

# A participação do público nas decisões em matéria de ordenamento e de ambiente na Suíça

## Resumo

Na Suíça, em matéria de ordenamento e de ambiente, aos procedimentos administrativos e ao contencioso judicial, acrescentam-se os instrumentos de democracia directa. No entanto, o direito de participação não é exercido de forma idêntica por todo o território helvético: as modalidades e os graus de participação do público nas decisões em matéria de ordenamento e ambiente apresentam variações significativas entre os cantões.

### I. Introdução<sup>1</sup>

Para abordar o nosso tema, é necessário lembrar desde logo que a Suíça é um Estado federal cujas instituições comportam uma forte componente de democracia directa.

Os efeitos do federalismo não são os mesmos para todos os elementos do nosso estudo. No domínio do ordenamento do território (termo que, noutros países, como na França, corresponde ao de Urbanismo), o Estado federal – a Confederação – dispõe apenas de uma competência limitada aos princípios e a lei federal que lhe corresponde<sup>2</sup> é uma lei-quadro. A protecção da natureza e da paisagem é antes de mais um assunto dos cantões, tendo a Confederação apenas competências pontuais nesta matéria (fauna, flora, protecção das espécies, zonas húmidas)<sup>3</sup>. Em contrapartida, em matéria de protecção do ambiente, a Confederação tem plena competência, de que faz largo uso<sup>4</sup>, cabendo todavia em primeiro lugar aos cantões a execução das disposições federais, conformemente ao princípio bem helvético do “federalismo de execução”. A imbricação diferenciada das normas federais e

<sup>1</sup> O presente texto é uma tradução, actualizada, de uma contribuição apresentada no âmbito de um colóquio que teve lugar em Nantes, no dia 6 de Outubro de 2006, sobre o tema da participação do público nas decisões em matéria de ordenamento e de ambiente e publicado nas actas deste colóquio; ver Thierry Tanquerel, «La participation du public aux décisions en matière d'aménagement et d'environnement en Suisse», in René Hostiou, Jean-François Struillou, éd., *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Cahiers du GRIDAUH no 17/2007, Paris, 2007, p. 97 ss. Tradução de Márcio Albuquerque Nobre.

<sup>2</sup> Lei federal sobre o ordenamento do território de 22 de Junho de 1979 (LAT), Recueil systématique du droit fédéral (RS) 700. O RS pode ser acedido através do endereço electrónico: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>.

<sup>3</sup> Ver, em particular, a lei federal sobre a protecção da natureza e da paisagem de 1 de Julho de 1966 (LPN – RS 451).

<sup>4</sup> Nomeadamente pela lei federal sobre a protecção do ambiente de 7 de Outubro 1983 (LPE – RS 814.01) e os numerosos decretos de execução.

cantonais encontra-se também no contencioso, jogando os tribunais cantonais na Suíça tanto o papel de tribunal cantonal como o de tribunal federal de primeira instância<sup>5</sup>.

Quanto à democracia directa, ela marca a todos os níveis – federal, cantonal e comunal – o conjunto da actividade estatal na Suíça. O ordenamento do território e o ambiente não são excepção a esta tendência.

Convém também definir brevemente quais são as “decisões” em matéria de ordenamento e ambiente em relação às quais se pode colocar a questão da participação do público. Trata-se desde logo de verdadeiras decisões administrativas tomadas nos domínios em questão, ou seja, actos individuais e concretos, unilaterais, fundados no direito público, emanados por uma autoridade administrativa e visando criar, modificar, anular ou reconhecer direitos ou obrigações, ou rejeitando uma pretensão neste sentido<sup>6</sup>. Pensamos evidentemente nas decisões relativas aos pedidos de licença de construção ou de outras autorizações necessárias à realização de projectos de ordenamento, mas também em todas as decisões fundadas na legislação ambiental, como por exemplo, a ordem de proceder correcção do funcionamento de uma instalação poluente (art. 16.º LPE). Trata-se também de actos de planificação previstos pela legislação federal, como os planos directores cantonais (art. 6.º ss LAT), que são uma espécie de primos dos SCOT franceses<sup>7</sup>, os planos de afectação, que regulam as utilizações admissíveis do solo nas diferentes partes do território (art. 14.º ss LAT)<sup>8</sup>, ou ainda os planos de prevenção em matéria de luta contra a poluição do ar (art. 44a LPE). Os planos directores e os planos de prevenção só vinculam as autoridades (art. 9.º n.º 1 da LAT, art. 44a n.º 2 da LPE). Em contrapartida, os planos de afectação vinculam qualquer pessoa (art. 21.º n.º 1 da LAT) e são considerados pela jurisprudência como actos jurídicos cujo tratamento se aproxima por vezes ao da decisão, outras vezes ao da norma<sup>9</sup>. No contexto helvético, fazem enfim também parte das decisões em matéria de ordenamento para as quais a participação do público entre em linha de conta, as decisões de princípio ou decisões orçamentais relativas à realização de infra-estruturas públicas.

Estabelecido isto, podemos assinalar que a participação do público nestas decisões assenta na Suíça em três pilares<sup>10</sup>.

O primeiro é o dos procedimentos administrativos que conduzem à adopção de documentos de planificação – planos directores e planos de afectação – ou à tomada de decisões administrativas. O segundo é o das vias de recurso abertas aos actores interessados, a que chamamos tradicionalmente na Suíça protecção jurídica. O terceiro finalmente é o dos instrumentos de democracia directa, que completam os mecanismos relativos a procedimentos administrativos ou contenciosos, por vezes suplantando-os, mas também, em certos casos, opondo-se-lhes.

Convém pois apresentar estes três pilares, antes de pôr em evidências as suas relações recíprocas.

<sup>5</sup> Tanquerel/Planchet (2004) p. 242.

<sup>6</sup> É a definição que ressalta nomeadamente do artigo 5.º da lei federal sobre o procedimento administrativo de 20 de Dezembro de 1968 (PA – RS 172.021).

<sup>7</sup> Sobre os planos directores, cf. Waldmann/Hänni (2006) p. 187 ss ; Hänni (2002) p. 113 ss ; Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert (2001) p. 105 ss ; Tschannen (1999).

<sup>8</sup> Sobre os planos de afectação, cfr. Waldmann/Hänni (2006) p. 313 ss ; Hänni (2002) p. 140 ss ; Zen-Ruffinen/Guy-Ecabert (2001) p. 123 ss ; Moor (1999).

<sup>9</sup> Acórdão do Tribunal federal publicado no Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 121/1995 II 317, 346, *Jeanneret*. Os ATF podem ser acedidos através do endereço electrónico: <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

<sup>10</sup> Cfr. Tanquerel (1988) p. 55 ss.

## II. Os procedimentos administrativos

### 1. Os princípios gerais

#### a. O direito a ser ouvido<sup>11</sup>

Garantido pelo artigo 29 número 2 da Constituição federal<sup>12</sup>, o direito a ser ouvido compreende antes de mais o direito de as partes fazerem valer o seu ponto de vista antes de uma decisão ser tomada<sup>13</sup>. O interessado deve nomeadamente ter a possibilidade de se explicar antes de uma decisão ser tomado em seu detrimento, de tomar conhecimento das peças do processo, de apresentar provas sobre factos importantes para a decisão que se tem em vista, de participar na produção do conjunto das provas, de tomar conhecimento destas e de se pronunciar em relação a elas<sup>14</sup>. O direito a ser ouvido visa assim a instrução completa da situação de facto e a protecção dos administrados enquanto pessoas<sup>15</sup>.

