

---

GILLES MARTIN

Faculdade de Direito, Ciências  
Económicas e Gestão  
Universidade de Nice — Sophia-Antipolis

---

## Direito do Ambiente e Danos Ecológicos (\*)

---

115

*O problema da reparação dos danos ecológicos é uma questão já antiga do direito do ambiente. Desde a década de 1970 que tem vindo a sublinhar-se a incapacidade do direito tradicional da responsabilidade para tratar essas questões. Fizeram-se esforços para ultrapassar os principais obstáculos*

*e, pouco a pouco, desenhou-se o enquadramento jurídico da responsabilidade por factos de poluição. Subsistem, contudo, problemas, o principal dos quais se prende com a especificidade do dano ecológico, sua definição, avaliação e reparação.*

A questão da reparação dos danos ecológicos nem sempre tem sido objecto de igual atenção ao longo da história do Direito do Ambiente. De forma sucinta e esquemática, podemos estabelecer três períodos distintos:

1. Antes de 1975<sup>(1)</sup>, o problema da reparação dos danos subsequentes a lesões causadas ao meio ambiente era considerado uma questão fulcral. Os inúmeros trabalhos dedicados a estes temas<sup>(2)</sup> acentuavam o desajustamento dos mecanismos e dos princípios tradicionais da responsabilidade, advogando a sua evolução. Neste período, pelo menos, a reflexão nunca incidiu na especificidade do dano ecológico em si mesmo. Os problemas debatidos relacionavam-se essencialmente com os possíveis fundamentos da responsabilidade por factos de poluição, com problemas de causalidade e com questões

---

(\*) Lição apresentada no 2.º Curso de Direito do Ambiente, organizado pelo AMBIFORUM, Centro de Estudos Ambientais, Lda., e pela Universidade Católica Portuguesa. Agradece-se ao Dr. Luís Pitta a autorização concedida para a sua publicação.

(1) As datas mencionadas servem apenas para identificar períodos de referência e não devem ser entendidas restritivamente.

(2) Para a França, cf., por exemplo, Despax (1968); Girod (1974); Martin (1978).

processuais, em sentido amplo. Se houve progressos nítidos, importa acrescentar que o debate se situou no âmbito tradicional da responsabilidade civil.

2. A partir de 1975, a questão da responsabilidade e da reparação passa para segundo plano, já que, na opinião dominante, ela representava um fracasso: os danos são causados quando não deveriam sê-lo. Entra-se no período da grande ofensiva do direito do ambiente, tal como o entendemos actualmente. A tónica é posta na prevenção e, portanto, num sem-fim de regulamentações que a tornem possível. Esta reacção — extremamente salutar — tem, no entanto, como resultado alimentar a crise da responsabilidade e da reparação. Os eventuais autores de danos entravam o passo dos ecologistas mais puros e, contornando-lhes o discurso, afirmam com eles que o problema fundamental não é reparar, e que impor esse ónus a quem polui é, de certo modo, impedi-lo de realizar os esforços necessários à prevenção. Ainda hoje se sentem repercussões desta controvérsia.

3. A partir da década de 1980, especialmente desde 1985, o problema da reparação de danos ecológicos regressa ao centro das atenções, a par da necessidade de acções preventivas. Como explicar este renovado interesse? A meu ver, há duas razões fundamentais: por um lado, e apesar de todos os esforços, continuam a cometer-se danos e os lesados, cada vez mais conscientes, erguem-se para exigir a sua reparação; por outro lado, as próprias políticas de prevenção aceitam que certos danos sejam cometidos, e não parece aceitável que esses danos sejam contabilizados como «lucros e perdas»<sup>(3)</sup>. Por isso, os problemas já não se põem nos mesmos termos dos anos 1970: os observadores começam a tomar consciência de que não são só os mecanismos da responsabilidade civil que estão desajustados, mas que os conceitos fundamentais utilizados tão-pouco traduzem a realidade dos factos. A partir das reflexões do primeiro período, fizeram-se progressos no regime jurídico em que esses pro-

---

(3) As políticas que assentam na fixação de limites admitem, assim, que os danos possam ser causados «legalmente». O direito francês não deixa no entanto de considerar que as eventuais vítimas mantêm o direito à reparação em virtude do princípio segundo o qual as autorizações (de despejo de resíduos, por exemplo) são concedidas salvaguardando os interesses de terceiros. Esta solução, abandonada por alguns direitos estrangeiros, parece-nos, no entanto, excelente, dado que significa que a autorização administrativa efectua uma transferência de prerrogativas que, no mínimo, dá direito a uma compensação.

blemas se enquadram, mas embate-se sempre numa realidade que os conceitos tradicionais não conseguem apreender. É, particularmente, evidente para todos que o conceito de dano tem de ser repensado e, com ele, também o de responsáveis — ou de «quem responde por» — e sobretudo o de lesados. Foi com base nestes conceitos que se discutiram questões muito concretas: qual a forma de avaliar um dano ecológico? Quem pode rigorosamente exigir a reparação? Quais as formas de reparação mais adequadas a este tipo de dano tão específico? Estamos a presenciar o desenvolvimento desta terceira fase nos ensaios doutrinários<sup>(4)</sup>, na legislação — especialmente de origem europeia<sup>(5)</sup> — e em iniciativas «privadas»<sup>(6)</sup>.

Deste modo, para avaliarmos o direito actual sobre reparação de danos ecológicos, é necessário analisarmos os contributos do primeiro período, durante o qual se definiu o *regime jurídico da responsabilidade por factos de poluição* (I), antes de passarmos aos pressupostos e debates actuais à volta do *problema do dano ecológico* (II).

A partir do momento em que se tomou consciência dos danos susceptíveis de serem causados por actividades poluentes, verificou-se até que ponto a concepção tradicional da responsabilidade civil podia estar desajustada a este novo fenómeno.

— A maioria das actividades causadoras de danos exercia-se mediante uma autorização administrativa, e se as negligências não eram raras, a maior parte das vezes era impossível prová-las. Manter, nestas condições, o princípio da responsabilidade por factos ilícitos redundava na proibição de qualquer acção eficaz.

— Por definição, o dano de poluição é um dano indirecto que, causado a bens ou a elementos naturais (ar, água, etc.), se repercute em bens ou actividades cuja exploração implica a utilização desses mesmos elementos. A exigência de um nexo de causalidade directa entre o

## **I. Regime jurídico: a responsa- bilidade por factos de poluição**

<sup>(4)</sup> Cf. Remond-Gouilloud (1989b) e Martin (1989c).

<sup>(5)</sup> Por exemplo, o projecto de Directiva sobre responsabilidade civil por danos causados por resíduos, ou o ante-projecto de Convenção ou de Recomendação, relativo à reparação dos danos causados ao ambiente, negociado no âmbito do Conselho da Europa.

<sup>(6)</sup> Multiplicação dos fundos de indemnização, reflexão sobre seguros contra a poluição.

facto e o dano significava, mais uma vez, levantar uma barreira intransponível à acção dos lesados.

— Finalmente, inúmeras questões processuais (em sentido amplo) entravavam a acção de responsabilidade. Se os danos de poluição surgiam muitas vezes como danos colectivos, poderia continuar-se por muito mais tempo a impedir que grupos ou associações actuassem para exigir a sua reparação?

Embora estas dúvidas tivessem surgido rapidamente, nem sempre as respostas foram coerentes. Quase sempre as alterações no direito tradicional se introduziram «uma a uma», e se o balanço dessa evolução pode considerar-se globalmente positivo, algumas soluções são ainda controversas.

