

RevCED^{OUA}

N.º 36 _ Ano XVIII_ 2. 15

> Doutrina

Um diagnóstico da efetividade da contribuição cidadã na gestão pública municipal

Pedro Luciano Colenci

Celso Maran de Oliveira

Fernanda Paula Oliveira

O direito de participação pública no ordenamento sustentável do espaço marítimo

Inês Roncha

As contratações públicas sustentáveis na realidade brasileira

André Luís Vieira

Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena

Deise Marcelino da Silva

Fernando Rei

> Jurisprudência

O território como bem escasso e a otimização de recursos escassos: breves nótulas ao acórdão do supremo tribunal administrativo de 21-10-2015, Proc. n.º 0691/15, sobre a taxa municipal de direitos de passagem na lei das comunicações eletrónicas

Licínio Lopes Martins

Whaling in the Antarctic

Josefien De Clercq

> Recensões

Medio ambiente y participación, una perspectiva desde la psicología ambiental y el derecho

Alessandra Vick Coelho da Silva

Global environmental governance

Érica Tatiane Soares Ciorici

> Dossier

Territórios virtuais - jogos globais, leituras territoriais: o geocaching como experiência do(s) território(s)

Virgínia Teles

Paula Malta

António Correia

> Abstracts

> Últimas Aquisições Bibliográficas

36.

RevCEDÖUA



Ficha Técnica

Diretor

José Joaquim Gomes Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Diretora Adjunta

Alexandra Aragão (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Conselho Coordenador

Fernanda Paula Oliveira (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Eduardo Figueiredo Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Licínio Lopes Martins (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Conselho Científico

Alessandra Sandulli (Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre)

António Barbosa de Melo (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Antônio Herman Benjamin (Superior Tribunal de Justiça do Brasil)

Fernando Alves Correia (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Jacqueline Morand-Deville (Université Panthéon-Sorbonne)

José Cardoso da Costa (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Casalta Nabais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Rubens Morato Leite (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina)

Lüdwig Kramer (European Commission, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen)

Manuel Lopes Porto (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Maria da Glória Garcia (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Martín Bassols Coma (Universidad de Alcalá de Henares)

Propriedade e Edição

CEDOUA - Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Correspondência

CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 COIMBRA

Tel.: 239833451/239834572 / Fax: 239826481

rcedoua@fd.uc.pt | www.cedoua@fd.uc.pt

Periodicidade

2 números / ano

Ano de Publicação

2015

Número Avulso

14,66 Euros - IVA incluído

Capa e Arranjo Gráfico

www.ruiverissimodesign.com

Impressão e acabamentos

Norprint Artes Gráficas S.A.

Assinaturas e Distribuição

Livraria Almedina

Tiragem

200 Ex.

> Doutrina

- > 9 Um diagnóstico da efetividade da contribuição cidadã na gestão pública municipal

Pedro Luciano Colenci

Celso Maran de Oliveira

Fernanda Paula Oliveira

- > 27 O direito de participação pública no ordenamento sustentável do espaço marítimo

Inês Roncha

- > 43 As contratações públicas sustentáveis na realidade brasileira

André Luís Vieira

- > 59 Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e direito ambiental internacional (DAI): novos afores em cena

Deise Marcelino da Silva

Fernando Rei

> Jurisprudência

- > 79 O território como bem escasso e a otimização de recursos escassos: breves nótulas ao acórdão do supremo tribunal administrativo, de 21-10-2015, Proc. n.º 0691/15, sobre a taxa municipal de direitos de passagem na lei das comunicações electrónicas

Licínio Lopes Martins

- > 95 Whaling in the Antarctic

Josefien De Clercq

> Recensões

- > 103 Medio ambiente y participación, una perspectiva desde la psicología ambiental y el derecho

Alessandra Vick Coelho da Silva

- > 105 Global environmental governance

Érica Tatiane Soares Ciorici

> Dossier

- > 111 Territórios virtuais - jogos globais, leituras territoriais: o geocaching como experiência do(s) território(s)

Virgínia Teles

Paula Malta

António Correia

- > 133 > Abstracts

- > 137 > Últimas Aquisições Bibliográficas

O regresso dos “salteadores da Arca Perdida”

Neste número fala-se de geocaching e problematiza-se a reinvenção das territorialidades. À primeira vista pareceu-nos que Neustaedter tinha razão ao descrever o geocaching como “uma caça ao tesouro jogada por GPS”. Tratar-se-ia pois dos sonhos infinitos da infância: “Esta grande casa foi construída de noite por diabretes. Onde estão os diabretes? Por que é que ninguém os vê?”. Além, nas “Entreáguas dos rochedos e das águas escreveu-se o romance da moura escondida”. Mais além, na profundidade dos mares repousam os despojos dourados de batalhas e de piratas. Também nas florestas existem “lugares sagrados de sacrifício aos deuses cheios de pedras reluzentes”. Sempre lugares de sonhos e de histórias, não raro situados em todas as partidas para oriente. Hoje, as alucinações atópicas parecem caminhar por outros terrenos, reais e fictícios: “Escreve-se que o território conta, longe de afastar e retirar as pessoas do mundo real”. “Convoca as pessoas e obriga-as ao regresso ao espaço público”. Vamos aguardar os novos caminhos onde se cruzam mundos outros assentes em plataformas geradoras de informação geoespacial. Seria bom que os atravessamentos de mundos sobrepostos nos conduzissem à salvação do mundo real, cheio de problemas e desafios.

Até lá...

Coimbra, Março de 2016



(José Joaquim Gomes Canotilho)

RevCEDÖUA

Doutrina

Um diagnóstico da efetividade da contribuição cidadã na gestão pública municipal

Resumo

O presente trabalho é o resultado da revisão bibliográfica sobre a contribuição dos cidadãos na gestão pública municipal, visando uma atualização conceitual sobre a participação democrática na formação e no controle do planejamento municipal estratégico. O enfoque é aqui colocado na proposta de estabelecimento de uma métrica para a avaliação das competências de desempenho dos diversos grupos que constituem a sociedade urbana, de modo a garantir uma participação efetiva.

Trata-se de um tema complexo devido à existência de macro e de micro fatores (relacionados com o ambiente público administrativo, com a diversidade social, com os estilos de liderança e com o nível de maturidade gerencial) que condicionam grandemente a efetiva participação dos cidadãos. Pretende-se com o presente trabalho apresentar o contexto do amplo panorama que envolve o tema, os conceitos que devem ser tidos em conta e apontar caminhos que permitam um aprimoramento no domínio e condução da temática.

1. Introdução

i. As intensas mudanças que se vivem na atualidade têm impactos diretos nos comportamentos das sociedades, transformando indivíduos e instituições.

Tendo em conta que a maior parte da população vive crescentemente em cidades, e que estas se apresentam como fenômenos cada vez mais complexos, torna-se indispensável partir de uma visão estratégica destas de modo a que se identifiquem os vários fatores em que assenta a sua mudança e respetivas causas, e, conseqüentemente, se tomem as melhores decisões com vista à resolução dos seus problemas e da população que nelas reside (Ferrão, 2003).

Uma visão estratégica de cidade pressupõe, desde logo, que se responda a um conjunto de questões como a de saber o *que é uma cidade; onde é que ela começa e termina; quais as dimensões e perspectivas prevaletentes de cada uma delas* (histórica, sociológica, tecnológica, geográfica, económica, política), etc. Todas questões de difícil resposta, tanto mais que cada cidade tem o seu próprio DNA, a sua idiossincrasia, a sua cultura, os seus personagens, e isto tem de ser respeitado.

É a este propósito que se identificam distintos tipos de sociedade. Assim, existem as *sociedades-capital* — com intensa e estruturada tecnologia — e as *sociedades-mão de obra* — com escassa e semi ou não estruturadas tecnologia. Existem, também, as *sociedades que detêm o conhecimento* e as *sociedades que não detêm o conhecimento*, sendo dele altamente dependentes ou subalternas. Neste contexto surgem frequentemente fenômenos de *exclusão de cidadãos* que demonstram incapacidade no acesso ao conhecimento, cabendo, precisamente, ao gestor público procurar superar estas carências, ainda que, intensificando,

para o efeito (e de modo inteligente), o bom uso dos escassos recursos públicos, potenciando as condições para a promoção de um desenvolvimento socioeconómico sustentável.

Este desenvolvimento deve assentar, por sua vez, num conceito estruturado de *cidadania* correspondendo esta, entre outras coisas, a um sentimento de pertença a uma comunidade e a um sentimento de compromisso dos cidadãos com a coisa pública, com mútuo respeito.

Para que este tipo de cidadania exista é necessário valorizar a autoestima da população, o que pode ser alcançado por via da promoção de fenómenos de participação direta dos cidadãos na elaboração dos planos e no controle da gestão da sua cidade: se o cidadão se sentir parte do processo de tomada de decisão, certamente participará (Valente, 2012).

A lógica da participação dos cidadãos na vida pública e na vida política consta da Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã*, a qual, logo no seu artigo 1º, parágrafo único determina: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” (grifos nossos).

Para objetivar sua efetividade, foram criados instrumentos e ferramentas constitucionais — de que é exemplo o artigo 14.º segundo o qual: “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular*” (grifos nossos) — e instrumentos e ferramentas infraconstitucionais, como é o caso do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) que, regulamentando os artigos 182.º e 183.º da Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 2º “*A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I (...); II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*” (grifos nossos).

Sendo o desenvolvimento urbano integrado e sustentável o objetivo último, e apresentando-se o direito de participação como um dos instrumentos adequados para o promover, visa-se, com o presente estudo, proceder a uma pesquisa qualitativa e de caráter exploratório, que permita identificar instrumentos válidos de mensuração (medição) da participação cidadã com vista à caracterização e validação de competências e de meios de participação e de controle dos diversos indivíduos e grupos representativos de uma comunidade, garantido, assim, a sua efetiva contribuição com voz e voto.

Busca-se, deste modo, perceber quais os instrumentos e as ferramentas de gestão democrática da cidade que permitem ampliar o papel do cidadão nas tomadas de decisões públicas, de modo a formar e manter vivo o tecido político-social.

Neste âmbito aceita-se, como ponto de partida, a possibilidade de coexistência de instrumentos de *democracia representativa* (exercida pelos governantes eleitos, tanto do poder executivo quanto do legislativo) com instrumentos de *democracia (semi)direta* (a ser exercida quer por via da participação direta do cidadão ou da participação em conselhos, ONGs, associações, sociedades ou fundações quer em audiências públicas, plebiscitos, referendos, consultas públicas ou por meio de canais específicos) de modo a amparar e fomentar a participação pública em diversos setores e áreas, principalmente a do planeamento urbano.

Note-se que, mesmo dispondo de um amplo arcabouço de possibilidades para a realização de uma gestão bem sucedida, persistem falhas gritantes que podem ser explicadas no facto de se fazer depender a duração de Programas Municipais de Desenvolvimento Sustentável da duração dos mandatos políticos, sem que se tenha percebido que o interesse público que aqueles Programas visam alcançar é uma demanda do Estado e não de determinados governantes. E estas falhas podem ainda ser explicadas pela pouca participação dos cidadãos na elaboração e aprovação daqueles Programas, participação essa que, não obstante

estarmos já no século XXI, se mostra ainda muito incipiente, apesar de existirem instrumentos válidos, como os descritos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/01) ou na Resolução 25 do Conselho das Cidades¹.

Todos estes factos têm contribuído para a elaboração de planos tecnocráticos e, muitas vezes até, autoritários e impositivos, em que a participação popular é subjugada, relativizada ou excluída.

Repare-se que ainda hoje prevalece a tradição de planos diretores municipais feitos por especialistas, em geral por consultorias contratadas, com pouco ou nenhum diálogo com a cidade e sua população. A ausência de normas e de consensos sobre o que deve qualificar-se de “participativo” tem dificultado a elaboração de planos apoiados em forte participação dos cidadãos, sendo certo que, no Brasil, a lacuna normativa foi superada com a publicação da Resolução 25 do Conselho das Cidades, em março de 2005, documento que veio fornecer uma melhor definição sobre o processo participativo, com orientações para a sua efetivação.

ii. Esclarecido o tema central do presente trabalho, iniciaremos o mesmo com a apresentação de algumas considerações sobre os fatores que contribuíram para a atual condição de atuação da população no planeamento urbano, considerações essas feitas a partir de uma reflexão sobre a crise da Democracia no século XXI e de sua aplicação no caso brasileiro. Faremos de seguida uma revisão bibliográfica sobre os mecanismos de avaliação aplicáveis na caracterização de indivíduos e de grupos e sobre a validade das suas proposições no contexto de um processo decisório.

2. A crise da democracia no século XXI e participação popular

i. Democracia é a forma política segundo a qual todo cidadão tem o direito de expor a sua opinião num debate público e, quando necessário, votar pela decisão de determinado assunto, com igualdade para todos. É também o sistema que assenta na cidadania, aqui entendida como o ato de respeitar e ser respeitado.

Ao longo do século XX a democracia tornou-se a forma ideal de governo que permite gerir as disputas políticas entre diferentes percepções de mundo dentro de uma determinada comunidade.

Existem, porém, vários modelos e várias teorias democráticas, de entre as quais se realça a teoria que se tornou dominante: a liberal representativa, centrada no voto eleitoral periódico dos cidadãos (Pereira, 2007). A democracia é, de facto, o regime político predominante na maioria dos países do mundo (Munk, Wolfson, 2000; Martinez, 2004), tendo a ela aderido um significativo número de nações no final dos anos 80 do século passado, ainda que na sua forma mais simplificada: eleições livres, parlamento independente e, principalmente, sociedade de mercado. Vivemos hoje, segundo Santos (2002,) sob um consenso liberal, conferindo assim a legitimidade ao modelo liberal representativo como sendo o único capaz de lidar com a complexidade da sociedade. Ele não se tem apresentado, porém, como o modelo mais adequado para alcançar este objetivo; devido à cada vez maior complexidade da vida social, o cidadão tem-se mantido apático: a ausência de formação política adequada e o facto de existirem representantes que decidem por ele, suprime a sua capacidade para lidar com os problemas complexos, promovendo, ainda, a ausência de uma vontade de participar na sociedade. Habermans (1990) afirma, a este propósito, que existe uma pseudo participação, pois os cidadãos não se interessam pela política, o que resulta de não possuírem o controle direto da participação (por serem representados) e de os meios de comunicação

¹ A Resolução 25, de 18 de março de 2005, emite orientações e recomendações aos municípios sobre a coordenação compartilhada com a sociedade, a realização de audiências públicas e de um calendário de discussão.

social nunca serem democráticos, por estarem sempre nas mãos de um grupo de interesse que influenciam o cidadão, utilizando a informação para benefício deste grupo.

Soma-se, ao afirmado, a teoria de Bobbio *et al.* (2000), para quem a política está associada ao conceito de poder que, por sua vez, está ligado à ideia de posse dos meios para se obter vantagem (ou para fazer valer a vontade) de um ou poucos homens sobre a grande maioria. Diante desta complexidade e desigualdade é importante destacar que mesmo nos países tidos como desenvolvidos, existem muitos *excluídos*, muitos problemas sociais e culturais, fator que evidencia a fragilidade da tipologia “País Desenvolvido” que apenas foi criada com um viés essencialmente econômico sem ter em conta que o desenvolvimento que por de um país assenta, para além da economia, em inúmeros outros fatores, como a cultura, o ambiente, a tecnologia, as características e anseios da sociedade, entre outros.

Se partirmos de um conceito de desenvolvimento que inclua a *democracia* — que é a igualdade para todos e em todos os níveis —, e a *civilidade* — que é a capacidade de se chegar ao mútuo consentimento dos agentes sociais —, é possível afirmar que atualmente não existe país desenvolvido. Corroborando esta afirmação, e dentro deste contexto, Kurz (1994a) afirma que no presente sistema existe uma injusta distribuição de riqueza e de poder, sendo 20% de vencedores e 80% de perdedores. Estes compõem os excluídos, que demandam espaços e soluções justificadas por razões étnicas, políticas, religiosas, e mais modernamente, pelo acesso ao conhecimento. Kurz (1994b) aponta ainda para o fim da Política tal como ela é, havendo a necessidade de mudança. Segundo Giddens (2000) este é o grande paradoxo: “(...) a democracia está disseminando pelo mundo (...) e, no entanto nas democracias maduras, que o resto do mundo estaria supostamente copiando, há uma desilusão generalizada com os processos democráticos.”

Em face de todas estas contradições, um dos muitos desafios do século XXI é entender o real conceito de desenvolvimento, pois é ele que se apresenta como um dos pontos nevrálgicos para a superação da crise da democracia. Este desenvolvimento não assenta, porém, apenas nos índices económicos, mas também, entre outros fatores, na igualdade, na civilidade e no respeito mútuo.

Em suma, o sistema democrático representativo² é hoje instável e objeto de severas críticas: mau desempenho do sistema de representação; expansão da corrupção; ineficiência administrativa; falta de confiança nos representantes; abuso de poder; desvio de finalidade, etc..

ii. É diante deste amplo panorama, que crescem as demandas populares dos excluídos ou daqueles que não possuem voz, exigindo que lhes seja reconhecido o direito de serem ouvidos e de as suas opiniões serem tidas em conta, isto é, de lhes ser reconhecido o direito de exercerem o papel de cidadãos de modo participativo e produtivo: *voz* e *voto* nas decisões.

E é neste âmbito que cabe estabelecer um critério válido e eficaz para se garantir a efetiva participação de todos os cidadãos nos processos decisórios, tendo em conta que o ato de participar é uma forma nobre de exercer direitos políticos e sociais garantidos pela Magna Carta³. E é neste domínio que surge o conceito de Estado Democrático de Direito (chamado de “Estado de legitimidade justa”) que pretende superar as experiências do Estado de

² No modelo representativo, a participação se restringe ao momento as escolhas dos representantes, na ocasião do processo eleitoral. Aqui, a legitimidade do sistema democrático é dada pela manifestação eleitoral da vontade do cidadão. (NAVARO, 1995 *apud* LUCHMANN, 2008). Em outras palavras, a responsabilidade do processo decisório fica restrita aos representantes escolhidos pelo sufrágio eleitoral (LÜCHMANN, 2008).

³ Além do mais, a promoção da participação assume-se como um dos instrumentos que estruturam o princípio da sustentabilidade, princípio estruturante do direito constitucional brasileiro. Cfr., sobre este princípio e o papel do paradigma da flexibilização e do paradigma do planejamento orientado na sua promoção, Canotilho (2010, p. 10-11).

Direito e do Estado Social, visando a instauração de um processo de efetiva incorporação da população nos mecanismos do controle das decisões, com real participação nos rendimentos da produção (Silva, 2012).

No caso brasileiro, vive-se um estágio de “democracia precária”, onde os partidos políticos já não estabelecem nem defendem um ideário político, já não representam aqueles que os elegeram, afastando-se visivelmente das massas e relativizando a legitimidade do conceito de Democracia; e o cidadão, que já perdeu totalmente a confiança nos seus governantes, organiza-se e vai para as ruas, por inúmeras razões. No contexto brasileiro crescem em significado as redes sociais, “os painelaços”, os motins e passeatas, os movimentos de greve, até a desobediência civil, como recorrência última daqueles que não se fazem ouvir, já descrentes, mesmo, desesperançosos.

Segundo Lüchmann (2008):

“(...) algumas evidências parecem sustentar a ideia de crise de representação: o declínio do comparecimento eleitoral, a ampliação da desconfiança dos cidadãos em relação às instituições políticas e o esvaziamento dos partidos políticos, através, entre outros, da burocratização de suas estruturas internas e da crescente interferência da mídia junto ao processo eleitoral.”

Por tudo o exposto, muitos autores vêm afirmando a necessidade de uma mudança no conceito de democracia representativa, dando prioridade a alternativas de democracia direta (isto é, de uma democracia em que é a população quem diretamente toma as decisões). É o caso de Souza (2002) para quem a importância da participação voluntária pode contribuir para minimizar distorções, diminuir a probabilidade de ocorrência de fenômenos de corrupção ou de erros de avaliação que tendem a ser maiores num sistema em que poucos decidem e a maioria não tem a oportunidade de monitorar adequadamente o que esses poucos fazem. Para este autor existe ainda um outro benefício na democracia direta: o cidadão sentir-se-á mais responsável e comprometido com o resultado da decisão, fiscalizando seu cumprimento.

Medeiros e Borges (2007) entendem que o objetivo da participação é o de possibilitar o contacto mais direto e quotidiano entre os cidadãos e as instituições públicas, permitindo a estas uma melhor percepção e consideração dos interesses daqueles no processo decisório. Para o efeito, a participação tem de envolver uma conduta ativa dos cidadãos nas decisões e ações públicas, na vida da comunidade e nos assuntos de interesse das coletividades de que sejam integrantes.

Segundo Avritzer (2003) e Gaventa (2004), a ampliação da participação popular implica uma maior qualidade do processo decisório capaz de alterar a distribuição dos recursos públicos na forma de implementar as políticas. Um novo padrão de participação, ao fomentar a negociação e a cooperação entre vários segmentos sociais, levará, segundo os autores em referência, a um aumento da confiança e da coordenação entre os atores, contribuindo para a promoção do desenvolvimento.

iii. Antes de encerrarmos este tópico é importante ter presente a necessidade de evitar novas crises da democracia, o que acontecerá se a representação popular for feita por determinados grupos (ONGs, organizações de carácter social, sindicatos, etc.) que em vez de defenderem os interesses dos seus representados passem a defender os seus interesses próprios ou se o real objetivo dos foros das audiências públicas não for o de intermediar e buscar a melhor solução.

3. A importância da participação popular como mecanismo de Planejamento municipal

Segundo o IBGE (2010), no Brasil aproximadamente 85% da população vive em áreas urbanas, sendo que esta aglomeração de pessoas forma grupos de interesses comuns como associações sem fins lucrativos, grupos como os dos “sem teto”, dos “sem moradia”, dos “sem nada”, que forçam o poder público a criar programas de inclusão social, como a bolsa família, os programas habitacionais (veja-se, o exemplo “minha casa minha vida”), entre os inúmeros programas que, na retórica eleitoral, não merecem retoques, mas que na sua plena efetividade mal chegam a ser iniciados e, mesmo os que entram em vigor, estão afetados por corrupção e desvios de finalidade.

Pode-se afirmar que a atual prática de governança no Brasil, que consiste em oferecer pequenos benefícios às camadas mais necessitadas (maior número da população), faz com que os indivíduos, ilusoriamente satisfeitos com a contemplação dos tais benefícios, permaneçam nas camadas sociais mais distantes dos níveis de decisão, pois aceitam os comandos/decisões advindas de “autoridades” eleitas por eles, tornando-os vulneráveis por não questionarem (nem controlarem) eventuais irregularidades nestas decisões públicas.

Em termos práticos, não é errado pensar-se que, via de regra, nenhum governante deseja dividir o poder de decisão e de comando que detém, o que obstroi o desenvolvimento estrutural e conjuntural, por omissão ou postergação da solução cabível.

No caso específico do planejamento urbano, mesmo quando realizado por especialistas reconhecidos, tem de se ter em conta prioritariamente os aspectos humanos que o envolvem direta ou indiretamente: sendo o homem o objeto fundamental do planejamento e o seu objetivo a busca pela sua qualidade de vida com dignidade, nenhuma alternativa de plano se encontra adequadamente justificada se não forem consideradas as inúmeras formas de comunicação para ouvi-lo, visto ser esta uma indispensável contribuição para o planejamento.

São amplamente conhecidos no Brasil os irreparáveis erros desencadeados por planejamentos urbanos que não consideraram adequadamente o elemento humano na sua real dimensão. O exemplo do Viaduto do Minhocão⁴, na cidade de São Paulo; e mesmo o exemplo de Brasília, que erroneamente, ao ser planejada, se concentrou apenas na área central da cidade, não prevendo a expansão ao entorno da sede do governo federal⁵ promovendo o enfavelamento nos distritos ou cidades satélites, que crescem exponencialmente sem a mínima estrutura. É ainda o exemplo dos conjuntos habitacionais voltados para o desfavelamento⁶, que não consideram a formação social, o emprego e a renda do novo morador.

Por sua vez, a rápida e desmedida urbanização, provocada pela industrialização dos anos de 1950, formou enormes conglomerados em torno das novas fontes de renda, sem o mínimo planejamento urbano, como é o caso das cidades do ABC (Santo André; São Bernardo e São Caetano) e da capital paulista, que juntas formam uma das maiores megalópoles do mundo.

⁴ Trata-se de um viaduto construído de forma elevada em pleno centro de São Paulo, que provocou inúmeros problemas socioambientais, como a desvalorização imobiliária dos arredores desta grande obra por conta da poluição visual, sonora e do ar. Por sua vez, por baixo do viaduto passaram a alojar-se marginais, provocando problemas de violência e tráfico de drogas. Pelo contrário, naquilo que era o seu objetivo imediato — o benefício para o trânsito local — este viaduto não surtiu qualquer efeito.

⁵ Além de que o planejamento de Brasília não foi focado na escala humana, o que resultou em imensos espaços não convidativos ao pedestre, conforme destaca Jan Gehl (2009): “os caminhos a serem percorridos na cidade são muito longos e pouco convidativos, as calçadas são compridas demais, percorrem caminhos em linhas retas e são desinteressantes.”

⁶ O Governo fez um projeto para dar fim às favelas, realocando a população até aí residente em barracos feito de madeira em prédios de alvenaria, com estruturas de saneamento básico, acesso a água, acesso das pessoas a mobilidade urbana, dentre outros.

Segundo Oliveira F. P. (2014) são vários os problemas que os processos crescentes de urbanização trouxeram, tais como: a degradação dos centros e centros históricos; a habitação com a crescente falta de moradias; a mobilidade/transportes; problemas de ordem ambientais (poluição atmosférica, rios, solo, além da artificialização do solo, e o aquecimento climático); a carência quantitativa e qualitativa de equipamentos coletivos, nos vários setores. Sendo que tais problemas provocam conseqüentemente dificuldades de ordem sociocultural.

Assim sendo, cabe ao responsável pelo planeamento urbano estabelecer canais, ferramentas e filtros para a participação democrática e socialmente contributiva dos cidadãos, não apenas nas fases de elaboração do plano, mas em todas as etapas de sua aplicação, como um processo sempre presente e vivo, de forma a evitar exemplos como os apontados e problemas como os referidos.

No entanto, é importante frisar que a satisfatória participação popular, pelo menos no caso do Brasil, passará por muitas complexidades. Isso porque, para além de ser um país grande em termos geográficos e habitacionais, há muitos níveis de desigualdades culturais, educacionais, científicas, o que demanda grandes estudos e adequação da ferramenta participativa. Soma-se a este facto, conforme dito no item anterior, que quem impulsiona esta participação é o governo e não o próprio povo. Pergunta-se, a este propósito, se a população possui maturidade suficiente para participar no planeamento público e se possui competência para tomar decisões. Uma vez identificada a *maturidade e competência*, deve ainda verificar-se em que nível as mesmas se encontram. Este é, efetivamente, um tópico incontornável de análise.

4. O conceito de maturidade gerencial aplicada na participação

A complexa questão da participação popular nas decisões das autoridades no exercício de seus mandatos — nas esferas municipais, estaduais e federal —, ainda que em tese se mostre necessária e amplamente atrativa, exige uma amplitude de conhecimentos que se sobrepõem nos campos da política, da gestão administrativa, da sociologia, da comunicação de massa, da educação, da religião, entre outros.

A análise e avaliação metodológica do grau de *maturidade* e da real *capacitação* (“*capability*”) de um determinado segmento da sociedade que a habilite a participar, propor, defender, coordenar e controlar uma decisão, dentro do equilíbrio de recursos disponíveis, de possibilidades tecnológicas (realizabilidade e exequibilidade) e de prioridades realisticamente estabelecidas, é altamente complexa pela sua multidisciplinaridade e subjetividade, chegando a exigir uma alta competência da liderança e, porque não, uma visão de estadista em suas decisões.

Habilidade (“*Skill*”), *sensibilidade* (“*Feeling*”) e *espírito republicano elevado* são fundamentais ao decisor público final. Conceitos como *escolha entre padrões e estilos de liderança* (liberal, autoritário ou democrático) são já amplamente conhecidos, cabendo ao líder de sucesso saber escolher e dosear a aplicação de cada um deles ao grupo a ser administrado.

O conceito de *maturidade gerencial* também representa uma possibilidade de aferição da capacidade de grupos decisores específicos, sendo uma ferramenta que tem sido aplicada de forma eficaz no gerenciamento de projetos (Capability Maturity Model – CMM) e na avaliação de proprietários-gerentes de pequenos empreendimentos (Antonucci, 2009).

Outro conceito com relevo neste âmbito é o de “Picture of the Future”, “*Visioning*”, Análise do Macro e do Microambiente e Análise de Cenário, Planeamento Estratégico Integrado (BSC - ampliado), enunciados por Kaplan e Norton (2000), Perestrelo e Caldas (2000) e Poister (2010). Ainda, Mintzberg (1999) propõe uma relativização do planeamento estratégico que deve servir como balizador de diretrizes, mas não como engessador dos procedimentos,

uma vez que os inúmeros fatores de influência externas e internas estão sujeitos à rápidas mudanças. Conceitos amplamente conhecidos e que certamente a grande maioria não domina, mas, cuja importância se torna fundamental no amplo processo de planejamento estratégico e decisório.

A falta de domínio, ou melhor, da competência, para a utilização das ferramentas gerenciais tende a remeter as demandas sociais para os níveis das necessidades mais fundamentais [como a moradia, a saúde, a educação básica, o transporte público (mobilidade), o saneamento] e com vista, em regra, à sua satisfação imediata, sem permitir explorar soluções inovadoras, de maior alcance e efetividade.

Desta forma, desenvolver uma ferramenta para aferir o grau de capacidade da população em participar nos processos decisórios é fundamental para se estabelecer parâmetros precisos com o intuito de desenvolver métricas precisas de inclusão e por consequência a melhoria na gestão pública.

5. Participação cidadã: por uma métrica de avaliação

Uma das preocupações dos pesquisadores sociais, no que se refere à efetividade da participação e das potenciais contribuições dos cidadãos no planejamento urbano, prende-se com o estabelecimento de métricas capazes de bem avaliar as competências e o grau de maturidade dos indivíduos e de seus grupos sociais, conforme exposto anteriormente. Segundo Castro (2014) a manifestação da soberania popular e da legitimidade da sua representação, mesmo em ambientes de conflitos de ideias, são desejáveis e constituem um movimento que resulta eficiente.

Jacobi (1990), ao propor o conceito de “participação dos cidadãos”, corrobora com Cunill (1991) um dos elementos apontados para aclarar o conceito, ao enfatizar que se trata de uma forma de intervenção na vida pública com uma motivação social concreta que se exerce de forma direta e que se trata de um método de governo baseado num nível de institucionalização das relações Estado-sociedade.

Montesquieu (2007) afirma que o espaço territorial é fator preponderante para as decisões individuais e este espaço é identificado pela pessoa como algo que lhe pertence. Dentro de sua casa, move com autoridade os objetos ali presentes, (sofá, cama, armários); já na microrregião em que vive — rua ou bairro em que reside, por exemplo — o seu poder de participação é reduzido, por não ter a percepção desse espaço como seu nem, tampouco a percepção de poder de opinar; na macrorregião, por vezes, consegue fazer uma observação ou outra, entretanto no território da cidade, via de regra, já não consegue opinar e ser ouvido com propriedade. Tudo isto torna necessária a criação de políticas públicas para a inclusão e a efetiva participação cidadã nas decisões públicas.

Quando em causa está o processo de criação de planos urbanísticos, o mesmo não pode nem deve ser concebido somente na esfera técnica, dissociado da ampla dimensão política da gestão, porque se a sociedade civil não participa direta ou indiretamente dessas políticas urbanísticas desde o momento da idealização, potencializar-se-ão distorções na busca de interesses individuais, com prejuízos a toda a sociedade local.

Deste modo, e segundo Souza (2002), a importância da participação voluntária assenta na capacidade que ela tem para minimizar distorções — porque a probabilidade de corrupção ou de erros de avaliação seria muito maior num sistema em que poucos decidem e a maioria não tem a oportunidade de monitorar adequadamente esses poucos — e no benefício que dela decore por o cidadão se sentir mais responsável e comprometido com o resultado da decisão, fiscalizando seu cumprimento.

Portanto, conciliar conhecimentos técnicos e conhecimentos empíricos numa atuação conjunta entre os decisores, os técnicos e a população, conduzirá, inevitavelmente a um melhor planejamento urbanístico.

A busca e escolha por modelos de participação popular capazes de, com contribuições produtivas, bem alimentar o processo decisório, tem sido uma das prioridades dos especialistas, mesmo entendendo que tal instrumento não deve ser considerado isoladamente, dada a complexidade dos fatores de influência nos níveis macro e micro, e da subjetividade reconhecida aos participantes humanos. Autores como Souza (2002) e Arnstein (1969) propõem escalas dentro de uma hierarquia de participação.

Arnstein (1969) apresenta uma escada de participação cidadã em oito degraus, onde cada degrau superior representa os cidadãos que possuem maior grau de poder. Para dar ênfase ao seu ponto de vista simbólico, os dois degraus menores (de manipulação e terapia) estão rotulados como *não participação*. Mesmo os próximos três degraus (informação, consulta e apaziguamento ou pacificação) não são considerados como genuína participação. Somente quando se atingem os degraus mais altos (parceria, delegação de poder e controle do cidadão) é que é utilizado o termo “*poder do cidadão*” (cfr. figura 01):

Degraus	Estágio	Nível de Participação
8	Controle Cidadão	Poder do cidadão
7	Delegação de Poder	Poder do cidadão
6	Parceria	Poder do cidadão
5	Pacificação	Concessão Mínima de Poder
4	Consulta	Concessão Mínima de Poder
3	Informação	Concessão Mínima de Poder
2	Terapia	Não-participação
1	Manipulação	Não-participação

Figura 01 – Escada de Participação Cidadã – Arnstein (1969)

Para Arnstein (1969) os primeiros degraus descrevem níveis de “*não-participação*” que têm sido utilizados por alguns no lugar da genuína participação. Seu objetivo real não é permitir participação da população nos processos de planejamento ou conduzir programas, mas permitir que os decisores possam “educar” ou “curar” os participantes. Os degraus 3 e 4 avançam a níveis de concessão limitada de poder que permitem aos sem-nada ouvir e serem ouvidos. Quando estes níveis são definidos pelos poderosos como o grau máximo de participação possível, existe a possibilidade dos cidadãos realmente ouvirem e serem ouvidos. Mas nestes níveis eles não têm o poder de assegurar que suas opiniões serão aceites por aqueles que detêm o poder. Quando a participação está restrita a esses níveis, não há continuidade, não há “músculo”, ou seja, não há garantia de mudança do “status quo”. O degrau 5. (Pacificação) consiste simplesmente num nível superior desta concessão limitada de poder, pois permite aos sem-nada aconselhar os poderosos, mas retém na mão destes o direito de tomar a decisão final. Subindo a escada, estão níveis de *poder do cidadão* com degraus crescentes de *poder de decisão*, podendo os cidadãos participar de uma parceria (nível 6) que lhes permita negociar de igual para igual com aqueles que tradicionalmente detêm o poder. Nos degraus superiores, ‘7. Delegação de poder’ e ‘8. Controle cidadão’, o cidadão sem-nada detém a maioria nos fóruns de tomada de decisão, ou mesmo o completo poder gerencial.

Ainda segundo Arnstein:

Obviamente, a escada com oito degraus constitui uma simplificação, mas ela ajuda a ilustrar a questão que tem passado despercebida: que existem graus bastante diferentes de participação cidadã. Conhecer esta graduação possibilita cortar os exageros retóricos e entender tanto a crescente demanda por participação por parte dos sem-nada, como o leque completo de respostas confusas por parte dos poderosos. Embora a tipologia use exemplos de programas federais tais como o Programa de Renovação Urbana, o Programa de Combate à Pobreza e o Programa de Cidades Modelo, ela poderia ser também facilmente demonstrada na igreja, que atualmente enfrenta demandas dos padres e leigos pela maior distribuição de poder na busca de ampliação de suas funções; ou em faculdades e universidades, que em alguns casos se tornaram literalmente campos de batalha sobre a questão da participação estudantil nas instâncias decisórias; ou nas escolas públicas, nas prefeituras, ou nos departamentos de polícia (ou nas grandes empresas que provavelmente serão a próxima esfera de debate). Os temas básicos são essencialmente os mesmos em todos os casos: os “ninguém” destas arenas estão tentando se tornar “alguém” com poder suficiente para tornar suas organizações mais adequadas às suas opiniões, aspirações e demandas.

A partir daí surgiram diversas categorias de participação popular, dentre elas as apontadas por Souza (2002) utilizando como alternativa à “escada da participação popular” de Arnstein (1969), compreendendo as seguintes categorias:

Coerção	representa situações em que, frequentemente, nem as aparências são preservadas. São normalmente encontradas em regimes ditatoriais ou totalitários;
Manipulação	situações nas quais a população envolvida é induzida a aceitar uma intervenção, sem qualquer interesse do Estado em criar canais de participação;
Informação	o Estado disponibiliza informações sobre as intervenções planejadas, mais ou menos completas, dependendo dos interesses em jogo;
Consulta	o Estado permite o acesso à informação e a população é consultada, porém sem garantia de que as opiniões da população sejam incorporadas. Normalmente os argumentos técnicos são muitas vezes invocados para justificar a não incorporação das sugestões da população
Cooptação	refere-se à cooptação de indivíduos (líderes populares, pessoas chave) ou dos segmentos mais ativos da população, convidados para integrarem postos na administração ou para aderirem a um determinado “canal participativo”. Na visão do autor, a institucionalização de canais e instâncias permanentes de participação pode parecer um avanço em comparação à mera consulta, no entanto, a partir do momento em que essa institucionalização ocorre sem que a instância participativa possua real poder decisório, existe o risco da domesticação e desmobilização ainda maiores da sociedade civil. Portanto, da mesma maneira que a informação e a consulta, a cooptação não passa de uma pseudoparticipação;

Parceria	corresponde ao primeiro grau de participação autêntica, não meramente consultiva ou cooptativa. Há uma colaboração entre o Estado e sociedade civil organizada em um ambiente de diálogo e razoável transparência, para a implementação de uma política pública ou viabilização de uma intervenção;
Parceria/delegação de poder	onde o Estado abdica de atribuições antes vistas como sua prerrogativa exclusiva, em favor da sociedade civil. Podem ser observados, nessa categoria, elementos da democracia direta. Para o autor, a parceria e a delegação consistem em situações de cogestão entre Estado e sociedade civil;
Autogestão	a delegação de poder é, na prática, o nível mais elevado que se pode alcançar nos marcos da democracia representativa. Ir, além disso, ou seja, implementar políticas e intervenções de modo auto gestor, sem a presença de uma instância de poder pairando acima da sociedade, pressupõe, em rigor, um macro contexto social diferente: uma sociedade basicamente autônoma.