O direito de ser ouvido impõe-se por isso desde logo nas decisões administrativas acima evocadas. Mas deve também ser reconhecido, segundo a jurisprudência do Tribunal federal, aos proprietários de bens imóveis incluídos no perímetro dos planos de afectação, sendo estes portanto tratados, deste ponto de vista, como decisões<sup>16</sup>. Em contrapartida, o direito de ser ouvido não constituirá fundamento de uma eventual participação do público na elaboração dos planos directores ou dos planos de prevenção.

O direito de ser ouvido é reconhecido às partes no procedimento, ou seja, aos administrados que têm uma ligação suficientemente estreita e particular com a tomada de decisão para que um lugar especial lhes seja concedido na preparação desta decisão. No direito federal como em numerosos cantões, a qualidade de parte é definida em função da legitimidade para recorrer contra a decisão em causa<sup>17</sup>. Por seu turno, como o veremos mais tarde, a legitimidade para recorrer implica que a pessoa que daí quer tirar partido seja directamente afectada mais do que a generalidade da população num interesse digno de protecção para a decisão em causa. O direito a ser ouvido só é uma chave para a participação de uma parte do público, mais particularmente atingida pelo objecto do procedimento. Este círculo de participantes não se limita somente aos proprietários e promotores destinatários das decisões de ordenamento, mas os terceiros que inclui não se confundem com o conjunto da população<sup>18</sup>.

#### b. O princípio da transparência

A participação do público nas decisões estatais só é efectiva se o público estiver suficientemente informado, desde logo da existência de um procedimento de decisão, de seguida dos elementos sobre os quais a autoridade competente pretende fundar-se para

<sup>11</sup> Apesar do conteúdo do direito que se vai analisar ser semelhante ao do direito de participação, decidimos traduzir à letra a expressão “droit d’être entendu”. (NT)

<sup>12</sup> Constituição federal da Confederação suíça de 18 de Abril de 1999 (Constituição federal – RS 101).

<sup>13</sup> Cfr. artigo 30.º n.º 1 PA.

<sup>14</sup> Ver nomeadamente, entre inúmera jurisprudência, ATF 129/2003 II 497, 504-505, *Entreprises électriques fribourgeoises*.

<sup>15</sup> ATF 124/1998 I 49, 51, S.

<sup>16</sup> ATF 119/1993 Ia 141, 150, *Hegner-von Stockar*.

<sup>17</sup> Häner (2000) p. 148 ss.

<sup>18</sup> Sobre a problemática da delimitação do círculo de participantes nos procedimentos administrativos na Suíça, cfr. Tanquerel/Bellanger éd. (2004) e Häner (2000).

decidir. O direito de ser ouvido dá certamente acesso ao procedimento àqueles que dele podem aproveitar-se, mas o direito à informação do grande público deve uma encontrar outra base jurídica.

Ora, na Suíça, segundo jurisprudência já antiga do Tribunal federal que não foi invertida pela Constituição federal de 1999, não existe um direito constitucional geral do público a aceder à informação estatal<sup>19</sup>. No entanto, um movimento começa a despontar ao nível federal e em vários cantões para derrubar o princípio do segredo da administração em favor do da publicidade acompanhado de excepções legalmente previstas. Assim, no dia 1 de Julho de 2006, entrou em vigor uma lei federal que prevê o direito de toda a pessoa consultar e pedir cópias de documentos oficiais, sob reserva de cláusulas de excepção<sup>20</sup>. Legislações análogas foram adoptadas nomeadamente nos cantões de Berna, Neuchâtel, Vaud e Genebra.

O princípio da transparência da administração, que se impõe progressivamente na Suíça<sup>21</sup>, não respeita somente ao ordenamento e ao ambiente, antes contribuirá certamente para a melhoria da qualidade da participação do público. Neste domínio, o acesso às informações pertinentes é de facto determinante para a participação efectiva dos diferentes actores<sup>22</sup>.

#### *c. As exigências do artigo 4.º da LAT*

Sob o título “informação e participação”, o artigo 4.º da LAT comporta três elementos<sup>23</sup>. Dois têm traços na informação : informação activa requerida às autoridades encarregadas do ordenamento do território sobre os planos previstos pela LAT, os seus objectivos e o desenvolvimento do procedimento (art. 4.º n.º 1 LAT); obrigação de permitir a consulta dos planos previstos pela LAT (art. 4.º n.º 3 LAT). O terceiro elemento é teoricamente o mais exigente: segundo o artigo 4.º n.º 2 da LAT, as autoridades zelam para que a população possa participar de maneira adequada na adopção dos planos.

A injunção do artigo 4.º n.º 2 da LAT vai mais longe do que o respeito do direito de ser ouvido. Com efeito, ela visa a participação da população em geral e não somente a das partes interessadas. Por outro lado, as modalidades desta participação da população podem perfeitamente ser mais aprofundadas do que a simples concessão da faculdade de dar o seu parecer sobre um projecto de decisão. Na prática, todavia, o alcance jurídico do artigo 4.º da LAT fica limitado. Se a aplicação do seu n.º 3 não parece nada complicada, a execução dos n.º 1 e 2 resulta mais de um programa político, dependendo largamente da vontade e da imaginação das colectividades em causa, do que de uma pretensão jurídica real. Com efeito, apesar de o Tribunal federal admitir que a violação do artigo 4.º da LAT pode ser invocada num recurso<sup>24</sup>, ele não reconheceu na prática um direito de participação justificável que fosse para além do direito de ser ouvido das partes, considerando ainda que este é respeitado pelos planos de afectação através da publicação destes acompanhada de um direito de oposição ou de recurso<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> ATF 107/1981 la 304, 308, *Fuchs*.

<sup>20</sup> Lei federal sobre o princípio da transparência da administração de 17 de Dezembro de 2004 (Lei sobre a transparência, LTrans – RS 152.3), em particular o seu artigo 6.º.

<sup>21</sup> Ver a este propósito Flückiger éd. (2006) e Tanquerel/Bellanger éd. (2002).

<sup>22</sup> Tanquerel (1988) p. 143 ss e (1996) p. 105 ss.

<sup>23</sup> Sobre o alcance e os limites do art. 4.º da LAT, ver Waldmann/Hänni (2006) p. 105 ss; Muggli (1999).

<sup>24</sup> ATF 115/1989 la 89, 94, *Einwohnergemeinde Seftigen*.

<sup>25</sup> ATF 119/1993 la 141, 150, *Hegner-von Stockar*.

#### d. As disparidades cantonais

Já referimos que a LAT é uma lei-quadro, que deixa uma larga margem de manobra aos cantões, nomeadamente no que respeita à competência e ao procedimento (art. 10.º e 25.º da LAT). A LPE e os seus decretos de aplicação são mais detalhados, mas não regulam de forma alguma as questões de procedimento (ressalvado o caso da avaliação de impacte sobre o ambiente)<sup>26</sup>. Não é portanto de espantar que, para além das regras mínimas impostas pelo direito federal, se observem grandes diferenças nos procedimentos estabelecidos pelos cantões. Estas diferenças reflectem-se nomeadamente sobre o nível da decisão, cantonal ou comunal, a designação das autoridades competentes para decidir, assim como sobre os modos de participação do público, designadamente sobre a implicação ou não daqueles e daquelas que não dispõem da qualidade de parte.

