

Direito, Sustentabilidade Ambiental e Desenvolvimento Humano

João Sérgio Ribeiro e Andreia Barbosa (Coord.)



UMinho Editora
Atas

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

João Sérgio Ribeiro
Andreia Barbosa

AUTORES

Ana Rita Prata
Anabela Gonçalves
Andreia Barbosa
Flávia Novera Loureiro
Isabel Celeste Fonseca
João Sérgio Ribeiro
Nuno Manuel Pinto Oliveira
Pedro Cruz e Silva
Ricardo António Lucas Camargo
Ricardo Sousa da Cunha

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins
Maria Miguel Carvalho

DESIGN

Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Bookpaper

EDIÇÃO UMinho Editora. Escola de Direito

LOCAL DE EDIÇÃO Braga, 2022

eISBN: 978-989-8974-91-4

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101>

Não foi imposta a utilização do novo acordo ortográfico aos autores.

Os conteúdos apresentados (textos e imagens) são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores.
© Autores / Universidade do Minho – Esta obra encontra-se sob a Licença Internacional Creative Commons
Atribuição Compartilha Igual 4.0..

JusGOV

Direito, Sustentabilidade Ambiental e Desenvolvimento Humano



Financiado por fundos nacionais (Portugueses) através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.

<i>Direito, Sustentabilidade Ambiental e Desenvolvimento Humano</i> , João Sérgio Ribeiro, Andreia Barbosa	7
<i>Desenvolvimento sustentável e responsabilidade civil por danos ambientais transnacionais</i> , Anabela Susana de Sousa Gonçalves	11
<i>Tributação aduaneira e desenvolvimento sustentável</i> , Andreia Isabel Dias Barbosa	21
<i>Sustentabilidade Ambiental: o papel do direito penal e do direito de mera ordenação social</i> , Flávia Novera Loureiro	33
<i>Desenvolvimento sustentável, governação local algorítmica e cidades de proximidade: o futuro (da cidade inteligente) é hoje</i> , Isabel Celeste Fonseca e Ana Rita Prata	47
<i>A tributação ao serviço da proteção ambiental e desenvolvimento humano</i> , João Sérgio Ribeiro	67
<i>A flexibilidade do contrato como condição de sustentabilidade</i> , Nuno Manuel Pinto Oliveira	81
<i>As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal</i> , Pedro Cruz e Silva	105
<i>Regime jurídico da gestão e recursos naturais, desenvolvimento sustentável e pandemia</i> , Ricardo António Lucas Camargo	117
<i>Os “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável” da ONU perante a Fragmentação Administrativa e Constitucional Global</i> , Ricardo Sousa da Cunha	131

Direito, Sustentabilidade Ambiental e Desenvolvimento Humano

O livro “Direito, Sustentabilidade Ambiental e Desenvolvimento Humano”, que agora se publica, agrega um conjunto de textos produzidos por vários investigadores que se associaram a um projeto de investigação com a designação que dá título a esta obra, promovido no contexto do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governança). O projeto teve como propósito contribuir para uma melhor compreensão dos desafios jurídicos que surgem da utilização da lei enquanto instrumento para promover a sustentabilidade ambiental de forma compatível com o desenvolvimento humano. Nesse contexto, foi desenvolvido o estudo dos termos em que distintos domínios do Direito (nomeadamente, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Criminal, Direito Internacional, Direito Tributário) poderão afetar o modo como a sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento humano são abordados – análise essa recolhida agora na presente obra.

A presente publicação foi antecedida da apresentação, no dia 6 de outubro de 2021, em formato de *workshop online*, das principais conclusões resultantes dos trabalhos desenvolvidos por parte dos investigadores envolvidos no projeto. O *workshop* revelou-se altamente profícuo, tendo sido privilegiado o debate entre os então oradores, abrindo-se espaço para potenciar aquele que é um dos propósitos mais evidentes de uma investigação: o avanço do conhecimento, que em muito é fruto do diálogo, aberto e de base científica, entre quem a ela se dedica.

É neste exato sentido que se publica a presente obra, que se crê particularmente pertinente num contexto em que as várias dimensões associadas à sustentabilidade ambiental e ao desenvolvimento humano conhecem uma efetiva absorção pelo ordenamento jurídico, conhecendo hoje uma especial vitalidade na forma como guiam, fundamentam e limitam a atuação de entes públicos e privados.

No que à estrutura da obra concerne, e perante a diversidade de ramos do Direito aqui representados, optou-se por uma ordenação centrada no nome dos autores, nos termos que se passam a apresentar.

O primeiro dos contributos é da autoria de Anabela Gonçalves, Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho e investigadora integrada no JusGov, que assume como título “Desenvolvimento sustentável e responsabilidade civil por danos ambientais transnacionais” e que procura explorar a interação do Direito Internacional Privado e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, através do regime jurídico da responsabilidade civil transnacional por danos ambientais.

Segue-se o contributo de Andreia Barbosa, Professora Convidada equiparada a Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, Professora Convidada na Faculdade de Economia da Universidade do Porto e investigadora integrada no JusGov, que, sob o título “Tributação aduaneira e desenvolvimento sustentável”, se dedica a aferir os termos em que a tributação por via de direitos aduaneiros, partindo da sua especial base principiológica, é capaz de prosseguir propósitos de sustentabilidade ambiental, social e económica.

A obra avança com a exposição intitulada “Sustentabilidade Ambiental: o papel do direito penal e do direito de mera ordenação social”, da autoria de Flávia Noversa Loureiro, Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e investigadora integrada no JusGov. A autora parte da assunção da proteção do ambiente enquanto bem jurídico fundamental da comunidade e procura aferir em que termos e à luz de que critérios deverá ser concretizado o cruzamento entre a sustentabilidade ambiental, o direito penal e o direito de mera ordenação social.

A exposição que se segue é da autoria de Isabel Celeste Fonseca, Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho e investigadora integrada do JusGov, e de Ana Rita Prata, Mestre em Direito Administrativo, assumindo como título “Desenvolvimento sustentável, governação local algorítmica e cidades de proximidade: o futuro (da cidade inteligente) é hoje”. O propósito assumido foi o de densificar aqueles que são os desafios que a nova urbanidade enfrenta, concretizando um confronto e, ao mesmo tempo, uma aliança, entre as cidades inteligentes e as cidades sustentáveis.

Num momento subsequente, João Sérgio Ribeiro, Professor Associado da Escola de Direito da Universidade do Minho e Coordenador do Glob (Globalização, Democracia e Poder), grupo de investigação do JusGov, faz uma reflexão acerca do modo como a tributação de índole corretiva pode ser utilizada para promover os objetivos que norteiam esta obra, com o texto “A tributação ao serviço da proteção ambiental e desenvolvimento humano”.

Nuno Manuel Pinto Oliveira, Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho e Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, apresenta uma exposição com o título “A flexibilidade do contrato como condição de sustentabilidade”, demonstrando a forma como a adequada interpretação das disposições relativas à alteração das circunstâncias é uma condição necessária para evitar que o preço das decisões políticas relacionadas com a sustentabilidade seja uma destruição das relações económicas.

Surge, de seguida, o contributo de Pedro Cruz e Silva, advogado e árbitro do Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal, intitulado “As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal”, que serviu o propósito de publicitar preocupações sociais que o legislador português foi capaz de definir a partir do texto positivado da lei nacional de compras públicas, apesar do manifesto interesse industrial ou comercial que a estas últimas subjaz.

Ricardo António Lucas Camargo, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze e Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, é o autor da exposição com o título “Regime jurídico da gestão dos recursos naturais, desenvolvimento sustentável e pandemia”. Partindo da permanente tensão entre “preservação ambiental” e “desenvolvimento económico”, o autor procura aferir os concretos impactos que a pandemia nela assume.

Segue-se, por fim, o contributo de Ricardo Sousa da Cunha, Professor-Adjunto do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave e Professor-Colaborador da Escola de Direito da Universidade do Minho, com o título “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável” da ONU perante a Fragmentação Administrativa e Constitucional Global”. O autor analisou o papel que poderá desempenhar a Agenda 2030 e, em particular, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, no concerto cada vez mais globalizado de diferentes sistemas normativos, que sentem pressões de sinal diverso, quer de fragmentação, quer de integração.

Perante a grande qualidade científica que se crê caracterizar os contributos que compõem a presente obra, espera-se que seja a mesma de especial valia, não só para os cultores do Direito, mas também, e em especial, para a comunidade, a quem a mesma pretende, em primeira linha, servir.

João Sérgio Ribeiro

Andreia Barbosa

Desenvolvimento sustentável e responsabilidade civil por danos ambientais transnacionais

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.1>

Anabela Susana de Sousa Gonçalves*

Introdução

Vários Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) implicam uma redução da poluição ambiental e o Direito, nas suas diferentes dimensões, pode ser um instrumento para os alcançar. A globalização, que tem em sua base relações jurídicas privadas internacionais, implica consumo global em massa, viagens, migrações, o que aumenta a possibilidade da degradação do ecossistema como resultado da poluição ambiental e outros fardos globais que colocam em risco a saúde e o ecossistema mundiais. Uma das formas de reduzir a poluição ambiental é através da responsabilização do poluidor, obrigando-o a suportar os danos que causar ao meio ambiente e a assumir os custos do seu comportamento. Todavia, no âmbito das relações jurídicas privadas internacionais, esta responsabilização tem especificidades que o Direito Internacional Privado atualmente acautela. O objetivo deste estudo será, brevemente, explorar a interação do Direito Internacional Privado e os ODS, através do regime jurídico da responsabilidade civil transnacional por danos ambientais.

1. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foram adotados em 2015, seguindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM) que, sob os auspícios das Nações Unidas, se somaram aos esforços mundiais para ajudar os países mais pobres. Em comparação com os ODM, uma das principais características descritas dos ODS é a universalidade, uma vez que parte do princípio de que o desenvolvimento sustentável deve ser uma meta de todos os países¹. Isso significa que o desenvolvimento sustentável apresenta desafios a todos os Estados, embora em níveis diferenciados, de acordo com as realidades e desenvolvimentos nacionais. Esta visão global sobre o desenvolvimento mundial implica uma responsabilidade comum de todos os países e o compromisso dos atores públicos e privados². A parceria entre o setor público e

* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

1 Sobre a universalidade dos ODS, v. Durán Y LaLaguna, Paloma, «The sustainable development goals: an introduction» in *International Society and Sustainable Development Goals*, Sagrario Morán Blanco & Elena C. Díaz Galán (eds), Madrid, Editorial Aranzadi, 2016, pp. 40-41.

2 *Ibid.*

privado aumenta a responsabilidade social, económica e ambiental e o impacto das ações adotadas³.

O envolvimento de *stakeholders* privados, além dos atores públicos, nos ODS representa uma evolução de um modelo filantrópico para um modelo que utiliza os recursos do negócio como forma de alcançar o desenvolvimento sustentável. «For example, by developing new technologies, services, products or business models that address poverty, hunger, environmental protection or health, the private sector can have a multiplying effect in improving lives around the world, and in doing so improving their prospects»⁴. Portanto, há um novo conjunto de agentes que têm uma missão e responsabilidade comum, desde autoridades nacionais, organizações internacionais, setor empresarial, sociedade civil, indivíduos, filantropos, universidades⁵. Todos eles estão envolvidos no compromisso de construção de um desenvolvimento sustentável, nas várias dimensões definidas em 2015, e na tomada de decisões globais.

O desenvolvimento sustentável está intimamente ligado a alguns princípios jurídicos internacionais, como o princípio da cooperação internacional e o princípio da proteção internacional dos direitos humanos⁶. Na primeira dimensão, o desenvolvimento sustentável está associado à solidariedade universal de todas as partes interessadas num esforço global e, na segunda dimensão, o direito ao desenvolvimento sustentável é visto como um direito humano⁷. De facto, de acordo com o art. 1, n.º 1, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986, o direito de desfrutar do desenvolvimento económico, social, cultural e político é declarado como um direito humano inalienável. Esta ligação entre os ODS e os direitos humanos assume uma relevância acrescida porque implica que os compromissos políticos adotados pela comunidade internacional se transformaram num conjunto de direitos com sustentação legal e com eficácia jurídica⁸.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável estabelece 7 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, como forma de erradicar globalmente a pobreza e alcançar um desenvolvimento sustentável tridimensional equilibrado nas

3 Irina Zapatrina, «Sustainable Development Goals for Developing Economies and Public-Private Partnership», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 11, 2016, pp. 39-45.

4 Durán Y Lalaguna, Paloma, «The sustainable development goals...», cit., p. 43.

5 *Ibid.*, p. 35; Tonia Novitz, Margherita Pieraccinipp, «Agenda 2030 and the Sustainable Development Goals: 'Responsive, Inclusive, Participatory and Representative Decision-Making'?» in *Legal Perspectives on Sustainability*, Margherita Pieraccini & Tonia Novitz (eds), Bristol, Bristol University Press, 2020, pp. 57-58.

6 Sobre as várias dimensões do desenvolvimento sustentável, v. Cástor Miguel Díaz Barrado, «Sustainable development goals: a principle and several dimensions» in *International Society and Sustainable Development Goals*, Sagrario Morán Blanco & Elena C. Díaz Galán (eds), Madrid, Editorial Aranzadi, 2016, p. 59.

7 *Ibid.*

8 Christina Binder, Jane Alice Hofbauer, «Good health and well-being. Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages» in *International Society and Sustainable Development Goals*, Sagrario Morán Blanco & Elena C. Díaz Galán (eds), Madrid, Editorial Aranzadi, 2016, p. 215.

áreas social, económica e ambiental⁹, concretizando uma estratégia para materializar uma visão moderna dos direitos humanos.

Vários ODS implicam uma redução da poluição ambiental. O ODS 3 aborda a necessidade de promover a boa saúde e o bem-estar como elementos cruciais para o desenvolvimento sustentável. No âmbito do ODS 3, encontramos a meta 3.9 referente à importância de reduzir doenças e morte por produtos químicos perigosos e em resultado da poluição. Também o ODS 6, alusivo a água limpa e saneamento, estabelece como uma das suas metas a necessidade de melhorar a qualidade da água reduzindo a poluição, eliminando e diminuindo a libertação de produtos químicos e materiais perigosos (meta 6.3). Por fim o ODS 13, sobre ações climáticas, determina, como meta, a inclusão nas políticas e estratégias nacionais de medidas relativas às alterações climáticas (meta 13.2).

O Direito, nas suas diferentes dimensões, pode ser um instrumento construtivo para alcançar os ODS 3, 6 e 13 e a redução da poluição ambiental e enfrentar os desafios emergentes decorrentes da globalização¹⁰. A globalização, que tem em sua base relações de direito internacional privado, implica consumo global em massa, viagens, migrações, o que aumenta a possibilidade a degradação do ecossistema como resultado da poluição ambiental e outros fardos globais que colocam em risco a saúde e o ecossistema mundiais.

Uma das formas de reduzir a poluição ambiental é através da responsabilização do poluidor, obrigando-o a suportar os danos que causar ao meio ambiente e a assumir os custos do seu comportamento. Todavia, no âmbito de situações que produzem poluição que atinge mais do que um país, esta responsabilização tem especificidades que exigem uma cooperação internacional, e que o Direito Internacional Privado atualmente já acautela. Assim, o objetivo deste estudo será, brevemente, explorar a interação do Direito Internacional Privado e os ODS, através do regime jurídico da responsabilidade civil transnacional por danos ambientais.

2. A responsabilidade civil ambiental transnacional

A responsabilidade civil decorrente da poluição ambiental é multifacetada, uma vez que da poluição ambiental podem resultar diversos tipos de danos, desde aqueles de natureza predominantemente económica, até danos físicos. Simultaneamente, os danos ao meio ambiente podem facilmente assumir um carácter internacional. Acidentes industriais ou exploração inadequada de atividades perigosas podem poluir as águas, o ar e até mesmo os solos localizados em outros países, afetando um grande número de pessoas simultaneamente, localizadas no mesmo ou em diferentes Estados. Um exemplo ilustrativo é o caso decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), *Land Oberösterreich contra ČEZ as*¹¹.

9 De acordo com United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, <<https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>>, consultado em 1.2.2020.

10 Lawrence O Gostin, «Global Health Law Governance», *Emory Int'l L Rev*, n.º 22, 2008, p. 37.

11 TJUE, *Land Oberösterreich contra ČEZas*, Processo C-343/04, de 18 de Maio de 2006, ECLI:EU:C:2006:330.

O *Land Oberösterreich* possuía um terreno agrícola, localizado na Áustria, a 60 km da usina nuclear Tremelin, localizada na República Checa, explorada pela empresa tcheca ČEZ. O *Land Oberösterreich* intentou uma providência cautelar pedindo que a ČEZ fosse condenada a cessar os riscos e os efeitos resultantes das radiações ionizantes libertadas pela central nuclear, porque eram superiores àquelas que resultariam de um funcionamento normal de uma central nuclear, face ao estado atual do conhecimento técnico.

Outro exemplo, é o caso *Handelskwekerij GJ Bier BV contra Mines de Potasse d'Alsace SA*, onde houve uma reclamação feita por um grupo de horticultores holandeses contra uma empresa sediada na França, que foi acusada de poluir as águas do rio Reno com certas substâncias, que causaram danos às plantações e obrigaram os reclamantes a incorrer em despesas adicionais para mitigar os efeitos dessas substâncias. As descargas poluentes foram realizadas na França e os resultados prejudiciais ocorreram na Holanda. Consequentemente, o evento nocivo foi dissociado no espaço: o evento ocorreu na França e os danos na Holanda¹².

Naquele tipo de acidentes, o facto que origina a poluição pode ocorrer num país e os danos noutra ou em outros países. Além disso, as condutas poluentes podem originar danos em massa. Existindo danos em massa pode ser necessário garantir a igualdade de tratamento entre as vítimas. Mesmo que as consequências de um acidente industrial poluente se confinem ao território de um Estado, o carácter internacional pode resultar do facto de a entidade responsável pela atividade ser uma empresa multinacional ou de manter certo tipo de relações com empresas multinacionais. Na situação inversa, muitas vezes os danos ambientais atingem áreas não sujeitas a soberania, como a poluição em alto-mar.

A realidade oferece-nos uma grande quantidade de exemplos sobre os efeitos ambientais catastróficos que podem ter alguns acidentes, e a quantidade de pessoas que pode ser por eles afetada, como sucedeu no caso *Chernobil* ou o caso *Bhopal*¹³. Neste tipo de exemplos, estamos a lidar com danos em massa e, além da lesão a direitos e interesses individuais, as ofensas ao meio ambiente afetam recursos públicos. A verdade é que a evolução técnica aumentou a gravidade dos acidentes industriais, e a globalização e a facilidade de mobilidade de pessoas e meios propiciaram a instalação de fábricas em países com menores padrões legislativos ambientais.

12 TJUE, *Handelskwekerij G.J. Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA.*, Processo 21-76, de 30 de Novembro de 1976, ECLI:EU:C:1976:166.

13 Sobre estes e outros acidentes industriais com consequências graves v. AAVV, *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, José Juste Ruiz, Tullio Scovazzi (eds), Valencia, Tirant lo blanch, 2005; Tito Ballarino, «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», *RCADI*, n.º 220, 1990-I, pp. 328 e segs; Christian Von Bar, «Environmental damage in private international law», *RCADI*, n.º 268, 1997, pp. 303-304; Francisco Javier Zamora Cabot, «Accidentes en masa y “forum non conveniens”: el caso Bhopal» in *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, Carlos Jiménez Piernas (ed), Ali-cante, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 533-564.

Esta realidade levou os Estados a criar um conceito de desenvolvimento sustentado, enquanto forma de exploração racional dos recursos naturais limitados, de modo a salvaguardar o equilíbrio natural e diminuir os danos ambientais. Ora, isto conseguiu-se, no plano internacional, pela promoção de leis uniformes, que visam dar uma resposta legal unitária, ainda que em áreas muito parcelares, eliminando o fenómeno de *dumping ambiental*. É o caso da *Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Poluição por Petróleo*, de 29 de setembro de 1969, que entrou em vigor em 1975, com protocolos de 1976, 1984, 1992 e aditamentos de 2000; da *Convenção Sobre a Responsabilidade de Terceiros no Campo da Energia Nuclear*, de 29 de julho de 1960, que entrou em vigor em 1 de abril de 1988, alterada por um protocolo de 1964 e outro de 1982; da *Convenção Sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares*, de 21 de maio de 1963, que entrou em vigor em 12 de novembro de 1977, alterada por um protocolo de 1997 e completada pela *Convenção Sobre Compensação Suplementar para Danos Nucleares* e pelo *Protocolo Conjunto Relativo à Aplicação da Convenção de Viena e de Paris*, de 21 setembro de 1988, que entrou em vigor em 27 de abril de 1992; da *Convenção, de 10 de outubro de 1989, sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Causados durante o Transporte de Mercadorias Perigosas por Via Rodoviária, Ferroviária e por Vias Navegáveis Interiores*; da *Convenção Internacional, de 27 de novembro de 1992, sobre a Responsabilidade Civil Pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos*; da *Convenção Internacional, de 27 de novembro de 1992, para a Constituição de um Fundo Internacional para Compensação Pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos*; da *Convenção Internacional, de 3 de maio de 1996, sobre a Responsabilidade e a Indemnização por Danos Ligados ao Transporte por Mar de Substâncias Nocivas e Potencialmente Perigosas*; da *Convenção Internacional, de 23 de março de 2001, sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos devidos à Poluição por Hidrocarbonetos Contidos em Tanques de Combustível*, entre outras convenções sectoriais internacionais que existem.

No entanto, a uniformidade descrita existe apenas em setores específicos. Portanto, em áreas em que não existe esta uniformização, o Direito Internacional Privado pode auxiliar na obtenção do ressarcimento por danos causados devido a atividades ambientais nocivas, mas também pode ter uma função de dissuasão e de aumentar os padrões de cuidado, com impactos positivos na redução da poluição e na melhoria da saúde das populações.

3. O Direito Internacional Privado e a responsabilidade civil por danos ambientais transnacionais na União

As divergências entre as várias legislações e a necessidade de estabelecer um padrão ambiental no espaço da União Europeia (UE), até para eliminar distorções na concorrência decorrentes de uma maior proteção ambiental de uns Estados em relação a outros, levou a União a tentar harmonizar as questões ambientais¹⁴, com base

14 V., sobre esta evolução Núria Bouza Vidal, Mónica Vinaixa Miquel, «La responsabilidad por daños transfronterizos: propuesta de regulación europea y derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 75 e segs; Ana Crespo Hernández, «Daños al medio ambiente y regal de la ubicuidad en el art. 8 del future Reglamento de Roma II», *Indret*, 3/2006, n.º 366, pp. 4 e segs; Francesco Munari, Lorenzo Schiano

no art. 174.º do Tratado da Comunidade Europeia (atual art. 191.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia). A importância de um desenvolvimento sustentável que respeite a proteção do ambiente é também reconhecida no § 9 do preâmbulo do Tratado da União Europeia e no seu art. 3.º, n.º 3.

A existência de normas de conflitos especiais uniforme neste domínio desempenha um papel relevante na evolução do processo de harmonização ambiental, uma vez que independentemente do Estado-Membro em que a ação seja proposta, será aplicável a mesma norma de conflitos e, conseqüentemente, a mesma lei e, desajavelmente, será obtida a mesma solução. A existência de normas de competência internacional dá certeza e segurança jurídica ao lesado, que facilmente consegue determinar a que foro se deve dirigir para o ressarcimento dos danos sofridos e pode potenciar o ressarcimento de danos ambientais. Vejamos, de forma necessariamente breve, o regime jurídico existente em relação a estas duas questões na UE.

3.1. O tribunal internacionalmente competente

O *Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I bis)* contém um sistema de normas de competência internacional uniformes e um sistema de reconhecimento e execução automático de decisões. Este Regulamento veio substituir, de acordo com o art. 68º, a Convenção de Bruxelas de 1968 Relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Convenção de Bruxelas) entre os Estados-Membros e revogar o anterior *Regulamento n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I)*, de acordo com o art. 80º. Seguindo a anterior estrutura da Convenção de Bruxelas e do Regulamento Bruxelas I, o Regulamento Bruxelas I bis tem, além de uma norma geral, uma disposição legal referente ao tribunal competente em situações transnacionais de responsabilidade extracontratual – o art. 7.º, n.º 2. Esta norma corresponde ao anterior art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas e do Regulamento Bruxelas I, existindo uma continuidade interpretativa das referidas disposições legais.

A norma de competência geral, prevista no art. 4.º, n.º 1, estabelece que o autor deve propor a ação perante o tribunal do domicílio do réu. Além desta regra geral de competência, existem normas de competência especiais, previstas dos arts. 7.º a 9.º, baseadas no princípio de proximidade e que estabelecem foros alternativos. Estes foros têm em consideração a proximidade do tribunal com o litígio, a fim de salvaguardar as legítimas expectativas das partes e promover a boa administração da justiça. Considera-se que estas jurisdições estão espacialmente e processualmente melhor colocadas para julgar a questão, e presume-se que a proximidade entre o litígio e o foro garante maior facilidade na condução do processo, na produção das

di Pepe, «Liability for environmental torts in Europe: choice of forum, choice of law and the case for pursuing effective legal uniformity», *RDIPP*, 2005, vol. 41, n.º 3, pp. 606 e segs; Sara Poli, Giacomo Biagioni, «Recenti sviluppi in materia di danno ambientale nell'Unione Europea: profile di diritto sostanziale e diritto internazionale private», *RDIPP*, 2005, Vol. 41, n.º 3, pp. 643 e segs.

provas e satisfaz o princípio da confiança, uma vez que permite a previsibilidade do foro, quer por parte do autor, quer por parte do réu.

O art. 7.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis* é uma norma de competência especial, aplicável às situações de responsabilidade extracontratual, dando a jurisdição ao tribunal do lugar da ocorrência do facto danoso. O TJUE foi chamado a interpretar a expressão lugar da ocorrência do facto danoso, na altura ainda para efeitos do art. 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas, numa situação que envolvia danos ambientais. Como já foi referido, no caso *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. contra Mines de Potasse d'Alsace S.A.* julgava-se a pretensão de um conjunto de horticultores holandeses contra uma empresa com sede em França, que acusavam de poluir as águas do Reno com determinadas substâncias, e que causava danos às plantações e obrigavam os autores a despesas adicionais para minorar os efeitos dessas substâncias. Neste caso, as descargas poluentes efetuavam-se em França e os resultados lesivos ocorriam na Holanda.

O TJUE invocando fins processuais, como a facilidade na obtenção de provas e a organização útil do processo, veio afirmar que o lugar da ocorrência do facto danoso, abrangia tanto o lugar do dano, como o lugar do evento que o provocou¹⁵, podendo o autor escolher o foro que considerasse mais adequado para propor a sua ação. Noutras decisões posteriores, o Tribunal veio esclarecer que a opção de o autor escolher os tribunais do lugar do facto que dá origem ao dano ou os tribunais do local onde ocorreu o dano é determinada pela extensão da competência de cada tribunal. O tribunal do lugar da conduta ilícita tem competência para decidir o ressarcimento de todos os danos resultantes desse comportamento, enquanto o tribunal do lugar do dano só tem competência para decidir sobre os danos que ocorram no seu território¹⁶.

Note-se que nesta interpretação do TJUE não existe subjacente um fim de proteção do lesado, mas razões de relevância processual. Apesar dos argumentos de boa administração da justiça, relacionados com a facilidade de produção de prova e a organização do processo, invocados pelo TJUE para justificar a interpretação da expressão *lugar da ocorrência do facto danoso*, como abarcando o lugar do facto e o lugar do dano, a verdade é que esta interpretação beneficia o lesado, enquanto autor da ação¹⁷, ainda que não de forma assumida pelo TJUE. Com esta interpretação do TJUE, aumenta-se a quantidade de foros à disposição do lesado, não tendo este de se sujeitar ao foro da residência habitual do lesante, ampliando-se inclusive as probabilidades de um desses foros coincidir com o lugar da residência habitual do lesado. Assim, alarga-se a possibilidade de surgimento de um *forum actoris*, que beneficia naturalmente o autor da ação (geralmente o lesado), que pode propor a mesma, evitando os transtornos de litigar no estrangeiro, e com menores custos.

15 TJUE, *Handelskwekerij G.J. Bier BV*, cit.

16 TJUE, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd c. Presse Alliance SA*, 7 de Março de 1995, Processo C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

17 Esta é também a opinião expressa por Pierre Bourel ao comentar o caso *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. contra Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, com a qual concordamos: v. TJUE, «Soc. Handelskwekerij G.J. Bier B.V. et fondation Reinwater c. Mines de potasse d'Alsace S.A., 30.11.1976», *RCDIP*, 1977 (2), pp. 572-573.

3.2. A lei aplicável

O tratamento autónomo da responsabilidade decorrente de ofensas ambientais é uma questão recente no âmbito do Direito de Conflitos. No âmbito do direito conflitual comparado, encontramos normas de conflitos especiais que regulam a responsabilidade decorrente de ofensas ambientais. O art. 138.º da Lei de DIP suíça, prevê os casos de emissões danosas provenientes de um imóvel, e o art. 99.º, § 2 (3), do Código de DIP belga, aplica-se a situações de danos a bens ou a pessoas resultantes de ofensas ao meio ambiente.

O Regulamento n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), tem uma norma de conflitos de leis aplicável à responsabilidade extracontratual por danos ambientais, o art. 7.º A proposta apresentada pela Comissão Europeia, quando o Regulamento Roma II ainda era um projeto, explica o pensamento legal subjacente à elaboração daquela disposição legal¹⁸: «(...) não se trata apenas de respeitar as expectativas legítimas da vítima, mas de estabelecer uma política legislativa que contribua para aumentar o grau de proteção do ambiente em geral, tanto mais que o autor do dano ambiental, contrariamente a outros ilícitos, retira em geral um benefício económico da sua atividade danosa». Assim, no art. 7.º do regulamento Roma II, encontramos uma norma que estabelece uma conexão optativa, a favor do lesado. De acordo com a referida norma numa situação de responsabilidade extracontratual será aplicável a lei do lugar do dano. Todavia, a pessoa que requer a reparação do dano pode escolher basear o seu pedido na lei do país onde tiver ocorrido o facto que deu origem ao dano, sendo nesse caso aplicável a lei do lugar do facto ilícito. Caso a pessoa que pede o ressarcimento do dano não faça a escolha permitida pelo art. 7.º, será aplicável a lei do lugar do dano. Ou seja, a pessoa que requer a indemnização pode escolher entre duas leis e, provavelmente, escolherá aquela que melhor satisfizer as suas pretensões. Assim, temos nesta norma um *favor laesi*, inspirado por um objetivo de política legislativa.

Nas situações de responsabilidade extracontratual transnacionais por danos ambientais não estão em causa apenas os interesses do lesante e do lesado, como na regra geral do art. 4.º do regulamento Roma II. A estes, acrescem interesses de política legislativa ambiental¹⁹, que passam pela reparação, mas também pela prevenção dos delitos ambientais, e pela ponderação dos benefícios retirados pelo lesante. No plano do Regulamento Roma II, a política legislativa ambiental da UE ditou um objetivo preventivo e corretivo na fonte, que passa pelo princípio do poluidor-pagador e pelo favorecimento do lesado, como resulta do seu considerando 25: «(...) um nível elevado de proteção fundado nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, e do poluidor-pagador, justifica plenamente o

18 Comissão Europeia, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II")*, COM (2003), 427 final, Bruxelas, 22.07.2003, p. 21.

19 V. alguns princípios que devem estar subjacentes às regras que visam delitos ambientais, Julio Barboza, «International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment», *RCADI*, t. 247, 1994, III, pp. 356 e segs.

recurso ao princípio de discriminar a favor do lesado». Estes objetivos de política legislativa são conseguidos através da introdução, na norma de conflitos do art. 7.º do Regulamento, do princípio da ubiquidade, que se traduz num direito de opção a favor da vítima, relativamente à lei aplicável.

Conclusão

O Direito Internacional Privado pode auxiliar na busca de uma indenização por danos causados por atividades ambientais nocivas, mas também pode ter uma função de dissuasão e de aumentar os padrões de cuidado, com impactos positivos na redução da poluição e na promoção da saúde humana, contribuindo para um desenvolvimento sustentável e para a concretização dos ODS.

A supracitada jurisprudência do TJUE sobre conflitos de jurisdições oferece um exemplo, em que o TJUE interpretou a disposição legal da jurisdição aplicável de forma a facilitar as ações de responsabilidade civil transnacionais relativamente a danos ambientais. Outro exemplo tratado refere-se ao Regulamento Roma II, que tem uma norma de conflitos de leis aplicável aos danos ambientais em que o Direito Internacional Privado é colocado ao serviço da obtenção da sustentabilidade ambiental, agora através de uma norma de conflitos. Não estão em jogo apenas os legítimos interesses da vítima, mas também os interesses da política legislativa ambiental, que tem como princípio fundamental o princípio do poluidor-pagador, a indemnização por danos, a prevenção de danos ambientais e a ponderação dos benefícios obtidos lesante.

Ambas as normas analisadas permitem a escolha da pessoa que está a pedir o ressarcimento dos danos, promovendo o *favor laesi*. No art. 7.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I *bis*, a pessoa que pede o ressarcimento do dano pode escolher entre o tribunal do lugar da ocorrência do facto ilícito e o tribunal do lugar do dano. No art. 7.º do Regulamento Roma II, a pessoa que pede o ressarcimento do dano pode escolher entre a lei do lugar do dano e a lei do lugar da ocorrência do facto ilícito. Além das vantagens que já referimos *supra*, esta escolha permite ainda a coincidência *forum/ius*, com as vantagens conhecidas no plano da boa administração da justiça, uma vez que o tribunal que está a julgar, em resultado da escolha da pessoa da pessoa que pede o ressarcimento dos danos (geralmente o lesado), pode aplicar o seu direito material, que é o direito que melhor conhece, reduzindo o erro judiciário.

Tributação aduaneira e desenvolvimento sustentável

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.2>

Andreia Isabel Dias Barbosa*

1. Delimitação da abordagem

Os presentes escritos surgem na sequência da investigação desenvolvida em sede de doutoramento, que foi particularmente dedicada ao domínio aduaneiro e à respetiva teorização, a partir de uma base principiológica especialmente direcionada à tributação aduaneira¹.

Referimo-nos a *tributação aduaneira*, precisamente porque se considera que é de *tributação* que se trata quando em causa estão *direitos aduaneiros*, enquanto *impostos* devidos pela circunstância de uma mercadoria ultrapassar uma fronteira aduaneira². E é apenas sobre *direitos aduaneiros* a que nos referimos nos presentes escritos, não incluindo no âmbito da tributação aduaneira outras imposições que podem estar associadas à importação ou à exportação de mercadorias (desde logo, IVA, IEC's e direitos *anti-dumping*).

Por outro lado, a abordagem centrar-se-á, em particular, no cosmos jurídico-normativo subjacente à União Aduaneira da União Europeia (enquanto modelo de integração pautado pela inexistência de direitos aduaneiros nas trocas comerciais intraunião; na existência de uma pauta aduaneira comum; na unidade do território aduaneiro; na uniformização da legislação aduaneira e na existência de receitas comuns) e às trocas comerciais concretizadas a partir ou para operadores económicos nela estabelecidos.

Será com base neste enquadramento que se partilhará, aqui, um dos segmentos a partir do qual a teorização das questões aduaneiras pode, então, ser concretizada, o qual se prende com os termos em que o desenvolvimento sustentável se encontra, hodiernamente – perante a forma como a norma aduaneira foi evoluindo desde o surgimento do *General Agreement on Tariffs and Trade* de 1947 até aos dias de hoje – subjacente à tributação aduaneira.

* Professora auxiliar convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do JusGov (GLOB e CEDU).

1 Ver o nosso, *Direito Aduaneiro Multinível*, Lisboa, Petrony, 2022.

2 Sobre os termos de qualificação dos direitos aduaneiros, *vide* o nosso "A jurisdição aduaneira – (des) autonomização da jurisdição fiscal?", *in Jurisdição e processo na contemporaneidade*, Editora CRV, Curitiba, Brasil, 2018.

O desenvolvimento sustentável pode ser entendido como um postulado de cariz global, subjacente a todo o domínio da tributação aduaneira, o que implica que a respetiva prossecução não seja apenas concretizada ao nível de sistemas jurídicos isolados (estaduais ou não) mas sim ao nível de sistemas jurídico-políticos, supranacionais e internacionais, de forma a que se alcance um *standard* de concretização do desenvolvimento sustentável em contexto planetário e, simultaneamente, que se estructure numa responsabilidade também ela necessariamente global, associável, nomeadamente, a Estados e a Organizações Internacionais.

2. *Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade* – concetualização na perspetiva aduaneira

A conceção de uma base principiológica, tendencialmente comum, para a tributação aduaneira, surge como fruto da constatação de que o desenvolvimento sustentável é assumido com uma transversalidade evidente quando em causa estão instrumentos normativos tendentes à determinação das obrigações aduaneiras – daí que os presentes escritos se reconduzam aos termos em que o desenvolvimento sustentável surge associado à tributação aduaneira. Mas se assim é, há que começar por uma adequada delimitação concetual, à qual nos dedicamos no presente apartado.

Ora, a delimitação concetual pode começar pela constatação de que o desenvolvimento sustentável implica a superação de um desenvolvimento inviável e nefasto para várias dimensões de evidente relevo para a sobrevivência humana, sendo por isso, tendencialmente aceite, em termos globais, como um *valor* merecedor de proteção³, em termos tais que sejam capazes de refletir a amplitude temporal e geográfica subjacente ao seu âmbito.

Por outro lado, o conceito de *desenvolvimento sustentável* mantém uma relação de permutabilidade, de fungibilidade ou de intercambialidade com o conceito de *sustentabilidade*⁴, pelo que a referência a um, implica a referência ao outro. Não obstante, a análise concetual de ambos os conceitos pode ser concretizada.

Quanto à concetualização de *desenvolvimento sustentável*, apresentamos aqui conceções que conhecem consenso quanto à respetiva relevância. A primeira é a que decorre do Relatório Brudtland, segundo o qual o desenvolvimento sustentável é aquele que permite a satisfação das necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer as suas próprias

3 Cf. Carmens Velayos Castelo, “¿Qué sostenibilidad?: una lectura desde la Filosofía Práctica”, in *Revista Papeles*, n.º 101, 2008, p. 17 (disponível em https://www.fuhem.es/papeles_articulo/que-sostenibilidad-una-lectura-desde-la-filosofia-practica/ [12-06-2020]). Considera a autora que o consenso existirá, sobretudo, na sua dimensão negativa, quanto ao que não é sustentável, como forma de evitar a ocorrência de danos – *idem*, p. 26.

4 “Actualmente, los términos sostenibilidad y desarrollo sostenible resultan intercambiables” – cf. Carmens Velayos Castelo, “¿Qué sostenibilidad?: una lectura desde la Filosofía Práctica”, in *Revista Papeles*, n.º 101, 2008, p. 17 (disponível em https://www.fuhem.es/papeles_articulo/que-sostenibilidad-una-lectura-desde-la-filosofia-practica/ [12-06-2020]).

necessidades⁵. Trata-se de uma concepção próxima daquela que resulta do princípio da equidade intergeracional, numa proximidade constatável, aliás, no artigo 1.º da Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Atuais para com as Gerações Futuras (UNESCO), de 12 de novembro de 1997, nos termos do qual as gerações presentes têm a responsabilidade de garantir que as necessidades e os interesses das gerações presentes e futuras sejam plenamente salvaguardados. A segunda das definições (ainda que numa dimensão particularmente direcionada ao domínio ambiental) resulta do Programa Ambiental das Nações Unidas e do Relatório *Caring for the Earth*, da União Mundial para a Conservação da Natureza, nos termos do qual o desenvolvimento sustentável reconduz-se ao desenvolvimento que melhora a qualidade de vida da comunidade, dentro da capacidade dos ecossistemas que suportam a vida⁶. Em comum, as definições apresentadas partilham a concepção segundo a qual *desenvolvimento* não significa, necessariamente, *crescimento*, mas sim *evolução*, *qualidade de vida*, *melhoria*, num sentido diacrónico que reflete uma ideia de justiça intergeracional, de intemporalidade⁷. Não se deixa, porém, de se estar perante uma dimensão plurissignificativa, suscetível de ser utilizada em referência a diversas realidades, sendo necessárias operações metódicas de otimização e de concretização, perante um conceito “com propriedades eminentemente descritivas e com natureza qualitativa, dificilmente mensurável por meio de parâmetros ou critérios quantitativos ou numéricos”⁸.

Já no que concerne ao conceito de *sustentabilidade*, recorrentemente tido como um conceito *instrumental* em relação ao de desenvolvimento sustentável. Perante os termos em que a normação aduaneira lhe dá acolhimento, daí se retira a sua relevância enquanto obrigação que impende sobre os Estados, surgindo como arquétipo teleológico dos respetivos comportamentos⁹. A *sustentabilidade* pode ser entendida em

5 Cf. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *Nosso Futuro Comum*, 2.ª edição, Rio de Janeiro, Editora da Fundação Getulio Vargas, 1991, p. 46.

6 Cf. David A. Munro, *Caring for the Earth, A Strategy for Sustainable Living*, UN World Wide Fund for Nature, Gland, 1991 (disponível em <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/CFE-003.pdf> [21-01-2020]).

7 A expressão em francês anuncia melhor esta qualidade: *développement durable*.

8 Cf. Joaquim Freitas Da Rocha, “Autonomia e sustentabilidade financeira das autarquias locais”, *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 25, 2016, p. 159 e seguintes.

9 Cf. Virginie Barral, “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutionary Legal Norm”, in *The European Journal of International Law*. Vol. 23, n.º 2, 2012, p. 390.

sentido amplo¹⁰, e coexiste sob vários eixos ou dimensões, assentes nos *três pilares da sustentabilidade*¹¹:

- i) A sustentabilidade ecológica, que salienta a necessidade de manutenção da natureza sem degradação;
- ii) A sustentabilidade económica, no sentido de ser garantido um desenvolvimento económico capaz de maximizar o bem-estar humano; e
- iii) A sustentabilidade social, considerando que qualquer visão aceitável de desenvolvimento deverá, também, garantir a coesão, a estabilidade social, a equidade e a proteção dos direitos humanos, considerando-se como insustentáveis a pobreza e a injustiça¹².

Atento o aludido carácter permutável, fungível ou intercambial entre desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, reconhece-se, por esta via, a interdependência do desenvolvimento económico, do desenvolvimento social e do desenvolvimento ambiental. E esta tripla dimensão reflete um entendimento multitemático, de cariz integrativo, em abandono de uma conceção monotemática do próprio desenvolvimento sustentável, o que nos permite reconhecer-lhe um carácter multinível, reconduzível, em todas as dimensões apontadas, à tributação aduaneira, perante as finalidades extrafiscais que lhe estão associadas. Tais finalidades extrafiscais conhecem uma expressão prática particularmente evidente no domínio do *comércio legítimo*, à escala global, numa expressão empregue, não raras vezes, pela legislação aduaneira (mesmo na sua versão em inglês, o CAU refere-se, no artigo 3.º, alínea d), a “*legitimate trade*”) e que mais recorrentemente é substituída – nos escritos relacionados com o comércio internacional – por uma outra: comércio justo (ou *fair trade*). Trata-se de uma dimensão reportada, essencialmente, à importância que o controlo (e, até, a limitação) das operações comerciais internacionais assume para salvaguarda dos

10 A sustentabilidade diz-se em sentido estrito quando aponta para a proteção ou manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. A sustentabilidade ecológica deve impor: que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; que as ingerências “nucleares” na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se – cf. J. J. Gomes Canotilho, “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”, in *Tékhne – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, 2010, p. 3.

11 Estes três pilares – economia, meio ambiente e proteção social – foram difundidos pelos Relatórios de Desenvolvimento Humano, editados pelo Programa da ONU para o Desenvolvimento (PNUD) a partir de 1990, os quais, a partir da teoria de Amartya Sen de “desenvolvimento como liberdade” (Amartya Sen, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999), criaram um índice para medir o desenvolvimento humano nos diversos membros da ONU.

12 Cf. L. M. Jiménez Herrero, *Desarrollo Sostenible. Transición hacia la coevolución global*, Madrid, Pirámide, 2000, p. 53, e Wolfgang Kahl, “Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff”, in Wolfgang Kahl (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen, 2008, *apud* J. J. Gomes Canotilho, “O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional”, in *Tékhne – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, 2010, p. 3.

vários e importantes fins associados à missão aduaneira, e que pode ser concretizada, designadamente, pela utilização das melhores tecnologias disponíveis, pelo uso de materiais não poluentes, pelo assegurar de condições laborais adequadas e pela garantia de arrecadação de receitas para os Estados para que possam funcionar enquanto tais. Subjacente a esta conceção está, precisamente, a necessidade de promoção do comércio legítimo.

De qualquer forma, e apesar da delimitação concetual possível e concretizada, a densificação de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade implica lidar com conceções “abertas a valores”, com “espaços para o pluralismo de intérpretes, aberto e racionalmente crítico”¹³, no sentido em que a busca por um significado unitário e preciso poderá estar condenada ao insucesso¹⁴, para além de que a abrangência dos instrumentos internacionais parece desaconselhar um significado com tais contornos. Mas ao insucesso também parece estar destinada a identificação dos concretos meios para a sua concretização, pelo que a posição menos comprometedor quanto aos mesmos é a que vai ao encontro de incentivar à adoção daqueles que são, simplesmente, os meios cabíveis para o efeito¹⁵.

Na verdade, não se ignora que os possíveis termos de concretização efetiva do desenvolvimento sustentável, à escala mundial, são capazes de refletir tensões cuja génese é de cariz normativo, e onde a oscilação de perspetivas é mais evidente, num cenário que, de qualquer forma, não deixa de ser comum quando em causa estão questões de *global legal pluralismo*. Assim:

- i) Por um lado, há uma tensão entre a *flexibilização* e a *rigidez* dos modos, das formas e dos procedimentos tidos por adequados para dar concretização ao desenvolvimento sustentável a uma escala global, desde logo no que concerne aos termos de criação normativa (se mais consentâneos com a desestadualização e com a desnortmativização jurídica, ou se tendentes para a afirmação do poder estadual e para a fixação da disciplina apenas por via da norma jurídica);
- ii) Por outro lado, as concretas medidas adotadas, por cada Estado, internamente, conhecem também contornos distintos nas dimensões que mais relevam para o desenvolvimento sustentável, ao ser comum deixar-se na disponibilidade de cada um a definição dos específicos meios a partir dos quais será dada guarida ao desenvolvimento sustentável no âmbito económico, social e ambiental.

13 Cf. J. J. Gomes Canotilho, “O Estado no Direito Constitucional Internacional”, in *Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Reimpressão da 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 277.

14 Cf. Michael Jacob, “Sustainable development as a contested concept”, in *Justice and the Environment. Conceptions of environmental sustainability and dimensions of social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 25.

15 Cf. Pedro Ivo Diniz, “Natureza jurídica do desenvolvimento sustentável no direito internacional”, in *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, n.º 2, 2015, p. 759.