Esta mensuração demonstra qual é o nível efetivo de participação civil nas tomadas de decisões públicas. Parceria, delegação de poder e autogestão são categorias que podem corresponder a marcos político-institucionais em que as soluções de planejamento e gestão podem ser encontradas de modo fortemente democrático, com a efetiva participação popular. Santos *apud* Oliveira C. M. (2015) refere que o cidadão que participa no processo decisório exerce uma função educativa na preparação dos demais.

Tendo em conta o referido pode concluir-se que existem formas competentes de medir o grau de participação popular nas tomadas de decisões públicas, sendo necessária a implantação de metodologia adequada para o efeito, mas certamente conhecer o sistema como um todo é parte fundamental.

Em Souza (2002) encontram-se critérios de identificação de diferentes escalas de análise (de planejamento e de intervenções):

Escala Geográfica	Plano/atividade de planejamento ou gestão	Escala(s) cartográfica(s) mais usual(is)
Internacional (global, grupos de países)	Planejamento econômico (menos ou mais especializado) realizado por grandes empresas transnacionais e entidades supranacionais como a União Europeia; a vinculação com o planejamento urbano costuma ser muito tênue e existente	Escalas muito e muitíssimo pequenas (de 1:5.000.000 a escalas de planisfério).
Nacional	O Brasil, em parte devido às suas dimensões e complexidade, em parte devido à pouca “cultura de planejamento” nessa escala, onde se trata de estimular e orientar o desenvolvimento do país considerando as diversas regiões em conjunto; em contraste com isso, a Alemanha apresenta grande tradição de planejamento espacial nessa escala.	Escalas pequenas e muito pequenas (no caso do Brasil, menores que 1:5.000.000, para fins de representações sinóticas, e, para fins de trabalho, 1:1.000.000 e 1:5.000.000, ou menos bem maiores, para detalhamentos)

Regional	Planos de desenvolvimento regional realizados por agências de desenvolvimento	Escalas pequenas, médias e grandes, dependendo do tamanho do recorte considerado (variará, via de regra, de 1:000.000 até escala usual de carta topográfica, 1:50.000)
Macrolocal	Planos de desenvolvimento e macrozoneamentos de regiões metropolitanas	Escala Grande (1:200.000, para representação geral, e 1:50.000, para trabalho e representação de detalhes)
Mesolocal	Planos Diretores municipais; planos específicos (transportes, etc.) referentes a uma única cidade; divisões municipais para fins de gestão orçamentária participativa	Escalas grandes e muito grandes (dependendo do tamanho da cidade ou município, de 1:200.000 a 1:20.000 para representação geral, e de 1:50.000 a 1:10.000 para trabalho e representação de detalhes)
Microlocal	Projetos de Estruturação Urbana (PEUs) como aquela implementação no Rio de Janeiro; esses projetos (melhor seria dizer: <i>planos</i>) detalham o plano diretor para cada setor geográfico.	Escalas muito e muitíssimo grande (dependendo do tamanho da cidade ou do município, de 1:50.000 para representação geral, e de 1:10.000 a 1:2.500 para trabalho e representações de detalhes).

Figura 02 – Critérios de Identificação. Souza (2002)

O método de análise hierárquica [“Analytic Hierarch Process” (AHP)] na tomada de decisões gerenciais utiliza multicritérios e se mostra bastante flexivo. Para tanto, conforme Marins, Souza e Silva Barros (2009) podem ser operacionalizados com qualidade, estimulando a participação dos representantes envolvidos.⁷

Adicionalmente, Amorim *et al.* (2014) apresentam um *Agente de Suporte à Decisão* (ASD) em gestão pública participativa, analisando a viabilidade do método que se apoia na exploração de dados e no uso da API do Weka em Java⁸. Também, Paula Santos *et al.* (2012) apresentam estudo de caso com a aplicação do método de análise multicritérios onde destacam as suas possibilidades e potencialidades no mapeamento urbano, tomando como exemplo a fragilidade social.

Desta forma se vai abrindo a possibilidade de utilização da tecnologia computacional e dos sistemas operacionais como indispensáveis ferramentas de apoio ao processo de tomada de decisões.

⁷ O método AHP (Analytic Hierarch Process) foi desenvolvido por Tomas L. Saaty, nos anos 70 e se constitui em ferramenta válida, largamente utilizada na resolução de conflitos negociados em questões formuladas com múltiplos critérios. Baseia-se na construção de hierarquias e no estabelecimento de prioridades, e pode contar com o uso do software Expert Choice.

⁸ Para mais informações veja o site <http://www.cs.waikato.ac.nz/ml/weka/>

Cabe realçar que os principais autores sobre a matéria afirmam que a gestão coletiva nos limites do *local*⁹ propicia maior efetivação da democracia direta, mas, com a atual globalização da economia, da mobilidade e do ênfase que é colocado nos meios de comunicação mediáticos, o *local* não apresenta uma resposta satisfatória para considerar a diversidade, as diferenças, a multiplicidade das escalas e de organização comunitária e de compreensão da dinâmica global.

Considerando ser imprescindível que as pessoas venham a participar do processo decisório, Moreira Neto (2000) afirma que as decisões públicas compartilhadas com os seus destinatários são cumpridas com mais empenho e com menos resistência. Reforçando isto, destaca Habermas (1997), que o cidadão não se sentirá simplesmente um destinatário da norma jurídica, mas um participante na elaboração legislativa ou na criação das normas de planeamento urbanístico, facto que aumenta a sua autoestima e o seu compromisso como bem comum.

Por vezes, o esforço do governo para a criação de condições com o intuito da participação popular é muito restrito, de maneira que o processo carece de legitimidade. Não é simples definir, mesmo em termos operacionais, um conceito útil de participação popular na administração pública.

A questão da participação vincula-se estritamente à interferência na realização e controle das funções estatais e na própria elaboração do direito positivo. Nesta direção, embora de forma mais específica, Kelsen (1990) define os direitos políticos como “*as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da vontade geral. Livre da metáfora, isso significa que o cidadão pode participar da criação da ordem jurídica*”.

O ponto crítico do direito em geral, principalmente o Direito Urbanístico, está na sua legitimidade, entendida como a projeção do indivíduo à condição de colegislador às normas a que deverão obediência. Em sentido amplo, participar significa intervir num processo decisório qualquer (Modesto, 1999).

Nesse contexto, não se pode conceber que se criem pseudomecanismos de participação popular simplesmente a partir de uma determinação legislativa, sendo que esta prática pereniza a vulnerabilidade do processo participativo e prestigia a coação ou a manipulação da população. Com efeito, torna-se desafiadora a delegação do poder efetivo de decisão ao indivíduo ou a grupos legítimos que o representam, mesmo que parcialmente dando efetivamente voz e voto ao cidadão.

Considerações Finais

Buscou-se, com o presente texto, contextualizar e minimizar a complexidade que o processo de planeamento integral de centros urbanos apresenta, em suas diferentes escalas de representatividade. Para o efeito, devem ser considerados critérios teóricos/aplicativos válidos, nos quais sejam considerados os aspectos vivenciais dos indivíduos e dos seus grupos, considerando-se os ambientes territoriais e de trabalho onde vivem, convivem e usufruem social, cultural e profissionalmente.

Pretendeu-se, ainda, apresentar diversas métricas de participação que, contudo, por si só, não bastam para dar resposta adequada às demandas atuais e futuras de quaisquer processos válidos de planeamento urbano, uma vez que aspectos subjetivos relacionados com experiências vivenciadas por indivíduos e pelos seus grupos ou a subjetividade resultante de espíritos visionários (“*visioning*”) de situações emergentes ou por ocorrerem, jamais

⁹ A palavra local deve ser compreendida como o limite de uma área administrativa: o município. A afirmação de que o local privilegia a democracia direta e o atendimento das necessidades da população é analisada e contestada por Bourdin (2001).

poderiam ser previsíveis ou antevistas. A escolha de uma ou mais métricas adequadas para cada caso específico faz já parte do processo de decisão.

Note-se, porém, que se a participação popular e democrática dos indivíduos de uma comunidade ou de seus legítimos representantes é desejada, válida e necessária, ela não é, por si só, suficiente, uma vez que o papel do responsável pelas decisões, que é aquele que detém o todo das informações de qualidade, é imprescindível para a efetiva participação popular. De facto, a responsabilidade é do executivo em seu mandato, a quem cabe prestar contas do sucesso de sua gestão.

A questão da participação popular deve ser ponderada, filtrada e priorizada, buscando-se o equilíbrio e a equidade entre recursos e necessidades, segundo critérios de urgência, emergência, prioridades em suas diferentes escalas, dentro do volume de recursos e das competências disponíveis. Nesse aspecto, a busca de uma ou mais abordagens que resultem em escalas de aferição de demandas, como as apresentadas supra, representa, em nosso entendimento, uma importante contribuição ao entendimento, domínio, aplicação e controle efetivo e socialmente produtivo da participação popular no processo decisório e nos planejamentos urbano e regional.

Algumas questões fundamentais como autonomia, democracia e níveis de participação, estilos de liderança, grau de maturidade gerencial do decisor e do indivíduo-cidadão, recursos disponíveis e capacidade de acessar novas fontes de recursos, meios e instrumentos de integração decisor-sociedade pesam fortemente no sucesso do processo de planejamento estratégico, no que se refere a hierarquizar as demandas, priorizar as ações e avaliar resultados.

Consideramos que a partir das bases tratadas no presente artigo, se devem ensejar novas pesquisas, como a importância e os critérios de escolha dos padrões de liderança, o estabelecimento de indicadores de desempenho para a gestão urbana e regional, o grau de maturidade da capacidade do cidadão na participação, o aperfeiçoamento dos mecanismos de integração decisores-população, as perspectivas estratégicas vencedoras (melhores práticas) para a gestão urbana local e regional, etc. Pela importância do tema e considerando-se que é na zona urbana que normalmente vivem as pessoas, pode-se afirmar que gestões bem conduzidas neste microambiente conduzem a regiões, Estados e países bem-sucedidos, ou seja, sustentavelmente agradáveis de se viver.

Palavra Chave: Gestão Democrática e Participativa; Planejamento Estratégico Municipal; Avaliação de Municípios.

Pedro Luciano Colenci

*Doutorando em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de São Carlos.
Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Novos Direitos*

Celso Maran de Oliveira

*Professor do Departamento de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos.
Pesquisador líder do Grupo de Pesquisa CNPq Novos Direitos*

Fernanda Paula Oliveira

*Professora Auxiliar da Universidade de Coimbra
Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Novos Direitos*

BIBLIOGRAFIA

ANTONUCCI D.F.A.S. (2009), Modelo de Maturidade de Processos de Gestão Acadêmica em Instituições Privadas de Ensino Superior. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – PG-CEETEPS – São Paulo. 103p.

AMORIM, L.A.; SEBBA PATTO V.; BULCÃO NETO R.F. E SENE JUNIOR I.G., (2014), Suporte de Decisões em Gestão Pública Participativa – Um Estudo de Caso em Gestão Ambiental. In: XXXIV Congresso da Sociedade Brasileira de Computação - CSBC. Anais. pp. 1203/1211.

ARNSTEIN, Sherry R (1969), “A Ladder of Citizen Participation,” Traduzindo: A Escada de Participação. Journal of the American Institute of Planners, 35(4), 216-224.

AVRITZER, Leonardo (org). (2010), *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez Editora.

_____. (2003), Democracy and the public space in Latin America. Traduzindo Democracia e os espaços públicos na América Latina. Princeton: Princeton University Press.

BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. (2000), Dicionário de Política (1909). Vol. I, 5º ed.; Tradução: Carmen C. Varriale. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – São Paulo

BOURDIN, A. (2001). A questão local. Rio de Janeiro, DP&A Editora.

BRASIL. Constituição Federal – Acesso em 05/05/2015 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRECHT, B. (2006), O Analfabeto político in: Conferência dos Bispos do Brasil – CNBB.

CANOTILHO, J.J. Gomes (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, [7.ª ed.].

_____. (2010), O Princípio da Sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional, *Tékhnē*, v. VIII, n. 13, p. 7-18.

CASTRO C. M. (2014), Soberania Popular e Representação Política: os novos padrões de legitimidade. In: Estado Contemporâneo – direitos humanos, democracia, jurisdição e decisão. Coordenadores: Bolzan de Moraes J.L. e Parente Mazza W. Jurua Editora. Curitiba-Pr. pp.227-242.

CAVASSIN S.A e PATIAS VOLPI N.M. (2014), Uso de Metodologias Multicritério na Avaliação de Municípios do Paraná, com base no índice de Desenvolvimento Humano Municipal. In: XXXIV Congresso da Sociedade Brasileira de Computação - CSBC. Anais.

CUNILL, N. (1991). Participación ciudadana. Dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos. Caracas: Clad.

DINSMORE P.C. (2002), Transformando estratégias empresariais em resultados através da gerencia de projetos e programas. Ed. Qualiymark, 1ª edição, São Paulo – SP.

DRUCKER P. (1966), Uma era de Descontinuidade. Circulo do Livro Ed. São Paulo. SP.

FERRÃO, J. (2003) Intervir na Cidade: Complexidade, visão, rumo. In: Portas N.; Domingues A., Cabral J. – Políticas Urbanas – Tendências estratégicas e oportunidades. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian.

GARRIDO E.P.L. (2012), Lei de Acesso às Informações Públicas. In: Revista Jurídica. CNM – Confederação Nacional de Municípios. Brasília – DF. pp. 50/70

GAVENTA, J. (2004). Towards Participatory Governance: Assessing the Transformative Possibilities. In: HICKEY, S.; MOHAN, G. (Eds.). *From Tyranny to Transformation*. London: Zed Books.

GIDDENS, Anthony (2000), O mundo na era da globalização, Lisboa, ed. Presença.

GOMES, L.F.A.M. (2003), Avaliações estratégicas com múltiplos critérios: porque o método AHP deve continuar a ser usado. Visão Estratégica I

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. (2007), Modelos democráticos deliberativos e participação – similitudes, diferenças e desafios. In: DAGNINO, Evelina e TATAGIBA, Luciana: Democracia, Sociedade Civil e Participação, Chapecó: Argos. Pag. 259-274.

GUIA GPS – Gestão Pública Sustentável. (2013), Programa Cidades Sustentáveis. Br. Rede Nossa São Paulo, 1º Ed., 136p.

- HABERMAS, Jürgen (1997), *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- _____. (1990), *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- HALL, Stuart. (2006), *A identidade cultural na pós-modernidade*; Tradução Thomas Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 104p.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2014), “Home”. Página consultada a 07.06.2014, em <http://www.ibge.gov.br/home>.
- JACOBI, P. (1990) Descentralização municipal e participação dos cidadãos: apontamentos para o debate. *Revista Lua Nova*, n. 20, p. 121-143, maio.
- KAPLAN R.S. e NORTON D.P. (2000), *Organização Voltada para a Estratégia: como as empresas que adotam o BSC – Balanced Score Card prosperam no novo ambiente de negócios*. Ed. Campus, 4ªed. Rio de Janeiro – RJ. 411p.
- KELSEN, Hans. (1990) *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes; Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- KURZ, Robert. *Der Kollaps der Modernisierung. Vom Zusammenbruch des Kasernensozialismus zur Krise der Weltökonomie*, Reclam Leipzig, traduzindo: *O Colapso da Modernidade, (1994a)* - Ed. Vozes. Petrópolis – RJ.
- _____. *O Fim da Política, (1994b)* - Ed. Vozes. Petrópolis – RJ.
- LIMA Torres L. e PALHARES J. A. (2009), *Estilos de Liderança e Escola Democrática*. *Revista Lusófona de Educação*. nº 14, Lisboa.
- LÜCHMANN, Ligia H.H. (2008). *Participação e representação nos conselhos gestores e no orçamento participativo*. *Caderno CRH, UFBA*, v.21, p. 87-97.
- LUHMANN, N. (2005) *A Realidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: ed. Paulus. MARINS, C.S.; SOUZA D.O. e SILVA BARROS M. (2009), *O uso do método de análise hierárquica (AHP) na tomada de decisões gerenciais – um estudo de caso*. In: *XLI SBPO – Pesquisa Operacional na Gestão do Conhecimento*. Anais. pp. 1778/1788.
- MARTINEZ, Maria Antonia. (2004), *La representación política y la calidad de la democracia*. Traduzindo: *A representação política e a qualidade da democracia*. *Revista Mexicana de Sociologia*. Mexico, año 66, n 4, oct./dic.
- MATUS, C. (1996), *Estratégias Políticas: Chipanzé, Maquiavel e Ghandi* Tradução: Giselda B. Sauveur. São Paulo. SP. Fundap Ed. 294p.
- MEDEIROS, Jássio Pereira de; BORGES, Djalma Freire. (2007). *Participação cidadã no planejamento das ações da Emater-RN*. *Rev. Adm. Pública* vol.41 no.1 Rio de Janeiro Jan./Feb.
- MINTZBERG H. (1994), *A Ascensão e queda do Planejamento Estratégico*. *Revista: Harvard Business Review*. Jan-Feb.
- MODESTO, P. (1999), *Participação popular na administração pública – mecanismos de operacionalização*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19909-19910-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2015
- MONTESQUIEU. (2007) *Do Espírito das leis*. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2000), *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- MUNK, Gerardo; WOLFSON, Leandro. (2002) *Una revisión de os estudios sobre la democracia*. Traduzindo: *Uma revisão dos estudos sobre a democracia*. *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, v.41, n164, p.579-609, jan./mar.
- OLIVEIRA, Celso Maranhão de (Organizador), (2015), *Democracia Participativa no Direito Urbanístico – Estudo Comparativo Brasil e Portugal: resultados preliminares após aplicação de questionários*, cap. 09. Livro *Novos Direitos. Cidades em Crise?*, São Carlos. Ed. Rima. 232 p.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, (2015), *Cidades em Crise: os problemas e (algumas) possíveis vias de soluções em Portugal*, cap. 02. *Novos Direitos. Cidades em Crise?*, São Carlos. Ed. Rima. 232 p.
- PEREIRA, Marcus Abílio Gomes. (2007), *Modelos democráticos deliberativos e participação – similitudes, diferenças e desafios*. In: DAGNINO, Evelina e TATAGIBA, Luciana: *Democracia, Sociedade Civil e Participação*, Chapecó: Argos. Pag. 421-452. PERESTRELO M. e CALDAS J.M.C. (2009), *Instrumento de Análise para o Método dos Cenários; estratégia dos atores*. *Dinâmia: Centro de Estudos Sobre a Mudança Socio-Econômica Portugal*. 39p.
- PETTIT, Philip (2003), “*Democracia e Contestabilidade*”, in Luiz Moreira e Jean Christophe Merle (org.), *Brasil. Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, páginas.

- _____. (2004), Depoliticizing Democracy. *Revista Ratio Juris*. Vol. 17 No. 1. March 2004 (pg. 52-65)
- PIZZARANI, F. (2006), O papel dos processos de participação popular na gestão municipal: estudo do orçamento participativo no município de Rio Claro – SP. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. USP – SP.
- POISTER, T.H. (2010) The Future of Strategic Planning in the Public Setor: Linking Strategic Management and Performance. Article: *The American Society For Public Administration. Review*. V.70, USA. pp 246/254. Dec.
- PRADO, D.S. (2012). Modelo de Maturidade em Gerenciamento de Projetos. Dissertação (Mestrado) Centro Estadual Tecnológico Paula Souza – SP.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), Democracia e Participação - O caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre. Porto: Afrontamento.
- SILVA, José Afonso da (2012), Curso de Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Malheiros, [35^a ed.].
- SOUZA, M, J. L. de (2002), Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- STEINER G.A. (2010), Strategic Planning. Traduzindo: Planos Estratégicos. Ed. Simon and Schuster. Chicago.
- THUROW, L.C. (1997), O Futuro do Capitalismo: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã. Ed. Rocco. Rio de Janeiro - RJ
- VALENTE, V.V. (2012), Ciudadanias globales y sociedades civiles: pista para el analisis. In *Nueva Sociedad*, nº 163.

O Direito de Participação Pública no Ordenamento Sustentável do Espaço Marítimo

Resumo

Se amplamente aceite enquanto instituto – valor, a Participação Pública enfrenta sérias dificuldades no que à sua operacionalização respeita. O domínio do Ordenamento do Espaço Marítimo, temática recentemente explorada, apresenta-se como uma oportunidade a ensaios relativos a essa mesma operacionalização, orientada pelo princípio da abordagem ecossistémica que valoriza o envolvimento de *stakeholders* na tomada de decisão. Fazendo uso da *stakeholder analysis*, que organiza e sistematiza a participação, aqui propomos um exercício de operacionalização em sede de Ordenamento do Espaço Marítimo em geral, uma sumária incursão pela legislação da União Europeia a respeito e uma breve análise comparativa da matéria a nível dos Estados-Membros, utilizando os exemplos Inglês e Português.

Introdução

O instituto-valor da participação pública depara-se com dificuldades imensas¹, de entre elas se destacando a matéria da operacionalização na atividade planificatória dos Estados a que, de resto, obriga a Convenção de Aarhus². Em face de temáticas recentes, nomeadamente a complexa política da União Europeia e dos Estados-Membros que se ocupa do Ordenamento do Espaço Marítimo (OEM), cuja tomada de decisão privilegia o compromisso entre as dimensões ambiental, social e económica (decisão sustentável *lato sensu*), o desafio é ainda maior. Perante tal espaço *sui generis*³, exige-se cidadania, no caso uma *ocean citizenship*⁴, ou simples agregação de indivíduos com um interesse *relevante*? Neste caso, o que entender por interesse relevante? Poderá o cidadão comum ser visto como um *equal partner*? E como organizar a participação pública nesta sede? Por outro lado, pergunta-se: oferecerá a União

¹ Que surgem com a própria definição. Com efeito, poucos são os autores que arriscam a tarefa de o definir, como indicam PRING, George (Rock) and NOÉ, Susan Y., *The Emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy, and Resources Development, in Human Rights in Natural Resource Development (Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources)*, Editado por ZILLMAN, Donald M., LUCAS, Alastair Lucas, e PRING, George (Rock), Oxford University Press, 2002, pp. 11 a 76, p. 15. Para uma incursão pelos elementos que deverão assistir a participação pública, verdadeiras condições mínimas à efetividade do direito, como a variedade, frequência, antecipação, tomada em devida conta, continuidade, etc., por todos, EB-BESSON, Jonas, *The Notion of Public Participation in International Environmental Law, in Yearbook of International Environmental Law, Vol. 8, 997, Oxford University Press, pp. 51 a 97, p. 71* e POMEROY, Robert e DOUVERE, Fanny, *The engagement of stakeholders in the marine spatial planning process, in Marine Policy* n.º 32, 2008, pp. 816 a 822.

² Convenção Sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, CEE/ONU, Aarhus, 1998. “*The Most Impressive Elaboration Of Principle 10 Of The Rio Declaration*”, como refere KOFI A. ANNAN, Secretário-Geral da ONU (1997-2006) em <http://Aarhusclearinghouse.Unece.Org/About/>, Acesso em 16 de novembro de 2015.

³ Note-se a repartição do direito de propriedade que lhe assiste, e.g. o carácter inapto à alienação, ultrapassada, no entanto, pela figura do utilizador, simples ou ao abrigo de licença, concessão ou outro.

⁴ “*In common with other citizenship principles, marine citizenship recognizes that individual members of society have a responsibility to contribute to solving marine environmental problems*”, REES, Siân, et al., *Priority questions to shape the marine and coastal policy research agenda in the United Kingdom, in Marine Policy*, n.º 38, 2013, pp. 531 a 537, p. 534.

Europeia um enquadramento suficiente e, em especial, *adequado* na matéria? E o que dizer dos Estados-Membros?

O OEM acendeu um debate académico variado⁵ que versou as matérias da sua natureza, potenciais benefícios e modelos normativos com vista à implementação. No entanto, as questões que têm vindo a ser privilegiadas, como os *motores* da política a nível da União Europeia⁶ e a revisão e partilha de experiências piloto⁷, não abordam a dimensão social, nomeadamente o impacte nas comunidades costeiras e o papel a ser desempenhado por *stakeholders*, numa palavra, o *lugar* da participação pública. Eis o porquê da escolha do tema desta publicação.

Isto dito, não obstante tratar-se de uma matéria complexa e interdisciplinar, que convoca conhecimentos estranhos a um jurista e exige uma saída da sua *comfort zone* (mas já se sabe que *quem só sabe de Direito, nem Direito sabe*⁸), importa notar que não iremos prender-nos com uma contextualização exaustiva da disciplina, tanto a nível do Direito Internacional Público, como Europeu⁹. Destarte, a nossa limitada abordagem à matéria do OEM é meramente instrumental ao problema da operacionalização do instituto da participação pública.

1. Da necessidade do Ordenamento do Espaço Marítimo à revolução principológica que o estrutura

O aumento populacional, as alterações tecnológicas e uma mudança nos comportamentos relativos ao consumo conduziram a uma intensificação e diversificação das atividades humanas em extensas partes dos oceanos, sendo a continuação neste sentido expectável. Todavia, dada a frequente descoordenação e insustentabilidade das atividades, uma perda na biodiversidade marítima e costeira é de lamentar e os conflitos surgidos entre utilizadores e entre utilizadores e ambiente, abundam.

O OEM, que definiríamos como um processo de alocação de zonas e subzonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional a diferentes usos (consoante os dados científicos disponíveis e as opções político-económicas), desse modo resolvendo conflitos utilizador-ambiente e utilizador-utilizador e garantindo a estabilidade jurídica necessária à utilização do mar por todos, assente numa visão integrada e global das políticas sectoriais para o espaço marítimo¹⁰ trata-se, idealmente, de um processo *contínuo, iterativo e adaptativo* que deverá prever, pelo menos, quatro fases fundamentais¹¹: em primeiro lugar, a *fase de planeamento*, que prevê a criação de um ou mais planos que, de forma *integrada e integral*, conduzam à

⁵ Que se iniciou com a discussão relativa à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) de 1982, a *Constituição dos Oceanos*, que oferece um quadro geral de alocação dos espaços marítimos aos Estados, definindo direitos e deveres e criando um sistema para cooperação internacional, no que à gestão e conservação do ambiente marinho, respeita.

⁶ A saber, a legislação ambiental, a legislação referente a energia renovável de fonte marítima, a regulação das pescas e a política marítima integrada, cujas ligações se apresentam fracas, dificultando a implementação do OEM e de uma abordagem sistemática. Para uma ilustração *vide* QIU, Wanfei e JONES, Peter, J.S., *The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe*, in *Marine Policy*, número 39, 2013, pp. 182 a 190.

⁷ Como a experiência e “*lessons learnt*” do projeto-piloto de OEM das Shetland Islands, Reino Unido (RU). Este tinha como objetivo testar a efetividade de diferentes abordagens de gestão com vista à obtenção de um desenvolvimento sustentável da costa e ambiente marítimo escocês, nomeadamente, e no que à participação pública respeita, técnicas de envolvimento de *stakeholders para uma gestão integrada*. Sobre a matéria KELLY, Christina *et al.*, *Review and Evaluation of marine spatial planning in the Shetland Islands*, in *Marine Policy*, número 46, 2014, pp. 152 a 160.

⁸ Assim a síntese do médico Abel Salazar, *O Médico que só sabe Medicina nem Medicina sabe*.

⁹ Sobre a matéria, entre nós, Noronha, Francisco, *O Ordenamento do Espaço Marítimo*, Almedina, 2014.

¹⁰ Pretende-se uma “racionalidade ordenativa”, expressa num ou vários planos de ordenamento, como indica NORONHA, Francisco, *O Ordenamento do Espaço Marítimo...Op. Cit.*, pp. 65 e 66.

¹¹ POMEROY, Robert e DOUVERE, Fanny, *The engagement of stakeholders...Op. Cit.* p. 817.

proteção, desenvolvimento e uso sustentável do mar e seus recursos. Esta fase será baseada num conjunto de atividades de investigação, focadas em questões ambientais e humanas e é, parece-nos, passível de uma segunda partição, em duas subfases: por um lado a *subfase do pré-plano*, em que se pretende uma visão de conjunto para a operação de OEM e a *subfase do planeamento stricto sensu*, em que se desenvolve o plano. Segue-se a *fase da avaliação*: concluído o *design* do plano, mas em momento prévio à sua aprovação, é fundamental avaliação das opções finais de OEM a implementar. A terceira fase, de *implementação*, que é conduzida através da execução dos trabalhos ou investimentos programados, permite e encoraja melhorias no plano conseguido. Por fim, surge a fase de *monitorização* em que se avalia a efetividade do plano, das suas escalas temporais e mecanismos de implementação, considerando formas para melhoramento e estabelecendo procedimentos de revisão e adaptação¹². É importante que seja explícito, em consonância com a letra da Convenção de Aarhus¹³, pedra angular do instituto que tratamos, que a participação pública será de fazer alongar pelas várias fases da vida do plano (continuidade) e deverá surgir com a maior antecedência possível (antecipação) em cada fase, *i.e.* deverá ser colocada *a montante*, assim se prevenindo os conflitos que *supra* mencionávamos.

Vários são os princípios fundamentais que assistem ao OEM¹⁴ mas, de entre eles, destaca-se o princípio da abordagem ecossistémica que parte da ideia de que “*the nature of nature is integrated and we must take a holistic approach to nature management*”¹⁵. Esta *estratégia*¹⁶ tem como enfoque as relações funcionais que se desenvolvem no ecossistema, atentando na distribuição dos benefícios que ele oferece, no uso de práticas de *gestão adaptativa*¹⁷, na necessidade de desenvolver ações de gestão em várias escalas, bem como na cooperação intersectorial.

A ideia fundamental desta visão é uma abordagem por área¹⁸, focando o ecossistema e todas as atividades humanas nele desempenhadas, desvalorizando fronteiras¹⁹ e demarcando-se, assim, da abordagem setorial tradicional. Por outro lado, a abordagem ecossistémica reconhece que as pessoas são parte integrante dos ecossistemas marinhos pelo que as suas atividades e as interações entre estas e o ambiente terão sempre que ser consideradas. Parece que a solução mais adequada se encontra em “*design governance systems that align the incentives of stakeholders with the objectives of management*”²⁰.

¹² Como indicam CHRISTINA KELLY, *et. al.*, a propósito do procedimento de monitorização e avaliação do OEM das Shetland Islands. Estas atividades promovem o entendimento mútuo e melhoram o planeamento e a tomada de decisão. KELLY, Christina *et al.*, *Review and Evaluation of Marine Spatial Planning in the Shetland Islands*, in *Marine Policy*, n.º 46, 2014, pp. 152 a 160, p. 156.

¹³ Art.º 6.º, 2.

¹⁴ Para elenco e explicação *vide* DOUVERE, Fanny e EHLER, Charles, *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach toward ecosystem-based management*, in Intergovernmental Oceanographic Commission and Man and the Biosphere Programme, IOC Manual and Guides no. 53, iCaM Dossier no. 6. Paris, UNESCO, 2009, p. 40.

¹⁵ MISUND, Ole, *Ecosystem based management: definitions and international principles*, Institute of Marine Research, 2006, pp. 1 a 14 p. 1.

¹⁶ Assim o apelida a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB).

¹⁷ O princípio da gestão adaptativa encontra-se intimamente ligado às ideias de monitorização e avaliação. Sobre a matéria, entre outros, GONÇALO CARNEIRO, que aponta a importância da participação pública, através do envolvimento de *stakeholders*, *nesta fase*. CARNEIRO, Gonçalo, *Evaluation of marine spatial planning*, in *Marine Policy*, n.º 37, 2013, pp. 214 a 229, p. 221 e ss.

¹⁸ Conferir DOUVERE, Fanny e EHLER, Charles, *New Perspectives On Sea Use Management: Initial Findings From European Experience With Marine Spatial Planning*, in *Journal of Environmental Management*, 90, 2009, pp. 77 a 88, p. 78.

¹⁹ Um exemplo que nos é caro por apelar ao carácter transnacional das categorias espaciais que se definem pelo tipo de atividade antropogénica (com mais ou menos impacte) desenvolvida, secundarizando o papel do Estado (e.g. Administração Estadual), é a proposta para uma abordagem pan-Báltica de planeamento conjunto da região banhada pelo mar Báltico. *Vide* Janßen, Holger, *et al*, *A Spatial Typology for the Sea: a contribution from the Baltic*, in *Marine Policy*, 42, 2013, pp. 190 a 197.

²⁰ Assim, CROWDER, Larry e NORSE, Elliot, *Essential ecological insights for marine ecosystem-based management and marine spatial planning*, in *Marine Policy* 32, 2008, pp. 772 a 778, p. 777.

2. O Ordenamento do Espaço Marítimo como processo participado

2.1 Decisão Sustentável, Decisão comunitária

Idealmente, o OEM trata-se de uma atividade participada mas, e logo pela diversidade terminológica com que nos deparamos, é custoso definir aqueles que vão participar²¹ em determinado procedimento ou fase do procedimento.

Os *stakeholders*²² ou *atores-chave*, isto é todos aqueles que são afetados pela decisão em curso ou podem influenciá-la, incluindo-se aqui indivíduos, grupos, ou organizações que, de um ou outro modo, são considerados interessados, estão envolvidos ou serão afetados, positiva ou negativamente pela decisão *in casu*, são aqueles que, em última análise, decidirão da alocação do espaço a determinada utilização ou não utilização. DOUVERE entende que os *stakeholders*, conceito em que inclui a comunidade não diretamente afetada (*wider public*), deverão ser incluídos no processo de OEM considerando-os, na verdade, um factor central para o sucesso do resultado. É que as pessoas são os “*agents for change*”²³, permitindo (a) melhor *entendimento* quanto à complexidade do ecossistema, bem como das influências humanas que nele se fazem sentir, (b) *exame* da compatibilidade dos múltiplos objetivos das utilizações e identificação, *previsão e resolução* das áreas de conflito e (c) *descoberta* dos padrões de interação existentes²⁴.

Não vamos alongar-nos a propósito das vantagens e inconvenientes da participação pública em geral²⁵ mas, com KELLY, cumpre notar que o envolvimento de *stakeholders* é fundamental para o atingir de um plano equitativo, integrado e transparente²⁶.

2.2 Participar no Ordenamento do Espaço Marítimo: Quem, Quando e Como

Pergunta-se, pois, como pode a lei ser suficientemente clara para, ao mesmo tempo que exige mínimos participativos às Autoridades, nomeadamente por fases do plano, permitir uma margem de liberdade de modo a que se adapte à realidade concreta que varia, entre outras, em função de estarmos perante um plano, projeto ou programa da região em causa, da comunidade e das dinâmicas participativas que se podem esperar. É que, como notam MAGUIRE, *et al.*, não é realista envolver todos os *stakeholders* em todos os momentos²⁷.

O problema parece ser de responder através do foco em três questões distintas: *quem, quando e como*, tarefa que sugere o compromisso de diferentes unidades organizacionais para a gestão do envolvimento de *stakeholders*²⁸.

²¹ Com efeito, na matéria, a própria Convenção de Aarhus, apresenta-se dúbia. É que, se é incontroverso que a interpretação a fazer do conceito, em geral, será a que se apresente o mais vasta e abrangente possível como indica, entre outros, JENDROSKA, Jerzy, *Public participation in the preparation of plans and programs: some reflections on the scope of obligations under article 7 of the aarhus convention*, in JEEPL, 6.4, 2009, pp. 494 a 515, p. 501, a questão complica-se na medida em que a terminologia é variável consoante o artigo com que nos deparemos (6º, 7º, 9º) e, por vezes, a alínea em questão.

²² Expressão introduzida em 1708, associada a gestão corporativa, utilizada quando perante alguém que tem um interesse, *holds the stake*.

²³ DOUVERE, Fanny, *The Importance of Marine Spatial Planning in advancing ecosystem-based sea use management*, in Marine Policy, n.º 32, 2008, pp. 762 a 771

²⁴ POMEROY, Robert e DOUVERE, Fanny, *The engagement of stakeholders...Op. Cit.* p. 816.

²⁵ Para uma contraposição de visão pessimista e otimista, por todos, SPYKE, Nancy Perkins, *Public participation in environmental decision making at the new millennium: Structuring New Spheres of Public Influence*, in Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol 26, 2ª Edição, 1999, pp. 263 a 313, p. 266 e EBBESSON, Jonas, *Public participation*, in The Oxford Handbook of International Environmental Law, Editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta e HEY, Ellen, 2007, pp. 682 a 703 p. 688.

²⁶ KELLY, Christina *et al.*, *Review and Evaluation...Op. Cit.*, p. 156.

²⁷ MAGUIRE, Bernardine, *et al.*, *The role of Stakeholders in the marine planning process - Stakeholder analysis within the Solent, United Kingdom*, in Marine Policy, n.º 36, 2012, pp. 246 a 257, p. 246.

²⁸ *Ibidem*, p. 247.