Se considerarmos, sucessivamente, a questão dos fundamentos da responsabilidade, os problemas da causalidade e as dificuldades processuais, verificaremos que a evolução foi irregular.

#### A—O princípio da responsabilidade sem culpa

A evolução mais radical e, talvez, mais irreversível deu-se, sem dúvida, neste domínio.

A grande maioria dos direitos dos países desenvolvidos —especialmente os direitos europeus— admite o princípio da responsabilidade objectiva. Isto verifica-se tanto nos textos modernos que estabelecem uma responsabilidade especial<sup>(7)</sup>, como nos casos em que a jurisprudência aplica a teoria, agora clássica, das perturbações anormais de vizinhança<sup>(8)</sup>.

De qualquer modo, esta evolução no sentido da admissão de responsabilidade sem culpa é actualmente confirmada pelos projectos de âmbito europeu, em elaboração. O art. 3.<sup>º</sup> do projecto de Directiva sobre a responsabilidade civil por danos causados por resíduos estabelece que «o produtor de resíduos é responsável pelos danos e estragos que esses resíduos causem no meio ambiente, independentemente de culpa sua». O projecto de Convenção relativa aos danos causados durante o transporte

<sup>(7)</sup> No caso da França, pensamos sobretudo nos textos relativos à responsabilidade civil em matéria nuclear (Lei de 30 de Outubro de 1968), à responsabilidade civil por poluição causada por lançamento no mar de efluentes de hidrocarbonetos (Lei de 26 de Maio de 1977) e à responsabilidade civil por danos causados por ruídos de aviões a terceiros na superfície terrestre (art. L. 141-2 do Código da aviação civil).

<sup>(8)</sup> Cf. Martin (1978); Caballero (1982) e Prieur (1984).

de mercadorias perigosas por via terrestre, via férrea ou navegação interna, elaborado pela UNIDROIT e actualmente em negociação na Comissão Económica para a Europa, das Nações Unidas, assenta no mesmo princípio. Igualmente, a noção de responsabilidade objectiva da pessoa física ou moral que controla a actividade causadora do dano veio a impor-se na Comissão de especialistas que prepara, no Conselho da Europa, um ante-projecto de Convenção ou de Recomendação sobre a reparação dos danos causados ao meio ambiente durante o exercício de actividades perigosas.

Seria, no entanto, faltar à verdade pretender que, neste ponto, o consenso é geral. Em primeiro lugar, alguns sectores industriais, especialmente o das indústrias químicas, continuam a bater-se por um regresso à responsabilidade assente na prova de culpa. Em segundo lugar, e muito mais curioso, alguns ecologistas afirmam-se — em privado — partidários da culpa, temendo que uma responsabilidade objectiva acabe por «desculpabilizar» os poluidores, ao permitir que o dano surja como uma consequência «inevitável» das suas actividades. O argumento não é pertinente e confunde vários dados do problema. O direito da responsabilidade civil ou administrativa tem por objectivo fundamental a reparação dos danos. Exigir prova de culpa é impedi-lo de atingir esse objectivo. Mas, simultaneamente, esse direito não exclui *que a par da reparação se aceitem, tanto quanto possível, mecanismos de repressão*. Tais mecanismos podem assumir a forma clássica do direito penal — cuja eficácia nestas matérias é duvidosa — ou podem ser introduzidos, subsidiariamente à reparação, através de recurso movido pelas entidades pagadoras contra os poluidores culposos<sup>(9)</sup>.

Em suma, apesar destas controvérsias, curiosas ou secundárias, o princípio da responsabilidade sem culpa relativamente aos danos causados ao ambiente parece, hoje em dia, adquirido.

Relativamente aos delicadíssimos problemas de causalidade, a situação é mais complexa.

## B — Uma causalidade problemática

Como em qualquer caso de responsabilidade, para se exigir a responsabilidade do poluidor, é necessário, em

---

(9) Sobre este ponto, cf. adiante a Parte II.

princípio, que o lesado estabeleça um nexo de causalidade entre o facto de poluição e o dano sofrido. Este requisito levanta, neste domínio, dificuldades consideráveis e perante os inúmeros desafios a reacção do direito positivo foi tímida e marginal.

Sem dúvida que a liberdade de apreciação que cabe aos juízes permitiu que a *jurisprudência* fizesse alguns progressos. Assim, a jurisprudência admitiu que, na impossibilidade de o poluidor apresentar uma explicação razoável pela morte das abelhas de um apicultor, os juízes concluam que os factos de poluição devem ser considerados a verdadeira causa do dano<sup>(10)</sup>. Geralmente, observa-se, por parte dos tribunais, uma certa tolerância quanto à prova do nexo de causalidade, especialmente se houver culpa do poluidor.

Coube também à jurisprudência o mérito da solução que permite determinar *in solidum* a responsabilidade dos diferentes poluidores que concorreram para a verificação de um mesmo dano. Convém acrescentar que, no período mais recente, os tribunais se mostraram muito (demasiado) severos, exigindo a indivisibilidade do dano e interpretando muito rigorosamente esta exigência<sup>(11)</sup>.

Foi, porém, no campo da *legislação* que se alcançaram progressos mais nítidos, embora sempre em textos especiais relativos a domínios «sensíveis».

Assim, por exemplo, o art. 10.<sup>o</sup> da lei francesa de 30 de Outubro de 1968, sobre a responsabilidade em matéria nuclear, instituiu uma presunção quanto à origem dos danos corporais verificados depois de um acidente nuclear. Se ocorresse um acidente desses, o governo deveria estabelecer, por decreto, uma lista das doenças que presumivelmente teriam sido causadas pelo acidente. Mais avançada é uma lei japonesa, de Outubro de 1973, relativa às alterações de saúde supervenientes a poluições, que estabelece um sistema bastante engenhoso de presunções. De acordo com esse texto, se surgir uma doença — constante de uma lista — num raio de um determinado número de quilómetros à volta de qualquer instalação poluente susceptível de afectar a saúde, presume-se que ela foi causada por essa instalação. Convém acrescentar

<sup>(10)</sup> Cf. *Tribunal de Grande Instance d'Albertville*, 26 août 1975, J. C. P. 1976. II. 18384, note Rabinovitch.

<sup>(11)</sup> Cf. *Cour d'Appel de Paris*, 19 mars 1979, D. 1979, p. 429, note R. Rodière, e o nosso comentário na *Revue Juridique de l'Environnement*, 1983, 4, p. 332 e s.

que depois de 1988 esta lei foi revogada, sob pretexto de contribuir para uma imagem negativa de um Japão poluído e perigoso!

Inovações deste teor, que não são tão heterodoxas quanto se tem dito, merecem ser multiplicadas e alargadas. Existem, há muito, presunções deste tipo no direito do trabalho para proteger os assalariados vítimas de «doenças profissionais», e não seria hoje chocante que passassem a beneficiar terceiros exteriores às empresas <sup>(12)</sup>.

121

Outra via para tentar melhorar a situação do lesado, relativamente à prova de causalidade, consiste em não lhe impor a prova de uma certeza, mas apenas a prova de uma probabilidade satisfatória. É neste sentido que se orientam diversos projectos de origem comunitária. Assim, o projecto de Directiva relativa à responsabilidade dos produtores de resíduos estabelece, no art. 4.º, n.º 6, que o «queixoso terá de provar o dano [...] e estabelecer a *verosimilhança preponderante* do nexo de causalidade entre os resíduos do produtor e os danos [...]». Esta forma de proceder pode revelar-se adequada à matéria que aqui nos ocupa e ao carácter difuso da relação danosa. Resta observar qual a utilização que dela farão os juízes a quem essas fórmulas conferem um imenso poder criativo.

