEN / MATTHIJS S. VAN LEEUWEN / TANJA DE VETTE, *International Law of Sustainable Development: Legal Aspects of Environmental Security on the Indonesian Island of Kalimantan*, Institute for Environmental Security, Haia, 2005; PETER ØREBECH *et al.* (2005). *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge University Press; MARIE CLAIRE CORDONIER SEGGER / ASHFAQ KHALFAN, *Sustainable development law: principles, practices, and prospects*, Oxford University Press, Oxford, 2004; MARIE CLAIRE CORDONIER SEGGER / CHRISTOPHER G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004; PATRICIA BIRNIE / ALAN BOYLE, *International Environmental Law and the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2002; PETER SANDS, *International Courts and the Precautionary Principle*, Precaution from Rio to Johannesburg, Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, UNEP, 2002; PETER SANDS, *Sustainable Development and International Law*, International Environmental Law & Policy Series, Graham & Trotman, 1995; ALAN BOYLE / DAVID FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999.

⁴³ V. LOWE, *Sustainable Development*, p. 36; ALAN BOYLE / DAVID FREESTONE (eds.), *International Law*, pp. 16-18.

⁴⁴ Aparentemente neste sentido, C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação*, p. 39; HANNES VEINLA, *Sustainable Development as the Fundamental Principle of Europe's Environmental Ius Commune*, *Juridica International* 2005/X, 2005, p. 118.

⁴⁵ Neste sentido, KEITH CLEMENT, *Economic Development and Environmental Gain*, Earthscan, Londres, 2000, p. 16. Com uma interrogação semelhante, MARK MAWHINNEY, *Sustainable Development: Understanding the Green Debates*, Blackwell, 2002.

⁴⁶ M. C. CORDONIER SEGGER / A. KHALFAN, *Sustainable development law*, pp. 281-294.

multaneamente como objecto e propósito de um vasto número de diplomas tanto em sede ambiental como económica, cultural e social, esta sua omnipresença característica confere-lhe uma importância fulcral e teleológica na interpretação do Direito Ambiental tanto interna como internacionalmente. Com efeito, com a mediação do conceito no Rio, o desenvolvimento sustentado aparece muitas vezes referido nos preâmbulos, sendo apresentado como pauta de comportamento, numa lógica de dever ser, mas igualmente como meta a alcançar no final do cumprimento das disposições acordadas. Destarte, parece assumir e congregar em si o “espírito do sistema”, uma forma sistematizadora de encarar e interpretar as disposições normativas, dando-lhes sentido e conferindo-lhes unidade e coluna vertebral⁴⁷. Várias decisões judiciais e arbitrais internacionais apontam identicamente para a natureza conciliadora e integradora do desenvolvimento sustentado, permitindo ultrapassar contradições aparentes na ordem jurídica internacional, em particular no que respeita o relacionamento de normas ambientais, económicas e comerciais.⁴⁸ Recorde-se, a título de exemplo, o já mencionado caso *Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁹, ainda que não lhe atribua natureza

⁴⁷ Não muito longe, MARIE CLAIRE CORDONIER SEGGER / ASHEAQ KHALFAN / SALIM NAKJAVANI, *Weaving the Rules for Our Common Future: Principles, Practice and Prospects for International Law of Sustainable Development*, CISDL, Montreal, 2002, p. 18.