Ao *quem*, respondemos através da previsão de uma “análise de *stakeholders*”²⁹. Este método prevê a alocação de instrumentos para a identificação, descrição e enquadramento dos *stakeholders* com base nos seus atributos, relacionamentos e interesses relativamente a determinada questão ou recurso (*i.e.* capacidade de influência da decisão e de vir a ser afetado por ela), tendo como objetivo clarificar os conflitos que existem no sistema e determinar quem poderá criar uma mudança no *status quo*, definindo as formas de participação mais adequadas.

Trata-se esta *identificação de stakeholders* de tarefa assaz difícil na medida em que, em sentido estrito, todas as pessoas são potenciais *stakeholders*. Em sede de OEM facilmente destacamos certos indivíduos ou grupos (*e.g.* os envolvidos na pesca comercial e industrial, na aquacultura, nas atividades de navegação, de recreio e militar, na produção de energia, entre outros). Mas o que dizer do surfista que não é residente na localidade, que não está integrado em nenhuma escola ou associação da modalidade e apenas usufrui do espaço para a prática independente e irregular? Não terá nada a dizer?

Dependendo dos seus interesses, perceção dos problemas e oportunidades, atendendo à área de OEM e aos concretos recursos, a consideração dos *atores-chave* varia. E importa notar que esta pode ser feita por grupos, organizações ou individualmente, incluindo aqueles que: (a) são ou virão a ser afetados pelas decisões resultantes do OEM, (b) encontram-se dependentes dos recursos da área de gestão, (c) têm legítimas expectativas ou conduzem atividades impactantes no local e/ou (e) têm um interesse especial na área objeto de decisão (*e.g.* ONGAS ou grupos culturais)³⁰.

Nesta tarefa, nem todos os *stakeholders* são considerados igualmente relevantes pelo que será aceitável um exercício de hierarquização que os considerará, por ordem decrescente de importância, como *primários*, *secundários* ou *terciários*³¹. Os autores que temos vindo a seguir elaboraram uma lista, baseada nos pontos indicados imediatamente *supra*, que deverá servir como critério para esta identificação e hierarquização (a desenvolver através do método da *participatory research approach*³²). Indica-nos que se o *stakeholder* preencher vários dos critérios nela incluídos, será de considerar primário e, os outros que preenchem menos, considerar-se-ão secundários ou terciários. Assim, a doutrina que seguimos enquadraria o caso do surfista que *supra* mencionamos no grupo dos *stakeholders* terciários, pois o seu interesse é *puramente* recreativo, estético.

Convém, todavia, manter presente a importância de atingir um grupo final de *stakeholders* equilibrado, *i.e.* que reflita os interesses culturais, sociais, económicos e ambientais da área e que não olvide a questão da legitimidade para a participação. Alguns *stakeholders* detêm, por vezes, influência política ou económica sobre uma área ou recursos em particular, o que advém da sua associação e dependência histórica, da sua posição institucional, dos seus interesses económicos ou outros. Poderá ainda ser necessária a formação de subgrupos, que expressem de forma mais precisa a situação *in casu* (*e.g.* pescadores de pequena escala em zonas costeiras *versus* pesca industrial especialmente flexível).

Por fim, uma questão fundamental prende-se com o tratamento a dar àqueles que não dispõem dos meios, conhecimentos e capacidades suficientes para *represent their stake*,

²⁹ Para um caso prático sobre esta abordagem que, mais do que para criar um plano, serviu para estudar a análise de *stakeholders*, vide o caso *Solent*, uma região no Centro Sul da Inglaterra, que contempla 373km de costa. Trata-se de uma região com relevo local, nacional e internacional, com valor económico e ambiental e que, tal como quase todas, se apresenta ameaçada por desafios entre os quais se contam as alterações climáticas, a subida do nível das águas do mar, o aumento da procura por recursos marinhos e costeiros. Para lições sobre a matéria *ibidem* p. 248.

³⁰ Assim, DOUVÈRE, Fanny e EHLER, Charles, *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach...Op. Cit.*, p. 44.

³¹ POMEROY, Robert e DOUVÈRE, Fanny, *The engagement of stakeholders...Op. Cit.* p. 819.

³² *Ibidem*.

mas cujo contributo será ainda assim, e sempre, de considerar. Há várias atividades que poderão ser promovidas no sentido de envolver este último grupo de *stakeholders*, a saber, a distribuição de informação que dê a conhecer a possibilidade de participação no OEM, a previsão de *workshops* para as comunidades locais que as faça entender do que se trata, quando se fala de OEM, bem como os seus efeitos, positivos ou negativos e a promoção de sessões de treino específicas para determinados grupos. Aqui, é pensável até a figura de um especialista em negociação, que auxiliará estes grupos no desenvolvimento de técnicas que lhes permitam defender a sua própria posição, aquando da fase de discussão de estratégias e alternativas, para o OEM a implementar. Sobre esta última abordagem, parece certo que a introdução de um *expert*, elemento estranho ao grupo, não terá, necessariamente, que significar uma afronta ao *empowerment* do mesmo e à consagração de uma *community-based approach*³³.

A segunda indagação prende-se com o *quando*. Dentro da fase do planeamento, no que à subfase do pré-plano respeita, importa que a participação envolva o máximo possível de *stakeholders i.e.*, não apenas indivíduos com interesse específico, mas também o *wider public*, para a análise das condições existentes (e.g. conflitos existentes na área que será objeto de OEM) e futuras mas, essencialmente, para recolha de elementos relativos às expectativas da comunidade em face do OEM. Naturalmente os resultados da participação deverão estar disponíveis para consulta de modo a que os participantes tenham oportunidade de analisar os resultados mas, mais importante, é a existência de uma resposta, uma explicação quanto ao porquê de se ter seguido ou não determinada proposta, surgida em sede de participação pública, espelhando o tal *due account* a que se refere a Convenção de Aarhus³⁴. Já no que concerne à subfase do planeamento, um grupo de *stakeholders* previamente identificados como *primários*, no caso, deverá estar ativamente envolvido, de acordo com os concretos interesses que representam. Surge agora a segunda fase, de avaliação, que autonomizamos na esteira de POMEROY e DOUVERE. Aqui, à semelhança do que ocorrera na subfase do pré-plano, todos são convidados a participar³⁵ num período de *consulta pública*³⁶. A fase da implementação, que se segue, deverá envolver os *stakeholders* no sentido de os fazer compreender a importância da sua tomada de ação, quanto a medidas para colocar em prática o plano. Se os *stakeholders* tomarem parte na *implementação* do plano é mais provável que façam o mesmo relativamente à *execução* do mesmo (no mínimo encorajará o cumprimento). Já na fase de monitorização do plano, os *stakeholders* terão algo a dizer quanto à avaliação da *performance* no geral, bem como concretamente quanto ao atingir dos objetivos e metas que haviam sido traçados, sendo ainda de esperar comentários quanto aos efeitos do plano³⁷.

A terceira e última questão responde à matéria do *como*, que se debate com o problema da variedade de formas, indo desde a simples comunicação da decisão, em que a participação é de todo inexistente, até ao método da negociação, desejável, segundo o qual o poder decisório é efetivamente partilhado pelos *stakeholders*³⁸. A este aspeto voltaremos *infra*,

³³ Negando uma abordagem que faça uso de *expertise* WHITE, Leroy e TAKET, Ann, *The death of the expert*, in *The Journal of the Operational Research Society*, vol. 45, no. 7, 1994, pp. 733 a 748.

³⁴ Art.º 6.º, 8.

³⁵ Vide os exemplos belga, alemão e holandeses. DOUVERE, Fanny e EHLER, Charles, *Marine Spatial Planning: a step-by-step approach...Op. Cit.*, p. 46.

³⁶ Que tipicamente se alarga de três a seis meses, podendo ir até um ano.

³⁷ Note-se o caso do plano da grande barreira de corais, na Austrália, avaliado e adaptado entre 1998 e 2003. A Autoridade para o Parque Marinho da Barreira de Corais (APMBC) organizou várias oportunidades formais para que o público em geral oferecesse comentários escritos, tendo recebido 31 500 submissões escritas, que alteraram substancialmente o zoneamento previsto.

³⁸ Para uma brilhante construção a propósito dos modelos de participação existentes e a efetividade, mais ou menos ilusória de cada um, vide SHERRY ARNSTEIN que já em 1969 identificava os tais graus que traduzimos por manipulação, terapia, informação, consulta, conciliação, parceria, delegação de poderes e controlo por cidadãos,

a propósito da análise da Diretiva 2014/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014, que estabelece um quadro para o Ordenamento do Espaço Marítimo.

Concluindo, diríamos que a análise do *quem*, *quando* e *como* não pode, nunca, ser feita em separado pois que, se *stakeholders* primários serão de envolver em todas as fases do plano, nomeadamente na própria delineação, já o público em geral que é, para estes efeitos, considerado um *stakeholder* terciário, será de convocar apenas numa fase primeiríssima (a tal subfase do pré-plano), para que preocupações da comunidade sejam tidas em conta e contribuições, com conhecimentos específicos sobre a área, sejam consideradas e valorizadas na criação do plano e num momento posterior ao desenvolvimento do plano e antes de ser considerado completo, *e.g.* consulta pública. De todo o modo, no que aos *stakeholders* secundários e terciários respeita, apenas *in casu* se poderá dizer quais são as fases e, em especial em que momento de cada fase, deverão estar envolvidos pois, determinada área, pelas características endógenas, poderá prestar-se a uma participação reforçada. Ora, esta questão dependerá sempre das obrigações legais e dos concretos responsáveis pelo plano (que preparam, por exemplo, a própria lista de critérios para identificação de *stakeholders* na operação de *análise de stakeholders*). É que se a participação pública é amplamente reconhecida e incentivada, por falta de coordenação e estabelecimento de prioridades, diversas vezes “*resort to a top-down, or deficit model of consultation*”³⁹.

3. O Ordenamento do Espaço Marítimo da União Europeia e a Base para um Ordenamento Nacional Participado: Comentário à Participação Pública Prevista na Diretiva 2014/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014, que estabelece um Quadro para o Ordenamento do Espaço Marítimo

Da matéria da participação pública que é, di-lo a própria Diretiva Quadro para o Ordenamento do Espaço Marítimo (Diretiva 2014/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014), de agora em diante Diretiva, mais do que um princípio, um *requisito mínimo* (artigo 6.º, d)), vem o legislador tratar no artigo 9.º, 1. Enuncia este que *os Estados-Membros estabelecem métodos de participação pública, informando todas as partes interessadas e consultando as partes e as autoridades interessadas, bem como o público envolvido, numa fase inicial da elaboração dos planos de ordenamento do espaço marítimo, em conformidade com as disposições pertinentes estabelecidas na legislação da União*.

Se a ideia da antecipação que é, como vimos, cara à participação pública, se encontra plasmada, conforme ao sublinhado pela Convenção de Aarhus, já o mesmo não podemos dizer de outros elementos que, vimos *supra*, deveriam constar de uma formulação completa, como a *variedade e frequência*, pelo que a Diretiva peca, logo aqui, por defeito⁴⁰. Lembrando DOUVRE e POMEROY, a participação pública deverá constar das fases do planeamento, apreciação do plano, implementação do plano e, ainda, pós-implementação do plano (monitorização). Ora, uma vez que a Diretiva indica especificamente *elaboração*, parece que apenas se refere à primeira das quatro fases do plano. Por outro lado, assumindo esta remissão, não específica em que momento (subfase) da primeira fase, pretende a inclusão da participação do público. Numa primeira leitura aparenta remeter para a subfase do pré-plano, o que respeita a tal ideia de colocação da participação pública num momento o mais a montante possível, que defendemos. Mas, como se apressa o legislador comunitário a

e explicava que esta gradação permite “*understand the increasingly strident demands for participation from the have-nots as well as the gamut of confusing responses from the powerholders*”, ARNSTEIN, Sherry R., *A Ladder of Citizen Participation*, in JALP, Vol. 35, n.º 4, Julho 1969, pp. 216-224.

³⁹ JARVIS, Rebecca M., *et al.*, *Citizen science and the power of public participation in marine spatial planning*, in *Marine Policy*, n.º 57, 2015, pp. 21 a 26, p. 21.

⁴⁰ *Vide* art.º 6.º, 3 da Convenção de Aarhus.

acautelar que todo o processo será feito em conformidade com as disposições pertinentes estabelecidas na legislação da União Europeia, o que nos remete para a análise da Diretiva n.º 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente, percebemos que, na verdade, a Diretiva acaba por redundar na tradicional *consulta pública*. É que para este mesmo momento remete a Diretiva 2003/35/CE, art.º 2.º, 2, b)⁴¹, pelo que nem a fase da antecipação parece ser cara à Diretiva.

Note-se ainda o seu carácter por demais vago quando indica tão-só *estabelecem métodos*. Como temos vindo a notar, com pesar, uma das grandes dificuldades com que a participação pública se depara, prende-se com a dificuldade em determinar com exatidão *como* pode ser operacionalizada. Pese embora a natureza e funções clássicas deste instrumento de Direito da União Europeia, a função pedagógica deverá estar sempre presente na atividade do legislador comunitário pelo que, na transposição para o direito interno, exemplos concretos de formas de participação, apresentar-se-iam fundamentais. Assim, várias formas, *e.g.* não convencionais, merecem destaque como *workshops*, eventos e reuniões para grupos de *stakeholders* específicos, reuniões *one-to-one*, criação de *newsletters* e utilização de *social media*).

Também a formulação no que à própria *identificação de stakeholders* respeita, não nos parece a mais feliz. É que, e mantendo a assunção de que a Diretiva faz a tal remissão para a fase de consulta pública pós delineação, a distinção entre *parte interessada* e *público envolvido* não terá razão de ser, quando se pretende a tal abordagem holística e integradora, que a *ecosystem-based approach* propõe, na medida em que esta fase pretende a inclusão de todos os cidadãos.

A letra prossegue particularmente incuidada nesta matéria no número dois do mesmo artigo que se refere à disponibilização dos planos imediatamente após a conclusão, com a inclusão da expressão *relevantes (os Estados-Membros asseguram igualmente que as partes interessadas relevantes, as autoridades e o público envolvido tenham acesso aos planos logo que estes estejam concluídos)*. Com efeito, a Diretiva preocupa-se em assegurar que, uma vez prontos, os planos são levados imediatamente ao conhecimento do público interessado. No entanto, nenhuma menção é feita à importância de a participação ser *tomada em conta* pelos órgãos decisores⁴². Ora se, por acesso aos planos logo que concluídos, entendermos o ato da publicação que é um princípio quase óbvio, e dada a aposta do legislador em ser sintético nesta matéria, parece que levar imediatamente ao conhecimento do público que participou, *respostas* adequadas quanto às propostas que surgiram dessa mesma participação e, bem assim, a *motivação* para escolha, para o colher ou não, dos elementos surgidos da participação pública, é mais importante, nesta sede, ver vertido na Lei, do que aquele primeiro aspeto.

4. Experiências e Tendências Comparadas: o Caso Inglês e o Caso Português

Há países que demonstram tendência para o ativismo e participação pública. O Reino Unido conta-se de entre esses. Factos históricos explicam-na⁴³ e factos quotidianos comprovam-na, nas experiências empíricas mais mundanas⁴⁴ mas, essencialmente, em projetos em que

⁴¹ “...público tenha o direito de exprimir as suas observações e opiniões, quando estão abertas todas as opções, antes de serem tomadas decisões sobre os planos e programas;”

⁴² Esta preocupação não escapa à Diretiva 2003/35/CE, art.º 2.º, d).

⁴³ Vejam-se os movimentos religiosos Calvinistas durante o século XVII, especialmente na Escócia.

⁴⁴ Notem-se os resultados relativos à abstenção de entre os eleitores registados, em eleições periódicas, de 34% (2015) e 35% (2010).

comparamos o panorama participativo Europeu⁴⁵. Outros países, como Portugal, apresentam um intrincado fenómeno de *sub-participação crónica*⁴⁶. Como compreender este fenómeno social é uma questão que gostaríamos de pensar, mas ultrapassa o escopo do nosso estudo. O que pretendemos é, tão-só, uma sumária incursão comparada pelos enquadramentos legais dos dois Estados-Membros referidos para aferir do esforço feito, ou não, pelo legislador, no sentido de promover a participação pública efetiva, *i.e.* levar a cabo a transferência do ónus da *iniciativa* de participação do cidadão para a Administração, obrigando esta última a, mais do que permitir, assegurar o início de processos participativos, a que se referem RICHARSON e RAZZAQUE, criando uma *sistematização da participação*⁴⁷. É que o Estado chamaria a si a *iniciativa* no que à promoção da participação pública diversa diz respeito, ao invés de esperar o ativismo e sensibilidade dos *stakeholders*, que nem sempre acontece. As razões da nossa eleição quanto aos Estados Membros prendem-se essencialmente com o facto de (a) serem dois Estados-Membros cuja economia marítima tradicional, e bem assim sectores emergentes relacionados, é forte, não fosse a situação geográfica a isso mesmo propensa (b) apresentarem uma abordagem idêntica, própria, paralela à abordagem integrada da União Europeia (antecipando-se, aliás, a esta), mas estádios de desenvolvimento díspares, no que ao OEM diz respeito, permitindo uma análise comparada e (c) apresentarem tradições constitucionais e sistemas jurídicos diversos que conduzem a níveis de participação pública diferentes.

4.1 O caso do Reino Unido

O Reino Unido trata-se de um líder internacional no desenvolvimento formal do OEM⁴⁸, pelo que um estudo do seu caso, só poderá apresentar-se valioso para o desenvolvimento da matéria noutros Estados. Aqui, o OEM é encarado como tratando-se de uma *ferramenta* que assegura uma abordagem integrada e consistente, no que à distribuição temporal e alocação espacial das atividades humanas, nos espaços marítimos nacionais, respeita. Em 2004, o DEFRA (*Department for Environment Food & Rural Affairs*) criou um plano a cinco anos versando a matéria, no qual enfatizava três dimensões essenciais que não se alteraram entretanto: (a) vasto envolvimento de *stakeholders*; (b) promoção de desenvolvimento sustentável e (c) desenvolvimento à escala regional.

O desenvolvimento da política teve os seus pontos altos na publicação do *Marine Coastal and Access Act* 2009⁴⁹, de agora em diante *Marine Act*, da Declaração de Política Marinha, 2011 e na criação de uma Estratégia para uma Zona Integrada de Gestão Costeira, de uma rede de Áreas Marinhas Protegidas (AMP) e de um sistema de planeamento marinho⁵⁰. O *Marine Act*, motivado por pressões relativas aos crescentes conflitos entre utilizadores e fundado no Livro Banco A Sea

⁴⁵ Assim, *Summary Results - Stakeholder Consultation on MSP and ICZM*, não obstante os níveis, em geral baixos de respostas obtidas (total de 225), o maior número de respostas veio do RU (46), contra por exemplo, as 11 portuguesas ou 13 alemãs, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/msp/summary-results-of-msp-questionnaire_en.pdf, Acesso em 23 de novembro de 2015.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandra, *Estudo (ilustrado) sobre cidadania europeia - do direito ao dever de participação no domínio das águas*, in *Debater a Europa*, n.º 10 Janeiro/Junho 2014, pp. 49 a 73, p. 56.

⁴⁷ RICHARDSON, Benjamin J. e RAZZAQUE, Jona, *Public Participation in Environmental Decision-Making*, in *Environmental Law for Sustainability: A Reader*, Oxford, 2006, pp. 165 a 194, p. 193.

⁴⁸ Sobre a matéria, KIDD, Sue e ELLIS, Geraint, *From the Land to Sea and Back Again? Using Terrestrial Planning to Understand the Process of Marine Spatial Planning*, in *Journal of Environmental Policy and Planning*, Volume 14, número 1, Março de 2012, pp. 49 a 66.

⁴⁹ Em vigor na Inglaterra e no País de Gales, sendo acompanhado por medidas similares na Escócia (*Marine Act 2010*) e na Irlanda do Norte (*Northern Ireland Marine Bill*). Para mais sobre o processo de descentralização administrativa do Estado, entre outros, MACKINNON, Danny, *Devolution, State Restructuring and Policy Divergence in the UK*, in *The Geographical Journal*, Vol. 181, n.º 1, março 2015, pp. 47 a 56.

⁵⁰ KIDD, Sue e ELLIS, Geraint, *From the Land to Sea and Back Again?...Op. Cit.*, p. 53.

Change, 2007, criou a *Marine Management Organization* (MMO)⁵¹ e tem como objetivo essencial a coordenação de esquemas regulatórios para a gestão das funções e atividades marinhas⁵².

No que à participação pública concretamente respeita⁵³, veja-se o *schedule 5*, sobre a observância das Declarações de Participação Pública (SPP) (parágrafos 4, 5 e 6) e das consultas públicas (7 a 13). Indica o para. 4., sub-para. 2. que “*an SPP is a statement of the policies settled by the relevant authorities for or in connection with the involvement of interested persons in the preparation of the relevant document*”, esclarecendo no sub-para. 4., o entendimento que deverá ser dado ao conceito de interessados (“*any persons appearing to the relevant authorities to be likely to be interested in, or affected by, policies proposed to be included in the relevant document, and (b) members of the general public*”). O SPP, preparado e publicado em fase *ante* ao planeamento⁵⁴ trata-se de um documento salutar, na medida em que organiza e sistematiza a participação pública, de acordo com as fases do plano.

Mas centremo-nos no Plano Marinho relativo à Área Costeira e Alto-Mar Este (EIEOMP), DEFRA, 2014, o primeiro aprovado dos onze previstos no País⁵⁵. Este plano ocupa as áreas que se estendem entre Flamborough Head, Yorkshire e Felixtowe, Suffolk, numa área total de 58, 700km², com elevada concentração de atividade industrial relacionada com o mar⁵⁶ (e.g. produção de gás, petróleo e energia eólica⁵⁷), compreendendo a zona *offshore* e *inshore*. Sobre este último ponto note-se, e ao contrário da opção tomada pela Diretiva, que o tratamento a dar, e bem, é *uno*, não obstante o *Marine Act* prever aqui duas áreas distintas, sendo de identificar o mesmo grupo de *stakeholders* a envolver⁵⁸.

O que dizer da participação pública a respeito deste plano? O SPP surgido a propósito apresenta-se esclarecedor⁵⁹. A natureza inclusiva do documento é facilmente perceptível⁶⁰ e o conceito de interessado é primeiramente entendido *lato sensu*⁶¹, não obstante elenco, não exaustivo e assumidamente incompleto, das entidades que se consideram interessadas, feito *a posteriori*⁶².

⁵¹ Que se trata de um *quango* (ONG quasi-autónoma), organismo não eleitoral, buscando a sua legitimidade democrática junto da resposta direta que dá ao governo. Para mais sobre as principais responsabilidades da MMO, vide BOYES, S.J. e ELLIOTT, M., *The excessive complexity of national marine governance systems – Has this decreased in England since the introduction of the Marine and Coastal Access Act 2009?*, in *Marine Policy*, n.º 51, 2015, pp. 57 a 65, pp. 61 e 62.

⁵² LOWTHER, Jason e RODWELL, Lynda D, *IFCAs: Stakeholder Perceptions of Roles, and Legal Impact*, in *Environmental Law Review*, n.º 15, 2013, pp. 11 a 26.

⁵³ Sobre outras matérias, nomeadamente entendimento a dar à área marinha, na esteira da abordagem ecossistémica que se pretende, vide *secção 42.º do Marine Act*.

⁵⁴ *Schedule 6, para. 5., sub-para. 1.*

⁵⁵ Para consultar o faseamento relativo a todos os planos em curso <https://www.gov.uk/government/collections/marine-planning-in-england>.

⁵⁶ Para pormenores sobre as atividades desenvolvidas, conferir o documento final, *East Inshore and East Offshore Marine Plans, DEFRA, abril, 2014, pp. 15 e 16*.

⁵⁷ Em particular *offshore*. De extremo relevo nesta matéria afigura-se o caso *Dogger Bank*, relativo à criação de um parque de energia eólico *offshore*, que obteve licença para implementação em fevereiro do corrente. Particularmente interessante no caso foi a participação pública, que se iniciou em abril de 2010, na fase inicial do projeto, cujo relatório está disponível em <http://www.forewind.co.uk/uploads/files/dogger%20bank%20step%20final%20published%20v3.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2015.

⁵⁸ Assim, FLETCHER, Stephen e POTTS, Jonathan, *Ocean Citizenship: An Emergent Geographical Concept*, in *Coastal Management*, n.º 35, 2007, pp. 511 a 524, p. 263.

⁵⁹ Versão de agosto de 2013. Primeira publicação ocorrida em abril de 2011 e primeira revisão em maio de 2012. Note-se que a mais recente versão, introduzida em março de 2015, após publicação do plano final, apenas atualiza o documento, no que à participação pública na fase de monitorização do plano, respeita. Declaração sobre Participação Pública do Plano Marinho relativo à Área Costeira e Alto-Mar Este, p. 6., disponível em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/312377/east_final_spp_august2013.pdf, Acesso em 17 de novembro de 2015.

⁶⁰ E.g. o foco no aspeto da transnacionalidade que o projeto convoca (*fronteiras com França, Holanda e Bélgica*).

⁶¹ Declaração sobre Participação Pública...*Op. Cit.*, p. 2.

⁶² *Ibidem*, p. 7.

O SPP responde às três questões fundamentais nesta matéria, sobre as quais nos detínhamos *supra*, a saber o *quem*, *quando* e *como*, mostrando clareza quanto aos propósitos visados e focando que o envolvimento dos *stakeholders* será de levar a cabo em todas as fases do plano, *e.g. fase do planeamento, fase de apreciação do plano, fase de implementação do plano e fase de pós-implementação do plano*.

Respondendo ao *quem*, e não obstante a abertura a todos os *stakeholders*, foram identificados como *stakeholders* primários, os representantes dos seguintes setores: indústria de aquacultura, portuária ou mercante; indústria de telecomunicações, defesa e segurança nacional; produção energética e desenvolvimento de infraestruturas, comunidades⁶³; autoridades locais e membros eleitos; associações marinhas de conservação ou outro e atividades de recreação e turismo. Com efeito, surge explícito no SPP que se pretende a inclusão de determinados grupos e indivíduos, representantes dos interesses de cada setor, em todo o processo de planeamento.

Já no que ao *quando* respeita, foi proposta uma tabela que indica métodos de inclusão de *stakeholders*, por fase. Não obstante esta abordagem que foca a participação ampla e antecipada nota-se que as diferenças entre *stakeholders* deverão ser tidas em conta, referindo-se que inclusão em determinadas fases, poderá não ser apropriado para todos. Com efeito, como lembram POMEROY e DOUVERE, “*too many stakeholders can create administrative and resource allocation problems. It is important that the final stakeholders involved be well-balanced*”⁶⁴.

Já a resposta ao *como* foi dinâmica e adaptável, preocupada em efetivamente levar à compreensão dos vários grupos, toda a informação necessária ao projeto, num total de 157 iniciativas de reuniões bilaterais ou individuais com grupos identificados de *stakeholders*, sessões *drop-in* e *workshops*, para que as contribuições fossem possíveis, em todas as fases⁶⁵.

Uma nota para o esforço relativo à efetividade da participação, uma vez que o entendimento a ser dado a *engagement*, não se prende apenas com a ideia de informar, mas *assegurar* que a participação pode, de facto, ocorrer⁶⁶.

Por fim dois aspetos tocantes às questões que temos vindo a privilegiar, resultam claros: por um lado a tomada em conta da participação pública e por outro a questão da antecipação. Destarte, à data da primeira publicação do SPP, *i.e.*, ainda na fase do pré-plano, haviam já sido conduzidos três *workshops* com *stakeholders*, em Hull, Norwich e Peterborough, no sentido de obter da comunidade respostas quanto às formas como se pretende incluir os *stakeholders*, na própria visão do plano, e como será estabelecida a comunicação, iniciativa de saudar⁶⁷. Já a propósito da *formal consultation*, que ocorreu no Verão de 2012 (12 semanas), o SPP indica que “*the responses will be analysed and a summary report will be produced detailing any comments made and published on our website. This report will also set out any changes made to the plans, any changes that weren’t made and the reasons why. Everyone who submitted a response will be notified when it is published*”⁶⁸.

O processo durou quatro anos e, de facto, podemos concluir, envolveu *stakeholders* não apenas numa *fase inicial*, de *scooping*, mas durante *todo o processo*, tal como previa o SPP, tendo aqueles sido tratados como *equal partners*⁶⁹.

⁶³ Tomando em consideração o *Localism Act, 2011*.

⁶⁴ POMEROY, Robert e DOUVERE, Fanny, *The engagement of stakeholders...Op. Cit.* p. 819.

⁶⁵ Vide, *East Marine Plan Areas: Evidence and Issues Report*, MMO, 2014, pp. 12 e ss.

⁶⁶ “*Via our website, we will confirm the exact timings of each stage of the plan making process so that stakeholders are clear on future stages of marine plan production and when they will occur. We will keep you up to date on general marine planning progress via electronic newsletters, printed newsletters, emails, web updates, and press and media coverage*”. *Ibidem*, p. 10.

⁶⁷ Todavia a adesão a estes não foi particularmente elevada. Apenas se contaram 98 pessoas nos três eventos. *Ibidem* p. 6.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ São os próprios *stakeholders* que o consideram, pelo que não mais justa poderia ser a avaliação. Com efeito, em resposta à questão: *the MMO has taken all reasonable steps to engage with people or groups with an interest*

4.2 O caso Português

Não obstante esperado para 2014, o quadro internacional relativo à ordenação final do espaço marítimo português⁷⁰ parece tardar⁷¹, o que não impede avanços internos na matéria⁷², em consonância com o visto no caso inglês e acompanhando a tendência europeia, realidades a que *supra*, nos referíamos.

Ao invés de adaptar o regime existente (e.g. fazendo uso da POET⁷³), Portugal optou pela adoção de uma lei *ex novo* para atingir o tal *reposicionamento estratégico e psicológico*⁷⁴, nesta matéria. Destarte, a aprovação da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, que estabelece as bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional⁷⁵, de agora em diante LBOGEM, e do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março que a desenvolve, constituem os documentos essenciais nesta matéria. Como vamos focar-nos apenas na participação pública que preveem, constituindo, juntos, o quadro para que este instituto se opere nesta sede, vamos abster-nos de um comentário exaustivo aos documentos, em paralelo com feito *supra*, em relação ao caso inglês⁷⁶.

Teçamos, ainda assim, algumas considerações sobre os pontos cardeais de ambos. Depois de ficar assente, no art.º 1º da LBOGEM, o objetivo de estabelecer as bases da política de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional, a que subjaz o diploma⁷⁷, define-se,

in marine planning in the east as outlined in the approved statement of public participation, 59% dos inquiridos responderam afirmamente. Conferir, *East Inshore and East Offshore Marine Plans Modifications – Overview and Summary of Consultation*, abril 2014, p. 8.

⁷⁰ Há data que escrevemos, decorre junto da Divisão de Assuntos do Oceano e Direito do Mar das Nações Unidas (DOALOS), projeto que prevê a extensão da plataforma continental (art.º 76º da CNUDM) até às 350 milhas e, bem assim, da zona económica exclusiva (art.º 56º e ss da CNUDM), preparado pela Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC), conforme ao disposto no art.º 4º do anexo II da CNUDM. Sobre a matéria, entre outros, COELHO, Paulo das Neves, *O Processo de Extensão da Plataforma Continental, in Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental, EMEPC, 2006, pp. 44 a 49.*

⁷¹ Esperada para 2017. Neste sentido vai a EMEPC em <http://www.emepc.pt/a-submissao-portuguesa>, Acesso em 24 de novembro de 2015.

⁷² Não vamos nesta sede referir-nos à participação pública em sede de Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo (POEM) uma vez que, parece-nos, este plano, a considerá-lo, releva meramente como um simples levantamento inicial, um motor, para a política que se enseja. Ademais, é o próprio POEM que prevê a criação de mais cinco planos. Sobre a matéria, nomeadamente a propósito da pobre participação pública que se deu *in casu*, por todos, CALADO, Helena e BENTZ, Julia, *The Portuguese Maritime Spatial Plan, in Marine Policy, n.º 42, 2013, pp. 325 a 333.*

⁷³ De facto, podia ter optado por esta via e o momento era até oportuno, na medida em que a matéria foi também revista, tendo sido publicada a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, que estabelece as Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBPOTU).

⁷⁴ PITTA E CUNHA, Tiago, *A Importância Estratégica do Mar para Portugal in Publicações Instituto de Defesa Nacional, Verão 2004 n.º 108, 2.ª série, pp. 41-52.*

⁷⁵ No seio da Estratégia Nacional para o Mar (ENM) 2013-2020, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2014.

⁷⁶ Interessantes para uma compreensão da LBOGEM, MIRANDA, João, *O papel do novo quadro legal do Ordenamento do Espaço Marítimo, intervenção proferida na conferência “O Mar no Direito Europeu e a Política Marítima Europeia”, realizada em 29 de maio de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Parecer do Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável (CNADS) sobre a Proposta de Lei nº 133/XII, que estabelece as Bases da Política de Ordenamento e da Gestão do Espaço Marítimo Nacional; os comentários e elementos para reflexão do CNADS sobre o Projeto-Lei que desenvolve a LBOGEM, disponíveis em http://www.cnads.pt/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=71&itemid=84, Acesso em 11 de novembro de 2015 e NORONHA, Francisco, *O Ordenamento...Op. Cit., pp. 139 e ss.**

⁷⁷ Talvez para colmatar a falta de exposição de motivos, tal como prevista na proposta de Lei n.º 133/XII, que o legislador optou por simplesmente não incluir na versão final, mas cuja manutenção, parece-nos, não teria sido, de todo, despendianda, em especial no que à facilitação da participação pública diz respeito, é interessante notar o acrescentar de um número (2) na versão final, que define o objetivo da lei (visando assegurar uma adequada organização e utilização do espaço marítimo nacional, na perspectiva da sua valorização e salvaguarda, tendo como finalidade contribuir para o desenvolvimento sustentável do País).

de acordo com a CNUDM, o entendimento por Espaço Marítimo Nacional⁷⁸. Naturalmente, será de saudar a iniciativa de o legislador em, à cabeça do elenco dos princípios do OEM⁷⁹ que apresenta no art.º 3.º, focar a abordagem ecossistémica, mostrando-se assim consonante com a tendência europeia, como aliás já o faz o *Marine Act*⁸⁰. Todavia, o mesmo elenco não inclui uma menção à participação pública que, vimos, é um princípio estruturante nesta matéria e, por isso, mais do que um objetivo, tal como o legislador o qualifica (art.º 4.º, 3). Tomando esta opção, anda aliás o legislador contra própria ENM⁸¹, sua bússola nesta sede.

Muito embora o dispositivo 11.º não verse diretamente a matéria da Participação Pública, não poderá deixar de ser comentado na medida em que estabelece os critérios para resolução de conflitos de utilização, surgidos em áreas ou volumes cobertos por certo *plano de afetação*⁸², o que afeta a matéria que tratamos. Começa o legislador notando que se refere apenas à fase de *elaboração dos planos*, erradamente, a nosso ver, se pretende a tal gestão adaptativa que propõe nos princípios⁸³. Por outro lado, indica dois critérios para a resolução: “a maior vantagem social e económica para o País, nomeadamente pela criação de emprego e qualificação de recursos humanos, pela criação de valor e pelo contributo para o desenvolvimento sustentável”⁸⁴ e a “máxima coexistência de usos ou atividades”. Ora, parece que se a intenção do legislador fosse promover a participação pública, pelo menos na fase de elaboração dos planos, era fundamental que uma alínea a ela dedicada, ou um *corpus* mais claro da alínea a), não se lhe escapasse, no sentido de sublinhar que terá que ser tida em conta a participação pública na hierarquização das atividades a desenvolver.

Mas é o artigo 12.º, sob a epígrafe, Direito de Informação e Participação, que merece a nossa especial atenção. A redação inicia-se indicando, no número 1, que *todos os interessados têm direito a ser informados e a participar nos procedimentos de elaboração, alteração, revisão e suspensão dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional, designadamente com recurso a meios eletrónicos*. Em primeiro lugar é de saudar a inclusão das quatro fases fundamentais em que a participação deve estar presente, ao contrário do que havia feito a Diretiva. Por outro lado, sabendo que o conceito de *interessado* nesta matéria é particularmente custoso de densificar, como desacompanhado de uma elucidação quanto ao entendimento a ser dado a interessado, teria sido mais prudente uma simples omissão desta expressão (como aliás é feito, e bem, pela Lei de Bases do Ambiente⁸⁵). O legislador exemplifica ainda uma das formas que poderão ser usadas. Com efeito, como vimos a propósito das considerações relativas à Diretiva, é importante que se perceba *como* poderá ser desenvolvida a participação pública pelo que, não obstante vaga, insuficiente e pouco criativa, é de elogiar a opção do legislador. É que a menção à democracia *online* parece potenciar a vertente da *continuidade*, não apenas nas fases formais, mas durante todo o processo. Prossegue no número dois, tautológico diga-se⁸⁶, no que às garantias nesta

⁷⁸ Art.º 2.º.

⁷⁹ cuja leitura será de conjugar com os previstos na Lei de Bases do Ambiente, Lei n.º 19/2014, de 14 de abril.

⁸⁰ Outros princípios são visados, como o princípio da gestão adaptativa, o princípio da cooperação transfronteiriça, entre outros. Para mais sobre a matéria *vide supra* nota de rodapé 17.

⁸¹ Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020, p. 57.

⁸² Sobre os instrumentos eleitos para o OEM, a saber, os planos de afetação e os planos de situação, conferir art.º 7.º e ss.

⁸³ Art.º 3.º b).

⁸⁴ Não podemos deixar de notar que se trata uma das normas que mais claramente revela a intenção excessivamente economicista do legislador na versão final do instrumento, impermeável aos valores previstos na ENM. Com efeito, a redação da Proposta, no art.º 11.º, 1 a), limitava-se a referir a “maior vantagem económica”. A este propósito *vide*, NORONHA, Francisco, O Ordenamento...*Op. Cit.*, p. 152.

⁸⁵ Art.º 6.º.

