

O princípio da conciliação : rumo a um controlo da “sustentabilidade”?

Resumo

O juiz administrativo encontra-se, no contexto actual e nos limites da sua competência, confrontado com uma nova desafio: ser juiz da “sustentabilidade” do planeta.

A conciliação entre os três pilares do desenvolvimento sustentável constitui o grau mais baixo de protecção do ambiente que imaginamos desde o seu aparecimento na esfera das políticas públicas.

O princípio da conciliação é um novo princípio de valor constitucional enunciado pelo Conselho Constitucional francês enquanto de princípio “metodológico” e oferece um conteúdo um pouco mais tangível ao conceito de “desenvolvimento sustentável”. O princípio da conciliação confere um valor constitucional à salvaguarda do ambiente e corresponde a uma tradução jurídica do objectivo do desenvolvimento sustentável.

“Nos termos do artigo 6.^o da Carta do Ambiente¹ de 2004², cabe ao legislador determinar, no respeito do princípio da conciliação consagrado por estas disposições, as modalidades da sua execução”. É desta forma que o Conselho Constitucional enuncia um novo princípio de valor constitucional³. O que detém aqui a nossa atenção é o facto de o fazer, pela primeira vez, no domínio do ambiente.

O lugar do direito do ambiente na Constituição antes da adopção da “Carta de 2004”, e aquele que o Conselho Constitucional lhe concedeu na sua jurisprudência, ilustram-se pelo seu carácter extremamente restringido. Neste sentido, a decisão de 28 de Abril de 2005, intervindo algumas semanas apenas após a publicação da lei constitucional de 1 de Março de 2005⁴, parecia marcar um interesse completamente novo da Alta Assembleia para este domínio. Pode surpreender-nos portanto que os comentários que seguiram esta decisão⁵ tenham concedido tão pouca importância a este novo princípio.

¹ Tradução do texto “Le Principe de Conciliation: vers un Contrôle de la «Durabilité»” por Márcio Albuquerque Nobre.

² A Carta do Ambiente é um diploma com valor constitucional que atribui aos princípios jurídico-ambientais o mesmo valor que o dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (N.T.).

³ O artigo 6.^o da Carta do Ambiente dispõe que “as políticas públicas devem promover um desenvolvimento sustentável. Para este efeito, elas conciliam a protecção e valorização do ambiente, o desenvolvimento económico e o progresso social”.

⁴ Conselho Constitucional, Decisão n.^o 2005-514 DC, de 28 de Abril de 2005, lei relativa à criação do registo internacional francês.

⁵ Lei Constitucional n.^o 2005-205, de 1 de Março de 2005, relativa à Carta do Ambiente (*Journal Officiel de la République Française*, 2 de Março de 2005)

⁶ E. Bruce, « Chronique annuelle de jurisprudence », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2005, p. 48; P. Chaumette, « Le marin entre le navire et sa résidence ». Le registre international français des navires (RIF), *Revue Critique de Droit International Privé*, 2006, p. 276 ; A. Capitani, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel » (1 de Abril – 30 de Junho de 2005), *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2005, p. 751 ; P. Bonassies, Conseil constitutionnel Décision n.^o 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Droit maritime français, Recueil du Conseil Constitutionnel*,



Nenhum manual de direito constitucional – e nenhum artigo da doutrina, apenas algumas notícias breves – lhe consagra uma única linha: é frequente o reconhecimento de princípios “substanciais” como, por exemplo, a decisão de 16 de Julho de 1971⁶ através da qual o Conselho tinha consagrado o princípio da liberdade de associação, ser objecto de numerosos comentários. Mas é também o caso por vezes de princípios “metodológicos”, como o princípio da acessibilidade e da inteligibilidade da lei na decisão de 16 de Dezembro de 1999⁷. O princípio da conciliação, que podemos incluir nesta categoria, interessou apenas a um reduzido número de comentadores.

Trata-se apesar de tudo da primeira decisão que parece oferecer finalmente um conteúdo um pouco tangível ao conceito de “desenvolvimento sustentável” e, desta forma, um valor constitucional à salvaguarda do ambiente, mesmo que o faça, como veremos, de forma negativa.

Antes de 2005, teríamos em vão procurado na Constituição de 1958 uma qualquer referência ao ambiente. O próprio termo não existia à data da redacção e só lá ingressou com a Carta do Ambiente, através de um minúsculo reenvio inserido no preâmbulo de 1958 e, acessoriamente, por uma alteração do artigo 34.^o que alarga as competências do legislador aos “princípios fundamentais da preservação do ambiente”. Notaremos incidentalmente que se trata da primeira e, por agora, da única alteração do Preâmbulo de 1958 desde a sua origem.

Contudo, os constitucionalistas não ignoravam totalmente o ambiente⁸. O Conselho Constitucional nunca havia tido a oportunidade de se pronunciar directamente sobre este domínio. Assim, na decisão de 27 de Junho de 2001⁹, ele considerou que o princípio da precaução, princípio eminentemente ambiental, não constituía um objectivo de valor constitucional, o que não poderia ser afirmado actualmente. Todavia, numerosas oportunidades se apresentaram à Alta jurisdição para reconhecer um certo valor constitucional à protecção do ambiente. Na decisão de 21 de Fevereiro de 1994¹⁰, que trata da urbanização na montanha, o Conselho pronunciou-se no sentido favorável à protecção do ambiente, mesmo que seja por motivos de estrito procedimento parlamentar.

Uma decisão de 22 de Julho de 1980¹¹, relativa á lei sobre a protecção e o controlo das matérias nucleares, tinha todavia chamado atenção na medida em que fazia referência à protecção da saúde e à segurança das pessoas. Só bem mais tarde pudemos encontrar considerandos e uma motivação comparáveis nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do

p. 514 ; P. Jacob, « Jurisprudence française en matière de droit international public » (Conselho constitucional, Decisão n.º 2005-514 DC, de 28 de Abril de 2005, lei relativa à criação do registo internacional francês), *Revue Générale de Droit International Public*, 2005, p. 739 ; J.-É. Schoettl, « Le registre international français est-il constitutionnel ? », *Les Petites Affiches (LPA)*, 19 de Julho de 2005, n.º 142 ; « Première intégration de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité », *Actualité Juridique, Droit Administratif (AJDA)*, 2005, p. 975 (notícia breve).

⁶ Conselho Constitucional, Decisão n.º 71-44 DC, de 16 de Julho de 1971, lei que completa as disposições dos artigos 5.^o e 7.^o da Lei de 1 de Julho de 1901 relativa ao contrato de associação.

⁷ Conselho Constitucional, Decisão n.º 99-421 DC, de 16 de Dezembro de 1999, lei que habilita o Governo a proceder, por decretos, à adopção da parte legislativa de certos códigos.

⁸ Ver F. Mélin-Soucramanien, « L'émergence d'un droit constitutionnel de l'environnement », 1993 e fascículo « Constitution et droit de l'environnement », *Juris-classeur Environnement.*, n.º 152.

⁹ Conselho constitucional, Decisão n.º 2001-446 DC, de 27 de Junho de 2001, lei relativa à interrupção voluntária da gravidez e à contracepção.

¹⁰ Conselho Constitucional, Decisão n.º 94-335 OC, de 21 de Fevereiro de 1994, relativa à lei que contém diversas disposições em matéria de urbanismo e de construção.

¹¹ Conselho Constitucional, Decisão n.º 80-117 DC, de 22 de Julho de 1980, lei sobre a protecção e o controlo das matérias nucleares.

Homem (TEDH), tais como os casos *Lopez Ostra*¹², *Guerra*¹³, *Hatton*¹⁴, *Oneriyildiz*¹⁵, que consagravam um direito ao ambiente sadio, através dum raciocínio subtil, ou ainda o caso *Taskin* contra a Turquia¹⁶, talvez ainda mais ilustrativo, visto que alargava o âmbito de aplicação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) aos riscos de poluição “avaliados” por um estudo de impacto ambiental, enquanto as decisões anteriores se limitavam à constatação de riscos “verificados”¹⁷.

De longa data, certas decisões do Conselho Constitucional legitimaram ofensas ao direito de propriedade por leis com fundamento na protecção do ambiente. Assim aconteceu nas decisões de 26 de Janeiro de 1967¹⁸ e de 28 de Novembro de 1973¹⁹, ou a de 20 de Fevereiro de 1973²⁰ que definiam perímetros sensíveis que importavam restrições a este direito, etc²¹.

É também no momento do exame da natureza jurídica de disposições relativas à protecção dos monumentos naturais e das paisagens²² que o Conselho Constitucional consagrou a regra segundo a qual um princípio geral de direito²³ só pode ser derrubado por uma disposição legislativa. O Conselho procurou assim obstar a uma regulamentação que tinha tendência a multiplicar as autorizações tácitas em matéria de exploração de espaços e monumentos naturais, em detrimento da preservação do ambiente²⁴.

Deste modo, os juízes da rua Montpensier²⁵ nunca reconheceram um valor constitucional ao direito “ao” ambiente. Eles poderiam facilmente fazê-lo, nomeadamente combinando várias disposições do preâmbulo de 1958, por exemplo o artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que considera que a degradação do ambiente é nociva a outrem, e o número 10 do Preâmbulo de 1946, na medida em que um ambiente sadio e equilibrado pode ser considerado como uma condição necessária ao desenvolvimento do indivíduo e da família, o número 11 nas suas diferentes componentes (“a protecção da saúde” e “a segurança material”, que justificam a prevenção de poluições, de danos e de riscos

¹² TEDH, 9 de Dezembro de 1994, *Lopez Ostra*, *Jurisclasseur Périodique (JCP)*, 1995. I. 3823, crónica, F. Sudre, n.º 33; *La Gazette du Palais*, 1995. I. p. 527, nota, Clément.