Aliás, é expressamente ao juiz que se dirige o ante-projecto do texto sobre a responsabilidade dos danos do meio ambiente, actualmente em preparação no Conselho da Europa. O art. 5 determina, com efeito, que «ao avaliar as provas relativas ao nexo de causalidade entre o facto e o prejuízo, o juiz tem em devida conta o acréscimo de risco de causar dano inerente à actividade perigosa». É evidente que uma formulação deste tipo fica muito aquém das necessidades: não modifica absolutamente nada a regra do direito tradicional, limitando-se a «aconselhar» o juiz a ser menos exigente.

Como pode verificar-se, quanto a esta questão fundamental da causalidade, as hesitações são ainda muito grandes e a evolução está longe do fim.

Apesar de os debates não estarem encerrados — longe disso! —, as dificuldades «processuais» foram, pouco a pouco, encontrando soluções mais seguras e satisfatórias.

<sup>(12)</sup> Cf. Martin (1978). A ideia é retomada por Remond-Gouilloud (1989b).

### C — As dificuldades «processuais»

Sob esta epígrafe, referiremos apenas uma questão: quem está habilitado a interpor acção para exigir a indemnização?

A resposta tradicional que afirma que o lesado ou os seus credores podem interpor accção, não pode, neste caso, considerar-se satisfatória. Se não levanta qualquer problema quando o dano em questão é causado a pessoas determinadas ou a bens apropriados, já não se aplica quando o prejuízo é causado a interesses colectivos ou quando atinge bens fora do comércio e processos ecológicos.

Podem, então, considerar-se três soluções: reconhecer a qualquer pessoa o direito de interpor acção baseado na invocação de um direito subjectivo ao meio ambiente; permitir que grupos ou associações interponham a acção para exigir a indemnização; e, finalmente, considerar que só o Estado — ou os seus organismos — está habilitado a exigir a reparação de um prejuízo «colectivo».

a) A acção aberta a todos — segundo modalidades a definir —, baseada no reconhecimento de um direito subjectivo ao meio ambiente, foi proposta em doutrina há cerca de quinze anos (Martin, 1978).

A partir dessa altura, vários sistemas jurídicos integraram na sua legislação — muitas vezes constitucionalmente — o reconhecimento de um direito ao meio ambiente. Contudo, é necessário notar que, na quase totalidade dos casos, esse direito foi entendido como um direito fundamental (uma espécie de direito humano) e não como um verdadeiro direito subjectivo. Ora, se o reconhecimento de um direito fundamental permite empreender ou justificar determinadas progressos legislativos ou jurisprudenciais em matéria, por exemplo, de participação nas decisões ou de informação do público, já não confere qualquer prerrogativa positiva *sobre* o meio ambiente e, por conseguinte, não permite a fundamentação de uma acção de reparação. No estado actual do direito positivo — salvaguardando o que poderia dizer-se das *class actions* nos Estados Unidos e no Canadá — não se admite a interposição de uma acção individual para exigir a reparação de danos causados ao meio ambiente «colectivo».

b) A acção de reparação interposta por associações ou grupos de defesa da natureza e do ambiente teve



—em França e em muitos outros países, nomeadamente da CEE—resultados diversos.

De forma esquemática, podem distinguir-se dois períodos sucessivos:

—Durante muito tempo, a acção das associações para exigir a reparação dum dano causado ao ambiente inseria-se, em França, nos limites do direito comum. O grupo devia provar o dano e o nexo de causalidade e, sobretudo, devia demonstrar ao juiz que o seu interesse *pessoal* tinha sido lesado pelo facto danoso. Exceptuando os casos marginais em que a associação tinha intervindo, por exemplo, para repovoar um rio, raramente se provava um dano pessoal; praticamente nunca, quando a associação tentava constituir-se como parte civil em casos de infracção penal. Exigindo a prova de um *prejuízo pessoal directamente causado pela infracção*, os tribunais franceses afastavam sistematicamente os grupos alegando que os interesses que invocavam eram interesses colectivos ou gerais que cabia ao Ministério Público defender.

—Esta situação modificou-se a partir de 1975. Vários textos —a Lei de 15 de Julho de 1975 sobre resíduos, a Lei de 10 de Julho de 1976 sobre a protecção da natureza, a lei de 19 de Julho de 1976, revista em 1985, sobre as instalações perigosas para a preservação da natureza—vieram atribuir às associações de utilidade pública, ou às associações apenas legalizadas, o direito de se constituírem parte civil para exigir a reparação de um *prejuízo directo ou indirecto* causado aos *interesses colectivos* que têm por objectivo defender.

Esta «abertura» legislativa foi essencialmente justificada por se ter verificado que esses grupos poderiam ser excelentes auxiliares do Ministério Público. Mas nem assim os problemas ficaram todos resolvidos. Para além das dificuldades eventualmente decorrentes do processo de legalização, uma análise da jurisprudência revela que os tribunais se mostram reticentes e que interpretam restritivamente a competência que o legislador concede<sup>(13)</sup>.

Ultimamente, levantou-se outra dúvida, desta vez de princípio. Se parece perfeitamente natural e salutar que uma associação deste tipo possa, por exemplo, pedir a declaração de nulidade duma decisão administrativa, já é

---

<sup>(13)</sup> Cf. Prieur (1978).

duvidoso que seja legítimo que entidades privadas recebam verbas destinadas a reparar os prejuízos causados a interesses que as transcendem e que elas apenas representam. Frequentemente temos a sensação — talvez um pouco exagerada — de que as indemnizações servem sobretudo para aumentar o «espólio de guerra» das associações. Esta dúvida quanto à legitimidade dos requerentes, que em França se alia a uma desconfiança ancestral — sobretudo por parte dos magistrados — relativamente às associações, traduz-se, na prática, numa subavaliação quase sistemática dos danos.

Neste aspecto, a solução encontrada pelo direito brasileiro merece a nossa atenção. A Lei n.º 7-347 de 14 de Julho de 1985, sobre a defesa do meio ambiente, do consumidor e do património cultural<sup>(14)</sup> prevê a distinção entre dois tipos de danos do meio ambiente: danos eventualmente causados a um sujeito singular ou público com capacidade para interpor uma acção de responsabilidade civil tradicional para exigir reparação, e danos causados a interesses colectivos. Neste último caso, as associações de defesa do meio ambiente e as «administrações» têm a possibilidade de exigir que Ministério Público interponha uma «acção civil pública». Para isso, este órgão coloca-se ao serviço dos «requerentes» para instruir o processo. Quando as informações recolhidas permitirem concluir que foram causados danos ao meio ambiente, o Ministério Público interpõe uma acção civil pública em nome da República Federal ou dos Estados, para fixação da indemnização destinada à reparação dos danos e/ou das obrigações de *facere* ou *non facere*. O interesse destas disposições é evidente: por um lado, reconhecem ao Estado o direito de interpor uma acção civil especial e, por outro, atribuem às associações o papel de «promotores» da acção e de auxiliares do Ministério Público, sem que isso lhes permita arrecadar o produto da acção interposta.

c) Finalmente é ainda possível optar-se por uma terceira via, mais directa, atribuindo ao Estado ou a outras pessoas colectivas de direito público (administração local, serviços públicos especializados, etc.) capacidade para interpor a acção de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Nos últimos tempos, tem sido esta a orientação seguida por vários Estados, sendo o exem-

---

(14) Cf. Paolo (1986: 1035 e s.). Do mesmo autor (1987).

plo o italiano indiscutivelmente o mais significativo (Lei n.º 349 de 8 de Julho de 1986).