Mas serão tais tensões incompatíveis com a conceção segundo a qual o desenvolvimento sustentável surge como relevante, transversalmente, no contexto do comércio internacional e, em particular, da tributação aduaneira? Estamos em crer que não. As diferenças existentes não devem servir de obstáculo a uma unidade discursiva (do ponto de vista jurídico-normativo) em termos de promoção e de proteção do desenvolvimento sustentável, e isto quer sejam adotadas medidas mais ou menos protecionistas, ou mais ou menos distintas entre si, quer no que toca à respetiva origem ou quer no que concerne ao respetivo conteúdo. Tais diferenças podem, não obstante, servir de convite a um esforço de conciliação discursiva jus-publicista, em prol de uma conceção útil a quem tem poder decisório no domínio aduaneiro. E esse esforço de conciliação discursiva será tanto mais potenciado quanto mais determinado for o conteúdo essencial associável ao desenvolvimento sustentável, para o qual já contribuiu a identificação da aludida tripla dimensão a ele associada e a sua assunção enquanto bem jurídico principiologicamente refletido.

3. O desenvolvimento sustentável na normação aduaneira

No domínio da normação aduaneira, o desenvolvimento sustentável, nos termos densificados, surge, precisamente, como um *bem jurídico*.

Um bem jurídico representa um valor – uma estrutura fundamental da convivência societária – acolhido pelo ordenamento jurídico¹⁶. E o desenvolvimento sustentável conhece acolhimento jurídico-normativo, nos vários níveis em que a normação aduaneira se encontra estabelecida: no nível local, no nível regional e no nível global, numa construção que se assume, então, por ser multinível.

Reconhece-se que a conceção do desenvolvimento sustentável enquanto *bem jurídico* não é isenta de críticas, mas as alternativas recorrentemente perspetivadas quanto à relevância que é capaz de assumir no ordenamento jurídico¹⁷ não permitem a respetiva elevação a um nível que permita assumi-lo enquanto núcleo fundamental para uma base principiológica para a tributação aduaneira, tão árida do ponto de vista teórico. Uma base principiológica que sirva simultaneamente como fundamento e como fim para as obrigações aduaneiras, independentemente de tendências mais ou menos potenciadoras do comércio livre ou promotoras do protecionismo: surgirá como fundamento, no sentido em que a tributação aduaneira deverá existir ou deverá

16 Para uma completa densificação e diferenciação entre os conceitos de *valor*, *bem jurídico* e *bem jurídico fundamental*, vide Joaquim Freitas Da Rocha, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de Uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 71.

17 Desde logo, e a título de exemplo, surgem entendimentos no sentido em que o desenvolvimento sustentável representa um conceito exógeno ao Direito, com ele não mantendo relação (ainda que possa contribuir para a formação de norma, enquanto objetivo político), surgindo, isso sim, com relevância filosófica ou política – neste sentido, vide o acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 25 de setembro de 1997, no âmbito do caso Gabčíkovo-Nagymaros (disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> [12-06-2020]); e também no sentido em que deve ser tido como uma obrigação de meio – neste sentido, vide Virginie Barral, “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm”, in *The European Journal of International Law*. Vol. 23, n.º 2, 2012, p. 390.

ser diminuída ou afastada *por causa* de exigências de desenvolvimento sustentável; surgirá como fim, no sentido em que a tributação aduaneira deverá *servir* para dar concretização a exigências de desenvolvimento sustentável¹⁸.

Assumindo esta conceção, passa-se a dar conta dos termos em que o desenvolvimento sustentável surge acolhido na normaçaõ aduaneira sem, todavia, se pretender proceder, aqui, a uma aferiçaõ exaustiva da forma como os diplomas enquadráveis nos três níveis de normaçaõ indicados assim o expressam, pelo que nos limitaremos a assinalar os pontos essenciais à respetiva compreensãõ:

- i) Na normaçaõ aduaneira de âmbito local, é na Constituiçaõ da República Portuguesa que o desenvolvimento sustentável surge como bem jurídico (em bom rigor, como bem jurídico fundamental), desde logo nos preceitos especialmente tendentes à vertente ambiental, como tarefa fundamental do Estado (artigo 9.º, alínea e); como princípio fundamental da organizaçaõ económica (artigo 80.º, alínea d); como incumbência prioritária do Estado (artigos 81.º, alíneas a), m) e n); como direito fundamental (artigo 66.º, n.º 1); como dever jusfundamental do Estado e dos cidadãos (artigo 66.º, n.º 2) e, ainda, é tido como princípio vetor e integrador de políticas públicas (artigo 66.º, n.º 2, alíneas c), d), e), f), g). As dimensões social e económica integradas no desenvolvimento sustentável estão também presentes ao longo de todo o texto constitucional, enquanto estruturas essenciais ao próprio Estado e até pela conexãõ à própria dignidade da pessoa humana. Surgem, também, como tarefas fundamentais do Estado (artigo 9.º, alínea d) e como princípio fundamental da organizaçaõ económica, ao implicar o planeamento democrático do desenvolvimento económico e social (artigo 80.º, alínea e), e como incumbências prioritárias do Estado (artigo 81.º, especialmente nas alíneas a), b), f), e g).

No domínio da legislaçaõ ordinária, a própria Reforma Aduaneira faz reiteradamente alusões à defesa dos “interesses do Estado” (em conexãõ ao *interesse público*, enquanto dimensãõ evidentemente associada ao desenvolvimento sustentável, podendo ser entendida como o respetivo invólucro), assumindo-o como fundamento para a adoçaõ de concretas providências em contextos vários e que extravasam preocupações individualizadas dos operadores económicos (assim, artigo 4.º, ponto 18.º, artigo 52.º, pontos 21.º e 31.º, artigo 297.º, ponto 1.º e artigo 330.º, ponto 5.º). Na Lei Geral Tributária, a prossecuraõ do interesse público é tida como orientaçaõ à atuaçaõ da Autoridade Tributária e Aduaneira, nos termos, nomeadamente, dos artigos 55.º e 58.º. E é também neste diploma que se encontra, no correspondente preâmbulo, a assunçaõ do “desenvolvimento sócio-económico

18 Não surgem, aqui, confundidas duas dimensões distintas – *bem jurídico e propósito* – ainda que se encontrem evidentemente conectadas: a base principiológica reflete o bem jurídico *desenvolvimento sustentável*, devendo a normaçaõ aduaneira ser orientada à respetiva proteçaõ e promoçaõ. No mesmo sentido, *vide* Edith Brown Weiss “In Fairness To Future Generations and Sustainable Development”, in *American University International Law Review*, Volume 8, Issue 1, 1992, p. 23.

sustentável” enquanto objetivo associável ao domínio tributário, e que não está ali reconduzido, pelo menos tão só, ao domínio ambiental.

- ii) Na normação aduaneira de âmbito regional (e reconduzimo-nos, aqui, à normação da União Europeia), a referência ao desenvolvimento sustentável surge com especial relevo, no Tratado da União Europeia, no âmbito do qual (em concreto, no respetivo preâmbulo) é o mesmo elevado a princípio: “princípio do desenvolvimento sustentável”, definindo-se que a União se empenha no desenvolvimento sustentável da Europa (artigo 3.º, n.º 3), que contribui para o desenvolvimento sustentável do planeta e para o comércio livre e equitativo, bem como para a rigorosa observância e desenvolvimento do Direito internacional (artigo 3.º, n.º 5), estando, assim, obrigada a contribuir, nas suas relações com o resto do mundo, para o comércio equitativo e a favorecer as iniciativas e os mecanismos de fiscalização que reforcem a eficácia dos tratados internacionais de que seja parte. O desenvolvimento sustentável surge, assim, como parte integrante da política comercial comum. Já no TFUE é empregue a expressão “desenvolvimento sustentável” no artigo 11.º, ali se consagrando que as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável. Ainda que a referência ao desenvolvimento sustentável, no TFUE, se centre no domínio do ambiente, estamos perante um Tratado que difere do Tratado CE anteriormente em vigor, desde logo pelo facto de incluir na política comercial comum novos aspetos do comércio internacional contemporâneo, o que representa uma evolução significativa do Direito primário da União¹⁹. Esta evolução é refletida pelo disposto no artigo 207.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TFUE, nos termos do qual a política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União. E tais princípios e objetivos são concretizados no já aludido artigo 21.º do TUE, que incide, precisamente, sobre o desenvolvimento sustentável.

E segundo o artigo 208.º, n.º 1, do TFUE, a política da União em matéria de cooperação para o desenvolvimento é conduzida de acordo com os princípios e os objetivos da ação externa da União, tais como resultam do aludido artigo 21.º do TUE. O objetivo principal desta política é a redução e, a prazo, a erradicação da pobreza, devendo a União, na execução das políticas suscetíveis de afetar os países em desenvolvimento, ter em conta os objetivos da cooperação para o desenvolvimento. Para a execução desta política, o artigo 209.º do TFUE prevê, designadamente, no n.º 2, que a União pode celebrar com os Estados terceiros e as organizações internacionais competentes todos os acordos necessários à realização dos objetivos referidos no artigo 21.º do TUE e no artigo 208.º do TFUE. Daí resulta, precisamente, que a política da União no âmbito da cooperação para o desenvolvimento não se limita às medidas que visam diretamente a

19 Cf. acórdão do TJUE de 18 de julho de 2013, processo C-414/11.

erradicação da pobreza, prosseguindo também os objetivos referidos no artigo 21.º, n.º 2, TUE, entre eles o de apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objetivo erradicar a pobreza. No Código Aduaneiro da União, encontra-se também a referência aos “interesses financeiros da União e dos seus Estados-Membros” (artigos 3.º, alínea a), 5.º, n.º 7, alínea b) e 100.º, n.º 2) e a “interesses essenciais dos produtores da União” (artigo 211.º, n.º 4, alínea b) e n.ºs 5 e 6), em expressão da consideração de pretensões que não são subjetivamente isoladas. O próprio Regulamento (UE) n.º 978/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 (relativo à aplicação de um sistema de preferências pautais generalizadas) dá conta, no respetivo preâmbulo, que a política comercial comum da União consiste em consolidar e ser coerente com os objetivos da União no domínio da cooperação para o desenvolvimento, previstos no artigo 208.º do TFUE, nomeadamente, com a promoção do desenvolvimento sustentável, em conformidade com a decisão relativa ao tratamento diferenciado e mais favorável, à reciprocidade e à participação mais ativa dos países em desenvolvimento (“cláusula de habilitação”), em aplicação da qual os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) podem conceder um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento²⁰.

- iii) Na normação aduaneira de âmbito global, é do GATT 47 para o acordo que cria a OMC (protocolo de Marraquexe, que integra o GATT 94) que se constata uma evolução assinalável no que toca à assunção de propósitos atinentes ao desenvolvimento sustentável. No preâmbulo do acordo que cria a OMC, diz-se expressamente que se assume o desenvolvimento sustentável como um objetivo, em si mesmo, a alcançar por via do comércio de mercadorias. O desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias (e de serviços) surgem, pois, como meios para concretização do desenvolvimento sustentável, ainda que se encontre ali essencialmente reconduzido à esfera ambiental, mediante a otimização da utilização dos recursos. Também no respetivo anexo 4, relativo aos acordos comerciais plurilaterais, na declaração relativa à contribuição da OMC para uma maior coerência na elaboração das políticas económicas a nível mundial, o desenvolvimento sustentável surge aqui como resultado de uma cooperação bem-sucedida em cada área da política económica e em prol do progresso de outras áreas.

O acordo que cria a OMC já conhece uma amplitude internacional significativa, mas também fora do seu seio (perante as insuficiências, a vários

20 De resto, em novembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou a sua abordagem estratégica para a aplicação da Agenda 2030, sendo de destacar a intenção de inclusão dos objetivos de desenvolvimento sustentável nas políticas e iniciativas da União Europeia, no sentido de o tornar um princípio orientador de todas as políticas da Comissão Europeia. Trata-se de uma intenção que, em bom rigor, não deve traduzir uma novidade, atento o teor dos preceitos normativos já identificados, que assim mesmo o ditam.

níveis, apontadas à atuação da OMC²¹) têm vindo a ser celebrados acordos internacionais entre blocos estaduais de relevância inquestionável para o comércio internacional, no âmbito dos quais é também dado expresso acolhimento ao desenvolvimento sustentável. A mero título de exemplo, no *Comprehensive Trade and Economic Agreement*, celebrado entre a União Europeia e o Canadá no Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e os seus Membros, por um lado, e a República da Coreia, por outro; e no acordo entre a União Europeia e o Japão para uma parceria económica, para além de os respetivos preâmbulos assumirem o desenvolvimento sustentável nas suas dimensões económica, social e ambiental como objetivo à escala global, reservam capítulos especialmente dedicados à relação entre o comércio internacional e o desenvolvimento sustentável.

4. Por uma planificação normativa no sentido do desenvolvimento sustentável

O acolhimento jurídico-normativo do desenvolvimento sustentável nos termos apresentados permite a respetiva assunção enquanto bem jurídico extrasistémico e supraestadual, numa perspetiva que permite que seja concebido como núcleo fundamental a uma base principiológica que interessará a operações de comércio internacional concretizadas à escala global e que convocam a aplicação de quadros normativos com origens distintas.

Conclui-se, assim, que o desenvolvimento sustentável conhece um consenso global, confirmado pelo respetivo acolhimento jurídico-normativo em todos os níveis da normação aduaneira, devendo servir de orientação às concretas medidas aduaneiras a adotar, seja no sentido da imposição de direitos aduaneiros, seja em prol do respetivo afastamento. Estamos perante um domínio em que considerações relacionadas com a forma como os bens produzidos (por quem, em que condições, com que materiais) se levantam a uma escala dificilmente comparável com outros quadrantes da tributação, o que permite justificar as relevantes finalidades extrafiscais que podem estar associadas à cobrança de direitos aduaneiros. Deve ser, pois, a proteção do bem jurídico *desenvolvimento sustentável* a servir de fundamento para as escolhas que, no domínio aduaneiro, são tomadas, seja pela via da intensificação das obrigações aduaneiras, seja pela oposta diminuição.

Ainda que o caminho assumido pelos mais recentes instrumentos normativos de comércio internacional pressuponha a simultânea consideração da diminuição dos direitos aduaneiros e do desenvolvimento sustentável – como se existisse aqui uma relação de causa-efeito ou de prejudicialidade – o desenvolvimento sustentável ultrapassa questões relacionadas com aquela que é apenas uma das obrigações aduaneiras identificáveis (a do pagamento), conhecendo um campo de influência

21 A este propósito, e para mais desenvolvimentos, *vide* OMC 2.0. – o CETA como novo paradigma do Direito Internacional Económico? (Francisco Pereira Coutinho, Lúcio Tomé Feteira, Ruth Santos (coord.)), Lisboa, Cedis, 2018.

alargado e que é capaz de relevar também em contextos comerciais nos quais os acordos de comércio internacional que os afastam, simplesmente, não existem ou, tendo existido, o período de tempo dentro do qual a eliminação de direitos aduaneiros vigoraria, chega ao fim.

Por outro lado, ainda que os acordos de comércio internacional conheçam um âmbito de aplicação alargado, não abrangem todas as realidades. Não existindo acordos – ou mesmo existindo, com âmbitos de aplicação material espacialmente e temporalmente limitados – a tributação aduaneira continua a ser uma realidade, sendo por via dela, precisamente (e partindo do pressuposto de que deve ser adaptada aos próprios termos em que as mercadorias são produzidas e transacionadas), que tais dimensões de sustentabilidade conseguem, pelo menos em parte, ser realizadas.

Assumindo como válido este ponto de partida, num contexto em que a produção normativa, de índole aduaneira, surge de várias frentes (estaduais, supraestaduais e privadas), em prejuízo de soluções articuladas e potenciando conflitos normativos, e num contexto, também, de constante evolução quanto aos termos em que o comércio internacional de mercadorias é concretizado, no caso de serem identificáveis casos de lacuna normativa, cumpre questionar que solução é que poderá ser assacada, em garantia de que a prossecução do desenvolvimento sustentável, no contexto aduaneiro, é satisfeita. Isto é, procura-se saber se quando o quadro jurídico-normativo interno, europeu ou internacional, em matéria de desenvolvimento sustentável associado à tributação aduaneira, se revelar inexecutável ou, até, inexistente, poderá reconhecer-se um qualquer direito à emanção de normas concretizadoras ou de um dever à feitura da regulação normativa para defesa do desenvolvimento sustentável²². É que, ainda que o desenvolvimento sustentável conheça acolhimento normativo nos termos identificados, as concretas medidas destinadas à sua efetiva concretização ficam na dependência de cada Estado (*v. g.*, que condições laborais devem ser garantidas; que quadro punitivo deve ser estabelecido).

Ora, os termos em que o desenvolvimento sustentável é acolhido pelos diplomas com relevância para a tributação aduaneira – desde logo, nos respetivos preâmbulos – servirão para, precisamente, justificar o dever de normação que impende sobre as entidades que conhecem poder de criação normativa, juridicamente relevante. Emerge, pois, um dever de agir normativamente, quando a edição de uma norma seja indispensável à proteção do interesse público, em concretização daquele que é já um dever geral dos Estados de emanar normas necessárias à proteção de bens jurídicos fundamentais. De resto, apenas através da normação é que as dimensões aqui em causa conhecerão plena efetividade e, conseqüentemente, capazes de nortear a razão.

22 A questão foi levantada, uma vez mais, e numa abordagem reconduzida, apenas, à questão ambiental, por J.J. Gomes Canotilho, “Estado constitucional ecológico e democracia sustentada”, in *CEDOUA, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 8, ano IV, 2001, pp. 13 e ss.

Por outro lado, sendo adotadas medidas que contrariem propósitos de desenvolvimento sustentável, entende-se que padecem as mesmas de invalidez (inconstitucionalidade e/ou ilegalidade), atento o caráter jurídico-normativo da base principiológica apresentada e que é potenciado, desde logo, pelo efetivo acolhimento nos instrumentos jurídicos já elencados. É precisamente o reconhecimento de qualidade normativa que lhe garante operatividade, efetividade ou efeito útil.

5. Linhas conclusivas

Uma norma sem princípios é uma norma carente de iluminação. E a norma aduaneira assim o é se continuar a ser tida de uma forma desligada das mais basilares dimensões que são capazes de a enformar e que lhe estão inerentes. A assunção do desenvolvimento sustentável como bem jurídico principiológicamente refletido no quadro jurídico-normativo aduaneiro representa um contributo para a construção dessa linha orientadora, em prol de um cosmos tendente a ir ao encontro daquele que é o *busillis* das medidas adotadas no contexto do comércio internacional, à escala global: o desenvolvimento sustentável.

É certo que se está perante uma realidade complexa e esta complexidade pode potenciar o surgimento de medidas aduaneiras conflitantes, por deverem obediência simultânea a esferas do pensamento que são distintas e que são capazes de conduzir a resultados contraditórios (*v. g.*, uma medida protetora do ambiente poderá ser desvantajosa do ponto de vista económico e vice-versa).

Não existem, neste domínio, soluções prontas, vivendo-se, ao invés, de ponderações e de decisões problemáticas, até porque é precisamente por força daquela complexidade e caráter conflitual que surge a necessidade de compatibilização dos instrumentos imperativos e cooperativos, de articulação normativa, numa planificação à escala global, que implique uma responsabilidade partilhada e que pressuponha, pelo menos, que os comportamentos, no domínio do comércio internacional, não devem ser encetados à custa da natureza; à custa de outros seres humanos; à custa de outros Estados; ou à custa de outras gerações. A assunção de uma base principiológica, nos termos propostos, poderá potenciar a harmonização global das soluções, orientadas para um mesmo fim: a proteção e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Sustentabilidade Ambiental: o papel do direito penal e do direito de mera ordenação social¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.3>

Flávia Novera Loureiro*

1. Apresentação do tema: a sustentabilidade ambiental, o direito penal e o direito de mera ordenação social

O ambiente e a necessidade de assegurar a sua sustentabilidade são preocupação que tem vindo a adquirir foros de centralidade na comunidade internacional e, implicativamente, a convocar uma atenção progressiva do Direito. Neste domínio, a tutela sancionatória em matéria ambiental vem assumindo, de modo semelhante, uma importância cada vez mais acentuada, podendo mesmo dizer-se, a diversos níveis, que o ambiente é, porventura, uma das áreas que mais perfeitamente espelha aquele que pode ser considerado como o grande problema do direito sancionatório português atual: o da fronteira entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. O problema, se não é novo, se existe há quase tanto tempo quanto o próprio direito das contraordenações – podendo dizer-se mesmo que é uma sua condição genética –, tem-se agudizado de modo muito veemente à medida que a necessidade ou o ímpeto sancionatório do Estado se vai alastrando, de modo imparável, para quase todos os domínios da atuação humana.

Na verdade, sem pretensão de conduzir aqui uma viagem histórica em torno quer do ambiente², quer do direito penal e do direito de mera ordenação social³, não nos

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada no JusGov.

1 As questões relacionadas com o direito sancionatório do ambiente (quer as de direito das contraordenações, quer, sobretudo, as de direito penal) vêm-nos ocupando há longo tempo, pelo que as reflexões que aqui vertemos são necessariamente partidárias desse percurso. No que respeita ao conteúdo central deste trabalho, seguimos de perto as considerações que tecemos em F. N. Loureiro, *A fronteira entre o direito penal e o direito de mera ordenação social: reflexão a partir das contraordenações ambientais*. Em *Jornadas de Direito das Contraordenações* (pp. 115-136). Porto: Universidade Católica Editora, 2019.

2 Viagem que empreendemos já noutros lugares – (Loureiro, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação*, 2007); (Loureiro, *Estudo breve do art. 279.º do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010*); e (Loureiro, *Das alterações à parte especial do Código Penal – Dos Crimes Ambientais*, 2011).

3 A este respeito, cf. o que dissemos em (Loureiro, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, 2017), pp. 229 e ss.; (Loureiro, *Os Atentados à Concorrência, a Proteção de Direitos Fundamentais e o Princípio da Mínima Intervenção Penal*, 2017); ou (Loureiro, *Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a ‘criminalização’ do direito administrativo sancionatório*, 2017).

parece que possam ser desconsiderados alguns dados essenciais de enquadramento, que muito ajudam a compreender o atual estado de coisas. De facto, o ambiente encontra-se entre aquelas realidades que, durante longo tempo, consideramos abundantes ou quase mesmo não finitas, a não exigir, por isso, especial cuidado por parte do Homem e, nessa exata medida, a não reclamar a intervenção do Direito. Foi apenas quando um conjunto particular de fatores se alinhou, juntando a alguns episódios públicos de causação de danos ao ambiente a crise do Estado Social de Direito – e, com ela, pela primeira vez, a descrença na capacidade humana de crescimento contínuo –, que começou a delinear-se uma consciencialização coletiva, social e política, de que estava a deteriorar-se a um ritmo inaudito esta realidade tradicionalmente rica, este bem valioso e insubstituível, sem o qual todos os outros, que estávamos habituados a enunciar e proteger, se veriam comprometidos.

O clamor pela intervenção estatal, veiculado tanto pela hoje denominada sociedade civil, como pelas organizações internacionais que, entretanto, haviam abraçado a questão não tardou, fazendo-se na verdade sentir, de modo paulatinamente ruidoso, um pouco por todo o mundo. Neste sentido, a consagração do ambiente na Constituição da República Portuguesa de 1976 (como direito, como dever e como tarefa fundamental do Estado) – apenas quatro anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (a Conferência de Estocolmo), apresentou-se como um marco civilizacional importante, não só porque a transformou numa das primeiras constituições democráticas do mundo a fazê-lo⁴, como porque veio, a um tempo, corresponder a um movimento, que internacionalmente ganhava forma, de consciencialização e defesa do meio ambiente, e tornar-se num forte motor impulsor da criação de um sistema jurídico nacional de proteção do ambiente. Se a evolução começou por ser lenta, sendo que se foram sucedendo leis setoriais, que regulavam aspetos concretos e específicos de um ou de outro recurso natural, de um espaço protegido, de uma concreta atividade, demorando a Lei de Bases respetiva uma década a ver a luz do dia (lei n.º11/87, de 7 de abril⁵), a verdade é que, daí para cá, a proliferação de *normas ambientais* foi muito acentuada, podendo hoje, sem dificuldade, delimitar-se um concreto ordenamento jurídico ambiental.

4 Parece ter sido a Constituição helvética, em 1971, a primeira *constituição democrática* a fazer expressa menção ao ambiente, no seu art. 24.º, distribuindo competências quanto a essa matéria entre a confederação e os cantões e estabelecendo mesmo tarefas a cumprir por parte do Estado. De modo semelhante, quatro anos depois, a Constituição grega, no artigo com o mesmo número, estabelece igualmente a obrigação do Estado de proteção e conservação do ambiente. Nem um nem outro texto, portanto, encaram o ambiente como direito subjetivo, o que sucederá, pela primeira vez de modo pleno e articulado, na Constituição da República Portuguesa de 1976, onde o ambiente é encarado tanto como direito – e dever – fundamental dos cidadãos (art. 66.º) como enquanto tarefa do Estado (art. 9.º). Seguiu-se-lhe, por exemplo, a Espanha, em 1978. Antes da consagração do ambiente nestes textos constitucionais, todavia, vários outros possuíam referências, ainda que menos claras, à proteção do ambiente, sobretudo como dever do Estado e dos cidadãos – saliente-se a Constituição italiana de 1948, que já consagrava, de forma pioneira, a tutela da paisagem, no seu art. 9.º, norma que era entendida (e aplicada) como contendo uma obrigação de proteção do meio ambiente. Cf., para uma perspetiva comparada, G. Escobar Roca, *La Ordenación Constitucional del Medio Ambiente*. Madrid: Dykinson, 1995, pp. 21-32; ou M. Martín Mateo, *La constitucionalización positiva del derecho ambiental*. Humana Iura, 6 (suplemento), 1996, pp. 191-200, com referências alargadas às constituições de todo o mundo.

5 Entretanto substituída pela lei n.º 19/2014, de 14 de abril.

Berço em larga medida coincidente com este – muito embora necessariamente distinto nas idiosincrasias – foi aquele que viu nascer, entre nós (para não ir mais longe⁶), o direito de mera ordenação social. Efetivamente, muito embora se viesse a discutir há já algum tempo a hipercriminalização exagerada que havia conduzido para dentro das fronteiras penais um rol inaceitável de comportamentos, que em nada beliscavam os bens jurídicos essenciais da comunidade e serviam apenas de *enforcement* da atividade de polícia (administrativa) do Estado, a verdade é que apenas o decreto-lei n.º 232/79, de 24 de julho, veio introduzir em Portugal o direito de mera ordenação social. De vigência encurtada e ensombrada por problemas de inconstitucionalidade, este diploma foi rapidamente substituído pelo ainda hoje vigente decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que estabeleceu o regime geral das contraordenações.

Muito embora falemos de realidades completamente diferenciadas, pois que um é um ramo do direito (sancionatório) e outro é um valor, um bem essencial da comunidade – que se manifesta, portanto, em vários ramos do jurídico –, partilharam ambas o mesmo momento histórico, a mesma necessidade de o Estado intervir sobre a economia que o pós-guerra impôs na Europa, a mesma discussão em torno de quais são, afinal, os bens que merecem e precisam da mais forte intervenção do Estado – a jurídico-criminal – e quais são aqueles que, devendo ser protegidos, não quadram com esta exigência.

2. Os modelos de intervenção sancionatória no atual quadro legislativo

A importância que o ambiente adquiriu na nossa sociedade com a consciencialização do grau de ameaça que ele enfrentava (enfrenta) no mundo de hoje, rapidamente fez espoletar a discussão em torno da essencialidade do bem em causa, da sua necessidade de proteção e do instrumentário que, para tal desiderato, deveria ser utilizado. Ainda assim, a percepção de que o ambiente é um bem jurídico com dignidade penal – e a merecer a sua tutela – tardou, contudo, bastante e encontrou no seu caminho toda a variedade de escolhos, estribados, essencialmente, quer na sua falta de legitimidade quer na sua impossibilidade de eficácia⁷. Em 1995, porém, o

6 Como bem se sabe, o direito de mera ordenação social português é de declarada inspiração alemã. Cf., por todos, E. Correia, Direito penal e direito de mera ordenação social. BFDUC, 49, 1973, 257-281; M. d. Andrade, Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã). Revista de Direito e Economia, 6/7, 1980/81, 81-121; Dias J. d., Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português, 1983-4; 1984-5; F. d. Pinto, O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 7, 1997, 7-100.

7 Cfr., entre nós, por todos, M. F. Palma, Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente. Em L. M. Neves, A. O. Simões, & D. Monteiro, Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora (pp. 199-221). Lisboa: Ministério da Justiça. 1995, pp. 202 a 205; P. d. Mendes, Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente? Lisboa: AAFDL. 2000, pp. 16 e ss.; e Dias A. S., Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), 2008. Além fronteiras, ver M. Faure, European Environmental Criminal Law: Do We Really Need It? European Environmental Law Review, 13, 2008, 18 e ss.; Müller-Tuckfeld, Ensayo para la abolición del derecho

legislador português julgou que não mais podia fugir-se à necessidade de criminalizar os comportamentos atentatórios do ambiente, uma vez que estes ganhavam cada vez mais importância e perigo, gerando um conjunto de riscos muito sensíveis, que alimentavam já um movimento social a exigir tal tutela⁸.

Criaram-se, nessa medida, os crimes de danos contra a natureza e de poluição, previstos, respetivamente, nos artigos 278.º e 279.º do Código Penal⁹, com o objetivo de responder a um conjunto de situações que, sendo consideradas como particularmente graves para o ambiente, justificariam intervenção penal. Nas respetivas versões originárias, o art. 278.º estava destinado a perseguir os comportamentos graves que conduzissem à eliminação de exemplares de fauna ou flora, à destruição de habitat natural ou ao esgotamento de recursos do subsolo¹⁰, enquanto o art. 279.º tinha como desiderato punir os atos de poluição inadmissível, fosse poluição das águas, dos solos, do ar ou sonora¹¹.

Um e outro não estavam gizados para todo e qualquer dano causado ao ambiente, mas antes incidiam apenas sobre comportamento particularmente sérios, aceitando

penal del medio ambiente. Em AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 507-530). Granada: Editorial Comares, 2000; W. Hassemer, *A preservação do meio ambiente através do direito penal*. Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, 1996, 319-330; e W. Naucke, *La progressiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativismo y politizado*. Em AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 531-549). Granada: Editorial Comares, 2000. Para um elenco dos argumentos contrários à receção penal da proteção ao ambiente, e respetiva análise crítica, ver as nossas considerações em (Loureiro, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos - subsídio para o estudo da figura da acumulação*, 2007), pp. 55 e ss.

8 O legislador entendeu, à altura, que se justificava a consagração legal dos crimes de poluição e de poluição com perigo comum “dado o clamor social existente neste domínio e tratando-se de matéria cuja dignidade penal já não se contesta”. Cf. Ata n.º 32 (17 de maio de 1990) da Comissão de Revisão, (Ministério da Justiça, 1993), pp. 354 a 367.

9 Na verdade, apenas o art. 279.º, crime de poluição, estava inicialmente previsto, sendo que, já na aprovação das alterações ao Código, se introduziu o tipo incriminador do art. 278.º Tal introdução foi considerada precipitada, desajustada e, mesmo, desastrosa. Cf. as críticas de P. d. Mendes, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 94 a 98.

10 A letra originária do art. 278.º do CP fixava assim: “1 – Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, eliminar exemplares de fauna ou flora ou destruir habitat natural ou esgotar recursos do subsolo, de forma grave, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Para os efeitos do número anterior o agente actua de forma grave quando: a) Fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região; b) Da destruição resultarem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas; c) Esgotar ou impedir a renovação de um recurso do subsolo em toda uma área regional. 3 – Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa”.

11 Na versão imposta pelo decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, o art. 279.º estipulava o seguinte: “1 – Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3 – A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo”.

o legislador que existia – como usualmente sucede no direito sancionatório económico –, por um lado, uma margem de risco permitida, um conjunto de condutas que, podendo lesar, em sentido amplo, o ambiente, permaneciam ainda dentro das condutas tidas por socialmente adequadas, sob pena de se colocar em causa a possibilidade de atuação de distintos setores da nossa economia, e por outro, toda uma franja de comportamento que, lesando bens ambientais de modo inaceitável, não exigiam a intervenção penal e se bastavam com a tutela do direito de mera ordenação social.

A estes crimes, deve dizer-se, criados como crimes de desobediência, ou seja, que exigiam, para o seu preenchimento, o desrespeito por disposições legais e regulamentares ou atos da administração¹², o legislador somou ainda, devemos sublinhar, um outro tipo incriminador, que muito embora tenha sido inserido sob a égide da tutela ambiental, só de modo mediato ou parcelar protege o ambiente: o crime de poluição com perigo comum, previsto no art. 280.^o¹³. De facto, embora dependente da prática de atos que preenchessem materialmente o conceito de poluição, este preceito visava (visa ainda hoje, apesar das modificações de que foi alvo) tutelar bens jurídicos pessoais – a vida, a integridade física de outrem, ou bens patrimoniais alheios de valor elevado, que possam ser afetados por esses comportamentos poluidores – e não propriamente proteger o bem jurídico coletivo ambiente¹⁴.

Uma tal estrutura manteve-se inalterada durante mais de uma década, apesar das múltiplas modificações ao CP que foram levadas a cabo em tal período – apenas de 2007 em diante os crimes ambientais começaram a sofrer (várias e profundas) alterações¹⁵. Não que se possa dizer, temos de reconhecer em abono da verdade, que os crimes ambientais tal como saídos da sua gestação de 1995 tenham tido uma aplicação imediata e significativa, resolvendo os problemas que visavam encarar, não se tornando, pois, necessária qualquer alteração. Nada disso. A implementação da tutela penal do ambiente enfrentou, na realidade, muitos e grandes desafios, quer porque – como já dissemos – uma franja da doutrina e da jurisprudência entendiam que o direito criminal não deveria adentrar neste domínio, correndo o risco de transformar-se em mero direito penal simbólico, quer porque a sua efetivação,

12 Sobre a caracterização destes delitos, ver, por todos, P. R. Faria, Anotação ao art. 278.^o. Em J. d. Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal (tomo II) (pp. 932-943). Coimbra: Coimbra Editora. 1999; A. M. Rodrigues, Anotação ao art. 279.^o. Em J. d. Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal (tomo II) (pp. 944-978). Coimbra: Coimbra Editora. 1999; ou P. P. Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015, pp. 980 e ss.

13 “Quem, mediante uma conduta descrita no n.º 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão: a) De 1 a 8 anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas; b) Até 5 anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência”.

14 Assenta, portanto, este tipo incriminador numa visão antropocêntrica do ambiente e da respetiva tutela ambiental. Ver, a este propósito (J. d. Dias, Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente, 1978); (J. d. Dias, Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português, 2005); e (Loureiro, Estudo breve do art. 279.^o do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010).

15 Os arts. 278.^o e 279.^o, em particular, foram sucessivamente alterados, em 2007, 2011 e 2015, sendo que algumas dessas modificações assumiram relevante profundidade, modificando mesmo o formato típico destes ilícitos.

mesmo para aqueles que a defendiam, se mostrava muito difícil, fosse por força do formato criminal assumido (a utilização de tipos de desobediência), fosse por falta de responsabilidade penal de pessoas coletivas (sendo que a maior parte dos atos lesivos do ambiente são praticados por empresas), fosse pelas dificuldades causadas pelos pequenos delitos e pela necessidade de acumulação, fosse pela inexistência de normas processuais penais a respeito (problema que ainda hoje permanece, como veremos)¹⁶.

Não cabendo aqui a análise dessas alterações, sempre deveremos dizer que se juntaram aos (três) preceitos enunciados vários outros, que compõem hoje a constelação criminal de tutela do ambiente (entendido em sentido amplo, como veremos). Temos, por um lado, o crime de atividades perigosas para o ambiente, aditado no art. 279.º-A do CP, introduzido com a específica intenção de corresponder, nos termos da legislação europeia vigente¹⁷, à necessidade de acautelar as atividades de transferência de resíduos, por um lado, e de produção, importação, exportação, colocação no mercado ou utilização de substâncias que empobrecem a camada de ozono. Acrescentou-se também, por outro lado, o crime de incêndio florestal, previsto no art. 274.º do CP, destinado a punir, na sua forma simples, quem provocar incêndio em terreno ocupado com floresta, incluindo matas, ou pastagem, mato, formações vegetais espontâneas ou em terreno agrícola, próprios ou alheios. E poderá ainda identificar-se, por último, o crime de violação de regras urbanísticas, previsto agora no art. 278.º-A do CP, que visa impedir a obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel que incida sobre via pública, terreno de Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido.

Como se vê, portanto, ainda que de forma meramente enunciativa, nos últimos doze anos foram significativas as alterações introduzidas no Código Penal nesta matéria. Deve dizer-se, todavia, que as transformações operadas – a muitos níveis questionáveis – não buliram, em nossa opinião, no esquema fundamental traçado pelo legislador em 1995, continuando a centrar-se nos crimes de danos contra a natureza e poluição. Todos os outros que fomos indicando, se é verdade que vêm porventura complementar aquele desenho, não adicionam tutela de relevo ao bem jurídico

16 De tudo isto falamos detidamente em (Loureiro, A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação, 2007), sobretudo pp. 155 e ss., e em (Loureiro, Estudo breve do art. 279.º do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010).

17 Remete a própria norma, no seu n.º 1, para o regulamento (CE) n.º 1013/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho, relativo à transferência de resíduos: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R1013-20120308&from=RO>.

ambiente, apenas a especificam quanto a determinados aspetos¹⁸, ou a fazem relevar para a proteção de bens jurídicos pessoais mediatos¹⁹.

Em sentido diametralmente oposto, as contraordenações ambientais medraram e multiplicaram-se à velocidade da luz, à medida que a Administração regulamentava os diversos aspetos da atividade económica, tantos deles com reflexos de muito significado no ambiente, impondo o cumprimento de normas cada vez mais apertadas e lançando mão de sanções cada vez mais graves. A utilização do regime contraordenacional sempre se mostrou, como é da sua natureza, mais plástica, mais flexível, menos rígida, tanto no que respeita ao parâmetros de imputação, como no que tange com o conjunto de direito e garantias que deve assegurar, apresentando-se, nessa medida, como um direito mais ágil e veloz, capaz de solucionar o ataque ou a colocação em perigo do bem de modo expedito e através de sanções supostamente menos gravosas do que aquelas que são usualmente reconhecidas ao direito penal.

O quadro que temos hoje, portanto, é de uma enorme complexidade e traduz bem o problema das fronteiras, dos limites do direito penal que pretendemos ponderar aqui. Constitucionalmente consagrado, o ambiente é hoje, para lá de todas as dúvidas, um valor fundamental da comunidade, um bem jurídico relevantíssimo, digno de intervenção penal. Porque o é, o legislador consagra no nosso CP um conjunto de crimes cujo escopo é a tutela do ambiente: os já referidos danos contra a natureza e poluição, ao lado do crime de poluição comum, que, entretanto, sofreram profundas alterações, bem como os novéis tipos incriminadores de atividades perigosas para o ambiente e de incêndio florestal, neste caso alvo de profundas interrogações.

Mas muito embora o seja, por força agora já não do princípio da dignidade, mas antes do da necessidade de intervenção penal ou mesmo do da eficácia, o legislador cria, em vastíssima legislação avulsa hoje coordenada (?) pela Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais²⁰, um conjunto cada vez mais largo de contraordenações ambientais: nas palavras no próprio legislador, vertidas no art. 1.º daquela Lei, constitui contraordenação ambiental todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o qual se comine uma coima.

18 Como é o caso, quanto a nós, do referido crime de atividades perigosas para o ambiente, previsto no art. 279.º-A, e, em certa medida, do crime de incêndio florestal, na hipótese prevista no n.º 1 do art. 274.º do CP. Para uma análise destes preceitos, cf., por todos, P. P. Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015, pp. 1002 e ss. e pp. 970 e ss., respetivamente.

19 O que sucedia já, desde 1995, com o crime de poluição comum (art. 280.º), e se verifica agora igualmente com as demais hipóteses de incêndio florestal (art. 274.º), bem com o crime de violação das regras urbanísticas (art. 278.º-A).

20 Aprovada pela lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, entretanto modificada pela lei n.º 89/2009, de 31 de agosto, pela lei n.º 114/2015, de 28 de agosto, pelo decreto-lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto, e pela lei n.º 25/2019, de 26 de março.

A pergunta, pois, que não pode evitar-se, por mais incômoda que nos surja ou por maiores dificuldades práticas que nos levante, é a seguinte: que razão existe para tratar determinados atentados ao ambiente como crimes e outros como contraordenações? Trata-se, portanto, se quisermos, de uma discussão em torno do que seja a *ultima ratio* da intervenção penal, do que possa compreender-se por fragmentariedade e de quais são os exatos contornos da chamada mínima intervenção. E mesmo que se aceite pacificamente (o que se mostra cada vez mais difícil de fazer, na verdade) que é a interpretação destes basilares princípios do direito penal que nos leva a reservar a intervenção criminal para as ofensas intoleráveis ao bem jurídico ambiente, bastando para todas as demais o direito de mera ordenação social – adotando, por isso, um critério que poderíamos chamar de lesividade ou de grau de ofensa –, sempre teremos de perguntar-nos de que modo está ele vertido no atual quadro normativo a que vimos de fazer referência.

3. Algumas questões problemáticas no cruzamento entre o direito penal e o direito de mera ordenação social

Na verdade, o modo fragmentário como a tutela do ambiente é levada a cabo, ora lançando mão do direito penal – para os comportamentos mais graves que não sejam adequadamente tutelados pelos demais ramos do direito –, ora recorrendo ao direito de mera ordenação social – para a generalidade das infrações ao ambiente, que, sendo censuradas, não justificam ou não carecem da intervenção juscriminal –, correspondendo àqueles que são os parâmetros próprios do nosso direito sancionatório e, em particular, ao princípio da mínima intervenção penal, não milita, todavia, a favor da inteligibilidade e da aplicação harmoniosa do sistema.

De facto, ao lado dos poucos preceitos criminais que vimos tutelarem o bem jurídico ambiente e estarem até previstos no CP, surge uma miríade de contraordenações, igualmente destinadas a tutelar o mesmo interesse, mas agora dispersas por um conjunto muito largo de diplomas – que se mostra, logo, de difícil enumeração, quanto mais de coerente e sistemicamente orientada aplicação. Na realidade, para lá do Regime Geral das Contraordenações (decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro) e da referida Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, que estabelecem as grandes linhas, os princípios gerais, em matéria de contraordenações ambientais, a previsão de cada uma destas contraordenações e respetivas sanções está disseminada por um leque muito variado de diplomas, quase impossível de enunciar de modo exaustivo. Sem pretensões de o conseguir, vejam-se, por exemplo, o decreto-lei n.º 73/2009, de 31 de março, que prevê o regime jurídico da reserva agrícola nacional (art. 39.º), o decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de agosto, que fixa o regime jurídico da reserva ecológica nacional (art. 37.º), o decreto-lei n.º 142/2008, de 24 de julho, que veio estabelecer o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade (arts. 43.º e 44.º), o decreto-lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos (art. 72.º), o decreto-lei n.º 98/2010, de 11 de agosto, que estabelece o regime a que obedecem

a classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas para a saúde humana ou para o ambiente, com vista à sua colocação no mercado (arts. 14.º 15.º, em particular), o decreto-lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro, que estabelece regime jurídico de avaliação de impacte ambiental (art. 39.º) ou o decreto-lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro, que fixa o regulamento geral do ruído (art. 28.º), de entre dezenas de outros diplomas que, tratando aspetos parcelares atinentes ao ambiente, preveem nos seus corpos normativos regras relativas ao momento infracional, catalogando-as como contraordenações.

Para somar a esta regime já de si profundamente complexo, as significativas alterações introduzidas à Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais através da lei n.º 114/2015, de 28 de agosto, vieram juntar ao diploma as contraordenações relativas ao ordenamento do território (arts. 40.º-A a 40.º-D), o que – para lá das dúvidas epistemológicas que possa suscitar – adensa seguramente as dificuldades que entornam a aplicação deste regime.

Ora, estabelecendo-se em cada um daqueles diplomas referidos quais os comportamentos que constituem contraordenação ambiental, e classificando tais contraordenações, de acordo com o estipulado no art. 21.º da Lei Quadro, em leves, graves ou muito graves, cabe depois a este diploma fixar as molduras das coimas respetivas e, bem assim, a generalidade das sanções acessórias. Partindo destes escalões classificativos, a lei n.º 50/2006 fixa quatro molduras para cada um deles, conforme o ato seja praticado por dolo ou por negligência, por pessoa singular ou por pessoa coletiva. Sendo inoportuno fazer nesta sede um percurso descritivo por cada uma destas molduras legais, interessa-nos, em jeito de avaliação genérica, sublinhar que tais molduras podem ir dos 100 euros (em caso de contraordenação leve, praticada por pessoa singular através de ato negligente, quando existam circunstâncias anteriores ou posteriores à prática da contraordenação, ou contemporâneas dela, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da coima, permitindo, portanto, a atenuação especial da coima – nos termos conjuntos dos arts. 22.º n.º 1, al. a), 24.º e 25.º) até aos 10 milhões de euros (na hipótese de contraordenação muito grave, cometida por pessoa coletiva com dolo, quando haja a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas que afete gravemente a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente – nos termos dos arts. 22.º, n.º 4, al. b), e 23.º)²¹.

Como se constata – e tem por muitos sido assinalado²² – as molduras contraordenacionais em causa têm tanto uma amplitude como uma gravidade muito acentuada, o

21 Devemos sublinhar que estas molduras são o resultado de ajustes legislativos sucessivos, diferindo daquelas que originariamente constavam da lei n.º 50/2006 e das que depois foram introduzidas pela alteração levada a cabo pela lei n.º 89/2009, de 31 de agosto – a versão hoje vigente, introduzida pelas modificações de 2015, genericamente, baixou os limites mínimos e aumentou os limites máximos das molduras em causa.

22 Cf., por todos, C. A. Gomes, *As contra-ordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas*. 2012. Obtido de http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_15893.pdf; ou A. L. Dantas, *Notas à Lei das Contraordenações Ambientais: Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto*. Revista do Ministério Público, 2008, 87 e ss.

que, se se compreende por força da multiplicidade de comportamentos que podem estar em causa quando falamos de ilícitos ambientais, não deixa de colocar dificuldades sérias, quer dogmáticas, quer operativas, quando lidamos com as implicações decorrentes dos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Efetivamente, ainda que se estreite devidamente a moldura, pegando apenas num dos escalões classificativos e num específico autor do ilícito – imagine-se a contraordenação muito grave quando praticada por pessoa coletiva –, continuamos a estar perante uma possibilidade de variação que vai dos 12 mil euros (ato praticado por negligência quando possa funcionar o regime da atenuação especial) aos referidos 10 milhões (quando o comportamento for realizado com dolo e haja a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas que afete gravemente a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente).