¹³ TEDH, 19 de Fevereiro de 1998, *Anna Maria Guerra c. Itália*, processo n.º 116/1996/735/932, *Recueil CEDH* 1998-I, n.º 116; *JCP* 1999. I. p. 105, n.º 43, crónica, F. Sudre; *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 1998. p. 315, nota, Marguénaud.

¹⁴ TEDH, 8 de Julho de 2003, *Hatton c. Reino Unido*, *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2004, p. 986.

¹⁵ TEDH, 18 de Junho de 2002, *Oneriyildiz c. Turquia*, processo n.º 48939/99.

¹⁶ TEDH, 10 de Novembro de 2004, *Taskin c. Turquia*, processo n.º 46117/99, *AJDA*, 2005. p. 548, nota, Flauss; *Environnement*, Janeiro 2005, p. 24, nota, Benoît.

¹⁷ Sobre esta decisão, ver J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janv. 2005) », *AJDA*, 2005. p. 548 s. Ver também, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, Principes tirés de la jurisprudence de la CEDH*, Conseil de l'Europe, 2007.

¹⁸ Conselho Constitucional, Decisão n.º 67-43 L, de 26 de Janeiro de 1967, natureza jurídica das disposições da segunda alínea, primeira frase, do artigo 108.º do Código Mineiro, no que visa ao departamento do *Seine*.

¹⁹ Conselho Constitucional, Decisão n.º 73-80 L, de 28 de Novembro de 1973, natureza jurídica de certas disposições do Código Rural, da lei de 5 de Agosto de 1960 de orientação agrícola, da lei de 8 de Agosto de 1962 relativa aos agrupamentos agrícolas de exploração em comum, e da lei de 17 de Dezembro de 1963 relativa ao arrendamento de terras nos departamentos ultramarinos de Guadalupe, Guiana, Martinica, e Reunião.

²⁰ Conselho Constitucional, Decisão n.º 73-76 L, de 20 de Fevereiro de 1973, natureza jurídica de diversas disposições relativas ao urbanismo.

²¹ Sobre estes aspectos, ver M. Prieur, « le conseil constitutionnel, la jurisprudence et l'environnement », in *Droit de l'environnement*, 5ª ed., Dalloz, collection « Précis », 2004, p. 21.

²² Conselho Constitucional, Decisão n.º 69-55 L, de 26 de Junho de 1969, natureza jurídica de certas disposições alteradas, dos artigos 4.º, 9.º e 12.º da lei de 2 de Maio de 1930 relativa à protecção dos monumentos naturais e dos locais de relevo histórico, científico, lendário ou pitoresco, dos artigos 2.º e 13.º bis da lei de 31 de Dezembro de 1913 sobre os monumentos históricos e do artigo 98-1 do Código do Urbanismo e da Habitação.

²³ Princípio segundo o qual “o silêncio da administração equivale a decisão de rejeição”.

²⁴ Sobre a competência do Parlamento em matéria de protecção do ambiente, *Juris-Classeur Environnement*, fascículo n.º 152 supracitado.

²⁵ Rua em que se encontra sediado o Conselho Constitucional (N.T).



difusos, ou ainda a garantia de “repouso” e de “lazer”, que “supõe a ausência de ruídos ou odores susceptíveis de os comprometer e a existência de lugares nos quais a natureza é particularmente protegida para os lazeres”²⁶). A falta de reconhecimento jurisprudencial do direito ao ambiente pôde ser considerada como um apelo ao poder constituinte: apesar de ter sido tão depreciada²⁷, esta “intrusão” na Constituição parecia a única via possível para que o ambiente fosse tido em conta no quadro do controlo da constitucionalidade da lei.

Um número importante de decisões interveio igualmente sobre questões relativas à repartição das competências entre Parlamento e o Governo, ou respeitando a problemas de designação da autoridade competente para tomar as decisões, ou enfim de consulta de comissões consultivas, sem especificidade ambiental. Nesta perspectiva, a distribuição também mudou, porque o artigo 3.º da lei constitucional n.º 2005-205, de 1 de Março de 2005, modifica o artigo 34.º da Constituição e reparte mais claramente os papéis entre o Parlamento e o Governo no domínio do ambiente. De resto, foi com este fundamento que uma parte da lei relativa aos organismos geneticamente modificados foi censurada pela decisão n.º 2008-564 DC²⁸: embora o artigo 6.º seja aqui invocado, o juiz constitucional não retira no fundo nenhuma consequência particular. A decisão diz apenas respeito à questão do enquadramento constitucional do exercício da competência legislativa. É aliás na linha desta decisão que devemos situar o acórdão emitido pela Assembleia do Conselho de Estado, a 3 de Outubro de 2008²⁹.

O comentário da decisão n.º 2005-514 DC, de 28 de Abril de 2005, publicado nos Cahiers du Conseil sublinha bem a propósito que “Se o Conselho constitucional tinha sido levado a julgar que o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa não era contrário à Carta do Ambiente de 2004 no seu conjunto (decisão de 24 de Março de 2005 sobre os pedidos apresentados por Hauchemaille e Meyet, e dirigidos contra o decreto de 9 de Março de 2005 que decidia submeter um projecto de lei a referendo³⁰), era a primeira vez que ele se referia a esta última no quadro do seu controlo de constitucionalidade das leis”³¹. Assim parecem opor-se a lendária reticência ao Conselho acerca da protecção do ambiente e esta súbita – ainda que fugaz – aparição do “princípio da conciliação”, que o Conselho constitucional deduz da definição de “desenvolvimento sustentável”, no âmbito do controlo duma lei relativamente afastada das preocupações ambientais. Fá-lo de resto num sentido negativo, visto que assim afirmado, este princípio é “rejeitado” no caso, “não como inoperante, mas como não fundamentado”³².

Podemos então interrogar-nos sobre a “consistência” deste princípio e sobre a questão de saber se ele é susceptível de fundamentar a inconstitucionalidade de uma disposição legislativa (I). Por outro lado, poderá ser interessante encarar a aplicação do princípio da conciliação pelo próprio juiz administrativo: esta aplicação pelo juiz administrativo não poderá conduzir a um afastamento da técnica da ponderação, na qual é necessário ter em conta os

²⁶ Ph. Billet, « La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement* (RJE), 2003, n.º especial, supracitado, p. 39 ; contra : F. Mélin-Soucramani e J. Pini, fascículo n.º 152 supracitado.

²⁷ Ver nomeadamente G. Carcassonne, *La Constitution*, 7ª ed., Éditions du Seuil, collection « Points essais », 2005, p. 434.

²⁸ Conselho Constitucional, Decisão n.º 2008-564 DC, de 19 de Junho de 2008, lei relativa aos organismos geneticamente modificados.

²⁹ Conselho de Estado, Assembleia de 3 de Outubro de 2008, *Cne Anancy*, req. n.º 297 931, *Droit de l'Environnement*, 2008, n.º 162, p. 19, conclusões, Aguila; *Environnement*, Novembro, 2008, Focus n.º 66, nota, Février e comentário, n.º 153, Trouilly.

³⁰ Conselho Constitucional, Decisão de 24 de Março de 2005 sobre os pedidos apresentados por S. Hauchemaille, por A. Meyet, *Recueil du Conseil Constitutionnel*, 56, *Journal Officiel de la République Française*, 31 de Março de 2005, p. 5834.

³¹ *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n.º 19.

³² *Ibid.*

contributos do ponto de vista ambiental? O princípio da conciliação poderia conduzir por si só o Conselho de Estado a tornar-se no juiz da “sustentabilidade”? (II)

I – Consistência e valor do Princípio da Conciliação

Num primeiro sentido, a “conciliação” é sem dúvida própria do direito, visto que consiste em “conciliar pessoas com opiniões ou interesses distintos” e, para o juiz, de “encontrar um acordo entre pessoas em litígio”. Ela pode ser também a “resolução amigável dum conflito colectivo”, por exemplo no domínio do direito do trabalho, mas também matéria de divórcio. Este sentido duma “acção que visa aproximar as pessoas em desacordo” não é aquele que aqui se expõe.

Sob uma outra perspectiva, a conciliação é a operação pela qual as partes contratantes se comprometem e que dá origem ao seu acordo, fase correspondente à formação dum acto jurídico (conclusão de um tratado, dum acordo)³³. Este sentido supõe a busca de um acordo fora de todo o contexto conflitual. Como o recorda Jean-Marc Le Gars³⁴, a conciliação é um procedimento à disposição dos tribunais administrativos, pouco utilizado, mas cuja recusa de exercício pela administração pode ser contestada³⁵. Ela pertence portanto ao que é conveniente chamar de “modos alternativos de resolução de conflitos”. Mas também não podemos reduzir o princípio constitucional da conciliação à conciliação-procedimento.

Existiria, finalmente, tanta diferença entre a “conciliação” e “princípio da conciliação” quanto a que existe entre “precaução” e “princípio da precaução”³⁶.

Ao revelar um novo “princípio”, o Conselho Constitucional poderia ter fixado o que entendia: a conciliação de interesses divergentes e, mais precisamente ainda, a conciliação de políticas públicas divergentes, artificialmente congregadas no vocábulo “desenvolvimento sustentável”, como o convidava o artigo 6.º da Carta. Pelo menos, não o reduz a um simples “compromisso”.