⁴⁸ Para um rol mais completo de decisões judiciais respeitando o desenvolvimento sustentado e os seus elementos constituintes como a equidade ou a proporcionalidade, entre outros, KLAUS BOSSELMAN, *A Rocky Path towards Sustainability: The Environmental Jurisprudence of International Courts*, University of Auckland, Faculty of Law, 2006; M. C. CORDONIER SEGGER, *Governing and Reconciling Economic, Social and Environmental Regimes*, in M. C. Cordonier Segger e C. G. Weeramantry (eds.), 2004, pp. 576-584. No TIJ, vejamos os casos *The Gulf of Maine (Can. v. U.S.)*, 1984, 59 (12 Outubro); *Jan Mayen (Den. v. Nor.)*, 1993 (14 Junho); *Cameroon & Nigeria (Cameroon v. Nig. with Eq. Guinea intervening)*, 2002 (10 Outubro); *Advisory Opinion on The Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, 226 (8 Julho); *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.)*, 1998 (4 Dezembro). No Tribunal Internacional do Direito do mar, *Southern Bluefin Tuna Cases (Austl. and N.Z. v. Japan)*, 1999, 5, 7 (27 Agosto); *MOX Plant (Ir. v. UK)*, 2001, 415 (3 Dezembro). No âmbito da OMC/GATT, *Tuna-Dolphin I Mexico v U.S. (1991)*; *Tuna-Dolphin II Eur. Com. & Netherlands v U.S. (1994)*; *Turtle-Shrimps India et al. v U.S. (1998)*. No Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *Ominayak v Canada (1984)*; *Länsman (Jouni) et al. v Finland (1995)*; *Bladet Tromsø and Stensaas v Norway (1999)*.

⁴⁹ “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind – for present and future generations of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.” (destaque nosso).

normativa; a decisão do Tribunal Arbitral Permanente, no seu *Arbitral Award for the Arbitration Regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway (Belgium v. Netherlands)*⁵⁰; ou, no âmbito da OMC, o caso Estados Unidos-Camarão.⁵¹ Ou seja, por um lado, no cruzamento de disposições económicas (comerciais, inclusive), sociais, culturais e ambientais, o desenvolvimento sustentado desempenha um papel normativo de mediador que permite chegar a uma solução ponderada, equilibrada e conciliadora. Por outro, parece unânime a sua vertente integradora para ultrapassar a abordagem fragmentada e compartimentalizada do Direito Ambiental, inspirando a cooperação, a coerência e um esverdeamento dos sistemas decisórios.

Por outras palavras, mesmo que não reconduzível plenamente a uma normatividade convencional, o desenvolvimento sustentado incorpora uma outra normatividade de vital importância no manuseamento conceptual do Direito do Ambiente internacional e nacional, enquanto processo de análise e interpretação, *maxime* judicial. Assim, “[as] normas podem funcionar mais como regras de decisão no que respeita os tribunais judiciais do que como regras de conduta. (...) É no âmbito destas normas que eu acredito que se deve ir buscar a força normativa do desenvolvimento sustentado. O desenvolvimento sustentado pode reivindicar adequadamente o seu estatuto normativo como um elemento no processo da ponderação judicial. Trata-se de um meta-princípio, agindo sobre outras regras e princípios jurídicos – um princípio jurídico que exerce uma espécie de normatividade intersticial, empurrando e puxando as fronteiras de normas verdadeiramente primárias quando se encontram ameaçadas de serem ultrapassadas ou colidirem umas com outras.”⁵²

⁵⁰ Neste caso, que opõe a Bélgica e os Países Baixos relativamente à reactivação de uma via ferroviária que atravessa uma zona ecologicamente sensível, o Tribunal, resguardado pelo conceito de desenvolvimento sustentado, pondera os argumentos de protecção ambiental e de desenvolvimento sócio-económico, concluindo que a aplicação de medidas ambientais pela Holanda não deve negar à Bélgica o seu direito de trânsito nem dificultá-lo para lá do razoável. Deste modo, afirma que “[e]nvironmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment, there is a duty to prevent, or at least mitigate such harm. (...) This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law. This principle applies not only in autonomous activities but also in activities undertaken in implementation of specific treaties between the Parties.”

⁵¹ O Órgão de Apelo defende, na sua nota 107 no caso *Estados Unidos – Camarão*, que o desenvolvimento sustentado “has been generally accepted as integrating economic and social development and environmental protection.” Já o Painel, na sua nota 202 relativa ao mesmo caso, no âmbito do recurso ao artigo 21.º n.º 5 pela Malásia, ressuscita a definição mais emblemática (e também mais consensual) do relatório Brundtland. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (6.11.1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R nota 107 e *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 by Malaysia* (15.06.2001), OMC Doc. WT/DS58/RW nota 202.

⁵² V. LOWE, *Sustainable Development*, p. 31. Também no sentido de um meta-princípio, DANIEL MAGRAW / LISA HAWKE, *Sustainable Development*, in D. Bodansky, J. Brunnée e E. Hey (eds.)