Se, por exercício, compararmos o que acabámos de dizer com as hipóteses previstas no CP, para a prática de crimes ambientais (cujas molduras, devemos destacar, foram também agravadas em 2015, aproximando-se bastante mais daquelas que estão previstas para as contraordenações), verificamos que, na hipótese justificativa da sanção mais grave, crime cometido dolosamente por pessoa coletiva, o limite máximo da pena será, por regra, o de 6 milhões de euros (o equivalente, portanto, a uma pena máxima de 5 anos para pessoas singulares, convertida em pena de multa de acordo com os critérios estabelecidos no art. 90.º-B do CP²³). Esta é a moldura prevista para o crime de danos contra a natureza, na sua modalidade mais grave (art. 278.º, n.º 1), e para o crime de poluição, também nas hipóteses mais sérias (n.º 1 e n.º 2 do art. 279.º). As únicas hipóteses de a moldura ser superior a estes 6 milhões de euros para pessoas coletivas são as que resultam dos crimes de incêndio florestal e de poluição com perigo comum, hipóteses em que a moldura pode ir até aos 8 anos de prisão (o correspondente a 9 milhões e seiscentos mil euros para pessoas coletivas – ainda assim mais baixo do que o máximo previsto na Lei Quadro das Contraordenações Ambientais) ou até 12 anos (14 milhões e quatrocentos mil euros), nas hipóteses em que, através de incêndio florestal, e dolosamente, se criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, se deixar a vítima em situação económica difícil, ou se atuar com intenção de obter benefício económico (nos termos do art. 274.º, n.º 2, do CP).

Ora, por mais que se entenda a necessidade de flexibilidade e adaptabilidade das normas contraordenacionais, que têm seguramente de permitir a aplicação a um número muito mais elevado de casos do que as normas penais, não podemos deixar de assinalar estas dissonâncias, que não só geram dificuldades muito sérias no que diz respeito à compreensão das fronteiras entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, como conduzem a situações quotidianas de perplexidade por parte dos administrados, que se veem (podem ver) colocados numa situação mais gravosa através da aplicação de uma coima do que se lhes fosse aplicada uma pena, sem poderem usufruir, não se pode esquecer, do mesmo tipo de garantias. Podendo

23 Cada mês de prisão corresponde a 10 dias de multa e cada dia de multa corresponde a uma quantia entre 100 e 10 mil euros, a fixar de acordo com a situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores.

ainda somar-se-lhe sanções acessórias de não pequeno gravame (pense-se, *v.g.*, no encerramento de estabelecimento, na cessação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações, ou na interdição do exercício de profissão ou atividade, nos termos do art. 30.º da referida Lei Quadro), quando não mesmo medidas cautelares, de acordo com o preceituado nos arts. 41.º e 42.º do mesmo diploma.

Veja-se, por outro lado, trazendo agora à colação alguns outros aspetos de natureza procedimental, que o art. 52.º-A da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais prevê a preclusão do direito de impugnação judicial quando se faça o pagamento da coima após a notificação da decisão administrativa e que o art. 75.º estabelece que não é aplicável aos processos de contraordenação instaurados e decididos nos termos desta lei a proibição de *reformatio in pejus*, devendo essa informação constar de todas as decisões finais que admitam impugnação ou recurso. Estes dois normativos bastariam, na verdade, sem adentrarmos sequer em detalhe nos direitos de defesa dos administrados visados, para nos demonstrar como os particulares podem estar aqui desprotegidos. Estes preceitos, de forma isolada ou combinada, parecem, em nossa opinião, cercear de modo significativo a efetiva possibilidade de recurso aos tribunais, pois que se o particular não concordar com a decisão da Administração e quiser submetê-la a análise judicial terá de ponderar que, por um lado, pode acabar numa situação pior do que aquela em que encontra, podendo ser-lhe aplicada coima ou sanção acessória mais grave – o que dificilmente se compreende quer à luz das finalidades do direito de mera ordenação social, quer tendo em conta que é a entidade administrativa aquela que tem competência para aplicação da sanção, por ser ela a que melhor compreende o interesse público em causa²⁴ –, e, por outro, que, se não lhe for reconhecida razão, será obrigado a pagar juros à taxa máxima prevista na legislação fiscal²⁵. Anote-se, aliás, que esta construção feita na referida Lei-Quadro é contrária àquela que resulta do Regime Geral das Contraordenações, criando, também aí, uma distorção que nos parece não ser de pequena monta.

Afiguram-se-nos, pois, estes preceitos como visando declaradamente obstaculizar ou criar empecilhos à possibilidade de impugnação judicial das decisões administrativas que apliquem coimas e sanções acessórias pela prática de contraordenações ambientais (e do ordenamento do território). O que se se poderia defender – muito embora, quanto a nós, sem razão – quando o direito de mera ordenação social estava

24 Na verdade, não é fácil compreender como pode a impugnação judicial apresentada pelo visado conduzir a uma decisão judicial que sancione mais gravemente o seu comportamento, pois que só ele tem interesse em colocá-la em causa. Que assim é, aliás, entendeu o Regime Geral das Contraordenações, que fixa no seu art. 72.º-A: “1. Impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso da decisão judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes. 2. O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de agravamento do montante da coima, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível”.

25 De acordo com o art. 53.º da Lei-Quadro, “[n]o final do processo judicial que conheça da impugnação ou da execução da decisão proferida em processo de contraordenação, e se esta tiver sido total ou parcialmente confirmada pelo tribunal, acresce ao valor da coima em dívida o pagamento de juros contados desde a data da notificação da decisão pela autoridade administrativa ao arguido, à taxa máxima estabelecida na lei fiscal”.

destinado apenas a atos menores, de pequena gravidade, sem ressonância ética e que, por tudo isso, eram sancionados com consequências de pequena monta, pretendendo-se, sobretudo, um procedimento ágil e descomplicado, que permitisse repor rapidamente a legalidade e advertir o particular para a necessidade de respeito pelo ordenamento jurídico estabelecido, não pode sustentar-se de modo semelhante face à configuração moderna das contraordenações ambientais.

Para embaraçar ainda um pouco mais toda esta teia normativa já difícil de deslindar quando estejamos a falar de contraordenações ambientais (e da sua implicativa relação com os crimes da mesma natureza), merece-nos ainda referência o complicadíssimo sistema de remissões que sustenta a interpretação e, sobretudo, a integração de lacunas. Nos termos do n.º 1 do art. 2.º da Lei-Quadro, “as contraordenações ambientais e do ordenamento do território são reguladas pelo disposto na presente lei e, subsidiariamente, pelo regime geral das contraordenações”, sendo considerados, todavia, regimes especiais os relativos à reserva agrícola nacional e aos recursos florestais, fitogenéticos, agrícolas, cinegéticos, pesqueiros e aquícolas das águas interiores (nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, que, muito embora, perdeu parte do sentido ao ter sido revogado anterior n.º 2). Ora, de acordo com o Regime Geral das Contraordenações, em particular o seu art. 32.º, em tudo o que não for contrário ao disposto nesse regime aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contraordenações, as normas do Código Penal, ao passo que, de acordo com o art. 41.º, no que respeita ao procedimento, sempre que o contrário não resulte daquele diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.

Direito penal e direito processual penal são, pois, uma vez que se trata de direito sancionatório, regime subsidiário indireto para as contraordenações ambientais, por força do estabelecido no Regime Geral das Contraordenações. Não podemos esquecer, contudo, que os procedimentos contraordenacionais são aplicados por entidades administrativas, submetidas, portanto, às normas de direito administrativo e de processo administrativo, o que não raras vezes conduz a situações de resolução difícil, quando não mesmo de plena contraditoriedade – pense-se, para não nos ficarmos pela enunciação do problema, no que se passa com as regras relativas ao dever de colaboração dos administrados e correspondente direito de acesso das entidades administrativas vs. os direitos de defesa dos arguidos e, em particular, o direito de não autoincriminação²⁶ (questão que, já não cabendo aqui analisar, levanta especiais óbices em matéria de contraordenações ambientais por força do art. 18.º da Lei Quadro²⁷).

26 Questão que tem vindo a ser discutida pela doutrina, a diversos títulos e em âmbitos distintos. Cf., por todos (Dias & Ramos, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare)* no *Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, 2009).

27 O art. 18.º regula o direito de acesso das autoridades administrativas, no âmbito de procedimentos de inspeção ou fiscalização ambientais, nos estabelecimentos e locais onde se exerçam as atividades a inspecionar. Nos termos do n.º 5 do preceito, os responsáveis pelos referidos espaços são obrigados a facultar a entrada e a permanência àquelas autoridades e a apresentar-lhes a documentação, livros, registos e quaisquer outros elementos que lhes forem exigidos, bem como a prestar-lhes as informações que forem solicitadas.

4. Reflexão final

Enfim, poderíamos seguramente alargar esta discussão, continuando a viagem que aqui encetámos, quer pelo CP, quer pelas normas aplicáveis às contraordenações ambientais, e detendo-nos nos muitos e nada fáceis problemas que vão sendo suscitados. Não se nos afigura, todavia, que tal seja necessária ou desejável, bastando as hipóteses que aqui deixámos como ilustração do nosso propósito. Rematemos, por isso, com algumas considerações que deixamos em jeito de reflexão prospetiva.

A proteção do ambiente, enquanto bem jurídico fundamental da comunidade (da comunidade universal, na verdade), tem assumido cada vez maior importância na nossa ordem jurídica, dizendo bem da consciencialização que se tem operado na sociedade quanto à necessidade de evitar danos ambientais. Esse relevo crescente, todavia, vem impor sobre o Estado – detentor último dos mais sérios poderes de intervenção sobre a esfera dos particulares – uma pressão muito grande sobre como e quando atuar, através de que instrumentos e com que consequências. Se se nos afigura pacífico, hoje, que uma tal tutela deve estar fragmentada entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, os demais momentos de construção do sistema continuam ainda a estar envoltos em muitas dificuldades e dúvidas.

Por um lado, do ponto de vista das tipificações criminais, continuam a verificar-se obstáculos de relevo à sua aplicação e concretização judiciária. Para lá das dificuldades próprias da prova deste tipo de infrações, e, mesmo, da demonstração do nexo de causalidade entre facto e dano, quando este se exija, a ausência absoluta de normas processuais penais relativas a pessoas coletivas coloca escolhos de peso à possibilidade de levar perante o juiz os mais sérios atentados ao bem jurídico ambiente.

Por outro, agora na perspetiva das contraordenações, o maior problema é, porventura, de sentido contrário: a proliferação e dispersão de normas contraordenacionais ambientais por dezenas e dezenas de diplomas coloca entraves sérios quer ao aplicador das normas, quer ao particular que a elas se tem de sujeitar. A gravidade das sanções que estão em causa, ademais, e a necessidade de assegurar ao administrado, nessa medida, garantias semelhantes àquelas que existem no direito processual penal – como repetidamente tem reconhecido o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a este propósito²⁸ – aumentam a exigência sobre as autoridades administrativas responsáveis pela sua aplicação, impõe-lhe padrões com que, amiudadas vezes, não estão habituadas a lidar (pela sua própria natureza) e elevam a sindicabilidade potencial dos seus atos, porque fortemente limitativos, afinal, dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Entre uma e outra questão, afinal, somos constantemente remetidos a um problema que, não sendo novo, se apresenta a cada momento com renovadas vestes: que

28 Cf., por todos, J. Costa, O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista do Ministério Público, out.-dez. de 2011, 128, 117-183. Ver o que a este propósito referimos, embora noutro âmbito, em (Loureiro, Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel, 2017). Pp. 238 e ss.

critério deveremos utilizar para distinguir os dois tipos de intervenção sancionatória (penal e contraordenacional) se assumimos todos que o ambiente é valor fundamental da comunidade²⁹? Um critério material, que busque ainda estribar-se no bem ou na sua forma de afetação, ou, pelo contrário, um de matriz apenas formal, que deixe na mão do legislador ordinário a opção, livre, por um ou outro caminho? E como distinguirá o aplicador uma hipótese da outra se, optando pela solução formal, a lei não distinguir cabalmente os casos em que estamos perante um crime daqueles em que nos devemos bastar com uma contraordenação?

Estamos, portanto, em tanta medida, perante um mundo novo. E este terreno jovem está ainda em descoberta e exigirá de todos – definidores das matrizes políticas de atuação, pensadores do direito e aplicadores da lei – esforços suplementares de reflexão e atuação. Para isso servem, cremos, *fora* como este, para que da partilha de experiências, da troca de ideias, da comunicação de angústias, se não mais, possa forma-se lastro para a evolução do Direito.

29 Interrogação que, como bem se sabe, é transversal a toda a relação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. Cf., para lá da bibliografia já indicada, A. Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013; N. Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*. Coimbra: Coimbra Editora. 2016; ou (Loureiro, *Os Atentados à Concorrência, a Proteção de Direitos Fundamentais e o Princípio da Mínima Intervenção Penal*, 2017).

Desenvolvimento sustentável, governação local algorítmica e cidades de proximidade: o futuro (da cidade inteligente) é hoje

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.4>

Isabel Celeste Fonseca^{*}
Ana Rita Prata^{**}

Introdução

Estamos certos de que as cidades e o seu conseqüente desenvolvimento representam, por muitas razões, um dos maiores desafios do século XXI¹. Por um lado, é o desenvolvimento desbragado e a urbanização crescente que traz consigo problemas de diversa natureza e preocupações de acolhimento de modelos de territórios do futuro com implementação de estratégias e políticas sustentáveis, onde até a cidade de proximidade, como seja a cidade 15 minutos², é apresentada como solução amiga do ambiente e de sociedade inclusiva e participativa; por outro, é a constante aceleração da aplicação das Tecnologias de Comunicação e Informação à Governação Pública que obriga a pensar como estas podem servir necessidades de acesso ao serviço e a bens que a pandemia Covid-19 acentuou, pondo a descoberto a falta de resiliência de tantas cidades, não planeadas, frágeis do ponto de vista da implementação das TIC e, em suma, pouco precavidas para a catástrofe, estando, por isso, aquém do *standard* europeu de resiliência e longe de alcançar os objetivos traçados pelas Nações Unidas para 2030³. “Não deixar ninguém para trás” é o lema da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigadora do JusGov, RI projeto Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities, com a referência NORTE-01-0145-FEDER-000063, cofinanciado pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), através do Sistema de Apoio à Investigação Científica e Tecnológica – “Projetos Estruturados de I&D&I” – Horizonte Europa (Aviso NORTE-45-2020-75), no quadro do Programa Operacional Regional Norte 2020.

** Mestre em Direito Administrativo.

1 Sobre o tema, vd. o nosso, *Smart cities and Law, E.Governance and Rights: do we need a global digital transition strategy for the city?*, in *European Review of Digital Administration and Law*, Erdal, 2021, vol. 2, issue 1, issn 2724-5969.

2 A propósito destes modelos de cidades de proximidade, vd. o nosso, “A cidade inteligente e a (re)descoberta da proximidade: a cidade em 15 minutos”, co-autoria Rita Lopes, in: *E.Tecc Yearbook. Governance & Technology*, 2021, eds. Maria Miguel Carvalho e Sónia Moreira, JusGov, 2021, pp. 75 e ss.

3 Sobre o tema, vd. o nosso *Transição digital e cidades: pensando a Carta para a Smart City*, in: *Sociedad Digital y Derecho Civil, Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano*, 13-15 de abril de 2021,

A Agenda 2030 foi aprovada em 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e estrutura-se em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), de entre os quais se evidencia o objetivo 11.º: tornar as cidades e os aglomerados urbanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

No quadro da Semana Europeia da Democracia Local (European Local Democracy Week), ganha hoje fôlego renovado o assunto das cidades sustentáveis e resilientes, enquanto dimensões das cidades inteligentes, sendo certo que o tópico “Proteger o meio ambiente e construir resiliência em comunidades territoriais” é precisamente o tema da edição de 2021-2022 da ELDW.

Nesta linha, pretendemos densificar aqueles que são os desafios que a nova urbanidade enfrenta, fazendo um confronto e, ao mesmo tempo, uma aliança que se mostra cada vez mais concretizável, a médio ou longo prazo, entre as cidades inteligentes e as cidades sustentáveis, estas que “encapsulam o grande desafio dos nossos dias: continuar a crescer do ponto de vista económico proporcionando maior progresso social e garantindo, simultaneamente, uma redução da poluição e uma utilização sustentável dos recursos naturais”⁴. Destacaremos, por isso, a par dos problemas sociais e económicos que perpassam os centros urbanos, a crise ambiental que tem sido, na maior parte das vezes, ignorada, mas que exige uma ação pública e da sociedade civil imediata.

É um facto que, cada vez mais, “as cidades são centros de inovação e de evolução social onde o acesso aos serviços é mais fácil, a expectativa de qualidade de vida dos cidadãos se materializa e a gestão concentrada de recursos se vê otimizada”⁵, o que leva à configuração das mesmas enquanto verdadeiros “centros de eleição para viver”. Ao longo do tempo, as cidades tornaram-se “os motores decisivos do crescimento económico e são consideradas os centros de oportunidades, prosperidade, inovação e interação social e cultural”⁶, harmonizando-se com aquilo que são as necessidades atuais e os padrões de vida dos seus cidadãos, o que coloca os centros urbanos em destaque em detrimento das zonas rurais. Em consequência, assiste-se, por todo o mundo, a um aumento exponencial da população. Aliás, atualmente mais de metade da população mundial vive em áreas urbanas e perspetiva-se que até 2050 essa percentagem aumentará para os setenta por cento⁷.

Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada y el grupo de Investigación “Persona, Familia e Menores (SEJ-346), cord. Dr. Miguel Ángel Moreno Navarrete y Dra. Marta Morillas Fernández.

4 Para mais desenvolvimentos vd. <https://bcsdportugal.org/>.

5 Jorge Patrício, *No futuro só as cidades inteligentes serão sustentáveis*. Disponível em: <https://visao.sapo.pt/exameinformatica/noticias-ei/brand-studio/2021-03-29-no-futuro-so-as-cidades-inteligentes-serao-sustentaveis/>.

6 P. Newman; I. Matan; J. McIntosh, *Urban Transport and Sustainable Development*. In *Routledge International Handbook of Sustainable Development*; M. Redclift, D. Springett, Eds.; Routledge: London, UK, 2015; pp. 337-350.

7 OECD, *Territorial Reviews – Competitive Cities In The Global Economy*, 2006.

Este crescimento urbano, quase que desenfreado, em que sobressaem novos desafios de diversas índoles, reclama dos cidadãos, mas sobretudo dos seus governos locais, novas estratégias. Enfatizando: “os centros urbanos de hoje são o resultado da inovação económica, social/intelectual, política, ambiental e tecnológica”⁸, estando alicerçados a enquadramentos políticos ágeis. E, estes fenómenos percecionados de forma holística são a base que sustenta a nova urbanidade – as Cidades Inteligentes ou *Smart Cities* – termos que têm sido largamente utilizados desde o virar do século.

Certo é que as cidades inteligentes têm adquirido diversas configurações tendo como referencial a inexistência de uma cidade que seja igual a uma outra, quer em termos mundiais quer locais, sendo bastante pensar na realidade do nosso país. Contudo, também é verdade que associamos de imediato à *smart city* uma premissa tecnológica como sendo a ferramenta essencial que constrói a nova urbanidade: a aplicação das TIC à governação Pública, ao tecido urbano e à mobilidade de coisas e pessoas é inevitável.

No entanto, não obstante a tecnologia estar no centro da evolução para um desenvolvimento sustentável, são muitas as preocupações que assolam as comunidades locais, as quais, apesar de recorrerem às inovações tecnológicas, necessitam também de outras estratégias e sobretudo de uma transformação ao nível das atitudes e comportamentos: impõe-se a voluntariedade e a participação.

Concretizando, as cidades enfatizam hoje a vulnerabilidade socioeconómica dos seus cidadãos, a inadequada capacidade institucional, mas sobretudo os desafios ambientais como o esgotamento dos recursos naturais, a redução da biodiversidade, as mudanças climáticas, a poluição do ar e a produção de resíduos, sendo estes alguns dos fatores de risco que prosperam sob a complexa situação em que as cidades se encontram. E, se no passado não lhe foi dada a devida atenção, estamos hoje no tempo certo para entendermos o impacto nocivo da atividade humana na saúde do nosso ambiente, na certeza de que estas questões estão intimamente associadas aos desafios sociais e económicos que os centros urbanos enfrentam, de forma a garantirem a qualidade de vida e as aspirações legítimas que os seus habitantes reivindicam. Porém, diga-se que garantir a qualidade de vida da população a longo prazo não inclui apenas “(...) fornecer benefícios de índole material, mas também uma série de outros aspetos como a educação, a saúde pública, a democracia e as condições ambientais sustentáveis”⁹ e esta consciencialização terá sempre de partir dos centros urbanos, enquanto aglomerados urbanos e agentes de mudança.

8 Isabel Celeste Fonseca/Ana Rita Prata, *Las Ciudades Inteligentes En Portugal*. Texto que serviu de apoio à Comunicação das autoras no XI International Greencities Congress, Málaga, 01 de outubro 2020, tendo a mesma sido galardoada com o Prémio Carlos Hernández Pezzi.

9 Denis Michalina/Peter Mederly/Hans Diefenbacher/Benjamin Held, *Sustainable Urban Development: A Review of Urban Sustainability Indicator Frameworks*. MDPI, Sustainability 2021, p. 1.

Assim, torna-se essencial a adoção de novos comportamentos e, sobretudo, indicadores de sustentabilidade urbana e de desenvolvimento sustentável a introduzir nos instrumentos de liderança local e de gestão, quer ao nível nacional, quer, sobretudo, ao nível local.

1. A Cidade Inteligente: o(s) conceito(s).

Na Europa, o Mercado Único Digital foi concebido como prioridade absoluta e são diversas as estratégias adotadas para o implementar. A transição digital é uma prioridade na Europa e naturalmente em Portugal, devendo ser também a prioridade das Regiões e dos Governos Locais, onde se deverá implementar um plano de transição digital, baseado na *e.governance, open connectivity and free movement of data*, respeitando a ética, o direito e a *cibersecurity*¹⁰.

Parece assim que um novo conceito de *smart city* está em construção. Se o primeiro surge em torno das preocupações de gestão de recursos dos aglomerados urbanos, como já se deu conta, este outro é gizado sob o signo da transformação digital. E, na verdade, as antigas questões ainda se mantêm, a bem ver: a população urbana continua a aumentar em relação à população rural, sendo comumente afirmado que mais de 60% da população mundial vive agrupada em volta de núcleos urbanos, na atualidade, sejam eles denominados de cidades ou de aglomerados populacionais, como assinalámos, sendo certo que é possível que 70%, da população seja urbana, em 2050.

Como apontámos, é certo que as cidades têm um grande impacto no desenvolvimento económico e social dos países e começam a ocupar um lugar destacado no panorama mundial, contando com poder económico, político e tecnológico, constituindo verdadeiros ecossistemas onde as pessoas vivem e trabalham, onde as empresas desenvolvem a sua atividade e no âmbito das quais são prestados numerosos serviços. São, ainda, grandes centros de consumo de recursos, estimando-se, aliás, que as cidades sejam responsáveis pelo consumo de 75% da energia mundial e pela produção de 80% dos gases responsáveis pelo efeito de estufa.

O que queremos dizer, precisamente e já como se mencionou, o conceito de *Smart City* surgiu há duas décadas associado a questões do tratamento dos problemas de sustentabilidade e gestão eficiente de recursos e relacionado também com as preocupações de alteração climática e, em particular, a redução das emissões de carbono. Mas, hoje o conceito de *Smart City* está sobretudo ligado a tecnologia e à inovação. A nova cidade inteligente, fazendo impactar nas suas estruturas e procedimentos o máximo potencial das *high-tech*, fazendo uso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), de *software*, algoritmos e ferramentas de inteligência artificial, levamo-nos a antever aquilo que se chama a *governança algorítmica* ou *governança digital*, em que assentará o novo modelo de cidade inteligente.

10 Sobre a relação entre planos, vd. *o nosso Governança Pública (Local) Digital: notas breves sobre a aceleração da transição digital*, in: *Direito administrativo e tecnologia*, Coord. Artur Flaminio, Almedina, Coimbra, 2021.

2. A Cidade inteligente é digital (e algorítmica)

Pois bem, como já procurámos evidenciar aqui, não existe a definição certa de cidade inteligente e não existe uma única definição consensual sobre o que deve ser a cidade inteligente¹¹. Pelo contrário, a noção de *smart city* está intrinsecamente relacionada com distintas dimensões do direito a viver com qualidade de vida na cidade, e a sua concretização depende de múltiplos fatores, onde se inclui a tecnologia disponível, aspetos demográficos, geográficos e culturais locais da cidade, e as políticas prioritariamente acolhidas pelo decisor político para a cidade¹².

De qualquer modo, as cidades inteligentes representam sempre uma oportunidade de crescimento sustentável, agora musculadas pelas novas tecnologias, uma vez que através destas é possível informatizar, dotar de inteligência os sistemas básicos da cidade e dos serviços públicos, interconectar serviços e recolher e tratar dados em massa.

Em todo o mundo, grandes cidades começam a utilizar sistemas inteligentes, como o projeto de gestão avançada da água *SmartBay* em Galway, a iniciativa *Wired City* de Songdo ou o sistema de transporte *eSymphony* em Singapura¹³. Na Europa, muitas são as experiências de transição digital nos serviços públicos locais, como na Alemanha, em Espanha, Itália, França.

A Transformação digital, dizem os dicionários, é o fenómeno histórico de mudança cultural provocada pelo uso disseminado das tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's) nas práticas sociais, ambientais, políticas e económicas. A transformação digital provoca uma grande mudança cultural, inédita, rápida e difícil de entender na sua totalidade. Afeta mentalidades e comportamentos nas organizações, governos e empresas e na sociedade de forma geral.

Assim, como se percebe, a cidade inteligente é também aquela que usa as novas tecnologias para potenciar um crescimento económico sustentável, combinando a gestão eficiente de recursos naturais à estratégia de digitalização. Mas é também

11 Sobre o tema, vd. Os artigos de María Luísa Gómez Jiménez: *Smart cities: inexistencia de una definición jurídica*, in *VIII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio, de Derecho Urbanístico: Nuevos tiempos, nuevos objetivos*, Asociación Canaria de Derecho Urbanístico, 2016; *Smart cities vs. Smart governance: dos paradigmas de interrelación administrativa no resueltos aún?*, Parte I, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número monográfico sobre *Smart Cities*, ano XLIX, n.º 300, septiembre-octubre 2015, pp. 53 e segs.; «*Smart cities*»: *una aproximación desde la gobernanza pública y la innovación social*, in *Políticas Locales de clima y energía: teoría e práctica*, Susana Galera Rodrigo/Mar Gómez Zamora (eds.), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2018.

12 Sobre o tema, importa destacar A Nova Agenda Urbana (NAU), Declaração de Quito Sobre Cidades e Aglomerados Urbanos Sustentáveis para Todos. Ela foi aprovada em 2016 na conferência das Nações Unidas para a Habitação e Desenvolvimento Sustentável (Habitat III): "o direito à cidade". Além da Agenda 2030, a NAU integra outros acordos internacionais, tais como o Acordo de Paris no âmbito da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) e a Agenda de Ação de Adis Ababa da Terceira Conferência Internacional sobre o Financiamento para o Desenvolvimento.

13 Sobre este tema, vd. por exemplo, *Mapping Smart Cities in the EU, Study, Directorate-General for International Policies*, Policy Department Economic and Scientific Policy, 2014.

a que, noutra perspetiva – numa perspetiva tecnocrata (ainda que sem esquecer os direitos¹⁴) –, se oferece aos seus munícipes em plataformas digitais, de maneira que, muito à semelhança, de plataformas comerciais – Apple Itunes, Google Play, etc., que permitem o contacto imediato entre aplicações e os respetivos consumidores – é capaz de oferecer ferramentas digitais para o exercício da cidadania participativa, fixando as próprias condições de uso, bem como fixando as regras de privacidade e segurança das respetivas infraestruturas.

Na Europa, em Portugal e nos governos locais, a ideia e os propósitos atuais de implementação de modelos de cidades inteligentes é o mesmo: “effective eGovernment can provide a wide variety of benefits including more efficiency and savings for governments and businesses, increased transparency and greater participation of citizens in political life¹⁵, and contribute to the decarbonization and significant improvement of the environment”¹⁶.

Segundo um estudo publicado pela Ericson, que corresponde à 23.^a edição do seu relatório de sustentabilidade e responsabilidade corporativa de 2015, é configurável que a utilização das TIC possa contribuir na redução de CO2 em 15%, até 2030, permitindo alcançar vários dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (UN Sustainable Development Goals)¹⁷, incluindo o 11.º, que versa sobre as cidades e comunidades sustentáveis, e o 13.º, que é atinente à ação contra a mudança global do clima¹⁸.

Julgamos que hoje o conceito de cidade inteligente anda associado a *e.government*, cuja decisão assenta em informação mais atualizada (por ser ditada digitalmente e sobretudo com utilização de Inteligência Artificial), no sentido de que é mais eficiente, é capaz de atrair mais empresas, criar mais postos de trabalho e permitir o

14 Sobre os desafios da governação pública e a proteção de dados pessoais, vd. o nosso, *Governança Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização*, in: *Estudos de E. Governança, Transparência e Proteção de Dados*, Almedina, Coimbra, 2021.

15 Neste sentido, a experiências da UE tem-se revelado de muitas formas: <https://eu-smartcities.eu/http://www.remourban.eu/Actions/Society/SOCIETY.kl> ou mesmo Lisboa, por exemplo, no caso do Orçamento Participativo (<https://smart-cities.pt/noticias/lisboa-vence-participacao>).

16 Palavras da Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, quando abordou o tema da tecnologia e do digital no Estado da União, no dia 16 de setembro, 2020 (It.insight, 27.10.2020).

17 “Não deixar ninguém para trás” é o lema da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas. A Agenda 2030 foi aprovada em 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e estrutura-se em 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Entre eles está o objetivo 11.º tornar as cidades e os aglomerados urbanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

18 O seu Relatório de Sustentabilidade e Responsabilidade Corporativa de 2015 detalha a performance da empresa em três áreas: responsabilidade nos negócios, energia, meio ambiente e alterações climáticas e comunicação para todos E sublinha ainda a forma como as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) podem permitir os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, e explica o seu potencial como elemento acelerador para proporcionar a vida do cidadão em comunidade sustentável. Além do ODS 11, que versa sobre cidades e comunidades sustentáveis, interessa aqui destacar, em especial, o ODS 13: Ação Contra a Mudança Global do Clima. Vd. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-dedesenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>. (ultimo acesso em: 16.10.2020).

desenvolvimento humano, sendo, no fundo, sinónimo de produtividade, competitividade e qualidade de vida do tecido urbano. Por essa razão, o documento elaborado pelo Parlamento Europeu, defende um conceito mínimo de cidade inteligente. Assim, “the idea of Smart Cities is rooted in the creation and connection of human capital, social capital and information and Communication technology (ICT) infrastructure in order to generate greater and more sustainable economic development and a better quality of life”¹⁹.

Num certo sentido, a cidade inteligente é aquela cujo governo é capaz de recolher dados, planear e decidir com base neles, dirigir e fiscalizar, em tempo real, através das TIC e Big Data, através do *software* e dos algoritmos. Em suma, a *smart city* é o resultado da aplicação da ciência e da Tecnologia na governação Local, permitindo resolver os problemas das cidades do Séc. XXI, como acontece com a racionalização no uso dos recursos, a neutralização das externalidades ambientais e a mitigação dos fatores de risco de alteração climática, prestação de serviços com um indiscutível valor acrescentado, permitindo desenvolvimento humano e inclusão social²⁰.

3. A Cidade Inteligente é Cidade Resiliente e assenta na proximidade

Não há dúvida de que a construção da cidade inteligente é um dos principais desafios da atualidade, neste tempo de acelerada transição digital global aliada aos pactos verdes, de proteção do ambiente e luta contra a mudança climática. É um desafio da Comunidade Internacional, portanto, e sobretudo da Europa, e é uma tarefa em curso do Estado português e dos muitos governos locais²¹.

É em particular e seriamente um assunto estratégico do reforço do poder das Regiões na Europa e da autonomia da Governação Local perante o próprio Estado-Administração. E é, na verdade, o maior contributo de todos para a concretização do 11.º objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) da Nações Unidas: tornar as cidades e os aglomerados urbanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis e o 13.º ODS, agir contra a mudança climática.

E é um facto que é comum no discurso sobre cidades inteligentes referir-se múltiplas das suas dimensões, como já registámos anteriormente, sendo muito diversificados os projetos que permitem a sua implementação. Fala-se, assim, em projetos de *smart economy*, *smart living*, *smart environment*, *smart mobility*, *smart buildings*, de

19 Seguindo informação da DIREÇÃO GERAL DO TERRITÓRIO (DGT). Portugal. Cidades analíticas. Acelerar o desenvolvimento das cidades inteligentes em Portugal. DGT:2015, p. 27. https://www.dgterritorio.gov.pt/sites/default/files/publicacoes/Cidades_Analiticas_2015.pdf. Neste sentido, vd. A. Oliveira; Margarida Campolargo. From smart cities to human smart cities. 48th Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS), Washington, DC: IEEE Computer Science, 2005, p. 2336-2344.

20 J. Valero Torrijos (2017, 1025-1026): “El acceso y la reutilización de la información del sector público desde la perspectiva de la reforma de la administración electrónica”, in: I. Martín Delgado (dir.). La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho. 443-458.

21 Sobre o assunto e o modelo a seguir, vd. o *nosso Local e-governance and law: thinking about the portuguese charter for smart cities*, in *Ius Publicum, network review*, www.ius-publicum.com

entre outras tantas possibilidades. Contudo, esta visão *smart*, muito tecnocrata da cidade inteligente, não pode obscurecer, os direitos efetivos dos cidadãos, pois qualquer regulação que incida sobre este novo paradigma urbano deve recentrar-se nos direitos de quem habita a cidade, de quem nela quotidianamente circula, de quem nela desenvolve a sua atividade profissional e acede aos serviços, mormente em situações de crise.

O Governo das cidades confronta-se na atualidade precisamente com uma realidade desafiadora que a pandemia Covid-19 fez evidenciar de modo vital: o conceito de resiliência urbana²². Para este efeito, e de modo muito sintético, considerar-se-á “cidade resiliente” como sendo aquela que “possui um governo local competente, inclusivo e transparente, que se preocupa com uma urbanização sustentável e investe os recursos necessários ao desenvolvimento de capacidades para gestão e organização municipal antes, durante e após um evento adverso ou ameaça natural”.

Ora, a pandemia Covid-19 fez redescobrir a cidade de proximidade, como são as cidades de 15 minutos. As “cidades 15 minutos” correspondem a um modelo de cidade desenvolvido com base numa geografia ideal, onde a maioria das soluções para as necessidades humanas estão disponíveis a uma distância de deslocação em 15 minutos. Dizia JANE JACOBS, em *A morte e a vida das grandes cidades americanas*, que “as cidades têm a capacidade de providenciar algo para todos apenas porque, e só quando, são criadas por todos”. A autora e urbanista considerava que abordagens antidemocráticas ao planeamento urbano e à construção são fundamentalmente insustentáveis e considerava de elevada importância que fosse dada voz ao contributo daqueles que habitam as cidades e que, desde logo, deram lugar à sua construção. Esta perspetiva foi, entretanto, adaptada, e deu origem à ideia de cidades em 15 minutos, que hoje se conhece.

Estas cidades correspondem a um conceito bastante simples de cidade inteligente: simples o suficiente para alcançar um elevado número de pessoas, tendo até sido usado como pedra angular na reeleição bem-sucedida de Anne Hidalgo para a Câmara Municipal de Paris em 2020, numa campanha intitulada *Paris en Commun*: mais espaço concedido a pedestres e bicicletas, faixas de rodagem mais reduzidas ou mesmo removidas, utilização de pátios de escolas para albergar eventos desportivos durante a noite, incentivo ao comércio a retalho, entre muitas outras ideias de proximidade.

Este foco em combinar tantos elementos e reduzir o raio de acesso aos mesmos significa criar um tecido urbano mais integrado e desafia grande parte da ortodoxia do urbanismo do século passado, pensado essencialmente para separar as áreas residenciais da vida da cidade, muitas vezes sendo desenhada para diminuir os riscos para a saúde causados pela poluição das fábricas urbanas.

22 Para maior aprofundamento, confira-se o manual elaborado pelo Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, 2013, p. 11). Disponível em: https://www.unisdr.org/files/26462_guiagestorespublicosweb.pdf (último acesso em: 16.10.2020).

O pós-pandemia obriga-nos a pensar numa nova era urbana e é altura para lembrar o modelo de cidade de proximidade de Moreno. Carlos Moreno já tinha falado no conceito de cidades em 15 minutos e já tinha, porventura, desenvolvido esta ideia em busca do *amour des lieux* (*amor pelo lugar*). Moreno nunca apregoou uma ideia de guerra contra carros, mas considera que esta utilização tem de ser aliada a outras opções: bicicletas, transportes públicos, etc. Em janeiro de 2020, Moreno e Anne Hidalgo trabalharam juntos naquilo que seria a peça fundamental da reeleição da autarca, como já falámos.

Em março desse ano, um novo desafio se colocava: como aliar esta ideia à reestruturação que se provou necessária com a pandemia Covid-19. Se, por um lado, os confinamentos que existiram por todo o mundo pararam as pessoas e as afastaram de quem lhes era mais próximo, por outro, deu a cada pessoa uma visão mais enriquecedora dos bairros, dos quarteirões, das ruas. Conhecer os vizinhos, manter bons vínculos com os lojistas, privilegiar os artesãos e lojas locais em detrimento dos grandes supermercados, até participar em movimentos de voluntariado criados por vizinhos, tudo isto culminou numa ideia de comunidade que há muito tinha desaparecido em certas partes do mundo.

O impacto é inegável. A pandemia Covid-19 reforçou o questionamento dos modos tradicionais de vida, com muitos trabalhadores agora acostumados a trabalhar remotamente e, por vezes, restritos às suas ruas, quarteirões, bairros, por razões de saúde pública. Este impacto da pandemia pode (e a nosso ver, vem) mudar a maneira de pensar os bairros e as cidades e, em última análise, vem igualmente ajudar a alcançar as metas ambientais do Acordo de Paris²³.

Moreno propõe, numa conferência TED²⁴, que comecemos por “avaliar bem como usar espaço”. Depois, “importa conhecer que serviços estão disponíveis nas imediações, não apenas no centro da cidade, mas em todas as imediações: profissionais de saúde, lojas, artesãos, mercados, desportos, vida cultural, escolas, parques. Também importa perguntar: como trabalhamos; porque é que vivo aqui e trabalho tão longe”. Para repensar as cidades, Moreno indica quatro princípios: a ecologia; a proximidade; a solidariedade; e a participação ativa dos cidadãos. O objetivo é “tornar a vida urbana mais agradável, mais ágil, mais saudável e flexível”.

As formas de aplicação deste modelo não fogem aos restantes modelos de cidade inteligente e cidades de proximidade: redução do trânsito ao transformar as ciclovias em espaços de lazer; novos modelos económicos para estimular os negócios locais, construir mais espaços verdes e converter infraestruturas existentes. Em suma, aproveitar todos os espaços da cidade na sua plenitude, a fim de que cada metro quadrado possa ter objetivos diferentes e ser aproveitado para mais do que uma função.

23 A Lei Europeia em matéria de Clima estabelece uma meta climática que vincula a UE a reduzir as emissões líquidas de gases com efeito de estufa (emissões após dedução das remoções) em, pelo menos, 55% até 2030, em comparação com valores de 1990.

24 Disponível em https://www.ted.com/talks/carlos_moreno_the_15_minute_city/transcript#t-9058.

4. A cidade inteligente é sustentável

A rápida transição para uma população altamente urbanizada acelerou o crescimento das cidades, tornando-as em lugares desorganizados e ecossistemas sociais complexos, levando a que a sociedade, os governos nacionais, mas sobretudo os locais, enfrentassem desafios sem precedentes em relação a valências chave, como sejam o desemprego, a educação, a segurança, o acesso a serviços públicos, o meio ambiente – um verdadeiro desenvolvimento sustentável. Na verdade, na génese das restrições à qualidade de vida da população urbana estão questões como o tratamento adequado dos resíduos, a escassez e má gestão de recursos naturais, a poluição, o desemprego e a pobreza.

Densificando, pensemos no facto de que “embora as cidades ocupem menos de dois por cento da área do planeta, os habitantes urbanos consomem mais de três quartos dos recursos naturais do mundo”²⁵, “(...) produzem grandes quantidades de lixo, utilizam os oceanos e o solo como verdadeiros repositórios de lixo, e são os principais responsáveis pelo efeito de estufa e pelas emissões de gases, o que ameaça ser o maior perigo para o planeta”²⁶. Ora, este desenvolvimento insustentável que está aqui mais ou menos explícito reclama que se estabeleça uma relação estreita entre o espaço urbano, ou melhor, entre a nova urbanidade e a sustentabilidade. Uma urbanização sustentável será a insígnia para um desenvolvimento equilibrado e próspero, o que em termos práticos quer, sobretudo, significar que “(...) a alteração demográfica, o crescimento económico e a melhoria da qualidade de vida têm de ser dissociáveis do consumo de recursos e dos impactos ambientais”²⁷. Ou seja, o desafio proeminente estará “(...) numa transição para o futuro, sem que a humanidade exija mais do que os ecossistemas da Terra podem regenerar”²⁸.

De facto, e indo ao encontro do que nos diz a Estratégia Nacional para o Desenvolvimento Sustentável (ENDS)²⁹, a sustentabilidade pressupõe “a preocupação não só com o presente, mas com a qualidade de vida das gerações futuras, protegendo recursos vitais, incrementando fatores de coesão social e equidade, garantindo um crescimento económico amigo do ambiente e das pessoas”. Ora, a linha de orientação para um desenvolvimento sustentável passará pela conciliação de pelo menos três interesses que à partida seriam contraditórios e, por isso, muito desafiantes: promover a cidade economicamente, defendendo a justiça social, tendo sempre em atenção o meio ambiente e as gerações futuras, num claro compromisso com o futuro.

25 Neste sentido, João Luís Ribeiro Da Silva Mendes, *Smart Cities: Revitalização Urbana no Centro Histórico de Braga*, Dissertação de Mestrado, Universidade Lusíada de Vila Nova de Famalicão, Faculdade de Arquitetura e Artes, 2014, p. 5.

26 J. Marceau, *Introduction: Innovation in the city and innovative cities. Innovation: Management Policy and Practice*, 2008. 10(2-3), 136-145.

27 Jorge Cristino, *O Papel das cidades no cumprimento do Acordo de Paris* in *Smart Cities* n.º 32, julho/agosto/setembro, p. 10.

28 Idem.

29 Para mais desenvolvimentos *vd.* https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_idsustentavel&contexto=an&selTa&xlang=pt.

Aduzindo, podemos, pois, inferir que a sustentabilidade se concretiza através do equilíbrio entre três eixos essenciais, numa abordagem à teoria do *Triple Bottom Line*, esta que não é mais do que uma corrente teórica que procura facilitar a compreensão da realidade e prioriza, simultaneamente, a dimensão social, económica e ambiental já que, a par das inegáveis oportunidades que os centros urbanos fornecem, também são muitas as ameaças que congregam no tecido social, na estrutura das atividades económicas e no equilíbrio ambiental. E, por isso, se impõe “(...) um perfil de cidadania com mais atenção e participação e com maior consciência ambiental – o que coloca mais pressão na gestão dos recursos naturais e na qualidade de vida – (...), numa clara transformação do paradigma das zonas urbanas”³⁰.

Na verdade, são os centros urbanos em que o progresso e o desenvolvimento são as palavras de ordem que assistem a um aumento das vulnerabilidades e dos riscos expostos, mas, no seu reverso, são também esses centros urbanos que apresentam as oportunidades para um desenvolvimento equitativo, resiliente e sustentável.

Aliás, não obstante verificarmos que cada vez mais as cidades apoiam um desenvolvimento local mais sustentável, a verdade é que somos instados a mencionar que ainda não é prestada a devida atenção a fatores ambientais e princípios ecológicos, uma vez que se sobrepõem a estes fatores económicos, sociais e tecnológicos.

Assim, apesar do desenvolvimento sustentável ser a concretização de uma multiplicidade de diversas áreas de atuação das urbes, a verdade é que se destacam, nos dias de hoje, as questões ambientais, o que se justifica pela urgência incontornável que o tema encerra, mas fundamentalmente, por tantas vezes serem anunciadas, na mesma medida em que também foram minimizadas ou simplesmente ignoradas.

De facto, urge a afirmação de princípios ecológicos, capazes de contornarem os impactos que a atividade humana tem nos ecossistemas e na biosfera, nas alterações climáticas, na rápida delapidação dos recursos, na utilização de combustíveis fósseis, entre tantos outros.

Por esse mesmo motivo, torna-se fundamental “(...) o desenvolvimento de novas estratégias, que permitam o alcance de uma melhor performance das cidades e da sua sustentabilidade”³¹, ou seja, o mesmo é dizer que necessitamos de cidades inteligentes e simultaneamente sustentáveis, em que coexista um verdadeiro equilíbrio entre o homem e a natureza com a integração de ideais de prudência ecológica, e motivando uma preocupação acrescida pelos recursos naturais e pela biodiversidade.

Por seu lado, a preservação das urbes e dos seus recursos “(...) não deve ser encarada como um fim em si mesmo, mas, sim, um ativo universal a potenciar e de dimensão

30 <https://visao.sapo.pt/exameinformatica/noticias-ei/brand-studio/2021-03-29-no-futuro-so-as-cidades-inteligentes-serao-sustentaveis/>

31 Maria Teresa Diogo Da Silva Porto Fernandes, *Cidades Inteligentes: Um novo paradigma urbano – Estudo de caso da cidade do Porto*, março de 2016, p. 2.

intemporal que devemos (re)conhecer e saber gerir (...)”³² e, por esse mesmo motivo, é absolutamente vital que as cidades e os seus líderes locais, enquanto agentes da mudança e do progresso, inculquem novos comportamentos aos seus cidadãos “(...) para *ecocidadãos*, desenvolvendo a prática de *ecocidadania*, em clima de *ecocidade*, *ecoconomia* e *ecogovernança*”³³.

Desta forma, o acompanhamento e a monitorização do desenvolvimento urbano sustentável torna-se crucial para que se consubstancie numa realidade contínua. E, tal representa um grande desafio para os decisores políticos, já que estes têm um papel fundamental na definição de objetivos e metas que se concretizam através da adoção de indicadores, como por exemplo, de qualidade do ar, dos níveis de poluição, do consumo, de produção de resíduos, de mobilidade, entre outros, que avaliem de forma ininterrupta e sucessiva a prestação das medidas adotadas. Podemos considerar que as cidades, os seus líderes políticos e os seus cidadãos têm vindo a compreender a importância da adoção de indicadores, sobretudo, de índole ambiental, e mesmo não estando estes universalmente estabelecidos, como sucede, por exemplo, com os indicadores económicos, os mesmos têm sido bem aceites, o que tem permitido desenvolver políticas mais tangíveis, transversais e estruturais.