A. Uma tradução jurídica do desenvolvimento sustentável

Segundo o professor Jacqueline Morand-Deville, as duas primeiras referências contidas no preâmbulo da Constituição de 1958, ou seja, a Declaração de 1789 e o reenvio para os princípios de 1946, reatariam a Constituição ao passado, enquanto a referência à Carta “a conduziria em direcção ao futuro como uma terceira e nova etapa do pacto republicano, de acordo com a orgulhosa proclamação da exposição de motivos”³⁷. É, obviamente, sob condição de as jurisdições competentes o aplicarem. Seria preciso para este efeito considerar um contributo mútuo e recíproco. Porque esta integração constitui provavelmente a carga mais emblemática dum texto de natureza constitucional.

O princípio da conciliação é assim “denominado” na decisão do Conselho constitucional de 28 de Abril de 2005, e nunca mais foi invocado tão claramente desde aí. É preciso então examinar se o conteúdo que ele supõe, sem definir, não foi aplicado, apesar de tudo, de seguida.

1. A formulação explícita do princípio na decisão n.º 2005-514 DC de 28 de Abril de 2005

³³ Ver, a este propósito, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6ª ed., PUF, 2004.

³⁴ J.-M. Le Gars, « La conciliation par le juge administratif », *AJDA*, 2008. p. 1468.

³⁵ Tribunal Administrativo de Toulouse, 3 de Dezembro de 2007, *M. Varenne c. Comité national olympique et sportif français*, *AJDA*, 2008, p. 153, conclusões, J.-C. Truilhe.

³⁶ Ver, A. Rouyère, « L'exigence de précaution saisie par le juge (réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État) », *RFDA*, 2000. p. 266 ; C. Cans, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA* 1999, p. 750.

³⁷ J. Morand-Deville, « La Constitution et l'environnement », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n.º 15, p. 120.

No caso concreto, a lei deferida era relativa à criação do registo internacional francês³⁸. Os requerentes (deputados e senadores) invocavam a violação do artigo 6.º da Carta do Ambiente. A apelação fundamentava-se na constatação de que “a contratação de numerosos marinheiros nas condições sociais mais baixas não pode conduzir a outro resultado que a constituição de tripulações mal formadas e onde as ordens correm o risco de ser mal compreendidas nomeadamente em caso de urgência. O mínimo garantido em matéria de formação só pode levar ao mínimo garantido em matéria de segurança marítima. A lei consagra contrariamente às normas constitucionais uma espécie de desenvolvimento sustentável fantasma, como estes navios desaparecidos entregues a equipas perigosas [...]”. Notaremos que se os requerentes se familiarizam com o conceito de desenvolvimento sustentável, a ponto de invocar a Carta do Ambiente, eles apenas o fazem aqui sob os seus aspectos económicos e sociais, e não do ponto de vista do terceiro pilar: a protecção do ambiente. Eles recordam oportunamente que “Este objectivo de valor constitucional aplica-se ao conjunto de políticas públicas e nomeadamente àquelas definidas pela lei com um fim económico. Esta obrigação de agir e de prever as garantias sem deixar de limitar os efeitos negativos para o ambiente enquanto património comum da humanidade para as gerações presentes e vindouras encontra aplicação no caso concreto”; mas só a título subsidiário, ao fim duma defesa que se reporta exclusivamente ao tratamento de certos indivíduos, considerando que estas diferenças de tratamento social podem conduzir, por via de acidentes tais como as marés negras que se seguiriam inelutavelmente segundo eles, se chegou a “considerar que o objectivo de preservação do ambiente teria sido sacrificado”.

O Governo responderá a este argumento de forma um tanto lapidar: “O objecto do artigo 6.º não é reger directamente o direito do trabalho, o direito sindical ou a protecção social, e podemos considerar que a ligação entre tais disposições e as finalidades de ordem ambiental perseguidas pelo poder constituinte é demasiado indirecta para opor os termos do artigo 6.º da Carta às disposições examinadas da lei deferida”. O artigo 6.º só seria então operante quando interesses ambientais estivessem directamente em jogo, e a sua relação com as considerações sociais seria demasiado ténue para que pudesse ser utilmente invocada no caso? O Conselho Constitucional, seguindo o Governo praticamente palavra por palavra, realça, ao fim dum controlo mínimo que consistia em visar o artigo 4.º da lei deferida segundo o qual “Os navios matriculados no registo internacional francês estão submetidos ao conjunto de regras de segurança e de protecção marítimas, de formação de navegadores, de saúde e de segurança no trabalho e de protecção do ambiente aplicáveis em virtude da lei francesa, da regulamentação comunitária e dos compromissos internacionais da França”; e deduz daí que “o legislador tomou assim medidas de natureza a promover a segurança marítima e a protecção do ambiente”, e que assim este último “não desprezou, desde logo, as exigências do artigo 6.º da Carta do Ambiente”.

É preciso admitir que, assim formulado, o princípio da conciliação não tem qualquer consistência ambiental. Com efeito, à luz de que critério pode o Conselho Constitucional avaliar as garantias ambientais ligadas unicamente à igualdade de tratamento entre marinheiros de nacionalidades diferentes?

Se consultarmos novamente o comunicado de imprensa do Conselho que afere à decisão de 28 de Abril de 2009, podemos ler que “a lei deferida, que tende a salvaguardar a existência duma frota comercial francesa submetida a um conjunto de normas em matéria de segurança marítima e de protecção do ambiente, não despreza o princípio do desenvol-

³⁸ Lei n.º 2005-412, de 3 de Maio de 2005, relativa à criação do registo internacional francês, Journal Officiel de la République Française, 4 de Maio de 2005.

vimento sustentável enunciado pelo artigo 6.º da Carta do Ambiente”. Não mais do que o artigo 6.º da Carta, este texto não invoca o “princípio da conciliação”, como o faz a decisão; mas ele afirma que os juízes reconheceram um “princípio de desenvolvimento sustentável”. Ora, como se sabe, o conceito, ou o objectivo, de desenvolvimento sustentável não tem nada dum “princípio”³⁹, e não é nada oportunamente qualificado como tal pelo Conselho Constitucional.

Em definitivo, parece que a simples referência, na lei submetida ao controlo de constitucionalidade, às “regras de segurança [...], de saúde e de segurança no trabalho e de protecção do ambiente aplicáveis em virtude da lei francesa” é suficiente para dar corpo ao “princípio da conciliação” assim revelado. É necessário e é suficiente... fórmula matemática tradicionalmente traduzida pela noção de “condição necessária e suficiente”. Do ponto de vista constitucional, Eva Bruce considera que a Alta Assembleia fortalece “assim a vontade dos redactores de definir as exigências contidas na Carta (à excepção do princípio da precaução) como objectivos, direitos de crédito, cuja execução necessita uma prestação positiva da parte do Estado, e em particular do legislador”⁴⁰. Dum ponto de vista ambientalista, a demonstração não é nada satisfatória. Ela mereceria pelo menos de ser completada e afinada.

O Conselho identifica o princípio da conciliação na redacção do artigo 6.º da Carta, e como tendo valor constitucional. O comunicado de imprensa supracitado recorda que “Não somente, este princípio é já reconhecido por outros textos de direito positivo, tanto no direito internacional como no direito comunitário, mas sobretudo, ele resulta claramente da vontade do constituinte, tal como ela se exprimiu em 1 de Março de 2005, que este entendeu dar um valor jurídico aos princípios da Carta, os quais apresentam uma certa analogia com os princípios económicos e sociais do preâmbulo de 1946”. Desta forma, ele atribui-lhe um valor equivalente ao dos princípios políticos, económicos e sociais, qualificados de “princípios particularmente necessários ao nosso tempo” pelo próprio preâmbulo. Como o recorda Amandine Capitani, “é admitido em direito constitucional que a conciliação se opere normalmente entre normas do mesmo valor”⁴¹. Mas então porquê precisá-lo? Tanto em 1789 ou em 1946, o constituinte não julgou necessário concretizar que os direitos que enunciava deviam ser conciliados entre si. Na verdade, cabe desde logo ao legislador determinar as modalidades de execução desta conciliação. Mas isto não significa que a protecção do ambiente deva ter, nas leis, um lugar equivalente ao do desenvolvimento económico. Do presente caso resulta apenas uma conclusão: o conjunto de regulamentações em matéria de segurança marítima e de protecção do ambiente serão portanto aplicáveis aos navios matriculados no registo internacional francês. “Não é assim despropositado pensar que um navio sob bandeira francesa, submetido a todos os controlos da legislação francesa, sob responsabilidade dum capitão francês, ofereça, do ponto de vista do respeito da regulamentação em matéria de segurança marítima e protecção do ambiente, muito mais garantias que um navio sob bandeira de conveniência”⁴². Por falta de novas decisões indo no mesmo sentido, seria provavelmente imprudente realizar uma generalização a outros domínios.

³⁹ Sobre a natureza e o âmbito do desenvolvimento sustentável, ver A. Touzet, « Droit et développement durable », *Revue de Droit Public*, 1 de Março de 2008, n.º 2, p. 453. Ver também, C. Cans, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, p. 210.

⁴⁰ E. Bruce, supracitado.

⁴¹ A. Capitani, supracitado.

⁴² *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n.º 19.

2. O valor constitucional do princípio da conciliação

Se o Conselho constitucional reconheceu o valor constitucional da Carta desde a sua publicação⁴³, nenhuma outra decisão posterior à de 28 de Abril de 2005 evoca o “princípio da conciliação”, mesmo de maneira tão fugaz⁴⁴. Este princípio nunca foi de resto invocado tão explicitamente por outros requerentes, até ao momento. E a decisão n.º 2008-564 DC, de 19 de Junho de 2008, foi a oportunidade para o Conselho recordar que o conjunto dos direitos e deveres definidos na Carta do Ambiente têm valor constitucional, esse do qual parecia ainda duvidar uma parte da doutrina. Mas foi, a justo título, apenas sobre a competência do legislador que incidiu a maioria dos comentários desta decisão⁴⁵.