### 2. As modalidades

#### a. A consulta pública

Tal como é praticada na Suíça, a consulta pública consiste em anunciar por via da afixação ou da imprensa – se for necessário numa *Feuille d’avis officielle* – a colocação à disposição do público, durante um certo período, de um projecto de acto, junto de uma autoridade comunal ou cantonal. Durante o período indicado, o acto pode ser consultado no lugar onde é depositado e podem dirigir-se observações ou oposições à autoridade competente. A consulta pública não faz portanto intervir um intermediário, como um “*commissaire enquêteur*”<sup>27</sup>, entre as pessoas que se exprimem sobre o projecto e a autoridade chamada a decidir sobre este. A colocação em consulta pública é obrigatória para os planos de afectação (artigo 33.º n.º 1 da LAT).

A consulta pública pode ser aberta a todos : neste caso, cada um pode tomar conhecimento do acto, sem ter de justificar qualquer interesse, e fazer chegar as suas observações à autoridade. A consulta pública comporta então uma dimensão de participação democrática.

Ela pode também ser reservada àqueles que detêm um interesse digno de protecção, ou seja, em outros termos, àqueles possuem a qualidade de parte no procedimento. Neste caso, a consulta pública serve antes de mais para o exercício do direito de ser ouvido. Ela articula-se sobre um procedimento de oposição, que permite aos interessados fazer valer perante as autoridades competentes as objecções que têm em relação ao projecto em causa. Ao estatuir sobre o dito projecto, a autoridade decidirá se rejeita ou admite no todo ou em parte as oposições apresentadas. Apesar de se situar a montante da decisão, o procedimento de oposição foi assimilado pela jurisprudência a uma “via de recurso” no sentido do artigo 33.º n.º 2 da LAT<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Decreto de 19 de Outubro de 1988 relativa à avaliação de impacte sobre o ambiente (OEIE – RS 814.011).

<sup>27</sup> Trata-se de uma figura que não existe no ordenamento jurídico português. O “*commissaire enquêteur*” é independente e imparcial. É uma pessoa competente, qualificada, mas não um especialista. Participa na organização da consulta, fica à disposição do público, zela pela adequada informação do público e recolhe as suas observações. No final, redige um relatório em que relata a consulta e as reacções do público. Dá uma opinião pessoal e fundamentada nas conclusões. Depois da entrega do relatório, a missão do “*commissaire enquêteur*” dá-se por terminada. (NT)

<sup>28</sup> Cfr. *infra* III, 1, b.

*b. A publicidade dos actos de planificação e das decisões*

A publicidade dos planos previstos pela LAT – planos directores cantonais e planos de afectação – é garantida pela lei (art. 4 n.º 3 da LAT).

A dos outros documentos de planificação, não vinculativos, como os estudos de prospecção, ou ainda os planos de prevenção em matéria de luta contra a poluição do ar, é menos assegurada. Com efeito, na ausência de efeito jurídico directo para os administrados, estes documentos são seja simples instrumentos de trabalho da administração, seja regulamentos administrativos internos, cuja publicação não é em princípio obrigatória. Assim, dois factores jogam a favor da sua publicidade. Por um lado, o seu efeito depende frequentemente da informação que é feita a seu propósito: um plano de prevenção não pode impor-se a todas as autoridades que devem respeitá-lo se não for largamente difundido, ou seja, na prática, público. Por outro lado, quando sejam aplicáveis leis sobre a transparência, é pouco provável que a administração possa invocar um interesse público preponderante da conservação do segredo destes actos.

Para as decisões concretas, a publicação pode resultar da necessidade de as notificar a um grande número de pessoas potencialmente afectadas, cujo círculo é de difícil determinação: assim, por exemplo, no caso da construção de uma infra-estrutura de forte impacto. Em certos cantões, como o de Genebra, a publicação das autorizações de construir é a regra.

Isto não significa forçosamente que todos os elementos dos processos de ordenamento ou dos procedimentos ambientais são sistematicamente públicos. Se for necessário, aplicar-se-ão as restrições que constam das leis sobre transparência. Onde não existirem tais leis, o administrado que pretenda aceder a uma informação deverá demonstrar a existência de um interesse digno de protecção. Notaremos, neste contexto, que quando uma avaliação de impacte sobre o ambiente deve ser realizada, o seu resultado deverá ser público, sem prejuízo de interesses públicos ou privados preponderantes (art. 9.º n.º 8 da LPE).

*c. As comissões consultivas*

A Suíça conhece, tanto ao nível federal como cantonal, uma longa tradição de comissões extra parlamentares. Entre estas, as comissões consultivas permitem reunir peritos, frequentemente de tendências diferentes, e representantes de diversos meios interessados por um domínio de acção do Estado. No plano federal, podemos mencionar, entre outros, a Comissão federal para a protecção da natureza e da paisagem ou a Comissão federal para a qualidade do ar<sup>29</sup>. Um vasto movimento de redução do número das comissões extra parlamentares está todavia em marcha, tanto ao nível federal<sup>30</sup> como cantonal, por motivos de simplificação administrativa e de economia.

<sup>29</sup> A lista integral das comissões consultivas federais está disponível no endereço electrónico: [http://www.admin.ch/ch/f/cf/ko/index\\_kommart\\_3.html](http://www.admin.ch/ch/f/cf/ko/index_kommart_3.html) (acedido em 24 de Junho de 2008).

<sup>30</sup> A lista das comissões a dissolver ou a fundir está disponível no endereço electrónico: <http://www.admin.ch/ch/f/cf/ko/ListeAufzuehrendeKommissionen.pdf> (documento datado de 26 de Novembro de 2006). A Comissão consultiva para a investigação ambiental estava assim condenada.

#### *d. Os procedimentos aprofundados*

Para além das exigências legais mínimas, os projectos de ordenamento justificam por vezes que sejam desencadeados procedimentos muito mais complexos e aprofundados de consulta do público interessado. Uma motivação central das autoridades ou dos promotores que recorrem a este método é evidentemente o de neutralizar oposições ulteriores que se exprimam por via do contencioso jurídico ou dos instrumentos de democracia directa.

As modalidades desta participação aprofundada são muito variáveis: assembleias públicas de informação, grupos de negociação, exposições, sondagens, etc.<sup>31</sup>. Elas podem implicar a designação de um mandatário encarregado de organizar a participação e de recolher os pareceres do público em diligências frequentemente iterativas.

O carácter extra legal destas diligências tem duas consequências importantes. Por um lado, ninguém pode exigir o seu desencadeamento. Por outro lado, é muito difícil assegurar a sua protecção contra oposições de actores dissidentes: pode acontecer que um projecto longamente trabalhado de um modo participativo ou pacientemente negociado entre os principais actores interessados, seja, no final, posto em causa por um recurso judicial ou um referendo popular.

### **III. A protecção jurídica**

#### **1. Em geral**

##### *a. O acesso à justiça*

Já largamente adquirida, sob a influência conjunta das exigências do artigo 6 parágrafo 1 da CEDH, aplicável quando o exercício do direito de propriedade é posto em causa<sup>32</sup>, e daquelas resultantes de diversas disposições da legislação federal, a possibilidade de contestar judicialmente as decisões em matéria de ordenamento e de ambiente é hoje consagrada constitucionalmente. No dia 1 de Janeiro de 2007 entrou efectivamente em vigor o artigo 29a da Constituição federal, que prevê que “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada por uma autoridade judicial”, precisando todavia que “a Confederação e os cantões podem, por lei, excluir o acesso ao juiz em casos excepcionais”. Sob o ângulo das “causas ” que podem opor os particulares e o Estado, o domínio do ordenamento e do ambiente é, portanto, como o conjunto da actividade do Estado, submetido à exigência do acesso ao juiz. Parece todavia existir um consenso sobre o facto de os planos directores pertencerem ao campo das decisões de natureza essencialmente política para as quais uma excepção prevista pela lei é possível<sup>33</sup>.