Assim, como se percebe à decisão política é necessário acrescentar o necessário empenho da coletividade para que se consiga chegar à meta mais desejada – o incremento de cidades inteligentes e sustentáveis.

4.1. Dimensões de Sustentabilidade no Mundo: mapeamento de iniciativas de sustentabilidade

O percurso que cada país necessita de percorrer para alcançar a sustentabilidade não é igual, uma vez que, o mesmo deve ser adaptado às suas próprias necessidades e problemas. E, dado que não existe uma fórmula única nesta matéria, “compete a cada país avaliar a sua sustentabilidade e tomar medidas concretas para a alcançar”³⁴.

A temática do desenvolvimento sustentável começa por estar nas agendas políticas no enquadramento global desde cedo, naquela que foi a primeira grande reunião mundial centrada, sobretudo, na problemática ambiental, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo), realizada em 1972. Esta conferência foi um marco importante na concretização deste tópico, já que, pela primeira vez, foi dada atenção aos problemas do crescimento da população absoluta global, da poluição atmosférica, da intensa exploração dos recursos naturais e foi também pensado o equilíbrio entre o desenvolvimento económico e a redução da degradação ambiental.

32 Jorge Cristino, *O Papel das cidades no cumprimento do Acordo de Paris* in *Smart Cities* n.º 32, julho/agosto/setembro, p. 10.

33 Idem.

34 R. Goodland, *The Concept of Environmental Sustainability. Annual Review of Ecology and Systematics*, 1995, Volume XXVI, pp. 1-24.

Por sua vez, a noção de desenvolvimento sustentável viria a ser consagrada no Relatório *Brundtland (Our Common Future)* elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ficando completo em 1987. Este documento veio alertar para as consequências ambientais negativas da globalização e do desenvolvimento económico, e propor soluções para os problemas decorrentes da industrialização e do crescimento populacional.

Posteriormente, seguiram-se outras conferências, como seja a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 (Eco-92) em que “(...) foi adotada uma agenda que delineou um programa de ação para o desenvolvimento sustentável no século XXI, a Agenda 21, levando à divulgação do conceito de desenvolvimento sustentável a nível internacional”³⁵, tendo-se voltado a realizar em 2002 e em 2012, com o intuito de avaliar o ambiente e o impacto das medidas tomadas até então.

Em 2015, realizou-se a Cimeira das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável “(...) que culminou na adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da resolução “transformar o nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”^{36/37}.

Tratando da nova estratégia global, que contempla as dimensões de índole social, económica e ambiental, a Agenda é constituída por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)³⁸, destacando-se agora o objetivo n.º 12, que se refere à produção e consumo sustentáveis. Embora estes não sejam vinculativos, os governos devem assumir responsabilidades para a sua implementação e estabelecer as ações nacionais necessárias para o efeito, até porque é realizado, anualmente, um relatório que visa avaliar os progressos globais realizados em direção ao cumprimento dos 17 Objetivos - “*The Sustainable Development Goals Report*”.

Em 2019, a Comissão Europeia apresentou o Pacto Ecológico Europeu (European Green Deal)³⁹, que é parte integrante da estratégia para executar a Agenda 2030, traduzindo-se num conjunto de medidas que deverão proporcionar aos cidadãos o benefício de uma transição sustentável e visando, sobretudo, atingir a neutralidade

35 ONU, Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro: Organização das Nações Unidas, 1992.

36 Rita Delgado Oliveira Nunes Cravo, A Evolução do Desenvolvimento Sustentável em Portugal nos últimos 30 anos, Dissertação de Mestrado realizada no âmbito do Mestrado em Ecologia e Gestão Ambiental, 2018, p. 3.

37 A Agenda 2030 constitui um plano de ação centrado nos “5P”: nas pessoas, no planeta, na prosperidade, na paz e nas parcerias e tem como principais objetivos erradicar a pobreza e alcançar o desenvolvimento sustentável até 2030 em todo o mundo. Para tal e de modo a acompanhar o progresso em direção aos ODS foi desenvolvido um quadro de indicadores globais.

38 Os ODS vieram substituir os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM), adotados em 2000 que se repercutiam no eixo de ação para o desenvolvimento até 2015. Contrariamente aos ODM, os ODS estabelecem uma ampla gama de objetivos económicos, sociais e ambientais a implementar por todos os países, incluindo os países desenvolvidos e não apenas pelos países em desenvolvimento.

39 Para mais desenvolvimentos consultar https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt.

climática até 2050. Estas propostas englobam todos os setores de atividade, desde os transportes às indústrias, protegendo a saúde e o bem-estar dos cidadãos contra os impactos relacionados com o ambiente.

Apresentados os principais eixos de ação a nível global, passamos para os esforços implementados no nosso país, em que a história recente do desenvolvimento sustentável não deve menosprezar as influências externas, uma vez que foram essas influências que ditaram uma maior preocupação por parte dos decisores políticos e de todos os cidadãos.

Assim, podemos começar por referir a Lei de Bases do Ambiente na sua primeira versão (Lei n.º 11/87, de 7 de abril)⁴⁰, que introduziu formalmente o conceito de desenvolvimento sustentável no quadro normativo português. Além disso, estabeleceu também a obrigatoriedade do Governo apresentar à Assembleia da República, em cada ano, um relatório⁴¹ sobre o estado do ambiente relativo ao ano anterior e, podemos destacar ainda, no âmbito desta lei, a criação do Livro Branco “(...) que tinha como objetivo avaliar as políticas ambientais a médio prazo”⁴².

Posteriormente é criado o Conselho Nacional do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CNADS)⁴³, tratando-se de um órgão criado por influências internacionais de natureza consultiva, que consagra a participação das várias forças sociais, culturais e económicas na procura de consensos alargados relativamente à política ambiental.

Em 2005, surge a Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável (ENDS – 2015)⁴⁴, tratando-se de um instrumento que resultou de diversas iniciativas globais e tinha como propósito “retomar uma trajetória de crescimento sustentado que tornasse Portugal, no horizonte de 2015, num dos países mais competitivos e atrativos, num quadro de elevado nível de desenvolvimento económico, social e ambiental e de responsabilidade social”. Para tal, estabeleceu sete objetivos de ação que abrangiam os pilares da sustentabilidade e, para cada objetivo foram apresentadas metas. São exemplos o “melhor ambiente e valorização do património, crescimento sustentado e competitividade à escala global”, entre outros.

40 A Lei n.º 11/87, de 7 de abril foi revogada pela Lei n.º 19/2014, de 14 de abril que define as bases da política de ambiente.

41 Este relatório ficou conhecido como “Relatório do Estado do Ambiente e do Ordenamento do Território (REAOT) até 1993, passando posteriormente a intitular-se “Relatório do Estado do Ambiente (REA), passando este a ser um documento de referência em matéria ambiental nos trinta anos da sua existência (1987-2017).

42 H. Apolónia & J. L. Ferreira, 2016. Projeto de Resolução n.º 276/XIII/1.ª – Elaboração e apresentação do Livro Branco, Lisboa: Assembleia da República.

43 É criado pelo Decreto-lei n.º 221/97, de 20 de agosto embora tenha efetivamente iniciado o seu exercício apenas em abril de 1998. Para mais desenvolvimentos consultar <https://www.cnads.pt/>.

44 Esta estratégia foi criada através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 180/2004 que pode ser consultada em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/219692/details/normal?p_p_auth=gHgGCRS1.

Falamos agora da Estratégia Cidades Sustentáveis 2020⁴⁵, que vem concretizar as opções estratégicas em matéria de desenvolvimento urbano sustentável, constituindo-se como um quadro de referência para os municípios, entidades intermunicipais e demais agentes urbanos, numa clara valorização e fortalecimento do sistema urbano nacional, seja a administração pública, ou o setor privado, cujo contributo é determinante para a prossecução de objetivos de sustentabilidade urbana.

Em 2017 é aprovado o Plano de Ação para a Economia Circular (PAEC)⁴⁶, que se centra na prevenção, redução, reutilização, recuperação e reciclagem de materiais e energia, substituindo, por isso, o conceito de «fim-de-vida» da economia linear por novos fluxos circulares de reutilização, restauração e renovação, num processo integrado, apresentando ações alinhadas com as estratégias europeias nesta matéria. Sumariamente, este Plano assenta na definição de objetivos macro em concordância com aquilo em que se centra a economia circular e três níveis de operacionalização (nacional, setorial e regional), promovendo medidas adequadas para cada um deles.

Abordamos agora o Roteiro para a Neutralidade Carbónica 2050 (RNC 2050)⁴⁷, que se sustenta no compromisso de alcançar a neutralidade carbónica em Portugal até 2050, implicando, por isso, a redução de emissões de gases com efeito de estufa e a compensação das restantes emissões através do uso do solo e florestas.

Destacam-se ainda, em 2020, duas iniciativas: o Plano Nacional de Energia e Clima 2030 (PNEC 2030)⁴⁸ e o Programa Nacional de Investimentos 2030 (PNI 2030)⁴⁹. O primeiro trata-se de um instrumento decisivo para a definição das linhas estratégicas para a próxima década em direção à neutralidade carbónica, estando, por isso, associado ao RNC 2050; e o segundo repercute-se num instrumento de planeamento do próximo ciclo de investimentos estratégicos e estruturantes de âmbito nacional, para fazer face às necessidades e desafios da próxima década e décadas vindouras na promoção da coesão, da competitividade e inovação e, ainda, da sustentabilidade e ação climática.

Assim, apresentados os principais planos e programas de forma sucinta, podemos concluir que há cada vez mais uma maior consciencialização e preocupação por parte de todos e principalmente por parte dos decisores políticos na implementação de políticas sustentadas e sustentáveis, capazes de contribuir para o futuro que desejamos.

45 Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2015, 11 de agosto que pode ser consultado em https://dre.pt/home/-/dre/69982738/details/maximized?p_auth=B1s7OtLq.

46 Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros N.º 190-A/2017 de 11 de dezembro disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/114337039/details/maximized>. Importa referir que o mesmo encontra-se atualmente a ser revisto.

47 Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2019, de 1 de julho que pode ser consultado em <https://dre.pt/home/-/dre/122777644/details/maximized>.

48 Aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2020, de 10 de julho disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/137618093/details/maximized>.

49 Foi apresentado, em 22 de setembro de 2020, pelos Ministros das Infraestruturas e da Habitação, do Ambiente e da Ação Climática e da Agricultura, e pelo Primeiro-Ministro.

4.2. Concretizações da sustentabilidade em Portugal: breve mapeamento

De norte a sul do país assistimos à promoção de múltiplas iniciativas dos governos locais com vista à implementação de soluções que permitam contribuir para um futuro mais sustentável.

Como todas as cidades portuguesas têm contextos únicos, não existirá uma solução universal, sendo por este motivo que as medidas que se vão adotando diferem de cidade para cidade, ainda que em prol do mesmo objetivo: a implementação de cidades mais verdes e com mais qualidade de vida.

Iniciamos o nosso percurso pelo município de Castelo Branco: este, à semelhança do que tem acontecido noutros municípios, tem apostado e investido numa mobilidade mais sustentável com o reforço da rede de transportes públicos, da rede de ciclovias e das redes pedonais de forma a que os munícipes recorram menos ao automóvel particular. De facto, na linha de que “o transporte público é o ingrediente fundamental de qualquer estratégia para uma mobilidade urbana mais sustentável”⁵⁰, o município de Castelo Branco tem adotado medidas como o aumento da oferta regular, a renovação da frota e o incremento de um sistema que permitirá a monitorização e avaliação dos serviços prestados pelo operador. No eixo das bicicletas, a autarquia tem atribuído apoios financeiros na aquisição de bicicletas de variadas tipologias (convencionais, elétricas e adaptadas), procurando alcançar um aumento da capacidade disponível para estacionamento, bem como ainda a expansão da rede de eixos cicláveis.

Outro município que podemos evidenciar é o de S. João da Madeira, uma vez que tem dado passos significativos para um desenvolvimento mais sustentável com a concretização de importantes medidas. Numa ação de sensibilização relativa à recolha de resíduos e à reciclagem, a Câmara Municipal entregou contentores domésticos de separação de resíduos em várias moradias do concelho, procurando que as pessoas abrangidas procedam à recolha de resíduos à sua porta, tendo reforçado ainda o número de baterias de ecopontos distribuídas pelo concelho⁵¹, promovendo assim a limpeza urbana.

Nessa senda, e sem prejuízo de iniciativas atinentes à mobilidade sustentável, destacamos agora uma das medidas adotadas pelo município de Braga, no que concerne à qualidade do ar, este que é determinante para a saúde pública e para o equilíbrio dos ecossistemas. Existem em Braga duas estações fixas de monitorização da qualidade do ar e estão equipadas com um conjunto de analisadores que medem em contínuo e de forma automática os vários poluentes atmosféricos, estando os dados diariamente

50 Karen Vancluysen, *Transporte público: como pode contribuir para a sustentabilidade das cidades europeias?* In Revista *Smart Cities*, n.º 32, jul/ago/set 2021, p. 8.

51 S. João da Madeira tinha, assim, em 2019, o rácio de 1 ecoponto por 184 habitantes, melhor do que a relação que se verifica a nível nacional e europeu, respetivamente 1 ecoponto por 484 habitantes e 1 ecoponto por 238 habitantes.

disponíveis na base de dados on-line da qualidade do ar⁵², representando uma salvaguarda para a qualidade de vida dos bracarenses.

Mais a sul, em Faro, destacamos que a autarquia também tem prosseguido uma política de defesa do meio ambiente, uma vez que tem vindo a substituir luminárias da rede de iluminação pública por lâmpadas de tecnologia LED. Estas permitem reduzir o consumo de energia elétrica e as emissões de CO₂ associadas, acumulando poupança energética.

A par dos exemplos apresentados, em boa verdade, muitos outros ficam por referir o que mostra a proatividade e a consciencialização dos municípios portugueses em fazer mais e melhor no que respeita à sustentabilidade. É certo que as cidades portuguesas aparecem ainda pouco nos lugares cimeiros dos *rankings* de cidades inteligentes. Atendendo às diferentes dimensões do que são cidades inteligentes, são elaborados diferentes *rankings* mas em poucos têm lugar as cidades portuguesas. Um deles foi desenvolvido em 2007, pela Universidade de Viena⁵³, tendo avaliado 7 cidades, incluindo a cidade de Coimbra, e cuja avaliação assentou nos seguintes critérios: cidades com uma população entre 100 mil e 500 mil habitantes; a existência de, pelo menos, uma universidade; uma área de influência que não afete mais de 1 milhão e 500 mil pessoas; e ter dados de qualidade acessíveis. Coimbra ficou colocada no 46.º lugar, tendo a cidade de Luxemburgo assegurado o 1.º lugar.

Já outro *ranking* que podemos registar é o *Smartcity Index*⁵⁴, este datado de 2020, realizado durante a pandemia de Covid-19. Neste *ranking*, a única cidade portuguesa colocada é a cidade de Lisboa, tendo assegurado o 75.º lugar, num total de 109, tendo aumentado uma posição relativamente ao *ranking* realizado no ano anterior. De uma lista de 15 indicadores (habitação a preços acessíveis; emprego gratificante; desemprego, serviços de saúde; amenidades básicas; educação escolar; poluição do ar; congestionamento rodoviário; espaços verdes; transportes públicos; reciclagem; segurança; participação dos cidadãos; mobilidade social; e corrupção), as 120 pessoas questionadas de cada cidade foram convidadas a selecionar 5 que considerassem como mais urgentes para a sua cidade, sendo certo que quanto maior a percentagem de respostas por área, maior a prioridade para a cidade⁵⁵.

52 A base de dados online pode ser consultada em: <https://qualar.apambiente.pt/>

53 Rudolf Giffinger et al., *Smart cities – Ranking of European medium-sized cities*, outubro 2007, pp. 10-12. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/261367640_Smart_cities_-_Ranking_of_European_medium-sized_cities/link/0c960535ae2e4cc479000000/download, [Consultado a 14/07/2021].

54 *Smart City Index 2020*, Disponível em <https://www.imd.org/smart-city-observatory/smart-city-index/> [Consultado a 14/07/2021].

55 Pedro Brito Helsen, *Cidades Inteligentes, as cidades do Porto e de Lisboa: comparação*, Trabalho Final na modalidade de Dissertação apresentado à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em Business Economics, abril 2018, p. 101.

5. Notas finais abertas

A relação entre o espaço urbano e a sustentabilidade marcam hoje a agenda internacional, tratando-se de uma preocupação declarada em relação ao futuro do planeta.

Nas últimas décadas, a preocupação em encontrar um modelo mais sustentável para a evolução das comunidades tem vindo a aumentar. Trata-se de um modelo que se baseia, tal como realçamos, em alcançar a harmonia entre os três pilares do desenvolvimento sustentável – economia, sociedade, ambiente. Esta conciliação de interesses em confronto permitirá um crescimento da economia a par da justiça social, mas tendo sempre em atenção a proteção do meio ambiente e a neutralidade carbónica do desenvolvimento, preservando os bens ecológicos para as gerações futuras.

Se a sustentabilidade económica é fundamental para o desenvolvimento da comunidade, certo é que o meio ambiente sofre recorrentemente com as ações humanas em prol desse desenvolvimento. E é por este mesmo motivo que chamamos à atenção para a necessidade de adoção de diferentes comportamentos, de princípios ecológicos capazes de contornarem os impactos que a atividade humana tem nos ecossistemas, na rápida delapidação dos recursos, nas alterações climáticas e na utilização de combustíveis fósseis. Ou seja, necessitamos sobretudo de um equilíbrio entre o homem e a natureza naquilo que se entende por prudência ecológica, motivando uma preocupação acrescida pelos recursos naturais e pela biodiversidade.

Deste modo, cabe aos decisores locais, motivados por influências e políticas internacionais, adotar as suas próprias medidas e políticas. Em boa verdade, “(...) é nas cidades, como ambiente urbano, que se verifica a importância das decisões e da indução para uma alteração de comportamentos e de atitudes das comunidades”⁵⁶, em que os líderes políticos “(...) têm o dever moral para com os seus cidadãos atuais e futuros, de fazer tudo o que estiver ao seu alcance, para lidar com a urgência climática”⁵⁷. De facto, são os poderes públicos locais que estão numa situação que lhes permite promover objetivos de sustentabilidade, sendo, por isso, necessário um forte empenho político para contrariar as tendências insustentáveis que o ambiente enfrenta.

Assim, torna-se necessária uma nova abordagem na tomada de decisões políticas, apresentando como prioridades, por exemplo, a mobilidade sustentável com o aumento da oferta de transportes públicos, a promoção do uso da bicicleta com a construção de ciclovias para o efeito, ações de sensibilização para o uso dos mesmos em detrimento do automóvel, na vertente da construção, o uso de materiais sustentáveis e a promoção de edifícios energeticamente mais eficientes, utilizando a energia de uma forma racional, como seja a utilização de sensores de luz natural (arquitetura bioclimática), a promoção da reciclagem, entre tantas outras medidas que têm sido tomadas nos centros urbanos, como deixámos explícito.

56 Jorge Cristino, *O Papel das cidades no cumprimento do Acordo de Paris* in *Smart Cities* n.º 32, julho/agosto/setembro, p. 10.

57 Karen Vancluysen, *Transporte público: como pode contribuir para a sustentabilidade das cidades europeias?* In *Revista Smart Cities*, n.º 32, jul/ago/set 2021, p. 9.

Em complemento, repercute-se também fundamental a adoção de indicadores ambientais e de desenvolvimento sustentável que monitorizem e avaliem a prestação e evolução das medidas tomadas pelos decisores políticos e o seu consequente cumprimento pela coletividade. Tem-se constatado que as cidades que fazem uso desses indicadores conseguem mais facilmente estabelecer novos planos e decisões mais assertivas, capazes de quebrar o desenvolvimento insustentável. E a população deve ter acesso aos seus resultados, pois acreditamos que poderá levar a um maior envolvimento e cumprimento por parte dos cidadãos.

Por outro lado, cumpre-nos destacar, ainda, o uso da tecnologia, na medida em que, o progresso tecnológico poderá ser a alavanca crucial para os problemas ambientais mais complexos que as cidades cada vez mais urbanizadas enfrentam. Aliás, como já tivemos oportunidade de referir, não obstante ainda não ter sido dada a devida atenção à emergência ambiental pelas cidades inteligentes, cada vez mais as cidades com elevados progressos tecnológicos canalizam esses mesmos progressos para soluções sustentáveis, sendo também um auxílio aos indicadores de desenvolvimento sustentável, incrementando aquilo a que podemos designar de *smart environment* que inclui “(...) as TIC para o controlo, gestão e monitorização das redes de energia, da poluição, dos edifícios, dos serviços urbanos de iluminação, águas e qualidade do ar”⁵⁸.

De forma sumária, consideramos que será este o “*road map*” ou, pelo menos, serão estes os ingredientes principais que permitem que as Cidades portuguesas sejam, cada vez mais, inteligentes, nas dimensões de Cidades Digitais (ou algorítmicas), Cidades Resilientes e Sustentáveis.

58 Ana Fragata, *The Future Cities, Smartcities Network*, 6 de março, 2019.

A tributação ao serviço da proteção ambiental e desenvolvimento humano

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.5>

João Sérgio Ribeiro*

Introdução

A obra que integrará a reflexão que agora se inicia tem como tema, precisamente, o direito como instrumento ao serviço da sustentabilidade e desenvolvimento humano. Nesse enquadramento, tentaremos determinar de que modo também a tributação pode ser utilizada para promover esse objetivo.

A referência à tributação em geral e não especificamente aos impostos, sem prejuízo da constante preponderância destes últimos, deve-se ao facto de os impostos ambientais, ou que têm em vista outras dimensões do desenvolvimento humano, como a proteção da saúde, minimização de riscos sociais, entre outras expressões desse objetivo, terem contornos pouco precisos. Pelo que, ainda que se use amiúde a designação impostos, muitas vezes, essa figura não quadra com a definição mais tradicional desse tributo.

Faremos a nossa análise em três planos. Num primeiro momento falaremos do fenómeno da extrafiscalidade. De seguida, daremos conta dos problemas inerentes à dimensão extrafiscal, designadamente a delimitação do tributo que está em causa, determinação da medida da externalidade negativa, custos sociais e equilíbrio entre a dimensão fiscal e extrafiscal.

Por fim, refletiremos sobre a questão de saber se a abordagem extrafiscal, tendo em conta as dificuldades apontadas, tem tido os efeitos desejados, propondo algumas medidas para reforçar a sua eficiência.

1. A extrafiscalidade como resposta aos desafios da sustentabilidade e desenvolvimento humano

Os impostos extrafiscais ou corretivos, como são designados na doutrina anglo-saxónica, tem na sua base aquilo a que a teoria económica e a economia ambiental chamam externalidades negativas. As externalidades são, portanto, os efeitos negativos que emergem porque os atores económicos, frequentemente, não têm em conta as

* Professor Associado da Escola de Direito da Universidade do Minho e coordenador do Glob (Globalização, Democracia e Poder), grupo de investigação do JusGov.

consequências das suas ações no bem-estar dos cidadãos em geral. Este dano pode refletir-se em várias áreas, como a financeira, ambiental, social, apenas para mencionar algumas das suas expressões.

A lógica da extrafiscalidade, e para apresentar a questão de um modo simples, pode ser condensada na seguinte interrogação. Se os impostos têm como efeito desencorajar comportamentos porque não desencorajar os que são prejudiciais, como poluição, riscos financeiros e outros resultados negativos da atividade humana?

Os impostos são, por conseguinte, um mecanismo de grande impacto e utilidade para lidar com as atividades socialmente indesejáveis como as que servem de objeto à nossa análise. Nessa linha, as atividades que afetam o ambiente e põe em causa, de algum modo, o desenvolvimento humano, devem ser não só simplesmente tribuadas, como, até, sê-lo de forma mais gravosa.

Outra alternativa, pela via positiva, seria apoiar atividades que contribuam, ou pelo menos não ponham em causa a sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento humano. Todavia, esse tipo de apoios, materializados em benefícios fiscais, ou subsídios, padecem de várias debilidades. Em primeiro lugar, para além dos custos muito elevados, só com dificuldade conseguem alterar os comportamentos negativos¹. Em segundo lugar, não são reversíveis, isto é, uma vez dados não podem, salvo se houver alguma ilegalidade, ser retirados. Terceiro, muitas vezes, não são muito transparentes no que respeita aos critérios para favorecer áreas específicas de atividade².

A tributação de feição corretiva, por outro lado, mesmo que não consiga conter com sucesso comportamentos negativos, permite, ainda assim, a obtenção de receitas. Além disso, tem a vantagem de ser reversível e transparente³.

Tradicionalmente a tributação corretiva ou extrafiscalidade tem tido desenvolvimentos, sobretudo, na área do ambiente, especialmente nos últimos anos, dada a emergência climática. Apesar de se tratar de uma relação centenária cuja análise conceitual foi iniciada há 100 anos⁴, a afirmação da ligação entre tributação e ambiente tem saído cada vez mais reforçada, sendo uma tendência dominante pelo facto de haver vários estudos que afirmam a ideia de que a tributação ambiental é

1 Cfr. Yew-Kwang NG, «Optimal Corrective Taxes or Subsidies when Revenue Raising Imposes an Excess Burden», *The American Economic Review*, Vol. 70, N.º 4, September 1980, pp. 744-751.

2 Segundo alguns autores, há uma equivalência entre regulamentações quantitativas ou quotas e impostos corretivos. Ver Agnar Sandmo, *Environmental Taxation and Revenue for Development*, United Nations University, Discussion Paper N.º 2003/86, December 2003, p. 4. Parece-nos, contudo, que as quotas são mais objetáveis, na medida em que parecem legitimar a atividade poluente ou penalizadora, isto é, concedem o direito de poluir ou afetar outros valores, desde que cumpridas. Nos impostos corretivos, pelo menos, as atividades consideradas negativas são penalizadas.

3 Ver Lawrence H. Summers, «The case for corrective taxation», *National Tax Journal*, Vol. 44, n.º 3, September, 1991, pp. 289-292.

4 Cfr. A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, New York, 1920; José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 627-670.

um mecanismo eficiente de proteção do meio ambiente, que se mostra superior aos instrumentos regulatórios clássicos.

A tributação com fins ambientais não se cinge, naturalmente, aos chamados impostos ou contribuições ambientais onde, para além da componente fiscal, isto é, satisfação das necessidades financeiras do Estado, está muito presente a componente de penalização das atividades poluentes. Encontramos igualmente isenções fiscais e outros benefícios. Sobressai, contudo, a componente dos tributos que penalizam os comportamentos poluentes. Dentro destes há impostos, como os de estrangulamento, onde a dimensão fiscal prepondera, dando-se como cumprido o objetivo do imposto quando não houver receitas. Estes seriam os tributos genuinamente ambientais, sendo os demais falsos tributos ambientais, pois, não obstante poder haver alguma consignação a objetivos ambientais⁵, preponderara a componente fiscal.

Apesar de a extrafiscalidade ter como campo de eleição o domínio da proteção do ambiente, incidindo sobre os sujeitos passivos que põem em causa os ecossistemas no âmbito de atividades tão diversas como as transportadoras⁶, petrolíferas, mineiras em geral, com tendência para abranger um número crescente de atividades, tem vindo a estender-se a outros domínios. Lembramos os domínios da saúde pública e os recorrentes impostos especiais sobre o consumo que incidem sobre as bebidas alcoólicas, tabaco e, mais recentemente, sobre bebidas adicionadas de açúcar⁷. No plano das novas tendências destacamos o imposto: (i) sobre entidades financeiras que trazem riscos acrescidos para a economia e o sistema financeiro⁸ que, no final das contas, se refletiriam na vida dos cidadãos, criando desemprego ou a necessidade ao ajuste fiscal e (ii) empresas que têm o potencial de reduzir o emprego (uso de robôs e inteligência artificial).

5 Cfr. José Casalta Nabais, *Tributos com Fins Ambientais*, Revista de finanças públicas e direito fiscal, Vol. 1, No. 4 (2008), 107-144.

6 Cfr. Diretiva (UE) 2018/410 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2018 que altera a Diretiva 2003/87/CE para reforçar a relação custo-eficácia das reduções de emissões e o investimento nas tecnologias hipocarbónicas, e a Decisão (UE) 2015/1814.

7 Os impostos comportamentais, como os impostos ambientais e de saúde, continuam a ter uma importância crescente para as políticas fiscais da UE. Impostos ambientais bem desenhados contribuem para apoiar a transição ecológica, transmitindo os sinais de preço corretos e aplicando o princípio do poluidor-pagador. Também geram receitas que podem compensar algumas das necessárias reduções de impostos sobre o trabalho. Da mesma forma, os impostos de saúde, por exemplo sobre o tabaco ou o álcool, podem melhorar a saúde pública e salvar vidas, ao mesmo tempo que reduzem a pressão sobre os sistemas de saúde pública. compensar algumas das necessárias reduções de impostos sobre o trabalho. Da mesma forma, os impostos de saúde, por exemplo sobre o tabaco ou o álcool, podem melhorar a saúde pública e salvar vidas, ao mesmo tempo que reduzem a pressão sobre os sistemas de saúde pública». in *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Business Taxation for the 21st Century*, COM(2021) 251 final, p. 4.

8 Cfr. Josephine Kaiding, «The Financial Transaction Tax: The Way Forward for the European Union?», in *EC Tax Review*, 2014-1.

2. Problemas inerentes a dimensão extrafiscal

A dimensão da extrafiscalidade levanta, apesar dos méritos, algumas dificuldades. Em primeiro lugar, não obstante, a referência ser em primeira linha ao imposto, as características da tributação corretiva desviam-se muitas vezes do que é mais típico no âmbito desse tributo. Depois, em ligação a alguns dos aspetos que dificultam a conciliação entre extrafiscalidade e o conceito de imposto, temos a dificuldade em determinar a medida da externalidade negativa e a tradução que deve ter em termos de tributação. Os custos sociais da extrafiscalidade e a perniciosa interação entre fiscalidade e extrafiscalidade são igualmente dificuldades difíceis de gerir. Referir-nos-emos sucessivamente a cada um destes aspetos, de forma separada, ao longo deste ponto.

2.1. Delimitação do tributo em causa

Um dos problemas que se levanta é a delimitação do tributo em causa com todas as consequências que isso tem a nível do cumprimento dos princípios jurídico-constitucionais tributários, com destaque para o da legalidade. Quando se trata de determinar o valor do tributo, por regra, estando em causa impostos, recorre-se ao princípio da capacidade contributiva que, no caso dos impostos extrafiscais de que cuidamos, vai ter como critério base a medida do dano causado (princípio do poluidor / «ofensor» pagador), seja este relativo à poluição, risco financeiro, social, de saúde ou outro. O que, obviamente, não quadra com o entendimento clássico de capacidade contributiva que tem na sua base o rendimento em sentido lato obtido pelo sujeito passivo. No domínio das taxas, por sua vez, atende-se ao princípio do benefício que, no caso dos tributos que consideramos, também não seria o critério a aplicar, dado que exige uma quantificação mais ou menos precisa dos custos / benefícios inerentes às práticas nocivas para o ambiente e cidadãos. Ora, esses danos são muitas vezes meramente eventuais e, por regra, difusos.

Para além desta questão temos o problema de haver consignação de parte das receitas a um determinado fim, o que os aproximaria das taxas e afastaria dos impostos onde, por regra, e tradicionalmente, é afastada a consignação. Por outro lado, também não seriam taxas em sentido pleno dado que a componente reiditícia continua a estar muito presente, e, sobretudo, por não haver umnexo preciso e efetivo entre o que se paga e o que se gera em termos de dano; o que comprometeria o juízo de equivalência que normalmente se exige no âmbito desse tipo de tributos. Já para não falar de que, do pagamento da taxa, resulta, normalmente, uma utilidade que, nos casos de que tratamos, só perversamente poderia ser reconhecida. Isto é, a utilidade de poder poluir ou causar danos. A lógica é mais a da penalização do que a de reconhecimento de qualquer tipo de utilidade. Isto sem prejuízo de, na prática, poder haver esse tipo de equiparação. Sobre isto falaremos de seguida.

Pela falta de equivalência perfeita com o conceito de imposto e taxa, seríamos remetidos para o domínio das contribuições, com todas as consequências que daí decorrem, designadamente o carácter fluido e heterogéneo das mesmas; o que tem,

necessariamente, implicações a nível da sua legitimidade e respeito por princípios estruturantes como o da legalidade⁹.

2.2. Determinação da medida da externalidade negativa

Em ligação com o que já apontámos anteriormente, no que respeita ao difícil estabelecimento de umnexo entre o dano e tributo que lhe corresponde, retomamos, mais uma vez, a questão. De facto, a externalidade negativa levanta problemas não só a nível da sua constatação, mas igualmente a nível da sua quantificação e ligação ao comportamento de um determinado sujeito. Isto porque, em muitas situações, a externalidade negativa é apenas uma eventualidade. A título de exemplo, referimos a emissão de fumos poluentes. Objetivamente existe uma poluição constatável, desde logo porque se verifica a emissão. Todavia, no que respeita à verificação de danos reais e sua quantificação, tudo se torna mais complicado. A concretização dos danos vai depender de uma série de fatores, designadamente das condições naturais do local: se existem ventos, se é um vale ou local montanhoso, se há outras indústrias poluentes, se é uma zona arborizada ou não, e outras condições que, sem querer entrar num domínio técnico, alheio àquele em que nos movemos, têm, diz-nos o senso comum, um efeito no impacto de uma atividade poluente. Ora, o que acabámos de referir vai complicar muito o cálculo da medida do dano.

Se sairmos da esfera ambiental e entrarmos na tributação que se faz em outros domínios, como, por exemplo, o da saúde e conseqüente tributação de substâncias ou alimentos nocivos, os problemas agudizam-se ainda mais. Isto porque, embora os custos do tratamento de uma doença possam ser facilmente estimados, nem todos os indivíduos serão afetados da mesma maneira.

Não é, portanto, fácil para os decisores políticos, tendo em conta a escassez de informação acerca do valor real das externalidades, determinar a medida dos impostos ou tributos¹⁰ corretivos. O valor daqueles tem necessariamente de ser simbólico, acreditamos. Pois, mesmo que, em termos teóricos, o cálculo se possa referir à perda marginal da deterioração da saúde, meio ambiente ou o que afete a sociedade como um todo, traduzindo-se o valor marginal na soma das perdas sofridas por todos os agentes afetados pelas externalidades, em termos práticos, a perda ou dano é quase impossível de se estimar. A solução acaba por assentar na aplicação de métodos presuntivos ou valores simbólicos, precisamente porque as informações sobre as perdas sofridas por milhões de pessoas são impossíveis, não apenas de avaliar, mas também de processar.

As circunstâncias descritas justificam que se recorra muitas vezes ao volume das emissões, fator objetivo, e não à medida do dano que, além de poder ser meramente

9 A propósito da Umgekehrte Neben Zweck Theorie (teoria da finalidade secundária invertida) – no sentido de ser mantida a qualificação de uma imposição como ‘imposto’, ainda que o propósito de arrecadação de receita seja secundário – ver Andreia Barbosa, *Direito Aduaneiro Multinível*, Lisboa, Petrony, 2022, pp. 300 e ss.

10 Evitando assim os problemas, já identificados, a propósito da definição do tributo em concreto.

eventual, não constatável, só, muito dificilmente, pode ser determinada; dificultando a aplicação dos tributos que incidem sobre esse tipo de danos, como, por exemplo, os chamados impostos verdes¹¹.

Para agravar a dificuldade contribui o facto de, além de tudo que vimos referindo, a maioria dos tipos de externalidades negativas, como ambientais, financeiras e relativas à saúde, serem transnacionais. Se tomarmos como exemplo as emissões e gases de efeito estufa que levam ao aquecimento global, todos os países são simultaneamente poluidores e vítimas dessa poluição.

2.3. Custos sociais

A tributação corretiva tem vários custos sociais que se fazem sentir na dimensão económica, mas também no domínio relativo aos direitos, liberdades e garantias.

De um modo geral, os impostos chamados corretivos ou eminentemente extrafiscais permitem aos seus sujeitos passivos repercuti-los, o que acaba por onerar essencialmente os consumidores e, de entre estes, os mais vulneráveis. Independentemente da repercussão, há desde logo que destacar que a tributação corretiva nas áreas ambientais e da saúde, especialmente no que se refere a alimentos menos saudáveis, é fortemente regressiva. Os custos de energia, por exemplo, pesam mais sobre os cidadãos de baixo rendimento. Sendo ainda de salientar que muitos dos bens mais prejudiciais para o ambiente são consumidos por pessoas em pior situação económica. Ocorre-nos o uso de viaturas mais antigas e, por isso, mais poluentes, habitações menos eficientes em termos energéticos, uso de lenha para aquecimento, entre outros exemplos.

Pode dizer-se que, no longo prazo, um ambiente mais saudável, menos riscos financeiros, maior segurança alimentar e outras vantagens que decorrem do combate às externalidades negativas, acabarão por beneficiar os mais desfavorecidos. Havendo, de facto, evidências de que a deterioração ambiental, as alterações climáticas e outros efeitos negativos afetam sobretudo as pessoas em estado de maior vulnerabilidade. Há, porém, o curto e o médio prazo, períodos que exigem uma especial atenção a essas franjas da população.

No domínio dos direitos liberdades e garantias também surgem problemas. Trata-se, todavia, de um domínio demasiado abrangente, o que impossibilita, num trabalho como o que apresentamos, grandes desenvolvimentos. A nossa abordagem será, por consequência, meramente exploratória e, por isso, muito breve e circunscrita a alguns aspetos pontuais. Destacamos o carácter de certo modo perverso da tributação corretiva, uma vez que mediante o pagamento dos impostos parecem ficar legitimados os comportamentos nefastos a que pretende obstar. Os impostos ambientais e outras formas de tributação corretiva funcionam, frequentemente, como uma licença para poluir ou incorrer em atividades perniciosas, contribuindo, de certo modo, para

11 Cfr. Don Fullerton and Ann Wolverton, *The Two-Part Instrument in a Second-Best World*, NCEE Working Paper Series, Working Paper # 03-04, August, 2003.

o seu branqueamento; com a agravante, já referida, de serem amiúde repercutidos nos consumidores. Ora, só assim não seria se fossem verdadeiros impostos de estrangulamento, questão que retomaremos no ponto seguinte.

Se os impostos sobre a poluição e outros efeitos negativos facilmente constatáveis são unanimemente aceites, os impostos sobre alimentos supostamente insalubres não são tão fáceis de aceitar. Em primeiro lugar, interferem frequentemente com a liberdade pessoal, sendo, no mínimo paternalistas. Em segundo lugar, faltam evidências científicas claras de quanto e se isso tem impacto na saúde das pessoas. Curiosamente, na Dinamarca, o imposto sobre alimentos ricos em gordura saturada, depressa foi revogado, devido à sua complexidade e evasão que motivou¹².

2.4. Equilíbrio entre a dimensão fiscal e extrafiscal e o destino das receitas

Um dos problemas mais complexos de resolver no domínio da tributação de que cuidamos é o equilíbrio entre a dimensão fiscal e extrafiscal. Impostos verdadeiramente extrafiscais deveriam ser impostos de estrangulamento, ou seja, impostos que veriam a sua missão cumprida a partir do momento em que não fossem geradas mais receitas. Isso significaria que os comportamentos a combater teriam cessado. Na prática, são muito poucos os impostos de estrangulamento porque a vertente da receita, num contexto de necessidades financeiras cada vez mais prementes, não é descurada. Somos, portanto, na maior parte das vezes, confrontados com impostos que têm uma dimensão de combate às externalidades negativas, mas que, perversamente, dependem, em grande medida, da sua verificação para fazer face a necessidades financeiras crescentes. É um equilíbrio delicado que pode, de certo modo, descredibilizar e tornar a tributação corretiva mais difícil de aceitar pelos cidadãos que veem o combate às externalidades negativas e inerentes impostos, sejam eles ambientais, sobre atividades financeiras ou produtos nocivos para saúde, meras justificações para aumentar a carga fiscal.

O efeito meramente extrafiscal não é, portanto, suficiente para os Estados, dada a carência de receitas. Por outro lado, reforçamos, as avultadas receitas que produzem geram mal-estar juntos dos cidadãos que olham para esse tipo de tributação mais como um agravamento que sobre eles recai.

3. Sugestões no sentido de melhorar a eficiência da abordagem extrafiscal

Identificados os problemas da tributação corretiva ou extrafiscalidade, importa agora propor algumas soluções para melhorar a sua eficiência e promover a sua aceitação pelos cidadãos. Tentaremos referir-nos a alguns dos problemas identificados anteriormente, seguindo os subpontos que elencamos anteriormente.

12 Cfr. M. Berridge and L. Marriott, *Sugar, rum and tobacco: taxes and public health in New Zealand*, Wellington: BWB texts, 2017.

3.1. Resposta à delimitação do tributo em causa

Relativamente à delimitação do tributo em causa evitaremos aqui, dada a natureza genérica da obra onde se enquadrará este nosso texto, entrar em questões de dogmática tributária. Limitamo-nos a reconhecer, tal como foi avançado, que muitas das formas de tributação adotadas não quadraram totalmente com o conceito de imposto, mas que, dada o carácter eventual dos danos que se pretendem evitar, também estarão fora do domínio das taxas. A eventual consignação das receitas e uma ideia de maior desgaste aconselharia que se designasse esse tipo de tributação como contribuições especiais por maior desgaste, assegurando, por um lado, um regime mais garantístico aos sujeitos passivos, por ser o mesmo regime dos impostos. Este tipo de proteção, no nosso entender, não seria conseguido se a qualificação remetesse para as contribuições financeiras a favor de entidades públicas. Depois seria também mais fácil lidar com questões como a eventual consignação de receitas que abordaremos de seguida e com as dificuldades inerentes à identificação de uma qualquer utilidade para o sujeito passivo, ainda que grupal, como se exige no domínio das contribuições financeiras a favor de entidades públicas¹³.

3.2. Soluções para as dificuldades em determinar a medida da externalidade negativa

No que concerne aos outros problemas identificados, designadamente a medida da externalidade negativa, há, de facto, problemas muito dificilmente superáveis, o que justifica que, num esforço de atenuação das mesmas, como se salientou, se recorra quer a presunções quer ao papel central que é dado a indicadores objetivos, como, por exemplo, o volume de emissões. Não temos, naturalmente, uma solução mágica para o problema. Estamos, todavia, convictos de que a melhor forma de lidar com essa dificuldade é encarar a tributação corretiva não como uma forma de cobrir custos, até pela incerteza e carácter meramente eventual de alguns deles, mas de evitar a verificação de danos que, em último termo, se vão refletir na saúde e vida das pessoas. Para que os impostos corretivos cumpram verdadeiramente o seu potencial, impõe-se que eles não sejam determinados somente por considerações económicas, isto é, tendo em conta o valor das externalidades. Devendo essa determinação ser determinada por ponderações também sociais e éticas. A eficiência económica deve, portanto, ser apenas um argumento e não o único ou predominante. Até porque o que no curto prazo uma perda pode, no logo prazo, trazer ganhos. Ora, essa e outras consequências positivas também têm um valor monetário que muitas vezes é mal avaliado.

As dificuldades, como se disse anteriormente, são potenciadas pelo facto de muitas das externalidades terem um impacto transnacional. Ora, essa circunstância aconselha a que se lide com elas também no plano internacional. Concebemos como uma

13 Cfr. João Sérgio Ribeiro, «Um novo paradigma de imposto» in *Fiscalidade*, n.º 43, julho-setembro 2010, pp. 5-23; João Sérgio Ribeiro, «Algumas reflexões sobre as taxas locais (espécies e casos problemáticos)», in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 31, Julho/Setembro, 2021, pp. 25-44.

das soluções possíveis, por exemplo, o incremento da tributação do carbono¹⁴ através, designadamente, da criação de um imposto verdadeiramente europeu que sobre ele incidisse. Isto é, um imposto administrado pela própria União Europeia, ainda que pudesse contar com o apoio das autoridades tributárias dos Estado-Membros, como, aliás, já acontece com a Pauta Aduaneira Comum. Outra resposta possível poderia ser a utilização dos direitos aduaneiros – mesmo que daí resultassem dificuldades¹⁵ – para penalizar a importação de produtos que implicassem, na sua produção, práticas que se traduzissem em externalidades negativas, como poluição, trabalho infantil, esgotamento de recursos ou qualquer outra prática de reprovação mais ou menos unânime.

3.3. Resposta aos custos sociais

Dentro dos custos sociais, tal como resulta da análise feita anteriormente, existe alguma diversidade, o que condiciona, naturalmente o tipo de resposta.

Relativamente aos custos sociais com tradução económica, assumimos que a tributação de um modo geral e, portanto, também a que visa as externalidades como a degradação do ambiente, afeta de uma forma mais grave os mais vulneráveis. Há desde logo uma perda imediata de bem-estar, sem prejuízo de no médio e longo prazo as alterações promovidas pela tributação poderem favorecer, em especial, estes sujeitos passivos que acabam por ser sempre os mais afetados pelas decorrências das externalidades negativas, como acontece, por exemplo, com as alterações climáticas. No imediato, todavia, dado o carácter fortemente regressivo¹⁶ da tributação corretiva, como assinalado quando nos referimos aos custos sociais, vai sobretudo penalizá-los a eles. Isso ocorre não só porque são os que normalmente consomem produtos menos evoluídos em termos de danos que implicam, (por serem frequentemente menos dispendiosos¹⁷), como pelo facto de os sujeitos passivos mais poderosos conseguirem normalmente repercutir neles os seus custos fiscais.

14 De salientar que cerca de 60% das emissões de carbono continuam sem implicar um custo fiscal. Com a agravante de persistirem subsídios à produção de combustíveis fósseis. Cfr. IMF/OECD (2021), *Tax Policy and Climate Change: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, April 2021, Italy, OECD, Paris. Na comunicação da Comissão Europeia sobre a tributação das empresas no século XXI, «a Comissão proporá mecanismos de precificação novos e reformados em apoio dos objetivos climáticos da UE, nomeadamente um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço (CBAM) e uma proposta de revisão do Sistema de Comércio de Licenças de Emissão da UE (CELE). A nível nacional os Estados-Membros devem intensificar os seus esforços para atribuir um preço às externalidades, tendo em devida conta eventuais impactos sociais negativos, e eliminar gradualmente subsídios prejudiciais, nomeadamente no âmbito de reformas fiscais mais amplas» in *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Business Taxation for the 21st Century*, COM(2021) 251 final, p. 2. Ver ainda, Tatiana Falcão, «Taxing Carbon Emissions from International Shipping», *Intertax*, Volume 47, n.º 10, 2019, pp. 832-844.

15 Ver Andreia Barbosa, *Direito aduaneiro multinível*, Lisboa, Petrony, 2022, pp. 298 e ss. e 349 e ss. Ver, também, Tatiana Falcão, «Is Carbon Tax Compatible with the WTO Treaties?», *Intertax*, Volume 43, n.º 10, pp. 571-799, 2015.