Estes últimos começaram timidamente a interpelar o juiz constitucional para aferir a conformidade das leis deferidas seja globalmente com a Carta do Ambiente, seja com algum dos princípios por ela erigidos tanto à categoria de princípio como de objectivo constitucional. É o acontece nos casos do princípio da precaução⁴⁶, do princípio da informação do público ou do princípio da prevenção⁴⁷. Ora se o princípio da conciliação constitui a tradução jurídica do objectivo do desenvolvimento sustentável, o que parece no mínimo original e inovador, e sobretudo justificado pela redacção do artigo 6.º da Carta, o facto de ele ser esquecido tão rapidamente como apareceu não augura nada de bom quanto à esperança de que o desenvolvimento sustentável revista uma certa normatividade, a não ser pela sua citação permanente e a todo o propósito. Bem se pode dizer que glosar sobre o alcance normativo do desenvolvimento sustentável implica sempre prospectiva.

O Conselho constitucional teria portanto tido a oportunidade de se referir de novo sobre o princípio da conciliação, nem que mais não seja no momento do exame da lei de programa fixando as orientações da política energética⁴⁸. Os parlamentares que estão na origem desta decisão sublinharam que “a discriminação fiscal operada em detrimento dos produtores de energias renováveis, e sem justificação tirada dum qualquer outro interesse geral que conviria conciliar, só pode conduzir ao tratamento de modo menos favorável das energias renováveis. Ora, ninguém ignora que estas últimas são de natureza a preservar o nosso ambiente ao mesmo tempo que a favorecer o desenvolvimento de novas fontes de energia menos poluentes e mais perenes. Mais precisamente, elas entram, como resulta de todos os compromissos internacionais da França, na definição de desenvolvimento sustentável”. Mas eles não recorreram ao “princípio da conciliação”, e o Conselho constitucional não persistiu na sua inovação.

O artigo 6.º da Carta vem supostamente dar valor constitucional ao objectivo do desenvolvimento sustentável, que exige a conciliação entre três componentes: protecção do ambiente, desenvolvimento económico e progresso social. Obviamente, não existe nenhuma hierarquia entre estas exigências: cabe somente ao legislador e às autoridades públicas de conciliá-las. O conjunto das políticas públicas, e, como bem se compreende, não apenas aquelas que têm por objecto directo a protecção ou gestão do ambiente, estão aqui incluídas. Esta exigência de tomar em conta o ambiente deveria traduzir-se no plano jurídico por

⁴³ Ver Hauchemaille e Meyet supracitado.

⁴⁴ Como recorda E. Bruce, supracitado, “na decisão n.º 2005-516 DC, de 7 de Julho de 2005, uma ofensa aos objectivos previstos pelo artigo 6.º da Carta do Ambiente foi igualmente invocada pelos requerentes, mas as queixas apresentadas não permitiram ao Conselho constitucional explicitar o âmbito desta disposição”.

⁴⁵ Ver A. Levade, « La décision OGM ou les implicites d’une décision à lire dans son environnement », JCP 2008. I. p. 37-42 ; S. Brondel, « Le Conseil constitutionnel module dans le temps les effets de ses censures (brève) », AJDA, 2008, p. 1232.

⁴⁶ Conselho Constitucional, Decisão n.º 2001-446 DC, de 27 de Junho de 2001, supracitado.

⁴⁷ Conselho Constitucional, Decisão n.º 2008-564 DC, de 19 de Junho de 2008, supracitado.

⁴⁸ Conselho Constitucional, Decisão n.º 2005-516 DC, de 7 de Julho de 2005, lei de programa que fixa as orientações da política energética

um princípio bem estabelecido no direito comunitário – o princípio da integração – de que podemos lamentar a ausência de consagração explícita no artigo 6.º da Carta, não obstante o desejo expressamente formulado nos dois discursos do presidente Chirac⁴⁹.

De qualquer forma, a Decisão n.º 2005-514 DC não teve consequência sobre a jurisprudência seguinte do Conselho constitucional, que não tirou partido de nenhuma oportunidade para desenvolver e afinar o alcance do princípio da conciliação.

B. Uma tradução minimalista do imperativo de protecção do ambiente

Pensando bem, o aparecimento deste novo princípio, ainda quase desconhecido dos próprios constitucionalistas, mostra todos os aspectos duma evolução negativa da prioridade ambiental, apesar do discurso circundante. No momento em que até as instituições administrativas ilustram o espaço limitado que o Estado entende reservar à preservação do ambiente, que já nem aparece na denominação do principal ministério encarregado da sua protecção, isto não augura nada de bom.

Esta observação supõe um olhar sobre a evolução das políticas e dos conceitos que os sustentam ou que os tenham sustentado. Já tivemos a oportunidade de nos dedicar a este exercício de exegese⁵⁰. Convém agora sem dúvida sistematizá-lo.

Porque a questão é a do lugar do ambiente na evolução do direito. Ela traduz-se pela variação dos vocábulos e do seu conteúdo real: a passagem das “políticas públicas relativas ao ambiente” ao conceito de “desenvolvimento sustentável” não se fez num dia. Podemos detectar pelo menos três fases: a objectivação, a integração, e a conciliação à qual conduz hoje o desenvolvimento sustentável.

1. A objectivação

O Direito do ambiente foi concebido, desde a sua origem⁵¹, como uma política pública autónoma, de oposição às outras políticas públicas: isto tornava a sua efectividade aleatória, nomeadamente tendo em conta o fraco peso representado pela instituição nascente no seio dos sucessivos governos. Mas este “isolamento” tinha o mérito de ser claro: o direito do ambiente era concebido para estabelecer limites aos efeitos nefastos das outras políticas públicas. É um direito de proibições, de restrições, de enquadramento de actividades humanas, nomeadamente económicas. Isto é tanto mais evidente quando observamos que as correntes históricas deste ramo do direito se formaram quase exclusivamente sobre uma concepção patrimonial, e mesmo cultural, do ambiente – que ainda não tinha nome. O juiz administrativo, através duma jurisprudência abundante, fez-se por exemplo juiz da beleza⁵². Em contrapartida, ele raramente aproveitou a oportunidade de ser o juiz da natureza ou, para empregar termos mais na moda, da diversidade biológica.

⁴⁹ J. Chirac, discurso de Orleães, de 3 de Maio de 2001, e discurso de Avranches, de 18 de Março de 2002. Ver a este propósito M. Prieur, « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2005, n.º 15, p. 130.

⁵⁰ Ver, C. Cans, « Plaidoyer pour un droit de l'environnement moins anthropocentriste », *Droit de l'Environnement*, Julho-Agosto 2000, n.º 80, p. 10.

⁵¹ Tanto pela criação, no dia 20 de Janeiro de 1971, dum ministério autónomo encarregado da sua protecção, como pelas diversas leis que constituíram pouco a pouco aquilo que se iria tornar no direito do ambiente: sítios e perspectivas, parques nacionais, distribuição das águas... Em seguida, lei relativa à protecção da natureza ou lei relativa às instalações classificadas para a protecção do ambiente...

⁵² Conselho de Estado, 4 de Abril de 1914, *Gomel, Lebon 488, GAJA 16ª ed.*, n.º 29.

2. A integração

A emergência do princípio da integração no direito comunitário⁵³, através da redacção do artigo 25.º do Acto Único Europeu de 1986⁵⁴, introduzindo os artigos 130.º-R e seguintes no Tratado CEE, integrado doravante no artigo 6.º do Tratado, constituiu o degrau mais acabado da efectividade do direito do ambiente. Assim formulado: “as exigências da protecção do ambiente devem ser integradas na definição e na execução das políticas e acções da Comunidade [...], em particular a fim de promover o desenvolvimento sustentável”, ele supõe uma hierarquização das componentes do interesse geral favorável à tomada em consideração dos aspectos ambientais⁵⁵. Todas as políticas públicas, sejam elas quais forem, deviam então integrar a dimensão ambiental. Se isto constituía virtualmente um progresso real, nenhum efeito convincente daí resultou, pelo menos no direito interno.

Não é anódino que este princípio da integração, que figurava no número das prioridades explicitamente anunciadas no discurso do presidente Chirac, tenha sido ignorado pelo constituinte de 2004. Mais ainda, uma emenda depositada no decurso do debate parlamentar propunha que “o desenvolvimento económico e social deve ser compatível com a protecção do ambiente e a sua restauração”⁵⁶. Ele foi obviamente afastado. Encontramos apenas a ideia de um equilíbrio no sexto considerando que quer que “a preservação do ambiente deve ser procurada ao mesmo título que os outros interesses fundamentais da Nação”: a procura da integração torna-se aqui a procura do equilíbrio, quer dizer de um grau mínimo de efectividade.

Por essa razão, David Deharbe considerou que se poderia retirar do artigo 6.º da Carta a consagração do princípio de integração⁵⁷ no que ele “confronta(ria) os interesses económicos e sociais às considerações ecológicas”. Esta interpretação parece-nos pecar por excesso de optimismo, pois estamos longe, como o sublinha o próprio autor, da “tentativa (certamente tímida) da União Europeia conceber a integração como meio para reorientar o próprio desenvolvimento económico em função de parâmetros ecológicos para ultrapassar uma simples aproximação correctiva dos seus excessos”.

Se a integração pôde parecer constituir um nível máximo da protecção do ambiente⁵⁸, a sua substituição pelo equilíbrio de interesses, mais a sua conciliação, revela uma regressão na hierarquia dos valores que o legislador deve ter em consideração.