##### *b. A organização das vias de recurso*

Convém distinguir, na organização das vias de recurso, entre o nível cantonal e o nível federal tendo presente duas das características fundamentais do sistema helvético. Por um lado, pelas razões evocadas na nossa introdução, o essencial das decisões em matéria de

<sup>31</sup> Sobre estes «meios informais» ver Tanquerel (1988) p. 100 ss.

<sup>32</sup> ATF 127/2001 I 44, 45 ss, Schmid; 122/1996 I 294, 297 ss, Erbengemeinschaft Marquard; 120/1994 Ia 209, 213 ss, O.

<sup>33</sup> Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) p.108.

ordenamento e de ambiente são tomadas pelas autoridades cantonais. Por outro lado, o sistema judicial suíço confia o primeiro controlo judicial das decisões cantonais aos tribunais cantonais, mesmo quando é a aplicação do direito federal que está em jogo. O Tribunal administrativo federal não é, salvo raras excepções, competente para controlar as decisões das autoridades federais. Quanto ao Tribunal federal, a mais alta jurisdição do país, ele não pode em princípio ser solicitado como primeira autoridade judicial e só intervém depois do Tribunal administrativo federal ou dos tribunais cantonais superiores<sup>34</sup>.

Os cantões estão submetidos a certas exigências de direito federal. O artigo 86.º n.º 2 da LTF obriga-os a instituir tribunais superiores que decidam como autoridades precedendo imediatamente o Tribunal federal<sup>35</sup>. Podem instituir uma autoridade distinta de um tribunal “para as decisões que revistam um carácter preponderantemente político” (artigo 86.º n.º 3 da LTF)<sup>36</sup>. O artigo 33.º n.º 2 da LAT impõe-lhes por seu lado que prevejam pelo menos uma via de recurso contra as decisões e os planos de afectação fundados na referida lei sobre as disposições cantonais e federais de execução. *A contrario*, esta exigência não vale para os planos directores. O artigo 33.º n.º 2 da LAT não obriga os cantões a preverem um recurso para uma autoridade judicial, e nem mesmo um verdadeiro recurso para uma entidade diferente daquela que tomou a decisão atacada : um procedimento de oposição, através do qual a autoridade cantonal competente, governo ou parlamento, estatua ao mesmo tempo sobre a adopção ou a aprovação do objecto de litígio (em geral um plano de afectação) e sobre as oposições levantadas pelos interessados ao encontro do projecto posto em consulta pública é suficiente<sup>37</sup>. Para além disso, o artigo 33.º n.º 3 alínea b) da LAT exige que ao menos uma autoridade de recurso tenha um livre poder de exame, que deve compreender não só o exame dos factos e do direito, mas também o da oportunidade<sup>38</sup>, ou seja, para falar claramente, da componente política da decisão.

A combinação das exigências do artigo 86.º n.º 2 da LTF e do artigo 33.º n.º 2 e 3 da LAT conduziu a que numerosos cantões previssem, em matéria de planos de afectação, um duplo grau de jurisdição: um procedimento de oposição perante a autoridade que adoptou o plano ou um recurso de tipo hierárquico para uma autoridade cantonal precede um recurso judicial perante o Tribunal administrativo cantonal. Para as outras decisões, não é raro que antes do recurso ao Tribunal administrativo cantonal seja aberto um recurso junto de uma comissão de recurso especializada.

No plano federal, a organização das vias de recurso foi bastante complicada durante muito tempo. O tipo de recurso aberto contra as decisões de última instância cantonal dependia largamente da questão de saber quais eram as disposições aplicadas – ou que deveriam ser aplicadas – no fundo<sup>39</sup>. Desde 1 de Janeiro de 2007, a situação é muito mais simples: em todos os casos, é o recurso em matéria de direito público junto do Tribunal federal que é apresentado (artigo 34.º n.º 1 da LAT e 82.º ss LTF). Para as decisões

<sup>34</sup> Ver o artigo 86.º da lei do Tribunal federal de 17 de Junho de 2005 (LTF – RS 173.110).

<sup>35</sup> Lugon /Poltier/Tanquerel (2006) p. 110 ss.

<sup>36</sup> Vimos, *supra* nota 31, que os planos directores podiam cair nesta categoria; ver Topinke (2008) nº 19.

<sup>37</sup> ATF 108/1982 lb 479, 482 ss, *Desbaillets* ; 111/1985 lb 9, 11/12, *Konikoff* ; 112/1986 lb 164, 167 ss, P. ; 114/1988 la 233, 236, *Gemeinde Männedorf*. O Tribunal federal julgou todavia insuficiente, do ponto de vista do artigo 33.º n.º 2 da LAT, um procedimento no qual a autoridade comunal se pronunciava sobre oposições enquanto autoridade encarregada de adoptar um plano de afectação, ATF 109/1983 lb 121, 123/124, *E. Pfister & Co AG*.

<sup>38</sup> ATF 119/1993 la 321, 327, D. ; 109/1983 lb 121, 124/125, *E. Pfister & Co AG* .

<sup>39</sup> Tanquerel (2000) p. 127 ss.

das autoridades federais, o recurso será primeiramente apresentado junto do Tribunal administrativo federal<sup>40</sup>, e de seguida junto Tribunal federal<sup>41</sup>.

*c. A qualidade para agir*

O direito suíço não admite a acção popular, a saber a possibilidade de qualquer administrado contestar, por um meio jurídico, uma qualquer decisão. Para poder fazer uso deste meio jurídico, é necessário então preencher condições particulares, que fundem a qualidade para agir. Esta pode ser concedida de forma geral a um círculo de pessoas directamente afectadas pela decisão em causa, seja num interesse digno de protecção seja num interesse jurídico. A última fórmula regia até ao final de 2006, a qualidade para formar junto do Tribunal federal um recurso de direito público por violação de direitos constitucionais. Com a reforma da justiça federal que entrou em vigor no início de 2007, ela não se refere doravante a mais do que um recurso constitucional subsidiário (artigo 113.º ss da LTF), que deveria desempenhar apenas um papel muito secundário no domínio que nos interessa.

É portanto o critério do interesse digno de protecção, mencionado pelos artigos 48.º da PA e 89.º da LTF, assim como pela grande maioria das legislações cantonais, que é determinante para a qualidade para agir em matéria de ordenamento e ambiente. O artigo 89.º n.º 1 da LTF prevê que a qualidade para apresentar um recurso de direito público de quem quer que tenha tomado parte no procedimento perante a autoridade precedente ou esteve privado da possibilidade de o fazer, é particularmente afectado pela decisão ou o acto normativo atacado, e tem um interesse digno de protecção na sua anulação ou modificação. Sob reserva de o advérbio “particularmente”, que é novo mas não deverá provavelmente modificar a prática do Tribunal federal<sup>42</sup>, esta formulação retoma aquela que valia para o antigo recurso de direito administrativo. A jurisprudência elaborada para este recurso deve por isso ser transposta para o novo sistema. É necessário que o administrado seja mais afectado do que generalidade das pessoas num interesse que pode ser de meramente de facto : o recorrente deve estar numa relação especial digna de atenção com o objecto do litígio<sup>43</sup>. Em contrapartida, não é necessário que a disposição cuja violação é invocada seja destinada a proteger o recorrente<sup>44</sup>. A qualidade para agir depende assim muito frequentemente, quando se trata de aplicar disposições legais com efeitos concretos no espaço, do local da situação da propriedade ou da empresa do recorrente ou ainda do seu local de residência<sup>45</sup>. O Tribunal federal tem uma visão bastante estática das situações que justificam o reconhecimento da qualidade para agir<sup>46</sup>. Mais restritivo que o Conselho de Estado francês, o Tribunal federal não admite que um interesse ideal na aplicação de uma legislação, por exemplo no caso de uma associação, seja suficiente para obter a qualidade para agir com base em cláusulas gerais de habilitação<sup>47</sup>. Prevendo o artigo 111.º

<sup>40</sup> Artigo 31.º ao 33.º da lei do Tribunal administrativo federal de 17 de Junho de 2005 (LTAF – RS 173.32).