16 Ver Schöb, *The Double Dividend Hypothesis of Environmental taxes: A Survey*, CESIFO Working Paper, *op. cit.*, p. 5.

17 Como, por exemplo, em termos de escolha das fontes de energia. Em países pobres recorre-se sobretudo à madeira para promover aquecimento das habitações.

Uma solução poderia ser usar a receita gerada pelo tributo corretivo para cortar outros impostos, reduzindo o ónus dos contribuintes. Ou seja, os tributos corretivos, como é o caso dos ambientais, por exemplo, melhorariam a qualidade do meio ambiente e da vida em geral e reduziriam simultaneamente as distorções dos outros impostos existentes¹⁸. Essa vantagem aliada à proteção do meio ambiente e desenvolvimento em geral justificam o facto de muitos autores associarem esse tipo de tributação à ideia de um duplo dividendo¹⁹.

A debilidade da utilização das receitas da tributação corretiva para baixar outros impostos reside no facto de parte dos sujeitos passivos com menos rendimentos estarão normalmente isentos da tributação do rendimento, o que, na prática, implicaria que não veriam o seu esforço fiscal ser compensado. Para estes sujeitos passivos e até, diria, para a totalidade dos sujeitos passivos, seria preferível que beneficiassem de uma prestação do Estado, financiada diretamente com as receitas da tributação corretiva, de modo a serem compensados pelos danos que as ações que motivam esse tipo de tributação causam. Aliás, muitos desses danos resultam da utilização por parte de alguns dos recursos que são de todos, sem que jamais tenha sido feita a devida compensação. O facto de as receitas desses tributos engrossarem o orçamento geral do Estado, causa vários problemas e, ainda que haja a referida compensação a nível da carga fiscal de outros impostos, não resolve todas as questões. Apesar da aparente semelhança, não se trataria de um rendimento básico incondicional²⁰, mas de um pagamento que teria fundamento, claro e identificado, nos danos reais ou potenciais que recaem sobre os cidadãos. O facto de a receita ser distribuída por todos, teria, por um lado, um efeito amortecedor, minorando o impacto da tributação corretiva²¹ nas pessoas mais vulneráveis; por outro, permitiria a essas pessoas e aos demais que não estivesse em situação de fragilidade reformular os seus hábitos de consumo, optando por produtos mais amigos do ambiente, quanto mais não seja para não perderem, pela via da tributação corretiva o que receberam como compensação pelos danos reais e potenciais (que estão na base da tributação corretiva)²².

18 Impostos elevados sobre o trabalho combinados com subsídios de desemprego generosos podem aumentar o desemprego, na medida em que distorce a oferta de emprego e coloca pressão adicional no mercado de trabalho. Ver *The OECD Jobs Study: Taxation, Employment and Unemployment*, OECD, Paris, 1995.

19 Cfr. Ronnie Schöb, *The Double Dividend Hypothesis of Environmental taxes: A Survey*, CESIFO Working Paper, *op. cit.*, p. 3. Há, todavia, alguma controvérsia. Este posicionamento foi posto em causa por vários autores que afirmam que o duplo dividendo se verifica apenas se o excesso da carga fiscal do sistema for reduzido no seu todo. Ver L.H., Goulder, «Environmental Taxation and the 'Double Dividend': A Reader's Guide», *International Tax and Public Finance* 2, 1995, pp. 157-184. Alguns autores ainda vão mais longe dizendo que os impostos ambientais em vez de atenuar as distorções exacerbam-nas, mesmo que as receitas sejam usadas para baixar os impostos que causam essas distorções. Ver A. L. Bovenberg e R. A. de Mooij: «Environmental Levies and Distortionary Taxation», *American Economic Review* 84, 1994, pp. 1085-1089.

20 Sobre o assunto, ver Philippe Van Parijs, «Basic Income: A Simple and Powerful Idea for the Twenty-First Century», *Politics and Society* 32 (1), pp. 7-39, 2004.

21 O facto de a maior parte da receita ser distribuída aos cidadãos permite lidar com a crítica de que os impostos ambientais são regressivos.

22 Os próprios beneficiários da prestação podem não ser sujeitos passivos do tributo corretivo. Normalmente serão as sociedades poluidoras ou causadoras de danos as visadas pela tributação corretiva. Pode acontecer, todavia, que, tratando-se de pessoas singulares, estas sejam simultaneamente bene-

Haveria, portanto, potencial, para encorajar tanto os produtores como os consumidores a ajustarem o seu comportamento. Existiria também a vantagem de não ser o Estado a ter o monopólio das receitas dos impostos o que teria, para além de um efeito moderador no uso dessas receitas pelo Estado, também libertar os cidadãos de parte do paternalismo dos Estado, podendo, eles próprios, decidir o uso a fazer de uma parcela das receitas públicas. Permitiria ainda, numa medida tímida é certo, atenuar o risco de um uso menos conseguido dos dinheiros públicos. A pandemia veio mostrar que a abordagem assente em pagamentos diretos aos cidadãos e empresas, injetando dinheiro, é exequível e que pode ter um efeito interessante na economia. Ora, muitas das prestações e compensações que foram asseguradas durante esse período partilham, no essencial, da natureza das prestações que propomos.

Outro problema complexo, dentro dos custos sociais, é o facto de a tributação corretiva poder, de forma perversa, branquear os tais comportamentos negativos legitimando-os, desde que se pague o tributo que sobre eles recai. A solução de atribuir a receita desses impostos aos cidadãos em geral, por serem os lesados, pode ter um efeito moralizador. O Estado não ganharia diretamente com essa tributação. Isto é, não geraria receitas à custa de comportamentos eticamente censuráveis, mas limitar-se-ia a compensar os cidadãos pelo uso impróprio de recursos que são de todos, ou que têm impacto em todos. O estigma decorrente de certos sujeitos passivos estarem sujeitos a tributação corretiva pode ter o efeito positivo de os incentivar a adaptar o seu comportamento de modo a não serem sujeitos, ou em menor escala, a esses tributos. Os próprios cidadão através das suas escolhas, cada vez mais motivadas por preocupações de ordem social e ambiental, acabarão por preferir produtos que sejam socialmente mais aceitáveis, isto é, de onde não decorram danos para o ambiente ou sociedade.

Por fim, ainda dentro dos custos sociais a que fizemos referência, dissemos que alguns dos tributos corretivos, pela abrangência que têm, interferem muito claramente com a liberdade pessoal, representando uma expressão do já aludido paternalismo do Estado que, no nosso entender, deve, a existir, ser exercido com toda a parcimónia possível. Referimo-nos, como exemplo, à tributação de certos produtos considerados pouco saudáveis.

Compreendemos que, para além de tentador, é razoável que, para lidar com os custos adicionais do sistema público de saúde decorrentes do consumo de substâncias supostamente nocivas, como álcool, tabaco, açúcar, se tributem esses produtos. Porém, essa atuação pode revelar-se complexa. Desde logo, as pessoas são diferentes e o impacto na saúde de cada um é variável e nem sempre existente ou atribuível a um comportamento concreto. Aliás, ainda que se assumisse como verdade

ficiários da prestação que seria geral para as pessoas singulares, e pagadores diretos, se incorressem em comportamentos nefastos, ou indiretamente através da repercussão feita por empresas poluidoras. Nesse caso teriam o estímulo para deixarem de ser sujeitos ativos desses tributos corretivos abstendo-se dos comportamentos negativos ou de consumir produtos vendidos por empresas que incorressem na tributação corretiva. Evitariam, deste modo, que a prestação fosse meramente aparente porque financiada diretamente por eles.

inquestionável que, se não são todas, pelo menos uma grande parte das doenças podem ser desencadeadas pelas opções que fazemos; como se justificaria, nesse contexto, que se tributasse por exemplo, o açúcar e não uma vida sedentária? Ora, para evitar que os consumidores substituam produtos tributados por outros igualmente pouco saudáveis, mas não sujeitos a tributação, os tributos teriam de ter uma abrangência tal em termos de produtos que, além de ser uma tarefa hercúlea em termos de fundamentação e determinação da relação causa-efeito, poderiam, em último termo, abranger todos os produtos existentes. Pois, como resulta do senso comum, é a dose que faz o veneno!

A solução passa por tributar, unicamente, externalidades que sejam percecionadas de forma mais ou menos unânime como negativas, deixando de fora aquelas que não gozam de reprovação tão generalizada, ou cujo caráter negativo não possa ser unanimemente assumido como tal. Apesar da sua relevância, o caráter científico, não pode ser considerado como o único elemento aferidor, sobretudo quando não é dado espaço às várias correntes científicas e o debate não é plural. Isto porque a questão da liberdade individual deve ter uma proteção o mais ampla possível, devendo apenas ser tolhida quando do seu exercício resultem danos diretos, ou altamente prováveis, para os demais cidadãos. Não basta, portanto, que surja um qualquer dano colateral que venha eventualmente a ter um efeito negativo, ainda que modesto, na comunidade em geral, como poderia acontecer no caso da tributação de comportamentos aparentemente pouco saudáveis. Tal abordagem abriria a porta a uma ditadura sanitária onde os cidadãos seriam classificados em função das calorias que ingerem, exercício que fazem, horas de sono e outros elementos de índole privada, que jamais podem ser destacados do núcleo essencial das liberdades de cada um.

A tributação das externalidades negativas deve, portanto, ter uma forte base de apoio, intergeracional, devendo assentar numa tendencial unanimidade. Não pode, nunca, ser uma opção do momento, circunstancial, sob pena de comprimir intoleravelmente a liberdade de cada um.

3.4. Promoção do equilíbrio entre o fiscal e o extrafiscal, através do destino a dar às receitas

O tipo de tributação a que nos referimos, apesar de se caracterizar essencialmente pela dimensão extrafiscal, tem, também, uma vertente fiscal não negligenciável, e que no contexto atual rivaliza com a primeira. Esta relação difícil passa naturalmente por dois aspetos. Em primeiro lugar pela resposta à questão de saber qual o espaço que deve existir para a vertente fiscal. Neste domínio é necessário determinar, num primeiro momento, se a vertente fiscal deve ser algo desejável no domínio da tributação corretiva, devendo ser procurada e conservada ou, se pelo contrário, deve ser vista como um efeito colateral a suportar de forma temporária até que sejam atingidos os objetivos subjacentes à tributação corretiva. Ligada a este problema surge necessariamente a questão de determinar qual o destino que deve ser dado à receita que resulta da tributação em análise.

Há naturalmente vários posicionamentos possíveis relativamente à articulação da vertente fiscal e a extrafiscal. De modo a delimitar a questão vamos referir-nos aos mais extremados, para, na sequência disso, e tendo em vista a procura de um ponto de equilíbrio, sugerirmos uma resposta com plausibilidade.

Num extremo, temos a abordagem que concebe os tributos extrafiscais como tributos de estrangulamento que têm em vista extinguir os comportamentos considerados negativos e que, por conseguinte, atingem o seu objetivo quando não produzem receita absolutamente alguma. Esta posição revela-se como radical, uma vez que obriga a um ajustamento demasiado rápido com impactos muito fortes na atividade económica e na vida dos sujeitos passivos diretamente afetados, potenciando algumas das dificuldades que avançámos, especialmente para os mais vulneráveis. Prescinde-se, além disso, de receitas importantes para fazer face aos danos entre tanto produzidos e, consequentemente, aos custos acrescidos no domínio ambiental, dos cuidados de saúde, entre outros.

Outra via concebível seria, subir ligeiramente os tributos corretivos, de modo a reforçar o seu impacto a nível da modelação de comportamentos, mas não ao ponto de os transformar em impostos de estrangulamento. Seria um sinal importante, dado que se a tribulação corretiva for demasiado fácil de acomodar por parte de quem a ela está sujeito, para além da descredibilização, reforça a ideia de que o combate à externalidade negativa é só um pretexto para assegurar um nível estável e contínuo de receitas. As receitas produzidas poderiam ser utilizadas, prioritariamente – superando a crítica feita no parágrafo anterior – para minorar os danos causados pelas externalidades, fazendo face às despesas acrescidas, por exemplo, no serviço nacional de saúde. As receitas poderiam ainda ser usadas para campanhas de sensibilização e dar subsídios à reconversão²³ de atividades que produzem as externalidades negativas. Esta abordagem é normalmente identificada nos textos internacionais com aquilo a que se chama *earmarking*, isto é, a consignação das receitas a fins consentâneos com o combate aos efeitos nefastos das várias externalidades negativas e igualmente à sua prevenção. Esta abordagem opõe-se àquela que nos parece menos correta que utiliza as receitas da tributação corretiva para fazer face às várias despesas, diluindo-as no orçamento, sem qualquer consignação. Por um lado, ao servir-se da extrafiscalidade para, de certo modo, colmatar problemas financeiros, não representa um estímulo a uma boa gestão dos recursos financeiros públicos; por outro, passa um sinal errado aos contribuintes, dado que a tributação ambiental, ou qualquer outra expressão da tributação corretiva, é vista apenas como uma forma de aumentar receitas e, por conseguinte, a tributação em geral, o que tem, seguramente, custos políticos para quem implementa esse tipo de medidas²⁴; para além dos óbvios custos sociais.

Por fim, uma resposta que poderia ser interessante na nossa perspetiva, seria, sem prejuízo de haver alguma consignação para fazer face às despesas adicionais para

23 Ver Diego Zannoni, «Fiscal Aid to Promote Clean Transport», *EC Tax Review*, 2018-5, pp. 250-259; Han Kogels, «The Energy Transition and Fiscal Policy», 2019-1, pp. 2-5.

24 Relembre-se o protesto dos coletes amarelos em França.

responder aos danos decorrentes das externalidades negativas, transferir diretamente para os cidadãos parte das receitas da tributação corretiva, nos termos que descrevemos anteriormente. Por um lado, constituiria uma forma de atenuar o especial impacto que esta forma de tributação causa nos mais vulneráveis. Depois, seria um modo de estimular bons comportamentos, na medida em que os beneficiários dessa receita tentariam não a perder através de um consumo ou comportamentos menos ambientalmente ou socialmente ajustados (objeto da tributação corretiva) e, por fim, atenuar o paternalismo do Estado no que diz respeito à gestão e aplicação das receitas públicas, muitas vezes de forma ineficiente, permitindo aos cidadãos participar nessa gestão no uso pleno da sua autonomia. Implementar alguns tributos corretivos, com este recorte, no plano da União Europeia, teria seguramente muitas vantagens. Evitaria que houvesse uma distorção da concorrência a nível do mercado interno, dado que ao ser feita no plano europeu anularia as disparidades que pudessem existir a nível da tributação corretiva. Depois aproximaria os cidadãos da União Europeia, uma vez que quando estão em causa matérias tributárias os cidadãos têm outro envolvimento. Além disso, dada a proximidade destes tributos com a figura do imposto, e de modo a respeitar a centénaria máxima de que não há tributação sem participação, impor-se-ia o incremento da democraticidade dos procedimentos de decisão em matéria fiscal, reforçando, possivelmente, o envolvimento do parlamento europeu. Por fim, o facto de União Europeia pagar diretamente aos cidadãos uma prestação, por muito modesta que fosse, no âmbito da sugerida devolução de receitas, predisporia os cidadãos para terem outra abordagem e recetividade face à União Europeia, propiciando a coesão que aí se procura.

Conclusão

A título de síntese diríamos que o recurso à tributação corretiva, não obstante a longa história, tem ganho nos últimos anos um novo fôlego. Sobretudo devido à crescente emergência climática, impacto da tecnologia, riscos financeiros, geopolíticos e de saúde pública. O recurso a essa poderosa forma de tributação impõe, apesar de tudo, moderação e a procura de um difícil equilíbrio entre os propósitos fiscais e extrafiscais. Para atingir esse esse objetivo julgamos que deve ser privilegiada a consignação de parte das receitas obtidas à reparação e prevenção dos danos, em detrimento da sua utilização de forma diluída no orçamento para fins que não os extrafiscais, sob pena de se gerarem tensões políticas e sociais contraproducentes. Algo que se verificará certamente sempre que se tenta resolver, através dessa forma de tributação, problemas de índole financeira carentes de resolução premente.

Por fim, parece-nos que o contexto da EU poderá ser ideal para ensaiar uma tributação de âmbito transnacional. Nesse enquadramento deveria ser privilegiada a transferência, com as vantagens que tivemos oportunidade de salientar, de parte das receitas obtidas pela utilização indevida de recursos que são de todos, por parte de um grupo restrito de indivíduos ou empresas, e que nunca gerou a devida compensação.

A flexibilidade do contrato como condição de sustentabilidade

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.6>

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

“... È possibile, tuttavia, che la guerra al virus, che sembrava un dispositivo ideale, che i governi possono dosare e orientare secondo le proprie esigenze ben più facilmente di una vera guerra, finisca, come ogni guerra, col sfuggire loro di mano. E, forse, a quel punto, se non sarà troppo tardi, gli uomini cercheranno nuovamente quella ingovernabile pace che hanno così incautamente abbandonato”.

Giorgio Agamben¹

1. Entre a actual *emergência* e a alegada *emergência climática*, de que se fala com alguma frequência, há uma *preocupante semelhança* – e a semelhança causa, ou deve causar, algumas dúvidas sobre se os problemas relacionados com o *ambiente*, ou com a *sustentabilidade*, estão a ser apreciados e discutidos *seriamente*² e sobre se, ao discuti-los seriamente, está a preferir-se as *pequenas* soluções, realistas, às *grandes soluções*, (quase sempre) *utópicas*³. O perigo das *grandes soluções*, (quase sempre) *utópicas*, para todas as *sociedades abertas* continua a ser um perigo *real, sério* – e, perante o perigo, será conveniente compreender-se como pode o *contrato* adaptar-se às *perturbações* do seu *ambiente* económico e social, designadamente através de *decisões políticas*.

O tema da alteração das circunstâncias é um dos *grandes temas* do direito civil. Teubner descreve-o, de forma sugestiva, como o problema da relação entre o *contrato* e o seu

* Professor Catedrático da Escola da Direito da Universidade do Minho, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

1 “La guerra e la pace” (23 de Fevereiro de 2021), in: WWW: < <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-guerra-e-la-pace> >.

2 Como sugere o título de um livro de Roger Scruton – *How to Think Seriously About the Planet. The Case for an Environmental Conservatism*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

3 Entre os corolários de se preferir as *pequenas* soluções, realistas, às *grandes* soluções, (quase sempre) *utópicas*, está o de que deve relativizar-se o (chamado) *princípio da precaução* – considerando que “[a] resposta racional ao problema do risco não é aplicar todos os recursos para reduzir o risco a zero, é sim ponderar vantagens e desvantagens, tendo em conta a probabilidade relativa de resultados indesejáveis” [Roger Scruton, *How to Think Seriously About the Planet*, cit., p. 133].

*ambiente*⁴. Flume, como o problema da relação entre o *contrato* e a sua *realidade*⁵. O caso estaria todo em averiguar *quem deve suportar o risco da realidade*⁶. Como os contraentes não previram ou não puderam prever todas as circunstâncias compreendidas no *ambiente do contrato*, deveria perguntar-se pelo *alcance* da regulamentação contratual. O contrato deverá regulamentar as circunstâncias que não foram previstas no momento da sua conclusão? Caso afirmativo, em que medida poderá ou deverá regulamentá-las?⁷

Os *grandes temas* do direito civil são, em regra, temas controversos – e o tema da alteração das circunstâncias confirma a regra: afirmou-se que admitir a adaptação ou a resolução do contrato significava *tomar a sério o contrato*⁸ e que significava *não o tomar a sério*⁹; que significava respeitar o *regulamento contratual* e que significava desrespeitá-lo, fazendo com que se saísse do campo das *soluções de direito* para entrar no campo das *soluções de equidade*¹⁰; – com que se saísse da *ordem contratual* para entrar na *anarquia contratual*¹¹.

O contraste entre as duas *posições extremas* reflecte-se no contraste entre os *sistemas abertos* e os *sistemas fechados*. Em *sistemas fechados*¹², em que não se admitisse que a parte prejudicada se desvinculasse do contrato por causa da alteração das circunstâncias, o contrato seria total ou quase totalmente *imune* às perturbações do seu *ambiente*. Exceptuar-se-iam, tão-só, os casos de impossibilidade da prestação¹³. Em *sistema abertos*¹⁴, o contrato não lhes é, e não pode ser-lhes, imune. Os princípios e as regras sobre a alteração das circunstâncias fazem com que o conteúdo do *contrato*

4 Günther Teubner, anotação ao § 242, in: Rudolf Wassermann (coord.), *[Alternativ-]Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II – *Allgemeines Schuldrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1980, pp. 32-91 (84).

5 Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 1992, p. 497.

6 Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 500.

7 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, pp. 336-337.

8 Cf. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., p. 338 – só poderia tomar-se o contrato a sério se se restringisse o seu alcance àquilo que as partes quiseram regulamentar.

9 Cf. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 520 – só poderia tomar-se o contrato a sério se se ampliasse o seu alcance, fazendo um esforço para encontrar uma resposta ao problema da alteração das circunstâncias *a partir do contrato*.

10 Cf. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 501.

11 Expressão de Louis de Josserand, *Cours de droit civil positif français*, vol. II – *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les suretés*, 3.ª ed., Sirey, Paris, 1939, pp. 224-228 – concluindo com o seguinte *mot d'ordre*: "Organisation et socialisation du contrat, oui; désorganisation et anarchie contractuelle, non".

12 Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit, "Introduction", in: Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 3-14 (11): "Closed' legal systems, conversely, are those jurisdictions that do not offer such a doctrine either because they do not have a general 'exceptional' remedy addressing unexpected circumstances or, even if they have such a doctrine (as most legal systems do), this doctrine cannot lead to an adjustment of the contract as a general rule."

13 Günther Teubner, anotação ao § 242, in: Rudolf Wassermann (coord.), *[Alternativ-]Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II – *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 84.

14 Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit, "Introduction", cit., p. 11.

possa e, porventura, com que o contrato deva reagir às *perturbações* do seu *ambiente* – ou seja, às perturbações do sistemas económico e do sistema social.

2. Como em todos os *grandes temas* do direito civil, a controvérsia sobre a alteração das circunstâncias é comum a todos os grandes sistemas jurídicos do passado¹⁵ e a todos os grandes sistemas jurídicos do presente¹⁶. Os códigos civis do século XIX, como o Código Civil francês de 1804, consagravam sistemas fechados – e o antigo Código Civil português era em tudo um código do seu tempo. O art. 702.º do antigo Código Civil português¹⁷ era praticamente uma tradução do antigo art. 1134.º do Código Civil francês de 1804¹⁸ – e, como o antigo art. 1134.º do Código Civil francês de 1894, não admitia a revogação ou a resolução do contrato *afectado* ou *perturbado*

15 Sobre a evolução histórica da alteração das circunstâncias desde o direito romano aos códigos civis do século XIX, vide por todos António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), pp. 938-954; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta/Kluwer, Cape Town/Deventer/Boston, 1992 (reimpressão), pp. 576-582; James Gordley, “Impossibility and Changed or Unforeseen Circumstances”, in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52 (2004), pp. 513-530; Andreas Thier, “Legal History”, in: Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 15-32;

16 Para uma comparação entre os actuais sistemas jurídicos, vide, p. ex., Konrad Zweigert / Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 516-537; Basil S. Markesinis / Werner Lorenz / Gerhard Dannemann, *The German Law of Obligations*, vol. I – *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 516-615; Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3.ª ed., Springer, Wien / New York, 2009, pp. 815-852; Basil S. Markesinis / Hannes Unberath / Angus Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, pp. 319-348; Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; John P. Dawson, “Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914-1924”, in: *Michigan Law Review*, vol. 33 (1934-1935), pp. 171-238; John P. Dawson / Frank E. Cooper, “The Effect of Inflation on Private Contracts: United States, 1861-1879”, in: *Michigan Law Review*, vol. 33 (1934-1935), pp. 706-757; Max Rheinstein, “The Struggle Between Equity and Stability in the Law of Post-War Germany”, in: *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 3 (1936), pp. 91-103; E. J. Cohn, “Frustration of Contract in German Law”, in: *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28 (1946), pp. 15-25; Ermanno Schubath / Erwin Deutsch, “Wegfall der Geschäftsgrundlage und doctrine of frustration. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen Rechts mit dem common law unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung”, in: *Juristische Rundschau*, 1958, pp. 214-217; Peter Hay, “Frustration and Its Solution in German Law”, in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 10 (1961), pp. 345-373; Peter Hay, “Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 164 (1964), pp. 231-269; John P. Dawson, “Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany”, in: *Boston University Law Review*, vol. 63 (1983), pp. 1039-1098; John P. Dawson, “Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States”, in: *Boston University Law Review*, vol. 64 (1984), pp. 1-38; Maurício Almeida Prado, “Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l’imprévision en Europe”, in: *Revue internationale de droit comparé*, vl. 62 (2010), pp. 863-894; Rodrigo Andrés Momberg Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of the Contract*, Intersentia, Antwerp, 2011; Walter Doralt, “Der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Altes und Neues zur théorie de l’imprévision in Frankreich”, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76 (2012), pp. 761-784.

17 Em que se dizia: “Os contratos legalmente formados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvo as excepções especificadas na lei”.

18 Em que se diz: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”.

por uma alteração das circunstâncias^{19,20}. Em todo o caso, o século XIX começa com o Código Civil alemão²¹ – e, desde o Código Civil alemão, a doutrina e a jurisprudência começaram a interpretar o antigo Código Civil português em consonância com os desenvolvimentos dos direitos alemão e italiano²². O *sistema fechado*, desenhado pelo antigo código, começou a abrir-se. Inspirando-se no conceito de *pressuposição* de Windscheid^{23, 24}, Guilherme Moreira²⁵, Cabral de Moncada²⁶ ou Manuel de Andrade²⁷ admitiam que os contratos fossem revogados ou resolvidos, desde que a declaração

19 Cf. designadamente Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela, *Noções fundamentais de direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1961, pp. 327-328 – em que se diz que “[o] nosso legislador não atendeu às considerações, algumas das quais de justiça indiscutível, que estão na base desta teoria e não a sancionou em nenhuma disposição geral”.

20 O tempo em que o antigo Código Civil português começou a ser aplicado coincidiu praticamente com o tempo em que o Código Civil francês, em especial o antigo art. 1134.º do Código Civil francês, começou a ser interpretado de uma forma (ainda) mais rígida, (ainda) mais rigorosa. O acórdão da *Cour de cassation* de 6 de Março de 1876, sobre o caso do *Canal de Craponne*, era um caso exemplar – constantemente citado como um dos grandes acórdãos, como um dos *grands arrêts*, da *Cour de cassation*. O antigo art. 1134.º do Código Civil francês atribuiria uma *prioridade absoluta* ao princípio da *força vinculativa do contrato* – a regra de que *os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os fizeram* corresponderia a uma regra absoluta e não competiria aos tribunais, “por muito equitativa que pudesse parecer a sua decisão”, considerar o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir as cláusulas que foram livremente aceites pelos contratantes por cláusulas novas, que o não foram: “... *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*” [sobre a evolução da doutrina e da jurisprudência francesas desde o Código Civil de 1804, *vide*, por todos, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 955-966 (com uma apresentação do caso do Canal de Craponne na p. 956)].

21 Em França, o código alemão foi anotado por autores como Bufnoir, Gény ou Saleilles entre 1904 e 1914 – C. Bufnoir / P. Cazelles / J. Challamel / J. Drioux / F. Gény / P. Hamel / H. Lévy Ulmann / R. Saleilles, *Code civil allemand, traduit et annoté*, vol. I – *Introductioj et lexique. Livre I. – Partie générale (art. 1 à 240). Livre II – Section I à VI (art. 241 à 432)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1904; vol. II – *Livre II (suite) – Section VII (art. 433 à 853). Livre III (art. 854 à 1296)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1906; vol. III – *Livre IV (art. 1297 a 2385)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908; vol. IV – *Loi d'introduction. Loi d'exécution en Alsace Lorraine. Table générale des matières*, Imprimerie Nationale, Paris, 1914.

22 Em ampla medida, através da tradução francesa do código civil alemão ou da tradução italiana das obras de Windscheid – designadamente, do *Diritto delle pandette*, na tradução de Fadda e Bensa, publicado pela Unione Tipografico-Editrice Torinese desde 1902, com reimpressões sucessivas.

23 Bernhard Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, Düsseldorf, 1850 – que teve como antecessor *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Buddeus, Düsseldorf, 1847, em que a doutrina da pressuposição é anunciada nas pp. 293-297, e como sucessores o artigo “Die Voraussetzung”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78 (1892), pp. 161-202, e o *Lehrbuch des Pandektenrechts*, em que o tema é tratado nos §§ 97-100 (na primeira edição, de 1862, nas pp. 226-234, e na sexta edição, de 1887, nas pp. 311-321 – na tradução italiana, pp. 332-343 [*Diritto delle pandette*, vol. I, UTET, Torino, 1925 (reimpressão)]).

24 Sobre a doutrina da *pressuposição*, *vide* António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 969-980; ou Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “Um estudo sobre a pressuposição”, Lisboa, 1997/1998.

25 Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, vol. I – *Parte geral*, Imp Coimbra, 1907, pp. 607-614.

26 Luís Cabral de Moncada, *Lições de direito civil*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 703-706.

27 Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974 (reimpressão), pp. 403-409.

deixasse de corresponder à vontade, à *verdadeira vontade*, do declarante. O anteprojecto de Vaz Serra preconizava uma *síntese* entre a doutrina alemã e a doutrina italiana – ainda que divergisse do direito italiano ao colocar o conceito de *alteração anormal* no lugar do conceito de *circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis*, ao admitir, ainda que implicitamente, a resolução e a modificação dos contratos aleatórios, desde que a alteração não estivesse coberta pelos riscos próprios do contrato, e ao atribuir à parte lesada, prejudicada pela alteração, dois direitos, o direito à resolução e o direito à modificação do contrato *segundo juízos de equidade*.

2.1. O discurso do Ministro da Justiça Antunes Varela à Assembleia Nacional de 28 de Novembro de 1966 colocava a alteração das circunstâncias no contexto da *orientação intencional* do Código Civil para conferir ao julgador, “uma ampla margem de apreciação das coisas na resolução de determinados problemas”:

“... a experiência de séculos ensina que as relações entre os homens, mercê sobretudo do avanço prodigioso da técnica, se modificam a cada passo e mostra ainda como lenta mas continuamente se alteram também as concepções políticas, económicas, morais e sociais em que assenta toda a estrutura da ordem jurídica. E à proporção que o ritmo da vida moderna se acelera, mediante a facilidade e rapidez cada vez maiores com que o homem, as mercadorias, a palavra e a imagem se deslocam no espaço, mais frequentes hão-de ser as mutações das realidades que ao direito incumbe disciplinar, mais bruscas e radicais as alterações a que estão sujeitos os critérios normativos do jurista.

Criar para novos tempos, carregados com tais presságios de instabilidade nos horizontes do futuro, um código assente em fórmulas rígidas, ou pretender mecanizar os textos legais, equivalia a hipotecar todo o esforço da reforma a um crédito insustentável, sujeitando a nova lei ao risco iminente de uma execução ruínosa a curto prazo”.

Em alternativa aos conceitos determinados, preconizava-se que a lei fosse dotada de conceitos indeterminados e, dentro dos conceitos indeterminados, de cláusulas gerais; de cláusulas gerais por que se “permit[isse] ao julgador adaptar o direito às naturais evoluções da sociedade civil”; em alternativa às fórmulas rígidas, preconizava-se que a lei fosse dotada de fórmulas flexíveis, “suficientemente flexíveis”; em alternativa a um sistema acabado, fechado, preconizava-se um sistema aberto, móvel, “nos [seus] pontos estratégicos”; e representava-se a abertura, a flexibilidade, – uma certa indeterminação, – como factos de estabilidade:

“... o código adquirirá maiores garantias de sobrevivência, com todos os benefícios que promanam da estabilidade da ordem jurídica contra as flutuações inevitáveis da legislação extravagante ou contra o arbítrio descontrolado do julgador sem apoio legal. Só assim o edifício legislativo disporá das janelas por onde possam circular as lufadas de ar fresco com que a filosofia, a religião e a moral renovam de tempos a tempos o ambiente pesado da vida social”.

O *peso* atribuído à abertura e à flexibilidade era em todo o caso compensado com um conjunto, mais ou menos amplo, de *contrapesos*²⁸ – o recurso à equidade teria ficado limitado aos casos especificadamente previstos na lei²⁹. As cláusulas gerais teriam ficado “criteriosamente implantadas nas zonas onde o uso delas é menos perigoso (como sucede no domínio dos contratos em particular) ou nos pontos estratégicos do sistema, onde a sua colocação, pareceu indispensável (abuso do direito; alteração anormal das circunstâncias vigentes à data do contrato; negócios usurários; dissolução do casamento, etc.)”; e, aí onde as cláusulas gerais tivessem ficado implantadas,

“[teria havido] a preocupação de introduzir... alguns requisitos de carácter objectivo, mais aperfeiçoados pelo esforço construtivo da doutrina”.

Antunes Varela assinalava-lhes uma dupla função, de critério e de limite de relevância – de critério, ainda que de critério auxiliar, “na apreciação valorativa que a lei impõe ao intérprete”; de limite do arbítrio ou, em todo o caso, da discricionariedade do intérprete-julgador na resolução dos problemas reais. O regime da alteração das circunstâncias seria um regime exemplar – seria, em certo sentido, o regime exemplar.

“... no tocante à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, não basta para afectar a estabilidade da trama negocial a modificação de quaisquer elementos que impressionem a sensibilidade do julgador: é necessário que estejam em crise as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Não chega mesmo, para o efeito, qualquer alteração; há-de tratar-se de uma alteração anormal”.

Constatada uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a resolução ou a modificação do contrato dependeria ainda de que a alteração das circunstâncias não estivesse coberta pelos riscos próprios do contrato³⁰ e de que a parte não prejudicada, ao exigir o cumprimento das obrigações assumidas pela contraparte, estivesse a ofender os princípios da boa fé, e a ofendê-los de forma grave³¹.

2.2. a) Carlos Alberto da Mota Pinto apoiava-se ainda na doutrina de Manuel de Andrade para relacionar a alteração das circunstâncias com a integração dos negócios jurídicos: “[a] pressuposição deficiente só [seria] relevante, quando [fosse] conhecida ou cognoscível da outra parte no momento da conclusão do negócio” e, em seguida,

28 Como se dizia no discurso: “... o legislador não ignorou nem subestimou os perigos do livre arbítrio dos tribunais, e por isso mesmo procurou limitar com todo o cuidado a intervenção do julgador sem prejudicar a necessária maleabilidade da lei”.

29 “... fora da convenção das partes, o recurso aos juízos de equidade só é permitido nos casos taxativamente fixados na lei, e esses casos, apesar de serem mais numerosos que no direito em vigor, não deixam de ser bastante limitados”.

30 “... prescreve-se que a resolução não terá lugar, se o cumprimento das obrigações impostas ao lesado for coberto pelos riscos próprios do contrato”.

31 “... faz-se mister que, em face do novo condicionalismo criado à relação contratual, a exigência das obrigações assumidas pelo lesado afecte os princípios da boa fé, não bastando aliás qualquer espécie de ofensa, uma vez que o preceito fala intencionalmente em ofensa grave”.

quando se verificasse uma de duas situações: Em primeiro lugar, quando a outra parte, “se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, [tivesse] aceitado tal pretensão ou a [devesse] ter aceitado segundo a boa fé”³²; ou seja, – quando a cláusula que determinasse a resolução ou a modificação se justificasse no momento da conclusão do negócio. Em segundo lugar, quando a modificação ou a resolução do negócio se justificasse *agora*, no momento do cumprimento ou da execução do negócio³³.

“Cremos”, dizia Carlos da Mota Pinto, “que estas linhas directrizes gerais são as correspondentes ao sentido e alcance da hipótese do art. 437.º, por serem a concretização dos princípios da boa fé e do respeito pelos riscos assumidos pelas partes”³⁴.

Os critérios da integração do contrato regressariam ao art. 437.º, n.º 1, do Código Civil, através do conceito de alcance mais ampla de *boa fé* e do conceito de alcance mais restrito, ainda que carecido de concretização, de *riscos próprios do contrato* – seriam riscos próprios do contrato os riscos que as partes assumissem, os riscos que as partes teriam assumido e os riscos que as partes deveriam ter assumido, se tivessem previsto o ponto omissivo³⁵.

b) Em contraste com Carlos Alberto da Mota Pinto, Menezes Cordeiro contrapunha a *alteração das circunstâncias* e a *interpretação* do contrato.

Constatando que as construções que coordenavam o caso da alteração das circunstâncias ao sistema da interpretação, ainda que complementadora, punham uma *questão radical*³⁶, alegava que apresentavam um *falso problema* para lhe darem uma *falsa solução*. O problema seria só um *falso problema*, porque a alteração das circunstâncias não corresponderia a uma *lacuna do contrato*, e a solução seria só uma *falsa solução*:

32 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 601.

33 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 602.

34 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 602.

35 Em termos semelhantes, vide Ana Prata, anotação ao art. 437.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, 2017, pp. 558-560 (560): “É de observar que, embora este aspecto nem sempre seja referido, este instituto [da alteração das circunstâncias] constitui uma manifestação possível da tutela da autonomia privada. Se as partes previram certo regulamento contratual na base comum de pressupostos alteram inesperada e substancialmente, permitir a resolução do contrato ou a sua modificação é o mais conforme com o programa concebido convencionalmente; admitir que, frustrados aqueles pressupostos, o contrato e os seus efeitos persistissem inalterados seria pôr em causa por completo a vontade manifestada pelos contraentes”.

36 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1067: “desde o momento em que a problemática posta pela alteração superveniente das circunstâncias correspondesse, na sua essência, às exigências da regra *pacta sunt servanda* e recorresse, na sua saída, a interpretações complementadores, perdia-se, como autónomo, o instituto em análise”.

“... remeter para a interpretação complementadora é, simplesmente, remeter para a boa fé, ou para o que a esta se abrigue. Não se especificando a boa fé, ou o esquema da sua concretização, acaba-se na equidade”³⁷

A *alteração das circunstâncias* pressuporia que houvesse uma regulação; a *lacuna* pressuporia que não houvesse uma regulação, ou que não houvesse uma regulação *completa*³⁸. O fenómeno da *alteração das circunstâncias* exigiria uma *correção*, ou uma *interpretação correctora*³⁹; o fenómeno da *lacuna*, esse, exigiria só uma *interpretação complementadora* do contrato. Com a *alteração das circunstâncias* dar-se-ia uma *ruptura* entre o princípio da autonomia privada, concretizado na *liberdade* e na *vinculatividade* do contrato, e o princípio da boa fé; com a *lacuna*, não se daria ainda nenhuma *ruptura* – a *interpretação complementadora*, ou a *integração da lacuna*, seria ainda uma *continuação* dos princípios da *liberdade* e da *vinculatividade* do contrato. Menezes Cordeiro chama ao caso o conceito de *fractura intra-sistemática*⁴⁰: a alteração das circunstâncias exprimiria a contradição entre dois princípios, igualmente válidos⁴¹ – o princípio da autonomia privada, concretizado nos princípios da liberdade e da vinculatividade, e o princípio da boa fé, concretizado no valor da justiça. O princípio da autonomia privada, concretizado nos princípios da liberdade e da vinculatividade, pretenderia que o contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração fosse cumprido, sem mais; em simultâneo, o princípio da boa fé pretenderia que fosse modificado ou resolvido: “... o sistema global clama a injustiça”⁴².

Exprimindo a contradição entre dois princípios, igualmente válidos, a alteração das circunstâncias seria um drama ou, em todo o caso, teria qualquer coisa de dramático⁴³ – a fractura causada pela alteração das circunstâncias não poderia ser integrada pelo direito dos contratos.

“Quando [o] instituto [da alteração das circunstâncias] [tivesse] sido devidamente depurado dos fenómenos que têm solução cómoda e imediata à luz de outros esquemas, verifica[r]-se[-ia] a incapacidade total por parte do subsistema jurídico dos contratos para o integrar”⁴⁴.

37 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1076.

38 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1080.

39 Cf. António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1080 – na alteração das circunstâncias, “não existe um espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher”. Em lugar de um espaço vazio, há um espaço preenchido, “contratualmente regulado”, “que, ao arripio do combinado, contra a regra *pacta sunt servanda*, entrechocando-se com a autonomia privada e contrariando a vontade de uma das partes, vai, do exterior, ser modificado, em obediência a regras objectivas, alheias às partes”

40 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1111.

41 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1133 – as fracturas intra-sistemáticas seriam “expressão de princípios válidos por igual, mas em contradição substantiva”, e, como expressão de princípios válidos em contradição substantiva, tornariam necessário “o formar de uma sistemática diferente”.

42 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1111.

43 Cf. António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110: “... drama da alteração das circunstâncias”.

44 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

O contrato seria plenamente válido e eficaz; “[i]ntrinsecamente válido e consentâneo com a área jurídica a que pertence”⁴⁵; ainda que fosse plenamente válido e eficaz, “o contrato ferido pela alteração das circunstâncias surge como injusto ao sentimento jurídico”⁴⁶. Em desenvolvimento do critério, sempre tão impreciso, do sentimento jurídico, Menezes Cordeiro explica que “[v]ectores fundamentais de equilíbrio e de prossecução efectiva dos escopos das proposições jurídicas pedem a revisão ou a supressão do contrato atingido pelas alterações das circunstâncias”⁴⁷ e que, entre os vectores fundamentais, que pedem a revisão ou a supressão do contrato atingido, está o princípio da igualdade, concretizado no (sub)princípio da proibição do arbítrio:

“... fere a igualdade, perante o sistema, que uma pessoa em conjunturas diferentes se submeta a regulações imutáveis”⁴⁸.

Em consequência, os dois problemas, da alteração das circunstâncias e da integração das lacunas, seriam problemas distintos. O problema das *autênticas lacunas* convocaria o conceito de *complementação* ou de *integração*. O aplicador do direito seria chamado a completar um contrato incompleto. O problema das *lacunas inautênticas* – das alegadas lacunas causadas pela alteração das circunstâncias – convocaria o conceito de *correção do contrato* [= de *correção do regulamento contratual*]. O aplicador do direito seria chamado a corrigir um contrato completo, *modificando-o ou, não podendo modificá-lo, resolvendo-o*.

Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, há *pontos omissos*, ou seja: há “ponto[s] que, devendo, pelo próprio contrato, ter sido objecto de declaração de vontade das partes, não o tenha[m] sido”⁴⁹, nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, não haveria propriamente *pontos omissos*. Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, há “espaços carecidos de regulação”⁵⁰ – “falta regulação onde, pelo contrato, devia haver”⁵¹ –, nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, não há espaços carecidos de regulação – não falta regulação; “há uma regulação inadequada, podendo, esse facto, resultar, ou não, do conteúdo contratual”⁵². Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, haveria “um mero espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher”⁵³; nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, haveria um espaço cheio, preenchido, “contratualmente regulado”, ainda que contratualmente regulado de uma forma inadequada ou injusta⁵⁴.

45 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

46 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

47 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

48 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1112.

49 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1078.

50 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1078.

51 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

52 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

53 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

54 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1079-1080.

3. Entendendo, como entendemos, que *o ponto de partida para reconstituir a justiça do contrato há-de procurar-se na vontade actual ou, na falta da vontade actual, na vontade hipotética das partes*, estamos convencido de que que o conceito de *lacuna do contrato* desempenha tão-só a função de determinar as condições em que os critérios do art. 239.º devam aplicar-se e de que que o resultado da *interpretação*, desde que *complementadora* ou *integradora*, ou da *integração das lacunas* do contrato pode consistir em *modificá-lo* ou em *resolvê-lo*.

O contrato pode ser incompleto, lacunoso, por lhe faltar precisamente uma *clausula resolutive*. Em vez de se aceitar, sem mais, um certo conceito de *lacuna contratual* ou de se aceitar, sem mais, que o conjunto dos critérios relevantes para a *integração* das lacunas contratuais do art. 239.º deve distinguir-se do conjunto dos critérios relevantes para a *modificação* ou para a *resolução* do contrato do art. 437.º, deveria porventura comparar-se os critérios do art. 239.º e do art. 437.º do Código Civil. Se os critérios do art. 239.º permitissem dar uma resposta satisfatória a todos os casos do art. 437.º do Código Civil, deveria adaptar-se o conceito de *lacuna do contrato*, de forma a que a alteração das circunstâncias fosse representada como uma lacuna e a que os dois artigos, 239.º e 437.º, fossem representados como critérios complementares de *interpretação complementadora* ou de *integração de lacunas*. Se os critérios do art. 239.º não permitissem dar uma resposta satisfatória a todos os casos do art. 437.º, e só se o não permitissem deveria distinguir-se as duas questões⁵⁵.

O critério clássico, tradicional, de distinção entre as duas actividades, entre a actividade de interpretar e a actividade de completar ou de integrar, pressupõe que a primeira, a actividade de interpretar, consista em determinar o sentido de um comportamento, ainda que de um comportamento que põe a valer uma norma, e que a segunda, que a actividade de completar ou de integrar, consista em determinar uma norma “para certo aspecto carecido de regulação”⁵⁶.

Ora, com a *deslocação* do objecto da interpretação da *declaração* para a *regulação*⁵⁷, a actividade de interpretar e a actividade de completar ou de integrar são só dois *aspectos* ou dois *momentos* de um *continuum* – o aplicador do direito deveria “procurar as soluções mais adequadas para o conflito de interesses”⁵⁸ e, ao procurar as soluções mais adequadas para o conflito de interesses, deveria considerar como hori-

55 O problema do art. 239.º do Código Civil seria então, e só então, o de uma *justiça subjectiva*. directa ou indirectamente ligada à vontade das partes. Seria justo, no sentido do art. 239.º, o resultado que correspondesse àquilo que as partes teriam querido ou àquilo que as partes deveriam ter querido. O problema do art. 437.º seria então, e só então, o de uma *justiça objectiva* – o resultado do art. 437.º poderia ser justo, ainda que não correspondesse nem àquilo que as partes teriam querido, nem àquilo que as partes deveriam ter querido.

56 Maria Raquel Rei, *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 34.

57 Como preconiza Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit. – p. ex., ao sustentar que “[o] preceito contratual não vive abstractamente, desligado de uma intencionalidade concreta e preso a um mundo de significações ideais, sem conexão com o mundo real a que se quer aplicar” (p. 14).

58 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 16 – falando do “conflito de interesses que se instalou perante aquilo que foi pactuado”.

zonte, como “horizonte imprescindível”, uma ideia de justiça, concretizada em algum *equilíbrio*, alguma *racionalidade* e alguma *razoabilidade*^{59, 60}. Existindo, como existe, um *continuum* entre a interpretação e a integração dos contratos, o critério clássico, tradicional, de distinção poderá porventura ser substituído por um critério análogo ao critério convocado para distinguir a interpretação e a integração das lei – o critério do *texto*. A interpretação estará ainda dentro e a integração, já fora dos limites do texto. O art. 238.º, n.º 1, di-lo para os negócios formais – “a declaração [não pode] valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso” – e, ainda que o art. 236.º não o diga, o princípio poderá valer para todos os negócios, formais ou não formais. Os princípios e as regras contidos no texto do contrato podem ser suficientes ou podem ser insuficientes para resolver um caso concreto – e, desde que sejam insuficientes para o resolver, poderá pôr-se o problema das lacunas.