3. A conciliação no sentido da Carta do Ambiente

A conciliação entre os três pilares do desenvolvimento sustentável constitui o grau mais baixo de protecção do ambiente que imaginamos desde o seu aparecimento na esfera das políticas públicas. Como o sublinha o professor Guy Carcassonne, “Não é vã a advertência de que, no desenvolvimento sustentável, subsiste o desenvolvimento. As preocupações ambientais devem ocupar o seu justo lugar, eminente mas não único visto que é preciso

⁵³ Após a criação pelo artigo 4.º da Declaração do Rio, em Junho de 1992, que prevê a integração do ambiente no processo de desenvolvimento.

⁵⁴ *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 169, 29 de Junho de 1987.

⁵⁵ Ver, sobre este aspecto, C. London, « L'émergence du principe d'intégration », *Droit de l'Environnement*, 2001, p. 139.

⁵⁶ Sessão de 12 de Maio de 2004: “Depois de ter *rejeitado* as emendas nº 13 e 14 de Y. Cochet que previam respectivamente que o desenvolvimento económico e social devia ser compatível com a protecção e a restauração do ambiente e que as políticas públicas deviam tomar em consideração a protecção e a melhoria do ambiente, a Comissão adoptou uma emenda do relator, que tinha sido alterada pela iniciativa de C. Goasguen e de J.-P. Soisson, que incitava as políticas públicas a conciliar o ambiente, o desenvolvimento e o progresso social.

⁵⁷ D. Deharbe, « Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable », *Environnement*, Abril, 2005, comentário, n.º 34.

⁵⁸ Ver S. Caudal-Sizaret, *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, thèse Lyon, 1993.

conciliá-las o melhor possível com as preocupações económicas e sociais”⁵⁹. Não conseguiríamos dizer melhor que, nesta nova era que se abre na história do direito do ambiente, este último é reduzido à porção adequada. Ele não é nem a prioridade que representava enquanto política pública na sua íntegra, nem mesmo o condicionamento da validade de outras políticas nas quais ele era obrigatoriamente inserido a título da “integração”. O autor sublinha a justamente que o artigo 6.º da Carta “não mais que nenhum outro, não dá ao Conselho constitucional o poder geral de apreciação e de decisão que só o pode levar a substituir as suas opções às do legislador”. Só poderia ser controlado, tradicionalmente, o erro manifesto de apreciação, desde logo quando que uma das três componentes tivesse de sofrer desmesuradamente em nome das outras duas.

O juiz administrativo encontra-se, no contexto actual e nos limites da sua competência, confrontado com uma nova desafio: ser juiz da “sustentabilidade” do planeta. Mas o desenvolvimento sustentável, enquanto se substitui, na linguagem política, económica, social como na linguagem corrente, à “protecção do ambiente” no puro sentido do termo, divide matematicamente por três as suas hipóteses de tomada em consideração pela jurisdição administrativa.

O legislador deve portanto organizar a forma como será julgado o equilíbrio que fundará esta conciliação. Se assim não acontecer, seja “sustentável” ou não, é mesmo de desenvolvimento que se tratará, e não de protecção ou de conservação.

II. Execução do Princípio da Conciliação

O Conselho constitucional admite portanto o valor constitucional do conjunto de disposições da Carta de 2004, como o fez no seu seguimento o Conselho de Estado⁶⁰. Mas ele não retira consequências particularmente favoráveis à protecção do ambiente: ele tenta-se com indicações legislativas que asseguram a sua tomada em consideração para confirmar a constitucionalidade de novas políticas públicas que terão como efeito, apesar deste enquadramento, prejudicar o ambiente. É aqui o inevitável resultado da justaposição das três dimensões económica, social e ambiental do desenvolvimento sustentável, que conduz a uma concepção “contida” da conciliação.

Desde logo, não é ilegítimo indagar-se sobre as consequências potenciais do novo “princípio da conciliação”, tal como ele poderia ser aplicado pelo juiz administrativo, e nomeadamente pelo Conselho de Estado. Esta questão não é neutra, mesmo que pareça desadequada. Ainda que, como o sublinha o professor Yves Jegouzo⁶¹, uma tal apreciação não seja nova: muito cedo o professor Michel Prieur interessou-se no novo papel concedido ao juiz administrativo pela emergência do direito do ambiente⁶², e enquanto Francis Caballero pôde considerar, há agora um quarto de século, a Alta assembleia como o “inimigo do ambiente”⁶³, Yves Pittard perguntou-se um pouco mais tarde se o juiz administrativo não se tinha tornado num juiz “verde”⁶⁴. Retira-se destas análises como que uma “linha de conduta jurisprudencial” que condicionaria a emergência duma real tomada em consideração do ambiente nas políticas públicas”. O novo princípio, que supõe ele próprio uma ponderação, o balanço dos interesses em causa e a possibilidade ou não de os conciliar, poderia então

⁵⁹ G. Carcassonne, *La Constitution*, 7ª ed., Éditions du Seuil, 2005, p. 427.

⁶⁰ Conselho de Estado, Assembleia de 3 de Outubro de 2008, *Cne d'Annecy*, supracitado.

⁶¹ Sobre este aspecto, ver Y. Jegouzo, « Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement », *RJE*, n.º especial : « Le juge administratif et l'environnement », 2004, p. 19.

⁶² M. Prieur, « Les tribunaux administratifs nouveaux défenseurs de l'environnement », *RJE*, 1977, p. 237.

⁶³ F. Caballero, « Le Conseil d'État ennemi de l'environnement », *RJE*, 1984. n.º I. p. 3.

⁶⁴ Y. Pittard, « Le juge administratif, juge vert ? », *RJE*, 1995 n.º especial.

aparecer como um gradiente superior da teoria da ponderação “custos-benefícios”. Mas poderá o juiz administrativo tornar-se no juiz da conciliação? Ele já o foi no passado, e sem fazer a exegese das construções jurisprudenciais às quais teve de se entregar, podemos simplesmente recordar que no acórdão *Benjamin*⁶⁵, ele recusou-se a renunciar a uma liberdade pública em benefício duma outra. Seja como for, o controlo da “sustentabilidade” pelo Conselho Constitucional deveria incidir sobre as ofensas desproporcionadas do legislador ao ambiente, tendo em conta as ambiguidades da conciliação tal como definida pela Carta; será igualmente levado a sancionar as ofensas causadas por disposições ambientais a outras liberdades fundamentais. Quanto ao juiz administrativo, apesar de estar constrangido pelas decisões do Conselho Constitucional, não é obrigado a referir-se a este último nem a utilizar todos os recursos da sua jurisprudência.

De facto, o método da ponderação só raramente conduziu a uma real “conciliação” dos interesses ambientais, e é necessário considerar eventuais evoluções, seja através do recurso antecipado a textos cuja normatividade nem sempre pareceu evidente, seja reforçando ou complementando outras normas que poderiam vincular mais directamente o juiz administrativo.

A. A insuficiência da técnica da ponderação

O contencioso do ambiente é antes de mais um contencioso de excesso de poder, e é frequentemente por recurso à teoria da ponderação que o juiz administrativo resolve os litígios: esta forma de julgar conduz geralmente a uma ponderação desfavorável para o ambiente face aos interesses económicos. Sem descrever aqui processo desta teoria⁶⁶, é forçoso constatar que, na concepção que o juiz administrativo tenha formado, não é mais do que um método, e não comporta em si uma tomada de partido.

Quando, em 1971, o Conselho de Estado inventou a teoria da ponderação “custos-benefícios” no seu acórdão *Ville nouvelle Est*, não se tratava tanto para ele de definir um novo método de análise para controlar a legalidade dum projecto de ordenamento como de permitir, por comparação dos benefícios e dos inconvenientes dum projecto, justificá-lo. Assim, segundo a fórmula tornada clássica, “uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública a não ser que as ofensas à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os inconvenientes de ordem social que ela comporta não sejam excessivos relativamente ao interesse que ele representa”⁶⁷.

As preocupações ambientais vieram completar em seguida o painel dos “inconvenientes” tidos em conta, mas o peso global dos interesses que daí resulta opera uma amálgama: de facto, devendo estatuir sobre uma operação cuja utilidade pública é constatada, o juiz administrativo decide que os seus efeitos negativos, nomeadamente o seu impacto ecológico, são compensados pelos benefícios que ela representa. Ele admite-o quase sempre: ao termo dum procedimento equívoco, a ponderação inclina-se quase sempre para o mesmo lado, em benefício da habitação, do emprego, dos grandes ordenamentos do território ou da circulação automóvel. Ele procede a uma hierarquização dos valores⁶⁸. Por exemplo, declara, a propósito duma via rodoviária, que “os inconvenientes que apresenta o traçado definido [...] e que respeitem nomeadamente aos prejuízos causados ao ambiente,

⁶⁵ Conselho de Estado, 19 de Maio de 1933, *Lebon* 541, 16.^a ed. GAJA, 2007, n.º 47, p. 295.

⁶⁶ Sobre a sua evolução, ver A. Van Lang, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement », in *Le droit administratif : permanence et convergences, Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1053

⁶⁷ Conselho de Estado, assembleia de 28 de Maio de 1971, *Min. de l'Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, *Lebon* 409, conclusões, Braibant ; GAJA, 14.^a ed., 2003, n.º 97.