Em conclusão, o desenvolvimento sustentado não se resume a um simples princípio de Direito Ambiental, assumindo um carácter conceptual normativo que opera nas zonas de sobreposição ou conflito entre as normas primárias, como na relação entre o direito ao desenvolvimento e o dever de protecção ambiental. Neste sentido, não se identifica tanto com um novo princípio geral de Direito mas mais com uma função de norma intersticial que opera verdadeiramente enquanto norma modificativa e clarificadora ao impor-se sobre as normas primárias, ponderando-as no caso concreto. Estas normas modificadoras podem, deste modo, ser consideradas conceitos legais que não dependem, nem de uma prática regular, nem de uma *opinio iuris* exigidas às normas legais primárias⁵³. Esta sua função interpretativa, até pelo seu carácter aberto e balanceador, vem sendo, conseqüentemente, explorada pelos juízes como ferramenta interpretativa legítima para um Direito convencional em evolução e expansão, como regra de resolução de litígios e até para a redefinição de obrigações convencionais. Mas, enquanto fim em si mesmo, espera-se que o desenvolvimento sustentado se assuma como uma obrigação se não absoluta e final para os Estados, pelo menos de meios e relativa.⁵⁴

Por último, os princípios ambientais conferem coerência ao enquadramento jurídico por emergirem como instrumento privilegiado de coesão e de interpretação de normas, integração de lacunas e de desenvolvimento de novas regras. Está na hora dos tribunais, em particular internacionais, numa expressão de activismo judiciário potenciado pela amplitude do desenvolvimento sustentado e pelo Artigo 31.º n.º 3 alínea c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁵, assumirem a tarefa da interpretação e aplicação dos princípios na erecção de um Estado (Sociedade Internacional) de Direito Ambiental.⁵⁶

The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford University Press, 2007, p. 638; MARIE CLAIRE CORDONIER SEGGER, Governing and Reconciling Economic, Social and Environmental Regimes, in M. C. Cordonier Segger e C. G. Weeramantry (eds.), 2004, p. 588; V. BARRA, *Sustainable Development*, p. 389.

⁵³ M. VAN HARMELEN / M. S. VAN LEEUWEN / T. DE VETTE, *International Law*, pp. 19-20.

⁵⁴ V. BARRA, *Sustainable Development*, pp. 378-379, 389 ss.

⁵⁵ Sobre as reticências quanto à invocação deste preceito, V. BARRA, *Sustainable Development*, p. 394.

⁵⁶ LELIANE AGUIAR DA SILVA / DIEGO FONSECA MASCARENHAS (2014). Hermenêutica e a sua Protecção na Ampliação de Sensibilidades Jurídicas no Direito Ambiental, *Amazônia em Foco*, Castanhal, Vol. 3, n.º 5, p. 346.

3.2. Adaptação das fontes e a caminho da *hoft law* ambiental

A resposta aos múltiplos e sempre diferentes desafios colocados pela questão ambiental, que se foi enunciando *supra*, implica a plasticidade e a permeabilidade das fontes de Direito que têm de se moldar às novas exigências e especificidades, visto que a rigidez tradicional das fontes de Direito, internacionais e nacionais, não se coaduna com a racionalidade exigida, nomeadamente com a evolução técnica e científica constante.

Daqui rapidamente se percebe, como explicitado no ponto anterior, a premência e proeminência dos princípios gerais de Direito Ambiental – independentemente da sua origem em *hard* ou *soft law*, em diplomas legais, acordos, costume ou simples declarações – pela sua maleabilidade e capacidade de optimização e aplicação a múltiplos contextos e situações. Não é pois de estranhar a sua consagração reiterada nas mais variadas convenções e leis, nos respectivos preâmbulos e/ou considerando e/ou no seu articulado, em regra logo nas primeiras disposições. Veja-se a título de exemplo os artigos 3.º e 4.º da Lei de Bases do Ambiente ou o artigo 3.º da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas.