O ponto está em que as lacunas, da lei ou do contrato, são sempre incompletudes *contrárias a um plano*⁶¹. As lacunas da lei são incompletudes contrárias ao *plano da lei* – nas lacunas da lei, falta uma disposição que, de acordo com sua *teleologia imanente*, a lei deveria conter⁶². As lacunas do contrato, incompletudes contrárias ao *plano do contrato*⁶³ – nas lacunas do contrato, falta uma cláusula, falta uma disposição contratual, que, de acordo com a sua *teleologia imanente*, o contrato deveria conter. O conjunto das cláusulas contratuais contém um *espaço em aberto*, ou um espaço *em branco*, que deve ser *fechado*, ou que deve ser *preenchido*, para permitir o cumprimento⁶⁴ – o ponto que as declarações de vontade não contemplaram, que as partes não regularam, precisa de ser regulado,

59 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 16.

60 Contestando contudo um conceito de interpretação centrado “no apuramento das regras a aplicar a um negócio jurídico”, vide Maria Raquel Rei, *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português*, cit., p. 45 – ainda que possível, seria um “conceito pouco útil do ponto de vista científico, pois na ‘interpretação’ seriam incluídas operações que têm pouco de comum entre si (provavelmente, o único ponto em comum é, precisamente, contribuir para determinar os efeitos que um negócio jurídico produz no ordenamento jurídico) – como a interpretação da lei, a aplicação da lei, a interpretação da declaração negocial (no sentido aqui utilizado, a composição dos efeitos do negócio, a integração de lacunas, a detecção das invalidades, o aproveitamento dos negócios, etc.”.

61 Cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pp. 766-799.

62 Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 524 ss.

63 Cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., p. 768 – concluindo que “[a] verdadeira lacuna negocial terá assim de apresentar os seguintes requisitos: – representar um ponto que, pela interpretação, devesse ser regulado pelo contrato; – sendo inaplicáveis regras supletivas, existentes ou a encontrar nos termos do art. 10.º; – e mantendo-se, não obstante, válido o negócio”.

64 Cf. Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., pp. 324-325 – “[p]elo menos quando a regulação do ponto lacunoso for indispensável para das execução ao restante conteúdo das declarações negociais”.

“seja por razões de pura ordem prática – sem as regras em falta, o negócio torna-se inexecutável – seja por razões de justiça – sem elas, [o negócio] torna-se injusto”⁶⁵.

Ora, em tema de *plano do contrato*, deverá distinguir-se duas concepções.

A concepção mais *subjectivista* deduz o *plano do contrato* daquilo que as partes teriam querido – a lacuna negocial corresponderia a uma “cláusula que as partes teriam querido contemplar no negócio que celebraram”⁶⁶ –, a concepção mais *objectivista* deduz o *plano do contrato*, em alternativa, daquilo que as partes teriam querido ou daquilo que as partes deveriam ter querido – a lacuna consistiria, p. ex., na falta uma disposição regulatória sem a qual o programa contratual acordado não se realizaria de forma completa ou, ainda que se realizasse completamente, não se realizaria de forma adequada ou equilibrada (“... de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”⁶⁷).

A concepção mais *subjectivista* do *plano do contrato* tem como corolário uma definição mais *restrita* de *lacuna do contrato*, ou de *lacuna do negócio jurídico*.

Em consonância com a concepção *subjectivista*, não haveria lacuna negocial em duas hipóteses. Em primeiro lugar, não haveria lacuna contratual perante um aspecto, ou perante um ponto, sobre o qual as partes não tivessem chegado a acordo – perante um ponto “que uma das partes queria ter regulado de um modo e outra de outro”⁶⁸. Em segundo lugar, não haveria lacuna negocial perante um ponto que as partes deviam ter querido e não tivessem querido regular – perante um ponto que as partes deviam ter regulado de um determinado modo, se fossem razoáveis ou sensatas⁶⁹.

“A lacuna [seria] uma omissão no negócio efectivamente celebrado, não no negócio que deveria ou poderia ter sido celebrado”⁷⁰.

65 António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., p. 767.

66 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2020, pp. 702-704 (702).

67 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 547-551 (548).

68 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “[n]esses casos, estamos perante a falta de acordo”.

69 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “[n]esses casos, há um negócio mal negociado, ou um negócio inconveniente ou até injusto: não há uma lacuna”.

70 Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704.

A concepção mais *objectivista* do *plano do contrato*, essa, tem como corolário uma definição mais *ampla* de *lacuna do contrato*, ou de *lacuna do negócio jurídico* – em consonância com a concepção *objectivista*, haveria lacuna negocial em cada uma das duas hipóteses descritas. Os critérios legais aplicar-se-iam a todos os casos em que a regulação fosse necessária para que o contrato fosse cumprido, ou para que o resultado do cumprimento fosse um resultado satisfatório (fosse uma “solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”).

Entre os dois termos da alternativa, estamos convencido de que deve dar-se preferência ao segundo – à concepção *objectivista* do *plano do contrato*.

O critério da lacuna deve corresponder aos critérios da integração da lacuna – e, entre os critérios da integração do art. 239.º do Código Civil está a boa fé.

A concepção *subjectivista* do plano do contrato faria com que houvesse uma divergência entre os dois critérios – ainda que a lacuna consistisse na falta de uma disposição que as partes *teriam querido*, poderia ser integrada pela disposição que as partes *deveriam ter querido* –; a concepção *objectivista* do plano do contrato, essa, faz com que haja uma convergência entre os dois critérios. A lacuna que consistisse na falta de uma disposição que as partes *teriam querido* deveria ser integrada pela disposição que as partes *teriam querido* e a lacuna que consistisse na falta de uma disposição que as partes *deveriam ter querido* deveria ser integrada pela disposição que as partes *deveriam ter querido*, segundo a *boa fé*. Ora a concepção *objectivista* de *plano* convoca a ideia de um *contrato ideal* – e, como o *contrato* resulte sempre de um *diálogo*, como o conceito de *contrato* é sempre um conceito *dialógico*, poderá aproximar-se o *contrato ideal* do contrato concluído em *situação ideal de diálogo*⁷¹.

Os adeptos das teorias do discurso, como, p. ex., Habermas e Günther, distinguem quatro condições constitutivas de uma situação ideal de diálogo: Em primeiro lugar, que todos os interessados possam participar no diálogo (“participação universal”); em segundo lugar, que cada um dos participantes tenha um conhecimento ilimitado; em terceiro lugar, que cada um dos participantes tenha uma liberdade ilimitada; e, em quarto lugar, que todos os participantes tenham um tempo ilimitado para se pronunciarem⁷².

71 Vide, p. ex., Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), Guerini, Milano, 1996, pp. 55-101; John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999 – cujo conceito de posição original foi apreciado, desenvolvidamente, por Samuel Freeman, “Original Position”, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), in: WWW: < <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/original-position/> > –; Jürgen Habermas, “Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’ Political Liberalism”, in: *The Journal of Philosophy*, vol. 92 (1995), pp. 109-131; John Rawls, “Reply to Habermas”, in: *The Journal of Philosophy*, vol. 92 (1995), pp. 132-180.

72 Jürgen Habermas, “On the Cognitive Content of Morality”, in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 96 (1996), p. 356; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1988, p. 4; sobre o conceito de uma situação ideal de diálogo, vide, p. ex., Nuno Manuel Pinto Oliveira, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 70-73.

A primeira condição constitutiva da *situação ideal de diálogo* será provavelmente inadequada aos contratos – em todo o caso, aos contratos mais comuns.

Em toda a regra, os interessados no contrato são as partes, e só as partes.

Em lugar de uma *participação ilimitada, universal*, será (só será) necessária a *racionalidade* e a *razoabilidade* de todos os participantes.

A racionalidade está ligada às questões pragmáticas⁷³ e a razoabilidade está ligada às questões éticas e às questões morais⁷⁴. Entre a racionalidade e a razoabilidade, – entre o racional e o razoável, – a diferença está sobretudo em que o racional não abrange a forma particular da sensibilidade moral “que está subjacente ao desejo de cooperação equitativa enquanto tal”⁷⁵.

Enquanto agir *racionalmente* consistirá em adoptar os meios adequados à prossecução dos seus fins, ou à satisfação dos seus interesses, agir *razoavelmente* consistirá em aceitar ou em propor e, em todo o caso, em respeitar *termos equitativos de cooperação* – ou seja, em respeitar termos de cooperação que se pode esperar que sejam aceites ou propostos e, em todo o caso, respeitados pelos destinatários, em condições de liberdade e de igualdade⁷⁶.

O *contrato ideal* corresponderá àquele que as partes teriam concluído, desde que a sua *liberdade contratual* fosse exercida em *situação ideal de diálogo* – ou seja, desde que tivessem um conhecimento ilimitado de todas as circunstâncias presentes e de todas as circunstâncias futuras, desde que tivessem uma liberdade ilimitada e desde que actuassem ou exercessem a sua liberdade ilimitada de acordo com critérios de *racionalidade* e de *razoabilidade*.

Entre o conceito de contrato *ideal* e o conceito de contrato *completo* – de um *complete contract*, de um *fully-specified contract*, ou de um *vollständige Vertrag*, – como construído ou reconstruído através da *análise económica do direito*⁷⁷, há uma relação de semelhança. Os contratos incompletos seriam contratos *reais* e os contratos completos seriam contratos *ideais*, simplesmente *pensados* – haveria um contrato completo, e só haveria um contrato completo, se as partes, aquando da conclusão do contrato, chegassem a um acordo sobre a atribuição / sobre a distribuição de

73 Sobre o conceito de questões pragmáticas, *vide* por todos Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., p. 190: “As questões pragmáticas põem-se na perspectiva de quem – agindo no quadro de determinadas finalidades e preferências – procura os meios mais apropriados para a realização dos seus fins”

74 Sobre o conceito de questões éticas e morais, *vide* por todos Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., pp. 190-193.

75 John Rawls, *O liberalismo político* (título original: *Political Liberalism*), Editorial Presença, Lisboa, 1997, pp. 73-74.

76 John Rawls, *O liberalismo político*, cit., p. 76.

77 Cf. designadamente Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Berlin / Heidelberg, 2012, pp. 460-465 – explicando que a função do direito dos contratos, de todo o direito dos contratos, é a reconstrução do contrato completo, pela lei ou pelo juiz (através da interpretação e da integração).

todos os riscos relacionados com a sua execução⁷⁸. Em termos em tudo semelhantes ao contrato concluído em situação ideal de diálogo, o contrato completo deveria considerar todos os acontecimentos possíveis⁷⁹, descrever todos os riscos e distribuir todos os riscos descritos, da forma adequada aos interesses recíprocos das partes⁸⁰.

A pressuposição do contrato completo é a de que as partes se comportem de forma racional; de que disponham de todas as informações relevantes e de que, dispendo de todas as informações relevantes, decidam em condições justas – logo, sem dolo, sem coacção ou sem influência de um poder de monopólio⁸¹. Entre as pressuposições do contrato completo, como construído pela análise económica do direito, e as pressuposições do contrato ideal, como re-construído, há uma diferença, só uma diferença sensível. O contrato completo remete para o conceito de *racionalidade*; para a ideia de que *cada uma das partes pretenderá aumentar as vantagens globais resultantes do contrato*⁸². O contrato ideal, esse, remete *cumulativamente* para os conceitos de *racionalidade* e de *razoabilidade*; para a ideia de que cada uma das partes (só) pretenderá aumentar as vantagens globais resultantes do contrato, *desde que a sua pretensão seja realizável em termos equitativos de cooperação*⁸³. Independentemente do arquétipo, do modelo ou do paradigma preferido, o preço de um contrato completo ou de um contrato ideal deverá corresponder às expectativas das partes relativas a cada um dos riscos descritos⁸⁴ – consoante o risco seja atribuído a quem estiver do lado da oferta ou a quem estiver do lado da procura, consoante seja mais provável que se concretize do risco atribuído a quem estivesse do lado da oferta ou que se concretize o risco atribuído a quem estivesse do lado da procura, o preço será mais elevado ou menos elevado – o alienante, quando suporte um risco de concretização mais provável, tenderá a exigir um preço mais elevado e o adquirente, quando suporte um risco de concretização mais provável, tenderá a conseguir um preço menos elevado⁸⁵.

O critério da lacuna encontra-se na comparação entre o contrato concluído e o contrato que as partes teriam concluído, ou deveriam ter concluído, em *situação ideal de diálogo*. Em primeiro lugar, haverá uma lacuna quando as partes não tiverem chegado a um acordo sobre a atribuição / sobre a distribuição de todos os riscos relevantes para a execução do contrato e, em segundo lugar, haverá uma lacuna quando o acordo

78 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

79 Como, p. ex., a impossibilidade, a mora ou o cumprimento defeitoso.

80 Ou seja, deveria atribuir cada um dos riscos a uma das partes e determinar qual a prestação que a parte que suporta o risco deve realizar (p. ex., diminuição do preço, indemnização pelo interesse positivo, indemnização pelo interesse negativo).

81 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 450.

82 Em consequência, cada uma das partes deverá suportar o risco que possa, com o menor custo, assegurar ou prevenir – Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 450.

83 Em consequência, cada uma das partes só deverá suportar o risco que possa, com o menor custo, assegurar ou prevenir, desde que o risco seja suportável *em termos equitativos de cooperação*.

84 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

85 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

a que as partes tiverem chegado não signifique uma atribuição / uma distribuição de todos os riscos relevantes em termos equitativos. O conceito amplo de lacuna deverá abranger as lacunas originárias e as lacunas supervenientes. A *lacuna originária* define-se como a ausência de uma regulamentação, posta a valer pelas partes, para um *problema contemporâneo da conclusão do negócio*. O *ponto omissis* prende-se com uma situação económica e jurídica que já existia. A *lacuna superveniente*, essa, define-se como a ausência de uma regulamentação para um *problema novo*. O *ponto omissis* prende-se com uma situação económica e jurídica que ainda não existia – a *lacuna superveniente* decorre “da alteração, em vida do contrato, da situação económica e/ou jurídica existente, na data em que ele foi celebrado”⁸⁶. Enquanto na *lacuna originária*, a falha regulativa se manifestaria logo no momento inicial da conclusão do negócio, na *lacuna superveniente*, manifestar-se-ia em momento subsequente – manifestar-se-ia no momento da execução do negócio⁸⁷.

A lacuna originária pode ser desconhecida ou conhecida, não-intencional ou intencional – será desconhecida, não-intencional, desde que as partes não prevejam o problema e será conhecida, intencional, desde que as partes prevejam o problema e, não obstante, optem por não o resolver⁸⁸.

“Se Adão e Eva quisessem chegar a acordo sobre a distribuição de todos os riscos do seu comum projecto de provarem o fruto da árvore proibida, ainda estariam sentados no Jardim do Paraíso, entretidos com as suas negociações”⁸⁹.

A lacuna superveniente, essa, será sempre desconhecida e não intencional.

Considerando que o *fim da interpretação* deve reconduzir-se a um *subjectivismo* e, dentro dos subjectivismos, a um *subjectivismo actualista*, os contratos duradouros põem, e põem sempre, o problema das *lacunas supervenientes*.

O *regulamento contratual*, como todo o *regulamento*, pode conter *lacunas*; ora um subjectivismo actualista “alarga [...] o campo das lacunas (supervenientes) em relação ao que decorreria do mero objectivismo actualista”⁹⁰.

86 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014 [= disponível em: WWW. < [http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico_\(Final\).htm](http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico_(Final).htm) >].

87 António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, p. 777.

88 Cf. Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 432: Elevados custos de transacção, em especial elevados custos de informação, fazem com que alguns contratos só sejam possíveis se os seus riscos forem especificados de uma forma incompleta, imperfeita”.

89 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

90 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 17.

4. O problema das *lacunas do contrato* poderá resolver-se através da interpretação complementadora⁹¹, da interpretação integradora⁹² ou da integração do contrato⁹³. Os autores portugueses tendem a tomar termos interpretação complementadora, interpretação integradora ou interpretação integrativa como equivalentes da *ergänzende Auslegung* do direito alemão e da *integração das declarações negociais* do art. 239.º do Código Civil português.

a) O alcance do art. 239.º do Código Civil deve circunscrever-se através de um *princípio da prioridade das soluções negociadas sobre as soluções não negociadas*.

A *autonomia privada* tem como corolário que o conteúdo do contrato deve ser determinado *em primeira linha* pelos sujeitos da relação contratual, pelas partes, e só *em segunda linha*, ou seja: só *subsidiariamente*, por sujeitos estranhos à relação contratual – p. ex., pelo tribunal. Ehrlicke fala, de forma impressiva, de um princípio do *primado da renegociação*⁹⁴. Existindo uma lacuna, a integração extrajudicial, através de uma renegociação do contrato, deverá ter precedência ou prioridade sobre a integração judicial⁹⁵ – e, na integração extrajudicial, através de uma renegociação do contrato, cada uma das partes está adstrita a *um dever de conduta conforme a um padrão ou standard de razoabilidade*.

O caso da *liberdade de conclusão ou não conclusão* e o caso da *liberdade de cooperação ou de não cooperação para a adaptação de um contrato perturbado* são casos distintos. Confrontando-se com a alternativa de contratar ou de não contratar, “de vincular-se juridicamente ou não”, pode sustentar-se que a liberdade do sujeito está ainda *fora do direito*⁹⁶. O sujeito é ainda “arbitrariamente livre”⁹⁷. Baptista Machado fala, impressivamente, de uma “liberdade de arbítrio”⁹⁸, de uma “liberdade de exercício arbitrário”⁹⁹,

91 Expressão preponderante na doutrina e na jurisprudência alemãs [cf. designadamente Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 1992, pp. 321-331; Otto Sandrock, *Zur ergänzende Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht. Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht*, Springer, Wiesbaden, 1966; Wolfram Henckel, “Die ergänzende Vertragsauslegung”, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 160 (1960), pp. 106-126; Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, in: *Rabels Zeitschrift für das ausländische und internationale Privatrecht*, vol. 60 (1996), pp. 661-690].

92 Cf. João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, Scientia Juridica, Braga, 1991, pp. 457-621 (esp. nas pp. 482-485).

93 Expressão preponderante na doutrina, na jurisprudência e na legislação portuguesas.

94 Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, cit., pp. 685-688.

95 Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, cit., p. 685.

96 Cf. João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Juridica, Braga, 1991, pp. 457-621 (464).

97 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 464.

98 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 463.

99 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 468 (nota n.º 24).

de um “arbitrio contingente”¹⁰⁰, de um “arbitrio subjectivo”¹⁰¹ e de uma “liberdade da vontade empírica”¹⁰². Confrontando-se com a alternativa de cooperar ou de não cooperar para a adaptação de um contrato perturbado, não pode, porém, sustentar-se que a liberdade do sujeito esteja *fora do direito*. O sujeito não é já “arbitrariamente livre”. O contrato significa o trânsito da subjectividade para a inter-subjectividade¹⁰³; significa o trânsito do anormativo para o normativo¹⁰⁴; do *arbitrio* para a *liberdade*; do padrão de conduta de um *homem empírico* para o padrão de conduta de um *homem (racional e) razoável*¹⁰⁵. O *trânsito* da subjectividade para a inter-subjectividade significa a adstrição a um dever de boa fé – e, dentro dos corolários do dever de boa fé, a um dever de cooperação¹⁰⁶.

Entre os corolários do dever de *cooperação construtiva* está (pode estar) um dever ou um ónus de (re)negociação do contrato *afectado* ou *perturbado*. O dever de *cooperação construtiva* concretiza-se, designadamente, no dever de *participação construtiva* na reconformação do conteúdo das relações contratuais¹⁰⁷.

b) Esgotada a possibilidade de uma resolução do problema através de uma *negociação* ou de uma *re-negociação*, o art. 239.º do Código Civil enuncia dois critérios para a integração das lacunas do contrato – o primeiro corresponde à vontade conjectural ou hipotética *de ambas as partes*¹⁰⁸ e o segundo, à boa fé.

O aplicador do direito deveria começar pela vontade conjectural ou hipotética¹⁰⁹. O critério da boa fé desempenharia duas funções. Em primeiro lugar, desempenharia

100 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., pp. 463 e 465.

101 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 463.

102 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 463.

103 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., pp. 466 e 469.

104 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 466.

105 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 469.

106 O acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011 fala, impressivamente, de um dever de *cooperação construtiva* entre as partes do contrato – cf. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, pp. 373-376

107 Sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, vide a anotação de Lorenz Kähler, in: *Juristische Rundschau*, 2012, pp. 454-460 e, desenvolvidamente, Jan D. Lüttringhaus, “Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 213 (2013), pp. 266-298; ou Christoph Thole, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, in: *Juristenzeitung*, 2014, pp. 443-450.

108 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “Nos contratos é necessário que a vontade hipotética traduza a vontade de ambas as partes. Não haveria contrato (e, portanto, não estaremos perante uma lacuna) se apenas uma das partes houver previsto (ou previsto nestes moldes) o ponto omissis”.

109 Cf. designadamente Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao arts. 239.º, in: *Código civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º-761.º*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 226-227 (226) – “Como regra, deve atender-se à vontade presumível dos declarantes” – ou Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “A partir dos elementos disponíveis do negócio (sentido jurídico apurado, elementos de interpretação), o intérprete deve construir a vontade que as partes teriam tido se se tivessem apercebido da existência de lacuna e tivessem regulado o ponto omissis”.

uma função complementadora – aplicável, p. ex., aos casos em que houvesse divergência entre as vontades hipotéticas de cada uma das partes do contrato¹¹⁰ – e, em segundo lugar, desempenharia uma função correctiva ou correctora – aplicável aos casos em que os resultados da vontade hipotética fossem contrários à boa fé¹¹¹. Começando pela vontade conjectural ou hipotética, o aplicador do direito deveria comparar os resultados da aplicação dos dois critérios, do critério da boa fé e do critério da vontade hipotética, e desde que os resultados do critério da vontade conjectural ou hipotética fossem contrários à boa fé deveria aplicar exclusivamente o critério da boa fé¹¹². Em consequência, o critério da boa fé seria um limite – e, desde que o limite da boa fé fosse ultrapassado, como o critério exclusivo de integração do contrato¹¹³.

O texto da lei dá lugar a dúvidas sobre o sentido do termo vontade conjectural ou hipotética e sobre a relação de precedência ou de prioridade entre os dois critérios, entre os critérios da boa fé e da vontade hipotética.

Quanto ao termo *vontade conjectural* ou *hipotética*, discute-se se deve tomar-se em sentido naturalístico ou em sentido não-naturalístico, em sentido normativo – e, desde que deva tomar-se em sentido normativo, se a vontade hipotética relevante será uma vontade hipotética subjectiva ou objectiva¹¹⁴.

Quando à relação de precedência ou de prioridade entre os dois critérios, entre os critérios da boa fé e da vontade hipotética, das duas, uma. Ou bem que a vontade hipotética é entendida em sentido naturalístico, como uma vontade *quase real*¹¹⁵, e a boa fé está *fora* da vontade hipotética. Ou bem que a vontade hipotética é entendida em sentido normativo, e a boa fé está *dentro* da vontade hipotética.

110 Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao arts. 239.º, in: *Código civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º-761.º*, cit., p. 226 – o critério da boa fé aplicar-se-ia em especial aos casos de divergência “entre a vontade presumível de uma das partes e a vontade presumível da outra”.

111 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “A boa fé estabelece um limite à vontade hipotética como critério de integração de lacunas: é necessário que o preceito obtido não seja contrário à boa fé”.

112 Cf. designadamente Manuel Pita, anotação ao art. 239.º, in: Ana Prata (coord.), anotação ao art. 239.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pp. 292-293 (293): “A directiva [do art. 238.º] é a de que, em matéria de integração, as duas vontades [– a vontade hipotética individual ou subjectiva e a vontade hipotética objectiva, conforme à boa fé –] devem ser comparadas e que, em caso de contradição, prevalece a vontade hipotética objectiva imposta pela boa fé”.

113 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., pág. 704: “A boa fé funciona simultaneamente como limite e critério alternativo, em caso de ultrapassagem do limite”.

114 Cf. desenvolvidamente António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1070-1072 (nota n.º 643) ou António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., pp. 770-775.

115 Expressão de Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548.

O problema está em que, em qualquer das duas hipóteses, o art. 239.º suscita dúvidas. Se a boa fé estiver fora da vontade hipotética, discute-se a legitimidade de aplicar ao contrato uma disposição contrária àquela que ambas as partes teriam querido¹¹⁶. Se a boa fé estiver dentro da vontade hipotética, discute-se a necessidade de distinguir os dois critérios¹¹⁷. A vontade hipotética em sentido naturalístico deveria determinar-se através de uma indagação efectiva¹¹⁸ – e a indagação efectiva seria, em substância, uma indagação psicológica¹¹⁹. A vontade hipotética em sentido não naturalístico, normativo, poderia determinar-se a partir de uma perspectiva (mais) subjectiva ou (mais) objectiva.

A partir de uma perspectiva mais subjectiva, em que a vontade hipotética seria a vontade que as partes teriam tido se tivessem procedido *racionalmente*. *A partir de uma perspectiva mais objectiva*, em que a vontade hipotética seria a vontade que as partes teriam tido se tivessem procedido *razoavelmente*.

Estando em causa a reconstrução de uma vontade hipotética subjectiva, seria ainda necessária uma indagação psicológica – para determinar o fim que as partes tiveram, ou o fim que as partes teriam tido. As cláusulas do contrato deveriam determinar-se através da aplicação de uma ideia de racionalidade – o aplicador do direito deveria fazer com que o regulamento contratual contivesse os meios necessários para realizar o fim que as partes tiveram, ou do fim que as partes teriam tido. Estando em causa a reconstrução de uma vontade hipotética objectiva, não seria já necessária nenhuma indagação psicológica. As cláusulas do contrato deveriam determinar-se sobretudo através da aplicação de uma ideia de razoabilidade – o aplicador do direito deveria fazer com que o regulamento contratual fosse um regulamento justo. Em vez de indagações psicológicas, a interpretação complementadora, integadora ou integrativa exigiria uma consideração objectiva ou uma ponderação objectiva das situações existentes, tendo em conta as declarações negociais e os fins das partes¹²⁰.

Entre a concepção naturalística e a concepção não-naturalística, normativa, da vontade conjectural ou hipotética, Baptista Machado¹²¹ e Menezes Cordeiro¹²² dão preferência à concepção normativa e, entre as concepções normativas subjectiva e objectiva, dão preferência a uma concepção objectiva:

116 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548: “... se a vontade hipotética das partes houver de entender-se em sentido naturalístico, sendo ela comum ou convergente, mostra-se questionável, pelo menos na generalidade das situações, que em nome da boa fé se venha desatendê-la”.

117 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548.

118 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

119 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1072 (nota n.º 643).

120 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

121 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *João Baptista Machado. Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, cit., pp. 482-483.

122 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1070-1072 (nota n.º 643).

“... quando se refere a ‘vontade hipotética’ das partes (cfr. o art. 239.º do Código Civil) como factor de integração, [...] dev[e] entender-se [a] ‘vontade hipotética’, não como uma vontade psicológica (como vontade do homem empírico), mas como um critério normativo – quer dizer, como um critério de razoabilidade e boa fé, como vontade do ‘homem normativo’ ou homem razoável”¹²³.

Em lugar de uma ideia plural, não unitária, deveria reconhecer-se no direito civil português uma “... ideia unitária de interpretação complementadora, ligada à vontade hipotética objectiva das partes. Esta emerge de uma síntese entre o contrato, projectado das declarações de vontade individuais, é a boa fé, entendida como regra de ponderação objectiva, equilibrada e equitativa – mas não de equidade!”^{124, 125}. O critério da vontade conjectural ou hipotética significaria, tão-só, que o aplicador do direito está vinculado pelas *bases de valoração* aceites pelas partes¹²⁶ – e que, como o aplicador do direito esteja vinculado pelas *bases de valoração* aceites pelas partes, deveria atender-se ao contexto global do contrato, aos fins do contrato e à situação de interesses, configurada por cada uma das partes¹²⁷. O critério da boa fé, esse, significaria que, dentro do quadro correspondente ao contexto global, aos fins do contrato e à situação de interesses, deveria perguntar-se por “... aquilo que pode considerar-se como atribuível a cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses”¹²⁸. Face à substituição dos critérios naturalísticos por um critério não naturalístico, normativo, a expressão vontade conjectural ou hipotética deveria considerar-se como “expressão... no essencial imprópria”¹²⁹.

5. Ora a a alteração das circunstâncias poderá representar-se como uma *lacuna superveniente* do contrato – e, desde que a alteração das circunstâncias possa representar-se como uma *lacuna superveniente*, o critério para a resolução dos problemas postos pela alteração das circunstâncias poderá e porventura deverá resultar de uma *vontade conjectural, hipotética*, em sentido *normativo*.

123 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: João Baptista Machado. *Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, cit., pp. 483-484.

124 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

125 Em termos semelhantes, ainda que atribuindo alguma prioridade à concepção naturalística, Evaristo Mendes e Fernando de Sá sustentam que “[e]m princípio, num comum contrato bilateral de troca, na falta de elementos que lhe permitam concluir com razoável segurança que as partes concretas teriam efectivamente consagrado certa solução se tivessem pensado no assunto (vontade hipotética *quase real*). [o aplicador do direito] deve prioritariamente procurar determinar o que as mesmas partes que definiram o conteúdo conhecido do negócio, agindo de forma coerente, como pessoas razoáveis e de boa fé, e ponderando os interesses em jogo, teriam acordado se houvessem previsto o ponto omissivo; ou, noutros termos, deve procurar o modo como uma pessoa normal, razoável e de boa fé, pertencente ao círculo comum a ambas as partes, se fosse o caso, integraria a lacuna” [anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 551].

126 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

127 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

128 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

129 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1072 (nota n.º 643).

O contrato só será *tomado a sério* desde que o seu alcance seja limitado àquilo que as partes pensaram e quiseram regulamentar¹³⁰; como o contrato só será *tomado a sério* desde que o seu alcance seja limitado àquilo que as partes pensaram e quiseram, deverá dar-se uma definição ampla de lacuna, em termos de abranger e/ou de compreender os casos em que falta a regulamentação necessária para que o programa contratual convencionado se realize *de uma forma completa* ou *de uma forma adequada, racional e razoável* – “de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”¹³¹.

O conceito de lacuna implícito no art. 239.º concretizar-se-ia através dos requisitos explícitos no art. 437.º; e o regime da integração de lacunas explícito do art. 239.º concretizar-se através dos efeitos do art. 437.º do Código Civil.

A *modificação do contrato* segundo a *equidade* converter-se-ia numa modificação do contrato segundo a *vontade hipotética*, em sentido *normativo*, e a *resolução* reservar-se-ia para dois tipos de casos: para aqueles em que a vontade hipotética, em sentido normativo, fosse no sentido do aditamento ao contrato de uma *cláusula resolutiva*; para aqueles que que a modificação do contrato segundo a *vontade hipotética*, em sentido *normativo*, fosse inadequada ou insuficiente para a reconstituição do contrato que as partes teriam concluído em alguma *situação ideal de diálogo*, ou em situação análoga a alguma *situação ideal de diálogo*.

O raciocínio em favor da coordenação do problema da alteração das circunstâncias ao sistema da interpretação complementadora, da interpretação integradora ou da integração é de alguma forma confortada pelo direito comparado – em todo o caso, pelas conclusões de uma obra clássica, porventura da mais clássica entre todas as obras clássicas de direito comparado¹³².

Hein Kötz chamou há algum tempo a atenção para que o § 313 do Código Civil alemão “induz em erro, dando-nos a impressão de que, no § 313, está em causa uma derrogação, uma quebra, do princípio da vinculatividade contratual (*pacta sunt servanda*)”¹³³. “[O] contrato é a lei que as partes põem a valer entre si (*nach dem die Parteien angetreten sind*)” – e, como o contrato é a lei que as partes põem a valer entre si,

“[o] juiz deve tomá-la com ponto de partida para as suas considerações; não deve ser determinante a circunstância de o cumprimento se tornar inexigível,

130 Cf. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, p. 338.

131 O texto retoma a descrição do exemplo de Evaristo Mendes / Fernando de Sá, em anotação ao art. 239.º do Código Civil: “A aplicação do [art. 239.º do Código Civil] pressupõe, naturalmente, a existência de uma lacuna; e de uma lacuna *suprível*” – por exemplo, por “falta[r] uma disposição regulatória sem a qual o programa contratual acordado não se realiza completamente e de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”.

132 Cf. Konrad Zweigert / Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 516-537.

133 Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 412 – continuando com a afirmação de que as fórmulas do § 313 do Código Civil são fórmulas vazias (*Leerformeln*) e, como fórmulas vazias, conquanto bem-intencionadas, não permitem uma fácil coordenação dos casos aos seus conceitos.

ou de as consequências do cumprimento se tornarem inaceitáveis ou intoleráveis – determinante deve ser sim a *distribuição contratual dos riscos*, alcançada através da interpretação (complementadora) do contrato”¹³⁴.

Em lugar de uma derrogação, de uma quebra, do princípio da vinculatividade contratual, a modificação ou a resolução do contrato é uma *actualização do regulamento objectivo* ou da *regulamentação objectiva* posta a valer pelas partes. Em dois sentidos. Em primeiro lugar, no sentido mais técnico, mais filosófico, da palavra *actualização* – *passar da potência ao acto; tornar real*. Em segundo lugar, no sentido menos técnico da palavra *actualização* – *tornar mais actual, mais moderno*¹³⁵. Como todas as normas, contratuais ou legais, a regulação, o regulamento ou a regulamentação posta a valer pelas partes há-de tornar-se mais *actual*, mais *moderno*, para que possa tornar-se *real*. O raciocínio de Kötz coincide praticamente com o raciocínio de Vaz Serra – com a tese da *aplicação cumulativa dos arts. 239.º e 437.º do Código Civil*. O problema da *alteração das circunstâncias* seria, sempre, um problema da *integração de lacunas supervenientes*: “a alteração das circunstâncias basilares do negócio”, criando “uma situação que não está regulada”, ainda que “care[ça] de regulação”, corresponderia a uma lacuna¹³⁶. “[T]ratar-se-ia de preencher uma lacuna [do contrato] para uma situação não prevista”¹³⁷. Ora, como o problema da alteração das circunstâncias seria, sempre, um problema de integração de lacunas supervenientes, deveria aplicar-se cumulativamente o art. 239.º e o art. 437.º para que se completassem e esclarecessem reciprocamente: “o tribunal [deveria] fixar os efeitos jurídicos que as partes teriam estabelecido se houvessem previsto a nova situação e, preferentemente, os impostos pela boa fé”¹³⁸.

Os resultados da construção do problema da *alteração das circunstâncias* como um problema da *integração de lacunas supervenientes* concretizar-se-iam, p, ex., na relação de precedência ou de prioridade entre os dois efeitos da alteração das circunstâncias, entre o direito à modificação e o direito à resolução do contrato – a modificação e a resolução do contrato “não dev[er]iam produzir-se, sem mais, à escolha [das partes]”¹³⁹. Os critérios aplicáveis à relação entre os dois efeitos da alteração das

134 Hein Kötz, *Vertragsrecht*, cit., p. 412: “Com base na distribuição contratual, decidir-se-á se o risco da alteração das circunstâncias, ou da frustração das representações [sobre as circunstâncias existentes no passado ou no presente], deve ser suportada pelo autor ou pelo réu ou se, fora dos casos em que recaia sobre a parte por quem deva ser suportada, a parte prejudicada poderá exigir a modificação do contrato ou, se necessário, a sua resolução”.

135 Academia das Ciências de Lisboa, *Dicionário de língua portuguesa contemporânea*, vol. I – A-F, Verbo, Lisboa / São Paulo, 2001 – entradas *actualização* e *actualizar*.

136 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 111 (1978-1979), n.ºs 2361 e 2362 (pp. 338-352 e 354-356, respectivamente – em especial, na p. 348).

137 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 349.

138 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 349.

139 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 348.

circunstâncias do art. 437.º, n.ºs 1 e 2, deveriam encontrar-se na *finalidade do contrato*, na *boa fé*, na *vontade conjectural ou hipotética das partes* e, em termos mais amplos e mais gerais, nas (em todas as) *circunstâncias atendíveis* do caso concreto¹⁴⁰.

O resultado só poderá ser reforçado pela constatação dos *perigos* de alguma *imprudência* – conquanto desvalorizada, a adequada interpretação das disposições relativas à *alteração das circunstâncias* é uma condição necessária para *evitar* que o *preço* das decisões políticas relacionadas com a sustentabilidade seja uma *destruição* das relações económicas; de relações económicas cuja *forma jurídica* mais comum é a de relações *contratuais*.

140 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 348.

As dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.7>

Pedro Cruz e Silva*

1. Abordar as dimensões sociais dos contratos públicos em Portugal significa, antes de mais, admitir e assumir a centralidade do contrato na esfera da ação pública¹. Ora, esta centralidade do contrato decorre de múltiplos fatores, dos quais se pretende destacam somente três: **a)** a centralidade do contrato que decorre de um intensíssimo enquadramento internacional, do qual as diretivas comunitárias são apenas uma parte ou uma contribuição. Enquadramento internacional que vem já do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, de 1979, passando pelo Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos, de 1994, até à “Lei Modelo” da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, do mesmo ano de 1994. Verifica-se, desta forma, e no panorama internacional, a existência de uma teia regulatória detalhada e ambiciosa para o fenómeno dos contratos públicos, que decorre, muito provavelmente, do reconhecimento de que, segundo estimativas da Organização Mundial de Comércio, a contratação pública internacional representa cerca de 10% a 15% do PIB mundial; por outro lado, ainda há bem pouco tempo alguma imprensa europeia fazia eco do impacto financeiro do contrato como instrumento para o cumprimento das funções dos vários Estados-membros da União Europeia. Neste sentido, os números divulgados demonstram que aproximadamente trinta e cinco por cento da despesa pública e dezassete por cento do PIB de toda a União Europeia estão afetos à execução de políticas públicas através de contratos; **b)** a centralidade do contrato que decorre do facto de as fórmulas contratuais constituírem, na generalidade dos países, o “*instrumento típico de normalização das relações*”² entre as administrações públicas e a sociedade, em especial no domínio económico e nas atividades do terceiro setor ou setor social. Efetivamente, a fórmula contratual institui e normaliza (no sentido em que consolida) as relações de cooperação, de colaboração, de apoio financeiro e de sujeição de várias organizações a um controlo administrativo. “(...) *Considerando*

* Advogado, Árbitro do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal.

1 A referida centralidade não é isenta de riscos e aporta diversas e multifacetadas consequências. Para mais, Mário Aroso Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo – No quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos revisto*, Almedina, 2018, designadamente p. 67 em diante; e Pedro Moniz Lopes, *Contratos Administrativos e Boa Fé – em especial, da relevância das condutas prévias e concomitantes à execução para a interpretação dos contratos administrativos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2019, pp. 7 a 39.

2 Licínio Lopes Martins, *Contrato Público e Organização Administrativa*, Estudos de Contratação Pública, Volume I, Coimbra Editora, 2008, p. 673.

*uma abordagem rigorosamente jurídica, “law-centred” – que vê o contrato como um instrumento de criação e de produção de efeitos jurídicos, de “direitos” e de “obrigações” – oferece-se, ainda assim, indiscutível a centralidade do contrato na ação da Administração Pública do nosso tempo: compras públicas (empreitadas, aquisições de serviços e de produtos), gestão e exploração de obras públicas e de serviços públicos económicos e não económicos, relações de emprego público e afins, prestação de serviços aos cidadãos, relações interadministrativas, relações internas e exercício de poderes públicos são áreas de ação administrativa em que o contrato encontra uma larga, e aliás crescente, utilização”³; a nova cultura contratual a que vimos assistindo nos últimos anos (também designada de *contract welfare*) parece especialmente desenhada para a realização de determinadas políticas públicas, introduzindo maior eficiência e eficácia na gestão e execução do serviço público, sem se perder a vigilância do titular das políticas e do serviço; c) por último, a centralidade do contrato que é normativamente imposta, isto é, que decorre da forma como o nosso Código do Procedimento Administrativo português⁴, enquanto lei de procedimento administrativo comum, de que o Código dos Contratos Públicos será, nesta perspetiva, *lei especial*, equipara, em vários momentos e por várias formas, o contrato às demais formas do agir administrativo, isto é, ao ato e ao regulamento administrativo.*

Admitir a centralidade do contrato nestes termos tão amplos, faz correr o risco, porém, de alargar o âmbito deste sucinto trabalho para lá das fronteiras naturais que decorrem do seu título – as *dimensões sociais dos contratos públicos* – e aporta uma muito delicada imprecisão à mensagem discursiva que se pretende divulgar.

Importa, por isso, balizar o tema, definindo-o, em primeira linha, pela negativa: não serão abordadas as temáticas contratuais ou as relações jurídicas contratuais que se criam entre as administrações públicas e o setor social (ou com a administração da saúde, por exemplo); mas definindo-o, também e em segunda linha, pela positiva: abordar-se-á a dimensão social dos contratos que estão especificamente regulados no nosso Código dos Contratos Públicos⁵, o equivale a sustentar que, mesmo aos contratos aos quais se aplica o Código dos Contratos Públicos, isto é, aos contratos mais concorrenciais que o legislador foi capaz de identificar – contratos de manifesto interesse industrial ou comercial, para utilizarmos as expressões legais em curso – é possível identificar preocupações sociais e, a partir deles (dos contratos), promover determinadas políticas públicas horizontais. Pretende-se, no fundo, publicitar as *preocupações sociais* (ou, pelo menos, algumas delas, talvez as mais relevantes, na nossa falível perspetiva) que o legislador português foi capaz de definir *a partir* do texto positivado da lei nacional de compras públicas.

2. Estruturalmente, há um passo inultrapassável na compreensão do contrato na dinâmica da promoção de políticas públicas que se mostra resumido na seguinte

3 Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Volume I, Almedina, p. 16.

4 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

5 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, com entrada em vigor, na ordem jurídica portuguesa, no dia 1 de Janeiro de 2018, nos termos do artigo 13.º do seu diploma preambular.

questão: sempre que as administrações públicas lançam mão de um contrato, estarão, ao mesmo tempo, a executar uma política pública? Parece claro que não. Quando um determinado serviço público compra papel, ou um veículo automóvel, ou uma fotocopiadora, está, do mesmo passo, a cumprir uma política pública? Sem prejuízo da definição sempre imprecisa do que seja uma “política pública”, julga-se inequívoco que estas aquisições, em si mesmas e de forma isolada, não são aptas a revelar qualquer definição de políticas públicas.

Pode, pelo contrário, afirmar-se que o contrato estará ao serviço de determinadas políticas públicas quando, para além do seu conteúdo típico (partes, objeto, prazo ou preço, por exemplo), se acrescenta ao seu teor um segmento ou parte que, em condições de *normalidade contratual*, não estaria ali (forçosamente) prevista. Isto é: o contrato assume a execução de políticas públicas quando lhe são apostas certas cláusulas *exorbitantes* ao próprio objeto contratual. O raciocínio exemplifica-se da seguinte forma: o contrato de empreitada de obra pública assumirá a vocação de promotor de políticas públicas ambientais ou sociais, por exemplo, quando exigir ao empreiteiro que, na execução da obra, utilize determinados produtos amigos do ambiente ou quando seja obrigado a contratar, em determinada percentagem, um número definido de desempregados de longa duração ou de pessoas com mais de cinquenta anos e em procura ativa de emprego. Era perfeitamente possível que o contrato de empreitada nada estipulasse quanto a estas obrigações *exorbitantes*, sem que isso representasse qualquer embaraço para a construção daquela obra pública em concreto. Todavia, ao invés de ser estipulada, em letra de lei, a obrigação de todos os adjudicatários de obras públicas recorrerem a certos produtos ou à contratação de certas pessoas pertencentes a determinados grupos sociais, tal obrigação passa, afinal, a constar de contrato ou dos documentos que enformam o procedimento pré-contratual, por força da disponibilidade que a lei demonstra para esse efeito – neste caso, o Código dos Contratos Públicos – determinando o cumprimento dos mesmos objetivos, mas, neste caso, por recurso ao mecanismo jurídico contratual.

3. Acima foi deixada referência ao contexto regulador internacional da contratação pública, fazendo-se menção de que as diretivas comunitárias são uma parte desse contexto regulador. Sendo, de facto, apenas uma parte, as diretivas são, todavia, uma parte muito significativa dessa regulação, na medida, desde logo, em que criam obrigações específicas aos legisladores nacionais e condicionam, por esse motivo, as opções legislativas que, em cada Estado Membro da União Europeia, são oferecidas às leis, ou aos códigos, como é o caso do ordenamento jurídico português, da contratação pública.

É reconhecido por todos, sem dificuldade, que a Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (de ora em diante, apenas Diretiva 2014/24/EU), relativa aos contratos públicos, deu novos impulsos a esta disciplina, configurando-se como mais uma *onda*, se a expressão for concedida, desta cíclica agitação que, mais ou menos de dez em dez anos, se acerca do direito das compras públicas no espaço comunitário.

Não foi, de facto, com a referida Diretiva que se iniciou a discussão sobre as possibilidades de implementação de políticas públicas através dos contratos, ou de políticas horizontais associadas aos contratos públicos. Há um conjunto diversificado de outros instrumentos (recomendações, livros verdes⁶, e, acima de tudo, uma intensa produção judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia, tão intensa, quanto uniforme, aliás) que já reconheciam o potencial regulador da contratação pública para, sobretudo em momentos de crise, se transformar numa ferramenta que minimize os efeitos de recessões económicas e financeiras, através do incremento e da prossecução de políticas sustentáveis. Ganhou curso corrente a designação *contratação pública estratégica*, isto é, uma disciplina normativa que concilie as exigências da construção de um mercado interno, para o qual é imprescindível a efetiva concorrência dos operadores económicos nas compras públicas, com a adoção, paralelamente, de outros objetivos ou de outros desideratos, em especial no domínio social, ambiental e da inovação científica e tecnológica. “*O processo iniciou-se antes, mas a reforma de 2014 do direito da União Europeia consagrou de forma clara uma abertura à designada utilização estratégica da contratação pública: a fórmula refere-se precisamente ao potencial regulatório dos contratos públicos, e chama a atenção para o facto de a adjudicação de contratos públicos constituir uma ferramenta para a realização de objetivos públicos que ultrapassam a realização da compra; a ideia é a de que a realização de compras públicas se traduz numa participação no mercado, “but regulating it at the same time”*”⁷. Por isso se adota também a expressão *políticas horizontais*⁸ para significar que estas políticas ambientais⁹ ou sociais devem ter a mesma legitimidade que qualquer outro objetivo prosseguido pela contratação pública, ou seja, na construção dos procedimentos pré-contratuais, os valores sociais ou ambientais podem valer tanto como os valores concorrenciais, de igualdade ou de transparência. Talvez mais: ao assumir que a proteção de interesses sociais deve ocupar um lugar central na disciplina jurídica da contratação pública¹⁰ – proteção de pessoas deficientes, promoção da

6 Como, a título de exemplo, o “Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, COM (2011) 15 final.

7 Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, p. 318.