⁶⁸ A. Holleaux, « La jurisprudence du bilan », *Presse-Environnement*, 29 de Maio de 1981, n.º 425, p. 3.

aos riscos de perturbação das deslocações da fauna [...] não são excessivos tendo em conta o interesse que reveste a construção do desvio”⁶⁹. As ofensas ao ambiente só são consideradas como invalidantes do projecto em razão da sua gravidade à luz da sensibilidade do meio: é assim a propósito duma operação turística num sítio classificado⁷⁰. Certas decisões podem mesmo levar a interrogar-se sobre o sentido das palavras: assim a Alta jurisdição considera que os regulamentos interministeriais que fixam as listas das espécies animais e vegetais protegidas, cuja destruição do habitat é proibida, não têm por objecto e não poderiam ter por efeito proibir a realização de trabalhos ou operações que representam um carácter de utilidade pública⁷¹. Literalmente, isto significa que as medidas de protecção do ambiente não têm de ser tomadas em consideração na aplicação da teoria da ponderação. E não falta muito para que, nos trabalhos para a realização da declaração de utilidade pública validada, a destruição destes meios naturais constitua um delito raramente reprimido⁷².

Na jurisprudência, não existe nenhum caso em que o juiz poderia sustentar que as ofensas à protecção do ambiente justificam a anulação da declaração de utilidade pública dum projecto de auto-estrada. Ou seja, a preocupação ambiental tem pouco peso nesta ponderação de interesses. Alguns julgaram ver no acórdão do Conselho de Estado, de 28 de Março de 1997, *Transchablaisienne*⁷³, uma anulação por este motivo, mas não é assim: certamente, esta declaração de utilidade pública da auto-estrada foi anulada, por aplicação da teoria da ponderação, mas unicamente pelo motivo de que ela não seria rentável, tendo o Conselho precisado ele próprio “sem que seja necessário invocar os efeitos sobre o ambiente”.

Do mesmo modo, para anular a declaração de utilidade pública da barragem de Trézence, o juiz evocou que “o forte teor desta água em matéria orgânica era susceptível de ter consequências negativas sobre os peixes que viviam nos cursos de água situados a jusante assim como sobre as ostras e as outras moluscos da bacia de Marennes-Oléron”, mas o único motivo que fundamenta a decisão é o custo excessivo do projecto. A consideração ambiental, apesar de ser evocada, pesa então menos na ponderação do que o custo do projecto⁷⁴.

Como o pôde notar o professor Frédéric Rouvillois⁷⁵, esta jurisprudência consagra uma “pseudo-ponderação”: “é porque o interesse aparece incerto que o custo é colocado à frente, como meio mais simples de mostrar que a “balança” pende em desfavor da operação”. Esta tomada em consideração revela “o carácter fictício dum tal controlo”. Em definitivo, pouco importa o custo do projecto: o simples facto de este custo existir é suficiente para o tornar excessivo, “sem que seja necessário acrescentar seja o que for ao passivo da operação”, conclui o autor. Exit o interesse faunístico, tanto mais que, neste caso, o Conselho de Estado salientava que “os benefícios que a barragem poderia representar para a agricultura não figuram entre os objectivos da operação”, indicando a meias-palavras que, se tais be-

⁶⁹ Conselho de Estado, 7 de Dezembro de 1979, *Assoc. fédérative régionale pour la protection de la nature*, req. n.º 11081.

⁷⁰ Conselho de Estado, 26 de Março de 1980, *Premier ministre c. Vve Beau de Loménie, Lebon* 171.

⁷¹ Conselho de Estado, 14 de Abril de 1999, *Cne de La Petite Marche et a., Droit Administratif*, 1999. p. 161, nota, Touvet; LPA, 31 de Maio de 2001, n.º 108, nota, Staub; *Droit de l'Environnement*, 1999, n.º 71, p. 12, nota, Romi; *RJE*, 2000, p. 278, observação, Billet.

⁷² Ver D. Guihal, *Droit répressif de l'environnement*, 3ª ed., Economica, 2008.

⁷³ Conselho de Estado, 28 de Março de 1997, *Assoc. contre le projet de l'autoroute transchablaisienne (ACPAT)*, req. n.º 170856.

⁷⁴ Conselho de Estado, 29 de Outubro de 2003, *Assoc. SOS-Rivières et environnement et autres, JCP édition administration et collectivités*, 2003, p. 2108, nota, P. Billet; *RJE*, n.º 2/2004, p. 210, nota, J. Sironneau.

⁷⁵ F. Rouvillois, observações sobre o Conselho de Estado, Assembleia de 28 de Março de 1997, *Assoc. contre le projet de l'autoroute transchablaisienne, RFDA* 4/1997, p. 740.

⁷⁶ Conselho de Estado, 29 de Outubro de 2003, *Assoc. SOS-Rivières et environnement et autres*, req. n.º 231953, 231968 e 232003.

nefícios tivessem sido avançados, o projecto poderia eventualmente ter sido declarado de utilidade pública⁷⁶.

O ambiente não tem portanto grande peso relativamente aos projectos de ordenamento, e o seu peso varia em função do que se encontra do outro lado da balança. Não se podem todavia negar os efeitos preventivos deste controlo: o receio dos efeitos dum recurso incita frequentemente os autores dos projectos a respeitar as exigências ecológicas e a submeter o seu projecto a peritagens científicas por vezes muito rigorosas, e mesmo a auxiliar-se dos serviços das associações de protecção do ambiente, que conhecem bem o sector, para realizar os estudos. O mesmo sucede quando os projectos de declarações de utilidade pública pronunciadas por decreto são objecto dum exame prévio pela Secção Obras Públicas.

Um álibi, de certa forma. Esta teoria da ponderação não é mais do que um meio para o Conselho de Estado dar a aparência do direito a escolhas puramente factuais, económicas ou sociais: a apreciação não assenta em nenhum critério propriamente jurídico. Pode pensar-se que se trata apenas de uma montagem que permite fornecer uma justificação a uma decisão tomada de avanço, com base em considerações extra-jurídicas, à qual ele deseja chegar através dum raciocínio construído a posteriori. Só assim não acontece quando a protecção do ambiente constitui a própria essência da declaração de utilidade pública da operação, por exemplo quando se trata duma aquisição com vista a proteger este último⁷⁷.

Convém todavia destacar uma excepção muito observada neste processo de ponderação negativa: o projecto de implantação duma linha eléctrica de 400 000 volts na zona de Verdon, classificada nos termos dos artigos L.341-1 e seguintes do Código do Ambiente e constituindo um parque natural regional, criado por decreto de 3 de Março de 1997, cuja carta prevê no seu artigo 13.^o a promoção do “enterramento das linhas eléctricas”. Neste caso único no seu género, o juiz considerou que “as ofensas graves trazidas pelo projecto a estas zonas de interesse excepcional excedem o interesse da operação e são de natureza a retirar-lhe o seu carácter de utilidade pública; conseqüentemente, os requerentes têm fundamento para pedir a anulação do regulamento atacado que declara a utilidade pública dos trabalhos de construção da linha eléctrica aérea dum circuito de 400 000 volts entre os postos de Boutre e de Broc-Carros, e a compatibilização do projecto com os planos de ocupação dos solos das comunas em questão. A realização deste equipamento traduzir-se-á em novas e significativas ofensas ao conjunto ambiental constituído pelas Gorges du Verdon, o lago de Saint-Croix, o planalto de Valensole e seus arredores. As ofensas graves trazidas pelo projecto a estas zonas de interesse excepcional excedem o interesse da operação e são de natureza a retirar-lhe o seu carácter de utilidade pública”⁷⁸. Parece todavia difícil imaginar uma generalização deste raciocínio, e ainda menos uma inflexão na jurisprudência, tal a importância de que aqui se revestem os elementos factuais⁷⁹.

Ainda se trata nos casos relatados de conciliar interesses divergentes, na maior parte do tempo entre os aspectos económicos (e/ou de desenvolvimento) e os interesses ambientais. A situação revela-se ainda mais complexa quando se trata de conciliar interesses ambientais entre si: o exemplo bem conhecido dos muros “anti-ruído” em que os vizinhos

⁷⁷ Conselho de Estado, 12 de Abril de 1995, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, Lebon* 162; *AJDA*, 1995, p. 660, nota, Hostiou.

⁷⁸ Conselho de Estado, 10 de Julho de 2006, *Assoc. interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, de son environnement, des lacs et sites du Verdon*, req. n.º 288108, 289396, 289777 e 289968, *JCP édition administration et collectivités*, 2006, p. 1256, nota, Billet; *JCP édition Environnement*, 2007, Étude 2, conclusões, Vérot; *Revue de Droit Immobilier*, 2006, p. 367, observação, Fonbaustier; *RFDA* 2006, p. 990, nota, Delhoste.

⁷⁹ A linha THT em questão tinha sido precedentemente objecto de um dos primeiros debates públicos, em aplicação dos artigos L.121-1 e seguintes, do Código do Ambiente, nos termos do qual o projecto devia ser abandonado. Ver C. Cans, « *La concertation, moyen à privilégier pour concilier aménagement et environnement* », *Droit de l'Environnement*, Abril 1998, n.º 57, p. 15.

das infra-estruturas rodoviárias ou ferroviárias exigem a justo título a edificação, enquanto os defensores da estética e da paisagem lhe são desfavoráveis. O mesmo sucede com as eólicas: esta forma dita “nova” de produção de energia limpa, pouco susceptível de contribuir para o efeito estufa – e a este título defendida pela maior parte dos “ambientalistas” – tem os seus inimigos, cuja legitimidade ambiental é incontestável quando invocam a ofensa à paisagem. Isto ilustra a classificação dicotómica tradicional entre as grandes categorias de defensores do ambiente, que podemos ligar mais geralmente à oposição clássica entre holismo, preocupado com o interesse geral “ecocêntrico”, e individualismo, guiado pelo interesse particular antropocêntrico, ou pela adição de interesses individuais, por oposição ao interesse geral considerado na sua globalidade. Ora, no estado actual da jurisprudência, o Conselho de Estado parece ter tomado partido por esta segunda categoria, fazendo pender o fiel numa nova teoria da ponderação mais num sentido do que no outro⁸⁰. Assim sendo, ele torna-se num defensor ardente das teorias ambientalistas de essência paisagista. Mas em nenhuma decisão, do nosso conhecimento, ele defende a prioridade dos benefícios numa decisão que vise as paisagens. Este modo de procedimento ilustra as diversas apreensões dos interesses ambientais, segundo a concepção que temos. Os sinais que o juiz administrativo pode dar em favor de novas escolhas energéticas não deixarão de ter efeitos sobre as opções do futuro, próximo ou longínquo, enquanto está tradicionalmente (ou mesmo culturalmente?) mais inclinado a assegurar a protecção das paisagens.