⁸⁶ Reforçando desnecessariamente as quatro fases em que a participação deverá estar presente.

matéria respeita. Aqui, estranhamente e sem paralelo⁸⁷, elenca extensamente as entidades⁸⁸ que deverão participar⁸⁹ e refere-se à garantia de existência de um *processo de discussão pública* (alínea e). Quererá com isto dizer o legislador que a participação, será de remeter apenas para o momento de *discussão pública*? Parece que sim, na medida em que na alínea f), a propósito da publicação do projeto de instrumento, bem como pareceres e propostas, se refere unicamente àqueles que foram obtidos na discussão pública. Ora, tal redação revela uma atitude em nada inovadora face à postura formal, unicamente interessada em *ticking boxes*, a que o legislador nos tem vindo a habituar, em matéria de participação pública. Não seria despidianda a previsão de um paralelo ao SPP que elogiávamos *supra*, de modo a organizar, facilitar e incentivar o desenvolvimento da participação ao longo da vida do plano, acrescentando-se, eventualmente, *uma fase do pré-plano*⁹⁰, para assim se alcançar também, e plenamente, a vertente da *antecipação*. É que desta feita todos os interessados, incluindo o público em geral, saberiam quando e como poderiam participar, exprimindo a análise de *stakeholders* que apresentávamos *supra*.

Por fim, da leitura do n.º 3 do mesmo apenas se nos oferece dizer que tal como a Diretiva, a Lei indica a necessidade de publicar o instrumento em Diário da República, mas nada diz a propósito da questão fundamental da *tomada em devida conta* da participação que se apresentaria crucial para uma participação efetiva.

Voltemos agora a nossa atenção para o Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de Março, que vem desenvolver o regime jurídico aplicável quer ao ordenamento do espaço marítimo nacional e ao seu acompanhamento permanente e respetiva avaliação técnica, quer à utilização desse espaço essencialmente, através da criação do regime de elaboração, aprovação, alteração, revisão e suspensão dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional (planos de situação e afetação) e do regime jurídico aplicável aos títulos de utilização privativa do espaço marítimo nacional⁹¹. De novo no que à participação pública respeita, é bem mais feliz a redação dada aqui pelo legislador, se comparada com a Lei de Bases. Senão vejamos: por um lado, autonomiza o Direito à participação (art.º 8.º), em face do Direito à informação (art.º 7.º). Já sabemos que são complementares, mas de facto é importante um tratamento distinto para enfatizar momentos e responsabilidades separadas. Por outro lado, o legislador mostra-se bem mais inclusivo indicando, no número 1, que “todos os cidadãos, bem como as associações científicas, profissionais, sindicais e empresariais, direta ou indiretamente associadas às atividades marítimas, têm o direito de participar na elaboração, alteração, revisão e avaliação dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional” e esclarecendo, no número dois, que “o direito de participação...compreende a possibilidade de formulação de sugestões e pedidos de esclarecimento ao longo dos procedimentos de elaboração, alteração, revisão e avaliação dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo nacional, bem como a intervenção na fase de discussão pública que precede obri-

⁸⁷ Com efeito nem a Lei de Bases do Ambiente (art.º 6.º), nem a LBOTU (numa interessante construção prevista nos art.º 6.º, 2), operam semelhante.

⁸⁸ Acrescentando ainda as alíneas b) e d), que não constavam da Proposta de Lei.

⁸⁹ Alíneas a) a d). É aqui notório o esforço que legislador faz no sentido de agregar todas as entidades públicas potencialmente envolvidas, bem como associações científicas, profissionais, sindicais e empresariais, direta ou indiretamente associadas às atividades marítimas, numa expressão da visão holística propugnada nesta matéria. Mas fá-lo de forma confusa, pelo que deveria manter-se sucinto, nesta Lei de Bases e desenvolver a matéria em outra sede. Sobre a matéria MIRANDA, João, *O papel do novo quadro legal...Op. Cit. pp. 5 a 7*.

⁹⁰ Neste sentido, mas tão-só no que à elaboração e planos de urbanização e planos de pormenor, respeita, vai o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, nos seus artigos 88º e 89º, sob as epígrafes, Participação e Discussão Pública, respetivamente, assim, fazendo notar que a primeira é mais vasta que a segunda.

⁹¹ Art.º 1.º, 1 a) e b).

gatoriamente a respetiva aprovação”. No entanto, prova posteriormente aquela que era a sua intenção, já alinhavada na Lei de Bases, de fazer funcionar a participação pública *apenas sucessivamente*, no momento de discussão pública, posterior à elaboração do plano. É que o art.º 17.º, a propósito da participação pública no procedimento de elaboração planos de situação⁹², refere explicitamente que “findos os procedimentos referidos... a entidade responsável... procede à abertura de um período de discussão pública”. Além disto, parece que o período de discussão pública não será precedido de um período de preparação dos *stakeholders*, para que a mesma seja profícua. Por fim, comparando ainda com o caso inglês, em que o período de *consultation* se alonga por doze semanas, o legislador português opta pelo período não inferior a trinta dias. Além de curto no seu mínimo, deixa à consideração das entidades aquele que será o período a final dado a este momento, assim impedindo a tal *sistematização*, que tomávamos como imprescindível *supra*⁹³, tornando a participação pública, não mais do que uma *graça* ao estilo iluminado.

Deste modo, não só não elabora um guia para participação pública (em paralelo com o SPP inglês), com especial atenção para uma subfase do pré-plano, que defendemos *supra*, em que a participação de todos é fundamental, como acaba para a remeter para um momento em que a participação é, de certo modo, *menos pertinente*, afetando-se o *due account*⁹⁴. Assim, com LIA VASCONCELOS, notamos, com pesar, que o legislador “quando se especifica, segue os modelos tradicionais”⁹⁵.

Parece pois que no início desta empresa, e pela análise das leis que a sustentam, não podemos esperar ver o cidadão tratado como um *equal partner* na tomada de decisão. Com efeito, é improvável, no que à participação pública no planeamento português respeita, um corte com a consideração enquanto mera formalidade, atitude que CALADO e BENTZ repreendem⁹⁶.

Conclusão

Indica-nos LUCAS que “*participation has come into vogue*” e “*like many vogue words, it is vague*”⁹⁷. Com efeito, a definição do instituto está longe de se apresentar líquida. Mas mais ou menos amplas, mais ou menos felizes, definições lá vão surgindo; custoso, isso sim, é *operacionalizar* um conceito que, essencial que é, se apresenta passível de críticas diversas, por vezes severas. Estudos de caso como o que aqui utilizamos, colhendo do tema do Ordenamento do Espaço Marítimo Sustentável, auxiliam-nos na abordagem da matéria. Tendo presentes os elementos que fazem operar a participação pública, em todas as fases fundamentais da vida do plano, nomeadamente nas fases de elaboração, avaliação, implementação e pós-implementação destacamos, na esteira da literatura entendida na matéria, aqueles que nos parecem mais importantes para fazer operar a participação pública de forma sistemática, a saber a *antecipação* e a *tomada em devida conta* das opiniões e comentários.

Ora, fazendo uso de uma noção amplíssima de público, a colocação a *montante* da participação na tomada de decisão, numa que chamaríamos de *subfase de pré-plano*, responsável pela criação da tal *visão de conjunto* relativamente ao OEM e, claro está, a tomada em

⁹² Que vale, *mutatis mutandis*, para os planos de afetação. Estes últimos podem surgir de iniciativa pública ou dos interessados (Arts.º 22.º e 30.º) e, uma vez aprovados, integram os primeiros, alterando-os (art.º 19.º).

⁹³ Vide nota de rodapé 47.

⁹⁴ Art.º 17.º, 4.

⁹⁵ VASCONCELOS, Lia, in *Relatório final do Debate MAR Português: Contributo para o Ordenamento Espacial*, Editado por FERREIRA, M.A., CALADO, H., PEREIRA DA SILVA, C. 2015, CICS.NOVA/FCSH-UNL e CIBIO/UAç. FCSH-UNL, Lisboa, Janeiro de 2015. 25 pp, p. 5.

⁹⁶ CALADO, Helena e BENTZ, Julia, *The Portuguese Maritime Spatial Plan...Op. Cit.*, p. 332.

⁹⁷ LUCAS, J. R., *Democracy and Participation*, Penguin Books, 1976, p. 136.

consideração das opiniões, que se consubstancia em responder adequadamente a *todos* os que participaram construtivamente no procedimento (o que nem se apresenta, hoje, particularmente difícil, se fizermos uso das tecnologias de informação e comunicação disponíveis) e o chamamento à própria delimitação do plano daqueles que têm um *interesse especial*, os *key stakeholders* (ultrapassando a dificuldade surgida a propósito da repartição do Direito de Propriedade nesta sede, através da *identificação de stakeholders*), com nova chamada de todos antes da aprovação, *e.g.* através de consulta pública (fase de avaliação) e o fomento da participação durante as fases de implementação (execução) e pós-implementação (*e.g.* revisão), surge, no nosso entender, uma forma possível de operacionalizar a participação pública em sede de tomada de decisão sustentável.

Por outro lado, uma análise comparada da experiência de OEM em dois Estados-Membros (Reino Unido e Portugal), não obstante se encontrarem em estádios de desenvolvimento do planeamento diferentes, leva-nos a concluir que: aquele organizou a participação pública de forma eficaz em momento anterior ao próprio início do planeamento, transferindo o ónus da iniciativa da participação pública do cidadão para a Administração, ao passo que, pela análise da legislação produzida pelo segundo (Lei de Bases, 2014 e Decreto-Lei de Desenvolvimento, 2015), podemos concluir que, ainda que numa primeira fase o legislador cumpra o requisito da continuidade, mas já não da antecipação e não se referindo sequer à ideia da tomada em devida conta, já numa segunda fase acaba por remeter a participação pública tão-só para a tradicional consulta pública, pelo que nem a ideia de continuidade fica, enfim, acautelada.

Palavras-Chave: Participação Pública; Ordenamento do Espaço Marítimo; Convenção de Aarhus; Cidadania; Abordagem Ecosistémica

Inês Roncha

*Mestre em Direito - Ciências Jurídico Políticas/
Menção em Direito Internacional Público e Europeu.*

Ministério dos Negócios Estrangeiros Portugêses (Estágio), Set. 2015-presente

As contratações públicas sustentáveis na realidade brasileira

Resumo

A discussão acerca das contratações públicas sustentáveis, tendo em vista sua relevância na indução de comportamentos socioambientalmente desejados, exige um debate amplo, capaz de noticiar a chegada oportuna de novas perspectivas conjuntamente com a quebra de alguns paradigmas consagrados na seara contratual, tudo isso com o fulcro de demonstrar a perfeita viabilidade jurídica da adoção de procedimentos dotados de critérios e regras de sustentabilidade no âmbito das contratações públicas.

*“Antes de começar, é preciso um plano,
e depois de planejar, é preciso execução imediata.”*
Sêneca

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este ensaio pretende delinear o panorama e as múltiplas possibilidades que envolvem a implantação efetiva do modelo de contratações públicas sustentáveis¹, em todos os níveis da estatalidade brasileira. Tal temática já se apresenta traduzida em medidas legislativas efetivas em inúmeros países, a exemplo do Canadá, Holanda, Bélgica, Reino Unido, Estados Unidos, Noruega, África do Sul, Coréia do Sul, Japão, Suécia, França, Alemanha, Áustria e Suíça, para citar os mais representativos no avanço deste modelo², que faz da União Europeia a entidade supranacional em que os critérios socioambientais, sugeridos como mecanismos de suporte às aquisições públicas, apresentam maior grau de regulamentação e efetividade³.

No caso do Brasil, a relevância e a atualidade desta questão esbarram na urgência de um debate maior que envolve o papel do Estado, enquanto prestador de serviço público, discutindo-se, sobretudo, sua eficiência prestacional. E, justamente sobre este viés prestacional, a discussão avulta de importância, na medida em que o Estado, personificado na figura de seus gestores, tem papel fundamental como elemento indutor de comportamentos socioeconômicos desejáveis na promoção de uma metodologia de consumo de produtos (bens e serviços) que seja reconhecido como ético⁴ e sustentável⁵.

¹ FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente, 2012, p. 85. Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. Activity Report. UNEP, 2011.

² BRASIL. Ministério do Meio ambiente. Agenda Ambiental da Administração Pública (A3P), 2009, p. 48.

³ COMISSÃO EUROPEIA. Environment Action Plan. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm>. Acesso em 24 nov 2014.

⁴ CIDAC. Consumo responsável. Disponível em: <http://www.cidac.pt/index.php/o-que-fazemos/comercio-e-desenvolvimento/consumo-responsavel/>. Acesso em 22 nov 2014.

⁵ SOUZA, Lilian Castro de. *Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis*, 2011, p. 103.

Em escopo mais amplo, a sociedade contemporânea assiste ao crescimento exponencial do número de eventos naturais de contornos catastróficos, fazendo a questão ambiental migrar das teses acadêmicas para o centro do debate econômico e social, a demonstrar a relevância e a urgência com que esta temática se apresenta. O caráter de globalidade e transversalidade das grandes questões ambientais é marca registrada nos fóruns atuais sobre o futuro da humanidade.

Sendo assim, um novo paradigma se apresenta. A percepção sistêmica da gravidade das questões ambientais, a exemplo dos cenários que envolvem as mudanças climáticas e o aquecimento global, além da gradativa escassez de recursos naturais, mais notadamente os hídricos, dentre tantos outros cenários adversos que se apresentam, nos conduz a uma profunda reflexão sobre o atual modelo de desenvolvimento. Tal reflexão se mostra extremamente densa, dado o teor de complexidade e multidisciplinaridade envolvido, além dos evidentes conflitos de interesses que a temática, de *per se*, suscita. Trata-se da transversalidade ínsita à temática ambiental na moderna sociedade de risco⁶.

Em decorrência dos cenários passados (identificados pelos estudos das condições atmosféricas dos últimos milhares de anos), os atuais e futuros apontam para uma crise ambiental, que sem precedente na história da humanidade, tem estreito liame lógico com a profundidade das transformações políticas e socioeconômicas experimentadas, notadamente, no decorrer da segunda metade do Século XX e neste início de ciclo do terceiro milênio.

Nesta perspectiva, é lugar comum questionar-se sobre o papel do Estado na socialmente desejada mudança desses cenários, particularmente pelo uso do seu poder de compras, enquanto medida indutora de comportamentos socioambientalmente sustentáveis⁷. Nesse ponto, a temática das licitações e contratações públicas sustentáveis se insere como um dos possíveis instrumentos dessa mudança, afirmando-se a necessidade de superação da visão meramente instrumental das licitações para assunção do papel de mecanismo indutor de políticas públicas⁸.

II. Poder público contratante: o papel do Estado brasileiro como agente indutor de comportamento socioambiental desejável

Neste ponto, questiona-se de qual ferramenta dispõe o gestor público para melhor identificar os produtos ou serviços que causam maior ou menor impacto sobre o meio ambiente? Quais produtos ou serviços privilegiam o menor consumo de matéria-prima e energia em seu processo de fabricação/prestação? Quais produtos possuem maior durabilidade, eficiência energética ou relação custo-benefício? Como tratar a descrição do objeto no termo de referência ou no projeto básico, a fim de que se adquira o bem ou serviço que melhor atenda a premissa do *melhor preço*, como proposta mais vantajosa? As iniciativas do Poder Público, materializadas mediante a edição de atos normativos (leis, decretos, portarias, instruções normativas e recomendações, por exemplo) são efetivas na proteção ambiental e na indução de comportamentos socioambientalmente sustentáveis?

É relevante anotar que o conceito de desenvolvimento sustentável, determinante para a valoração principiológica e para o consequente estabelecimento dos critérios mínimos de sustentabilidade⁹, foi erigido sobre as dimensões teóricas e premissas conceituais do termo *meio ambiente*, a privilegiar as diretrizes de prudência ecológica, de viabilidade

⁶ BECK, Ulrich. A Europa alemã: de Maquiavel a “Merkiavel”, 2014, p. 22-23.

⁷ SILVA, Viviane Vieira da. A utilização das licitações e contratações públicas como instrumentos jurídicos de proteção ambiental., 2012, p. 467.

⁸ Cfr: GARCIA, Maria da Glória F. P. D. Direito das Políticas Públicas. Coimbra, 2009. BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas públicas, 2006. BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no Estado Constitucional, 2007.

⁹ SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIN, Anna Carla Duarte. *Termo de Referência*, 2013, p. 113.

econômica e de relevância social. Na lição de Ignacy Sachs¹⁰, trata-se de ponderação¹¹ necessária e esperada, de conceito central e equidistante, entre o economicismo arrogante e o fundamentalismo ecológico.

Não resta dúvida de que a proteção do meio ambiente e a preservação dos recursos naturais, ponderada com a atividade econômica em prol da sociedade, figuram entre os mais legítimos aspectos do interesse público primário¹². Tal legitimidade está calcada na lógica de que o meio ambiente equilibrado constitui-se fator indispensável à manutenção, em bases dignas, de uma sadia qualidade de vida para toda a população. E é nesta senda que as contratações públicas sustentáveis tendem a ser o resultado do equilíbrio lógico e, conseqüentemente, prático entre os benefícios de um mercado competitivo e amplo em ofertas com efetiva proteção ambiental, oportunizando a promoção de uma economia ambiental inclusiva, que lastreadas em efetivas mudanças de paradigmas, resultará em grandes transformações de atitudes¹³.

O Estado brasileiro tem, nos ditames do art. 37, *caput* e inc. XXI, da Constituição Federal de 1988, sua diretriz legitimadora para o modelo de aquisições e contratações públicas, que a seu turno, está normatizado pelo teor da Lei nº 8.666/93¹⁴ e suas posteriores alterações, bem como da Lei nº 10.520/02¹⁵. Dentro desse circuito, a Emenda Constitucional nº 19¹⁶ (EC nº 19/98), modificou o regime e as disposições sobre princípios e normas atinentes à Administração Pública ao eleger, dentre outras providências, o princípio da eficiência¹⁷ como um dos elementos norteadores da atuação do Estado, enquanto instituição vocacionada à satisfação das necessidades sociais¹⁸ e ao zelo pelo interesse público¹⁹.

Desta feita, o Estado, para cumprir com eficiência a satisfação de tais interesses, precisa adquirir bens e contratar serviços, além de realizar obras de engenharia e de infraestrutura, fato que, tecnicamente, o coloca na qualidade de consumidor²⁰. Nesta condição, a Administração Pública, sob a égide da norma constitucional e do ordenamento jurídico infraconstitucional regulador da matéria, encontra terreno fértil para impor, melhor dizendo, para prover as contratações públicas de caráter regulatório apto a induzir o comportamento médio dos fornecedores²¹, no sentido de ver-se disponibilizado no mercado, amplo portfólio de produtos e serviços dotados de critérios socioambientais²².

É certo que a subordinação da Administração Pública aos ditames da lei, por observância ao princípio da legalidade estrita, deve ser analisada de forma sistêmica e estar coadunada com o papel legitimador da atuação do Estado, como agente transformador da realidade social²³. Transformação esta, operada mediante a implantação de políticas públicas, que no caso em tela, deve voltar-se ao fomento e à estruturação de um modelo de consumo público

¹⁰ SACHS. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, 2002, p. 54.

¹¹ Sobre a especificidade da teoria da ponderação de interesses: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2002.

¹² BRASIL. STF. ADI 3.540-MC. Rel: Min. Celso de Mello. *DJ*, 03 fev 2006.

¹³ FERREIRA. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun 1993..

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 jul 2002.

¹⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 jun 1998.

¹⁷ MOREIRA NETO. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, 2008, p. 112.

¹⁸ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado*, 1961, p. 117-118.

¹⁹ Cfr: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2010, p. 58-87. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 2014, p. 10-12, 121-122, 272-273, 613-614.

²⁰ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações & Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)*, 2012. p. 263-269.

²¹ FERRAZ, Luciano. *Função regulatória da licitação*, 2009.

²² FERRAZ. *Op. Cit.*

²³ GONÇALVES, Pedro Costa. *Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance*, 2013, p. 141.

sustentável, com caráter de política pública de incentivo e orientação socioambiental²⁴ para o mercado²⁵. No caso brasileiro em particular, os programas governamentais de distribuição de renda, praticados nas duas últimas décadas, ampliaram o poder de compra das classes mais vulneráveis da sociedade, permitindo-as alcançarem, obviamente, novos patamares de consumo. Portanto, o foco da promoção do consumo sustentável deve residir, enquanto política pública socioambiental, no ciclo de vida dos produtos (bens e serviços), conscientizando-se a população e os órgãos públicos sobre tal necessidade²⁶. Em outras palavras, o consumo sustentável só se estabelece quando e a cadeia produtiva é estimulada a produzir seus produtos de forma igualmente sustentável. Neste particular, a desoneração fiscal - tributação ambientalmente orientada - juntamente com a contratação pública, igualmente, ambientalmente orientada pode instrumentalizar a mitigação dessa falha de mercado, fomentando os setores produtivos a oferecer escalabilidade necessária de bens e serviços sustentáveis, tornando os preços ofertados atrativos para um patamar de consumo socialmente mais abrangente. Trata-se do alinhamento do papel do Estado, enquanto ente consumidor, agente econômico, ente regulador e, em última instância, elemento garantidor do bem-estar coletivo²⁷ e do desenvolvimento social²⁸.

Tais premissas requerem novo enfoque econômico emprestado à questão ambiental, dentro das possibilidades de atuação do Poder Público, em face da função ambiental de que é dotado pelo disposto no *caput* do art. 225, da Carta Política de 1988. A este dever imposto ao Poder Público pela suscitada norma constitucional, a doutrina o trata por função ambiental pública²⁹. Esta função estatal é, portanto, aquela que se caracteriza, sucintamente, pela atuação do poder público em suas mais diversas atividades precípua - fiscalização, regulação, sanção, fomento -, dirigidas à efetiva proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na mesma linha argumentativa, apresenta-se outro preceito extraído da norma fundamental e que encerra a discussão acerca da legitimidade do Estado, como agente promotor e executor de políticas públicas, a atuar sobre a viabilidade da consolidação de um modelo inclusivo para critérios sustentáveis de bens e serviços na órbita das contratações públicas. O art. 170, *caput*, da norma fundamental, preceitua que a responsabilidade do Poder Público, encerrado nas figuras dos seus gestores, repousa na necessidade de se assegurar a concretude dos preceitos constitucionais da livre concorrência (art. 170, *caput* e IV, CF/88) e da justiça social (art. 170, *caput*, CF/88), adequando-se, tanto quanto conveniente e oportuno, o interesse público em dispor do melhor bem ou serviço possível, pelo menor preço possível, ponderado com a efetiva proteção do meio ambiente³⁰, por via de autorização para conferir aos produtos tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental que proporciona (art. 170, VI)³¹.

Com tantos valores constitucionais em jogo, afirma-se, categoricamente, que os preceitos jurídicos e institucionais, tais quais insculpidos nos art. 1º, 3º, 170, 174, 215, 219 e 225, confirmam a sustentabilidade como princípio constitucional implícito ao formar um conjunto harmônico e sistêmico que legitima a atuação do Estado brasileiro, representado em seus atos de império pelas inúmeras instâncias decisórias e órgãos, seja como agente normativo,

²⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 2011. p. 57-60. CARVALHO, Ivan Lira de. *A empresa e o meio ambiente*, 1999, p. 13. DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*, 2001, p. 60. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, 2008, p. 19.

²⁵ SOUZA, *Op. Cit.*, p. 107.

²⁶ Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 3, 4 e 8.

²⁷ SOUZA, *Op. Cit.*, p. 110.

²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*, 2012, p. 85.

²⁹ LEUZINGER, Márcia; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*, 2008, p. 30.

³⁰ SOUZA, *Op. Cit.*, p. 107-108.

³¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 170. (...) VI - *defesa do meio ambiente*, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

seja como agente executor³². Depreende-se, desse modo, que existe fundamento mais do que suficiente nos alicerces constitucionais para impor a utilização das licitações e contratações como mecanismo indutor de políticas públicas socioambientais, não se fazendo imperioso, embora esperado, a edição de leis para consagrar tal instituto jurídico³³.

Em outro dizer, é fato perceptível que independentemente de qualquer manifestação legislativa, a Carta da República, no conjunto harmônico dos artigos supracitados, já estabelecia parâmetros principiológicos e normativos suficientes para se exigir que o Poder Público contratante atue almejando a promoção do desenvolvimento sustentável, alçando o meio ambiente, enquanto bem jurídico constitucionalmente tutelado, à categoria de direito humano fundamental. Caso fosse formulada questão acerca da viabilidade jurídica ou da base normativa constitucional para justificar a utilização das licitações e contratações como mecanismo indutor de políticas públicas de sustentabilidade, a resposta seria definitivamente positiva, bastando iniciar a resposta para tal assertiva pela leitura sistêmica dos art. 170, VI³⁴, e 225³⁵ da Lei Maior.

III. Contratações públicas sustentáveis: aspectos legais e relevantes no contexto brasileiro

Por todo o visto, é manifesta a legitimação de um modelo sustentável de compras governamentais em todas as esferas de estatalidade, buscando-se mais elementos estruturantes para sua consecução. Desta vez, o que amplia a conformação do instituto das contratações sustentáveis é a legalidade, fruto do acolhimento pelos legisladores dos anseios sociais, embora ainda não com a fluidez e celeridade necessária.

Pois bem, cumpre tratar da legislação vigente sobre o tema, que embora dotada de espectro amplo e profuso, afirma-se, desde já, sua carência de efetividade. Contudo, tal deficiência tende a ser minorada na medida em que normas infralegais surgirem para regulamentar os ditames da lei. Neste sentido, a norma legal é encarada como poderoso instrumento - ensejador da vontade popular e, portanto, legitimador do Estado Democrático de Direito -, na promoção do desenvolvimento nacional sustentável, equacionando proteção e preservação ambiental com fomento à atividade econômica e ao desenvolvimento social.

Sob o ângulo da amplitude atual da produção legislativa, importa apresentar as principais normas que legitimam e conformam o instituto em comento. A primeira delas, visto pelo aspecto cronológico, é a Lei nº 6.983/81, conhecida por estabelecer as diretrizes gerais da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA). Na disposição de seu art. 4º, I, por exemplo, a busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento socioeconômico e a proteção do ambiente natural é encarada como objetivo fundamental dessa imprescindível política pública de Estado³⁶.

Então, compatibilizando-se o escopo normativo constitucional, notadamente, o art. 225 e o art. 170, VI, com os objetivos fundamentais da LPNMA, insertos em seu art. 4º, é lícito afirmar que a ordem jurídica vigente impõe ao Poder Público o dever de promover o desenvolvimento sustentável, onde tal modelo de desenvolvimento deve encontrar seus limites no respeito ao equilíbrio ecológico e às questões sociais e econômicas, bem como contemplar o interesse público a ser alcançado de forma cogente³⁷. Todavia, qualquer que seja o conjunto de medidas adotadas para se alcançar plenamente o interesse público demonstrado, este deverá contemplar, em algum momento, políticas públicas voltadas às

³² SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIN. *Op. Cit.*, p. 114.

³³ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 153. No mesmo sentido: FERREIRA. *Op. Cit.*, p. 89.

³⁴ BRASIL. STF. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.

³⁵ BRASIL. STF. STA 171-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-12-2007, Plenário, DJE de 29-2-2008. No mesmo sentido: STA 118-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-12-2007, Plenário, DJE de 29-2-2008.

³⁶ LANFREDI, Geraldo. *Política ambiental*, 2007, p. 270.

³⁷ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 153.

atividades de fomento ao consumo sustentável, visto que esta boa prática consumerista funciona como agente catalisador de aspectos econômicos, sociais e ambientais³⁸.

Na espécie, deve haver, antes de tudo, uma necessária observância de critérios de coerência lógico-jurídica e institucional, com reflexos práticos, visto que o Poder Público dotado do poder-dever de normatizar e fiscalizar a produção de todos os tipos de bens e serviços oferecidos à sociedade, não pode simplesmente se comportar como consumidor irresponsável, contratando produtos que atentam contra as melhores práticas de produção e consumo³⁹. Trata-se, pois, de consagrar a função ambiental pública por via da coerência entre as atividades de controle e fiscalização e as atividades contratação de obras e consumo de bens e serviços.

Contudo, o referido Estatuto Federal de Licitações possui dispositivos com nítida preocupação ambiental, o que baliza o contorno sistêmico que tal temática já possuía⁴⁰. Entretanto, o que se pode afirmar é que não havia, até final de 2009, previsão expressa, ao menos na órbita federal, a priorizar contratações com base em critérios de preferência socioambientais⁴¹. De igual modo, também não se pode afiançar que as normas legais sejam suficientemente explícitas e operacionais no que tange à positivação de tais critérios. O real alcance das contratações públicas sustentáveis somente se aperfeiçoará quando o sentido da legislação amparar satisfatoriamente sua regulamentação⁴².

Tal previsão expressa foi inaugurada com o advento da Lei nº 12.187/09, que traçou as diretrizes da Política Nacional das Mudanças Climáticas. Em seu escopo, o art. 6º, XII⁴³ estabeleceu que todo e qualquer tipo de ajuste público deve observar e inserir em seus critérios de seleção de propostas aqueles que visam à otimização do uso de recursos naturais, bem como à redução dos gases do efeito estufa. Da mesma forma, a Lei nº 12.305/10 destaca, em seu art. 7º, XI⁴⁴ como um de seus objetivos a prioridade das contratações governamentais que estimulem a aquisição de produtos reciclados e recicláveis, seu impacto e sua descartabilidade, assim como de serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis⁴⁵.

É, nesta justa medida, que as contratações públicas sustentáveis estão calcadas na especificação e na adequação do objeto a ser contratado, seja este obra, bem ou serviço, mediante a descrição constante dos termos de referência e dos projetos básicos e executivos, conforme as necessidades dos órgãos e entidades públicas, para bem cumprir sua finalidade institucional. Assim, o respaldo legal conferido pelo teor do art. 40, I, do Estatuto Federal

³⁸ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 166.

³⁹ SANTOS, *Op. Cit.*, p. 167.

⁴⁰ Dentre os referidos dispositivos, especial atenção ao art. 12, III, V, VII. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun 1993.

⁴¹ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 154.

⁴² SANTOS. *Op. Cit.*, p. 155.

⁴³ BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 dez 2009. Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; [...]

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 ago 2010. Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; [...].

⁴⁵ FERREIRA. *Op. Cit.*, p. 93. Cfr: BRASIL. Decreto nº 7.404, de 23 dez 2010. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 ago 2010. Art. 80. As iniciativas previstas no art. 42 da Lei nº 12.305, de 2010, serão fomentadas por meio das seguintes medidas indutoras: [...] V - fixação de critérios, metas, e outros dispositivos complementares de sustentabilidade ambiental para as aquisições e contratações públicas; [...].

de Licitações, permite inferir que a chave para o sucesso na implementação do modelo em voga passa, obrigatoriamente, pela formatação de novas especificações de produtos a serem contratados, sem, contudo, ferir a lógica da ampla competitividade inserta no princípio da isonomia⁴⁶.

Em raciocínio paralelo, aduz-se que tais procedimentos de contratação compõem um dos eixos temáticos da Agenda Ambiental da Administração Pública (A3P)⁴⁷, como aqueles aplicados por órgãos e entidades públicas, na adequação e na especificação dos objetos atinentes às suas necessidades, priorizando a aquisição de bens e serviços que se apresentam no mercado como soluções mais eficientes, ambiental e economicamente, proporcionando benefícios à sociedade, ao desestimular a continuidade produtiva de bens e serviços confeccionados mediante significativa redução de impacto ambiental. Visto isso, não se trata de afastar o princípio da economicidade em função de valores eminentemente ambientais, e sim de equacioná-los sobre uma nova ótica, sobre um novo conjunto de critérios objetivos⁴⁸, privilegiando sempre o princípio da isonomia.

Trata-se de ponderação entre valores e princípios constitucionais a expressar a melhor relação custo-benefício apresentada por um bem, obra ou serviço. Em outro dizer: discute-se a materialização da premissa em que a proposta mais vantajosa, ou o princípio da maior vantajosidade da proposta ofertada⁴⁹, apresenta-se como aquela que privilegia a mensuração do custo total da contratação em função do preço de face - escolha do *melhor preço*⁵⁰ - dentro de critérios objetivos e preestabelecidos no instrumento convocatório. Para tanto, a cultura clássica da licitação baseada no menor preço deve ser transformada naquela baseada no melhor preço, onde o menor preço só voltará a preponderar quando a competitividade for levada em estreita consideração a inserção de critérios socioambientais (eficiência energética, durabilidade, descartabilidade, design, nível de poluição gerada, etc.) no julgamento objetivo das propostas.

Neste sentido, afirma-se ser a premissa do *melhor preço*, e não meramente a do *menor preço*⁵¹, aquela que mais satisfatoriamente representa a lógica legal esposada, ao evidenciar em melhores condições a relação custo-benefício ao longo do ciclo de vida útil do produto contratado pela Administração Pública. Em suma, trata-se de análise sistêmica e contextualizada do disposto do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que alterado pela Lei nº 12.349/10⁵², qualifica as finalidades públicas das licitações⁵³ em promover, concomitantemente, o desenvolvimento nacional sustentável, o princípio da isonomia (ampla competitividade), bem como a seleção da proposta mais vantajosa⁵⁴.

Apesar disso, desde já resta claro que a definição dos critérios de sustentabilidade socioambiental nos objetos da contratação reveste-se de fator primordial. Tais critérios devem, antes de tudo, se subordinar aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e respeitada a competitividade do certame⁵⁵, todos insculpidos no art. 3º da Lei Geral de Licitações. Em seguida, ressalta-se que procedimentos licitatórios do tipo melhor técnica ou técnica e preço devem contemplar, de forma objetiva, critérios

⁴⁶ GARCIA, Flávio Amaral, RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Licitações públicas sustentáveis*, 2012, p. 232.

⁴⁷ BRASIL. *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁸ FERREIRA. *Op. cit.*, 2012, p. 95.

⁴⁹ MOREIRA; GUIMARÃES. *Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁰ SANTOS. *Op. cit.*, p. 169.

⁵¹ NASCIMENTO, Sílvia Helena. *Parecer CJ/SMA nº 683/2006*.

⁵² BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 dez 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 jun 1993.

⁵³ TORRES, Ronny. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*, 2014, p. 61.

⁵⁴ SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIN. *Op. Cit.*, p. 114-115.

⁵⁵ BRASIL. TCU. Acórdão 1.283/2007, TCU – Plenário, Rel: Benjamin Zymler, DOU nº 124, de 29.06.2007 – VOTO.

socioambientais como fator de pontuação das propostas, levando-os em conta na definição da proposta que melhor atenda ao interesse público em questão⁵⁶.

A consequência a ser extraída deste raciocínio reside no balizamento do poder normativo do Estado, a parametrizar a atuação dos gestores públicos na defesa de tais valores constitucionais e legais. Quer dizer, esta plêiade de normas e valores, miscigenados e interdependentes, constrói um modelo sobre a égide de três conceitos jurídicos estruturados, quais sejam: a opção pela proposta mais vantajosa, materializada pelo melhor preço; a opção pela incolumidade do princípio da isonomia e da ampla competitividade; e, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável em todas as suas acepções. Para tanto, exige-se o implemento de dois outros primados transversais e interdependentes entre si. Grosso modo, são as questões acerca do custo total da contratação, bem como da inserção objetiva de critérios socioambientais nos editais e minutas de contratos.

IV. Em busca da efetividade nas contratações públicas sustentáveis.

De nada vale toda a construção retórica e hermenêutica sobre o alcance e o sentido de normas, princípios e valores que compõem a temática das contratações públicas sustentáveis, se o objetivo final não fosse o de traçar um caminho seguro para a sua efetividade.

De fato, a falta de efetividade pode ser traduzida por alguns indicadores, particularmente aqueles que apontam para o baixíssimo percentual de recursos públicos gastos em tais contratações⁵⁷, além do ainda incipiente conjunto de produtos consagrados por critérios sustentáveis. Os produtos e serviços mais contratados são: papel A4, aparelhos de ar condicionado, copos descartáveis, serviços de limpeza, conservação e higienização; materiais de consumo hospitalar e diversos; mobiliário; papel reciclado e cartuchos de impressoras⁵⁸; microcomputadores e monitores⁵⁹. Apenas esses dois indicadores conjugados demonstram, de *per se*, que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

A seu turno, a especificação dos objetos descritos nos respectivos termos de referência, projetos básicos e projetos executivos, devem respeitar a premissa de que a elaboração de edital dotado de critérios de sustentabilidade não poderá obstaculizar, restringir, a competitividade⁶⁰. O mandatário é, portanto, a especificação de objetos que privilegiem o emprego: de tecnologias limpas; de processos produtivos social (respeito aos direitos trabalhistas e previdenciários) e ambientalmente responsáveis (eficiência energética quanto ao rendimento e desperdício; e uso racional dos recursos ambientais: água, eletricidade, combustíveis, energias alternativas); de material reciclável ou reutilizável; de metodologia de aferição da relação custo durabilidade, como aspecto de manutenção das condições de funcionalidade do objeto contratado; de metodologia de avaliação da disposição final dos resíduos (descartabilidade); da difusão de boas práticas no modelo

⁵⁶ BRASIL. MPOG. Instrução Normativa nº 01, 19 jan 2010. Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas. [...] Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

⁵⁷ BRASIL. MPOG. Relatório sobre Informações Gerenciais de Contratações Públicas Sustentáveis - janeiro a dezembro de 2013. Disponível em: http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_compras_sustentaveis_2013.pdf. p. 5-6.

⁵⁸ Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/licitacoes-sustentaveis>.

⁵⁹ BRASIL. MPOG. Portaria nº 02, 16 mar 2010.

⁶⁰ BRASIL. MPOG. IN nº 01/2010. Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

de gestão contratual (aquisições inteligentes, fiscalização contratual, economicidade); dentre múltiplas outras possibilidades⁶¹.

Quer dizer, o primeiro passo consistente reside: na correta descrição técnica do objeto a ser licitado; na essencialidade da demonstração da necessidade pública a ser atendida (motivação administrativa); na inclusão, nos termos da norma, de padrões ambientais e sociais em critérios objetivos, para não se macular o exame das propostas em face de argumentos subjetivos de escolha do bem ou serviço a ser contratado⁶².