Levantam-se aqui, no entanto, obstáculos de outra ordem. Poderá esperar-se que o Estado actue contra os poluidores que, ainda por cima (por exemplo, em matéria de emprego), seguem a política que ele próprio preconiza? Ou, o que é ainda mais duvidoso, poderá esperar-se que o Estado actue com diligência quando são os seus próprios serviços que estão em causa? A julgar pelas dificuldades resultantes da aplicação do art. 18 da referida lei italiana (que neste caso atribui competência não a um tribunal comum, mas ao Tribunal de Contas)<sup>(15)</sup>, não se trata de uma mera hipótese académica.

Uma solução seria, talvez, atribuir a capacidade de interpor a acção a organismos públicos ou para-públicos (institutos, administrações locais, etc.), via essa que o direito federal norte-americano parece seguir.

Assim, o *Comprehensive Environment Response, Compensation and Liability Act*, 1980 (CERCLA) determina que todos os Estados e o Presidente dos Estados Unidos devem designar quais são os departamentos ou os serviços governamentais considerados *trustees* dos recursos naturais. É a eles que compete interpor a acção e, em caso de acidente, são eles que devem ser informados e que devem coordenar as operações de luta anti-polução. Incumbe-lhes ainda, sempre que haja danos, avaliar a sua natureza e extensão e, até prova em contrário, essa avaliação fará fé, em todos os processos administrativos e judiciais.

Vemos, pois, que nesta questão tão delicada, o direito positivo não está decisivamente fixado. A pouco e pouco, porém, vão surgindo soluções para as quais — como para muitas outras — o contributo do direito comparado é fundamental.

Depois desta rápida análise do regime jurídico da responsabilidade por factos de poluição, fica-nos a sensação de que neste campo se obtiveram progressos consideráveis. Embora várias questões fiquem em suspenso ou exijam respostas mais satisfatórias, parece que a evolução se fez na direcção certa. Mas... na prática, essa impressão positiva não se verifica: as vítimas têm enormes dificuldades em obter reparação, os processos arrastam-se

---

<sup>(15)</sup> Cf. Giampietro (1989: 505).

indefinidamente e os resultados pouco significativos aumentam a exasperação de quantos viam no direito um aliado nas suas lutas.

De facto, nos últimos anos, descurou-se uma questão importante. A reflexão incidiu sobre as técnicas e os princípios da responsabilidade civil sem atender à especificidade do dano ecológico. Por outras palavras, se é verdade que a consciência dos problemas relativos ao meio ambiente já não é recente (tem quase um quarto de século), ela nunca nunca conseguiu — excepto em alguns meios — compreender claramente que os danos ecológicos eram totalmente diferentes e algo mais do que os danos clássicos de pessoas e bens.

É precisamente neste ponto que incidem as actuais reflexões e evoluções.

## II. O problema do dano ecológico

A partir do momento em que se levantou a questão da reparação do dano ecológico — inicialmente sob a forma tradicional de questões de vizinhança —, exigia-se um requisito que reflectia já a especificidade desse dano: o interessado tinha de provar que o dano sofrido era «anormal». Desde sempre e, segundo creio, em todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, foi sempre ponto assente que nem todos os danos davam lugar a reparação e que os lesados tinham de suportar, sem direito a compensação, os danos «normais». Não vamos referir aqui as diferentes explicações aduzidas pela doutrina para justificar esta regra ou para lhe limitar o alcance<sup>(16)</sup>. Bastará lembrar que, por um lado, a anormalidade do dano é, tradicionalmente, uma questão de facto dependente, por isso mesmo, da competência soberana do juiz, e que, por outro lado, é um conceito relativo que o juiz aprecia em função do local (zonas industriais ou zonas residenciais) e do momento (dia ou noite, dias úteis ou fins de semana).

Esta forma de aferir a anormalidade do dano originou várias críticas, nomeadamente, a de que ela consagra a existência de zonas onde a poluição ou as perturbações já existentes conferem uma certa «legitimidade» a perturbações futuras. O facto de as zonas mais expostas serem aqueles onde a anormalidade é mais difícil de estabelecer faz com que este processo reforce os «desequilíbrios ecológicos» (Caballero, 1982).

(16) Cf. Martin (1978) e Caballero (1982).

Partindo deste princípio, o direito positivo considerava o dano ecológico, em todos os outros aspectos, um dano comum sem necessidade de tratamento especial.

Seria preciso esperar pelos os anos de 1980/85 para que se formulasse, em termos mais ou menos claros, a ideia de que o dano ecológico não pode ser assimilado a outro tipo de dano, devido às suas características. Esta ideia, até então apenas implícita na doutrina e na jurisprudência<sup>(17)</sup>, acaba de ser consagrada no projecto de Directiva da CEE relativa à responsabilidade dos produtores de resíduos.

O art. 2.º desse texto distingue, com efeito, claramente entre «o dano» e «os prejuízos causados ao meio ambiente». O primeiro termo designa apenas «os danos causados por morte ou ofensas corporais e os danos causados a bens»; por seu lado, os prejuízos causados ao meio ambiente são definidos como «atentados graves e sucessivos ao meio ambiente ocasionados por modificações das condições físicas, químicas ou biológicas da água, do solo e/ou do ar, desde que não sejam considerados danos» no sentido anterior. *É a primeira vez que, de forma explícita, um texto legal individualiza o dano ecológico e o distingue dos outros danos*, submentendo-o a um tratamento especial.

A meu ver, o alcance deste texto (que neste ponto não deveria sofrer alterações de fundo na versão definitiva) é absolutamente geral e ultrapassa de longe a responsabilidade do produtor de resíduos. Ao corroborar as análises até agora dispersas, *estabelece uma nova definição de dano ecológico* caracterizando-o pelo seu objecto ou, se preferirmos, pela sua «vítima», o próprio meio ambiente, definido aqui pela negativa, por oposição às pessoas e aos bens apropriados.

A especificidade expressa do dano ecológico impõe soluções particulares e, sobretudo, contribui para que se tome consciência da necessidade de novos mecanismos e medidas processuais conducentes à sua reparação.

Em primeiro lugar, verifica-se que o requisito da anormalidade persiste. Contudo, a identificação de um dano ecológico específico implica que essa anormalidade seja agora apreciada, não relativamente às pessoas e bens, mas sim ao meio ambiente lesado. Se a «lesão causada

---

(17) Cf. Remond-Gouilloud (1982).

ao meio ambiente» pressupõe que se ultrapasse um determinado limiar de ofensa, esse «excesso» deve ser avaliado à luz desse meio ambiente e das suas capacidades de recuperação. Esta nova forma de entender a anormalidade do dano ecológico pode ser excelente se conduzir os tribunais a não sancionar as degradações anteriores e a considerar anormal qualquer dano que prejudique a recuperação do meio ambiente. É isso que significa normalmente a alusão a «atentados sucessivos». Corre-se, no entanto, o risco de os juízes não se libertarem de critérios tradicionais e sacrificarem a «natureza normal», se considerarem que os danos sofridos não são suficientemente «graves» para integrar a classificação de «lesões causadas ao meio ambiente». Convém, portanto, clarificar o texto nesse ponto para que a sua aplicação não se traduza numa estagnação ou até num retrocesso.