Por outro lado, cabe igualmente salientar a popularidade das convenções internacionais e dos diplomas legais que, de forma bastante desordenada e fragmentada, pululam no enquadramento jurídico ambiental. Neste âmbito não existem consensos fáceis, obrigando a negociações, participação e audição dos interessados por estarem envolvidas dificuldades económicas, políticas, técnicas e científicas. Veja-se o reflexo das regras anti-poluição no aumento da despesa pública ou dos custos industriais ou na concorrência, para não falar da sua dimensão social, em especial com a potencial criação perversa de guetos ambientais, e de justiça, numa lógica de responsabilidade comum mas diferenciada. Ademais, a célere mutabilidade dos problemas ambientais e das respostas técnico-científicas de igual modo promove o recurso a este tipo de fontes mais “imediatas”. Ainda assim, terão de se adaptar sob pena de um fluxo contínuo e assoberbante de legislação rapidamente caduca ou ineficiente.

Com efeito, a estonteante velocidade evolutiva da tecnologia, do conhecimento científico e do aparecimento e detecção de novos focos e fontes de poluição não se coaduna com a rigidez clássica dos instrumentos legais e convencionais e uma certa hesitação por parte dos Estados em assumir plenamente um conjunto significativo de obrigações, seja por motivo de captura, seja por um dilema do prisioneiro ou de receio de um efeito de boleia decorrente de um desajuste de coordenação e cooperação na gestão dos bens públicos e recursos comuns. Há pois que introduzir alterações formais e procedimentais na sua estrutura a fim de ir ao

encontro das exigências do ambientalismo, aumentando a flexibilidade e mutabilidade⁵⁷. Isto não significa, infelizmente, que os instrumentos jurídicos legais e convencionais sejam mais rapidamente aceites ou cumpridos.

Como inovações primordiais salientem-se, em particular:

- i) Um sistema de listas, protocolos, anexos e adendas que, fazendo parte da lei, directiva europeia ou de convenção, não integram o seu corpo, sendo destacáveis. Esta solução permite, de uma banda, um texto central mais coerente, directo, sistematizado, focando, de uma forma mais clara e desanuviada, os dilemas importantes. Facilita-se, então, a sua compreensão e sedimentação. Por outra banda, ao se relegar os aspectos mais técnicos para instrumentos menos formais, facilita-se a sua revisão⁵⁸ e actualização e individualiza-se melhor o tratamento do caso concreto, o que permite uma resposta adequada às questões colocadas.⁵⁹ Ou seja, as convenções e as leis ambientais, mais do que um ponto final, representam um ponto de partida, ao contrário dos instrumentos clássicos;
- ii) Um sistema de convenções, directivas e regulamentos europeus e leis ou resoluções (do Conselho de Ministros) tipo “*umbrella*”.⁶⁰ Dito de outra forma, uma complexa teia de instrumentos com um telhado principal, eminentemente principiológico, ligado a outros mais específicos, tais como acordos, protocolos, leis sem valor reforçado, regulamentos, portarias, despachos ou planos de acção. Acresce que alguns dos instrumentos secundários não são vinculativos, o que incentiva a adesão ao denominador mais elevado por ser bastante elástico e descomprometido;
- iii) Em consequência dos dois mecanismos acima descritos, a maioria dos instrumentos primários não contém obrigações substanciais e positivas específicas⁶¹. Basta ler a Lei de Bases do Ambiente ou a Convenção-Quadro

⁵⁷ GÜNTHER HANDL, *Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law*, in W. Lang, H. Neuhold e K. Zemanek (eds.) *Environmental Protection and International Law*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 61; A. KISS / D. SHELTON, *International Environmental Law*, Transnational Publishers, Nova Iorque, 1991, pp. 96-105.

⁵⁸ São adaptados mecanismos simples e céleres de revisão, diferentes dos normalmente aplicados. Cf. J. L. MATHIEU, *La Protection Internationale de l'Environnement*, PUF, Paris, 1995, p. 56.

⁵⁹ Por exemplo, com a elaboração de diversas listas de substâncias e materiais consoante a sua perigosidade e persistência e o estabelecimento de regimes diferenciados de acordo com o caso concreto.

⁶⁰ P. BIRNIE / A. BOYLE, *International Law*, p. 13.