8 Entre outros, S. Arrowsmith / P. Kunzlik, *Public procurement and horizontal policies in the EC law: general principles*, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions, Cambridge University Press, 2009, em especial pp. 10-12.

9 Ana Raquel Gonçalves Moniz, *Tutela do ambiente e preparação do procedimento de contratação pública no contexto da revisão do Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (Março de 2018), pp. 23 e ss.

10 A Comunicação da Comissão Europeia de 03/10/2017 COM (2017) 572 final, denominada “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa”, começando por alegar que “a contratação pública é um instrumento estratégico da “caixa de ferramentas” da política económica de cada Estado Membro” (folha 3), afirma que uma das prioridades da contratação pública na Europa, sob o sugestivo título “4. O que deve melhorar – seis prioridades estratégicas”, deve mesmo ser garantir a adoção generalizada da contratação pública estratégica, de forma a desempenhar “um papel mais importante para os governos centrais e locais com vista a responder aos objetivos económicos, sociais e ambientais, tais como a economia circular”. Os contratos públicos ecológicos, os contratos públicos baseados em valores de cuidados de saúde ou as abordagens ao ciclo de vida para apoiar a aquisição de edifícios públicos sustentáveis são alguns dos tipos contratuais que devem merecer um desenvolvimento acelerado por partes das entidades adjudicantes nacionais (fls. 9 e 10).

igualdade de género, combate à precariedade laboral ou ao desemprego, preservação do meio ambiente, estímulo à participação de pequenas e médias empresas no mercado das compras públicas – o direito da União Europeia, e o direito nacional em consequência, são forçados a reconhecer que, no conflito entre princípios gerais da contratação pública, a concorrência, por exemplo, pode ser sacrificada (ainda que de forma mitigada) em ordem à salvaguarda de outros valores estratégicos que podem ser realizados através de contratos públicos, como sejam a preservação do comércio local ou regional ou a dinamização de certos tipos de atividade económica ambientalmente mais sustentáveis¹¹. “A compra é um instrumento de satisfazer uma necessidade determinada (naquele produto ou serviço), mas também uma ferramenta de “regulação do mercado”, de direção e de orientação das condutas dos agentes económicos, que se veem estimulados a alterar métodos de gestão, processos de produção ou políticas de empresa para se colocarem em posição de participar nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos”¹².

4. Se é verdade que não foi com a Diretiva 2014/24/EU que esta abordagem começou, foi com ela, porém, que mereceu um impulso decisivo¹³, que, de resto, vai encontrar o respetivo espelhamento no nosso Código dos Contratos Públicos, na sua redação atual. Vejamos, muito resumidamente, como.

A Diretiva é clara ao assumir uma tendencial mudança de paradigma: a contratação pública, prevê-se no seu considerando segundo, deve ser encarada como um dos instrumentos de mercado a utilizar para garantir um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo no espaço comunitário, em linha com a Estratégia Europa 2020 (constante da Comunicação da Comissão de 3 de Março de 2010, COM (2010) 2020 final, denominada *Comunicação da Comissão Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*), e, neste sentido, as regras jurídicas das compras públicas devem ser revistas, de forma a: *i)* aumentar a eficiência da despesa pública; *ii)* facilitar a participação das PME na contratação pública; *iii)* permitir a

11 O XXII Governo Constitucional aprovou, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, publicada no Diário da República n.º 110-A/2020, Série I, de 6 de Junho, o denominado *Programa de Estabilização Económica e Social*, o qual, na rubrica 5.2 (Contratação Pública e Tribunal de Contas) do seu ponto 5 (Quadro Institucional), prevê a modificação do regime jurídico nacional da contratação pública designadamente nos seguintes eixos: previsão de critérios de adjudicação relacionados com a sustentabilidade ambiental, com a inovação de processo, produtos ou materiais e a promoção do emprego científico ou qualificado; estímulo à contratação de proximidade, podendo as entidades adjudicantes promover a consideração de tais critérios nos procedimentos pré-contratuais que lancem; possibilidade de estabelecer uma reserva de participação em procedimento pré-contratual a micro, pequenas e médias empresas e a entidades das respetivas comunidades intermunicipais. Mais recentemente, o comunicado do Conselho de Ministros de 18 de Junho de 2020 oferecia nota da aprovação de uma proposta de lei, a submeter à Assembleia da República, que estabelecerá medidas especiais de contratação pública, alterando o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem que, até à presente data, tal diploma tenha sido aprovado e desconhecendo-se, de momento, os aspetos mais detalhados da referida proposta de lei do Governo.

12 Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, p. 319.

13 Carolina Ferreira Silva, *Políticas horizontais ambientais e sociais e concorrência na contratação pública: uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 15 (setembro-dezembro 2014), pp. 169 em diante.

utilização dos contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. Ao longo de toda a Diretiva, perpassa um sentimento de reconhecimento de que a geração anterior das diretivas comunitárias sobre a contratação pública, de 2004, focalizando as dimensões de concorrência, de igualdade, de participação, de mercado, criando, com minucioso e rígido detalhe, vários tipos de procedimentos pré-contratuais, acabou por fazer excluir das compras públicas uma parte significativa do tecido empresarial, principalmente daquele que, agora, se tenta recuperar para as compras públicas – que são as PME. São muitas e variadas as referências às PME na Diretiva 2014/24/EU, das quais se deve destacar a seguinte: *“dado o potencial das PME para a criação de emprego, o crescimento e a inovação, é importante incentivar a sua participação no domínio da contratação pública, tanto através de disposições adequadas da presente diretiva, como através de iniciativas a nível nacional. As novas disposições previstas na presente diretiva deverão contribuir para melhorar o nível de sucesso, ou seja, para assegurar a quota-parte das PME no valor total dos contratos adjudicados”*¹⁴ Tributária e reveladora da tendencial mudança de paradigma da perspetiva comunitária sobre a contratação pública, colocando também o emprego e o trabalho no centro das suas preocupações, é a afirmação de que devem ser previstas regras específicas para a participação, em processos de adjudicação, de empresas que concedam oportunidades a desempregados, a membros de minorias desfavorecidas ou a grupos socialmente marginalizados¹⁵. Na mesma linha discursiva, a Diretiva afirma, também, a necessidade de os procedimentos adjudicatórios assegurarem o cumprimento de normas, de regras, de requisitos ambientais, sociais e laborais¹⁶. Como e onde se podem atingir estes desideratos? A Diretiva em análise foi capaz de identificar, pelo menos, três momentos diferentes dos procedimentos pré-contratuais que parecem adequados à assunção destes objetivos: em primeiro lugar, na aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas.

5. Colocadas as questões nestes termos, importa avançar, agora, para o texto do Código dos Contratos Públicos português e perceber, por recurso a alguns exemplos retirados das suas normas, como e de que forma estão nele espelhados os mecanismos de promoção de políticas públicas horizontais.

5.1. O primeiro exemplo é, simbolicamente, o da adjudicação por lotes¹⁷, previsto no artigo 46º-A, mecanismo no qual o texto comunitário a que se foi fazendo referência supra parece depositar ostensivas (o futuro dirá se fundadas) esperanças. Aplicada ao direito das compras públicas português, a adjudicação por lotes é, apenas, uma possibilidade que se abre às entidades adjudicantes, a merecer opção se e quando a

14 Considerando 124 da Diretiva 2014/24/EU.

15 Considerando 36 da Diretiva 2014/24/EU.

16 Considerandos 37 e 40 da Diretiva 2014/24/EU.

17 Vasco Moura Ramos, *O novo regime jurídico da divisão do contrato em lotes. Algumas considerações*, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 18 (Setembro 2018), pp. 87 e ss.; Pedro Fernández Sanchez, *Direito da Contratação Pública*, Volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2020, pp. 541 e ss.

dispersão de adjudicações (e de subsequentes contratos) produzidas no mesmo procedimento for suficientemente apelativa para o decisor público. Por isso, o legislador nacional cuidou de prescrever que “*as entidades adjudicantes podem prever (...) a adjudicação por lotes*” (n.º 1 do artigo 46.º-A). Estabelece-se, porém e ao mesmo tempo, um dever expresso de fundamentação naqueles casos em que as compras são de valor considerável (€135.000,00 para a aquisição de bens ou serviços e €500.000,00 para as empreitadas de obras públicas), por se entender – parece ser essa a interpretação razoável do preceito legal – que, nestes casos, a distribuição dos recursos públicos por vários operadores económicos encontra justificação no próprio valor pecuniário que a entidade adjudicante se predispõe a gastar junto dos respetivos mercados. Realizada, porém, a fundamentação exigida – por recurso, a título meramente exemplificativo, às razões constantes das alíneas a) e b) do n.º 2 do mesmo artigo 46.º-A – nada mais obriga a entidade pública à fragmentação da adjudicação. Acresce a isto que, mesmo nos casos em que tenha sido decidido o loteamento, é sempre possível à entidade adjudicante “recentrar” a adjudicação, desde que tal possibilidade esteja expressamente prevista nas peças do procedimento (n.º 5 do artigo 46.º-A). O legislador não o diz, mas parece ser aqui enquadrável a circunstância em que o somatório dos lotes adjudicados a diferentes operadores económicos acabe por ultrapassar, largamente, o valor pecuniário que seria dispensado no caso em que a adjudicação se fizesse apenas a um prestador de serviços ou empreiteiro (operação que não prescinde, naturalmente, da apresentação e apreciação, em concreto, das propostas dos concorrentes).

5.2. O segundo exemplo parece, contudo, ser ainda mais paradigmático: estamos a referir-nos, com precisão, aos designados *contratos reservados*, previstos no artigo 54.º-A. Do que aqui se trata, portanto, é de garantir que determinados contratos das administrações públicas sejam adjudicados a empresas cujo objeto principal seja a integração social e profissional. A forma que se julgou adequada de garantir essa reserva de contratos foi a de permitir às peças do procedimento – neste caso, ao convite ou ao programa do procedimento, consoante nos estejamos a referir a um ajuste direto ou a uma consulta prévia, por um lado, ou a um procedimento concursal aberto, por outro lado – a definição do universo dos potenciais candidatos ou concorrentes. Tenha-se presente, porém, que este regime mostra-se dotado de um amplo campo de aplicação quanto aos seus próprios destinatários, já que, do que resulta do dispositivo legal, qualquer entidade, de qualquer natureza jurídica, pode mostra-se apta a participar no procedimento (e não apenas as do setor social¹⁸), o que contrasta com um outro regime de *reserva de contratos*, se for concedida a expressão, previsto no artigo 250.º-D do mesmo Código, nos termos do qual, aqui sim, o próprio legislador já definiu, não apenas o âmbito ou a tipologia dos contratos envolvidos (n.º 1 do artigo 250.º-D), como também as condições que os potenciais concorrentes devem, cumulativamente, cumprir (n.º 2 do artigo 250-D). Neste último cenário, e atentas as exigências legais, julgamos que só as entidades

18 As relações contratuais entre o Estado e o setor social, em especial as IPSS, mostram-se reconhecidas por enquadramento jurídico específico, constante do Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho, na sua redação atual, o qual estabelece, nos termos do seu próprio âmbito objetivo, os princípios orientadores e o enquadramento a que deve obedecer a cooperação entre o Estado e as entidades do setor social e solidário.

sob a forma jurídica de cooperativas reunirão todos os requisitos do catálogo, o que acabará, fatalmente, por votar este mecanismo de reserva de contratos a um muito provável insucesso. Regressando, porém, ao disposto no artigo 54.º-A, importa sublinhar que a intenção do legislador não foi a de prever, no critério de adjudicação, uma pontuação suplementar para empresas que promovam o emprego de pessoas com deficiência ou pessoas desfavorecidas (realidade que também existe, que, sobre a qual, alguma coisa se dirá de seguida e que, aliás, estaria razoavelmente em linha com o espírito do nosso Código dos Contratos Públicos de 2008, resultante da transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE), mas sim de circunscrever, realmente, o universo daqueles que podem apresentar-se ao procedimento. Em nossa opinião, o texto legislativo ficou adequado em relação à previsão da Diretiva comunitária sobre a mesma matéria, com exceção da *ratio* dos 30% constante da segunda parte da norma europeia, o que constitui uma decisão ou uma escolha do legislador nacional.

5.3. O terceiro exemplo vem do preço ou custo anormalmente baixo, previsto no artigo 71.º, e que mereceu, em nossa opinião, um tratamento de desfavor (até de alguma desconsideração) por parte da revisão do nosso Código. A proposta contendo preço anormalmente baixo passará a ser aquela que assim for qualificada em função de critérios que forem elaboradas pela entidade adjudicante, desaparecendo – com carácter legal – a previsão de uma determinada percentagem do preço base (sem prejuízo de continuar a ser possível que essa percentagem seja, afinal, um critério)¹⁹. A qualificação de uma proposta como anormalmente baixa só pode conduzir à exclusão do concorrente no caso em que os esclarecimentos por si prestados não sejam adequados e suficientes para a justificação do preço apresentado. Ora, no âmbito desses esclarecimentos, é possível ao concorrente demonstrar que a determinação de um preço bastante inferior ao preço base resultou, afinal, do cumprimento de obrigações legais em matéria ambiental, social ou laboral, isto é, o cumprimento de deveres jurídicos impostos por normas neste domínio pode determinar, em algumas circunstância, que o preço proposto para a venda de um bem, de um serviço ou de uma obra seja, afinal, consideravelmente inferior ao preço estipulado, *a priori*, pela entidade adjudicante. Apesar de colocadas as coisas nesta perspetiva pelo texto legal, somos da opinião, porém, que a análise que faz mais sentido é, precisamente, aquela que arranca da perspetiva oposta, isto é: a entidade adjudicante estabelece determinado preço base porque reconhece, por exemplo, que os custos laborais aplicáveis ao contrato que se propõe realizar estão legalmente enquadrados em instrumento de regulação coletiva de trabalho e que, portanto, é aparentemente impossível aos concorrentes apresentar preço inferior a determinado patamar, sob pena de compressão, ilegal, dos salários devidos aos trabalhadores. Pensamos que é para esta perspetiva – positiva e preventiva, se a expressão nos for consentida – que aponta a legislação comunitária e não para a perspetiva, definida pela negativa, que é exposta pelo texto legal do nosso Código dos Contratos Públicos.

19 Para mais, entre outros, Débora Melo Fernandes, *O preço anormalmente baixo no direito da contratação pública: conceito, procedimento e deveres da entidade adjudicante*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (Março de 2018), pp. 93 e ss.

5.4. O quarto e último exemplo (outros mais haveria a disponibilizar, como a matéria das especificações técnicas do artigo 49.º, por hipótese, mas as limitações de espaço não o concedem) vem do critério de adjudicação e, em especial, das novas fórmulas de densificação dos seus fatores e subfatores. No vigência do nosso Código anterior²⁰, uma parte significativa da jurisprudência e de alguma doutrina nacional impôs a proibição de valoração das equipas ou das pessoas (dos quadros técnicos) dos concorrentes, na medida em que o então artigo 75.º deixava expresso que o critério de adjudicação se há-de densificar em aspetos da proposta e não em qualidades ou atributos dos concorrentes, o que encontrou respaldo, aliás, em algumas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, em especial o conhecido “Acórdão Lianakis”²¹. Ora, o que a revisão do Código trouxe de novo em relação a esta matéria é a afirmação de que a apreciação dos “aspetos da execução do contrato a celebrar”, para utilizarmos já a expressão legal prevista no n.º 1 do revisto artigo 75.º, pode compreender, entre vários outros fatores, também a organização, a qualificação e a experiência do pessoal que, em concreto, será encarregue da execução do contrato em questão. Ou seja: mantém-se a proibição de valoração de qualidades ou características dos concorrentes (n.º 3 do artigo 75.º), mas passa a admitir-se que os fatores que densifiquem o critério de adjudicação tenham em atenção, não as características abstratas (ou não diretamente relevantes para a execução do contrato em concreto) dos concorrentes, mas as aptidões das pessoas que, especificamente, sejam mobilizadas para a execução do contrato²². Ora, esta formulação abre, claramente, a porta para que as entidades adjudicantes criem, nos seus critérios de adjudicação, fatores que premeiem a contratação de desempregados de longa duração, desde que essas pessoas sejam, em concreto, as responsáveis, total ou parcialmente, pela execução do contrato. O que, nestas circunstâncias, se torna obrigatório é que o próprio contrato já preveja as fórmulas de controlo desta obrigação (n.º 6 do artigo 75.º), o que, no fundo, equivale a reconhecer que a definição de políticas sociais no momento do critério de adjudicação obriga a uma via bipartida: (i) fixação dos fatores do critério de adjudicação no programa do procedimento e (ii) especificação das obrigações contratuais que decorrem dessas políticas sociais no caderno de encargos. Ora, é à luz deste artigo 75.º, em especial da forma como o legislador gizou os fatores ou subfatores que densificam o critério de adjudicação que melhor se pode compreender o (confusamente) previsto no n.º 2 do artigo 1º-A do Código dos Contratos Públicos: a obrigação aí imposta às entidades adjudicantes só pode ser cumprida no momento da execução do contrato e através dos mecanismos que, em concreto, o próprio contrato seja capaz de estabelecer. Do mesmo artigo 75.º ressalta outra novidade, com especial importância no domínio ambiental, já que é para aí que está expressamente direcionado o próprio teor do seu n.º 7, que é o designado cálculo dos custos do ciclo de vida²³, que, na nossa

20 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

21 Acórdão do TJUE de 24 de Janeiro de 2008 – Proc. C-532/06.

22 O que, aliás, foi expressamente admitido pela decisão proferida pelo TJUE no seu “Acórdão Ambisig” (C-601/13), suscitado, de resto, a partir dos tribunais portugueses.

23 Pedro Santos Azevedo, *Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, n.º 16 (março de 2018), pp. 71 e ss.

perspetiva, parece apontar, em primeira linha, mais para uma fórmula de fixação de custo do contrato (o que tem muita relevância sob várias luzes, desde logo porque o custo pode ser equivalente ao valor e é a partir do valor que se determina a escolha do procedimento – artigo 18.º do Código dos Contratos Públicos – não através do preço base) do que para fatores de adjudicação propriamente ditos. Não se pretende retirar importância ao tema, como é evidente, até porque se adivinham bastantes dificuldades na sua aplicação prática, mas no contexto das políticas sociais, assumem uma importância moderada, na medida em que, como referimos, este cálculo, sendo decomposto em várias possibilidades, nos parece claramente vocacionado para a compreensão do real ou verdadeiro custo de um contrato, em comparação com o custo ficcionado ou aparente, que é, em muitos casos, o custo de aquisição.

6. Encerramos o presente trabalho com duas notas absolutamente telegráficas: **a)** por um lado, e em jeito de balanço reflexivo, o Código dos Contratos Públicos português parece ter sido capaz de incorporar o essencial da diretiva comunitária sobre contratos públicos em matéria de promoção de políticas sociais, laborais ou ambientais, tanto ao nível das soluções substantivas, como ao nível dos momentos procedimentais pré-contratuais em que essa promoção se pode realizar. A Diretiva escolhia, em primeiro lugar, a aplicação dos princípios gerais da contratação pública às regras de escolha dos participantes, o que foi conseguido em sede de contratos reservados; em segundo lugar, nos critérios de adjudicação e de exclusão, o que foi conseguido em sede de densificação dos fatores e subfactores do critério de adjudicação; em terceiro lugar, na definição das propostas anormalmente baixas, o que foi feito em sede de justificações às propostas com preço anormalmente baixo; **b)** por outro lado, o nosso Código não deixou de reconhecer que a promoção de políticas sociais justas pode passar pela assunção destes compromissos nos momentos adequados dos procedimentos pré-contratuais públicos, mas também pode passar pelo reconhecimento de que alguns contratos de serviços sociais podem merecer a exclusão da aplicação da Parte II (onde se encontram previstos os tipos de procedimentos pré-contratuais públicos) do Código. Ou seja, mesmo nos casos em que estejamos perante contratos concorrenciais – desde logo, os previstos no Anexo IX ao mesmo Código – o escasso interesse transfronteiriço desses contratos, desde logo, ou a especial sensibilidade que sempre comportam os serviços à pessoa, noutra dimensão, pode justificar que as entidades adjudicantes não tenham que passar pelo crivo dos procedimentos pré-contratuais previstos no Código. É o que se mostra previsto no artigo 6.º-A, em estreita harmonia com o disposto sobre a matéria na Diretiva 24/2014/EU (seus considerandos 114 e 115)²⁴ e que demonstra

24 Se é verdade que o regime jurídico definido pelo artigo 6.º-A do Código dos Contratos Públicos se mostra conforme ao direito da União Europeia, não é totalmente seguro que, no plano do direito interno, a opção do legislador seja incontestável. Ao excluir do âmbito de aplicação da Parte II do Código os contratos sociais de valor inferior a €750.000,00 (isto é, aqueles que se mostram identificados no catálogo do Anexo IX do CCP) acabou por ser criado um vazio legal (reformulando: um *vazio procedimental*) que pode não ser compatível com princípios gerais de direito administrativo (e até de direito constitucional) como sejam a transparência dos procedimentos públicos, a igualdade dos operadores económicos em face da despesa pública (*igualdade de oportunidades*, se a expressão for consentida) ou, de forma mais genérica, o *princípio da igualdade de acesso aos benefícios económicos atribuídos pelo Estado*. Neste sentido, e rejeitando as formulações jurídicas mais recorrentes para a justificação legal do regime do artigo 6.º-A

uma via dupla para determinados contratos com ambições sociais, se nos for concedida a expressão: nuns casos, submissão à disciplina do Código dos Contratos Públicos, noutros casos, exclusão de aplicação do mesmo Código, ou melhor dito, exclusão de aplicação da sua Parte II.

do Código dos Contratos Públicos em face do direito interno, Pedro Costa Gonçalves, *obra citada*, pp. 292 e 293. Também sobre os problemas e incertezas resultantes das opções nacionais em sede de contratos sociais, Pedro Fernández Sánchez, *obra citada*, pp. 235 e ss.

Regime jurídico da gestão e recursos naturais, desenvolvimento sustentável e pandemia

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.8>

Ricardo António Lucas Camargo*

A temática do “desenvolvimento sustentável” tem sido objeto de discussões desde o momento em que surgiu como uma “solução de compromisso” entre a questão ambiental e a necessidade do desenvolvimento económico, e aparece como mais um fator a ser equacionado no movimento pendular entre a maior ênfase na atuação livre dos agentes do mercado ou na atuação do Estado *sobre* e *no* domínio económico, sendo de notar que voltam ao cenário político, com repercussões no jurídico, concepções que o rejeitam, ressuscitando o dilema “preservação ambiental *versus* desenvolvimento económico”.

Por outro lado, o ingresso, no cenário mundial, de uma pandemia, provocada por um vírus para cujo combate não estavam à rápida disposição vacina ou medicamento adequado, vem a trazer abalos nas formas de condução das políticas públicas, que vão desde a renitência em orientações voltadas a negar ou minimizar os efeitos do agente patogênico até a utilização dela como pretexto para abrir a senda para a onipotência do titular do monopólio do poder de coação.

A pergunta que ainda se põe e justifica o presente ensaio é se a noção do desenvolvimento sustentável ainda teria lugar diante de tal cenário, e a primeira hipótese a se colocar é que, não só teria lugar como, mesmo, seria impositiva; ao passo que a contra-hipótese seria a de que estaria ela superada, porque as características do sistema económico imporiam que o mercado espontaneamente realizasse o bem-estar geral, sem qualquer motivo para alarma.

Para o desenvolvimento do texto, partir-se-á da contra-hipótese, para se verificar se ela, efetivamente, desautoriza a primeira hipótese e, para tanto, há que ser retomada a noção de “sistemas económicos”.

Quando se vão estudar os sistemas económicos, tomam-se em consideração tanto os fatores de produção como da distribuição das funções das estruturas encarregadas de definir os papéis que a cada qual cabem na sociedade e – aqui, restrito à dimensão

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (2016-2018).

económica, é claro – o regime de apropriação dos objetos existentes na natureza ou elaborados a partir deles, para os converter em “bens”.

Dentre os fatores de produção, vale salientar que existem aqueles que se fazem presentes em qualquer dos sistemas económicos e aqueles que pressupõem uma determinada forma de organização da distribuição dos “bens”, da possibilidade de estes produzirem frutos e da apropriação destes.

Por outro lado, a própria identificação dos fatores de produção tem sido objeto de intensos debates, no sentido de que, majoritariamente, são distinguidos três – recursos naturais, trabalho e capital -, ao passo que existem percepções que somente distinguem dois, no sentido de tomar em consideração os titulares de interesses – trabalho e capital – e os que entendem que, em realidade, existem quatro, já que o elemento aglutinador dos outros três, que também assume uma individualidade própria, a organização, se mostraria essencial, sob pena de não haver “produção”¹.

Conforme as concepções macroeconómicas vigentes em determinadas circunstâncias de tempo e espaço, o nível diferente de aptidão para influir na configuração das relações económicas entre as variadas regiões conduz a que se busque, em regra, romper com um *status quo* que se apresente menos capaz de conduzir a um processo de produção que se mostre apto a propiciar um suprimento contínuo de bens em sentido estrito e serviços, bem como uma justa distribuição dos resultados da atuação de cada um dos atores no processo económico².

No âmbito das Nações Unidas, a despeito de algumas resistências formuladas por internacionalistas arraigados em concepções que remontam ao liberalismo clássico³, o desenvolvimento, desde a última década do século XX, passa a ser efetivamente tratado como um direito humano, do que decorre a necessidade de assegurar a participação de todos os indivíduos na elaboração, tanto sob o ponto de vista formal quanto sob o ponto de vista material, das políticas respectivas, e a distribuição equitativa dos resultados entre todos⁴.

Vale destacar, em relação ao desenvolvimento, no âmbito do “sistema de autonomia”, a ligação com as funções estatais de planejamento e fomento da economia, uma vez que estas são as que se ligam à conformação do “desenvolvimento” enquanto objeto de “política pública” – Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) de 1976, artigo 9.º, “g”, artigo 66.º, “h”, artigo 80.º, “e”, artigo 81.º, “d”, artigo 90.º, artigo 91.º, artigo 165.º, 1, “m”; Constituição da República Federativa do Brasil (doravante,

1 Ricardo Antonio Lucas Camargo, *Curso elementar de Direito Económico*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 187.

2 Colin Clark, *The conditions of economic progress*. London: Mac Millan, 1951, p. 6.

3 José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 224.

4 Antonio Augusto Cançado Trindade, Environment and development: formulation and implementation of the right to development as a human right. In: Antonio Augusto Cançado Trindade et alii. *Human rights, sustainable development and environment – Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente – Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*. San José de Costa Rica: IIDH/BID, 1995, pp. 54-5.

CRFB), de 1988, artigo 3.º, II, artigo 20.º, IX, artigo 48.º, IV, artigo 174.º, § 1.º – sem o caráter “compulsório” dos comandos legislativos dirigidos aos agentes económicos, pois tal compulsoriedade em relação ao desempenho de tais ou quais atividades poderia descaracterizar a liberdade de iniciativa como direito fundamental⁵ – CRP, artigo 47.º, 1, artigo 61.º, 1, artigo 86.º, 2; CFRB, artigo 1.º, IV, artigo 5.º, XIII, artigo 170.º, caput e parágrafo único –, ainda que funcionalizado – CRP, artigo 61.º, 1, artigo 80.º, “a”; CFRB, artigo 5.º, XXIII, artigo 170.º, III, artigo 173.º, § 4.º

Outrossim o emprego dos instrumentos do planeamento e do fomento podem dizer respeito a qualquer um dos fatores da produção: à gestão dos recursos naturais, ao trabalho, ao regime do capital, à organização.

Os instrumentos do planeamento, desde a aprovação, por lei, do plano em si até as medidas voltadas à respectiva execução, implicam a consideração dos recursos existentes para a exploração das atividades económicas, as atividades desempenhadas, as carências atuais da coletividade, o estabelecimento dos objetivos a serem atingidos com os instrumentos disponíveis, as possibilidades de se atender com recursos internos e externos a essa finalidade.

Quanto ao fomento, vão comparecer tanto a) os instrumentos que têm implicações financeiras, como 1) os contratos de mútuo especiais, com juros subsidiados, ou com dispensa de correção monetária; 2) os tratamentos fiscais privilegiados, como as isenções de tributo ou a criação de instrumentos voltados à redução do montante a pagar em relação a impostos plurifásicos; quanto b) os instrumentos voltados a prestações materiais, como é o caso da prestação de assistência técnica aos agentes da produção.

Para os efeitos deste ensaio, centrar-se-á a atenção na gestão dos recursos naturais, tendo em vista que se está a trabalhar, dentre as noções de desenvolvimento, justamente aquela que se pretende apta a superar a tese schumpeteriana que definiu como essencial a este a denominada “destruição criadora”⁶: o desenvolvimento sustentável (CRP, artigo 66.º, “h”; CRFB, artigo 170.º, VI, artigo 186.º, II, artigo 200.º, V e VIII, artigo 225.º, *caput*).

Com efeito, desde 1987, o chamado Relatório Bruntland, pretendendo esmiuçar os princípios 5 e 8 da Conferência de Estocolmo de 1972⁷, introduziu uma noção de

5 Ana Maria Ferraz Augusto, Incentivos – instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: Rubens Limongi França [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 43, p. 219; Eros Roberto Grau, *A ordem económica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 164; Modesto Carvalhosa, *Direito Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 344.

6 Joseph Alois Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 106; Werner Sombart, *El apogeo del capitalismo*. Trad. Vicente Caridad. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, v. 2, pp. 353-4; Washington Peluso Albino de Souza, *Primeiras linhas de Direito Económico*. 6.ª ed. São Paulo: LTr, 2005, pp. 411-2.

7 Clarissa Ferreira Macedo d’Isep, *Direito Ambiental Económico e a ISO 14.000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 36; Guilherme José Purvin de Figueiredo, *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96.

desenvolvimento que se voltaria a equilibrar a elevação do nível de vida da coletividade com a preservação, para as gerações futuras, dos recursos naturais⁸.

Quando se fala, pois, nesta forma de desenvolvimento, pensa-se não somente no evitar o esgotamento da matéria-prima a ser empregada no processo produtivo, comprometendo a continuidade das atividades que dela necessitam, como também o comprometimento das condições de habitabilidade dos espaços, ante as variações climáticas, a diminuição da biodiversidade, o comprometimento de ecossistemas inteiros⁹.

Embora todas as atividades, em maior ou menor intensidade, mostrem aptidão para a degradação ambiental, há algumas que se apresentam com um tal potencial destrutivo que terminam por merecer, mesmo, consideração especial do próprio legislador constituinte, como se pode exemplificar com o § 2.º do artigo 225 da CRFB, que determina expressamente que se recomponha o ambiente afetado pela atividade de extração de minérios¹⁰.

Além dessa atividade, marcada por um interesse público tal que, em muitos países, Brasil inclusive, veio a ser adotada a separação entre o regime da propriedade do subsolo e o da propriedade do solo, atribuída esta tanto ao particular quanto ao Poder Público e aquela somente ao Poder Público¹¹, uma vez que a maior parte da

8 Joseph E. Stiglitz & Carl E. Walsh, *Introdução à macroeconomia*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 204.

9 Luíza Helena Malta Moll, Externalidades e apropriação: projeções do Direito Económico sobre a Nova Ordem Mundial. In: Ricardo Antonio Lucas Camargo [org.]. *Desenvolvimento económico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 151.

10 Guilherme José Purvin Figueiredo, *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136; Vladimir Passos de Freitas & Gilberto Passos de Freitas, *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 235; Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 819.

11 Carlo di Stefano, Sulla proprietà delle miniere – contributo alla riforma della legislazione mineraria. *Rivista di Diritto Agrario*. Firenze, v. 5, n. 1, pp. 518-9, 1926; Fabio Roversi Monaco & Giuseppe Caia, La disciplina delle attività estrattive e la problemática ambientale. In: Gino Gorla et alii. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988, v. 2, p. 629; Giuseppe Guarino, La disciplina giuridica della ricerca e delle concessione miniere. In: Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia e di Diritto dell'Energia*. Milano: Giuffrè, 1962, v. 1, p. 252; Vincenzo Ceretti Irelli, Pianificazione urbanistica e interessi differenziati. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Roma, v. 34, n. 1, p. 419, 1985; Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2001, v. 1, pp. 275-6; Giovanni Pacinotti, Il "regime demaniale" delle miniere. *Rivista di Diritto Agrario*. Firenze, v. 7, n. 1, p. 27, 1928; Umberto Fantigrossi, Miniere. In: Rodolfo Sacco et alii. *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1994, v. 9, p. 476; Giuseppe Abbate, Miniere (beni). In: Francesco Calasso et alii. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1976, v. 26, p. 404; Mario Esposito, I beni pubblici. In: Mario Bessone [org.]. *Trattato di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. 7, t. 1.2, p. 9; Filippo Vassalli, Note critiche sul concetto di demanio minerario. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Milano, v. 25, n. 1, p. 505, 1927; Lodovico Barassi, *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1939, p. 150-1; Pietro Gasparri, Sul regime giuridico delle scorie miniere. *Rivista di Diritto Civile*. Milano, v. 31, n. 1, p. 418, 1939; Amisicora Cherchi, Il nuovo regime giuridico delle miniere. *Rivista di Diritto Pubblico*. Roma, v. 20, n. 1, p. 60, 1928; Francesco Galgano, *Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2012, p. 126; Francesco Pugliese, Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti dei beni minerali e sul regime amministrativo della impresa. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Roma, v. 20, n. 2, p. 965, 1971; Sérgio Jacques de Moraes, A propriedade mineral no direito brasileiro atual. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 72, n. 253, p. 139-140, jan/mar 1976; Themistocles Brandão

matéria-prima a ser empregada na indústria provém do subsolo¹², direitos de populações tradicionais e o estabelecimento de espaços para proteção ambiental vão apresentar-se como condicionantes do desenvolvimento de diversas atividades, limitando, mas não eliminando, por óbvio, as possibilidades de escolha das estratégias aptas a gerarem lucros, escolha, esta, que se traduz, na linguagem civilística, como uma das manifestações do *ius disponendi*¹³.

O desenvolvimento urbano, outrossim, mesmo antes do advento do Estado Social, foi um dos fatores que deflagraram a percepção do problema da “sustentabilidade”, a despeito de este vocábulo ser de uso mais recente, pois as operações passíveis de levar a cabo sobre a propriedade imóvel – seu fracionamento ou sua manutenção inteiriça, a edificação ou não sobre ele, a realização dos mais diversos negócios¹⁴ – mostravam-se aptas a contribuir para o escasseamento do solo e, *ipso facto*, para a deflagração de conflitos que se mostrariam de difícil gestão pelo Poder Público e tumultuariam a consecução de qualquer dos fins a que afetada a propriedade imobiliária, desde a habitação, passando pelo exercício das mais diversas atividades econômicas, pelo sediar sociedades e associações de qualquer natureza até mesmo o oferecimento de base física para albergar a Administração Pública¹⁵.

O papel das águas, com suas múltiplas utilidades, tanto pelo uso consuntivo como pelo não consuntivo, já era conhecido desde a Antiguidade – tanto que uma das primeiras razões para a tutela da flora foi o combate à erosão e o assegurar um regime adequado de águas¹⁶ –, razão por que mesmo no “sistema da autonomia”

Cavalcanti, A ordem econômica nas Constituições. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 46, n. 122, p. 344, abr/jun 1949; Alexandre José Barbosa Lima Sobrinho, *A nacionalidade da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963, pp. 165-6; Caio Mário da Silva Pereira, *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 38-9; Francisco Amaral, *Direito Civil – introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 322; Arnoldo Wald, *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 205.

12 Biondo Biondi, I beni. In: Filippo Vassalli [org.]. *Commentario al Codice Civile italiano*. Torino: UTET, 1956, v. 4, t. 1, p. 239.

13 Gaston Morin, Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété. In: André Amiaud et alii. *Le Droit Privé français au milieu du XXe siècle – études offertes à Georges Ripert*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, t. 2, p. 6; Henri De Page, *Traité élémentaire de Droit Civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1952, t. 5, pp. 786-7; Ricardo Antonio Lucas Camargo, *Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 110.

14 Manoel de Almeida e Sousa de Lobão, *Casas – tratado histórico, enciclopédico, crítico e prático sobre direitos e questões em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915, p. 48; Giuseppe Grosso, Proprietà e superficie sulle prospettive di una legge urbanistica. *Il Diritto dell'Economia*. Torino, v. 9, n. 1, p. 10, gen 1963; Alberto Predieri, *Pianificazione e Costituzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1963, pp. 95-6.

15 Ricardo Antonio Lucas Camargo, *Direito, sistemas econômicos, fatores de produção e migrações*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020, pp. 188-190.

16 Alberto Abrami, Boschi e foreste. In: Rodolfo Sacco et alii. *Digesto delle discipline pubblicistiche*. Torino: UTET, 1987, v. 2, pp. 378-9; Federico Savastano, La protezione della natura: parchi, riserve naturali, boschi, caccia. In: Beniamino Caravita et alii. *Diritto dell'Ambiente*. Milano: Strumenti, 2016, p. 261; Carlo Malinconico, I beni ambientali. In: Giuseppe Santaniello [org.]. *Trattato di Diritto Amministrativo*. Padova: CEDAM, 1991, v. 5, p. 97; Vincenzo Cerutti Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*. Padova: CEDAM, 1983, p. 392; Romualdo Trifone, I consorzi sul campo fiorestale. *Rivista di Diritto Agrario*. Firenze, v. 2, n. 1, p. 179, 1923; Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 119.

se compreendeu que não bastava, para o respectivo tratamento, distinguir entre as águas de domínio público e as de domínio privado; que seria, antes, uma questão de se administrar a própria velocidade de sua rarefação¹⁷, impondo, inclusive, a classificação dos respectivos usos¹⁸.

A procura de fontes de energia menos poluentes, mediante a utilização de recursos renováveis, tem ingressado também na ordem do dia, ainda mais depois que se verificaram catástrofes envolvendo materiais radiativos, e vem a ser, também, objeto de políticas voltadas a estimular o desenvolvimento “sustentável”¹⁹.

Entretanto, no caso brasileiro, especificamente, a partir de 2016, retornou uma visão pela qual a natural tendência de cada titular de poder dele abusar²⁰ seria excepcionada em relação ao poder económico, uma vez que este teria como verdadeiro e inexorável controlador os movimentos espontâneos da oferta e da procura, mediante a apresentação de emenda constitucional que não somente estabeleceu teto de gastos públicos como congelou as vinculações das receitas de impostos para educação saúde e ciência e tecnologia, excluindo tanto do teto quanto do congelamento a

17 Giuseppe Morbidelli, Studi, convegni, iniziative legislative in tema di tutela dell'ambiente. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Roma, v. 23, p. 837, 1973; Giuseppe di Gaspare, Tendenze delle legislazioni in materia di inquinamento idrico. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Roma, v. 32, pp. 450-1, 1982; Laura Castellucci, la privatizzazione dell'acqua, delle infrastrutture o del servizio? Profili economici. In: Marina Gigante [org.]. *L'acqua e la sua gestione – un approccio multidisciplinare*. Napoli: Jovene, 2002, pp. 202-3.

18 Rafael Ferreira Costa, Águas. In: Ricardo Antonio Lucas Camargo [org.]. *A construção jurídica do Estado Mínimo no Brasil do século XXI – Constituição e política económica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, pp. 252-3.

19 Suzanna Quadri, *Energia sostenibile – Diritto Internazionale, dell'Unione Europea e interno*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 175; Eugenio Picozza, Il regime giuridico degli impianti di energia elettrica da fonti rinnovabili o assimilate. In: Eugenio Picozza [org.]. *Il nuovo regime autorizzatorio della impiantazione dell'energia elettrica*. Torino: G. Giappichelli, 2003 p. 24.

20 Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 550-1; Luiz Olavo Baptista, *Empresa transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 32; G. E. Fasnacht, *Acton's political thought – an analysis*. London: Hollis & Carter, 1952, p. 134; Jean-Paul Marat, *Les chaînes d'esclavage*. Paris: Adolphe Havard, 1833, p. 22; Orlando Magalhães de Carvalho, *Política do Município*. Rio de Janeiro: Agir, 1946, p. 142; Sigmund Freud, O mal-estar da civilização (1930). In: Sigmund Freud, *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Trad. Paulo César da Costa. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 76-7; Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, Cartas filosóficas sobre o dogmatismo e o criticismo. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. In: Rubens Rodrigues Torres Filho, [org.]. *Os pensadores – Schelling*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 27; Adriano de Castro Prado & Arthur Parreira Gomes, Felicidade e sofrimento: aproximações entre Freud e Schopenhauer. *Sapere Aude*. Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 166, 2.º sem 2014; Thomas Hobbes, Leviathan. In: Nicolò Machiavelli, *The prince/Thomas Hobbes, Leviathan*. London: Encyclopaedia Britannica, 1952, pp. 85-6; Baltasar Gracián, *A arte da prudência*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 121; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Estado-da-arte da Justiça Criminal no Brasil: distorções políticas e futuro. In: António José Avelãs Nunes et alii. *O direito e o futuro – o futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 473; José Nedel, *A teoria ético-política de John Rawls – uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: PUCRS, 2000, p. 78; David Hume, A treatise on human nature. In: Henry D. Aiken [org.]. *Hume's moral and political philosophy*. New York: Hafner, 1948, pp. 61-2; Alexandre Magrinelli dos Reis, Efetividade da gestão e governança hídrica no Brasil: avaliações ao longo de 20 anos da Lei 9.433/97. In: Guilherme José Purvin de Figueiredo et alii. *Direito Ambiental, recursos hídricos e saneamento – estudos em comemoração aos 20 anos da Política Nacional de Recursos Hídricos e 10 anos da Política Nacional do Saneamento*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p. 120.

vinculação da receita para o serviço da dívida pública, a redução do número de disposições de ordem pública relativas aos direitos dos trabalhadores e dos setores reservados às empresas privadas de capital nacional²¹.

Com o resultado do pleito eleitoral de 2018, iniciou-se um Governo, no Brasil, que procuraria radicalizar a tendência já presente no Governo iniciado a partir de agosto de 2016, cujo discurso era o de substituir uma linha governamental supostamente hostil ao mercado, que teria estatizado a economia e promovido o respectivo marasmo, em troca da maior agilidade e eficiência dos agentes económicos privados²², algo que, na realidade, bem observada a legislação editada entre 2003 e 2016, contradizia o dado de que, mesmo mais aberta a uma atuação do Estado sobre o domínio económico, a política económica posta em prática então não se mostrava em absolutamente nada hostil ao mercado e, pelo contrário, chegou a fazer concessões ao empresariado particular mais ousadas que mesmo Governos mais alinhados ao denominado “Consenso de Washington”²³.

A noção do “desenvolvimento sustentável” passa a ser abandonada como um verdadeiro entrave ao funcionamento da economia²⁴; renova-se a ideia da destruição como o preço inexorável da construção do progresso económico, verdadeira dança de Shiva, contrariando mesmo o pensamento adotado nos principais foros de defesa da supremacia do mercado²⁵.

Neste contexto é que foi editada a Lei 13.874, de 2019, por conversão da Medida Provisória 881, do mesmo ano, chamada “da liberdade económica”, pressupondo que haveria um excesso de entraves ao desempenho da atividade económica privada

21 Ricardo Antonio Lucas Camargo, Do Estado mínimo, dos bons alemães e da Constituição. In: Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.). *A construção jurídica do Estado mínimo no Brasil do século XXI: Constituição e política económica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2019, pp. 29-30.

22 Fábio Morosini, Globalização e novas tendências em filosofia do Direito Internacional: a dicotomia entre público e privado na cláusula de estabilização. In: Cláudia de Lima Marques & Nádia Araújo [org.]. *O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 561; João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Direito Económico*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 103-4; Gaspar Ariño Ortiz, La empresa pública. In: Fernando Garrido Falla et alii. *El modelo económico de la Constitución española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981, v. 2, p. 27; Frederico Antonio Lima de Oliveira, Finalidade social da rede como fundamento do marco civil. In: George Salomão Leite & Ronaldo Lemos [org.]. *Marco civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117; Fernando Herren Aguilhar, *Direito Económico – do Direito nacional ao Direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 183-4; Fernando Borges Mânica & Fernando Menegat, *Teoria jurídica da privatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 36-7; Ives Gandra da Silva Martins Filho, *Manual de Direito e processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

23 Ricardo Antonio Lucas Camargo, Sobre a política económica do segundo Governo Dilma – em busca de uma análise a partir do parâmetro objetivo da legalidade. In: Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.). *Direito e crise económica: limites da racionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2016, pp. 52-9.

24 Carlos Rittl, A insustentável agenda ambiental do Presidente. In: <http://www.observatoriodoclima.eco.br/insustentavel-agenda-ambiental-presidente/>, acessado em 25 jun 2019.

25 Reinaldo Azevedo, Davos: meio ambiente empareda Guedes; Bolsonaro chuta Salles e chama Mourão. In: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/01/22/davos-meio-ambiente-empareda-guedes-bolsonaro-chuta-salles-e-chama-mourao.htm?fbclid=IwAR2jMTZ0ou-S7157BzYWO-D08KJP4Vgi91fhxte3ZdRiGytNgg85KI4-EJ0>, acessado em 22 jan 2020.

no Brasil, ao mesmo tempo em que se manteve alguns expedientes fortemente intervencionistas que beiram, mesmo, o paternalismo, como se pode verificar da Lei 13.791, de 2019, que disciplina a política nacional da erva-mate e atribui ao Poder Público, no seu artigo 3.º, inciso IX, uma tarefa que normalmente incumbiria ao próprio agente privado, qual seja, “a prospecção de mercados, feiras e ações de divulgação do produto no Brasil e no exterior”, ou a destinação, pela Lei 13.832, de 2019, de parte dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para o provimento de recursos para operações de crédito destinadas a entidades hospitalares filantrópicas e a instituições sem fins lucrativos que atuem em caráter complementar ao SUS, voltadas a pessoas “deficientes”, e isto num contexto em que estão congeladas as vinculações da receita de impostos para a saúde pública.

Neste meio tempo, explodiu, já ao final de 2019, a doença que deveria levar quantos têm a responsabilidade de conduzir os destinos das Nações a repensarem a fidelidade a determinados dogmas, ao mesmo tempo em que não se comprometessem as características básicas de qualquer Estado de Direito.

Mesmo com um discurso político negando a gravidade da epidemia conhecida como COVID19, em 30 de janeiro de 2020, o Governo brasileiro baixou o Decreto 10.212, que promulgou o Regulamento Sanitário Internacional da Organização Mundial de Saúde, e a Lei 13.979, vinda oito dias depois, a tal regulamento se reportou.