De qualquer forma, esta nova visão do problema tem, além do mais, o mérito de centrar o debate nas dificuldades que nascem precisamente da especificidade do dano ecológico. A primeira tem a ver com o *problema de avaliação* decorrente do facto de o dano ser causado a bens não negociáveis ou a processos naturais. A segunda resulta da importância — e da relativa imprevisibilidade — das verbas necessárias para ressarcir esses danos: esta questão exige uma reflexão sobre as *modalidades da obrigação de reparação*. Finalmente, e em vista do resultado pretendido (que pode ser uma simples compensação), convém também analisar as *formas de reparação* dos danos ecológicos.

### A — A dificuldade de avaliação dos danos ecológicos

Antes de mais, convém referir resumidamente a opinião que reúne a seu favor vários argumentos e segundo a qual deve recusar-se avaliar o «inavaliável». Para os seus defensores, avaliar um dano causado ao meio ambiente e ao seu equilíbrio seria, para começar, trazer para o domínio mercantil elementos que dependem da criação e não da obra humana; isso seria, na verdadeira acepção do termo, «desnaturar» e dessacralizar. Acrescentam ainda que tecnicamente a avaliação depara com obstáculos insuperáveis, já que a natureza não é contabilizável.

Tais argumentos, pela elevação dos sentimentos que parecem exprimir, poderiam de certo modo impressionar. Surgem, no entanto, dúvidas sobre as intenções que lhes estão subjacentes quando esses argumentos são invocados pelos poluidores ou pelos seus fiadores (por exemplo, as seguradoras). De qualquer maneira, pode rebater-se, desde logo, a sua pertinência: recusar avaliar o meio ambiente para não o patrimonializar é aceitar que os atentados de que é alvo escapam, em grande parte, a qualquer conceptualização jurídica e económica. Acrescente-se, ainda, que a evolução do direito positivo, ao identificar um dano ecológico específico para permitir a sua reparação, obriga a avaliar o prejuízo sofrido pelo meio ambiente.

Chega-se assim à conclusão de que essa avaliação não é fácil, quanto mais não seja porque não existe mercado para o ambiente e para os seus elementos que permita determinar o seu «preço».

Em resposta a este desafio, a primeira reacção foi tentar *converter*—no sentido monetário—*esses danos em prejuízos causados a bens avaliáveis ou a actividades comerciais*. Assim, a degradação de águas marítimas passou a traduzir-se em termos de perdas para as actividades pesqueiras ou turísticas<sup>(18)</sup>.

Este método tem, naturalmente, limitações ... e efeitos perversos: contribui para escamotear parte das degradações (as que não podem ser «convertidas»); entrava a evolução do direito, levando a crer que, indirectamente, ele acaba por tomar em conta os atentados ao meio ambiente; e, por fim, vem confirmar que todas os danos que não sejam «convertíveis» não podem ser consideradas como tal. Cada vez mais cientes de que esta via não era o melhor caminho, muitas foram as vozes que reclamaram outras soluções. O direito positivo, ao confirmar que o dano ecológico é, por natureza, diferente do dano causado a bens negociáveis e a pessoas, impede o recurso a esses métodos de avaliação «derivada».

Para colmatar essas falhas, parecem abrir-se, actualmente, duas vias no direito positivo.

Para começar, observa-se o aparecimento e o desenvolvimento de *sistemas pré-estabelecidos de avaliação dos danos*. Por vezes, esses sistemas são expressamente

---

(18) Sobre exemplos deste fenómeno, cf. Martin (1989b: 319 e s.).

estipulados por diploma. Por exemplo, certas disposições legais, embora não fixem uma tabela, prevêm que o cálculo do dano seja estabelecido mediante recurso a «pautas» elaboradas por departamentos especializados. É esse justamente o caso duma lei do Estado de New Hampshire que dispõe que o cálculo deve ser efectuado com base em tabelas elaboradas individualmente para cada espécie animal pelos serviços responsáveis pela caça e pesca. Noutros casos, a legislação estabelece verdadeiras tabelas de indemnizações, por exemplo, relativamente à destruição de espécies protegidas. Em geral, quanto mais rara e ameaçada for a espécie, mais elevadas são as indemnizações. O diploma mais avançado neste domínio é um decreto espanhol de 22 de Janeiro de 1986 que estabelece uma tabela de indemnizações actualizável em função do custo de vida e elaborada com base nos custos de substituição da fauna destruída.

Outras vezes, a avaliação convencionada, embora não prevista na legislação, é sistematicamente praticada pelos tribunais, mesmo que os juizes não o confessem nas suas fundamentações. Uma análise da jurisprudência sobre a reparação dos danos causados nos parques nacionais de Mercantour e de Port-Cros, no sul da França, demonstra-o cabalmente<sup>(19)</sup>.

A outra via que o direito positivo parece seguir é a da *resolução negociada dos conflitos*. De facto, há muito tempo, que a via da negociação tem sido utilizada nas relações entre Estados. Neste ponto, os exemplos relevantes surgem, efectivamente, em matéria de armamento nuclear. Todos os casos, sem excepção, foram resolvidos por via diplomática sem que a solução encontrada em qualquer deles tenha criado um precedente<sup>(20)</sup>. É também à negociação que cabe resolver os conflitos em matéria de responsabilidade de um Estado quando a actividade poluente se exerce nos limites da sua jurisdição e tenha causado danos ao meio ambiente de outros Estados<sup>(21)</sup>. Este papel fundamental da negociação levou A.-Ch. KISS (1981: 499 e esp. 518) a escrever o seguinte: «Põe-se-nos a questão de saber se, em última instância, não poderá falar-se de uma *soft responsibility* semelhante

<sup>(19)</sup> Cf. Martin (1989c).

<sup>(20)</sup> Cf. Ballenegeer (1975) e Kiss (1989).

<sup>(21)</sup> Cf. também o quadro publicado por Pontavice (1977) e Martin (1989a).



ao *soft law* não imperativo, mas regulador da linha de conduta que os Estados devem seguir. Uma responsabilidade desse tipo consiste em tentar satisfazer as vítimas de prejuízos por meios diferentes dos mecanismos rígidos utilizados na prática internacional do período clássico».

Os motivos que explicam a expansão da negociação nas relações entre Estados são precisamente os que podem explicar a aceitação que essa forma de resolução de conflitos adquiriu, hoje em dia, na esfera «privada». A exclusão do direito estrito permitiu sempre aos Estados encontrar soluções diplomáticas «elegantes», reconhecendo aos lesados o direito a uma reparação sem, no entanto, afirmar um princípio de responsabilidade do Estado em questão. Actualmente, certos grupos industriais e financeiros, e alguns sectores profissionais, adquiriram tal importância e poder que o seu comportamento, designadamente em termos de «imagem de marca», se alinha pelos dos Estados. Para além deste aspecto, a negociação permite sobretudo estabelecer normas substantivas adequadas à situação e até elaborar «montagens» jurídicas completamente estranhas aos princípios clássicos do direito. Exemplo desta afirmação é a solução do caso SANDOZ<sup>(22)</sup>. O acordo concluiu-se por blocos e foram os juristas da ALSARHIN — uma associação criada, por iniciativa dos poderes públicos, para representar as vítimas — que se incumbiram de dividir as indemnizações de forma a que todos os prejuízos — incluindo os danos «morais» e ecológicos — fossem reparados, sem que no texto final a empresa suíça apareça como tendo «reconhecido» a existência desses danos. Esta «subtileza» pode evidentemente ser preciosa para a avaliação de danos: livres do jugo das regras do direito estrito, as partes podem acordar avaliar o «inavaliável», definir um método de cálculo dos danos, e até elaborar uma tabela ou afectar a uma determinada operação as verbas concedidas.