Noutros termos, a ponderação dos interesses não é a conciliação destes últimos: para concretizar a Carta Constitucional e o “princípio” emanado pelo Conselho Constitucional, o juiz administrativo deve portanto passar da ponderação à real conciliação dos interesses representados por três, e apenas três, categorias de políticas públicas, enquanto é bem evidente que é o conjunto das políticas públicas que está em causa.

A aplicação do princípio da conciliação supõe portanto a abertura de novas vias.

B. A caminho duma teoria da conciliação?

Para que o princípio de conciliação ganhe forma, várias condições se impõem, simultaneamente: é preciso, seguramente, que o desenvolvimento sustentável não se torne numa vã palavra, através da qual se justifica qualquer política pelo acrescento do qualificativo “sustentável”, sem que o objectivo de protecção do ambiente revista a mesma importância que as suas outras componentes. É também necessário que esta sustentabilidade não se limite somente ao respeito das disposições legislativas e regulamentares, de resto em constante recuo⁸¹: deve revelar uma intenção “sincera” de contribuir para reduzir as fontes de poluição, e mesmo de favorecer a conservação dos recursos naturais.

É também necessário que o juiz se envolva: vimos que depois de ter retirado o princípio da conciliação do artigo 6.º da Carta, o Conselho Constitucional parece tê-lo esquecido. Mas os requerentes começam a invocar o juiz administrativo. Assim, a associação AOMSL a propósito da auto-estrada A 406, observando o perigo incorrido pelas populações de codornizes (espécie em vias de extinção), alegava que “a declaração de utilidade pública constitui uma violação do artigo 6.º da Carta do Ambiente, desde logo porque a exigência

⁸⁰ Sobre o contencioso das eólicas, ver nomeadamente J.-M.-Maillot, « Le principe de précaution, les éoliennes et le juge administratif », in *Environnements : droit public, sciences politiques, Mélanges en l'honneur du professeur J.-P. Colson*, PU de Grenoble, 2004, p. 312 ; J.-C. Hélin, « Autorisation d'urbanisme et principe de précaution. Une première application aux permis éoliens ? », in *Études offerts au professeur R. Hostiou*, Lexis Nexis, 2008 ; C. Cans, « Des hésitations du législateur aux perplexités du juge administratif : du vent dans les branches du droit », *Contrats publics*, Junho 2008, n.º 78, p. 61.

⁸¹ Pretende-se que sejam provas os fracos resultados do «Grenelle de l'environnement».

de conciliação entre a protecção do ambiente e o desenvolvimento económico e social não foi satisfeita”. Neste caso, o Conselho de Estado limita-se ainda à aplicação da teoria da ponderação, sem se pronunciar sobre a conciliação, apesar de explicitamente invocada, dos interesses em causa⁸².

Mas, num caso muito recente⁸³, e pela primeira vez ao que parece⁸⁴, ele faz uma aplicação directa: controla a conciliação dos diferentes interesses em presença implicando o “desenvolvimento sustentável”. Estava em causa no caso concreto a legalidade de disposições regulamentares relativas a concessões de praia. A Federação nacional das praias e restaurantes contestava com efeito a legalidade de certas disposições do decreto n.º 2006-608 de 26 de Maio de 2006⁸⁵. De maneira clássica, o Conselho de Estado considera, num primeiro momento, que “ao fixar num mínimo de 80%, reduzido 50% para as praias artificiais, a superfície de praia que deve ficar livre de qualquer equipamento, o poder regulamentar não excede nem a habilitação prevista na lei, desde logo porque o uso livre e gratuito pelo público constitui o destino fundamental das praias nos termos da segunda alínea do artigo L.321-9 do Código do Ambiente, nem cometeu erro manifesto na sua apreciação dos interesses económicos dos exploradores de actividades instaladas nas praias”. Mas a propósito do artigo 2.º, considera que “ao exigir que as instalações estejam desmontadas, na maioria dos casos, seis meses por ano, a autoridade regulamentar conciliou sem erro de direito os objectivos [...] relativos, por um lado, à protecção do litoral, por outro lado, à preservação e desenvolvimento das actividades económicas, e enfim, à manutenção ou ao desenvolvimento do turismo”. Parece que ele procede assim a uma aplicação directa do princípio emanado pelo Conselho Constitucional, ao confrontar os três pilares do desenvolvimento sustentável.

Mas o juiz administrativo não poderia tornar-se mais amplamente no juiz da “sustentabilidade”? As reformas, e pelo menos a aplicação efectiva de certas disposições existentes poderiam aí conduzir.

1. As fontes e os objectivos dum controlo da sustentabilidade

A utilização de aspas enquadrando o termo “sustentabilidade” é aqui justificada pelo neologismo constituído, não pelo próprio nome – que designa pura e simplesmente no sentido comum o carácter do que é sustentável, a sua permanência, a sua persistência – mas pelo sentido particular que reveste quando se trata de designar os efeitos potenciais da aplicação do conceito de desenvolvimento sustentável. Não poderíamos aqui recordar as polémicas doutrinárias à volta deste qualificativo, e a preferência duma parte da doutrina pelo termo “sustentável”⁸⁶, já evocado por numerosos autores: era de recear aliás que a “Carta do Ambiente” não se tornasse na “Carta do Desenvolvimento Sustentável”, como isto havia sido sugerido, nomeadamente nas esferas políticas. Certos dicionários traduzem o termo inglês *sustainable* por “viável”, no qual podemos ver a ideia de favorecer ou permi-

⁸² Conselho de Estado, 10 de Outubro de 2007, *AOMSL*, req. n.º 309286.

⁸³ Conselho de Estado, 14 de Abril de 2008, *Féd. nationale des plages restaurants*, req. n.º 298810, AJDA, 2008, p. 840, nota, Pastor ; *Annuaire Voirie*, 2008, n.º 126, p. 14, nota, Rézenthel.

⁸⁴ Na verdade, em certas decisões, como as dos recursos n.º 289893 e 289893, o Conselho de Estado apenas controla a aplicação das disposições legislativas que impõem a conciliação dos interesses abrangidos por uma mesma actividade (aqui o recurso água) ou então, na decisão n.º 296858, os diferentes usos da caça: não é o sentido do princípio da conciliação que aqui evocamos enquanto tradutor da preocupação visada pelo artigo 7.º da Carta do Ambiente.

⁸⁵ Artigos 2.º, 3.º, 14.º e 17.º do decreto n.º 2006-608, de 26 de Maio de 2006 relativo às concessões de praia, *Journal Officiel de la République Française*, 28 de Maio de 2006.

⁸⁶ A polémica aqui evocada é a de saber se o termo inglês *sustainable* deveria ser traduzido pelos termos franceses *viabile*, *soutenable* ou *durable*. A opção que prevaleceu foi a de traduzir *sustainable* por *durable* (N.T.).

tir a subsistência (o que denota bem o carácter rigorosamente minimalista da noção). Em qualquer caso, o termo “sustentável” não existe, e tem o inconveniente de ser particularmente desgracioso, enquanto o de “viabilidade” não seria nada esclarecedor. Eminentemente juristas arriscaram-se a empregar a este termo de “sustentabilidade”, tal como o professor Agathe van Lang⁸⁷, e o espírito de comodidade parece advogar este uso.

Tradicionalmente, em matéria de ambiente, tudo é caso de compromisso, mais do que de protecção. Salvo raras excepções⁸⁸, o juiz do ambiente não é chamado a pronunciar-se sobre conformidade legal da conservação das riquezas naturais: ele é solicitado, na maior parte dos casos, a apreciar a legalidade de decisões que são susceptíveis de lhe trazer prejuízos. Neste sentido ele não é o juiz da conservação do ambiente, mas o da conciliação entre uma política pública e as necessidades do desenvolvimento, nomeadamente económico. Esta constatação justifica que nos interroguemos sobre o contributo do “princípio da conciliação” e sobre a sua potencial tradução pelo juiz administrativo.

Uma interpretação razoável, e provavelmente mais conforme à vontade do constituinte, apontará para que o “princípio da conciliação”, enquanto tradução literal do desenvolvimento sustentável, seja o grau superior da teoria da ponderação, e conduz a decidir entre dois males: para retomar o exemplo supramencionado, certas eólicas são obstáculos à preservação da paisagem, mas o seu contributo é tal para o objectivo da conservação do planeta que, em termos de desenvolvimento sustentável, o interesse vale bem a pena. Se assim não for, o conceito de desenvolvimento sustentável é ainda mais vazio de sentido do que parece...

A Carta do Ambiente consagra dois elementos ao desenvolvimento sustentável⁸⁹: o sétimo considerando desde logo, que o Conselho constitucional não evocou na decisão de 2005, e que exige que “afim de assegurar um desenvolvimento sustentável, as escolhas destinadas a responder às necessidades do presente não devem comprometer a capacidade das gerações futuras e dos outros povos a satisfazer as suas próprias necessidades”: Noël Chahid-Nourai classifica espantosamente este considerando entre os elementos da Carta que têm um “âmbito jurídico claro”⁹⁰.