⁶¹ CLAUDE IMPÉRIAL, *L'Effectivité du Droit International de l'Environnement, Contrôle de la Mise en Oeuvre des Conventions Internationales*, Economica, Paris, 1998, p. 8.

da Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas. Isto é, constituem uma espécie de esqueleto que é completado, primeiro, pelos diplomas de desenvolvimento e anexos e, segundo, por medidas implementadoras dos Estados e da Administração. Em suma, são frequentes as *non self executing clauses*⁶², que pecam por demorarem a ser concretizadas⁶³, e que são maleáveis e fluidas, redigidas muitas vezes no condicional, compondo estímulos mais do que comandos, descrevendo objectivos desejados em vez de obrigações de resultado;

- iv) Cada vez mais se recorre à previsão de direitos e instrumentos procedimentais como forma de contornar as debilidades, na aplicação, cumprimento e/ou efectivação dos princípios ambientais e das obrigações substantivas;
- v) O uso de planos e programas, pois, numa área de grande dinamismo, nem sempre é possível antever as obrigações específicas que se devem impor. A adaptação ao circunstancialismo encontra-se, deste modo, facilitada;
- vi) Um sistema de autorizações e licenças: proíbem-se certas actividades, excepto se permitidas geral ou especificamente pelas autoridades competentes, de acordo com certos critérios pré-estabelecidos;
- vii) Prefere-se, mais do que sanções por incumprimento, um conjunto de mecanismos de apoio financeiro e tecnológico (ex. fundos, subsídios, programas de transferência de conhecimento) criado por vezes à margem, em instrumentos subsequentes, tais como decisões, regulamentos ou leis de desenvolvimento, que assegurem, na prática, a protecção ambiental, por se reconhecer que esta implica um ónus nem sempre facilmente suportável e exequível.

Outra marca distintiva no Direito Ambiental (e da sua plasticidade) reside na proliferação e paradoxal força da *soft law* que, qual cavalo de Tróia, se infiltra nas fontes tradicionais, modificando-as.⁶⁴

Desde o seu início que as organizações internacionais adoptam resoluções dirigidas, em geral, aos Estados membros no sentido de os sensibilizar para algumas questões. A importância destas medidas tem conhecido um franco desenvolvimento com a multiplicação de organismos, associações e de conferências internacionais como em Estocolmo, no Rio 92, Joanesburgo ou no Rio +20. Assim, aperecem códigos de conduta, resoluções, declarações de princípios, cartas de intenções, directrizes e recomendações, *policy briefs* e *papers*, relatórios, livros verdes e brancos

⁶² P. BIRNIE / A. BOYLE, *International Law*, p. 13.

⁶³ J. L. MATHIEU, *La Protection*, p. 58.

⁶⁴ G. HANDL, *Environmental Security*, p. 64

ou estratégias, como uma forma privilegiada de expressão. Raramente, porém, vinculam os Estados e as suas Administrações, que, além de oportunismo, podem aqui encontrar uma forma de fuga rápida aparentemente sem grandes custos reputacionais. No entanto, desempenham um papel fundamental por:

- i) Possibilitarem uma resposta mais célere e adequada, num ramo de Direito que exige flexibilidade, funcionando como uma solução alternativa e para-legislativa⁶⁵;
- ii) Reflectirem os consensos possíveis, tal como reflexões e preocupações por vezes apadrinhadas por uma maioria, que lhe conferem destarte solenidade política e democrática, estimulam a sensibilização para as questões ambientais e até podem desbravar caminho para uma futura *opinio juris*⁶⁶ ou, pelo menos, para uma maior coordenação entre actores;
- iii) Terem um papel pré-legal⁶⁷, isto é de preparação de *hard law*, abrindo e agilizando o caminho para a sua previsão, aprovação, aceitação e acatamento ao reduzir os anti-corpos por antecipação e habituação a certos princípios e *standards* ambientais;
- iv) O seu papel persuasivo associado, primeiro, ao mínimo ético mas também social que contém, segundo, ao carácter atractivo da sua componente mole e, terceiro, por facilitarem a participação e monitorização do seu respeito por parte de actores não públicos, designadamente organizações não governamentais ambientalistas ou empresas que servirão de importantes e informais *watchdogs* sociais;
- v) O potencial auxiliar decisivo em termos interpretativos por permitir conhecer e compreender, mais de perto e simultaneamente, não apenas o sentido da terminologia utilizada, inclusive técnica, ou seja a letra da lei, como os elementos histórico-sociais e culturais que antecedem e rodeiam a previsão dura em instrumentos convencionais ou legislativos, a vontade do legislador, a razão de ser da norma e a componente teleológica, tudo mais facilmente sistematizável pelo seu conteúdo.