<sup>41</sup> Salvo contra uma autorização geral de instalação nuclear, para a qual o recurso deve ser directamente endereçado ao Tribunal federal (artigo 32.º n.º 1 e) 1 da LTAF).

<sup>42</sup> Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) p. 123 em especial a nota 59 ; Waldmann (2008) nº 12.

<sup>43</sup> ATF 124/1998 II 499, 504, *Engel*.

<sup>44</sup> ATF 126/2000 II 258, 259, *Forus* ; 111 Ib 159, 160, *G*.

<sup>45</sup> ATF 124/1998 II 293, 303/304, *Glattfelden*, sobre a legitimidade para agir dos vizinhos do aeroporto de Kloten; RDAF 2003 I 217, 222-223 (TF 2.5.2002), sobre a pertinência da distância relativamente ao objecto do litígio, legitimidade para agir admitida para um vizinho que habitava a 45 metros de uma suinicultura.

<sup>46</sup> Tanquerel (2000) p. 129, (1996) p. 60.

<sup>47</sup> ATF 123/1997 II 376, 379, *Gonseth* ; 123/1997 II 115, 119, *X*.

n.º 1 da LTF, o que a jurisprudência já admitia há muito tempo, que a qualidade de parte no procedimento perante toda a autoridade cantonal precedente deve ser reconhecida a quem quer que tenha a legitimidade para recorrer perante o Tribunal federal, os tribunais cantonais não podem ser mais restritivos que o Tribunal federal. Deste modo, também ninguém se apercebeu que aqueles tribunais seriam mais liberais do que o federal. Em definitivo, a qualidade para agir geral em matéria de ordenamento e de ambiente institui essencialmente um recurso de proprietários e vizinhos<sup>48</sup>.

## 2. O direito de recurso das associações

### a. O quadro jurídico

Como um interesse puramente ideal na boa aplicação da lei não é suficiente para conferir a qualidade para agir, as associações de protecção da natureza e do ambiente ou activas no domínio do ordenamento não podem agir sobre esta base. A jurisprudência admite seguramente que elas possam defender os interesses dos seus membros. Mas é preciso que os seus estatutos o prevejam e sobretudo que um grande número dos seus membros seja ele mesmo afectado num interesse digno de protecção que lhes teria dado a qualidade para agir<sup>49</sup>. Visto o modo como a jurisprudência define este interesse – nomeadamente pela residência, e não tomando por exemplo em consideração o uso estético, científico ou recreativo de um espaço – esta faculdade só é útil na prática para as pequenas associações locais ou de quarteirão<sup>50</sup>.

A legitimidade para agir das organizações nacionais de protecção do ambiente deve desde logo fundar-se em disposições especiais da legislação federal. A mais antiga é o artigo 12.º da LPN, que data de 1966. Ela permaneceu isolada até 1983, em que se adoptou o artigo 55.º da LPE<sup>51</sup>.

A qualidade para agir conferida por estas disposições é duplamente limitada<sup>52</sup>. Em primeiro lugar, ela apenas respeita às organizações nacionais de fim ideal cujo intuito é respectivamente a protecção da natureza ou a protecção do ambiente e que estejam activas há pelo menos 10 anos. Um decreto do Conselho federal<sup>53</sup> fornece a lista, que a jurisprudência considera como declarativa<sup>54</sup>. Para além disso, este direito de recurso só tem aplicação no que respeita a questões relativas às tarefas da Confederação (artigo 12.º da LPN) ou submetidas a avaliação de impacto segundo o direito federal (artigo 55.º da LPE).

<sup>48</sup> Para uma exposição mais aprofundada da legitimidade para agir de terceiros em material de gestão do espaço, ver Zen-Ruffinen (2004).

<sup>49</sup> ATF 124/1998 II 293, 307, *Glattfelden* ; 121/1995 II 39, 46, *Association pour la sauvegarde de Corsier et environs*.

<sup>50</sup> Tanquerel (1996) p. 64.

<sup>51</sup> Podemos também mencionar, datando de 1985 e com um alcance prático muito mais limitado, o artigo 14.º n.º 1 alínea b) da lei federal sobre os caminhos para peões e os circuitos pedestres de 4 de Outubro de 1985 (LCPR – RS 704).

<sup>52</sup> Sobre as modalidades do direito de recurso das organizações ambientais, ver, entre uma literatura abundante, Häner (2007a) e (2007b), Zen-Ruffinen (2004) p. 205 ss ; Hänni (2002) p. 550 ss; Loretan (2002) ; Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) p. 28 ss ; Keller (1997); Tanquerel (1996) p. 64 ss.

<sup>53</sup> Decreto relativo à designação das organizações de protecção do ambiente habilitadas a recorrer nos domínios da protecção do ambiente assim como da protecção da natureza e da paisagem de 27 de Junho de 1990 (ODO – RS 814.076).

<sup>54</sup> ATF 115/1989 Ib 472, 480, *Rheinaubund*.

### *b. O debate helvético*

Apesar da sua estrita delimitação, a instituição do direito de recurso das organizações de protecção do ambiente é alvo de ataques constantes e de tentativas para o revogar ou no mínimo reduzir-lhe severamente o seu alcance. É nomeadamente alegado, em apoio destas proposições, que as autoridades seriam as únicas representantes legítimas do interesse público, que as organizações abusariam do seu direito de recurso, que este implicaria um retardamento sistemático dos procedimentos de autorização, que bloquearia ilegalmente um número importante de projectos interesse público ou ainda que colidiria com a vontade democrática quando utilizado contra projectos aprovados por uma assembleia representativa ou por um corpo eleitoral<sup>55</sup>. Para responder a uma das inúmeras iniciativas parlamentares na matéria, o departamento federal competente encomendou, há alguns anos, um estudo independente, que demonstrou que as objecções eram absolutamente infundadas<sup>56</sup>. O parlamento federal repeliu até agora todas as tentativas de revogação pura e simples do direito de recurso das associações, mas modificou recentemente a LPN e a LPE para enquadrar este direito de maneira ainda mais restrita<sup>57</sup>. Este debate recorrente explica sem dúvida porque é que a Suíça, que assinou a convenção de Aarhus<sup>58</sup>, ainda não a ratificou.