Ao ponderar as vantagens destes diferentes métodos (avaliação pré-estabelecida ou negociada dos danos), convém não esquecer os riscos que a sua difusão pode comportar. O primeiro é, evidentemente, a «distribuição de papéis», isto é, que a avaliação pré-estabelecida seja utilizada apenas para os danos «menores» e que a negociação fique reservada para os danos extensos que impli-

---

<sup>(22)</sup> Cf. Dourousseau (1987: 17 e s.).

quem poluidores «de peso», criando-se, assim, processos de avaliação a duas velocidades. O segundo risco tem sobretudo a ver com o processo de avaliação negociada, um método particularmente sensível à relação de forças entre as partes envolvidas. Neste caso, é necessário que o Direito tome consciência desses processos para os enquadrar e regular de forma a que os lesados não fiquem sistematicamente colocados numa posição defensiva. É justamente isso que, nos Estados Unidos, o diploma legal de 31 de Julho de 1986 sobre avaliação dos danos causados aos recursos naturais vem permitir<sup>(23)</sup>. Esse diploma prevê que é a entidade *trustee* do recurso natural que deve proceder à avaliação do dano e exigir, por escrito, ao seu autor o pagamento de uma determinada quantia, anexando um relatório pormenorizado e completo sobre os métodos de avaliação utilizados. Esses documentos têm valor de uma presunção simples em todos os processos administrativos ou judiciais.

A generalização dum procedimento deste tipo permitiria, no caso de negociação, colocar os lesados numa posição favorável, invertendo o ónus da prova da extensão e da avaliação dos danos. Poderia, assim, pressionar-se o poluidor e reequilibrar a relação de forças.

A procura de um método seguro de avaliação de danos ecológicos vai avançando, como vimos, por tentativas sucessivas, mas há ainda várias zonas obscuras. Admitindo, por agora, que esta questão está resolvida, uma outra surge imediatamente: tendo em conta a gravidade dos danos e os elevados montantes envolvidos, quais os métodos para determinar a quem cabe, em última instância, a obrigação de reparação?

## B—A obrigação de reparar

É impossível abordar esta questão sem, previamente, fazer duas observações.

Em primeiro lugar, convém lembrar que *esta matéria é dominada pelo princípio do «poluidor-pagador»*. Enunciado sob a forma de recomendação da OCDE (C. 72.128) de 26 de Maio de 1972, especificado por uma segunda recomendação de 14 de Novembro de 1974 (C. 74.223), expli-

---

<sup>(23)</sup> Cf. *Natural resource damage assessments*, 43C. F. R. Part. 11-F. R. 86-14442.

citado nas recomendações do Conselho das Comunidades Europeias de 7 de Novembro de 1974 e de 3 de Março de 1975, este princípio volta a ser referido no Acto Único europeu (art. 130. R. do título VII). O seu alcance continua, porém, controverso. Com efeito, este princípio não era originalmente mais do que um princípio de ordem económica «unicamente destinado a 'interiorizar as exterioridades' para proteger as finanças públicas» (Smets, 1988). No entanto, todos hoje concordam que se trata de uma verdadeira regra de direito ou, pelo menos, de um princípio geral de direito<sup>(24)</sup>. Este princípio é, porém, ambíguo, já que não permite determinar com exactidão quem deve ser considerado «poluidor» e, por consequência, «pagador». Veremos, mais adiante, de que forma o direito positivo tentou aplicar este princípio. Antes disso, passaremos agora à segunda observação.

Uma análise do direito positivo revela que, independentemente do método aplicado, a orientação geral se inclina, pouco a pouco, para o *abandono do princípio da reparação integral do dano*. Esta atitude resulta quer da adopção de regras de responsabilidade que impõem a fixação de um limite máximo de indemnização (fundos de indemnização e seguros), quer da afirmação explícita de que a reparação só deve cobrir «os custos razoáveis». Assim, o art. 4, alínea 2, do projecto de Directiva sobre a responsabilidade dos produtores de resíduos, dispõe que «tratando-se da recuperação do ambiente [...], o queixoso no caso de danos causados ao ambiente pode exigir essa recuperação ou o reembolso das respectivas despesas, *excepto quando os custos excedam substancialmente o benefício que, para o ambiente, resulte dessa recuperação* [...]». No mesmo sentido, o ante-projecto sobre a responsabilidade dos danos causados ao meio ambiente, refere no art. 2, alínea 9: «*as medidas adequadas e razoáveis tendentes a corrigir ou a recuperar os recursos naturais afectados ou destruídos* [...]».

Trata-se, sem dúvida, de uma influência da *rule of reason* do direito anglo-saxónico que impõe ao juiz a comparação entre os custos das medidas que estipula e o benefício que a vítima daí pode tirar. No entanto, essa referência à «razão» levanta várias dificuldades. A primeira é evidente e relaciona-se com os critérios que permitem

(24) Cf. Martin (1989c) e também Remond-Gouilloud (1989b: 161 e s.).

avaliar, nesta matéria, o que é ou não «razoável». Parece-nos que seria conveniente enquadrar o juiz e fornecer-lhe algumas directivas para evitar «derrapagens» que, devido às implicações financeiras em jogo, acabam sempre por desfavorecer o ambiente. Por outras palavras, talvez valha a pena amparar a «razão ecológica» para contrariar a «razão económica». A segunda dificuldade é uma questão de princípio: se uma actividade potencialmente perigosa puder causar prejuízos de custos tão elevados que seja «irrazoável» repará-los integralmente, será «razoável» permitir que continue a existir? Essa *rule of reason* não conterá o germe da ideia—terrivelmente perigosa—de que há danos juridicamente aceitáveis, não por serem mínimos (que, como vimos, é a regra), mas porque, pelo contrário, são tão grandes que temos de nos conformar? Não seria melhor admitir que quando a reparação atinge os limites, o que está em causa é a legitimidade da actividade causadora dos danos? Estas são dúvidas ainda sem resposta, e às quais cabe aos juristas e à sociedade inteira responder urgentemente.

De qualquer modo, e retomando o direito positivo, existem fundamentalmente três processos ou métodos para determinar a quem incumbe pagar as despesas: o chamado processo de «canalização», o recurso a fundos de indemnização e, finalmente, os seguros.

### 1. O processo de canalização da responsabilidade

A aplicação deste processo pressupõe que, antes da ocorrência dos danos, esteja nomeada a pessoa que suportará—independentemente da sua participação material ou intelectual para a ocorrência do dano—o peso da responsabilidade e que, nessa qualidade, terá de subcrever uma garantia. O âmbito da responsabilidade por danos causados por uma catástrofe nuclear (Convenção de Paris de 29 de Julho de 1960, assinada por dezasseis países europeus membros da OCDE), e o da responsabilidade por danos de poluição causados por lançamento no mar de efluentes de hidrocarbonetos (Convenção de Bruxelas de 1969) são tradicionalmente citados como exemplos típicos de canalização de responsabilidade.

No primeiro caso a responsabilidade é canalizada para quem explora a central nuclear e, no segundo, para o proprietário do navio. O projecto de Directiva sobre resí-

duos prevê igualmente a canalização da responsabilidade para o produtor dos resíduos em causa.

Enquanto o método de canalização leva à concentração da responsabilidade numa pessoa previamente designada (a quem cabe segurar-se), os fundos de indemnização assentam, pelo contrário, em mecanismos de diluição da responsabilidade.

## 2. Os fundos de indemnização<sup>(25)</sup>

135

Actualmente estes fundos multiplicam-se e especializam-se, mas o seu bom ajustamento às necessidades não deve ocultar nem as suas limitações nem as dificuldades da sua criação. Uma dessas dificuldades é a forma de financiamento dos fundos que, para além de traduzir no plano financeiro a participação de cada poluidor na prática do dano potencial ou efectivo (para respeitar o princípio do «poluidor-pagador»), deve também assegurar um efeito incentivador.