Ora, este seu potencial agregado e intrusivo acaba por conferir à *soft law* um carácter bem mais duro com danos reputacionais maiores do que o antecipado na hipótese de não adesão ou não cumprimento do compromisso “voluntário assumido”,

⁶⁵ LUÍS GUILHERME CATARINO, *A reforma da Regulação Financeira na União Europeia: refração do movimento do Direito Administrativo Global*, Instituto dos Valores Mobiliários, 2011, p. 10.

⁶⁶ Neste sentido, Jacques Bouveresse (1990). *Droit et Politiques du Développement et de la Coopération*, PUF, Paris, p. 153.

⁶⁷ LUÍS GUILHERME CATARINO, *A reforma*, p. 10.

além de poder fomentar um carácter mais vinculativo associado a um tipo de sanção eminentemente social como *naming* ou *shaming* (por exemplo através da publicação de relatórios), acções de protesto dos *stakeholders* ou no mercado por parte dos agentes económicos. Mais, o seu carácter mole não significa inevitavelmente menos burocracia e participação na sua feitura. Conferências como as do Rio obrigam a uma máquina impressionante e a um processo e procedimento legitimantes, por vezes extenuantes, com consultas, contributos, clarificações, revisões, ponderações várias com um grau elevado de comprometimento dos actores presentes, pese embora seja sempre possível discutir a sua verdadeira legitimidade democrática e representativa.

Em suma, a fronteira entre a *hard* e a *soft law* esbate-se, permitindo imaginar uma verdadeira *hoft law*⁶⁸ que, muito embora possa assemelhar-se a um oxímoro, consegue conjugar uma natureza simultaneamente flexível e vinculativa quasi-legiferante que impele ao cumprimento, indo ao ponto de alterar a concepção tradicional de hierarquia das fontes, visto que o nível de vinculatividade deixa de depender da existência de uma obrigação jurídica formal, em particular em face de um conjunto de ferramentas de disciplina regulatória mais amplo e original⁶⁹.

Sublinhe-se, ademais, que além desta solidificação da *soft law*, também se verifica um fenómeno similar na direcção inversa com o amolecimento do Direito duro, uma “*sard law*”, por exemplo, com a previsão de mecanismo de *comply or explain* e de sanções moles, designadamente através de uma lógica de reporte e de publicação de relatórios, e de ajudas financeiras, técnicas e tecnológicas em vez de sanções.

Esta nova dinâmica de fontes aos poucos transforma, portanto, de maneira informal e paulatina, um Direito Ambiental regulamentado através de grandes princípios numa regulação cada vez mais normativa, em sentido estrito, através das *hoft e sard law*. Logo, a clássica pirâmide das fontes dá lugar a uma lógica circular num vai-e-vem contínuo entre *soft e hard law*, interligadas substancialmente por princípios gerais de Direito Ambiental que assumem uma natureza imperativa. Posto de outra forma, conciliam-se regras de origem diferente que interagem e se harmonizam, conjugando os interesses em jogo e envolvendo a totalidade dos actores. Em vez da estrutura se basear nas funções do Estado, em que a administrativa

⁶⁸ Expressão usada em Portugal por L. G. CATARINO, *A reforma*, e, em LUÍS GUILHERME CATARINO, A Nova Regulação Europeia dos Mercados: a Hoft Law no Balancing Powers da União, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, Vol. IV, SJ, Coimbra Ed., 2012, pp. 145-177.