No entanto, esse passo depende da assertividade com que os gestores públicos envolvidos atuarão nesse processo. Será resultado do grau de sensibilização a que esses servidores estarão submetidos. Contudo, a efetividade do processo de contratação repousará na transposição da fase de sensibilização para conscientização da transversalidade que a temática ambiental exige, sobretudo quando em estreita conjugação com a capacitação técnica permanente e com o compromisso ético-profissional⁶³. Estas ações implicam a elaboração e inclusão, no planejamento institucional⁶⁴, de uma profunda mudança na cultura organizacional⁶⁵ da Administração Pública, voltada às ações permanentes de sustentabilidade e qualidade de vida no ambiente de trabalho⁶⁶.

Além disso, as boas práticas⁶⁷ indicam que a execução de determinada contratação sustentável pressupõe alinhamento entre os critérios socioambientais para definição do objeto e das condicionantes habilitatórias dos fornecedores com as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável da instituição⁶⁸, particularmente considerada e devidamente escoradas nas diretrizes gerais da A3P. Neste ponto, contudo, discorda-se do raciocínio que um órgão que por ventura ainda não detenha tal plano de ação veja-se deslegitimado a contratar com critérios sustentáveis. Não obstante, é desejável e todo sentido se faz em ver os órgãos da Administração Pública compromissados pelo estabelecimento de diretivas de sustentabilidade adequadas à especificidade de suas atribuições e finalidades públicas. Melhor ainda, será a sociedade poder observar tais compromissos instrumentalizados pela via dos procedimentos de contratação. Essa mudança de paradigma, por si só, tende a influenciar o comportamento dos próprios servidores, o que realça o papel da cultura organizacional como valor determinante para a efetividade das licitações sustentáveis.

A rigor, no âmbito público, a seara contratual se mostra terreno pantanoso visto a crescente dificuldade com que o gestor se depara, fruto do emaranhado de leis e normas infralegais; além do que, no caso específico das licitações sustentáveis, a condução da atividade depende de uma infinidade de normas infralegais de natureza eminentemente técnica - não-jurídicas -, exigíveis para a correta elaboração dos termos de referência e projetos básicos e executivos. Sendo assim, o gestor deve ter sempre em mente que tais contratações são atos administrativos por excelência e, por isso mesmo, deve ser motivados com base da fundamentação legal e na justificativa da escolha⁶⁹. Isso ocorre particularmente em virtude das distorções causadas aos preços pelo anacrônico e escorchantes sistema tributário brasileiro. A realidade absurda e ilógica é que produtos reciclados e, portanto,

⁶¹ SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIN. *Op. Cit.*, p. 116.

⁶² SANTOS. *Op. cit.*, p. 157.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 dez 1990. Ver: art. 116, III, c/c art. 124 e 127.

⁶⁴ BRASIL. Decreto nº 7.746, de 05 jun 2012.

⁶⁵ BRASIL. MMA. *Op. cit.*, p. 47-48.

⁶⁶ AMORIM. *Op. cit.*, p. 280.

⁶⁷ BRASIL. AGU. Guia Prático de Licitações Sustentáveis. Disponível em: http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/138067. Outros exemplos de boas práticas: *Sustainable Procurement Resource Center* (<http://www.sustainable-procurement.org/resources>) e *Procurement of Innovation Platform* (<http://www.innovation-procurement.org/resources>).

⁶⁸ BRASIL. MPOG. IN nº 10/12.

⁶⁹ MOREIRA; GUIMARÃES. *Op. Cit.*, p. 83-84.

com menor impacto ambiental, tem preços superiores àqueles praticados no fornecimento de produtos de maior impacto.

Neste particular, cabe uma breve digressão. O Estado é o próprio ente dotado de competência constitucional para, ao reverter a situação incoerente que transformou o sistema tributário num cipoal de normas desatinado e de ideologia puramente arrecadatória, desonerar a tributação sobre os bens reciclados ou produzidos sob a égide do menor impacto ambiental⁷⁰. O maior preço pago pela sociedade e pela Administração por tais produtos acaba por conferir-se totalmente descompassado com os ditames da norma constitucional e da Política Nacional do Meio Ambiente. A questão embora complexa, do ponto de vista político-institucional, é extremamente aguardada por todos os setores da sociedade e do mercado que comungam da visão comum de ver o país desatar de vez o nó do desenvolvimento eternamente inconcluso.

O desafio em adquirir bens e serviços e contratar obras classificados como “verdes” com preços mais baixos que os convencionais, apesar da geração de menor impacto, não pode recair apenas sobre os ombros dos gestores públicos responsáveis pela atividade contratual, sob pena de desestimular a mudança de paradigmas ou de se sacrificar aqueles que se propuserem a proceder contratações dessa natureza. Por outro lado, é reconhecidamente o gestor público o principal ator na efetiva pretensão de operar a mudança de paradigma necessária e quanto a isso há pouca margem de dúvida⁷¹. O que se questiona, então, é se o gestor tem a completa condição de executar política pública com a escassez de atos normativos de cunho técnico que esclareçam ou definam suficientemente os bens, obras e serviços que possam ser contratados acima dos preços médios de mercado, algo como uma margem de preferência inclusiva de critérios socioambientais objetivos. Outra questão: como este gestor fará a correta aferição dos critérios de sustentabilidade? Não é difícil intuir que o gestor público não terá capacidade técnica de realizar tal tarefa, por não dispor das ferramentas econométricas ajustadas a essas especificidades⁷².

O aspecto que se sobressai é o fato do gestor, na ótica da atividade de controle, ser quem irá suportar todo o ônus gerado pela incerteza ou pela falta de clareza das escolhas públicas, trazidas por conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, por ocasião do planejamento e execução dessas contratações⁷³. Oportuno seria exigir-se uma normatividade - lei e normas infralegais - mais assertiva⁷⁴, tal como na regulamentação da margem de preferência⁷⁵. Por isso mesmo, os órgãos de controle devem exercer um controle preventivo, de cunho orientador e pedagógico⁷⁶, haja vista que as licitações devem ser alvo de políticas públicas de Estado, como a racionalidade ajustada para médio e longo prazo, e não meramente objeto de política interna de determinados órgãos públicos. Ao menos no âmbito da Administração Pública federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) apresenta precedentes favoráveis à figuração de exigências de natureza ambiental nos instrumentos convocatórios, desde que atendidos os critérios normativos e de razoabilidade, bem como devidamente precedidos de motivação administrativa para tal⁷⁷.

De mais a mais, o que se deve procurar é, num esforço conjunto e coordenado na difusão

⁷⁰ BONALUME, Wilson Luiz. *Isenção Tributária na Defesa Ambiental*, 1996, p. 485.

⁷¹ SILVA. *Op. Cit.*, p. 484.

⁷² FURTADO, Madeline Rocha. VIEIRA, Antonieta Pereira. *Gestão de contratos administrativos*, 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDl0006.aspx?pdiCntd=33945>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

⁷³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*, 2012, p. 268.

⁷⁴ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 157.

⁷⁵ BRASIL. TCU. Acórdão nº 2.241/2011, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, DOU de 02.09.2011

⁷⁶ SANTOS. *Op. Cit.*, p. 159.

⁷⁷ BRASIL. TCU. Acórdão 122/2012, TCU – Plenário, Relator: Weder de Oliveira, DOU nº 24, de 02.02.2012.

de boas práticas entre os órgãos responsáveis pela concepção, viabilização e fiscalização de políticas públicas, dentre estes considerados também os órgãos de controle⁷⁸, cujo escopo seja caracterizador por uma abordagem interdisciplinar e sistêmica, com foco na mudança de paradigmas⁷⁹. O primeiro reflexo a ser colhido nesta iniciativa será a maior segurança jurídica para a atuação dos gestores, cuja tendência é amplificadora de casos bem sucedidos, consolidando definitivamente o modelo de contratação pública sustentável.

Pois bem, é neste contexto que exsurge a extrema relevância dos métodos contábeis de análise e avaliação do ciclo de vida dos bens e serviços⁸⁰ deve ser executada mediante certificações⁸¹ e normatizações⁸² emitidas por órgãos técnicos e de assessoramento. Porém, as melhores práticas⁸³ apontam que antes de esboçar preocupação com contratações sustentáveis, o gestor deve buscar diagnosticar o consumo da organização, visando sua redução, bem como a racionalização dos recursos públicos - uso equânime e judicioso -, antes da substituição propriamente dita por produtos dotados de critérios de sustentabilidade⁸⁴. Tal metodologia consiste, grosso modo, no exame do ciclo de vida de um produto, processo, sistema ou função, visando identificar seu impacto ambiental, no decorrer de sua existência, que inclui desde a extração do recurso natural, seu processamento para transformação em produto, transporte, consumo/uso, manutenção, reutilização, reciclagem, até disposição final⁸⁵. É a consagração da figura de linguagem “do berço ao túmulo”.

Ainda sobre metodologias de custo de contratação, cumpre esclarecer que há aquelas que variam pela abordagem e mecanismos de cálculo, muito embora a lógica central seja aproximada uma das outras. É o caso do custo total de propriedade (*TCO – Total Cost of Ownership*), teoria que se mostra adequada às vicissitudes da Administração Pública brasileira. Do ponto de vista estratégico, contribui bastante favoravelmente ao aperfeiçoamento da política pública de contratações sustentáveis, tendo em vista que sua abrangência conceitual, encontra-se alinhada com aquela aventada pela teoria da análise do ciclo de vida⁸⁶. Na teoria sobre o custo de propriedade ou custo proprietário, os fatores de decomposição são aglutinados em três categorias, quais sejam: custo de produção; custo de aquisição e custo de pós-aquisição, sendo esta última subdividida em custo de operação, manutenção e descarte. Assim, o custo total de propriedade é composto por várias vertentes de custos, a saber: de instalação; de produção; de customização; ambiental; de manutenção; de operação; de disposição final (descartabilidade)⁸⁷.

Por outras palavras, o cálculo do custo total da contratação deve ser precificado, como o próprio termo informa, ao longo do ciclo de vida útil do produto como reflexo financeiro da teoria do melhor preço e da responsabilidade social, como resultado quantificável da vantajosidade da proposta⁸⁸. A introdução de quaisquer metodologias aptas a mensurar,

⁷⁸ BRASIL. TCU. Acórdão 1.260/2010, TCU - 2ª Câmara, Relator: André Luís de Carvalho, DOU nº 58, de 26.03.2010.

⁷⁹ FREITAS, Juarez. *Contratação Pública e Sustentabilidade*, 2013.

⁸⁰ TOEPFER, Klaus. Tradução livre. Executive Director, in: UNEP, 2004. Ver também: BRASIL. AGU. Guia Prático de Licitações Sustentáveis.

⁸¹ Quanto aos aspectos de certificação, rotulagens e selos socioambientais: FSC (*Forest Stewardship Council*); CERFLOR (Certificação Florestal); Energy Star; Procel; ISSO 14.000; IBD Certificações; AAO (Associação de Agricultura Orgânica); RAS (Rede de Agricultura Sustentável); LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*), Programa Brasileiro de Etiquetagem Veicular (PBEV). Disponível em: [http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/assets/conteudo/uploads/relatorioretrizesmpfinal30set13\(1\).pdf](http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/assets/conteudo/uploads/relatorioretrizesmpfinal30set13(1).pdf).

⁸² BRASIL. AGU. *Op. Cit.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ SOUZA. *Op. Cit.*, p. 116-117.

⁸⁵ SOUZA. *Op. Cit.*, p. 114.

⁸⁶ SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIN. *Op. Cit.*, p. 119.

⁸⁷ MERRILL, David R. *Storage Economics*. 4 Principles for Reducing Total Cost of Ownership, 2014.

⁸⁸ SILVA. *Op. Cit.*, p. 468.

quantificar, o ciclo de vida útil de determinado produto é reflexo inerente e imediato da vontade legislativa insculpida na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10)⁸⁹.

Por assim dizer, uma contratação governamental que esteja alinhada com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, consagra a inserção dos amplamente debatidos critérios socioambientais, o que se caracteriza, em termos práticos, pelo redimensionamento dos custos diretos e indiretos⁹⁰. Os primeiros são aqueles definidos pelo preço de face da contratação e demais custos nominados no instrumento contratual. Os ditos indiretos tem maior alcance e exigem, igualmente, maior percepção para seu delineamento. Os custos indiretos devem ser tratados como aqueles obtidos pelos efeitos colaterais da contratação, pelas suas externalidades⁹¹.

Vale dizer que, da mesma forma que não se admite, na moderna doutrina, o conceito de crescimento econômico a qualquer custo, também fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a adoção de medidas tidas por ecologicamente desejada sob a égide de custos financeiros exorbitantes para implementá-las⁹². Portanto, é sólida a afirmação de que uma contratação governamental só deve ser tida como sustentável, caso o somatório dos custos suscitados – diretos e indiretos – seja inferior aos benefícios sociais, ambientais e econômicos auferidos⁹³. Assim, a legitimidade das licitações aponta para uma visão de sustentabilidade plena na esfera pública, onde os benefícios serão caracterizados por sua superioridade aos custos financeiros da contratação. Esta assertiva encontra respaldo legal na leitura sistêmica dos art. 1º, 3º e 4º da Lei nº 12.462/11⁹⁴.

Ao se congregarem todos os argumentos expostos, cumpre-se o objetivo de apontar possibilidades para, efetivamente, avançar num processo de conscientização que precisa ser entendido como urgente. Malbaratar os recursos públicos em licitações que desconsideram a sustentabilidade como valor universal é seguir na contramão do processo histórico-civilizacional.

V. Reflexões finais

O poder de compra governamental funciona como um instrumento definitivo na promoção do desenvolvimento sustentável. Valendo-se deste poder, o Estado brasileiro pode induzir o comportamento do setor produtivo, orientando-o em favor da incorporação de critérios de sustentabilidade na elaboração de bens e serviços, criando as condicionantes favoráveis para o estabelecimento definitivo de um mercado de produtos sustentáveis.

No plano da validade, só há legitimidade para a prática de contratações públicas sustentáveis se houver estrita observância do alinhamento dos critérios socioambientais com os preceitos estatuídos na norma constitucional e na legislação infraconstitucional. Portanto, não se constituiria nenhum absurdo jurídico aduzir que licitações que não levam em consideração critérios socioambientais, não estão alinhadas com o interesse público, devendo ser tratadas por ilegítimas. Na mesma direção, não é legítimo discutir a ação administrativa dos gestores nesse processo, quando estes ainda não dispõem de toda a segurança jurídica, de todas as ferramentas orientadoras e normativas, suficiente para o seu melhor exercício funcional.

Isto posto, acrescentam-se à argumentação os desafios institucionais da Administração Pública relacionados ao cumprimento da função ambiental pública, no tocante à implantação

⁸⁹ FREITAS, Juarez. *Promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, 2012.

⁹⁰ BLIACHERIS, Marcos Weiss. *A sustentabilidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*, 2014, p. 56-64.

⁹¹ FREITAS, Juarez. *Contratação Pública e Sustentabilidade*. *Op. Cit.*

⁹² SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIN. *Op. Cit.*, p. 120.

⁹³ MOREIRA; GUIMARÃES. *Op. Cit.*, p. 84.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 ago 2011.

do modelo de gestão sustentável das aquisições públicas, a saber: condicionar, sempre que possível, as atividades operacionais e administrativas a critérios socioambientais; capacitar os recursos humanos da Administração Pública para identificar quais são os critérios e regras de sustentabilidade aplicáveis a cada produto adquirido, bem como para inseri-los nos respectivos termos de referência, projeto básico ou projeto executivo; promover atividades de educação ambiental, conscientizando os servidores quanto às boas práticas administrativas e ambientais; e servir de exemplo de eficiência em gestão ambiental, particularmente no que tange à observância das boas práticas eleitas pela A3P. Para tanto, exige-se, pois, dos órgãos responsáveis pela concepção, viabilização e fiscalização de políticas públicas, dentre estes considerados também os órgãos de controle, uma abordagem pedagógica, interdisciplinar e sistêmica, com foco na mudança de paradigmas no médio e longo prazo.

Palavras-Chave: contratações públicas sustentáveis; poder de compra do Estado; Estado como agente indutor; sustentabilidade.

André Luís Vieira

Doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AMORIM, Patrícia. Para além da licitação sustentável. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (coord.). Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 277-286.

BECK, Ulrich. A Europa alemã: de Maquiavel a “Merkiavel”: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Almedina (Edições 70), 2014. p. 22-23.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. A sustentabilidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 56-64, jan. 2014.

BONALUME, Wilson Luiz. Isenção Tributária na Defesa Ambiental. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 731, set. 1996, p. 4855.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. AGU. Guia Prático de Licitações Sustentáveis - 3ª Edição. Disponível em: http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/138067. Acesso em: 06 dez 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 jun 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 7.390, de 9 de dezembro de 2010. Regulamenta os arts. 6º, 11 e 12 da Lei no 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, dentre outras disposições.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 ago 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais); e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 dez 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Lei nº 12.187/2009, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 jul 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos. Dispõe a obrigatoriedade do servidor público, em sua atuação, proteger o meio ambiente. Previsão de punição aos gestores públicos que não cumprirem com a sua obrigação de proteção ao meio ambiente.

BRASIL. MMA. Agenda Ambiental da Administração Pública (A3P). 5ª ed. rev. e atual. Brasília, DF: 2009. p. 48. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80063/cartilha%20completa%20A3P_.pdf. Acesso em 20/Out/15.

BRASIL. MPOG. Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. MPOG. Instrução Normativa nº 10, de 12 de novembro de 2012. Estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o art.16, do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, e dá outras providências.

BRASIL. MPOG. Portaria nº 02, de 16 março de 2010. Dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. MPOG. Relatório sobre Informações Gerenciais de Contratações Públicas Sustentáveis - janeiro a dezembro de 2013. Disponível em: http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_compras_sustentaveis_2013.pdf.

BRASIL. TCU. Acórdão 122/2012, TCU – Plenário, Relator: Weder de Oliveira, DOU nº 24, de 02.02.2012.

BRASIL. TCU. Acórdão nº 2.241/2011, Plenário, Rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho, DOU de 02.09.2011.

BRASIL. TCU. Acórdão 1.752/2011-TCU-Plenário. Auditoria operacional. Avaliação das ações adotadas pela Administração Pública federal acerca do uso racional e sustentável de recursos naturais. Pertinência, atualidade e relevância do tema. Determinações. Recomendações.

BRASIL. TCU. Acórdão 1.260/2010, TCU - 2ª Câmara, Relator: André Luís de Carvalho, DOU nº 58, de 26.03.2010.

BRASIL. TCU. Acórdão 1.283/2007, TCU – Plenário, Relator : Benjamin Zymler, DOU nº 124, de 29.06.2007.

BRASIL. STF. ADI 3.540-MC. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 03.02.2006.

BRASIL. STF. STA 171-AgR. Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 12.12.2007, Plenário, DJE de 29.02.2008.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas públicas*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Ivan Lira de. *A empresa e o meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, p. 13-29. jan./mar. 1999. p. 13.

Centro de Intervenção para o Desenvolvimento Amílcar Cabral (CIDAC). Consumo responsável. Disponível em: <http://www.cidac.pt/index.php/o-que-fazemos/comercio-e-desenvolvimento/consumo-responsavel/>. Acesso em 22 nov 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. Environment Action Plan. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm. Acesso em 24 nov 2014.

Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento. Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro de 3 a 14 de Junho de 1992.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 60.

FERRAZ, Luciano. *Função regulatória da licitação*. Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62558>. Acesso em: 28 jan. 2014.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente: fundamentos jurídicos para a sua efetividade. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (coord.). *Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 83-105.

FREITAS, Juarez. Contratação Pública e Sustentabilidade. In: FÓRUM DE GESTÃO PÚBLICA EM SANTA CATARINA, 7-8 mar. 2013, Florianópolis. *Vídeos dos trabalhos apresentados...* Belo Horizonte: Fórum, 2013. *Video on demand* (55 min), son., color.

FREITAS, Juarez. Promoção do desenvolvimento nacional sustentável: o novo objetivo das licitações e seu efetivo alcance. In: FÓRUM BRASILEIRO DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA, 10., 9-11 maio 2012, Brasília. *Vídeos dos trabalhos apresentados...* Belo Horizonte: Fórum, 2013. *Video on demand* (43 min), son., color.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57-60.

FURTADO, Madeline Rocha. VIEIRA, Antonieta Pereira. Gestão de contratos administrativos: importância do artigo 67 da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 50, fev. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PD10006.aspx?pdCntd=33945>. Acesso em: 19 nov. 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações & Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)*. 3ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 263-269.

GARCIA, Flávio Amaral RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012. p. 231-254.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 141, abr./jun. 2013.

Guia de Compras Públicas Sustentáveis. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/licitacoes-sustentaveis>. Acesso em: 02 dez 2014.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. Activity Report. UNEP: May 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERRILL, David R. *Storage Economics*. 4 Principles for Reducing Total Cost of Ownership. White Paper. Hitachi Data Systems: April 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência e resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. *Parecer CJ/SMA nº 683/2006*. Disponível em: <http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/noticias/p-683-06_licitacao_sustentavel.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*. São Paulo: Ed. NDJ, 2012, p. 268.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIN, Anna Carla Duarte. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-173.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Viviane Vieira da. A utilização das licitações e contratações públicas como instrumentos jurídicos de proteção ambiental. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. *Leituras complementares de Direito administrativo: licitações e contratos*. Salvador: Editora JusPODIVUM, 2012. p. 465-490.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado. In BFDC, ano XXXVII, (1961).

SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103-115.

TOEPFER, Klaus. Tradução livre. Executive Director, in: UNEP, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1. p. 19

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI): novos atores em cena

Resumo

Tradicionalmente, no plano internacional, as discussões sobre temas globais tem base no regime jurídico como o principal instrumento de solução de problemas ambientais e compromissos para a gestão dos recursos naturais. Nesse quadro, o elemento central da sociedade internacional são os Estados soberanos, sujeitos legitimados a figurar em conferências, elaborar tratados e pleitear reclamações perante cortes internacionais. Tal contexto reflete os alicerces do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA), disciplina clássica do Direito, que pouco adota como método de solução de conflitos ambientais a análise sistêmica. Diante da insuficiência desse ramo para tratar de temas globais de alta complexidade, surge o chamado Direito Ambiental Internacional (DAI). Com princípios e características próprias, o DAI trata das questões ambientais globais para além dos regimes jurídicos, propugnando por uma estrutura que incorpore outras ciências do conhecimento, novos atores e instrumentos de enfrentamento. Nessa perspectiva, o trabalho objetiva discorrer sobre as diferenças entre o DIMA e o DAI, elucidando a evolução (ou transformação) de um para o outro. Levando em consideração a urgência em resolver problemas ambientais, o artigo sustenta a contribuição de novos atores para a dinâmica do Direito Ambiental Internacional. Parte-se da premissa de que, pensado de forma cooperativa e multilateral, este emergente ramo do Direito incorpora nova forma de governança ambiental global, com vistas à sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

A humanidade, no século XXI, tem enfrentado grandes questões globais que desafiam os sujeitos internacionais. Problemas concretos como o tráfico de pessoas, a crise financeira, o tráfico de drogas, a independência de regiões, as migrações forçadas e a pobreza extrema são temas que não podem ser entendidos como de ordem nacional.

A esse rol de problemas, acrescentam-se os ambientais. Os desastres com plataformas de petróleo (Explosão no Golfo do México/2012), as emissões de gases tóxicos (Bhopal, desastre industrial/1984), a contaminação de mananciais de água doce (Rio Ganges na Índia pelos rituais de cremação e despejos industriais), a poluição radioativa (Acidente de Fukushima, Japão/2011) e até mesmo o lixo espacial (fragmento de satélites cai no Pará/ 2014), tem ocasionado danos de magnitudes transfronteiriças. Além dos prejuízos de origem antrópica, somam-se os fenômenos naturais como terremotos, tsunamis, erupções vulcânicas, os quais o homem ainda não possui tecnologia para detê-los completamente.

Diante de assuntos ambientais complexos, cujas consequências deletérias extrapolam a perspectiva do modelo clássico do Direito Internacional, surge a oportunidade de se pensar esse direito em novas bases. É nesse momento que autores latinos¹ diferenciam um novo

¹ RUIZ, José Juste. El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada. In: *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*. Rosa Giles Carnero (coordenadora). Thomson Reuters

ramo do direito internacional como Direito Ambiental Internacional (DAI). Trata-se de novo arranjo de normativa ambiental internacional que avança para além do regime jurídico, propugnando por estruturas e encaminhamentos utilitaristas que incorporem outras ciências, novos atores e instrumentos de enfrentamento.

Nesse sentido, o DAI - Direito Ambiental Internacional -, não se confunde com o DIMA - Direito Internacional do Meio Ambiente -, este último, arcabouço de normas jurídicas internacionais, que toma corpo na segunda metade do século XX, é estruturado por meio de tratados ou acordos que firmam uma relação entre Estados Nacionais. Já o DAI, área emergente do Direito, paulatinamente, ganha espaço devido à vocação empreendedora e à dinâmica de equacionamento na tratativa de problemas ambientais complexos, promovendo a relação dos Estados, e das Organizações Internacionais com novos atores internacionais, principalmente por meio de redes².

A sociedade internacional, tradicionalmente concebida pelos Estados, bem como pelas Organizações Internacionais, recentemente, diante do fenômeno político do enfraquecimento dos governos soberanos³, tem admitido a participação de novos atores em alguns regimes, como indivíduos, empresas privadas, organizações não-governamentais, mídia, povos tradicionais e governos subnacionais e locais.

É propósito desse ensaio versar sobre a variação do DIMA para o DAI, levando em consideração a necessidade e o intento de pensar um novo ramo do direito focado na resolução dos complexos problemas ambientais globais que afetam sobremaneira o bem-estar socioambiental e o futuro das gerações atuais, sem olvidar as gerações vindouras. O trabalho parte de uma pesquisa bibliográfica em obras de referência, valendo-se da legislação e doutrina.

Nesse quadro, a inserção e oportunidade crescente de instrumentos como *soft law*, balizadores de solução, e a contribuição do substrato científico-tecnológico na análise sistêmica de soluções ambientais, abrem caminho para um novo paradigma, qual seja, o da governança ambiental global.

1. DO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE (DIMA) AO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL (DAI)

No meio acadêmico não é raro que os termos Direito Internacional do Meio Ambiente e Direito Ambiental Internacional sejam representantes do mesmo ideário. Percebe-se que a doutrina especializada, bem como os trabalhos científicos não tem se valido das diferenças existentes entre tais áreas, por vezes remetendo-se ao DIMA quando se trata, na verdade, de DAI.

A literatura do Direito Internacional para questões ambientais, em linhas gerais, não se ocupa, tampouco tem se preocupado, com a distinção entre o que seria DAI e o que não o é, já que aborda as questões essencialmente por intermédio dos regimes jurídicos internacionais.

Aranzadi, 2012. Ver também PERCIVAL, Robert V. The Globalization of Environmental Law. *Pace Environmental Law (PELR) Review*, Vol. 26, 2009, p. 451.

² As redes representam uma maneira coletiva de gestão participativa e monitoramento de regras e padrões ajustados a partir de relações não hierárquicas, com direções vertical e horizontal, entre os múltiplos participantes.

³ “O Estado, que desde meados do século XVII é a mais importante e a mais característica das instituições modernas, está em declínio. Da Europa ocidental à África, muitos Estados estão se fundindo em comunidades maiores ou desmoronando. Muitas de suas funções estão passando às mãos de uma série de instituições que, seja qual for sua natureza exata, não são Estados” (CREVELD, Martin Van. *Ascensão e Declínio do Estado*. Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004, “nota de orelha”). Ver também OLIVEIRA, Francisco. *Privatização do público, destituição da fala e anulação da política*. In: *Os sentidos da democracia*. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, *passim*.

Uma disputa por recursos pesqueiros em determinada bacia fronteiriça, mitigado por técnicas de mediação pautada nos conhecimentos de comunidades tradicionais, envolvendo-as, está-se diante das alternativas preconizadas pelo DAI. Outro exemplo é o reconhecimento da atuação das organizações não governamentais como novos atores internacionais a serviço da proteção ambiental. Ou ainda, quando se confere importância a um painel de indicadores de mudanças climáticas para elaborar planos de ação, trata-se da evolução do DAI.

Assim, merece reflexão o estudo sobre o DAI, que se difere do DIMA, por sua estrutura aberta a instrumentos eficazes de solução diante de problemas ambientais. Nesse sentido, REI e GRANZIERA asseveram que “os problemas ambientais em geral [...] somente podem encontrar soluções satisfatórias se negociados e regulamentados pelo conjunto dos Estados, sem desconsiderar o papel de novos atores no cenário internacional, que articulam interesses numa dinâmica mais eficiente que as conferências diplomáticas”⁴.

Segundo esse raciocínio, considera-se o DAI um ramo do conhecimento jurídico novo e autônomo atinente às relações entre o Direito Ambiental e as Relações Internacionais, que coloca em cheque a efetividade dos parâmetros clássicos do DIMA. Nessa perspectiva, válido determinar as características intrínsecas de um e outro, considerando que, em alguns aspectos, não são ramos distintos, podendo falar em evolução ou transformação como apregoam certas doutrinas.

O Direito Internacional Público é o grande ramo da ciência jurídica que abarca o Direito Internacional do Meio Ambiente, logo, estabelecer seu conceito se torna importante para a compreensão do DIMA.

Sabe-se que Direito Internacional Público é o conjunto de regras e princípios que regula a sociedade internacional, em que o Estado é objeto essencial. Conforme GEORGE SCHELLE *apud* VARELLA “[...] esse ramo do direito não deveria ser um direito entre Estados, mas um direito entre indivíduos de todo o mundo”⁵. Por isso, o Direito Internacional Público também recebe o nome de Direito das Gentes, expressão cunhada no final do século XVIII.

Segundo MAZZUOLI o Direito Internacional Público caracteriza-se pelo “sistema de normas jurídicas capaz de coordenar vários interesses estatais simultâneos, de forma a poderem os Estados, em seu conjunto alcançar suas finalidades e interesses recíprocos”⁶. Já AMARAL JÚNIOR ressalta que uma das funções do Direito Internacional é estabelecer as regras de coexistência e cooperação⁷. Ou seja, alcançar a paz, o cumprimento das promessas e a estabilidade das relações de domínio. Enfatiza o mesmo autor que as regras de cooperação, por sua vez, atingem temas amplos como segurança, e assuntos econômicos e ambientais.

Assim, o Direito Internacional do Meio Ambiente figura como ramo importante para o estudo do Direito Internacional Público, vez que surgiu no afã de estabelecer compromissos jurídicos ambientais no âmbito planetário. Para SILVA, esse ramo trata dos direitos e das obrigações dos Estados e das organizações governamentais internacionais, bem como dos indivíduos na defesa do meio ambiente⁸.

Por ser o DIMA a área de representação do Direito Internacional Público para questões ambientais globais, seus instrumentos são essencialmente jurídicos. Tratados como do Espaço (1967), do Mar (1982), da Camada de Ozônio (1987), das Mudanças Climáticas (1992) são compromissos de *hard law* sob completa influência dos procedimentos do Direito Internacional.

⁴ REI, Fernando Cardozo Fernandes; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental Internacional: Novos olhares para a ciência do direito*, 2014, (no prelo).

⁵ VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5 ed. ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 44.

⁷ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

⁸ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito Ambiental Internacional*. 2 ed. ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002, p. 5.

Por outro lado, o regime jurídico que compõe o arcabouço ambiental internacional, por vezes, não oferece instrumentos hábeis o bastante para enfrentar a complexidade de problemas ambientais globais. Sobre isso, GORBAK afirma que “el derecho internacional tradicional ha sido incapaz de tratar muchos de los temas relevantes que afectan el ambiente global y la fuerza de la globalización ha empezado a diluir las fronteras em vários campos del derecho”⁹.

Concernente a tais ideias, salutar as palavras de ESTY e IVANOVA:

[...] o atual regime do meio ambiente internacional é débil, fragmentado, carente de recursos e prejudicado por uma limitada incumbência. Há movimento, mas pouco progresso. Existem atualmente mais de quinhentos tratados multilaterais sobre meio ambiente, mais de uma dúzia de agências internacionais dividem responsabilidades ambientais, e, todavia, as condições ambientais não estão melhorando de modo significativo. Problemas como mudança climática, poluição do mar, degradação da pesca, desmatamento e desertificação persistem, com tendências em geral muito negativas.¹⁰

Ademais, os instrumentos tradicionais do DIMA requerem lento processo de criação e podem ser punitivos sobremaneira para afastar a adesão de determinados Estados-nação. Partindo-se desse contexto, o DAI avança para além do Direito. Aposta na colaboração de outras ciências como mecanismo de “solucionática”, conforme passagem de REI e GRANZIERA:

Na verdade, essa perspectiva funcional e pragmática do DAI se fundamenta em um *mix* de direitos que nele convivem com peculiar equilíbrio e intrincada complexidade. Nessa área do direito, a inserção de novos atores nos processos políticos multilaterais e a contribuição do conhecimento científico reforçam o papel da “*soft law*” como a grande ferramenta a serviço da adaptação do Direito Internacional aos novos desafios da sociedade contemporânea, na impossibilidade de se avançar com regras impositivas em determinados campos.¹¹

Oportuno parafrasear NASSER ao afirmar que “À complexidade do mundo se deve responder com instrumental igualmente rico e variado”¹². Interpretando o autor, o Direito exige novos olhares de solução, nem só jurídico, nem só não jurídico.

Assim, diante da importância que possuem os serviços ecossistêmicos para o bem-estar humano e para a manutenção da própria vida na Terra, bem como frente à emergência criada pelos desastres ambientais antrópicos ou naturais, recomenda-se que o tema alcance um *status* multidisciplinar, extrapolando o círculo estrito do direito posto.

⁹ GORBAK, Erica E. La expansión del derecho ambiental global, p. 283. In: Ambiente Sustentable II. Obra colectiva del Bicentenario – Tomo I. HERRERA, Amancay (Coordinadora). Buenos Aires: Orientación Gráfica Editora, 2010. “O Direito Internacional tradicional tem sido incapaz de tratar muitos dos temas relevantes que afetam o ambiente global e a força da globalização tem começado a diluir as fronteiras em vários campos do direito”. (tradução da autora).

¹⁰ ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. Revitalização da Governança Ambiental Global: um enfoque baseado em funções, p. 208. In: *Governança Ambiental Global: opções e oportunidades*. São Paulo: Editora Senac, 2005.

¹¹ REI, Fernando Cardozo Fernandes; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental Internacional: Novos olhares para a ciência do direito, 2014, (no prelo).

¹² NASSER, Salem Hikmat. Fragmentos sobre um regime jurídico internacional do meio ambiente e sua relação com o desenvolvimento. In: *Direito e Desenvolvimento: uma abordagem sustentável*. Rei, Cibim, Rosina e Nasser (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

A propósito, escreve REI:

Esse ramo do direito internacional impõe aos seus estudiosos a busca e a aceitação de novos modos de perceber as relações entre os Estados e os demais atores da vida internacional e da sua regulação pelo direito, ou por outros conjuntos normativos, não necessariamente jurídicos. Maior flexibilidade e criatividade são exigidas, na produção, no estudo e na aplicação das normas internacionais.¹³

As evidências científicas, os conhecimentos tradicionais, a colaboração dos organismos não governamentais - ONG's ou outras entidades, tem sido características peculiares do Direito Ambiental Internacional diante do enfrentamento de questões ambientais globais. Esse direito hoje trabalha também com uma base principiológica específica onde prevalece o princípio da precaução, o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, o princípio da informação e participação, o princípio da cooperação internacional, entre outros.

Visando demonstrar de maneira objetiva as características entre o DIMA e o DAI, o quadro abaixo ilustra modelos estruturais distintos para aqueles que não consideram o DAI um ramo do Direito, ou modelos estruturais de transição para os que acreditam na necessidade de avanço do DIMA.

	Direito Internacional do Meio Ambiente - DIMA -	Direito Ambiental Internacional - DAI -
RAMO	Direito Internacional Público	Direito Ambiental e Relações Internacionais
SURGIMENTO	Segunda metade do século XX (década de 60)	Final do século XX (década de 90)
ENTIDADES	Sujeitos: Estados-nação, Organismos Internacionais	Atores: Estados-nação, Estados subnacionais, Metrópoles, Organismos Internacionais, Organismos não governamentais, Mercado, Mídia, Povos tradicionais, Indivíduos
ATUAÇÃO	Convenções (plenário)	Convenções (plenário, antessala, corredores), funcionamento em redes, fóruns paralelos, paradiplomacia
INSTRUMENTOS	Tratados, <i>hard law</i> (artigo 38, Estatuto da Corte Internacional de Justiça)	Tratados, painéis, <i>soft law</i> , aparato tecnológico, pesquisas
DOCUMENTOS	Convenção de Viena, Convenção Quadro, Tratados, Protocolos	MEA (<i>multilateral environmental agreement</i>), Agenda 21, Declaração do Rio de Janeiro, Declaração de Cartagena
PRINCÍPIOS TÍPICOS	Princípio da Prevenção, Princípio da Responsabilidade, Princípio da Cooperação, entre outros.	Princípio da Precaução, Princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, Princípio da Informação e Participação, Princípio da Cooperação Internacional, entre outros.
SOLUÇÕES	Jurídicas	Jurídicas e não jurídicas (outras áreas do conhecimento)

Quadro 1: Características entre o DIMA e DAI.

¹³ REI, Fernando Cardozo Fernandes. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: Direito Internacional do Meio Ambiente: Ensaio em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. Salem Hikmat Nasser e Fernando Cardozo Fernandes Rei (Org.) São Paulo: Atlas, 2006.