A conciliação destes dois objectivos nem sempre é tão simples como possa crer-se. Por exemplo, a contribuição para um fundo de indemnização, calculada com base na quantidade de matérias-primas que cada industrial transforma ou no volume de produtos finais que obtém, assentaria certamente na previsão de danos potenciais. No entanto, esse critério desfavoreceria consideravelmente os industriais que, a par do exercício da sua actividade, tivessem investido e inovado em processos menos poluentes.

Depois de algumas tentativas, as formas de financiamento dos fundos mais recentes — como, por exemplo, o FIPO — respeitam tanto quanto possível esses dois objectivos. No caso do FIPO, a contribuição anual de cada Estado depende simultaneamente da quantidade de hidrocarbonetos importados pela sua indústria (danos potenciais) e da gravidade dos danos efectivamente causados no ano anterior.

Para que a existência destes fundos não se converta num instrumento de «desresponsabilização» dos poluidores, é importante que esses fundos possam processar os poluidores que não tiverem respeitado os regulamentos ou que tiverem sido particularmente negligentes.

---

<sup>(25)</sup> Cf. Remond-Gouilloud (1989a: 305 e s.).

A esse propósito, REMOND-GOUILLOUD (1989a) escreve que: «A acção de regresso contra o autor responsável pela poluição é o corolário indispensável do mecanismo».

Finalmente, convém lembrar que uma das deficiências deste método é esses fundos preverem sempre limites máximos de reparação dos danos.

O último método que aqui se refere—os seguros—assenta igualmente numa colectivização do risco.

136

### 3. Os seguros

Em quase todos os países industrializados, constituíram-se grupos de várias companhias para permitir o co-seguro e resseguro dos «riscos de poluição».

Em França, a Assurpol sucedeu, em 1988, à Garpol<sup>(26)</sup>. Apesar deste avanço, a escassez da oferta de seguros é unanimemente reconhecida por todos os peritos<sup>(27)</sup>. Essa insuficiência começa por manifestar-se nos baixíssimos limites de cobertura do risco: embora os especialistas considerem que uma cobertura de 100 milhões de FF deveria constituir um limite mínimo e que o dobro desse valor seria a maior parte das vezes necessário, quase todos as apólices estipulam a primeira quantia como limite máximo de garantia. Uma forma de melhorar a situação seria, evidentemente, impor um seguro obrigatório, mas essa medida encontra forte oposição quer por parte dos industriais quer por parte das seguradoras. Surgem também dificuldades práticas na aplicação dessa medida, nomeadamente quanto à determinação das actividades abrangidas pela obrigatoriedade. A escassez da oferta explica, aliás, o desenvolvimento dum fenómeno novo no sector: a criação de sociedades de seguros «captivas», filiais de grupos industriais, cujo objectivo é precisamente segurar os riscos das empresas do grupo. A principal vantagem desta modalidade—para além do eventual interesse fiscal—é, sem dúvida, a existência duma seguradora «por medida» que—como todas as outras—tem acesso ao mercado de resseguros. O recurso a este processo implica, porém, investimentos

<sup>(26)</sup> Cf. Deprimoz (1984); Lambert-Faivre (1986: 499 e s.-558 e s.) e a importante bibliografia que este autor publica na mesma obra (p. 558 e s.).

<sup>(27)</sup> Cf. «L'assurabilité des risques ...» (1988) e, ainda, *Forum ...* (1989).

de vulto, tornando-se assim apenas viável para os grupos com grandes disponibilidades financeiras.

Outra grande deficiência dos seguros de poluição é o facto de, actualmente, nenhuma apólice aceitar cobrir o dano ecológico «puro», ou seja, o que é causado à natureza no seu estado selvagem, devido às dificuldades que a sua definição e avaliação comportam. As apólices franceses, por exemplo, propõem a cobertura de danos corporais, de danos causados aos proprietários e, muito recentemente, de danos «imateriais não subsequentes aos danos materiais». Esta última fórmula não deve, contudo, induzir-nos em erro: ficam cobertos os danos «económicos» resultantes, por exemplo, do encerramento de uma ou mais fábricas das imediações, mas excluídos, em contrapartida, os chamados «danos ecológicos» que, para as seguradoras francesas, incluem os prejuízos considerados indirectos tais como os que são causados às colheitas, à pesca ou às actividades turísticas e, por maioria de razão, os que são causados ao próprio meio ambiente.

Se é indiscutível que nenhuma seguradora pode aceitar cobrir globalmente os danos ecológicos sem outras especificações, parece-nos, no entanto, admissível conceber fórmulas que permitam atender melhor aos danos reais. Por exemplo, no caso de uma fábrica estar instalada perto de um curso de água, seria possível, através de estudos de riscos, avaliar *a priori* os danos susceptíveis de serem causados ao meio aquático tendo em conta as características e a riqueza do meio local. É esta, aliás, a orientação que as seguradoras alemãs estão a seguir, propondo aos clientes, para além do seguro por danos causados a pessoas e bens, um seguro suplementar por danos causados a um meio ambiente determinado, por exemplo, ao meio aquático. Noutros casos, poderia encarar-se o recurso ao seguro de bens, especialmente com vista a «cobrir» um bem ou um meio natural particularmente importante.

De qualquer modo, o desenvolvimento dos seguros de poluição obriga a uma reflexão, quanto mais não seja por dois motivos: por um lado, o método dos seguros conduz os poluidores a interiorizar, com relativa precisão, os custos correspondentes aos danos que causam; por outro lado, e sobretudo, ele constitui um excelente meio de prevenção, já que, nas apólices, as seguradoras se reservam sempre o direito de exercer controlos e impor

cláusulas para salvaguardar a sua responsabilidade. E como o que está em causa são os seus interesses financeiros, podemos estar certos de que elas não hesitarão em exercer essas prerrogativas!

Relativamente às fórmulas de pagamento dos custos de reparação dos danos ecológicos, omitimos propositadamente a *fiscalidade*, pois só por si mereceria um artigo. No entanto, convém não esquecer que o recurso a instrumentos fiscais, que está em expansão em todo o mundo, comporta algumas deficiências e até efeitos perversos<sup>(28)</sup>.

Antes de terminar, referiremos uma última questão, também ela directamente decorrente da especificidade do dano ecológico: a escolha da forma de reparação adequada.

### C—A escolha da forma de reparação

Sem pretender abordar a globalidade do problema, queremos unicamente sublinhar que, quase sempre, a questão da *escolha entre a correcção do dano e a reparação monetária equivalente* é uma falsa questão. Muitas vezes a correcção é pura e simplesmente impossível, podendo até revelar-se perigosa se a natureza já actuou e «encontrou» novos equilíbrios. A verdadeira reparação consiste, portanto, na maioria dos casos, em permitir que os processos ecológicos fundamentais voltem a actuar. Mas isso ... exige dinheiro. A verdadeira questão é, pois, a *afecção das verbas concedidas*.