Além disso, ela consagra um artigo inteiro (artigo 6.º), de que recordaremos o texto para propor uma análise mais literal: “as políticas públicas devem promover um desenvolvimento sustentável. Para este efeito, elas conciliam a protecção e a valorizam o ambiente, do desenvolvimento económico e o progresso social”. A Carta não é certamente um modelo de elegância de redacção: temos aqui um exemplo flagrante. Com efeito, a conciliação aqui considerada é concebida como o meio de “promover” o desenvolvimento sustentável: seja! Mas a segunda frase é mais ambígua: o sujeito, “elas”, - e então o responsável desta promoção -, designa as políticas públicas; e o complemento de objecto directo, quer dizer aquilo sobre o que se deve reportar a conciliação, é constituída pela “protecção e valorização do ambiente, o desenvolvimento sustentável e o progresso social”. Estas expressões não designam já “políticas públicas”? O texto determina categorias de políticas públicas susceptíveis de terem uma influência, um impacto sobre o desenvolvimento sustentável e constituem as suas principais componentes. Assim, à letra, o artigo 6.º indica que as políticas públicas conciliam... políticas públicas para promover o desenvolvimento sustentável... O que significa, certamente, e mais precisamente, que os decisores políticos devem esforçar-se para conciliar diversas políticas públicas entre si, mas nos deixa atónitos

⁸⁷ A. van Lang, *Droit de l'environnement*, 2ª ed., PUF, collection, « Thémis droit » 2007, § 213 s.

⁸⁸ Aquelas que visam actos de protecção *stricto sensu*: legalidade da classificação em parque nacional, em parque natural, em reserva natural...

⁸⁹ Ou mesmo três, se considerarmos, como vimos acima, que o sexto considerando se reporta ao nosso assunto.

⁹⁰ N. Chahid-Nourai, « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », *AJDA*, 2005, p. 1175.

quanto ao uso da língua francesa! Como admirar-se que as diferentes jurisdições chamadas a pronunciar-se sobre uma tal definição fiquem perplexas e guardem, pelo menos, o seu quanto para si?

2. Os meios pertinentes dum controlo da sustentabilidade

Pudemos constatar que, na sua concepção actual, o princípio da conciliação implica uma apreensão minimalista do ambiente. Isto não impede de imaginar uma sua utilização mais progressista e, em todo o caso, um pouco mais operacional. Isto supõe que se encare a mínima duas vias de aperfeiçoamento: do lado do contencioso administrativo, a transformação da teoria da ponderação na teoria da conciliação, e sob o ângulo constitucional, a introdução da avaliação ambiental na engenharia legislativa. Estas duas proposições não pressupõem a criação de instrumentos ou de novos procedimentos, mas apenas do aperfeiçoamento das técnicas existentes.

O primeiro aperfeiçoamento poderia com efeito consistir na simples aplicação do artigo 86-7.^o do regulamento da Assembleia Nacional, com as alterações de 1991, e que o Conselho constitucional teve ocasião de validar⁹¹. Este artigo dispõe que “os relatórios feitos sobre um projecto ou uma proposta de lei cuja aplicação é susceptível de ter um impacto sobre a natureza comportam em anexo uma ponderação ecológica, constituída por elementos de informação quanto aos incidentes da legislação proposta, nomeadamente sobre o ambiente, os recursos naturais e os consumos de energia”. Com fundamento no artigo 6.^o da Carta, o Conselho Constitucional poderia considerar esta “ponderação ecológica” como uma fase obrigatória do procedimento legislativo, e retirar da sua omissão um vício de inconstitucionalidade externa. No que consiste simplesmente em examinar as incidências ambientais da legislação projectada, esta ponderação não conseguiria todavia ser considerada como uma garantia suficiente da conciliação do desenvolvimento e do progresso social com a protecção do ambiente e a valorização do ambiente. Mas o seu controlo sistemático poderia compeler o legislador a seguir esta via. Por um lado, isto valeria sempre mais do que limitar-se a considerar que, quando uma lei “comporta” algumas disposições ambientais, ela responde ao princípio da conciliação previsto pelo artigo 6.^o da Carta – o que constitui a concepção actual da decisão de 28 de Abril de 2005 – e, por outro lado, nada se opõe a que este conteúdo das fases preparatórias seja completado. Esta obrigação não deixaria também de ter incidência sobre a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado. Por agora, este ponto do regulamento permaneceu letra morta: convirá aplicá-lo efectivamente⁹².

Para além disso, nada se opõe a que esta “ponderação ecológica das leis” se torne numa “ponderação da conciliação”: a partir do reconhecimento de que nunca foi aplicado na sua forma actual, não é forçosamente iconoclasta propor uma modificação que comporte, substancialmente, uma preferência ambiental destinada a assegurar a sua aplicação efectiva.

“O estudo de impacto ambiental das leis e decretos” criado por diversas circulares⁹³ poderia igualmente ser sistematizado, e comportar uma secção “conciliação”, transformação sobre a qual se pode realizar a mesma apreciação que aquela que acabamos de ver para um aperfeiçoamento da engenharia legislativa. Isto só teria todavia interesse se estes “estudos de impacto das leis e decretos”, dum tipo particular, fossem obrigatoriamente e efectivamente publicados antes da sua adopção, como o incita a jurisprudência da CADA⁹⁴.

⁹¹ Conselho Constitucional, Decisão n.^o 90-276 DC, 5 de Julho de 1990, resolução que completa o artigo 86.^o do Regulamento da Assembleia nacional, *Recueil du Conseil Constitutionnel*, 69.

⁹² A nossa visita à Assembleia nacional, entrevista com C. Beauvais, em Março de 2005, que nos indicou que nunca tinha sido aplicado.

⁹³ Ver C. Cans, « Variations autour d’une innovation environnementale : l’impact des études d’impact sur le droit public », in *Pour un droit public de l’environnement, Mélanges offerts au professeur M. Prieur, Dalloz*, 2007, p. 461.

⁹⁴ Ver C Cans, *Ibid.*

Além disso, as jurisdições poderiam ser obrigadas, por uma modificação do Código de justiça administrativa, a examinar com base neste documento, e cada vez que sejam interpeladas, a possível conciliação de interesses em presença, e de satisfazer, se necessário, um pedido de reconhecimento da sua impossibilidade. As disposições em litígio seriam então censuradas, ou pelo menos suspensas. Muitos dos artigos deste Código criam assim uma competência vinculada do juiz, por vezes por reenvio aos códigos temáticos, precisando que “quando é interpelado (de tal maneira, em tal assunto), o juiz administrativo satisfaz...”⁹⁵. Daí resulta aquilo a que se chama habitualmente a “suspensão de pleno direito” duma decisão administrativa individual. Poderíamos então imaginar que a ausência de avaliação duma possível ou impossível conciliação dos elementos da “sustentabilidade” poderia conduzir a uma suspensão de pleno direito. O juiz estaria igualmente vinculado a pronunciar a suspensão, ou mesmo a anulação, dum texto regulamentar que não contivesse esta ponderação, ou cuja ponderação demonstraria a impossível conciliação dos três pilares do desenvolvimento sustentável.

Por outro lado, em virtude da lei constitucional n.º 2008-724, de 23 de Julho de 2008, uma nova disposição da Constituição poderá, assim que ela entrar em vigor⁹⁶, ser particularmente útil à tomada em consideração pelo juiz administrativo do princípio da conciliação. Com efeito, o novo artigo 61-1 da Constituição dispõe que “quando, no caso de uma instância em curso junto duma jurisdição, é sustentado que uma disposição legislativa comporta ofensa aos direitos e liberdade que a Constituição garante, o Conselho Constitucional pode ser interpelado sobre questão por reenvio do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação que se pronuncie num prazo determinado”. Todavia, “uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo”: será por isso necessário esperar pela publicação desta lei orgânica para que esta disposição entre em vigor. O artigo 62.º, igualmente na sua nova redacção, dispõe que “uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no artigo 61-1.º é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou duma data ulterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos termos dos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de ser postos em causa”. Aqui está uma reforma em relação à qual temos legitimamente direito de esperar que produza efeitos não negligenciáveis, visto que um texto regulamentar ou uma autorização administrativa individual “concilia mal”, em virtude da insuficiência duma lei, os três pilares do desenvolvimento sustentável. Logo que seja confrontado com uma tal contestação, o Conselho de Estado deterá então brevemente uma nova chave nas suas mãos: o Conselho Constitucional não poderá desdizer-se à luz da sua decisão de 28 de Abril de 2005.

Quanto à sua própria competência em matéria de controlo dos actos regulamentares, o Conselho de Estado disporia do mesmo tipo de instrumentos, em virtude da alteração do “estudo de impacto das leis e decretos”.

Estas pistas, que convém admitir não vão no sentido duma concepção alargada da prioridade ambiental, constituiriam um mal menor. Mas nem é preciso dizer que outras vias devem ser exploradas, e que a doutrina lhe poderia consagrar urgentemente alguns esforços, que poderiam ser inteiramente consagrados a dar sentido ao desenvolvimento sustentável pelo controlo duma real “sustentabilidade” do desenvolvimento.

Chantal Cans

Professora de Direito Público na
Universidade do Maine

⁹⁵ Por exemplo, ver o artigo L.122-2 ou o L.123-12 do Código do Ambiente.

⁹⁶ Ver o « Avertissement : 1.º Les versions en italique des articles [...] 61-1 [...] de la Constitution entrent en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application ».