Noutros países que conhecem uma legitimidade para agir alargada às organizações de protecção do ambiente, como a França ou os Estados Unidos, o debate a propósito desta instituição e a vontade de a repor em causa estão longe de ter a mesma intensidade que na Suíça. As razões desta “excepção helvética” permanecem bastante misteriosas. Uma hipótese optimista seria a de que o direito do ambiente suíço é, em comparação internacional, aplicado de uma forma mais estrita. Desde logo, a frustração dos que sofrem as imposições teria como bode expiatório as organizações ecologistas, alvo tão visível do seu ressentimento que as autoridades encarregadas da aplicação da legislação ambiental deixam de boa vontade as associações privadas intervir em primeiro lugar nos processos politicamente mais delicados. Uma hipótese mais pessimista colocaria em evidência uma tentação, particularmente forte para certos meios políticos e económicos suíços, de se esquivarem aos interesses ambientais através da legislação simbólica<sup>59</sup>: uma vez que opor-se às regras ambientais de fundo não é politicamente popular, é mais hábil minar um meio de funcionamento destas regras cuja eficácia foi provada.

## **IV. A democracia directa**

### **1. As instituições**

#### *a. Em geral*

As instituições suíças de democracia directa comportam essencialmente três instrumentos, que se distinguem pelas suas modalidades e efeitos jurídicos: o referendo obrigatório, o

<sup>55</sup> Estes argumentos são recordados e discutidos em Tanquerel (2005) p. 185 ss, 197 et 199 ss. Ver também Griffel (2006) p. 109 ss.

<sup>56</sup> Flückiger/Morand/Tanquerel (2000); ver também Tanquerel (2005) p. 186 ss.

<sup>57</sup> Ver Häner (2007b).

<sup>58</sup> Convenção sobre o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça em matéria ambiental, assinada em Aarhus (Danemark) no dia 25 de Junho de 1998.

<sup>59</sup> Tanquerel (2005) p. 201 ss.

referendo facultativo e a iniciativa popular<sup>60</sup>. Estes instrumentos encontram-se tanto ao nível federal como ao nível comunal. Eles são incontornáveis em matéria constitucional e estão também presentes em todos os cantões no que respeita a legislação. Podem aparecer em actos que não constituam regras de direito, mas decisões concretas: falamos então do referendo administrativo ou da iniciativa administrativa. É sob este último aspecto que eles têm um alcance mais significativo no domínio do ordenamento. O seu uso não é de forma alguma excepcional, antes representa uma modalidade completamente vulgar e regular do funcionamento do sistema político suíço.

Falamos de referendo obrigatório quando um acto do parlamento não pode entrar em vigor antes de ter sido aceite pelo corpo eleitoral na sequência de um escrutínio popular. Este tipo de referendo é a regra para toda a modificação da Constituição federal ou de uma constituição cantonal, assim como para a adopção dos tratados mais importantes (artigo 140.º e 51.º da Constituição federal). No plano cantonal e comunal, a sua regulamentação varia enormemente de um cantão para outro: é por vezes imposto por toda a legislação cantonal e para uma grande parte das despesas votadas pelo parlamento cantonal ou comunal (referendo dito “financeiro”, que é uma variante do referendo administrativo<sup>61</sup>), enquanto em certos cantões, o seu papel no domínio legislativo e administrativo é muito limitado.

Um referendo diz-se facultativo quando só é organizado a pedido de uma fracção do corpo eleitoral, cujas assinaturas (50 000 no plano federal) devem ser recolhidas num certo prazo a partir da publicação do acto visado pelo referendo. Este acto só entrará em vigor quando decorrer o prazo referendário sem que se seja depositado o número de assinaturas requerido ou se, tendo o referendo sido pedido com sucesso, o acto em causa é aprovado pela maioria dos votantes no momento do escrutínio. Estão submetidas ao referendo facultativo, no plano federal, todas as leis, à excepção das leis urgentes cuja validade não ultrapassa um ano, assim como a ratificação dos tratados mais importantes (artigo 141.º Constituição federal). No plano cantonal e comunal, de uma maneira geral, o referendo facultativo aplica-se aos actos legislativos e a uma grande parte dos actos administrativos dos parlamentos que não estão já submetidos ao referendo obrigatório.

A iniciativa popular, na sua acepção helvética, permite a uma fracção do corpo eleitoral (100 000 eleitores no plano federal) propor ele mesma a adopção de um acto em princípio da competência do parlamento. Regra geral, esta proposta pode revestir a forma de um projecto redigido de todas as peças ou ser concebido sob a forma de voto, que o parlamento deve concretizar. O corpo eleitoral é chamado a pronunciar-se sobre o projecto dos requerentes ou sobre a sua concretização pelo parlamento, o qual pode em princípio opor-lhes o seu próprio contra-projecto se o considerar oportuno<sup>62</sup>.

No plano federal, a iniciativa popular só existe em matéria constitucional (artigo 139.º da Constituição federal). Deste modo, como não existe nenhum limite material à revisão

<sup>60</sup> Para uma apresentação dos instrumentos suíços de democracia directa, ver Auer/Malinverni/Hottelier (2006) p. 239 ss; Grisel (2004); Hangartner/Kley (2000) p. 145 ss, 293 ss et 643 ss.

<sup>61</sup> Grisel (2004) p. 365 ss; Hangartner/Kley (2000) p. 724.

<sup>62</sup> Certas regulamentações cantonais ou comunais prevêem no entanto que se o parlamento aceita uma iniciativa popular, esta torna-se num acto do parlamento sujeito simplesmente a referendo facultativo. É por exemplo o que está previsto a *contrario* pelo artigo 68.º da Constituição cantonal de Genebra de 24 de Maio de 1847 (Constituição/GE – RS 131.234).

da Constituição federal, sem prejuízo das regras imperativas de direito internacional, uma iniciativa pode propor a inserção na Constituição de uma regra que, materialmente, deveria ser de nível legislativo ou regulamentar, ou mesmo de uma prescrição que deveria encontrar-se num acto administrativo individual e concreto.

Ao nível cantonal e comunal, a iniciativa popular existe em toda a Suíça, tanto em matéria constitucional como em matéria legislativa. A admissibilidade da iniciativa administrativa depende de diversas regulamentações cantonais e comunais. Ela pode intervir quando a regulamentação pertinente o preveja expressamente, mas também quando esta regulamentação deixa a porta aberta à iniciativa administrativa referindo-se a uma concepção ampla da noção de lei, que não se limita às regras gerais e abstractas.

#### *b. A utilização em matéria de ordenamento e de ambiente*

Em matéria de ordenamento, o referendo obrigatório desempenha um papel sobretudo na sua forma “financeira”, quando se aplica a créditos relativos a grandes trabalhos previstos por uma colectividade pública.

Entre os actos submetidos ao referendo facultativo que têm um alcance no domínio do ordenamento do território e das construções, encontramos os créditos relativos a obras públicas, quando não são objecto de um referendo obrigatório, mas também, frequentemente, a aprovação de planos de afectação cantonais ou comunais, a outorga das concessões de utilização das águas ou do domínio público, ou ainda a emissão de pareceres cantonais ou comunais no quadro da planificação espacial ou no decurso do procedimento de autorização de instalações de forte impacto, como as centrais nucleares.

Tratando-se da iniciativa popular, ela pode evidentemente propor novas normas em matéria de ordenamento ou de ambiente, federais (elas serão então constitucionais), cantonais ou comunais (se as comunas dispõem de competências na matéria segundo o direito cantonal).