Ante a redução do número de pessoas a desempenharem atividades econômicas, foi suscitado um aparente dilema entre proteção da saúde e o funcionamento da economia, dilema, este, que, segundo o próprio Fundo Monetário Internacional, em plena harmonia com a Organização Mundial da Saúde, não existiria, pois, a rigor, quando se mostrasse impossível ao particular atuar, a ação estatal seria impositiva²⁶, como, aliás, já se encontrava em Adam Smith²⁷.

É de se notar que não se está, no contexto brasileiro, a falar de simples faculdade do Estado, quanto à atuação no enfrentamento de questões de saúde, já que a CRFB não somente a elenca como um dos “direitos sociais” no artigo 6.º, como é apontada no inciso IV do artigo 7.º como necessidade que o salário mínimo deve ser apto a atender, no inciso XXII do mesmo artigo, concernente à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas relacionadas a saúde e higiene, também no mesmo artigo, no inciso XXIII, que prevê um adicional na remuneração proporcional ao risco à saúde do trabalhador, no inciso XXXIII, ainda neste artigo, que proíbe o trabalho insalubre a menores de dezoito anos, no inciso II do artigo 23 está dentre as competências comuns da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, no inciso VII do artigo 30 é atribuída aos Municípios a tarefa de, com a cooperação técnica e financeira da União e dos

26 Kristalina Georgieva & Thedros Adhanom Ghebreyesus, Some say there is a trade-off: save lives or save jobs – this is a false dilemma. In: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/03/vs-some-say-there-is-a-trade-off-save-lives-or-save-jobs-this-is-a-false-dilemma>, acessado em 3 abr 2020.

27 Adam Smith, *An inquiry into the nature and the causes of the wealth of the nations*. London: Encyclopædia Britannica, 1978, p. 353.

Estados Membros, prestar os serviços de atendimento à saúde da população, no inciso IV do artigo 167, que, ao estabelecer como regra a proibição da vinculação da receita de impostos, elenca justamente as verbas relacionadas às ações de saúde dentre as exceções, o artigo 194 integra a saúde entre os alvos das ações compreendidas na seguridade social, o § 10.º do artigo 195 que remete à lei a definição dos critérios para a transferência das verbas relacionadas ao Sistema Único de Saúde (doravante, SUS), o artigo 196 proclama a saúde como direito de todos e dever do Estado garantir mediante políticas sociais e econômicas voltando-se à redução dos riscos de doença e outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços respectivos, o artigo 197, ao declarar de relevância pública às ações e serviços de saúde, comete ao Poder Público a competência de dispor, nos termos da lei, sobre a respectiva regulamentação, fiscalização e controle, e incumbindo a execução tanto a ele diretamente quanto a terceiros, que podem ser, também, pessoa física ou jurídica de direito privado, o artigo 198, que aponta para as diretrizes a serem observadas para as ações e serviços de saúde, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, que apontam para os critérios a serem observados em seu financiamento, o artigo 200, que define as competências do SUS, no caput do artigo 227, que elenca a saúde dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, e no seu § 1.º, que traz o balizamento para as políticas públicas correspondentes a esse direito fundamental, no § 5.º do artigo 231, que aponta a epidemia capaz de comprometer a sobrevivência das populações indígenas como uma das excepcionais causas que autorizariam a respectiva remoção, por ato do Congresso Nacional.

Na CRP – para que se não diga que se trata esta preocupação com o Estado fornecer a saúde em caráter universal, com todas as características de serviço público, de uma “irrefletida exclusividade brasileira”, como já se ouviu em algumas oportunidades²⁸ –, o direito à saúde está disciplinado no artigo 64.º, que fala num direito de todos à proteção da saúde e de um dever de todos de a defender e promover (item 1), também assegura em caráter universal um serviço nacional de saúde – doravante, SNS, cuja gestão é “descentralizada e participada” (item 4) –, em que se consideram as condições econômicas e sociais dos cidadãos, com tendência à gratuidade (item 2, “a”) e assume, como forma de concreção deste direito, a criação de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais, em especial voltadas à proteção da infância, juventude e ancianidade, “e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável” (item 2, “b”), e dá como prioridade para o Estado no assegurar o direito à proteção da saúde, a garantia do acesso de todos os cidadãos aos serviços da “medicina preventiva, curativa e de reabilitação” (item 3, “a”), bem como da cobertura racional e eficiente em todo o país “em recursos humanos e unidades de saúde” (item 3, “b”), a orientação das ações para “a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos” (item 3, “c”), a disciplina e fiscalização de “formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a

28 Marco Fridolin Sommer Santos, Palestra. In: <https://www.youtube.com/watch?v=npPe6Lc8ih0>, acessado em 14 maio 2020.

assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade” (item 3, “d”), disciplina de todo o ciclo económico – produção, distribuição, comercialização e uso – de produtos químicos, biológicos, farmacêuticos e meios utilizados para tratamento e diagnóstico (item 3, “e”), e o estabelecimento de políticas voltadas a prevenir e tratar a dependência de entorpecentes (item 3, “f”).

O artigo 199 da CFRB abre a exploração da saúde à iniciativa privada, acessível a quem tenha condições de a custear seja diretamente, seja mediante os planos de saúde, disciplinados na Lei 9.656, de 1998, e seguindo, como é curial, a lógica própria das atividades económicas no sistema da autonomia, qual seja, a de necessitar se movimentar, para manter-se no mercado, em função do benefício próprio, do proveito próprio, em uma palavra, do lucro, e tem sido justificada em função de assegurar-se ao indivíduo a liberdade de ser atendido por profissional de sua confiança, bem como o desenvolvimento de técnicas, procedimentos e equipamentos sem os trâmites que são exigíveis na ação administrativa do Poder Público, e pondo o eventual comprometimento da saúde como uma estrita questão de responsabilidade do indivíduo afetado, e não da sociedade por um todo²⁹.

É de se salientar que mesmo tal abertura não se mostra suficiente para descaracterizar a relevância pública das ações de saúde, já que a própria lógica da oferta e da procura, que é a liberdade de escolha tanto do fornecedor quanto do cliente, vem a ter significativamente reduzida a respectiva aplicação diante de pouco espaço sobrar para a identificação de um objeto que tenha o carácter disponível e que não demande atendimento imediato³⁰.

Por sinal, também a CRP admite a prestação em carácter privado da prestação do serviço de saúde, porquanto uma das formas previstas para o Estado assegurá-lo é a disciplina das formas empresariais e privadas da medicina – ou seja, admite-se a exploração inclusive em carácter empresarial -, desde que sob fiscalização e disciplina.

Nota-se que se está, atualmente, diante de uma realidade que exige a atuação estatal não somente para a preservação da saúde e o evitar o contágio como também para se revalorizar a sustentabilidade, ante um aviso natural de que o habitat de várias espécies, inclusive o ser humano, é esgotável: o desmatamento, o uso intenso e desenfreado, irracional, de terras para agricultura e pecuária, ao invés do aproveitamento “racional e equilibrado”, empurrando animais selvagens para as áreas urbanas, bem como a intensificação da circulação física de pessoas e bens pelo mundo tem

29 Fernando Herren Aguilar, *Direito Económico*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192; Dea Carvalho et alii. O Sistema Único de Saúde: uma retrospectiva e principais desafios. In: Nicolao Dino Neto et alii. [org.] *Direito Sanitário em perspectiva*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2013, v. 2, p. 76; Germano André Doederlein Schwartz, *O tratamento do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 98; Sueli Gandolfi Dallari, *Direito Sanitário*. In: Márcio Iorio Aranha & Sebastião Botto de Barros Tojal [org.]. *Curso de especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e Magistratura Federal*. Brasília: UnB, 2002, p. 51.

30 Gilberto Bercovici, COVID 19, o Direito Económico e o Complexo Industrial da Saúde. In: Walfrido Warde & Rafael Valim [org.]. *As consequências da COVID-19 no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 261.

sido uma fonte frequente de disseminação de agentes patogênicos que não têm a possibilidade de se deslocar por si próprios³¹.

Entretanto, tem-se insistido na lógica de manter a “redução dos ônus que recaem sobre a atividade produtiva”, remover os “entraves ao desenvolvimento” e, principalmente, não admitir que o Estado atue em setor que, a princípio, seria da iniciativa privada, que é o do desenvolvimento de atividades econômicas, e utilizando como premissa o dado de que não cessam as necessidades, em especial alimentares, durante a pandemia.

Considerando que é competência comum da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso VIII do artigo 23 da CFRB, a organização do abastecimento alimentar, ainda que quem proveja os produtos desta natureza sejam agentes econômicos privados, tanto pequenos quanto grandes agricultores, torna-se falaz o argumento de que as pessoas ainda ficariam ao desamparo se não retornassem todas elas à “vida normal”, ressalvados os integrantes dos grupos de risco, já que erguido por quem tem a responsabilidade de não as deixar ao desamparo.

A ordenação do espaço urbano põe em questão o próprio planejamento do saneamento básico e a identificação de habitações situadas em locais marcados pela insalubridade, sem regular coleta de lixo, e edificações, muitas vezes, com materiais inadequados, como focos possíveis de contaminação, e trazendo à tona a necessidade de uma ação do Poder Público no sentido de tornar efetivas as disposições do Estatuto da Cidade e do artigo 182 da CFRB, no impor aos proprietários de imóveis urbanos conferir-lhes uma utilização que se conforme ao bem-estar da coletividade.

Vão também integrar o conteúdo mínimo necessário das medidas de política econômica nestes tempos de pandemia as questões relacionadas com as relações locais, já que a maior parte da população brasileira não é proprietária dos imóveis em que reside, e, por outra banda, há uma tendência a acentuar-se o desequilíbrio entre as partes contratantes, por decorrência da necessidade de um espaço em que se reduzam as possibilidades quer de o usuário ser contagiado, quer de ele agir como propagador do vírus.

Cabe, outrossim, recordar que existem, no Brasil, em especial nas favelas, residências que sequer divisórias têm, sem contar com os indivíduos que se veem na contingência de residirem nas ruas, justamente os que sequer poderiam invocar em seu prol a inviolabilidade de domicílio e também são passíveis não somente de serem contagiados como de serem vetores.

31 Perrine Mouterde, Coronavirus: la dégradation de la biodiversité en question. In: https://www.lemonde.fr/sciences/article/2020/04/04/coronavirus-la-degradation-de-la-biodiversite-en-question_6035591_1650684.html, acessado em 8 jun 2020; Márcia Dieguez Leuzinger & Solange Teles da Silva, Covid-19 à luz do Direito Ambiental. In: Walfrido Warde & Rafael Valim [org.]. *As consequências da COVID-19 no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020, pp. 107-8.

As restrições à mobilidade urbana, de outra parte, passam a comparecer como um dos principais meios de retardar a velocidade do contágio, a despeito de contradizerem a ideia de uma ordem social toda voltada a viabilizar uma intensa circulação das mercadorias³².

Em face dos integrantes dos denominados grupos de risco, mesmo os adversários do “lockdown” reconhecem não deverem ir às ruas, mas as restrições à mobilidade urbana, além de não alcançarem os moradores de rua, que continuam expostos, também não são suficientes, embora necessárias, já que esses integrantes, por vezes, residem na mesma casa que pessoas cujo trabalho não tenha como ser desempenhado de dentro da própria residência, como é o caso de guardas de trânsito, técnicos de enfermagem, caminhoneiros, e estes, ainda que não venham a adoecer, que sejam “assintomáticos”, podem vir a contaminar quantos com eles tenham de interagir de algum modo.

A ordenação do espaço urbano toca, também, aos próprios espaços a serem utilizados para o acolhimento dos doentes, seja do COVID-19, seja de outras doenças que já vinham dando muito trabalho às Unidades de Tratamento Intensivo dos hospitais brasileiros³³.

A pureza da água destinada ao consumo humano, à dessedentação de animais, à higiene corporal e à limpeza de utensílios e de espaços habitáveis é um dado relacionado também com a pandemia, e que não se limita ao espaço urbano.

Os conflitos na apropriação da terra e os problemas decorrentes das secas, não é novidade que rendam ensejo ao êxodo em direção às cidades, embora a presença do agente patogênico, em relação aos que saem do campo para tentarem a sorte na cidade e ao contato dos que os transportam com os que ficam, venha a trazer mais um componente a ser equacionado na política concernente ao uso do solo rural³⁴.

Em relação ao papel das doenças na dizimação das populações indígenas, o COVID-19 vem somar-se às que já realizavam este trabalho desde o início da colonização, como referido pelo Superior Tribunal de Justiça ao exarar acórdão acerca da assistência à saúde destinada a essas populações³⁵, e se torna um aliado de quantos desejem tornar letra morta o que se contém no artigo 231 da Constituição brasileira.

32 Guilherme José Purvin Figueiredo, Chernobyl, Wuhan e os princípios do Direito Ambiental. In: <https://www.oeco.org.br/colunas/guilherme-jose-purvin-de-figueiredo/chernobyl-wuhan-e-os-principios-do-direito-ambiental/>, acessado em 23 mar 2020.

33 Marco Aurelio Costa et alii, Apontamento sobre a dimensão territorial da COVID-19 e os fatores que contribuem para aumentar a vulnerabilidade socioespacial nas unidades de desenvolvimento humano de áreas metropolitanas brasileiras. (IPEA). Abr. 2020. In: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/152020.pdf>, acessado em 11 maio 2020.

34 Marise Costa de Souza Duarte, Primeiras conexões: pandemia e destruição ambiental. In: <https://www.revista-pub.org/post/09052020>, acessado em 9 maio 2020.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1064009/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. DJ-e 27 abr 2011.

A utilização dos recursos energéticos, desde as quedas d'água até os combustíveis que acionam os motores dos veículos que transportam os produtos agropecuários também irão compor as preocupações necessárias de uma política econômica adequada à realidade da pandemia.

Tudo isto são temas que demandam enfrentamento, justamente porque a inércia pode conduzir a situações que aprofundem cada vez mais as carências de amplos setores da população, com a rarefação – e, *ipso facto*, encarecimento – de bens e serviços, e ao comprometimento das próprias condições de habitabilidade não somente do país, mas do planeta como um todo, porque será este um fator propulsor de deslocamentos populacionais.

Em suma, o simples enunciado dos problemas, desde logo, aponta não só para a não superação da noção de “desenvolvimento sustentável” como para a inaptidão dos movimentos da “oferta e procura” para darem resposta ao que se mostra estranho às possibilidades de escolha dos indivíduos que se achem em um polo ou em outro.

Por outro lado, a própria necessidade de se preservarem os pilares do Estado de Direito, em qualquer das suas manifestações – “Estado de Direito Democrático”, na dicção lusitana; “Estado Democrático de Direito”, na brasileira –, faz com que o enfrentamento desses problemas, por parte do Poder Público, tenha de ser feito com a racionalidade que o planejamento viabiliza, de tal sorte que não se torne mais penoso o período posterior à situação de calamidade.

Os “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável” da ONU perante a Fragmentação Administrativa e Constitucional Global

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.9>

Ricardo Sousa da Cunha*

Introdução

O “desenvolvimento sustentável” encontrou a partir de 1987 o conteúdo que lhe deu o “Relatório Brundtland” como “*aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades*”¹. A referência, a partir deste momento, já não seria apenas o desenvolvimento económico, mas também a uma panóplia de interesses, incluindo ambientais e sociais, em que assentaria a prosperidade global. Em 1992, os 172 países reunidos no Rio de Janeiro para a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento reafirmaram a centralidade das preocupações com a proteção ambiental no contexto cada vez mais globalizado de um desenvolvimento humano sustentável.

Mais recentemente, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em setembro de 2015 (resolução A/RES/70/1), que define um conjunto de 17 objetivos – os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – e de metas a alcançar por todos os países até 2030. Os 17 ODS abordam três grandes dimensões do desenvolvimento sustentável – social, económica e ambiental – e constituem um “*plano de ação*” para as pessoas, o planeta e a prosperidade de forma a promover a paz, a sustentabilidade ambiental, a justiça e a igualdade, pela erradicação de todas as formas de pobreza, combate às desigualdades e às alterações climáticas.

Interessa, neste texto, indagar do papel que pode desempenhar a Agenda 2030, formalmente aprovada por uma Resolução da Assembleia Geral da ONU, e, em particular, os ODS, no concerto cada vez globalizado de diferentes sistemas normativos que sentem pressões de sinal diverso – sectorialmente fragmentados pela crescente especialização, em alguns casos, reclamando autonomia subsistemática (constitucional

* Doutor em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Professor-Adjunto do IPCA, Professor-Colaborador da Escola de Direito da EDUMinho.

1 Relatório “Our Common Future” da Comissão Brundtland, disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, pela última vez consultado em 30 de julho de 2021.

fragmentada), mas também crescentemente integrados, em especial pela verticalização axiológica (constitucional global) que permite o conceito de *ius cogens*.

A sustentabilidade ambiental nos ODS

Entre os ODS, destacam-se aqueles dedicados às preocupações em matéria de sustentabilidade ambiental. A União Europeia (UE), conjuntamente com os Estados Membros, apoia a implementação da Agenda 2030, alinhando os indicadores ODS da UE com a lista de indicadores globais da ONU, mesmo que os indicadores não sejam exatamente os mesmos.

O ODS 7 procura *garantir o acesso a fontes de energia fiáveis, sustentáveis e modernas para todos*, promovendo a transição para um sistema energético a preços acessíveis, fiável e sustentável que satisfaça estas necessidades. Neste sentido, os países têm de facilitar o acesso à investigação e às tecnologias no domínio das energias limpas e de promover o investimento em soluções eficientes em termos de recursos e de energia e em infraestruturas energéticas hipocarbónicas. Os indicadores aqui usados referem-se ao consumo de energia primária e de energia final, consumo final de energia das famílias *per capita*, produtividade da energia (segundo os critério *euro*), percentagem de contribuição das energias renováveis no consumo de energia final. No caso da UE, a meta específica é aumentar para 20% a quota de fontes de energia renováveis no consumo de energia final até 2020, diminuir a dependência das importações de energia e promover que a população seja capaz de aquecer convenientemente a habitação².

O ODS 11 procura *tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis*, dirigida a renovar e planear as cidades e outros aglomerados humanos de uma forma que ofereça oportunidades para todos, com acesso a serviços básicos, energia, habitação, transportes e espaços verdes, reduzindo simultaneamente a utilização de recursos e o impacto ambiental. Os indicadores usados são a taxa de sobrelotação da habitação, a proporção da população que vive em agregados familiares e que refere a existência de ruído, territórios artificializados e áreas de suporte às atividades humanas *per capita*, diminuir as vítimas mortais em acidentes de viação por 100 mil residentes.

O ODS 12 está dirigido a *garantir padrões de consumo e de produção sustentáveis*, pelo uso de um conjunto de ações por parte das empresas, decisores políticos, investigadores e consumidores, a fim de se adaptarem a práticas sustentáveis, prevendo a produção e o consumo sustentáveis baseados numa capacidade tecnológica avançada, na eficiência na utilização dos recursos e na redução dos resíduos a nível global. Os indicadores aqui usados são o consumo de químicos perigosos, a produtividade de recursos e consumo interno de materiais (PPS), a emissão média de CO₂ por km dos automóveis novos de passageiros. A meta específica da UE é reduzir, até 2021,

² Os dados referidos nesta secção fora recolhidos da Pordata – Bases de Dados Portugal Contemporâneo, disponíveis em <https://www.pordata.pt/ODS>, consultados pela última vez em 30 de julho de 2021.

as emissões de dióxido de carbono dos automóveis novos de passageiros para 95g de CO₂ por km, a taxa de utilização de material circular, a produção de resíduos, excluindo os principais resíduos minerais, o valor acrescentado bruto dos bens e serviços ambientais em percentagem do PIB e a adoção medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos

O objetivo 13 visa *implementar o compromisso assumido na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas e operacionalizar o Fundo Verde para o Clima*, procurando reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação dos países aos riscos naturais relacionados com o clima e às catástrofes daí resultantes, com especial destaque para o apoio aos países menos desenvolvidos. Os indicadores usados são a emissão de gases de efeito estufa, sendo aqui a meta específica da UE, reduzir as emissões de gases de efeito de estufa em 40% até 2030, em comparação com os níveis de 1990, a intensidade da emissão de gases de efeito estufa pelo consumo de energia, o desvio da temperatura média perto da superfície, as perdas económicas relacionadas com o clima *per capita*, a contribuição para o compromisso de \$100 mil milhões em despesas relacionadas com o clima e aumentar a percentagem da população coberta pelos signatários do Pacto de Autarcas para o Clima e Energia.

A Fragmentação Global Administrativa e Constitucional

A concretização dos ODS envolve diversos espaços reguladores setoriais, cada vez mais colocados ao nível global. A regulação global, cada vez mais complexa, desenvolve-se entre uma *verticalização hierárquica de natureza Constitucional*, promovida pela unificação que permite a construção de normas *ius cogens* em diversas matérias no quadro universal da ONU³, e a sua *fragmentação funcional em subsistemas materiais*, alguns deles inclusivamente com regras secundárias de efetivação de responsabilidade, que os aproxima, em larga medida, autonomamente do conceito de “sistema normativo”⁴. Torna-se, por isso, decisivo prestar renovada atenção às relações estabelecidas entre diferentes ordenamentos jurídicos nas intersecções que entre si traçam - as relações estabelecidas entre os emergentes ordenamentos jurídicos subsistemáticos no Direito Internacional, destes com o Direito Internacional Geral e no Direito Nacional, bem como destes últimos entre si⁵.

As dúvidas em torno do conceito de normas *ius cogens* apontam a sua insuficiência para o esforço aglutinador (constituente) do Direito Internacional contemporâneo, tal como resulta do artigo 53.º da CVDI. A definição de uma evolução “*from a Common Ius Cogens to Regime Specific Ordres Publics*” não se deveria perspetivar a partir de uma irrealista hierarquia numa ordem global, que, na verdade, se constata irremediavelmente fragmentada. Pelo contrário, é sempre necessário considerar a a reação

3 Robert Uerpmann, *Internationalles Verfassungrecht*, JZ, n.º 11, (2001) página 565 e ss.

4 Andreas Lescano-Fisher/Günther Teubner, “Regime-Collision: The vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Mischigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, pp. 999 e ss.

5 Ricardo Sousa da Cunha, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – o Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, Almedina, Coimbra, 2016, passim.

intra-sistemática ao ambiente (“*intra-regime responsiveness to the immediate human and natural environment*”), pelo qual cada regime funcional deve desenvolver os seu próprio “*ius non dispositivum*”⁶ na relação com os demais sistemas normativos.

À partida, a contradições entre diferentes racionalidades sociais leva a que se reduzam as expectativas de uma integração global, procurando-se, ao invés, no contexto de uma fragmentação social *auto-poiética*, o seu “papel clássico” de limitação dos danos causados ao ambiente humano e natural⁷. A especial modalidade de “preservação” do subsistema jurídico é a revelação de uma *autopoiésis parcial* (matéria na qual Teubner se afasta de Luhmann), que pode, segundo Teubner, referir-se a um “direito reflexivo” (*reflexives Recht*), que melhor se adequa perante os desafios do pluralismo jurídico e das colisões dos subsistemas. Este processo, no que aqui mais interessa, não é sequer específico do Direito estadual, constatando-se a erupção de diferentes códigos binários *legal/ilegal*, não hierarquizados, sob a forma de uma “heterarquia de diversos discursos legais”⁸.

O “pluralismo jurídico” constata-se, pois, nas diferentes relações de “interdiscursividade externa”, que ameaçam precisamente o fundamento da *abertura cognitiva/clausura normativa*. É assim que o direito reflexivo garante a coexistência de diferentes subsistemas (normativos), sem deixar de os orientar procedimentalmente. Trata-se, pois, de intervir no “*meta-nível da regulação de processos quanto à repartição e redefinição dos direitos de controlo e das competências de decisão*”, revelando a “*racionalidade interna do direito reflexivo*”⁹, que opera a tradução na relação inter-discursiva entre subsistemas sociais. Esta solução jurídica plural, alicerçada na “descentralização” dos subsistemas sociais e normativos, fruto de *autopoiésis* parciais, revela a importância da fixação dos critérios de definição de regras de colisão inter-discursivas entre os subsistemas.

As Redes Normativas Globais

Partindo, assim, da ideia da sociedade global como uma “*society without an apex or a center*”¹⁰ conclui-se pela necessidade do desenvolvimento de *relações normativas heterárquicas*, num seletivo processo de trabalho em rede (*networking*), que combina as diferentes lógicas de cada um dos subsistemas, na recusa da institucionalização da consideração de elementos heterogêneos¹¹. O funcionamento descentralizado em

6 Fischer-Lescano / Teubner, “Regime-Collision...”, *op. cit.*, p. 1037.

7 Fischer-Lescano / Teubner, “Regime-Collision...”, *op. cit.*, pp. 1045 e ss.

8 Teubner, “Two faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, (1992) 13 *Cardozo Law Review*, pp. 1443 e ss.

9 Teubner, “Reflexives Recht”, *ARSP*, 1982, pp. 13 e ss., *maxime* p. 28.

10 Niklas Luhmann, “Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat”, 22 (1981) *apud* Fischer-Lescano / Teubner, “Regime-Collision...”, *op. cit.*, p. 1017.

11 Os princípios do funcionamento descentralizado em rede podem ser reconduzidos: 1) simples compatibilidade normativa em vez de unidade normativa hierárquica, 2) processos normo-genéticos pela irritação mútua, observação e reflexividade de ordens normativas autónomas e 3) metodologia jurídica segundo modelos descentralizados de solução de conflitos normativos. Sobre a “network society,” ver Dirk Messner, *Die Netzwerkgesellschaft: Wirtschaftliche Entwicklung und internationale Wettbewerbsfähigkeit als*

rede exige uma maior observação inter-sistemática mútua, pela qual a decisão final é substituída por uma sequência de decisões nas quais os “nós da rede” (“*network nodes*”) mutuamente se reconstróem, influenciam, limitam, controlam e provocam¹². Evitam-se, assim, soluções unilaterais e admite-se a solução de conflitos com base em critérios determinados pelos subsistemas funcionais¹³.

Na Tutela da Sustentabilidade Global

No aqui mais interessa, em matéria de tutela global fragmentada da sustentabilidade ambiental, as relações entre subsistemas têm sido reveladas em diversas ocasiões, em especial, no caso da OMC, a partir da sua limitada jurisdição subsistemática¹⁴. São as aberturas admitidas nas condições não discriminatórias previstas no artigo XX do GATT que abriram o regime do GATT a “interferências estranhas”, em particular relativamente às medidas necessárias para proteger a vida e a saúde humana e animal (XXb) ou as exceções relativas à relação com a “conservação de recursos naturais exauríveis” (XX9)¹⁵.

A referência à compatibilização de obrigações comerciais e de proteção ambiental é tradicionalmente referida à posição do “GATT Dispute Panel” no caso *Tuna/Dolphin*¹⁶ e à decisão do *Appellate Body* (AB) da OMC no caso *Shrimp/Turtle*¹⁷, que alterou esta posição determinando que, desde que cumpridas as condições previstas no preâmbulo, as medidas de proteção ambiental seriam compatíveis com o disposto no artigo XX do GATT. Esta posição tem sido criticada. Em termos *procedimentais*, a crítica ao ativismo judicial do AB¹⁸, face à sua limitada jurisdição, remeteria a solução destes conflitos para os processos políticos dos Estados-partes, que serão sempre

Probleme gesellschaftlicher Steuerung, Weltforum Verlag, Colónia, 1995. No Contexto da UE ver Marc Amstutz, “Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht”, in Gunther Teubner & Christian Joerges (Ed.) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 213 e 216.

12 Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Duncker & Humblot, Berlim, 1992, p. 82.

13 Fischer-Lescano / Teubner, “Regime-Collision...”, *op. cit.*, p. 1019.

14 Gabrielle Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *EJIL*, 2002, Vol. 13, n.º 4, pp. 753 e ss.

15 Vide Robert Howse “The Appellate Body Rulings in the *Shrimp/Turtle* Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2002, Vol. 27:2, pp. 489 e ss.

16 *Report of the Panel (DS21/R – 39S/155)*, de 3 de Setembro de 1991, *United States – Restrictions on Imports of Tuna in* <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphinI.pdf>. *Report of The Panel (Ds29/R)*, de 16 de Junho de 1994, *United States – Restrictions on Imports of Tuna in* <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphinII.pdf>.

17 United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, AB-1998-4, Report of the Appellate Body, Oct.12, 1998, WTO Doc. WT/DS58/AB/R.

18 John H. Jackson, *The Limits of International Trade: Workers’ Protection, the Environment and Other Human Rights*, 94 AM. SOC’Y INT’L L. PROC. 222, 224 (2000) *apud* Howse, “The Appellate Body Rulings in the *Shrimp/Turtle* Case...”, *op. cit.*, página 514, referindo: “I have some sympathy for [the] view that the dispute settlement panels and the appellate court must defer somewhat more to the political process instead of making law in controversial matters. I was astounded that the appellate court, in effect, reversed long-standing jurisprudence on process and production methods in the *Shrimp/Turtle* case.”

os responsáveis pela sua violação perante o regime geral de responsabilidade internacional¹⁹. Em termos *materiais*, a discussão em torno das potenciais vantagens e desvantagens desta solução tem dado azo a um importante debate político em torno da defesa das “sinergias mutuamente benéficas” promovidas pela “globalização dos direitos humanos e do direito da integração económica”²⁰ e o alerta de Robert Howse quanto às diferentes agendas do comércio livre e da proteção de Direitos Humanos, cauciona contra o desenvolvimento “ordo-liberal”, na linha da tradicional crítica de Philip Alston²¹.

Os limites dos subsistemas de Direito Internacional

O desenvolvimento destes subsistemas de Direito Internacional levou à construção do conceito de “*self-contained regime*” como aqueles que incluem um “exaustivo e definitivo” conjunto de regras secundárias e com o efeito (ou ambição) de excluir a aplicação das regras (secundárias) de responsabilidade, agora em processo de codificação pela Comissão do Direito Internacional (CDI) da ONU²².

Bruno Simma propôs a depuração do conceito de “*self-contained regimes*”, em especial, face aos diferentes graus de autonomia que a doutrina parecia ler neste regime para uma *total autonomia sistemática*²³ a partir da especialidade de normas primárias, do caso *SS Wimbledon*²⁴, e a autonomia das normas secundárias, no caso *Tehran Hostages*²⁵. Reservar-se-ia, assim, o conceito de “*self-contained regimes*” para designar uma categoria muito particular de subsistemas que incluam um sistema completo, exaustivo e definitivo de normas secundárias, de tal forma que a aplicação de um especial regime de responsabilidade exclua a possibilidade de recurso ao regime geral de responsabilidade internacional (costumeiro ou em vias de codificação pela

19 Marceau, “WTO Dispute Settlement and Human Rights...”, loc. cit..

20 Ernst-Ulrich Petersmann, ‘Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration’, 13 *EJIL*, (2002) 621.

21 Robert Howse “The Appellate Body Rulings in the *Shrimp/Turtle* Case...”, loc. cit.

22 Assim, “in principle, a full (exhaustive and definite) set of secondary rules” e “totally exclude the application of the general legal consequences of wrongful acts as codified by the ILC.” Brunno Simma e Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Selfcontained Regimes in International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol 17 no.3, 2006, pp. 483 a 529, *maxime* p. 493.

23 Mais recentemente também criticada por Martti Koskenniemi: “*No treaty, however special its subject-matter or limited the number of its parties, applies in a normative vacuum but refers back [sic] to a number of general, often unwritten principles of customary law concerning its entry into force and its interpretation and application. Moreover, this normative environment includes principles that determine the legal subjects, their basic rights and duties, and the forms through which those rights and duties are modified or extinguished.*” in M. Koskenniemi, *Preliminary Report by the Chairman of the Study Group on the Fragmentation of International Law, apresentado à ILC da ONU 2004*, § 102.

24 Decisão no *Case of the S.S. “Wimbledon”*, (*Brittany, France, Italy and Japan (with Poland as intervener) v. Germany*) 17 August 1923, PCIJ in www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.

25 *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, 24 May 1980, ICJ, www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf.

CDI da ONU) por atos dos Estados, em especial, precludindo qualquer recurso a contramedidas por parte do Estado afetado²⁶.

A partir daqui é possível encontrar, no trabalho final da CDI da ONU acerca dos *Draft Articles on State Responsibility*, três categorias de “*self-contained regime*”²⁷: 1) como uma subcategoria em matéria de responsabilidade internacional, aproximado do conceito no caso *Tehran Hostages*, no que parece ser o mais desenvolvido conceito atualmente em vigor; 2) como um regime especial, em razão da geografia ou da matéria, como se questiona em torno da União Europeia ou a Organização Mundial do Comércio; 3) como um específico ramo de Direito Internacional, violado especialmente, tal como previsto no último trabalho da CDI sobre fragmentação, como Direito Internacional Humanitário²⁸.

No entanto, apesar da construção dos regimes subsistemáticos, a verdade, é que os Estados apenas abrem mão dos mecanismos do Direito Internacional geral de efetivação de responsabilidade estadual a favor de subsistemas normativos na medida em que estes funcionem, limitam-se as possibilidades de recurso ao regime geral de responsabilidade estadual apenas em casos limite, quase de emergência. A CDI da ONU parece ter tomado posição crítica²⁹, que a doutrina, que já se pronunciou sobre o assunto, não parece acompanhar. Mesmo Simma e Pulkowski, na linha da já vista posição formulada genericamente sobre o assunto, referem que não é possível afastar a possibilidade de recorrer ao regime geral de contramedidas³⁰, apesar de dificilmente se poder manifestar eficaz e mesmo, no que parece poder ser lido como uma perspectiva de *adequação proporcional*, admissível³¹.

26 Bruno Simma, 'Self-Contained Regimes', XVI *Netherlands Ybk* (1985) 111 at 117.

27 Para mais desenvolvimentos, vide Ricardo Sousa da Cunha, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita...*, *op. cit.*, pp. 274 e ss.

28 International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, § 12 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

29 “[t]o the extent that derogation clauses ... are properly interpreted as indicating that the treaty provisions are ‘intransgressible’, they may entail the exclusion of countermeasures.” (International Law Commission, *Report on the work of its fiftythird session, Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*; *id.*, 330).

30 Alguns Estados têm a partir desta possibilidade procurado garantir uma restituição integral dos danos (material ou compensatória), que não mera equivalência de obrigações comerciais sob o regime da OMC. A favor da reparação ver a posição do Equador, WT/DSB/M/89, para. 8 e contra a posição da Austrália, da UE, dos EUA e do Canadá em WT/DSB/M/75, 5 e ss. Os respetivos painéis parecem ter acolhido com cautela esta possibilidade, mais ainda sentida quando referida a compensações monetárias, não previstas no artigo 22 DSU, admitidas, em especial, no caso de subsídios ilegais ou medidas *antidumping* ilegalmente cobradas, que podem ser devolvidos in *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Panel Report, 21 January 2000, WT/DS126/RW, 6.48; *Guatemala – Cement II*, Panel Report, 17 November 2000, WT/DS156.

31 Sobre o aso da União Europeia, vide Axel Marschik, *Subsysteme im Völkerrecht: Ist die Europäische Union ein “Self-Contained Regime”?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, página 233. Aponta-se, ainda, como não seria necessário o recurso ao regime geral de responsabilidade Estadual, no caso de o Tribunal de Justiça aceitar uma destas propostas, apesar de se poder configurar essa necessidade para efetivar a execução dessa decisão face à eventual falta de cumprimento voluntário que o carácter extremo do caso anunciaria. Vide Simma e Pulkowski, “Of Planets and the Universe...”, *op. cit.*, pp. 517 e ss.

Os limites da Responsabilidade

A possibilidade de fazer uso do regime de responsabilidade estadual, nos termos do Direito Internacional Geral, mesmo que em derrogação das suas regras especiais, deixa sempre em aberto o recurso a contramedidas, em especial, as represálias, em condições mais restritivas. Foram-se construindo algumas ideias sobre este recurso:

- 1) Excluída estará a possibilidade do uso da força, considerada norma perentória de Direito Internacional, cujo monopólio se encontra consagrado a favor do sistema de segurança coletiva da ONU;
- 2) Qualquer medida deverá observar o estrito teste da proporcionalidade, segundo aliás o que se encontra previsto no artigo 51.º dos *Draft Articles on State Responsibility* da CDI;
- 3) Não se poderá afetar direitos de terceiros, que no caso da UE agrava a dificuldade inerente a regimes multilaterais, considerando que os efeitos na organização económica de um Estado-membro afetarão necessariamente os demais e afetará a construção de um Mercado Comum – afinal o desiderato original da integração europeia³².

Além disso, a relação entre os diferentes subsistemas regulatórios em redes normativas globais não pode colocar-se apenas no plano da responsabilidade pela sua violação, como parece acontecer no caso da construção dos “*self-contained regimes*”. Esta opção, metodologicamente, aponta a preferência por uma tutela secundária e não pelo saudável funcionamento de uma complexa, diversa e plural ordem normativa cosmopolita.

Esta opção de efetivação da responsabilidade internacional, no limite, não dispensa sequer a intervenção dos ordenamentos jurídicos nacionais, originalmente soberanos e que, pelo menos desde a Revolução Francesa, ambicionam esgotar o Direito vigente num determinado território sobre a população aí presente. Já se viram as dificuldades destes exercícios, precisamente num espaço normativo global cada vez mais integrado, que impõe à desafios Constituição Cosmopolita³³, em especial no que se refere à ambição de construção de uma única “ponte” entre o Direito estadual e o Direito supra-estadual que “reduza à unidade” o Direito vigente em cada Estado.

Os limites no regime de responsabilidade internacional recolocam o problema do funcionamento das redes de regulação global no funcionamento primário das suas normas substantivas. A já referida invocação de uma crescente constitucionalização global, alicerçada na hierarquização normativa que a descoberta de um padrão axiológico comum a toda a Humanidade, é particularmente sensível em matéria ambiental referida aos existentes mecanismos globais de tutela da vida numa comunidade global de habitantes do mesmo planeta.

32 Para mais desenvolvimentos ver Axel Marschik, *Subsysteme im Völkerrecht: Ist die Europäische Union...*, *op. cit.*, pp. 297 e ss., na qual se admite ainda o recurso, no caso da UE, a medidas de retaliação (*Retorsionsmaßnahmen*), em especial, considerando o altamente restritivo recurso a represálias.

33 Para mais desenvolvimentos, *vide* Ricardo Sousa da Cunha, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita...*, *op. cit.*, pp. 369 e ss.

Redes Cosmopolitas e Hegemonia

Os ODS podem desempenhar um papel de linguagem comum à comunicação entre diferentes subsistemas normativos, considerando, além desta universalidade axiológica, a também universal filiação da ONU. A este objetivo nem obstaria a sua consagração sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU que, já noutros casos, foi fundamento suficiente para nesses instrumentos ler obrigações jurídicas assumidas pelos Estados e não meras declarações *soft law*³⁴.

No entanto, de diversos espaços, possivelmente dos mais insuspeitos até, se levantaram vozes críticas à possibilidade de erigir os ODS em novo padrão normativo global para o “Desenvolvimento Humano”. Desde 1991, que Axelle Kabou questiona “*Et si l’Afrique refusait le Développement?*”³⁵ com referência ao papel desempenhado pela burocracia internacional no combate a uma pobreza construída segundo critérios estranhos à participação dos seus destinatários a que se aponta, por isso, o risco de alienação cultural. Esta mesma questão foi, mais recentemente, deixado ao papel desempenhado pelos ODS como plano de ação para o desenvolvimento humano, social, económica e ambientalmente sustentável³⁶.

A revelação da natureza dialógica dos processos de formação do Direito Internacional, suscetíveis de instrumentalização hegemónica, feita solução material contingente erigida em padrão dirigente, já não é apenas apontada na relação com os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, mas também ao nível supra-estadual. Uma *teoria crítica de hegemonia* nas relações internacionais tem a intenção de “pôr em questão” todos os tipos de relações sociais ou de poder institucionais, “*interessando-se ela própria com as suas origens e se eles podem estar num processo de mudança*”³⁷ e procura “*um processo contínuo de mudanças históricas e com a exploração do potencial para formas alternativas de desenvolvimento*”³⁸.

Os interesses hegemónicos no espaço internacional são, em larga medida, o resultado de tensões hegemónicas domésticas que a partir da luta interna iniciaram uma “expansão para o exterior”³⁹. Neste sentido, a hegemonia é mais do que dominação

34 Sobre a sua relevância, por exemplo, no ordenamento jurídico da RAE de Macau ver Ricardo Sousa da Cunha, anotação ao Ac. TSI-A-209/2001, de 14 de Março de 2002; ILDC 628 (MO 2002), in <http://www.oxfordlawreports.com>.

35 Axelle Kabou, “*Et si l’Afrique refusait le Développement ?*”, Paris, L’Harmattan, 1991.

36 Elísio Macamo, “E se África rejeitasse os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, *Público*, 1 de Agosto de 2019.

37 Robert Cox, “Social Forces, States and the World Order: Beyond International Relations Theory”, *Millenium Journal of International Studies*, 10 (2): 126-155.

38 “Develop[s] a static theory of politics, an abstract ahistorical concept of (...) and an appeal of universal validity” in Adam Morton e Andreas Morton e Bieler, 2004, “A Critical Theory Route to Hegemony, World Order and Historical Change: neo-Gramscian Perspectives in International Relations” *Capital & Class*, Artigo 82 (2004): pp. 85-113.

39 Cox, “Social Forces, States and the World Order...”, *op. cit.* p. 171.

(que é apenas uma entre muitas condições da existência da hegemonia)⁴⁰, que quotidianamente, conduziu, apesar de outras aberturas⁴¹, à oposição a grande parte da prática estatal contemporânea de uma “hegemonia auto-decretada”⁴², muito centrada em torno da ideia de hegemonia e, na realidade, na potencial perda de tal estatuto⁴³.

A “hegemonia está em todo o lado”⁴⁴ e, nesta perspetiva, apesar da constante retórica contra o desenvolvimento institucional das relações internacionais, revela como as próprias organizações internacionais têm sido usadas na prossecução de ambições hegemónicas de alguns dos seus membros⁴⁵. É afinal crítica análoga à traçada ao Direito da União Europeia, seja na tradicional promoção das liberdades económicas da integração face aos demais direitos fundamentais, de cariz social (ambiental) ou pessoal⁴⁶.

Conclusão

A tutela global do desenvolvimento social, económico e ambiental sustentável, recentemente referida ao papel desempenhado pelos ODS como plano de ação, enfrenta os mesmos desafios na relação cosmopolita de redes globais de regulação. Este é um desafio que se encontra também colocado entre a crescente *fragmentação* regulatória, fruto da complexidade e especialização setorial, e a ambição de *constitucionalização* global unitária pela verticalização normativa oferecida pelas normas de valor *ius cogens*.

Ora, mais do que simplistas opções entre iconoclastias políticas em competição, a complexidade da vida numa comunidade global coloca as *redes regulatórias globais* no plano plural das relações intersistemáticas. Os riscos sentidos nas relações intersistemáticas traduzem um dilema de “dupla contingência” entre *Ego* e *Alter-Ego*

40 O exemplo clássico dado por Gramsci foi o da Igreja Católica, especialmente durante a Idade Média como a força social hegemónica (supra-nacional) e, já no início do século, havia notado como o “Americanismo” se tornava uma força dominante com intenções hegemónicas, com a expansão da linha de montagem de Ford (“Fordismo”) num esforço incrementado, depois do final da 2.ª Guerra Mundial, à medida que o sistema Bretton Woods promovia a “Pax Americana” como um bloco hegemónico. Cox, “Social Forces, States and the World Order...”, *op. cit.* pp. 219-230.

41 Balakrishnan rajagopal, “The Role of law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism”: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India”, *LJIL*, 18 (2005), pp. 345 a 387.

42 Jürgen Habermas, “Interpreting the Fall of a Monument”, 4 *GJL* (2003), p. 706.

43 Immanuel Wallerstein, “U.S. Weakness and the Struggle for Hegemony”, *Monthly Review*, Vol. 55, n.º 3, Julho-Agosto 2003.

44 Carl Rhodes, Robert Ian Westwood, *Critical representations of work and organization in popular culture*, Routledge, Nova York, 2007, página 160 e Messner/Nuscheler, *Das Konzept Global Governance Stand und Perspektiven*, INEF Report - Institut für Entwicklung und Frieden der Universität Duisburg-Essen / Standort Duisburg, Heft 67/ 2003.

45 Vide G. J. Ikenberry, “Power and Liberal Order: America’s Postwar World Order in Transition”, 5 (2005), *International Relations of the Asia-Pacific*, página 148 e ss. e, mais especificamente, Shirley V. Scott, “Intergovernmental Organizations as Disseminators, Legitimizers, and Disguisers of hegemonic policy preferences: The United States, the International Whaling Commission, and the Introduction of a Moratorium on Commercial Whaling”, *LJIL*, 21 (2008), pp. 581 a 600.

46 Pedro Cabral e Mariana de Cima Chaves, “Livro Circulação de Mercadorias e Direitos Fundamentais”, *Temas de Integração*, 1.º semestre de 2005, vol. 19, p. 225.

ignora a reação de *Alter* a uma determinada ação, pelo que ambos se confrontam com várias alternativas de atuação (*dupla contingência*). A variedade de alternativas de atuação (*contingência*) é por cada um dos subsistemas perspectivada como *liberdade*, que, no entanto, na perspectiva do observador/recetor se transforma em fonte de potencial conflito. É a abertura do sistema ao ambiente, na redução de complexidade apontada já ao conceito de *re-entry*, que transforma a contingência num processo recíproco de comunicação e potencial evolução mútua⁴⁷.

Esta mesma conclusão é estendida ao papel desempenhado pelos ODS com plano de ação para o desenvolvimento sustentável. As críticas, dos mais insuspeitos interessados, confirmam a natureza contingente das decisões normativas globais, abertas à instrumentalização retórica e à hegemonia. O potencial da tutela global do desenvolvimento sustentável para fortalecer o argumento constitucional global pela verticalização normativa oferecida pela invocação dos interesses sobrevivência da comunidade global encontra, assim, também os limites de qualquer opção normativa global contingente que o recolocam, num plano de igualdade, no contexto relacional plural de redes de regulação cosmopolita.

É, pois, uma *nova atitude cosmopolita* que se impõe nas relações intersistemáticas, mesmo na tutela cosmopolita da sustentabilidade ambiental, na qual se inclui ainda a permanente intermediação Estadual⁴⁸ e, inclusivamente, local – aliás, verdadeiramente, *Glo-cal* segundo o novo brocado também jurídico “*think global, act local*”⁴⁹. É esta a nova *linguagem* plural e relacional que permite a *comunicação* entre todos os subsistemas da regulação global, encerrados normativamente, mas abertos linguisticamente ao ambiente cosmopolita.

47 Luhman, Niklas, “Die Weltgesellschaft”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1971, pp. 1 e ss.

48 Ricardo Sousa da Cunha, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita...*, *op. cit.*, pp. 371 e ss.

49 Extraído de Patrick Geddes, *Cities in Evolution*, London: Williams, 1915, p. 397.



UMinho Editora



Universidade do Minho



CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO

ISBN 978-989-8974-91-4



9 789898 974914 >