Nas *relações de direito privado*, o princípio é o da não afectação das verbas concedidas a título de indemnização. A vítima pode, assim, decidir livremente a sua utilização. Esta solução, que tem o mérito da flexibilidade, apresenta evidentemente o grave inconveniente de «cortar a ligação» entre a indemnização e o dano que está na sua origem. A experiência vem provar que não é caso raro que as verbas obtidas sejam utilizadas para fins totalmente estranhos à reparação do dano. Essa ausência de correlação entre a utilização da indemnização e o dano causado explica, em parte, a reticência dos juízes em conceder grandes indemnizações às associações. Há, no entanto, casos em que a afectação da indemnização pode ser um facto: quando ela é estipulada no próprio processo de

---

(28) Cf. Actes du Colloque Fiscalité ... (1984).



negociação de raparação dos danos. No caso SANDOZ, a negociação permitiu ao «pagador» discutir a afectação das verbas que ele se comprometia a pagar. Assim, a empresa SANDOZ concedeu 17 milhões de FF para financiar um programa de recuperação dos eco-sistemas renanos. A flexibilidade dos métodos de negociação permite obter resultados que a aplicação do direito estrito impede de esperar.

Nas relações de direito público, é evidentemente o princípio da universalidade orçamental que impede qualquer afectação. Há, porém, um domínio onde parece verificar-se uma tendência bastante nítida para a afectação: o da fiscalidade do meio ambiente<sup>(29)</sup>. Essa afectação pode, em primeiro lugar, resultar muito indirectamente da atribuição de um «produto» fiscal a um organismo especializado na gestão de um bem ou de um meio natural. Em França há, por exemplo, o caso da taxa piscícola «afectada» ao Conselho Superior das Pescas. Em segundo lugar e sobretudo, a afectação pode depender da utilização a que esse imposto se destina. O caso da contribuição devida aos gabinetes de planeamento das bacias hidrográficas francesas é o mais conhecido: «este recurso permite que os gabinetes de planeamento procedam a uma transferência através de subsídios e empréstimos a entidades privadas ou públicas para a realização de trabalhos de despoluição» (Prieur, 1984). Mas também neste caso a afectação é relativa dado que não existe nenhuma relação directa entre um determinado facto danoso e a raparação das suas consequências.

Apesar destas dificuldades técnicas, a determinação de uma relação tão directa quanto possível entre a raparação do dano e o facto que lhe está na origem parece ser, actualmente, um objectivo comum a todos os legisladores. Nos Estados Unidos, por exemplo, a legislação sublinha cada vez mais que as verbas concedidas a título de indemnizações não devem entrar no orçamento geral do Estado, mas devem ser afectadas à recuperação ou à correcção dos recursos naturais levadas a cabo pelos competentes organismos estaduais ou federais, ou à substituição dos recursos destruídos por outros equivalentes<sup>(30)</sup>. O direito brasileiro, por seu lado, prevê, na já

<sup>(29)</sup> Cf. Hertzog (1984).

<sup>(30)</sup> Cf., designadamente, a *Deepwater Port Act 1974, Sec. 18 (c) (i)* (3), a *Outer Continental Shelf Lands Act Amendments 1977, Sec. 197 (f)* (1) e a *Federal Water Pollution Control Act* revista pela *Clean Water Act 1977, Sec. 311 (f) (5)*.

citada lei de 24 de Julho de 1985, que no caso de uma acção civil pública «a indemnização não é paga directamente à vítima dos danos» (Paolo, 1986). Foi criado um fundo para recolher e gerir essas indemnizações, tendo o Conselho federal que o administra, por competência expressa, de «velar atentamente pela utilização prioritária dos recursos na recuperação dos bens lesados» (Paolo, 1986).

Embora aqui sumariamente tratados, são estes, no domínio da reparação dos danos ecológicos, os principais problemas a merecerem hoje reflexão. O que os une é o facto de surgirem nos mesmos termos em todas as latitudes. Será, pois, através de um esforço conjunto de investigação e de criatividade, profundamente inspirado nas iniciativas internacionais e nas soluções dos diferentes direitos positivos, que poderão estabelecer-se novas normas para evitar que os danos causados à vida e às gerações futuras não fiquem por reparar.

Nice, 25 de Abril de 1990



(tradução de Teresa Lello)

## Referências Bibliográficas

- 1984 Actes du Colloque Fiscalité-Environnement, in *Année de l'Environnement*, nº especial. P.U.F..
- 1988 «L'assurabilité des risques environnementaux en Europe» — *Colloque de Bruxelles*, 13-14 Junho.
- 1989 *Forum Internacional — Ministerio Dell'Ambiente*, Assis, 1-2 Dezembro.
- Ballenegeer, J. 1975 *La pollution en Droit International*, Genève, Droz.
- Caballero, F. 1982 *Essai sur la notion de nuisances*, Paris, L.G.D.J..
- Deprimoz, J. 1984 *Réflexions sur l'étendue des risques assurables et leurs modalités de couverture*, O.C.D.E..
- Despax, M. 1968 *La pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, Librairie Technique.
- Durousseau, M. 1987 «La pollution du Rhin consécutive à l'incendie intervenu aux établissements Sandoz», *Les Cahiers de l'Administration de l'Alsace*, supl. da *Revue Administration*, Nov. 1987.
- Giampietro, F. 1989 «Il Risarcimento del Danno Ambientale davanti alle Sezioni Unite Civili», *Il Corriere Giuridico*, nº 5.
- Girod, P. 1974 *La réparation du dommage écologique*, Paris, L.G.D.J..
- Hertzog, M. 1984 in Actes du Colloque Fiscalité-Environnement, *Année de l'Environnement*, nº especial, Paris, P.U.F..
- Kiss, A.-Ch. 1981 *L'état du Droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions*, Clunet.
- Kiss, A.-Ch. 1989 *Droit International de l'environnement*.
- Lambert-Faivre, Y. 1986 *Assurances des entreprises*, Paris, Dalloz.
- Martin, G. J. 1978 *Le droit à l'environnement*, P.P.S..
- Martin, G. J. 1989a «La réparation des dommages et l'indemnisation des victimes des pollutions transfrontières» — *Colloque de l'Université du Québec à Montréal*, Outubro de 1988, *Revue Juridique de l'Environnement*, nº especial.
- Martin, G. J. 1989b «La réparation du dommage écologique», in *Developpements Récents du Droit de l'Environnement Marin*, Economica.
- Martin, G. J. 1989c *Le dommage écologique: Rapport PIREN-CNRS*.
- Paolo, A.L. Machado 1987 *Ação civil pública e tombamento*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

- |                           |       |   |
|---------------------------|-------|---|
| Paolo, A.L.<br>Machado    | 1986  | «L'Action Civile Publique dans la Loi du Brésil n° 7-347 du 24 juillet 1985», <i>Rivista Trimestrielle di Diritto Pubblico</i> .          |
| Pontavice, E. du          | 1977  | «La réparation du dommage en matière de pollution transfrontière» in <i>Aspects Juridiques de la Pollution Transfrontière</i> , O.C.D.E.. |
| Prieur, M.                | 1978  | <i>L'Agrément des Associations de Protection de la Nature et de l'Environnement</i> , D. 1978, Chron. XXIX.                               |
| Prieur, M.                | 1984  | <i>Droit de l'environnement</i> , Paris, Dalloz.  |
| Remond-<br>-Gouilloud, M. | 1982  | <i>Le prix de la Nature</i> , D. 1982, Chron. V.  |
| Remond-<br>-Gouilloud, M. | 1989a | «Les Fonds d'Indemnisation (collectivisation du risque)», in <i>Développements Récents du Droit de l'Environnement Marin</i> , Economica. |
| Remond-<br>-Gouilloud, M. | 1989b | <i>Du droit de détruire</i> , Paris, P.U.F..  |
| Smets, H.                 | 1988  | <i>Colloque sur l'Assurabilité des Risques Environnementaux en Europe</i> , Bruxelles 13-14 juin, Groupe IV.                              |