Mas elas podem também versar sobre actos de planificação espacial ou sobre realizações concretas (para os promover ou impedir), em que se inclui o plano federal, jogando na ausência, já evocada, de limite material de revisão da Constituição federal : em 1987, o povo e os cantões aceitaram uma iniciativa popular que previa uma protecção geral das zonas húmidas que representassem um interesse nacional, com uma disposição transitória que proibia a construção de uma praça de armas em Rothenthurm<sup>63</sup>. Ao nível cantonal e, sobretudo, comunal, as iniciativas “concretas” são frequentes. Mas convém aqui sublinhar que, como no que respeita aos procedimentos administrativos, os cantões dispõem de uma larga margem de manobra para definir os contornos dos instrumentos de democracia directa no seu domínio de competência. Uma grande diversidade pode portanto ser observada de um cantão para outro nas possibilidades de utilizar estes instrumentos em matéria de ordenamento e ambiente.

<sup>63</sup> Feuille fédérale 1987 I 969 et 1988 I 541 (a Feuille fédérale encontra-se acessível no endereço electrónico: <http://www.admin.ch/ch/fff/index.htm>). A regra em questão figura hoje no artigo 78.<sup>o</sup> n.º5 da Constituição federal, mas a disposição transitória, que tinha esgotado os seus efeitos, não foi retomada pela Constituição federal de 1999.



## 2. Algumas particularidades

### a. Os escrutínios de alcance consultivo

Em princípio, contrariamente ao que longamente prevaleceu na França ao nível local, os escrutínios populares suíços não são consultivos : se o não vence, o acto que é objecto de escrutínio é juridicamente inexistente. O escrutínio é portanto sempre, rigorosamente falando, constitutivo. Contudo, em duas hipóteses, o escrutínio resultante de um referendo ou de uma iniciativa pode ter, em definitivo, um efeito consultivo.

O primeiro caso é aquele em que a iniciativa popular pede que uma colectividade exerça o seu próprio direito de iniciativa junto de uma colectividade superior : uma iniciativa comunal pedirá que a comuna intervenha junto do cantão para modificar a planificação espacial cantonal<sup>64</sup> ou uma iniciativa cantonal exigirá que o cantão aja ao nível federal para modificar uma lei federal ou para se opor a um projecto para o qual a Confederação é principalmente competente<sup>65</sup>.

O segundo caso é o do referendo lançado contra um parecer comunal ou cantonal, num procedimento em que a competência decisória final retorna respectivamente ao cantão<sup>66</sup> ou à Confederação<sup>67</sup>.

Nestas duas hipóteses, o escrutínio tem mesmo um efeito obrigatório : se a iniciativa é aceite, a comuna, respectivamente o cantão, deverão obrigatoriamente intervir ao nível superior; se o parecer é rejeitado, ele não será transmitido ao nível superior e, de facto, é um parecer contrário que, pelo menos politicamente, será registado. Mas, em todos os casos, a autoridade competente sobre o fundo preservará juridicamente toda a sua liberdade de decisão. O voto popular terá, neste sentido, um valor consultivo. Politicamente, este voto terá todavia tanto mais peso quanto maior for a sua clareza e tenha sido organizado numa colectividade de tamanho significativo.

### b. O risco de contrariedade com os direitos fundamentais

Quando o corpo eleitoral se pronuncia, após um referendo ou uma iniciativa popular, sobre uma decisão concreta, ele está vinculado, como todo o órgão do Estado, pelos direitos fundamentais das pessoas afectadas (artigo 35.º Constituição federal). O Tribunal

<sup>64</sup> O que é possível em Genebra: os planos de afectação são da competência, consoante os casos, do parlamento ou do governo cantonal. Mas as comunas podem pedir a sua adopção ou modificação. Este procedimento pode ser desencadeado por uma iniciativa popular municipal. Ver Grodecki (2008) n.º 852 ss.

<sup>65</sup> Cfr. *infra* nota 64.

<sup>66</sup> É o caso, por exemplo, em Genebra em matéria de planos de afectação : antes que a autoridade cantonal competente estatua, é necessário um parecer comunal, que deve ser dada pelo conselho municipal sob a forma de deliberação sujeita ao referendo facultativo.

<sup>67</sup> O artigo 160E n.º 5 Constituição/GE fornece um exemplo combinado das duas hipóteses sob o ângulo das relações entre os cantões e a Confederação. Esta disposição, adoptada após uma iniciativa popular cantonal, respeita às centrais nucleares, para as quais é necessária uma autorização federal, exigindo-se ainda um parecer prévio dos cantões. Ela prevê que “as autoridades cantonais se oponham por todos os meios jurídicos e políticos à sua disposição à instalação de centrais nucleares, depósitos de resíduos altamente ou medianamente radioactivos e de indústrias de reprocessamento no território do cantão e na vizinhança deste”, acrescentando que “para as instalações que não respondam a estas condições de localização, o parecer do cantão é dado pelo Grande Conselho sob a forma de lei”. Estamos portanto na presença, por um lado, de uma tentativa por iniciativa popular cantonal de influenciar um procedimento federal num certo sentido e, por outro lado, de uma abertura de um referendo contra um parecer cantonal, uma vez que as leis estão em Genebra sujeitas a referendo facultativo.

federal recordou-o de forma espectacular num caso que respeitava à submissão do corpo eleitoral nas decisões de naturalização tomadas por uma comuna : este sistema tinha sido julgado contrário à Constituição federal em razão do risco de tratamento discriminatório e da impossibilidade de fornecer uma motivação da decisão dos eleitores<sup>68</sup>.

Este tipo de problema é susceptível de se colocar quando os instrumentos de democracia directa são utilizados para impor ou combater projectos de ordenamento concretos<sup>69</sup>.

Verdadeiramente, o risco é menor em caso de referendo. Com efeito, quando um projecto de planificação ou um crédito é atacado por um referendo, são em princípio as características materiais ou o custo deste projecto e não a identidade e as qualidades de determinadas pessoas que estão em causa. O próprio facto de passar pelo procedimento referendário não constitui em si uma ameaça para os direitos fundamentais de certas pessoas<sup>70</sup>

Em contrapartida, a iniciativa popular pode colocar mais problemas quando não se reporta a um projecto estritamente público, mas sobre uma actividade na qual estão implicadas pessoas determinadas. Estas pessoas têm nomeadamente o direito a ser tratadas de forma igual, tanto no plano procedimental como na aplicação das regras de fundo pertinentes para o acto de planificação ou a decisão administrativa (por exemplo, autorização de construir) em causa. Ora, as disposições imperativas contidas numa iniciativa vão inevitavelmente colidir com os direitos de procedimento e com a apreciação dos elementos de fundo normalmente pertinentes no caso concreto. Num tal caso, é a própria utilização da iniciativa, que derroga de certa forma o direito comum, que acarreta potencialmente ofensas aos direitos fundamentais dos interessados<sup>71</sup>. A igualdade de tratamento não será no fundo melhor respeitada por uma iniciativa através da qual o promotor pretenderia obter uma autorização ou uma alteração da planificação, sem respeito pelas exigências formais e materiais normalmente aplicáveis<sup>72</sup>.

### *c. A exequibilidade das iniciativas populares*

Pode acontecer que iniciativas populares reponham em causa projectos concretos já decididos, e mesmo projecto cuja realização já foi iniciada. A escolha da iniciativa popular pode ter sido motivada pela ausência de possibilidade referendária ou pelo facto de, por diversas razões, os opositores ao projecto tenham renunciado a fazer uso das possibilidades de referendo que lhe eram oferecidas.

Num tal caso, põe-se a questão da exequibilidade da iniciativa na hipótese em que ela seria aceite pelo corpo eleitoral. De jurisprudência constante, o Tribunal federal considera que a exequibilidade de uma iniciativa é uma condição da sua validade<sup>73</sup>. Ele insiste sobre o facto de a impossibilidade de executar o objecto da iniciativa deve ser manifesta

<sup>68</sup> ATF 129/2003 I 217, A. ; 129/2003 I 232, *Union démocratique du centre de la Ville de Zurich*.