⁶⁹ CHRIS BRUMMER, How International Financial Law Works (and How It Doesn't), *The Georgetown Law Journal*, Vol. 99, 2011, p. 306.

se sujeita à legislativa, passa a ser determinada teleologicamente no sentido de garantir a sustentabilidade. Mais do que orgânica, a hierarquia e a força normativas constroem-se a partir dos princípios envolvidos que conferem unidade e sistematicidade. Consequentemente, esta circularidade traduz-se numa ferramenta preciosa em termos hermenêuticos pois traz para a luz do dia todos elementos necessários para os seus diversos métodos (gramatical, histórico, sociológico, sistemático, teleológico), aumentando a reflexividade e possibilitando uma interação mais vincada e activa entre o intérprete e a norma. Afinal, numa questão de grande manancial político, ideológico, ético e filosófico e de construção de um devir intergeracional não se pode, nem deve, reduzir a interpretação aos cânones tradicionais da hermenêutica, em particular literais, o que não dispensa a cautela crítica. Com efeito, a sobrevalorização de um dos elementos e dimensões hermenêuticas pode conduzir ao sacrifício da juridicidade do Direito Ambiental por uma valorização exagerada e unilateral do político e/ou ético. Por outras palavras, exige-se um balanço continuado, actualizado e coerente de interesses.

Logo, interpretações baseadas numa qualquer racionalidade de sustentabilidade forte (*i.e.* de infungibilidade dos bens ambientais) ou de *in dubio pro natura* erram e revelam um apego imoderado a pré-compreensões e ferramentas enviduadas e comprometidas⁷⁰. Com efeito, no Direito Ambiental (nacional ou internacional), até pela sua dimensão integradora, a chave interpretativa reside na proporcionalidade⁷¹, ou seja na ponderação necessária, adequada e não excessiva de todos os bens jurídicos envolvidos, tanto no micro como no macro-plano. A própria sustentabilidade (fraca) e, portanto, o princípio do Desenvolvimento Sustentado já a contemplam.

Por fim, e como resposta ao contexto de risco e de incerteza, a interpretação de viés ambiental precisa de assumir a natureza interdisciplinar da questão ambiental, as assimetrias informativas existentes e a evolução científica, devendo ser aberta e actualizante. A proporcionalidade, na sua tripla dimensão, incluindo a razoabilidade, continua a oferecer um princípio interpretativo operacional basilar que deve ser ponderado com os olhos na efectivação de uma dignidade da pessoa humana esverdeada.⁷²

⁷⁰ Contra, J. RUBENS MORATO LEITE / G. PARENTE NEIVA BELCHIOR, *O Estado de Direito*, p. 310.

⁷¹ J. RUBENS MORATO LEITE / G. PARENTE NEIVA BELCHIOR, *O Estado de Direito*, p. 309.

⁷² J. RUBENS MORATO LEITE / G. PARENTE NEIVA BELCHIOR, *O Estado de Direito*, pp. 310-312.

4. Considerações finais

A actividade do intérprete de normas ambientais, para além de incluir a generalidade dos métodos e princípios hermenêuticos tradicionais, insta ainda à equação de uma hermenêutica especial de viés ambiental que permite uma maior adequação às características muito próprias da questão ambiental e uma maior efectividade do Direito Ambiental.

Desta forma, há que ter presente, para a edificação e sedimentação de um Estado de Direito Democrático Ambiental, a importância dos princípios gerais de Direito Ambiental, da estruturação multi-nível da legislação ambiental e o papel fundamental da transformação informal do Direito ambiental na hermenêutica. Numa matéria tão fragmentada e fragmentadora, a sustentabilidade e a integração conferem uma perspectiva holística e sistémica extremamente rica e fecunda que obriga a fugir à simples interpretação literal e promove uma ponderação de proporcionalidade entre os pilares ambiental, económico, social e cultural do desenvolvimento sustentado que, reflexiva e criticamente, afaste pré-compreensões e *wishful thinkings* tão frequentes em interpretações demasiado engajadas (e por isso incorrectas e inefectivas) das regras ambientais.

Todavia, sendo o Direito Ambiental extremamente dinâmico e o Estado de Direito Ambiental um devir, há que ter em conta que o viés interpretativo agora apontado terá obrigatoriamente que evoluir. Daqui a uns anos talvez possamos visitar esta questão e tirar mais conclusões.