Acredita-se que o Direito Ambiental Internacional – DAI, embora com algumas características próprias, se concebe a partir da revisão dos instrumentos institucionais do Direito Internacional do Meio Ambiente - DIMA, tornando-os mais amplos, participativos e dinâmicos. Assim, é possível demonstrar a relação entre ambos pela imagem a seguir, que constrói a ideia ora formulada.

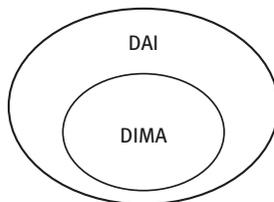


Ilustração 1: Círculos concêntricos trazendo a inserção do DIMA ao DAI, a partir do qual se percebe a inter-relação entre si.

Registra-se, por fim, que as características do DAI acompanham a evolução da sociedade internacional e reconhece a necessidade de preservação ambiental em compasso com o desenvolvimento, conteúdo basilar do princípio do desenvolvimento sustentável.

Partindo da análise posta, torna-se legítimo ao contexto o estudo de grandes alicerces do DAI, a governança global, os novos atores que entram em cena, e o papel da *soft law*. Temas esses que serão tratados nos tópicos seguintes com a preocupação de defini-los e estabelecer sua primazia à luz do assunto ora abordado.

2. O CENÁRIO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL NO ÂMBITO DO DAI

A qualidade do ar, do solo, da água e a proteção da fauna e da flora é substrato para a sustentabilidade do ser humano no Planeta Terra. As decisões tomadas pela sociedade, em maior ou menor grau, impactam a natureza, assim, as consequências da utilização descomedida dos recursos naturais podem gerar desastres de grande monta, perdas irreversíveis e conflitos entre Estados-nação. Registra-se a escassez de água potável como uma dos problemas que atingem pessoas de várias partes do mundo, deflagrando guerras entre países pelo acesso a esse líquido¹⁴.

Tais externalidades negativas, geralmente, ultrapassam as fronteiras geopolíticas dos Estados, vitimando indetermináveis pessoas. Por isso, com o escopo de reverter cenários ambientalmente indesejáveis pelo homem, propugna-se pela participação de todas as esferas sociais, governamental ou não-governamental, doméstica ou internacional, criando um movimento chamado governança ambiental.

Nesse sentido, convém destacar as palavras de TALBOTT:

[...] a política doméstica tradicional e a diplomacia internacional não são mais suficientes em velocidade, amplitude ou substância. Retardar e reverter o dano que já vimos causando ao nosso meio ambiente exigem um esforço sem precedentes, coordenado e de longo prazo, que envolva aliança de atores arrojados, inovadores e flexíveis, em níveis estatal e não-estatal, sobretudo organizações não-governamentais, dispostos a obter os recursos, o conhecimento e a participação ativa dos cidadãos.¹⁵

¹⁴ FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise Marcelino da. Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão. 2 edição. São Paulo: Millennium, p. 20, 2012.

¹⁵ TALBOTT, Strobe. Governança Ambiental Global: opções e oportunidades. São Paulo: Editora Senac, Prefácio, 2005, p. 15.

Participação ampliada, objetivos comuns, e cooperação são algumas expressões usadas ao traçar o conceito de governança ambiental. Governança¹⁶ pressupõe comportamentos em nível local, regional, nacional e global¹⁷, sendo este último o objeto de apreensão desse trabalho.

A governança global é um fenômeno que surgiu a partir de fatos empíricos da política mundial. O debate acadêmico sobre o tema não data de muito tempo¹⁸ e requer estudo amplo que abarca, necessariamente, elementos como novos atores, relação em rede e o poder de se alcançar soluções eficazes para os problemas comuns. Os estudiosos do assunto consideram a governança o maior desafio da comunidade internacional¹⁹.

A Comissão sobre Governança Global, criada em 1991, pela Organização das Nações Unidas - ONU, publicou um relatório definindo governança como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes e realizar ações cooperativas”²⁰.

A doutrina, atenta ao teor da definição, elabora conceitos próprios de governança global, elegendo como elemento de destaque a participação, conforme se depreende da explicação de ARAÚJO:

Podemos entendê-la como o conjunto dos mecanismos/procedimentos que relacionam-se com a dimensão participativa e plural da sociedade, incorporando visões dos seus vários segmentos. Destaca-se, neste contexto, as capacidades de comando, coordenação, intervenção e implementação como componentes fundamentais da governança, além do reforço dos mecanismos formais de prestação de contas e a institucionalização da cobrança por parte dos usuários dos serviços do Estado, introduzindo o novo conceito de *accountability*.²¹

HYDEN e COURT *apud* GONÇALVES e COSTA relacionam o conceito de governança global a um “processo envolvendo múltiplos atores na arena internacional que produz novas normas e regras para o trabalho conjunto com a finalidade de resolver problemas ou conflitos globais”²². Já STOKKE considera que a governança abrange os criadores e operadores de regras, atores não estatais de vários tipos, trabalhando dentro ou através das fronteiras²³.

A propósito, CHEEMA e RONDINELLI trabalham a ideia de governança a partir da definição do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas – PNUD:

The United Nations Development Program perceived of governance as those institutions and processes through which government, civil society

¹⁶ O termo “governança” tem origem na obra *The nature of the firm*, escrita em 1937, pelo prêmio Nobel em ciências econômicas, Ronald Coase.

¹⁷ Governança internacional, regional, nacional e também subnacional ou local se chama governança multinível. Sobre isso ver: BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. *International Environmental Governance*, 1996, p. 261.

¹⁸ As primeiras referências à ideia de “governança” datam do final dos anos 80. (GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 24).

¹⁹ TALBOTT, Strobe. *op cite*, p. 15.

²⁰ COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa Comunidade Global. Relatório da Comissão sobre Governança Global*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996, p. 2.

²¹ ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho*. Brasília: ENAP, 2002, p. 10.

²² HYDEN, Goran; COURT, Julius. *In* GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 48.

²³ STOKKE, Olav Schram. *Regimes as Governance Systems*. In *Global Governance: drawing insights from the environmental experience*. Edited by Oran R. Young, 1997, p. 28.

organization, and private sector interact with each other in shaping public affairs and through which citizens articulate their interests, mediate their differences, and exercise their political, economic, and social rights.²⁴

Tal definição envolve, entre outros atores, o governo, contrariando doutos que entendem governança independente de tal sujeito. Segundo ROSENAU, “a governança não é o mesmo que governo” diz respeito a “atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas, e (que) não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências”.²⁵

Conclui WAPNER, em seu estudo sobre o tema, que governança global tem sido um dos desafios mais perenes e assustadores da história mundial:

Global governance has been one of the most perennial and daunting challenges in world history. Ever since the Stoics imagined a single world, organized by a set of common principles, thinkers and practitioners have worked to conceptualize and bring into reality mechanisms to coordinate the diverse activities of a complex, multifarious world.²⁶

Assim, diversas atividades como aquelas ligadas ao comércio internacional e ao meio ambiente dizem respeito à governança global. Para que a governança ambiental global não seja considerada abstração é necessário “a participação de todos e de cada uma das decisões que envolvem o meio ambiente, por intermédio de organizações civis e governamentais, a fim de obter ampla e irrestrita adesão ao projeto de manter a integridade do planeta”²⁷.

A ação e articulação de múltiplos atores, tanto os sujeitos tradicionais do Direito Internacional Público, como os novos atores que ingressam no cenário de governança compõe o quadro viável para o avanço do Direito Ambiental Internacional.

3. O SURGIMENTO DOS NOVOS ATORES NO CONTEXTO DO DAI

Frente à proposta que se apresenta ao DAI, impreterível expandir o elenco dos atores internacionais para além dos Estados e das Organizações Internacionais – OIs. Isso significa considerar as ONGs, o Mercado, os Governos subnacionais, as Metrôpoles, a Mídia, os Povos tradicionais, bem como os Indivíduos, no catálogo internacional das instituições ambientais.

Entretanto, necessário distinguir os sujeitos de direito internacional dos atores que compõe a estrutura institucional desse direito. Sobre o assunto, argumenta VARELLA:

²⁴ CHEEMA, G. Shabbir; RONDINELLI, Dennis A. From Government to Decentralized Governance, 2007, p. 6. In Decentralizing Governance: emerging concepts and practice. “O Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas tem percebido governança como as instituições e os processos através dos quais o governo, organização da sociedade civil, setor privado interagem uns com os outros na formação de assuntos públicos e através do qual os cidadãos articulam seus interesses, solucionam as suas diferenças e exercem seus direitos político, econômico e os direitos sociais”. (tradução da autora).

²⁵ ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. São Paulo: Almedina, 2011, p. 47.

²⁶ WAPNER, Paul. Governance in Global Civil Society. p. 82. In: Young, Oran R. (Ed.). Global governance - drawing insights from the environmental experience. Cambridge/London: the MIT press, 1997. “A governança global tem sido um dos desafios mais perenes e assustadores da história mundial. Desde que os Estóicos imaginaram um mundo único, organizado por um conjunto de princípios comuns, pensadores e profissionais têm trabalhado para conceituar e trazer para a realidade os mecanismos para coordenar as diversas atividades de um mundo multifacetado complexo”. (tradução da autora).

²⁷ TALBOTT, Strobe. Governança Ambiental Global: opções e oportunidades. São Paulo: Editora Senac, 2005, Nota da edição brasileira.

Em sede doutrinária, no entanto, distinguem-se sujeitos de direito internacional de atores de direito internacional. Aqueles são apenas os Estados e as Organizações Internacionais, ao passo que empresas, organizações não-governamentais e indivíduos seriam os atores de direito internacional, mas não sendo reconhecidos como sujeitos de direito internacional. Registre-se, porém, a partir de uma perspectiva processual, que os indivíduos têm sido admitidos em organismos internacionais como sujeitos de direitos e obrigações.²⁸

Sob a ótica de MAZZUOLI, os atores internacionais participam da sociedade internacional, mas sem deterem personalidade jurídica de Direito Internacional Público:

Em verdade, da sociedade internacional também fazem parte as coletividades não estatais, o que não significa que muitos dos atores que as compõem sejam efetivamente sujeitos do Direito Internacional Público, a exemplo organizações não governamentais (ONGs) e das empresas transnacionais. Trata-se de coisas distintas. Pertencer à sociedade internacional é uma coisa; ser sujeito de direito das gentes é outra bem diferente.²⁹

Reitera o mesmo autor, que “falar em atores internacionais tem sentido mais amplo do que falar em sujeitos do Direito Internacional, conotando essa última expressão prioritariamente os Estados, as internacionais intergovernamentais e os indivíduos”³⁰.

Para o avanço do DAI, entretanto, necessário apostar no pluralismo de sua base de sujeitos, envolvendo a participação de novos atores. A inclusão de novos atores nas negociações internacionais tem representado um positivo fenômeno, introduzindo e defendendo posições junto à opinião pública e contribuindo para a adoção de políticas adequadas à defesa do meio ambiente.

Assim, procura-se demonstrar nesse item a valiosa contribuição de novos atores como as ONGs, os Governos subnacionais, o Mercado e as Comunidades epistêmicas.

As ONGs surgiram no século XX. Elas desempenham papel fundamental na construção da governança ambiental. MORAES sintetiza suas funções na governança ambiental: a) influenciar no processo de decisões, tanto no âmbito nacional quanto internacional; b) conscientizar atores, como indivíduos e Estados, sobre questões ambientais; c) idealizar e realizar espaços de discussão e debate; d) zelar pelo cumprimento das normas ambientais pelos Estados e empresas; e) difundir informações à mídia e ao público em geral; f) participar diretamente na elaboração de normas ambientais que servirão de norte no comportamento de Estados, empresas e pessoas³¹.

Constata GEMMILL e BAMIDELE-IZU que “Muitas ONGs buscaram credenciamento em conferências internacionais com a finalidade de fazer *lobby* junto às delegações, de promover briefings e até mesmo de se manifestar em sessões planetárias. Muitas delegações de governos a conferências internacionais hoje incluem formalmente representantes de ONGs”³².

²⁸ VARELLA, D. Marcelo. Direito Internacional Público. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3-4.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 47.

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. O processo de formação do Direito Internacional do Meio Ambiente: atores, instituições e normas, p. 147. In Revista Ambiente e Direito. Erika Pires Ramos (coordenadora). Ano II, edição 2. São Paulo: MP Editora, 2011.

³² O papel das ONGs e da Sociedade Civil na Governança Ambiental Global, p. 95-96. In: Governança Ambiental Global: opções e oportunidades. São Paulo: Editora Senac, 2005.

Registre-se que as ONGs, instituições de caráter não-governamental, têm exercido uma positiva função no desempenho do DAI, assumindo responsabilidades e elegendo compromissos em prol do meio ambiente. Como exemplo de ONGs que tem se destacado na defesa do meio ambiente, podem ser citadas *Greenpeace Internacional*³³ e *WWF – World Wind Fund*.

Os Governos subnacionais também desenvolvem papel fundamental na proteção ambiental. A própria Constituição brasileira de 1988 atribuiu competências a estes governos na proteção ambiental. De acordo com BARROS “A atuação dos governos subnacionais leva tanto a transformação na agenda – já que novas demandas são inseridas – quanto a questionamento sobre a normativa internacional – por ser necessário discutir-se acerca das repercussões dos acordos assumidos pelos governos não centrais no direito internacional”³⁴.

Entende-se por governos subnacionais as cidades ou blocos regionais que visam sua inserção internacional na busca por interesses locais, mas também estaduais e nacionais. Seguindo esse pensamento, YAHN FILHO argumenta:

Esta busca das cidades e regiões por uma inserção internacional determinou a participação de novos atores nas relações internacionais, cuja atuação se faz por meio de uma paradiplomacia, criando, em alguns casos, conflitos com a política externa nacional, mas, em outros casos, tornando-se uma forma de aliviar a pressão sobre os governos centrais, nas busca de soluções para problemas locais e, até mesmo, colaborando com a inserção internacional do país.³⁵

Neste sentido, os governos subnacionais tem o poder de organizar-se em rede, estabelecer a paradiplomacia ambiental³⁶ e viabilizar a governança ambiental global.

O Mercado é um dos grandes personagens do século XXI, embora tenha se constituído bem antes. Não se deve ignorar sua força, visto que ele influencia na vida das pessoas e dos próprios Estados. Por outro lado, o Mercado é influenciado pelos regimes de regularização ambiental.

No cenário internacional de negociações ambiental, o mercado, tradicionalmente, é visto como opositor às políticas de proteção do meio ambiente já que a ideia que prevalece é que tais corporações poluem o meio ambiente e estão apenas preocupadas com seus interesses particulares. Contudo, pode-se dizer que, atualmente (a partir da RIO/92), o setor privado tem procurado apresentar contribuições importantes na arena ambiental internacional.

Atento a essa mudança, ANDRADE aponta as inovações tecnológicas que os atores corporativos têm adotado visando tornar-se um colaborador na ecológica mundial, quais sejam: substitutivos para os cloros flúor carbonos (CFCs) e práticas de responsabilidades ambientais³⁷. A Agenda 21 considera que as empresas são grandes provedoras de tecnologias ambientalmente saudáveis e, juntamente como os Governos, podem disponibilizar informações científicas e tecnológicas essenciais para o desenvolvimento sustentável³⁸.

³³ O *Greenpeace International* originalmente conhecido como *Greenpeace Foundation* tinha base no Canadá, em 1971, hoje sua base é em Amsterdam. Possui escritórios regionais e nacionais em mais de 45 países. Estima-se ter mais de 3 milhões de apoiadores financeiros.

³⁴ BARROS, Marinana Andrade e. A atuação internacional dos governos subnacionais. Leonardo Nemer Caldeira Brant (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 74

³⁵ YAHN FILHO, Armando Gallo. Relações internacionais e atores subnacionais. Campinas, SP: Editora Alínea, p. 12, 2013.

³⁶ Paradiplomacia Ambiental expressa o interesse e a participação direta dos estados subnacionais nas questões ambientais globais, bem como na promoção do desenvolvimento sustentável. (Bueno da Silva, 2010 *apud* REI, Fernando; CUNHA, Kamyla Borges da; SETZER, Joana. Paradiplomacia Ambiental: a participação brasileira no regime internacional das mudanças climáticas. In: Revista de Direito Ambiental, ano 18, vol. 71, jul. – set/2013, p. 272)

³⁷ ANDRADE, José Celio Silveira. Participação do Setor Privado na Governança Ambiental Global: Evolução, Contribuições e Obstáculos. In: Contexto Internacional. Rio de Janeiro, Vol. 31, n. 2, maio/agosto, 2009, p.224. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v31n2/v31n2a01.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

³⁸ Agenda 21 Global. 3º ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretarias de Edições Técnicas, 2003.

A respeito do provimento de informações adequadas sobre aspectos ambientais, registra-se a importância das comunidades epistêmicas no âmbito do DAI. As comunidades epistêmicas congregam não apenas cientistas, mas também grupos de estudiosos que tenham ideias comuns sobre determinado tema. De acordo com TELES DA SILVA, “as comunidades epistêmicas que constituem redes – normalmente transnacionais – de profissionais com reconhecida *expertise* em um determinado campo do saber e demandam o conhecimento de sua autoridade em matéria dos conhecimentos politicamente relevantes que possuem sobre tal domínio ou área”³⁹.

Questões complexas relativas ao meio ambiente exigem estudos para serem equacionadas e, em seguida, solucionadas. Como se sabe, em matéria ambiental as incertezas dificultam a tomada de decisões, as quais, muitas vezes, não podem ser postergadas. Observa MORAES que “Considerando que as negociações internacionais são concluídas em situação de extrema incerteza, visto que em grande parte dos problemas ambientais o conhecimento dos riscos é limitado, toda e qualquer informação pode ter um grande impacto na forma como são abordadas”⁴⁰.

O conhecimento produzido pelas comunidades epistêmicas constitui uma importante ferramenta para a proteção de direitos existentes e também para a construção de novos direitos.

Conclui-se, portanto, que as ONGs, o Mercado, os Governos subnacionais, bem como as Comunidades epistêmicas, são responsáveis pela ampliação do catálogo internacional das instituições ambientais. A atuação desses novos atores sociais desempenha papel extremamente importante na construção de uma nova dimensão do Direito Ambiental, ou seja, no surgimento do Direito Ambiental Internacional.

4. A CONTRIBUIÇÃO DA *SOFT LAW* AO DAI

O avanço tecnológico e científico, no contexto da sociedade globalizada, fez com que o Direito Internacional adequasse suas normas em favor da proteção dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras. Nesse sentido, buscando-se adaptar às crescentes demandas e necessidades socioambientais, a comunidade internacional desenvolveu um instrumento inovador para o enfrentamento de questões ambientais, estimulando o nascimento de novas fontes.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – CIJ, prevê as fontes formais do Direito Internacional, quais sejam, as convenções internacionais, o costume, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e as doutrinas. Contudo, de acordo com GUIDO SOARES, trata-se de um rol lacunoso:

Deve-se, inicialmente, apontar uma lacuna desse artigo, na indicação das fontes. Na verdade, o Estatuto da CIJ é o mesmo texto do Estatuto do Tribunal Internacional, que funcionou entre 1919 e 1945, a Corte Permanente de Justiça Internacional (órgão paralelo à finada Sociedade das Nações, ou Liga das Nações), portanto, elaborado numa regulamentação de final da Primeira Guerra Mundial.⁴¹

³⁹ SILVA, Solange Teles da. *Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 43.

⁴⁰ MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. O processo de formação do Direito Internacional do Meio Ambiente: atores, instituições e normas, p. 150. *In*: Revista Ambiente e Direito. Erika Pires Ramos (coordenadora). Ano II, edição 2. São Paulo: MP Editora, 2011.

⁴¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 169.

A crítica do referido professor é com relação à ausência das declarações unilaterais dos Estados e das decisões tomadas pelas organizações internacionais intergovernamentais; contudo, é possível valer-se de suas palavras também para o instrumento da *soft law*.

A *soft law*, embora não esteja no rol do artigo 38 do CIJ, é reconhecida como um instrumento de grande valia para o DAI. Sob esse aspecto afirma KISS “uma das características marcantes da legislação internacional desde 1945 é a enorme importância do *soft law*, por exemplo, os textos que são adotados pelos Estados sem estar legalmente vinculados”⁴². Por essa razão, a *soft law* é um dos temas mais debatidos na literatura internacional. Sobre o assunto, há posições diversas da doutrina considerando-a ora direito (KISS)⁴³, ora quase-direito (NASSER)⁴⁴, ou ainda, uma norma “em gestação” (OLIVEIRA)⁴⁵, podendo estar, inclusive, travestida de um fenômeno patológico (WEIL)⁴⁶.

Esse instrumento, que nasceu no contexto das negociações diplomáticas, congressos e conferências, é fruto das leituras e interpretações dadas aos tratados multilaterais. Assim, na impossibilidade de se avançar com regras impositivas em certos campos, o DAI tenta adaptar-se aos novos desafios da sociedade contemporânea lançando mão da *soft law*⁴⁷.

Em oposição ao *hard law*, a *soft law* quando traduzida para a língua materna, significa direito flexível, além de outras designações. Contudo, mais importante do que sua tradução é estabelecer seu conceito, tarefa delegada à SALMON apud NASSER, que o define como:

[...] regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contém não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo, ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.⁴⁸

Por outro lado, as regras chamadas de *hard law* (ou *jus cogens*) são disposições que contém obrigações para as partes contratantes. Trata-se de textos internacionais mandatários que exprimem efeitos vinculantes à atividade dos Estados-partes, a exemplo dos tratados, convenções e protocolos. Já os instrumentos de *soft law* só podem gerar sanções morais, vez que não tem o condão de criar obrigações para os Estados-membros. Em boa escrita, MAZZUOLI afirma:

A evolução da sociedade internacional fez emergir, no século XX, dois novos grupos de normas jurídicas diretamente ligadas à reformulação das fontes do Direito Internacional Público: o *jus cogens* e a *soft law*. Trata-se de uma nova tendência de produção de normas no Direito Internacional com

⁴² KISS, Alexandre. The implications of global change for the international legal system. p. 319. In Environmental Change and international law: new challenges and dimensions. Edited by Edith Brown Weiss, United Nations: University Press, 1992.

⁴³ KISS, Alexandre. *op cite*, p. 319.

⁴⁴ Ver NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a *soft law*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Santos de. Direito Ambiental Internacional: o papel da *soft law* em sua efetivação. Ijuí: Unijuí, 2007.

⁴⁶ Cf. WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? In: American Journal of International Law, 1983, p. 416.

⁴⁷ REI, Fernando Cardozo Fernandes. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental Internacional: Novos olhares para a ciência do direito, 2014, (no prelo).

⁴⁸ SALMON, Jean apud NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a *soft law*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

características diametralmente opostas: as primeiras (normas de *jus cogens*) são rígidas, enquanto as segundas (normas de *soft law*) são em tudo flexíveis.⁴⁹

O surgimento e fortalecimento do papel da *soft law* representa um impulso à evolução do Direito Ambiental Internacional, particularmente, pela dificuldade de se estabelecer um consenso entre os Estados em matéria ambiental no âmbito de regimes jurídicos internacionais, em especial, quando interesses políticos e econômicos estão em pauta. Nesse sentido, percebe-se a grandeza desse instrumento, pois, mesmo não sendo sancionador permite em situações de difícil negociação que se avance, ainda que em temas polêmicos, estabelecendo metas para o futuro a serem atingidas pelos Estados⁵⁰.

Um das características da *soft law* é a futuridade, ou seja, estabelecer metas futuras a serem atingidas por meio de programas de ação a longo prazo, como é o caso da Agenda 21. O conteúdo de tal documento demonstra ser uma declaração de intenções “voltada para os problemas prementes de hoje e tem o objetivo, ainda, de preparar o mundo para os desafios do próximo século”.

Ao tratar da Agenda 21, MILARÉ destaca “Há realmente documentos que, se não possuem autoridade jurídica stricto sensu, revestem-se de uma autoridade de outra natureza e adquirem peso específico no próprio ordenamento jurídico”⁵¹. É o que se passa com o texto da Agenda 21, o qual aborda, em destaque, sobre cooperação, valorização do poder local, parceria para o desenvolvimento sustentável e mudança de padrões de consumo.

A gestão ambiental participativa também foi tema acolhido pela Agenda 21, sendo possível identificá-la quando o texto estabelece a importância da participação das organizações não-governamentais, da comunidade científica e do setor privado, assim como dos grupos e comunidades locais para a implementação da agenda.

Mesmo diante de um documento de natureza programática, a redação contida nas diretrizes da Agenda 21 Global reflete preocupações com a geração presente e as gerações futuras. Nesse sentido vale chamar a atenção para a Teoria da Igualdade Intergeracional proposta por WEISS⁵².

Além da Agenda 21, TELES DA SILVA cita inúmeras outras declarações consideradas *soft law*, como é o caso da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e a Declaração de Princípios com Autoridade Não Juridicamente Obrigatória Para um Consenso Global sobre Manejo, Conservação e Desenvolvimento Sustentável de Todos os Tipos de Florestas de 1992⁵³.

De acordo com os autores norte-americanos ABBOTT e SNIDAL, as normas do tipo *soft law* se propõem a lidar com cenários de incerteza. Logo, além de fornecerem estratégias para as situações de incertezas, o direito flexível apresenta outras duas vantagens: a) infringe menos na soberania, e b) facilita o compromisso entre os atores diferenciados⁵⁴.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 150.

⁵⁰ COSTA, Carlos Fernando da Cunha. Fontes do Direito Internacional do Meio Ambiente: do rol originário às novas fontes. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira (organizador). O Novo Direito Internacional do Meio Ambiente. Curitiba: Juruá, 2011, p. 145.

⁵¹ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

⁵² WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: A legal framework for global environmental change. In Environmental Change and international law: new challenges and dimensions. Edited by Edith Brown Weiss, United Nations: University Press, 1992.

⁵³ SILVA, Solange Teles da. Direito Ambiental Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 25.

⁵⁴ ABBOTT, Kenneth W. SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=164759&fileId=S002081830041111>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

Soft legalization allows states to adapt their commitments to their particular situations rather than trying to accommodate divergent national circumstances within a single text. This provides for flexibility in implementation, helping states deal with the domestic political and economic consequences of an agreement and thus increasing the efficiency with which it is carried out. Accordingly, soft law should be attractive in proportion to the degree of divergence among the preferences and capacities of states, a condition that increases almost automatically as one moves from bilateral through regional to multilateral negotiations.⁵⁵

A importância do *soft law* para o Direito Internacional, em especial, para o Direito Ambiental Internacional revela-se em mais dois aspectos. O primeiro é como ferramenta de hermenêutica. O segundo aspecto pelo qual o *soft law* é relevante é em sua capacidade de se transformar em costume internacional ou até mesmo operacionalizar novas regras jurídicas^{56 57}.

No fundo e ao final, a evolução do DAI se deve ao reconhecimento de elementos importantes como a pluralidade subjetiva, novos atores, e a pluralidade objetiva, novos instrumentos, entre eles, a *soft law*.

CONCLUSÕES

1. Ao versar sobre as características do Direito Ambiental Internacional pretende-se colaborar com os desafios do século XXI na regulamentação ambiental internacional. Esse novo ramo do conhecimento, mais que jurídico, fala de um esforço de compreensão da necessidade do direito cumprir o seu papel para enfrentar e equacionar questões complexas, próprias da construção de uma sociedade sustentável.

2. A necessária tomada de consciência pelos Estados dos complexos desafios da sustentabilidade permite considerar que existe uma aceitação crescente no plano internacional de que as relações jurídicas ambientais globais são relações necessariamente multilaterais, onde se concebe um direito participativo inclusivo de novos atores.

3. As ONGs, o Mercado, os Governos subnacionais, as Metrôpoles, a Mídia, os Povos tradicionais, bem como os Indivíduos, são responsáveis pela ampliação do catálogo internacional das instituições ambientais. A atuação desses novos atores sociais desempenha papel extremamente importante na construção de uma nova dimensão do Direito Ambiental, ou seja, no surgimento do Direito Ambiental Internacional.

4. Diante da complexidade de problemas ambientais, os mecanismos de governança ambiental global propõe a participação construtiva dos novos atores, sendo a tarefa mais importante para aqueles que participam das negociações na arena internacional.

⁵⁵ ABBOTT, Kenneth W. SNIDAL. *op site*, p. 445. *In*: Legalization and Dispute Resolution. “Uma legalização mais branda permite que os estados ajustem seus compromissos às situações específicas ao invés de tentar acomodar as circunstâncias nacionais divergentes dentro de um único texto. Isto prevê uma flexibilidade na implantação, ajudando os estados a lidarem com as políticas internas e as consequências econômicas de um acordo e, assim, aumentar a eficiência com que é realizado. Assim, a lei branda deve ser atraente na proporção do grau de divergência entre as preferências e as capacidades dos estados, uma condição que aumenta quase automaticamente no momento em que um se move do totalmente bilateral para negociações regionais multilaterais”. (tradução da autora).

⁵⁶ MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. O processo de formação do Direito Internacional do Meio Ambiente: atores, instituições e normas. *In*: Revista Ambiente e Direito. Erika Pires Ramos (coordenadora). Ano II, edição 2. São Paulo: MP Editora, 2011, p. 160.

⁵⁷ “Soft law roles can also be included in formally binding international instruments, i.e. treaty provision” (KISS, Alexandre. The implications of global change for the international legal system. p. 320. *In*: Environmental Change and international law: new challenges and dimensions. Edited by Edith Brown Weiss, United Nations: University Press, 1992).

5. Para uma melhor governança ambiental global é necessário o surgimento de instrumentos de proteção do meio ambiente, logo, o papel na *soft law* representa uma evolução do Direito Internacional na seara ambiental. O DAI funda-se a partir de novos olhares que clamam por um direito de compromisso e de ações com resultado.

Palavras-chave: DIMA. DAI. Governança ambiental. Novos atores.

Deise Marcelino da Silva

Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR (Maringá). Pós-Graduada em Direito Ambiental e Sustentabilidade pelo IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC (Londrina). Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Professora. Brasil.

Fernando Rei

Professor Associado do Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. Professor Titular de Direito Ambiental da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP. Diretor Científico da Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente-SBDIMA. Brasil.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W. SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law. In: International Governance. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=164759&fileId=S0020818300441111>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

AGENDA 21 GLOBAL. 3º ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretarias de Edições Técnicas, 2003.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANDRADE, José Celio Silveira. Participação do Setor Privado na Governança Ambiental Global: Evolução, Contribuições e Obstáculos. In: Contexto Internacional. Rio de Janeiro, Vol. 31, n. 2, maio/agosto, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v31n2/v31n2a01.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho. Brasília: ENAP, 2002.

BARROS, Marinana Andrade e. A atuação internacional dos governos subnacionais. Leonardo Nemer Caldeira Brant (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. International Environmental Governance, 1996.

CHEEMA, G. Shabbir; RONDINELLI, Dennis A. From Government to Decentralized Governance. In: Decentralizing Governance: emerging concepts and practice, 2007.

CREVELD, Martin Van. Ascensão e Declínio do Estado. Trad.: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. Nossa Comunidade Global. Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. Fontes do Direito Internacional do Meio Ambiente: do rol originário às no-

vas fontes. In: O Novo Direito Internacional do Meio Ambiente. Valério de Oliveira Mazzuoli (organizador) Curitiba: Juruá, 2011.

FACHIN, Zulmar. SILVA, Deise Marcelino da. Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão. 2ª edição. São Paulo: Millennium, 2012.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. Governança global e regimes internacionais. São Paulo: Almedina, 2011.

GORBAK, Erica E. La expansión del derecho ambiental global. In: Ambiente Sustentable II. Obra colectiva del Bicentenario – Tomo I. HERRERA, Amancay (Coordinadora). Buenos Aires: Orientación Gráfica Editora, 2010.

HYDEN, Goran; COURT, Julius. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. São Paulo: Almedina.

KISS, Alexandre. The implications of global change for the international legal system. In: Environmental Change and international law: new challenges and dimensions. Edited by Edith Brown Weiss, United Nations: University Press, 1992.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5 ed. ver., atual e ampliada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. O processo de formação do Direito Internacional do Meio Ambiente: atores, instituições e normas. In: Revista Ambiente e Direito. Erika Pires Ramos (coordenadora). Ano II, edição 2. São Paulo: MP Editora, 2011.

NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a soft law. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASSER, Salem Hikmat. Fragmentos sobre um regime jurídico internacional do meio ambiente e sua relação com o desenvolvimento. In: Direito e Desenvolvimento: uma abordagem sustentável. Rei, Cibim, Rosina e Nasser (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. Direito Ambiental Internacional: o papel da *soft law em sua efetivação*. Ijuí: Unijuí, 2007.

PERCIVAL, Robert V. The Globalization of Environmental Law. *Pace Environmental Law (PELR) Review*, Vol. 26, 2009.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental Internacional: Novos olhares para a ciência do direito, 2014.

REI, Fernando Cardozo Fernandes. A peculiar dinâmica do Direito Internacional do meio ambiente. In: Direito Internacional Do Meio Ambiente: Ensaio Em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. Salem Hikmat Nasser e Fernando Cardozo Fernandes Rei (Org.) São Paulo: Atlas, 2006.

REI, Fernando; CUNHA, Kamyla Borges da; SETZER, Joana. Paradiplomacia Ambiental: a participação brasileira no regime internacional das mudanças climáticas. In: Revista de Direito Ambiental, ano 18, vol. 71, jul. – set/2013.

ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In: GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. São Paulo: Almedina, 2011.

RUIZ, José Juste. El régimen internacional para combatir el cambio climático em la encrucijada. In: Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro. Rosa Giles Carnero (coordenadora). Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

SALMON, Jean. Apud, NASSER, Salem Hikmat. Fontes e normas do Direito Internacional: Um estudo sobre a soft law. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Solange Teles da. Direito Ambiental Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, obrigações e responsabi-

lidades. São Paulo: Atlas, 2001.

STOKKE, Olav Schram. Regimes as Governance Systems. In: Global Governance: drawing insights from the environmental experience. Edited by Oran R. Young, 1997.

TALBOTT, Strobe. Governança Ambiental Global: opções e oportunidades. São Paulo: Editora Senac, Prefácio, 2005.

TALBOTT, Strobe. Governança Ambiental Global: opções e oportunidades. São Paulo: Editora Senac, Nota da edição brasileira, 2005.

VARELLA, D. Marcelo. Direito Internacional Público. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAPNER, Paul. Governance in Global Civil Society. In: Young, Oran R. (Ed.). Global governance - drawing insights from the environmental experience. Cambridge/London: the MIT press, 1997.

WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? In: American Journal of International Law, 1983.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: A legal framework for global environmental change. In Environmental Change and international law: new challenges and dimensions. Edited by Edith Brown Weiss, United Nations: University Press, 1992.

YAHN FILHO, Armando Gallo. Relações internacionais e atores subnacionais. Campinas, SP: Editora Alínea, 2013.

RevCEDÖUA

Jurisprudência

O território como bem escasso e a otimização de recursos escassos: breves nótulas ao acórdão do supremo tribunal administrativo, de 21-10-2015, Proc. n.º 0691/15, sobre a taxa municipal de direitos de passagem na lei das comunicações electrónicas

1 - Relatório:

A ora recorrida deduziu oposição à execução fiscal nº 7270/2012 e apensos instaurada para cobrança da quantia de 119.835,95 Euros liquidada pelo Município de Almada a título de taxa de ocupação da via pública (T.O.V.P.) referente ao ano de 2005.

Por sentença do TAF de Almada de 22/09/2014 foi julgada procedente a oposição e determinada a extinção da execução fiscal.

Desta decisão recorreu o Município de Almada para o TCA- Sul que por acórdão de 23/04/2015 se julgou incompetente em razão da hierarquia e indicou como competente este STA por apenas estar em causa matéria de direito.

O Município recorrente apresentou alegações com as seguintes conclusões:

«A taxa de ocupação do Domínio público não foi substituída pela TMDP, ambas as taxas são devidas e compatíveis, porque assentam em prestações distintas, sendo diferentes os fatores geradores de uma e de outra;

II. A TMDP não substituiu a taxa de ocupação do domínio público prevista no Regulamento Municipal de Taxas e Licenças do Município de Almada;

III. As TOVP, respeitantes a ocupação do espaço público com as obras necessárias para a implantação das redes (abertura de valas, caixas de visita e colocação de cabos) não se encontram englobadas na taxa de direitos de passagem prevista no artigo 106º da Lei das Comunicações electrónicas

IV. Os sujeitos passivos nas duas taxas são bem distintos, sendo que na TMDP, o sujeito passivo é o cliente final, na TOVP o sujeito passivo é a empresa prestadora de serviços.

V. A cobrança da TOVP não coincide com a cobrança da TMDP, porquanto esta última ocorre apenas quando se mostra concluída a intervenção na via pública e o serviço em condições de ser prestado;

VI. Os Municípios têm património e finanças próprios, sendo que o regime da autonomia financeira das autarquias locais assenta, designadamente nos poderes de elaborar, aprovar e alterar planos de atividades e orçamentos, de dispor de receitas próprias, que por lei se lhe encontrem destinadas e constituem receitas dos municípios entre outras o produto da cobrança de taxas;

VII. A pretensa impossibilidade de cobrança da taxa de Ocupação do Domínio Público pelos Municípios, por via da aplicação da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, viola a Lei das Autarquias Locais, assim como a Lei das Finanças Locais;

VIII. A ocupação do solo municipal para a implantação de infraestruturas, durante um determinado período de tempo, implica o pagamento de Taxas por essa ocupação, até porque essa intervenção impossibilita a utilização desse espaço para outros fins e satisfaz a necessidade individual das operadoras de obter lucro (neste sentido o AC. Do TCA Sul de 29/06/2010);

IX. A tese defendida na douda sentença recorrida, faz com que as operadoras fiquem isentas de todo e qualquer encargo adveniente da ocupação do espaço público, uma vez que a TMDP é suportada pelo cliente final;

X. De todo modo a admitir-se que a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, veio afastar qualquer outra taxa, que não a TMDP em contrapartida da concessão dos direitos previstos no artigo 24º da LCE. Este regime só seria aplicável após a entrada em vigor do DL n.º 123/2009, de 21 de Maio, alterado pelo DL n.º 258/2009, de 25 de Setembro, e nunca antes.