<sup>69</sup> Para uma exposição completa desta questão, ver Tanquerel (2006).

<sup>70</sup> Este ponto de vista foi todavia contestado por Sambuc Bloise (2007), p. 461 ss, relativamente à criação de lugares de estacionamento temporários ou permanentes para os Ciganos.

<sup>71</sup> Num acórdão de 2002 sobre uma iniciativa que visava impedir a construção de um centro comercial ligada à de um estádio, o Tribunal federal, anulando esta iniciativa por outros motivos, não viu curiosamente problemas no facto de a dita iniciativa, a ser aceite, implicar imperativamente a revogação de autorizações de construção entradas em vigor, pelo motivo de que a iniciativa não previa ela mesma directamente esta revogação ATF 128/2002 I 190, 196, *Rossetti*.

<sup>72</sup> Ver o caso de uma iniciativa relativa a um determinado requerimento de autorização de construção, em Genebra nos anos 1980, evocada in Tanquerel (1988) p. 226 ss et (2006) p. 569 ss.

<sup>73</sup> ATF 128/2002 I 190, 201 ss, *Rossetti*.

e que para julgar sobre ela, é necessário colocar-se não no momento do depósito da iniciativa, mas, o mais tardar, no momento em que autoridade competente decide sobre a sua admissibilidade, ou seja, no momento o mais próximo possível daquele em que a iniciativa deveria ser submetida a voto popular. Ele acrescenta, tratando-se de iniciativas no sentido de pôr em causa trabalhos, que não há inexecutabilidade pelo simples facto de uma obra já ter começado, mas que existe impossibilidade material de execução quando a obra está em fase de conclusão. Esta jurisprudência é contestável<sup>74</sup>: demolir uma obra quase ou completamente acabada é sem dúvida pouco razoável, mas não materialmente impossível. Em contrapartida, se uma iniciativa visa a anulação de créditos actuais já dispendidos, a sua realização será totalmente impossível.

Acrescentaremos que, no caso em que a via da iniciativa foi escolhida quando um referendo teria sido possível no prazo legalmente previsto, o Tribunal federal deixa entender que poderíamos estar em presença de um abuso de direito<sup>75</sup>.

## **V. As relações entre os modos de participação**

### **1. As relações convergentes**

Os modos de participação fundados nos três pilares que acabam de ser evocados convergem concretamente em dois aspectos principais.

Primeiramente, a participação activa na fase de preparação dos projectos, nomeadamente no que concerne aos procedimentos administrativos informais depende largamente da possibilidade de poder utilizar as vias de direito ou os seus instrumentos de democracia directa contra o projecto em causa. O direito de recurso, tal como a capacidade referendária, constitui de certo modo o “bilhete de admissão” ao procedimento de aperfeiçoamento dos projectos, ou seja, à mesa de negociações. Materialmente, têm um efeito preventivo quanto ao respeito de normas aplicáveis e quanto à tomada em consideração dos interesses de terceiros que são pertinentes.

Em segundo lugar, podemos observar que os actores consideram os diferentes meios de participação à sua disposição menos do ponto de vista da coerência jurídica da sua utilização do que do exame do seu interesse estratégico em termos de eficácia, de custo e de investimento humano. Os três pilares da participação fazem seguramente parte, para os actores interessados, de uma construção única.

### **2. As relações conflituais**

Podemos também destacar dois tipos de conflitos entre os diferentes modos de participação

O primeiro, já brevemente evocado, é o provocado pelos “dissidentes”, ou mesmo “renegados”. Um projecto pacientemente negociado no quadro de um procedimento administrativo pode muito bem ser recolocado em questão, por meio de um recurso ou de um referendo, por uma pessoa ou grupo que não tenha estado na negociação ou volta atrás no acordo dado no momento desta. O facto de os procedimentos puramente jurídicos

<sup>74</sup> Id. p. 202 ; o Tribunal federal julgou, no caso, que uma vez que no momento do escrutínio o estádio contestado estaria praticamente alcançado, a iniciativa era inexecutável, logo inválida.

<sup>75</sup> Id. p. 204 ss.

serem frequentemente em certa medida “contornados” pelos procedimentos políticos de democracia directa aumenta este risco e a deixa na incerteza os promotores e os decisores. Pode resultar daqui uma atitude negativa em relação à participação do público.

O segundo tipo de conflitos, também ele já mencionado, é o que opõe a legitimidade democrática resultante de uma decisão parlamentar, ou mesmo popular, à protecção jurídica através da qualidade para recorrer e do controlo judicial das decisões. Este conflito não é de forma alguma evocado quando uma decisão democrática é reposta em causa por um recurso do particular para defender interesses puramente privados. Foi em contrapartida energeticamente assinalado no caso dos recursos de organizações ambientais. Uma iniciativa popular federal, sobre a qual os eleitores suíços se pronunciarão no Outono de 2008, propõe aliás pura e simplesmente excluir o recurso das organizações, em matéria de protecção do ambiente e ordenamento do território, contra “os actos legislativos, regulamentos ou decisões que se fundem numa votação popular ao nível federal, cantonal ou comunal” e contra “os actos legislativos, regulamentos ou decisões do Parlamento federal e dos Parlamentos cantonais e comunais”<sup>76</sup>. Querendo imunizar certas decisões contra o controlo judiciário da sua conformidade com o direito, esta iniciativa despreza o facto de todos os órgãos estatais, mesmo os mais democráticos, estarem submetidos à ordem jurídica e que o corpo eleitoral de uma comuna ou de um cantão não poderá escapar ao direito superior invocando a sua essência democrática. Ela despreza também o facto de as normas que ela quer na prática privar de eficácia foram tão democraticamente adoptadas como as decisões que pretendem privilegiar. O conflito entre a democracia e o direito de recurso tal como é actualmente apresentado na Suíça é portanto meramente aparente. Ele oculta o interesse real, que é o da efectividade de direito do ambiente<sup>77</sup>.

## VI. Conclusão

A participação do público nas decisões em matéria de ordenamento e ambiente apresenta, na Suíça, uma dupla diversidade. Desde logo diversidade entre cantões : estes utilizaram a sua margem de manobra no domínio do ordenamento e no que concerne à execução do direito do ambiente para instituir graus e modalidades variáveis de participação do público. Diversidade dos meios : aos procedimentos administrativos e ao contencioso judicial, acrescentam-se os instrumentos de democracia directa que são uma especificidade helvética.

Para além da sua diversidade, os diferentes meios de participação do público constituem em conjunto um sistema muito desenvolvido, que oferece muitas possibilidades de intervenção a todos os actores interessados. Este sistema tem um custo : uma complexidade certa, uma lentidão frequente, bloqueios por vezes. Mas tem o mérito de integrar no Estado de direito a maior parte das contestações e de procurar uma grande legitimação para as decisões tomadas. Suscita certamente importantes debates políticos. Todavia, estes não se focam de forma alguma naquilo que constitui o essencial da participação do público: os instrumentos de democracia directa e as oposições e recursos dos vizinhos. Acantonam-se curiosamente na instituição simbolicamente importante mas estatisticamente muito marginal do direito de recurso das organizações ambientais.

*Thierry Tanquerel*  
Professor da Universidade de Genebra

<sup>76</sup> Feuille fédérale 2004 p. 6255.

<sup>77</sup> Cf. Tanquerel (2005) p. 200 ss.