XI. Pelo que sempre as taxas cobradas no caso vertente teriam que ser consideradas legais.

XII. A douda sentença recorrida, faz assim uma errada interpretação e aplicação das disposições contidas na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, violando em consequência a Lei das autarquias locais, assim como a Lei das Finanças Locais.

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Exas doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado procedente por provado com a consequente revogação da douda sentença recorrida.»

Foram apresentadas contra-alegações com as seguintes conclusões.

«1. O presente recurso foi interposto pelo MUNICÍPIO DE ALMADA da Sentença proferida no âmbito do processo de Oposição à Execução n.º 864/12.5BEALM do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada em que a RECORRIDA

deduziu oposição ao processo de execução fiscal n.º 7270/2012 e Apensos, instaurados pelo Município de Almada para cobrança coerciva de dívidas respeitantes a Taxas de Ocupação da Via Pública, referentes ao ano de 2005, no valor global de € 119.835,95, alegando assim, a inexigibilidade da dívida exequenda.

2. Estando em causa, apenas, a discussão de matéria de direito, a competência em razão da hierarquia, para o conhecimento do presente recurso é conferido ao Supremo Tribunal Administrativo.

3. A dita Sentença recorrida considerou totalmente procedente a oposição à execução deduzida pela ora RECORRIDA, com fundamento no facto de existir entre a Taxa Municipal de Direitos de Passagem (TMDP) e a Taxa de Ocupação do Espaço Público uma sobreposição de normas de incidência que visam a tributação da mesma realidade e com idêntica finalidade, estando assim verificado o fundamento previsto no artigo 204.º, n.º 1, alínea a) do CPPT, uma vez que a impossibilidade de subsistência das taxas previstas no Regulamento de Ocupação do Espaço Público do Município de Almada, com as taxas previstas na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, gera a ilegalidade em abstracto das mesmas.

4. Sustenta, a RECORRENTE não existir qualquer dupla tributação, dado entender que a TMDP e a Taxa Municipal de Ocupação do Espaço Público têm naturezas diferentes, e incidem, por sua vez, em situações diversas (cf. página 8 das alegações de recurso da Recorrente).

5. Neste contexto, perfilha ainda a RECORRENTE, nas suas alegações de recurso, o entendimento segundo qual a TMDP é uma taxa que tem por fundamento legal a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações, enquanto a Taxa de Ocupação do Espaço Público tem por fundamento o Regulamento e Tabela das Taxas, Licenças e outras Receitas Municipais, que por sua vez se legitima na Lei das Finanças Locais.

6. Sucede, porém, que o âmbito de aplicação subjectivo da Lei das Finanças Locais é mais amplo do que da Lei das Comunicações Electrónicas, pois, enquanto esta apenas se aplica às empresas autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações, a Lei das Finanças Locais é aplicável a um conjunto mais amplo de empresas.

7. As taxas de Ocupação da Via Pública são ilegais (em abstracto) por violação do direito comunitário e do regime jurídico aprovado pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro - Lei das Comunicações Electrónicas, uma vez que para além da Taxa Municipal de Direitos de Passagem (TMDP) mais nenhuma taxa municipal pode ser liquidada às empresas autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações pelo direito de instalação dos seus recursos e equipamentos no domínio público e privado municipal. 8. A dívida em cobrança coerciva é, conseqüentemente, inexigível, uma vez que a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas que aprovou a Taxa Municipal de Direitos de Passagem - não se consente aos Municípios taxar, às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às respectivas redes de comunicações, através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza (como é o caso da RECORRIDA).

9. Ora, a ilegalidade abstracta da liquidação é precisamente o primeiro dos fundamentos de oposição à execução fiscal. Dispõe o artigo 204.º, n.º 1, alínea a), do Código de Procedimento e de Processo Tributário, que constitui fundamento de Oposição Judicial, a Inexistência do imposto, taxa ou contribuição nas leis em vigor à data dos factos a que respeita a obrigação ou, se for o caso, não estar autorizada a sua cobrança à data em que tiver ocorrido a respectiva liquidação”.

10. Prevê-se, assim, como fundamento de oposição a ilegalidade abstracta do próprio tributo, ou seja na ilegalidade abstracta a ilegalidade reside directamente na própria lei cuja aplicação é feita, como se verifica no caso vertente.

11. Com efeito, cabem neste conceito de ilegalidade abstracta todos os casos de actos qua aplicam normas que violam regras de hierarquia superior, designadamente, as de direito comunitário ou internacional vigente em Portugal ou mesmo normas legislativas de direito ordinário quando é feita aplicação de normas regulamentares.

12. A regulamentação das redes e serviços de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de distribuição de televisão por cabo, e, bem assim, a regulamentação dos denominados direitos de passagem”, encontra-se enquadrada, entre mais, na directiva autorização - a Directiva n.º 2002/20/CE e, na directiva-quadro a Directiva n.º 2002/21/CE, que visam garantir às empresas e cidadãos europeus o acesso a uma infra-estrutura de comunicações de grande qualidade, com uma vasta gama de serviços, a baixo custo, mediante a harmonização e simplificação da legislação que regula o acesso ao mercado de serviços e redes de comunicações electrónicas (cf. Considerando 3 e 4 da Directiva 2002/21/CE e Considerando 1 e artigo 1.º da Directiva 2002/20/CE).

13. De acordo com o disposto no artigo 11.º da directiva-quadro, os direitos de passagem” correspondem aos direitos atribuídos às empresas autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações de instalação de recursos em, sobre ou sob propriedade pública ou privada, sendo conferido aos Estados- Membros a possibilidade de imporem taxas sobre estes “direitos de passagem” às empresas autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações que procedam à instalação de tais recursos (e não aos clientes destas ou a quaisquer outras entidades).

14. Ora, estas taxas, previstas especificamente no artigo 13.º da directiva autorização são as únicas que podem ser cobradas em contrapartida dos referidos direitos de instalação, conforme, aliás, se depreende do objectivo expresso no Considerando (3) da directiva autorização, de criação “de um quadro jurídico que garanta a liberdade de oferta de serviços e redes de comunicações electrónicas, apenas sujeitos às condições previstas na presente directiva e a restrições de acordo com o n.º 1 do artigo 46.º do Tratado (...)”

15. Em face deste enquadramento jurídico comunitário, resulta manifesto que para além das taxas a que alude o

artigo 13.º da directiva autorização, mais nenhum encargo ou condição pode ser imposto às entidades autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações pela atribuição de direitos de passagem.

16. Em concretização destes preceitos comunitários, foi aprovada a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro — Lei das Comunicações Electrónicas, diploma em cujo artigo 24.º sob a epígrafe “Direitos de Passagem” se reconhece às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, o direito de utilização do domínio público, em condições de igualdade, para a implantação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação dos respectivos sistemas e equipamentos.

17. Com efeito, dispõe o artigo 24.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sob a epígrafe “Direitos de Passagem” que às “empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público é garantido”: o “direito de utilização do domínio público, em condições de igualdade, para a implantação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos” (cf. artigo 24.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 5/2004).

18. Mas mais: dispõe o artigo 106.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro que, a TMDP em contrapartida dos “direitos e encargos relativos à implantação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, dos domínios público e privado municipal.”

19. Deverá, pois, concluir-se que os sujeitos passivos da TMDP são as empresas autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações que instalem ou tenham instalados em, sobre ou sob, propriedade pública ou privada, recursos que permitam ou suportem a prestação de serviços de comunicações electrónicas e, não os clientes finais.

20. No sentido propugnado pela Oponente foi, aliás, aprovado o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, de cujo Preâmbulo e artigo 12.º resulta, expressamente, que é clarificado que neste âmbito não podem ser exigidas outras taxas, encargos ou remunerações pelos direitos de passagem, evitando -se, assim, a duplicação de taxas relativas ao mesmo facto”.

21. Sendo jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Administrativo que pese embora este Diploma só tenha entrado em vigor em Maio de 2009, a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, apenas se consente aos Municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações através da TMDP prevista naquela lei, não lhes sendo lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, no Processo n.º 0864/11, de 06-06-2012).

22. Em suma, com a entrada em vigor da TMDP, foram tacitamente revogadas as disposições dos regulamentos camarários que, em conformidade com o estabelecido na Lei das Finanças Locais prevêm a cobrança de outras taxas que tribuem a mesma realidade visadas pela TMDP às empresas que prestem serviços de comunicações electrónicas.

23. Com efeito, se a TMDP não excluísse a aplicação da Taxa de Ocupação da Via Pública quando a mesma tributa a ocupação do domínio público decorrente da implantação, passagem e atravessamento de sistemas, e equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas” frustrar-se-iam os objectivos prosseguidos pelo legislador, comunitário e nacional, quando se determinou que a TMDP deve reflectir a necessidade de garantir a utilização óptima dos recursos, ser objectivamente justificada, transparente, não discriminatória e proporcional relativamente ao fim a que se destina e, que a mesma não pode exceder 0,25% do valor de cada factura (cf. artigo 106.º, n.º 1 e 2, alínea b) da Lei n.º 5/2004).

24. Assim, tendo o legislador português optado por criar a TMDP para comutar os benefícios decorrentes dos “direitos de passagem”, é porque, forçosamente, abdicou, no que se refere especificamente à ocupação do espaço do domínio municipal por empresas autorizadas a oferecer redes de comunicações electrónicas acessíveis ao público, da tributação desses benefícios através de outras taxas municipais, nomeadamente das Taxas de Ocupação da Via Pública.

25. Em face do exposto, deve necessariamente, como já o fez o Tribunal a quo, concluir-se pela ilegalidade abstracta da taxa de ocupação em apreço, devendo, em consequência a douda Sentença proferida ser mantida nos seus exactos termos.»

O Ministério Público neste STA emitiu parecer do seguinte teor:

«Recurso interposto pelo Município de Almada em processo de oposição sendo recorrida B....., S.A.:

Está em causa a exigibilidade de dívidas exequendas, taxas, respetivos juros e custas.

Todas as taxas são referentes ao ano de 2005.

Invoca o recorrente serem as mesmas devidas ao Município de Almada, pela ocupação do espaço público do subsolo para o que a oponente está licenciada, e só terem deixado de ser devidas após a entrada em vigor do DL 123/09, de 21/5, alterado pelo DL n. 258/09, de 25/9.

Contudo, segundo jurisprudência reiterada do S.T.A., a respeito da licitude da taxa de ocupação de espaço público, “a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n. 5/2004, de 10 de Fevereiro, apenas se consente aos Municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações daquela natureza acessíveis ao público através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem prevista naquela lei, não lhes sendo lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza”- cfr., para além dos acórdãos do S.T.A. já citados a fls. 440, o proferido a 22-4-15, no proc. 0192/15, acessível em www.dgsi.pt. Tal entendimento radica no respeito devido não só às normas comunitárias contidas nas referidas Directivas Quadro

e de Autorização, respetivamente n.ºs 2002/20/CE e 2001/20/CE, de transparência e de não discriminação sem demora, como à que veio a ser fixada no art. 106.º da referida Lei, segundo a qual o seu montante é “percentual sobre cada factura”.

Tratando-se de taxas referentes a 2005, ou seja, posteriores a 10/5/2004, data em que a referida Lei n.º 5/2004 entrou em vigor, é ao previsto nesta Lei que há que dar prevalência, como lei especial que é, relativamente à Lei em que colhe suporte o previsto no Regulamento Municipal de Taxas e Licenças do dito Município.

Ocorre ainda a ilegalidade abstrata das taxas objeto de oposição, conforme já anteriormente defendido também a fls. 440, pois, a entender-se de outro modo, resultaria a violação do previsto nas ditas Diretivas que, como direito comunitário, são também aplicáveis na ordem interna, nos termos do art. 8.º n.º 4 da C.R.P..

Concluindo:

Parece que o recurso é de improceder.»

2- Fundamentação:

A decisão de 1.ª Instância deu como assente a seguinte matéria de facto:

A) A Oponente dedica-se, designadamente, à distribuição de televisão por cabo, satélite ou qualquer outra plataforma (facto alegado no artigo 7.º da petição inicial e não contestado);

B) A prossecução da sua actividade implica que possua equipamentos e redes de distribuição por cabo, designadamente, na área geográfica do Município de Almada (facto alegado no artigo 8.º da p.i e não contestado);

C) A Oponente é titular de licenças para a ocupação do espaço público subsolo com construções ou instalações no solo em diversos pontos da cidade de Almada, emitidas pela respectiva Câmara Municipal (facto alegado no artigo 9.º da pi e não contestado);

D) Contra a Oponente, foram instaurados pelo Gabinete de Execuções Fiscais do Município de Almada os processos de execução fiscal que infra se descrevem e respeitantes a dívidas de taxas de ocupação do espaço público de subsolo, referentes ao ano de 2005, no montante total de €119.835,95, e que infra se enumeram:

Processo nº	Ofício de Notificação	Quantia Exequenda	Juros	Custas	Total
7270/12	15570	75,95€	26,20€	21,39 €	123,54€
7271/12	15571	623,49 €	215,09 €	24,34€	862,92 €
7272/12	15572	199,75€	68,91 €	21,39 €	290,05€
7273/12	15573	2.154,89 €	743,39 €	45,64€	2.943,92 €
7274/12	15574	998,53€	344,47€	30,99€	1.373,99 €
7275/12	15575	864,99 €	298,40 €	27,67€	1.191,06 €
7276/12	15576	75,95€	26,20€	21,39 €	123,54€
7277/12	15577	3.195,17 €	1.102,26 €	58,95€	4.356,38€
7278/12	15578	1.182,79 €	408,03€	32,34€	1.623,16 €
7279/12	15579	792,53 €	273,40€	27,67 €	1.093,60 €
7280/12	15580	2.076,94€	716,49€	45,64 €	2.839,07€
7281/12	15581	1.311,87 €	452,56€	35,67 €	1.800,10 €
7282/12	15582	864,99 €	298,40 €	27,67 €	1.191,06€
7283/12	15583	89,75€	30,96€	21,39€	142,10€
7284/12	15584	110,45€	38,10 €	21,39 €	169,94 €
7285/12	15585	78,79 €	27,18 €	21,39 €	127,36€
7286/12	15586	1.812,73 €	625,35 €	42,32€	2.480,40 €
7287/12	15587	75,95€	26,20 €	21,39 €	123,54€
7288/12	15588	1.623,59€	560,10 €	38,99€	2.222,68€
7289/12	15589	1.560,27 €	538,26 €	38,99€	2.137,52 €
7290/12	15590	2.309,13 €	796,59 €	48,97€	3.154,69 €
7291/12	15591	1.505,07 €	519,21 €	38,99 €	2.063,27 €
7292/12	15592	199,75 €	68,91 €	21,39 €	290,05 €
7293/12	15593	1.679,59 €	579,42 €	38,99€	2.298,00 €
7294/12	15594	216,79 €	74,79 €	21,39 €	312,97€
7295/12	15595	1.453,93 €	501,57€	35,67€	1.991,17 €
7296/12	15596	1.146,27 €	395,44 €	32,34€	1.574,05 €
7297/12	15597	1.026,13 €	353,99€	32,34€	1.412,46 €
7298/12	15598	144,95 €	50,00€	21,39 €	216,34€
7299/12	15599	946,17 €	326,41€	27,67 €	1.300,25€
7300/12	15600	144,95€	50,00€	21,39 €	216,34€

7301/12	15601	169,71€	58,55€	21,39 €	249,65€
7302/12	15602	75,95€	26,20 €	21,39 €	123,54€
7303/12	15603	1.727,09 €	595,80€	38,99€	2.361,88 €
7304/12	15604	3.596,59 €	1.240,74 €	65,60€	4.902,93 €
7305/12	15605	889,75€	306,94€	27,67€	1.224,36 €
7306/12	15606	935,21 €	322,63 €	27,67 €	1.285,51 €
7307/12	15607	1.325,67 €	457,32 €	35,67€	1.818,66 €
7308/12	15608	176,61 €	60,93€	21,39 €	258,93€
7309/12	15609	179,45 €	61,91 €	21,39 €	262,75 €
7310/12	15610	110,45€	38,10 €	21,39 €	169,94€
7311/12	15611	1.448,25 €	499,61 €	35,67€	1.983,53 €
7312/12	15612	2.116,33 €	730,08€	45,64€	2.892,05€
7313/12	15613	968,49€	334,11€	27,67€	1.330,27€
7314/12	15614	155,91€	53,79€	21,39€	231,09€
7315/12	15615	587,77€	202,77€	24,34€	814,88€
7316/12	15616	1.510,35€	521,03€	38,99€	2.070,37€
7317/12	15617	2.386,65€	823,34€	48,97€	3.258,96€
7318/12	15618	1.801,77€	621,57€	42,32€	2.465,66€
7319/12	15619	1.714,91€	591,60€	38,99€	2.345,50€
7320/12	15620	1.252,61€	432,12€	35,67€	1.720,40€
7321/12	15621	2.161,79€	745,77€	45,64€	2.953,20€
7322/12	15622	321,51€	110,91€	21,39 €	453,81€
7323/12	15623	183,51 €	63,31 €	21,39 €	268,21€
7324/12	15624	1.093,91€	377,37€	32,34€	1.503,62€
7325/12	15625	75,95 €	26,20 €	21,39 €	123,54€
7326/12	15626	1.139,37€	393,06€	32,34€	1.564,77€
7327/12	15627	1.325,67€	457,32€	35,67€	1.818,66€
7328/12	15628	1.389,79€	479,44€	35,67€	1.904,90€
7329/12	15629	1.339,47€	462,09€	35,67€	1.837,23€
7330/12	15630	1.262,75€	435,62€	35,67€	1.734,04€
7331/12	15631	1.226,23€	423,02€	32,34€	1.681,59€
7332/12	15632	1.367,07€	471,61€	35,67€	1.874,35€
7333/12	15633	1.995,89€	688,94€	45,64€	2.730,47€
7334/12	15634	1.067,53€	368,27€	32,34€	1.468,14€
7335/12	15635	1.525,77€	526,35€	38,99 €	2.091,11€
7336/12	15636	1.180,77€	407,34€	32,34€	1.620,45€
7337/12	15637	625,11 €	215,65€	24,34€	865,10 €
7338/12	15638	1.789,19€	617,23€	42,32 €	2.448,74€
7339/12	15639	466,41 €	160,90€	21,39 €	648,70 €
7340/12	15640	713,19€	246,03 €	24,34€	983,56€
7341/12	15641	55,25€	19,06 €	21,39 €	95,70€
7342/12	15642	1.700,71€	586,70€	38,99 €	2.326,40€
7343/12	15643	700,61€	241,69 €	24,34€	966,64€
7344/12	15644	1.540,79€	531,54€	38,99 €	2.111,32€
7345/12	15645	75,95€	26,20 €	21,39 €	123,54€
7346/12	15646	3.278,03€	1.130,84€	62,27 €	4.471,14€
7347/12	15647	110,45€	38,10 €	21,39 €	169,94€
7348/12	15648	110,45€	38,10 €	21,39 €	169,94€
7349/12	15649	218,01€	75,21€	21,39 €	314,61€
7350/12	15650	179,45€	61,91 €	21,39 €	262,75€
7351/12	15651	1.042,77€	359,73€	32,34€	1.434,84€
7352/12	15652	623,49€	215,09€	24,34€	862,92€
7353/12	15653	1.576,09€	543,71€	38,99€	2.158,79€

sendo que doc. 1 junto com a p.i. a fls. 39 a 250 dos autos)

E) Os processos de execução fiscal descritos na alínea antecedente, foram apensos ao processo de execução fiscal nº 7270/12, eleito processo principal (cfr. ofício de deferimento da apensação a fls. 251 dos autos);

F) A Oponente foi citada para os processos de execução fiscal nº7270/12 e respectivos apensos em Agosto de 2012 (facto não controvertido-facto alegado no artigo 1º da pi e não contestado);

3- Do direito:

A decisão de 1ª Instância para julgar procedente a oposição considerou a seguinte fundamentação de direito: A Oponente vem syndicar a inexigibilidade da dívida exequenda atenta a impossibilidade de subsistência da taxa prevista no Regulamento de Ocupação do Espaço Público do Município de Almada com a prevista na Lei das Comunicações Electrónicas, subsumindo a que estão no artigo 204.º, n.º1, alínea a), do CPPT.

A oposição à execução fiscal funciona como contestação ‘a pretensão do exequente e respeita aos fundamentos supervenientes que podem tornar ilegítima ou injusta a execução, devido a falta de correspondência com a situação material subjacente no momento em que se adoptam as providências executivas, tendo por efeito paralisar a eficácia do acto tributário corporizado no processo executivo.

Os fundamentos da execução fiscal são os taxativamente indicados nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 204.º do CPPT.

A alínea a) do mencionado artigo 204.º, n.º 1, prevê como fundamento de oposição a “do imposto, taxa ou contribuição nas leis em vigor à data dos factos a que respeita a obrigação ou, se for o caso, não estar autorizada a sua cobrança à data em que tiver ocorrido a respectiva liquidação”.

Está neste fundamento em causa a legalidade abstracta da dívida, por oposição à legalidade concreta, que se discute por meio da impugnação judicial ou, não se tratando de acto de liquidação de tributo, através da competente acção administrativa especial.

Como aponta Jorge Lopes de Sousa, em anotação à alínea a), do artigo 204.º do CPPT.:

“Está-se, aqui, perante aquilo que doutrinal e jurisprudencialmente se designa por ilegalidade abstracta ou absoluta da liquidação, que se distingue da “ilegalidade em concreto» por na primeira estar em causa a ilegalidade do tributo e não a mera ilegalidade do acto tributário ou da liquidação; isto é, na ilegalidade abstracta a ilegalidade não reside directamente no acto que faz aplicação da lei ao caso concreto, mas na própria lei cuja aplicação é feita, não sendo, por isso, a existência de vício dependente da situação real a que a lei foi aplicada nem do circunstancialismo em que o acto foi praticado

No caso vertente discute-se se o Município de Almada aprovou taxas de ocupação do domínio público que não podem subsistir legalmente, por não serem permitidas outras taxas para além das previstas na Lei das Comunicações Electrónicas, o que integra, desde logo, o fundamento de oposição da al. a) do n.º 1 do art.º 204.º do CPPT (vide neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo proferido no recurso n.º0864/11, de 6 de Junho de 2012, disponível para consulta em www.dgsi.pt).

Importa, assim, aferir da inexigibilidade da dívida exequenda.

A Oponente sustenta que a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, criou a T.M.D.P, o que obsta à tributação da mesma realidade através das T.O.V.P, devendo considerar-se tacitamente revogados os regulamentos camarários que possibilitavam tal tributação, em conformidade com a Lei das Finanças Locais.

Por sua vez a Entidade Exequente defende que o regime invocado pela Oponente só será passível de aplicação após a entrada em vigor do D.L. n.º123/2009, de 21 de Maio, alterado pelo DL n.º258/2009, de 25 de Setembro.

Mais alegando que, a T.M.D.P não afasta o pagamento das taxas devidas pela realização de operações urbanísticas e ocupação do domínio público municipal, em solo e subsolo.

Vejam, então, a quem assiste a razão.

Referindo, desde já, que o Tribunal entende que a razão está do lado da Oponente.

De harmonia com o disposto no artigo 238.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), as autarquias locais têm património e finanças próprios (n.º 1), podendo dispor de poderes tributários, nos casos e nos termos previstos na lei (n.º 4).

Reforçando, por sua vez, o artigo 254.º, n.º 2, da CRP que os municípios dispõem de receitas tributárias próprias, nos termos da lei.

De facto, antes da entrada em vigor da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, dúvidas não haviam de que as empresas como a Oponente, que se dedicam à distribuição de televisão por cabo, satélite ou qualquer outra plataforma, implicando que possua equipamentos e redes de distribuição por cabo, estavam sujeitas à referida taxa de ocupação da via pública. E tal conclusão advinha, desde logo, da letra do artigo 19.º, al. c), da Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (Lei das Finanças Locais), segundo o qual “municípios podem cobrar taxas por (...) (o)cupação ou utilização do solo, subsolo e espaço aéreo do domínio público municipal e aproveitamento dos bens de utilidade pública”.

Porém, com a entrada em vigor da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, foi aprovado o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos, transpondo para o direito nacional as Directivas comunitárias com os números 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e 2002/77/CE.

De sublinhar, desde já, que contrariamente ao defendido pela Entidade Exequente, o aludido regime jurídico é aplicável às dívidas exequendas que remontam a 2005, uma vez que entrou em vigor em 1 de Fevereiro de 2004.

Acresce que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo, conforme se demonstrará de seguida, que não obstante o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio - que de forma expressa e inequívoca sanciona o entendimento que no domínio das comunicações electrónicas acessíveis ao público a utilização do domínio público municipal para instalação e funcionamento de infra-estruturas necessárias ao funcionamento de tais serviços apenas pode ser taxada através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem, com exclusão de quaisquer outras (cfr. os seus artigos 1 e 2, 13.º n.º 4 e 34.º) -, apenas ter entrado em vigor no dia 22 de Maio de 2009 (cfr. o seu artigo 110.º), o

intérprete deve entender, desde logo porque o legislador assim o evidencia, que tais normas, nesta matéria, apenas vêm clarificar (nas palavras do legislador), o entendimento que o n.º 2 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas já comportava e que melhor se adequava, aliás, à sua ratio legis.

Dispõe, neste particular, o artigo 24.º, n.º1, da Lei nº5/2004 que: “empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público é garantido (...) b) (o) direito de utilização do domínio público, em condições de igualdade, para a implantação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos.”

Preceituando o artigo 106.º do citado diploma legal que:

“1 - As taxas pelos direitos de passagem devem refletir a utilização óptima dos recursos e ser objectivamente justificadas, transparentes, não discriminatórias e proporcionadas relativamente ao fim a que se destinam, devendo, ainda, ter em conta os objectivos de regulação fixados no artigo 5.º.

2 - Os direitos e encargos relativos à implantação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, dos domínios público e privado municipal podem dar origem ao estabelecimento de uma taxa municipal de direitos de passagem (T.M.D.P), a qual obedece aos seguintes princípios: a) A T.M.D.P é determinada com base na aplicação de um percentual sobre cada factura emitida pelas empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, para todos os clientes finais do correspondente município;

b) O percentual referido na alínea anterior é aprovado anualmente por cada município até ao fim do mês de Dezembro do ano anterior a que se destina a sua vigência e não pode ultrapassar os 0,

3 - Nos municípios em que seja cobrada a T.M.D.P, as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo incluem nas facturas dos clientes finais de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo, e de forma expressa, o valor da taxa a pagar.

4 - O Estado e as Regiões Autónomas não cobram às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público taxas ou quaisquer outros encargos pela implantação, passagem ou atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos físicos necessários à sua actividade, à superfície ou no subsolo, dos domínios público e privado do Estado e das Regiões Autónomas.”

Visto o direito, importa, então, aplica-lo à factualidade dos autos.

Dúvidas não se suscitam que a actividade da Oponente se enquadra no citado artigo 24.º da Lei nº 5/2004.

E igualmente se afigura não suscitar dúvidas que a passagem de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas no domínio público municipal configura o facto constitutivo da relação jurídica da T.M.D.P.

Sendo que as taxas de ocupação da via pública e a taxa municipal de direito de passagem, tomam por referência as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.

Tributando inequivocamente a mesma realidade, pois está em causa um aproveitamento especial do domínio público municipal, a que corresponde o pagamento de determinado montante por parte da empresa utilizadora.

Logo, há uma sobreposição de normas de incidência que visam a tributação da mesma realidade e com idênticos fins.

Sendo que: “ (A)dupla tributação é, em geral, admitida, em matéria de impostos, quando o mesmo facto tributário se insere em mais que uma norma de incidência objectiva, mas não o é em matéria de taxas devidas pela ocupação de bens de domínio público pois sendo aquelas a contrapartida do benefício obtido, não se pode justificar um duplo pagamento pelo mesmo benefício.” (sublinhado nosso).

Acrescenta-se que a questão da (i)legalidade desta taxa por violação do artigo 106º da Lei 5/2004, encontra-se hoje resolvida pela doutrina e por abundante jurisprudência, aqui se citando, por todos, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, proferidos nos processos n.º 0363/10, de 6 de Outubro de 2010 e n.º 0179/11, em 1 de Junho de 2011 (que cita outros no mesmo sentido), e mais recentemente os Acórdãos proferidos nos processos 0864/11, de 6 de Junho de 2012, 01397/12, de 3 de Abril de 2013 e 01321/12, de 30 de Abril de 2013, todos disponíveis para consulta em que defendem que:

“1 - A partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, apenas se consente aos Municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações daquela natureza acessíveis ao público através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem prevista naquela lei, não lhes sendo lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza;

II - Consequentemente, é ilegal a liquidação de Taxa Municipal de Ocupação da Via Pública sindicada nos presentes autos, cuja contraprestação específica consiste na utilização do domínio público municipal com instalações e equipamentos necessários à ampliação de redes de televisão por cabo”.

Atenta a fundamentação expandida nos douts acórdãos e demais jurisprudência citada, tendo ainda em vista uma interpretação e aplicação uniformes do direito, em conformidade como preceituado no artigo 8º, nº 3 do Código Civil, eximimo-nos de expender novas considerações, reproduzindo aqui o raciocínio jurídico vertido no Aresto de 6 de Outubro de 2010 segundo o qual: “nos termos do n.º 2 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas, na origem da possibilidade do estabelecimento da taxa municipal de direitos de passagem (T.M.D. estão os direitos e encargos relativos à implementação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos

das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo, dos domínios público e privado municipal, ou seja, a contraprestação correspondente ao direito de utilização do domínio público (...) para a implementação, passagem ou atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos (cfr. a alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º da Lei Das Comunicações Electrónicas) necessários ao fornecimento ao público de serviços de comunicações electrónicas.

O facto gerador da Taxa Municipal de Direitos de Passagem está, pois, legislativamente definido (aliás, em transposição das normas comunitárias sobre a matéria - cfr. o artigo 1.º da Lei das Comunicações Electrónicas e, em especial, o artigo 11.º da Directiva 2002 e o artigo 13.º da Directiva 2002/20/CE), consistindo precisamente na utilização do domínio público para a implementação, passagem ou atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos necessários ao fornecimento ao público de serviços de comunicações electrónicas.

Ora, a Taxa de Ocupação da Via Pública liquidada à ora recorrida e sindicada nos presentes autos respeita precisamente à ocupação de parcelas do Domínio Público Municipal com a instalação de equipamentos necessários à ampliação da rede de distribuição de televisão por cabo, justificando-se a sua cobrança, no caso concreto, como contrapartida do aproveitamento especial de bens do domínio público municipal através da respectiva ocupação com infra-estruturas de rede (cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, CEJUR, Coimbra, 2008, p. 35).

Assim, o respectivo facto tributário não pode deixar de considerar-se como subsumível no conceito de “direitos de passagem”, cuja contrapartida municipal - pois que da nacional e regional houve renúncia legal expressa, como decorre do n.º 4 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas — é assegurada pela cobrança da Taxa Municipal de Direitos de Passagem, nos municípios que, em obediência aos princípios fixados na lei, a decidam criar e cobrar (pois que a sua criação ou cobrança constitui uma faculdade dos Municípios, e não um dever jurídico (cfr. o teor do n.º 2 e 3 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas).

Conclui-se, pois, que bem decidi a sentença recorrida ao considerar “*haver sobreposição de normas de incidência*” entre a taxa liquidada e a Taxa Municipal de Direitos de Passagem, não merecendo igualmente censura a decisão tomada no sentido da ilegalidade da liquidação à recorrida da Taxa de Ocupação da Via Pública pela instalação de infra-estruturas necessárias ao fornecimento de serviços de televisão por cabo.” “*Na verdade, embora a dupla incidência/dupla tributação não seja, em geral, constitucional e legalmente proibida quando estão em causa tributos com natureza de impostos, há que reconhecer que conflitua com a natureza bilateral ou sinalagmática da taxa que a mesma utilidade possa constituir facto gerador de mais do que um tributo dessa natureza, pois que pelo menos a um deles faltar a contraprestação específica que o legitimará materialmente (cfr. SÉRGIO VASQUES, «Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 652/2005 e n.º 52/2006 (Dupla Tributação por Taxas Locais CTF, n.º 418, 2006, pp. 449/454).*”

Daí que, como diz SÉRGIO VASQUES (op. cit., p. 453) ocorre muitas vezes ser o próprio legislador a tomar as precauções necessárias a evitar a dupla tributação.

Ora, a Lei das Comunicações Electrónicas, relativamente à Taxa Municipal de Direitos de Passagem, o legislador tomou tal precaução, pois que dispõe o n.º 2 do artigo 106.º da Lei n.º 5/2004 de 10 de Fevereiro, que os direitos e encargos relativos à implantação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, de local fixo, dos domínios público e privado municipal podem dar origem ao estabelecimento de uma taxa municipal de direitos de passagem (T.M.D.P), a qual obedece aos seguintes princípios : (sublinhados nossos).

A letra da lei permite, desde logo, que se interprete a transcrita disposição legal como disposição permissiva do estabelecimento de uma única taxa municipal remuneratória dos direitos de passagem, excluindo outras, taxa esta que obedecerá necessariamente ao figurino legal.

Esta interpretação, que a letra da lei permite ou mesmo postula, sai reforçada atendendo a que a Lei das Comunicações Electrónicas procede à transposição de directivas comunitárias (cfr. o seu artigo 1.º) que procuram a “*criação de um quadro jurídico que garanta a liberdade de oferta de serviços e rede de comunicações electrónicas, apenas sujeitos às condições previstas na presente Directiva e a restrições de acordo com o n.º 1 do artigo 46.º do Tratado (..)*” - cfr. o considerando (3) da Directiva 2002/20/CE. Ora, que a interpretação que propugnamos do n.º 2 do artigo 104.º da Lei das Comunicações Electrónicas foi a que o legislador teve em vista, confirma-o o próprio legislador através do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, em cujo preâmbulo se lê:

«No que respeita às taxas devidas pelos direitos de passagem nos bens do domínio público e privado municipal, o presente decreto-lei remete para a Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, a qual prevê a taxa municipal de direitos de passagem (T.M.D.P). Porém, e em cumprimento dos princípios constitucionais aplicáveis, é clarificado que neste âmbito não podem ser exigidas outras taxas, encargos ou remunerações pelos direitos de passagem evitando-se, assim, a duplicação das taxas relativas ao mesmo facto» (sublinhados nossos).

Assim, embora o disposto no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio - que expressa e inequivocamente sanciona o entendimento segundo o qual no domínio das comunicações electrónicas acessíveis ao público a utilização do domínio público municipal para instalação e funcionamento de infra-estruturas necessárias ao funcionamento de tais serviços apenas pode ser taxada através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem, com exclusão de quaisquer outras (cfr. os seus artigos 12.º números 1 e 2, 13.º n.º 4 e 34.º) -, apenas tenha entrado em vigor no dia 22 de Maio de 2009 (cfr. o seu artigo 110º), há-de entender-se, pois que o legislador assim o determina, que tais

normas, nesta matéria, vêm clarificar (nas palavras do legislador), tornando inequívoco, o entendimento que o n.º 2 do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas já comportava e que melhor se adequava, aliás, ao seu espírito (de promoção e incentivo ao desenvolvimento de redes de comunicações desta natureza).

Resulta do exposto que a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, apenas se consente aos Municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações daquela natureza acessíveis ao público através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem prevista naquela lei, deixando de lhes ser lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza, cuja cobrança se deve, pois, ter por ilegal como bem decidiu a sentença recorrida.” (sublinhados e destaques nossos).

Em face da fundamentação jurídica doutrinada pelo STA, à qual se adere, não subsistem dúvidas que, no âmbito da actividade de telecomunicações, e quanto à taxa que, a propósito podia ser aplicada no ano de 2005 pelo Município de Almada, era a Taxa Municipal de Direitos de Passagem a única que podia ser exigida a partir de 11 de Fevereiro de 2004, data em que, como visto, entrou em vigor a Lei n.º 5/2004.

Tudo visto e ponderado, acolhendo-se na íntegra a doutrina emanada do Aresto citado e demais jurisprudência nele citada, cuja fundamentação é válida para o presente caso, uma vez que não obstante estarmos em sede de oposição os fundamentos invocados integram-se na citada alínea a) do n.º 1 do art.º 204.º do CPPT conclui-se que assiste razão à Oponente quando syndica a inexigibilidade da cobrança da T.O.V.P., visto que sendo devida T.M.D.P nos termos acima referidos e citados, não podem, para além dessas taxas, ser impostos e cobrados outros tributos ou encargos às entidades autorizadas a oferecer redes públicas de comunicações.

A impossibilidade de subsistência das taxas previstas no dito Regulamento de Ocupação do Espaço Público do Município de Almada, com as taxas previstas na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, gera a ilegalidade em abstracto das mesmas o que leva a que se considere estar verificado o fundamento da al. a) do n.º 1 do art.º 204 do CPPT e determina a inexigibilidade da dívida exequenda.

IV – Dispositivo

Nestes termos e no das disposições legais citadas:

Julgo procedente a presente oposição à execução fiscal e em consequência determino a extinção do processo de execução fiscal n.º 7270/12 e respectivos apensos, do Gabinete de Execuções Fiscais do Município de Almada, no valor global de €119.835,95, instaurado contra A....., SA.

DECIDINDO NESTE STA:

Suscitam-se nos presentes autos duas questões. Uma a de saber se a designada Taxa Municipal de Direitos de Passagem (TMDP) substituiu ou não a taxa de ocupação da via pública (TOVP).

Outra, Se, ainda que a lei das comunicações electrónicas (lei 5/2004 de 10/02) tenha afastado qualquer outra taxa que não a TMDP, tal regime só seria de aplicar após a entrada em vigor do D.L. n.º 123/2009 de 21 de Maio alterado pelo D.L. 258/2009 de 25/09 e nunca antes, designadamente ao caso dos autos que é de 2005.

Desde já se adianta que não assiste razão ao recorrente.

Concordamos com o parecer do Sr. Procurador – Geral - Adjunto neste STA para o qual com a devida vénia se remete. Acresce referir que este STA de forma reiterada vem respondendo a estas questões no sentido apontado pela decisão recorrida que por ter seguido jurisprudência consolidada não merece reparo.

Com efeito sobre a primeira questão pronunciou-se já por diversas vezes esta Secção do Supremo Tribunal Administrativo, designadamente nos acórdãos proferidos em 6/10/2010, em 30/11/2010, em 12/01/2012, em 29/06/2011, em 1/06/2011, em 2/05/2012, e em 14/07/2012 nos recursos n.ºs 363/10, 513/10, 751/10, 450/11, 179/11, 693/11 e 0281/12, respectivamente, sustentando, em todos eles, idêntica posição doutrinária e que igualmente sufragamos face à sua proficiente fundamentação e à qual nada se nos oferece acrescentar.

Razão por que nos limitaremos a transcrever o que ali foi dito, tendo, aliás, em vista uma interpretação e aplicação uniformes do direito, em conformidade com o preceituado no artigo 8.º, n.º 3 do Código Civil.

Nos dois últimos arestos, proferidos no recurso n.º 693/11 e 0281/12 (neste o ora relator interveio como 1.º Juiz Adjunto), decidiu-se que não merecia censura a decisão que julgara ilegal e anulava a liquidação da TOVP por sobreposição de normas de incidência, com a seguinte motivação:

«(...) dispõe o art. 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro) o seguinte:

«1 - As taxas pelos direitos de passagem devem reflectir a necessidade de garantir a utilização óptima dos recursos e ser objectivamente justificadas, transparentes, não discriminatórias e proporcionadas relativamente ao fim a que se destinam, devendo, ainda, ter em conta os objectivos de regulação fixados no artigo 5.º.

2 - Os direitos e encargos relativos à implantação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, dos domínios público e privado municipal podem dar origem ao estabelecimento de uma taxa municipal de direitos de passagem (TMDP), a qual obedece aos seguintes princípios:

a) A TMDP é determinada com base na aplicação de um percentual sobre cada factura emitida pelas empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, para todos os clientes finais do correspondente município;

b) O percentual referido na alínea anterior é aprovado anualmente por cada município até ao fim do mês de Dezembro do ano anterior a que se destina a sua vigência e não pode ultrapassar os 0,25%;

3 - Nos municípios em que seja cobrada a TMDP, as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo incluem nas facturas dos clientes finais de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo, e de forma expressa, o valor da taxa a pagar.

4 - O Estado e as Regiões Autónomas não cobram às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público taxas ou quaisquer outros encargos pela implantação, passagem ou atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos físicos necessários à sua actividade, à superfície ou no subsolo, dos domínios público e privado do Estado e das Regiões Autónomas.

Como se constata do nº 2 do normativo atrás referido, e também do estatuído no artº 24º da Lei 5/2004, a Taxa Municipal de Direitos de Passagem tem como contrapartida o direito de acesso e utilização do domínio público para a implementação, a passagem e o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que fornecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público. Por outro lado o facto gerador da Taxa de Ocupação da Via Pública liquidada é precisamente a ocupação da via pública com a instalação de a instalação de postos de transferência /cabines eléctricas e tubos e condutas para distribuição de TV por cabo (Vide, com referência ao facto gerador da taxa devida pela ocupação da via pública, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27.11.2009, recurso 670/09), equipamentos esses que se incluem no conceito de «equipamentos e demais recursos das empresas que fornecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público» adoptado no referido nº 2 do artº 106º da Lei 5/2004.

Verifica-se assim a sobreposição de normas de incidência em causa poderá integrar uma situação de dupla tributação.

É certo que a dupla tributação não integra em si mesmo um vício do acto tributário.

Trata-se de situações em que legislativamente se pretendeu que o mesmo facto tributário fosse objecto de incidência de mais do que um tributo (cf. Código de Procedimento e Processo Tributário anotado de Jorge Lopes de Sousa, vol. II, pag. 396).

Como sublinha o Prof. JOSÉ CASALTA NABAIS, DIREITO FISCAL, 2ª edição, pág. 230/231 a dupla tributação “configura uma situação em que o mesmo facto tributário se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias diferentes, o que implica, de um lado, a identidade do facto tributário e, do outro, a pluralidade de normas tributárias”.

Porém, no caso subjudice estão em causa taxas.

Ora, em matéria de taxas devidas pela ocupação de bens de domínio público é de excluir a admissibilidade de dupla tributação, pois sendo aquelas a contrapartida do benefício obtido, não se pode justificar um duplo pagamento pelo mesmo benefício - cf. Acórdão deste Supremo Tribunal Administrativo de 20.11.2010, recurso 513/10, in www.dgsi.pt.

Tendo em conta esta realidade e a possibilidade de sobreposição de normas de incidência que visam a tributação do mesmo facto e com idêntica finalidade, parece claro poder concluir-se, até com recurso ao elemento sistemático, que o legislador expressou intenção de obviar a que o acesso e utilização do domínio público para a implementação de redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público fosse objecto de incidência de mais do que um tributo.

Isto mesmo foi sublinhado no DL 123/2009 de 21 de Maio, que define o regime jurídico da construção, do acesso e da instalação de redes e infra-estruturas de comunicações electrónicas, e em cujo artº 12º do refere expressamente que «pela utilização e aproveitamento dos bens do domínio público e privado municipal, que se traduza na construção ou instalação, por parte de empresas que ofereçam redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, de infra-estruturas aptas ao alojamento de comunicações electrónicas, é devida a taxa municipal de direitos de passagem, nos termos do artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, não sendo permitida a cobrança de quaisquer outras taxas, encargos ou remunerações por aquela utilização e aproveitamento».

Sendo que tal intuito do legislador é também patente nos arts. 13º, nº 4 e 34º do mesmo diploma legal e ainda o respectivo preâmbulo, onde expressamente se refere que «no que respeita às taxas devidas pelos direitos de passagem nos bens do domínio público e privado municipal, o presente decreto-lei remete para a Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, a qual prevê a taxa municipal de direito de passagem (TMDP). Porém, e em cumprimento dos princípios constitucionais aplicáveis, é clarificado que neste âmbito não podem ser exigidas outras taxas, encargos ou remunerações pelos direitos de passagem, evitando-se, assim, a duplicação de taxas relativas ao mesmo facto».

Pese embora o referido diploma só tenha entrado em vigor em Maio de 2009, será pertinente invocá-lo na apreciação do caso subjudice pois que na análise dos preceitos legais aplicáveis forçoso é recorrer ao subsídio interpretativos do elementos sistemático e também à ratio legis, tendo sempre como presente que a captação do sentido de uma norma não pode fazer-se de uma forma isolada.

Acresce dizer que esta questão foi já objecto de jurisprudência consolidada deste secção do Supremo Tribunal Administrativo a qual vem decidindo, de forma unânime, que a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, apenas se consente aos Municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações daquela natureza acessíveis ao público através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem prevista naquela lei, não lhes sendo lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza (...).

Em suma, para além da TMDP não podem ser cobradas às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público quaisquer outras taxas pela instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos em terrenos do domínio público municipal e que tenham como contrapartida a utilização desses terrenos, sob pena de se estar a tributar duplamente a mesma realidade. Dupla tributação que é inadmissível em matéria de taxas, na medida em que elas constituem, por natureza, a contrapartida pela obtenção de um determinado benefício (relação de bilateralidade ou de sinalagmaticidade que caracteriza as taxas) e não se poder justificar um duplo pagamento pelo mesmo benefício.

Uma última nota para esclarecer que o regime actualmente vigente se deverá ter como tendo entrado em vigor e, portanto, plenamente eficaz a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas e em consequência aplicável ao caso dos autos em que estão em causa taxas liquidadas em 2005, porquanto, o DL n.º 123/2009, de 21/5 apenas, clarificou o regime plasmado na Lei n.º 5/2004, de 10/2, e mais propriamente o seu artigo 106.º n.º 2 que passou a proibir a cobrança pelas autarquias locais de qualquer outra taxa, encargo ou remuneração pela utilização ou aproveitamento dos bens do domínio público e privado municipal, para além da taxa municipal de direitos de passagem ali prevista, por forma a evitar a duplicação de taxas relativas ao mesmo facto tributário (cfr. o Preâmbulo do diploma e os arts. 2.º al. a) e 12.º n.º 1). Neste sentido o acórdão deste STA de 22/04/2015 tirado no recurso n.º 0192/15.

4. Decisão:

Pelo exposto, acordam os juízes da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo em negar provimento ao recurso.

Custas pelo Município recorrente.

Lisboa, 21 de Outubro de 2015. - *Ascensão Lopes* (relator) – *Ana Paula Lobo* – *Dulce Neto*

Comentário

O transcrito Acórdão do STA de 21-10-2015, à semelhança dos demais Acórdãos do STA (e também dos Tribunais Centrais Administrativos) que, sobre o mesmo tema, se têm pronunciado no mesmo sentido (aliás, de forma reiterada), não é merecedor de qualquer crítica quantos aos seus fundamentos legais e, designadamente, de natureza dogmática.

Efectivamente, a partir da entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10-2, apenas se consente aos municípios taxar as utilidades decorrentes da ocupação e utilização do domínio público municipal com a implementação e funcionamento de estruturas necessárias às redes de comunicações daquela natureza acessíveis ao público através da Taxa Municipal de Direitos de Passagem (TMDP) prevista naquela lei, não lhes sendo lícito taxá-las através de tributos ou encargos de outra espécie ou natureza¹. Isto porque, em matéria de taxas devidas pela ocupação de bens de domínio

¹ A Lei n.º 5/2004, de 10-2 foi alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13-9, entretanto também já alterada, consoante a última alteração da Lei n.º 127/2015, de 03 de Setembro. Dispõe o artigo 106.º daquela Lei, com a epígrafe “**Taxas pelos direitos de passagem**”, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 127/2015: 1 - As taxas pelos direitos de passagem devem reflectir a necessidade de garantir a utilização óptima dos recursos e ser objectivamente justificadas, transparentes, não discriminatórias e proporcionadas relativamente ao fim a que se destinam, devendo, ainda, ter em conta os objectivos de regulação fixados no artigo 5.º. 2 - Os direitos e encargos relativos à implantação, passagem e atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, dos domínios público e privado municipal podem dar origem ao estabelecimento de uma taxa municipal de direitos de passagem (TMDP) e à remuneração prevista no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, pela utilização de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas que pertençam ao domínio público ou privativo das autarquias locais. 3 - A TMDP obedece aos seguintes princípios: a) A taxa municipal de direitos de passagem (TMDP) é determinada com base na aplicação de um percentual sobre o total da faturação mensal emitida pelas empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, em local fixo, para todos os clientes finais do correspondente município; b) O percentual referido na alínea anterior é aprovado anualmente por cada município até ao fim do mês de dezembro do ano anterior a que se destina a sua vigência e não pode ultrapassar os 0,25 /prct. 4 - Nos municípios em que seja cobrada a TMDP, as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em local fixo são as responsáveis pelo seu pagamento. 5 - O Estado

público, é constitucionalmente inadmissível a dupla tributação: sendo aquelas conceitualmente qualificadas como a uma contrapartida do benefício obtido (relação de bilateralidade ou de sinalgmaticidade que caracteriza as taxas), não se pode justificar um duplo pagamento pelo mesmo benefício. Estamos (ou estaríamos), como se afirma no Acórdão do STA, em face de uma sobreposição de normas de incidência. Neste pressuposto - possibilidade de sobreposição de normas de incidência que visam a tributação do mesmo facto e com idêntica finalidade -, tem de aceitar-se a opção do legislador: evitar que o acesso e utilização do domínio público para a implementação de redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público seja objecto de incidência de mais do que um tributo.

Consequentemente, para além da TMDP, não podem ser cobradas às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público quaisquer outras taxas pela instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos em terrenos do domínio público municipal e que tenham como contrapartida a utilização desses terrenos, sob pena de se estar a tributar duplamente a mesma realidade.

O **tema central** reside, pois, no regime da taxa municipal de direitos de passagem (TMDP), instituído pela lei das telecomunicações electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10-2). Contudo, não será despidendo entender que, **no âmbito problemático do tema, há dois aspectos distintos**: um tem a ver com o regime da taxa; outro, bem diferente, reside em saber se os municípios estão impedidos de cobrar qualquer outro tipo de remuneração pela utilização, por parte de operadores de telecomunicações, de infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações electrónicas. Nesta segunda vertente, a concluir-se pela negativa, como, aliás, tem sucedido, a disponibilidade/faculdade de os municípios rentabilizarem as infra-estruturas de redes de comunicações electrónicas é (quase) manifesta, vendo os seus direitos de exploração limitados relativamente ao que sucede com outras entidades, quer de natureza pública, quer de natureza privada, que poderão receber uma remuneração pela utilização, por terceiros, de idênticas infra-estruturas.

E, neste contexto, convirá notar que, nas áreas dos municípios, encontramos diversas infra-estruturas aptas ao alojamento de redes de telecomunicações. Entre outras hipóteses possíveis, destacamos essencialmente dois tipos de infra-estruturas: **i) Postes**, nos quais se encontram instaladas as redes de distribuição em baixa tensão; **ii) Conduitas subterrâneas** (tubos enterrados) onde, no seu interior, se encontram instaladas redes de comunicações. As redes de telecomunicações aqui instaladas são propriedade do operador histórico - a Portugal Telecom S.A. e de outros operadores de telecomunicações, como a Cabo Visão, Pluricanal TV Cabo, etc. As redes instaladas pela Portugal Telecom S.A. compreendem não apenas o que se designa por serviço básico de telecomunicações - a rede do serviço básico de telecomunicações - como outras redes, nomeadamente as chamadas redes de nova geração.

Por sua vez, **quanto às condutas existentes no subsolo**, podem salientar-se os seguintes aspectos. Estas condutas apresentam uma estrutura jurídica diferencia, podendo, em função dela, categorizar-se do seguinte modo: **i) As condutas construídas pelos municípios; ii) As condutas construída por terceiros particulares que, no âmbito das suas operações urbanísticas, as entregam aos municípios, como tem sido solução tradicional no direito português; iii) As condutas na posse da Portugal Telecom, S.A., que, no âmbito quer do contrato de concessão actualmente em vigor, quer dos que o precederam, quer ainda à luz do contrato de compra e venda da rede do serviço básico, têm vindo a ser exploradas economicamente**

e as Regiões Autónomas não cobram às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público taxas ou quaisquer outros encargos pela implantação, passagem ou atravessamento de sistemas, equipamentos e demais recursos físicos necessários à sua actividade, à superfície ou no subsolo, dos domínios público e privado do Estado e das Regiões Autónomas”.

por esta entidade, podendo, aqui, ainda ser feita uma distinção entre as condutas onde se encontram instaladas redes que compreendem o serviço básico e outras onde não existe qualquer serviço básico. *Quanto às primeiras*, por serem construídas/instaladas com meios financeiros municipais, sitas nas praças, rotundas, estradas e no subsolo dos municípios, não se suscitará, por princípio, qualquer dúvida relativamente à respectiva titularidade: se as entidades autárquicas realizaram investimentos para dotar os espaços municipais de um conjunto de infra-estruturas aptas à instalação de redes de comunicações electrónicas, a conclusão juridicamente lógica é a da inclusão da respectiva propriedade no âmbito do seu domínio. Quanto ao segundo tipo de infra-estruturas (condutas), a resposta também não oferece dúvidas, tal como resulta do regime legal aplicável: as infra-estruturas construídas sob tal regime são, *ex vi legis*, entregues às autarquias.

Nesta sequência afigura-se legítimo questionar se o regime legal da TMDP, desde logo em face do princípio da autonomia local, não obsta a uma **boa gestão do “território municipal”**, impedindo os municípios de rentabilizarem as suas infra-estruturas (pelo menos através duma **remuneração orientada para os custos**), a que acresce a exiguidade da base de cálculo daquela taxa (até 0,25 da facturação), que, inclusivamente, por ser de tal forma diminuta, surge como um desincentivo à construção de infra-estruturas daquele tipo, dado que o direito à posterior rentabilização económica não existe. Na verdade, será, no mínimo, duvidoso que uma taxa com aquela base de cálculo permita obter valores que, pelo menos, compensem o custo da construção das infra-estruturas. Para além disso, a limitação legal referida é especialmente referida aos municípios, sendo sabido que muitos outros titulares de infra-estruturas semelhantes têm direito a auferirem (ou auferem) uma **remuneração, ainda que esta seja (deva ser) orientada para os custos**.

Mas, feito este breve intróito, deve notar-se que o tema subjacente ao Acórdão do STA tem sido objecto de uma (já) vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)². Fazemos-lhe aqui uma abreviada síntese, o que poderá facilitar a melhor compreensão do âmbito problemático do tema³.

² No texto vamos referir-nos apenas à jurisprudência do TJUE, mas a temática é objecto de um (também) largo regime no Direito Europeu, através do designado “Pacote de 2002”. Desde esta data, as redes e serviços de comunicações electrónicas passaram a ser principalmente regulados por cinco directivas: a Directiva 2002/21/CE, de 7-3-2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (*Directiva quadro*); a Directiva 2002/20/CE, de 7-3-2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (*Directiva autorização*); a Directiva 2002/19/CE, de 7-3-2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (*Directiva acesso*); a Directiva 2002/22/CE, de 7-3-2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (*Directiva serviço universal*); e a Directiva 2002/58/CE, de 12-7-2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (*Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas*). Refira-se que o termo “*direitos de passagem*” corresponde à expressão inglesa “*rights of way*”, que é utilizada na Directiva-quadro e que *tem vindo a ser objecto de interpretação pelo TJUE com um sentido mais lato* do que aquele que, geralmente, lhe é atribuído nas ordens jurídicas de língua inglesa, englobando, segundo a jurisprudência daquele Tribunal, o *direito de instalação de recursos no solo, à sua superfície e no subsolo, por oposição ao simples direito de passar por um terreno*. Como igualmente se verá, a versão portuguesa do artigo 13.º da Directiva autorização - “*direitos de instalação de recursos em propriedade pública ou privada*” - corresponde à tradução dos termos “*rights to install facilities on, over or under public or private property*”, que encontra tradução semelhante no artigo 11.º, n.º 1, da Directiva-quadro, nos seguintes termos: “*direitos de instalação de recursos em, sobre ou sob propriedade pública ou privada*”. Ainda segundo consta da jurisprudência do TJUE, a versão inglesa, assim como a maior parte das outras versões linguísticas da Directiva-autorização, refere-se aos *direitos de instalação de facilities (equipamentos) e a necessidade de garantir a utilização óptima desses recursos*. Já outras versões, como a espanhola, a francesa e a portuguesa, usam o termo “recursos” para ambos os conceitos ou vertentes dele.

³ Entre outros: o Acórdão de 13 de Dezembro de 2001, Processo C-79/00, *Telefónica de Espanha SA/Administração Geral do Estado*, sobre a interligação das redes e as obrigações impostas às organizações que fornecem redes; o Acórdão de 22 de Maio de 2003, Processo C-462/99, *Connect Austria/Telekom-Control-Kommission*; a propósito

Para o TJUE, **uma taxa** estabelecida ao abrigo do artigo 13.º da Directiva autorização **não é objectivamente justificada se o seu valor não estiver ligado à intensidade da utilização do recurso escasso e ao valor actual e futuro dessa utilização**. Para este efeito, adianta que a Directiva autorização permite que possam ser impostas às diferentes empresas taxas sobre direitos de instalação de recursos que reflectam a **necessidade de garantir a utilização óptima dos “direitos de passagem”, desde que sejam estabelecidas com base em parâmetros relacionados com esse objectivo**, tais como a **intensidade, duração e valor do uso, pela empresa, da propriedade em questão ou dos usos alternativos a fazer dessa propriedade**. Por conseguinte, **permite-se a possibilidade de determinar o valor da taxa em termos de reflectir a intensidade da utilização do recurso escasso, assim como dos usos alternativos**. Mas a taxa também **deve ser proporcional ao fim a que se destina – garantir a utilização óptima dos recursos escassos**. Neste sentido, uma taxa não é proporcional se os parâmetros em que se baseia e o nível a que foi fixada excederem o que é necessário para garantir a utilização óptima do recurso escasso que a taxa procura proteger, mas também **não será proporcionada se for de tal forma baixa que não contribua para a gestão eficiente da utilização desse recurso**.

Saliente-se ainda que, no contexto do artigo 13.º da Directiva autorização, o TJUE **não considera decisivamente relevante a questão de saber se o utilizador é o proprietário dos recursos; o que é relevante** é o facto gerador da responsabilidade **pelo pagamento da taxa**. Nestes termos, **deve**, por exemplo, **aplicarse a mesma fórmula para determinar a responsabilidade dos operadores de telefonia que não são proprietários dos recursos e a dos que o são e que os utilizam de forma semelhante**. Diversamente, verificase que as empresas que instalam recursos, independentemente de serem operadores de telefonia móvel, não estão numa situação semelhante à dos operadores de telefonia móvel que utilizam recursos de outra empresa. **A utilização do domínio público pelo primeiro afecta directamente a disponibilidade do acesso a esse recurso e prejudica os direitos exclusivos do proprietário sobre o mesmo. Já a utilização pelo segundo não tem esse efeito. Em termos económicos, os dois tipos de utilização não podem, pois, ser considerados equivalentes**. Face ao regime das Directivas europeias, o factor tributário legitimante da taxa pelos direitos de passagem não

da atribuição à Mobilkom Austria AG, já titular de uma licença para a prestação de serviços de telecomunicações móveis digitais baseadas na norma GSM 900 (licença GSM-Global System for Mobile Communication), de frequências suplementares na banda de frequências reservada à norma DCS 1800 (DCS - Digital Cellular System) sem imposição de uma taxa específica; o Acórdão de 12 de Junho de 2003, Processo C-97/01, *Comissão/Grão-Ducado do Luxemburgo*, sobre a necessidade de uma transposição clara e precisa da Directiva 90/388, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, e a obrigação de os Estados-Membros designarem, de forma clara, a autoridade competente para a concessão de direitos de passagem para o fornecimento de redes e de estabelecerem procedimentos administrativos transparentes; o Acórdão de 18 de Setembro de 2003, Processos C-292/01 e C-293/01, *Albacom SpA e Infostrada SpA/Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica e Ministero delle Comunicazioni*, que teve por objecto uma questão suscitada por aquelas empresas, titulares de licenças de exploração de redes de telecomunicações para uso público, contra um decreto interministerial que lhe impunha o pagamento de uma contribuição calculada com base numa percentagem do seu volume de negócios; Acórdão de 8 de Setembro de 2005, Processos C-544/03 e C-545/03, *Mobistar SA/Commune de Fléron e Belgacom Mobile SA/Commune de Schaerbeek*, relativo à anulação de taxas instituídas por municípios da Bélgica sobre antenas, poste e pilares de difusão para GSM e sobre antenas exteriores; o Acórdão de 20 de Outubro de 2005, Processo C334/03, *Comissão/Portugal*, relativo ao incumprimento, pelo Estado Português, da Directiva 90/388/CEE, na parte relativa aos direitos de passagem, em virtude do carácter discriminatório da isenção de pagamento de taxas reconhecida legalmente ao operador histórico na concessão de direitos de passagem; o Acórdão de 21 de Fevereiro de 2008, Processo C296/06, *Telecom Italia SpA/Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero delle Comunicazioni*, relativo à obrigação, imposta à Telecom Itália, de pagar uma taxa baseada no seu volume de negócios; e o Acórdão de 12 de Julho de 2012, Processos C57/11, C57/11 e C58/11, *Vodafone España SA/Ayuntamiento de Santa Amalia e Ayuntamiento de Tudela e France Telecom España SA/Ayuntamiento de Torremayor*, relativo à fixação de taxas sobre os direitos de utilização e sobre os direitos de instalação de recursos, a que se opõe o artigo 13.º da Directiva 2002/20/CE (Directiva autorização).

é a propriedade das infra-estruturas de rede de comunicações electrónicas; o relevante é a utilização de um bem escasso que é o domínio público ou, numa terminologia mais próxima do direito europeu, o facto tributário reside no **“direito de passagem”** enquanto **faculdade de aceder e utilizar bens do domínio público** para construção, instalação, alteração e reparação de infra-estrutura apta ao alojamento de redes de comunicações electrónicas ou para reparação de cabos, sistemas, equipamentos ou quaisquer outros recursos ou elementos de redes de comunicações electrónicas.

Como quer que seja, **subsiste sempre a ideia estrutural: uma taxa não será proporcionada se for de tal forma baixa que não contribua para a gestão eficiente da utilização dos recursos.**

Ora, neste quadro, atendendo ao regime imposto aos municípios, é legítimo questionar se um tal regime - ao limitar a disponibilidade dos municípios em explorar as suas condutas, para além do direito a auferir uma taxa, a qual, por ser tão diminuta, nem lhes permitirá, na generalidade dos casos, suportar/amortizar o valor investido na construção das mesmas - respeita aquele princípio?

Desde logo, é difícil que encontre **justificação num argumento baseado no carácter da universalidade de um serviço público essencial**, na medida em que este argumento, caso eventualmente não suportasse uma generalizada gratuitidade da utilização de infra-estruturas públicas pelos operadores de comunicações electrónicas (como sucede, por exemplo, na Alemanha)⁴, apoiaria pelo menos o estabelecimento de modos de cálculo equivalentes quanto à onerosidade daquela utilização, carecendo a solução legal portuguesa, sob esta perspectiva, de fundamento material bastante para diferenciar, nos termos em que o faz, os municípios de outras entidades, designadamente das que se substituem ao Estado na gestão de infra-estruturas nacionais.

E também não encontrará **justificação numa eventual racionalidade económica de aproveitamento de um bem escasso** - o domínio público infra-estrutural ou o domínio público como suporte de instalação e exploração de infra-estruturas. Como salienta o TJUE, **o domínio público**, não obstante esta qualidade, **não deixa de ser um bem escasso como qualquer outro**, o que significa dizer que esta natureza não varia qualitativamente em função do âmbito municipal ou nacional (estadual) do domínio público (ou privado), não se descortinando também sob este prisma onde esteja o motivo justificante da salientada diferenciação de regimes.

Por último, as razões apontadas ganharão ainda mais expressividade se se tiver em conta que o limite percentual de 0,25% imposto aos municípios pode acabar, na prática, por se traduzir numa verdadeira **isenção de taxa**, na medida em que será verosímil o facto de muitos municípios optarem por não estabelecer qualquer taxa, em virtude da sua reduzida significância. **A incoerência do regime legal** torna-se, assim, mais manifesta, pois, para além da diferenciação já constatada entre taxas municipais e remuneração de outras entidades, acresce agora **a incoerência resultante, na prática, entre a (possível) existência de situações de isenção de taxas e a existência de situações de onerosidade remuneratória, correspondente à remuneração percebida por outras entidades, que, no seu aspecto mais significativo, coincidirá com a utilização de infra-estruturas públicas nacionais, isto é, do domínio público do Estado**, como as infra-estruturas rodoviárias, ferroviárias, marítimas, aeroportuárias, etc.

Licínio Lopes Martins

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico da FDUC

⁴ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, 1999, pág. 77. Entre nós, sobre a solução referida no texto, Suzana Tavares da SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, 2.^a ed., CEJUR-Coimbra Editora, 2013, págs. 62.

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)

Judgement of 31 march 2014 of the International Court of Justice

30. In the present case Australia contends that Japan has breached certain obligations under the ICRW to which both States are parties by issuing special permits to take whales within the framework of JARPA II. Japan maintains that its activities are lawful because the special permits are issued for purposes of scientific research”, as provided by Article VIII of the ICRW. The Court will first examine whether it has jurisdiction over the dispute.

48. Australia alleges that JARPA II is not a programme for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII of the Convention. In Australia’s view, it follows from this that Japan has breached and continues to breach certain of its obligations under the Schedule to the ICRW. Australia’s claims concern compliance with the following substantive obligations : (1) the obligation to respect the moratorium setting zero catch limits for the killing of whales from all stocks for commercial purposes (para. 10 (e)) ; (2) the obligation not to undertake commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 (b)) ; and (3) the obligation to observe the moratorium on the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships (para. 10 (d)).

49. Japan contests all the alleged breaches. With regard to the substantive obligations under the Schedule, Japan argues that none of the obligations invoked by Australia applies to JARPA II, because this programme has been undertaken for purposes of scientific research and is therefore covered by the exemption provided for in Article VIII, paragraph 1, of the Convention.

70. The Parties address two closely related aspects of the interpretation of Article VIII — the meaning of the terms “scientific research” and “for purposes of” in the phrase “for purposes of scientific research”. Australia analysed the meaning of these terms separately and observed that these two elements are cumulative. Japan did not contest this approach to the analysis of the provision.

The scale of the use of lethal methods in JARPA II

145. The scale of lethal methods used in JARPA II is determined by sample sizes, that is, the number of whales of each species to be killed each year. The Parties introduced extensive evidence on this topic, relying in particular on the JARPA II Research Plan, the actions taken under it in its implementation, and the opinions of the experts that each Party called.

146. Taking into account the Parties’ arguments and the evidence presented, the Court will begin by comparing the JARPA II sample sizes to the sample sizes set in JARPA. It will then describe how sample sizes were determined in the JARPA II Research Plan and present the Parties’ views on the sample sizes set for each of the three species. Finally, the Court will compare the target sample sizes set in the JARPA II Research Plan with the actual take of each species during the programme. Each of these aspects of the sample sizes selected for JARPA II was the subject of extensive argument by Australia, to which Japan responded in turn.

A comparison of JARPA II sample sizes to JARPA sample sizes

147. The question whether the lethal sampling of whales under JARPA was “for purposes of scientific research” under Article VIII, paragraph 1, of the Convention is not before the Court. The Court draws no legal conclusions about any aspect of JARPA, including the sample sizes used in that programme. However, the Court notes that Japan has drawn comparisons between JARPA and JARPA II in addressing the latter programme and, in particular, the sample sizes that were chosen for JARPA II.

148. As noted above (see paragraph 104), JARPA originally proposed an annual sample size of 825 minke whales per season. This was reduced to 300 at JARPA’s launch, and after a number of years was increased to 400 (plus or minus 10 per cent). Thus, the JARPA II sample size for minke whales of 850 (plus or minus 10 per cent) is approxi-

mately double the minke whale sample size for the last years of JARPA. As also noted above (see paragraph 110), JARPA II also sets sample sizes for two additional species — fin and humpback whales — that were not the target of lethal sampling under JARPA.

149. To explain the larger minke whale sample size and the addition of sample sizes for fin and humpback whales in JARPA II generally, Japan stresses that the programme's research objectives are "different and more sophisticated" than those of JARPA. Japan also asserts that the emergence of "a growing concern about climate change, including global warming, necessitated research whaling of a different kind from JARPA".

In particular, Japan argues that "JARPA was focused on a one-time estimation of different biological parameters for minke whales, but JARPA II is a much more ambitious programme which tries to model competition among whale species and to detect changes in various biological parameters and the ecosystem". It is on this basis, Japan asserts, that the "new objectives" of JARPA II — "notably ecosystem research" — dictate the larger sample size for minke whales and the addition of sample size targets for fin and humpback whales.

150. Given Japan's emphasis on the new JARPA II objectives — particularly ecosystem research and constructing a model of multi-species competition — to explain the larger JARPA II sample size for minke whales and the addition of two new species, the comparison between JARPA and JARPA II deserves close attention.

151. At the outset, the Court observes that a comparison of the two Research Plans reveals considerable overlap between the subjects, objectives, and methods of the two programmes, rather than dissimilarity. For example, the research proposals for both programmes describe research broadly aimed at elucidating the role of minke whales in the Antarctic ecosystem. One of the experts called by Australia, Mr. Mangel, stated that JARPA II "almost exclusively focuses data collection on minke whales", which, the Court notes, was also true of JARPA. Specifically, both programmes are focused on the collection of data through lethal sampling to monitor various biological parameters in minke whales, including, in particular, data relevant to population trends as well as data relating to feeding and nutrition (involving the examination of stomach contents and blubber thickness). JARPA included both the study of stock structure to improve stock management and research on the effect of

environmental change on whales (objectives that were not included in the original research proposal for JARPA, but were added later), and JARPA II also includes the study of these issues.

152. The Court notes that Japan states that "the research items and methods" of JARPA II are "basically the same as those employed for JARPA", which is why "the explanation for the necessity of lethal sampling provided regarding JARPA also applies to JARPA II". Australia makes the point that "in practice Japan collects the same data" under JARPA II "that it collected under JARPA". Japan also asserts broadly that both programmes "are designed to further proper and effective management of whale stocks and their conservation and sustainable use".

211. The Court also notes Japan's contention that it can rely on non-lethal methods to study humpback and fin whales to construct an ecosystem model. If this JARPA II research objective can be achieved through non-lethal methods, it suggests that there is no strict scientific necessity to use lethal methods in respect of this objective.

224. The Court finds that the use of lethal sampling per se is not unreasonable in relation to the research objectives of JARPA II. However, as compared to JARPA, the scale of lethal sampling in JARPA II is far more extensive with regard to Antarctic minke whales, and the programme includes the lethal sampling of two additional whale species. Japan states that this expansion is required by the new research objectives of JARPA II, in particular, the objectives relating to ecosystem research and the construction of a model of multi-species competition. In the view of the Court, however, the target sample sizes in JARPA II are not reasonable in relation to achieving the programme's objectives.

225. First, the broad objectives of JARPA and JARPA II overlap considerably. To the extent that the objectives are different, the evidence does not reveal how those differences lead to the considerable increase in the scale of lethal sampling in the JARPA II Research Plan. Secondly, the sample sizes for fin and humpback whales are too small to provide the information that is necessary to pursue the JARPA II research objectives based on Japan's own calculations, and the programme's design appears to prevent random sampling of fin whales. Thirdly, the process used to determine the sample size for minke whales lacks transparency, as the experts called by each of the Parties agreed. In particular, the Court notes the absence of complete explanations in the JARPA II Research Plan for the underlying decisions that led to setting the sample size at 850 minke whales (plus or minus 10 per cent) each year. Fourthly, some evidence suggests that the programme could have been adjusted to achieve a far smaller sample size, and Japan does not explain why this was not done. The evidence before the Court further suggests that little attention was given to the possibility of using non-lethal research methods more extensively to achieve the JARPA II objectives and that funding considerations, rather than strictly scientific criteria, played a role in the programme's design.

227. Taken as a whole, the Court considers that JARPA II involves activities that can broadly be characterized as scientific research (see paragraph 127 above), but that the evidence does not establish that the programme's design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in connection with JARPA II are not "for purposes of scientific research" pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention

228. The Court turns next to the implications of the above conclusion, in light of Australia's contention that Japan has breached three provisions of the Schedule that set forth restrictions on the killing, taking and treating of whales: the obligation to respect zero catch limits for the killing for commercial purposes of whales from all stocks (para. 10 (e)); the factory ship moratorium (para. 10 (d)); and the prohibition on commercial whaling in the Southern Ocean Sanctuary (para. 7 (b)).

1. The facts and regulation

In the 30s the international community started to worry about the whale population. The reason for protecting the whales was awareness of the fact that whale population decreased considerably due to the extensive whaling in the last years. After world war II, the problem of whaling was regulated for the first time.

In 1946, the international Whale Conference in Washington adopted the International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW). The Convention entered into force for Australia on 10 November 1948 and for Japan on 21 April 1951. Currently, it is signed by 89 countries. The ICRW had a double purpose: the protection of whales and the orderly regulation of the whale industry. In 1982, a moratorium on commercial whaling ("zero quotas") was established. Japan initially opted out of the moratorium but later they withdrew the opting out clause. The moratorium can be found in the Schedule. A part of the Convention is The Schedule, which contains substantive provisions regulating the conservation of the whale stock or the management of the whaling industry. The Schedule 'forms an integral part' of the Convention. The Schedule also contains a 'whales reserves' in the Antarctic (Southern Ocean Sanctuary). In these reserves, the parties can't do commercial whaling for at least ten years. This is stronger than the moratorium, which can be changed whenever the parties want.

Today, due to a generalized anti-whaling sentiment, there are only a few countries that continue to hunt whales. Japan, Norway, Iceland, the Faroe Islands and some smaller nations combine to kill approximately 2000 whales each year. It is Japan's whaling program that has received the most attention in recent years.

Shortly after the ban on commercial whaling went into effect in Japan, this country began a program of what it labelled 'scientific whaling in the Southern Ocean surrounding Antarctica' (called JARPA I). Scientific whaling is one of the three types of whaling. The others are: commercial and aboriginal (subsistence) whaling. Before performing scientific whaling, a special permit is needed (art. VIII of the Convention). This special permit has to be evaluated by the Scientific Committee, which assists the Commission (art. III of the Convention). The Scientific Committee can't make any binding assessment; it can only communicate its views on programmes for scientific research. In 2005 began JARPA II, the second Japanese Scientific research program, and this is what this case is concerning. JARPA II is a research programme aimed at "monitoring the Antarctic ecosystem(1), modelling competition between whale species(2), recording changes in stock structure(3), and improving future management of Antarctic whales(4) (par. 113 of the judgement).

The ICRW doesn't say anything about how to solve a conflict between parties of the Convention. They can use two mechanisms. At first, there is the "name and shame"-technique or the rules of the international law can be used. That's what Australia did by going to the International Court of Justice (ICJ).

2. Claims of Australia

Australia claims that JARPA II was not a programme for purpose of scientific research within the meaning of Article VIII of the Convention. They alleged that Japan used this status to sell the whales, and the “scientific whaling” was in fact a cover for commercial whaling. They kill the wales and after they performed scientific research, they sell the whales. The Australian government claimed that Japan breached certain provisions of the International Convention for the Regulation of Whaling. Australia alleged bad faith on the part of Japan.

Overall, Australia alleged that Japan had breached and continues to breach three substantive obligations under the Schedule: the obligation to respect the moratorium setting zero catch limits for the killing of whales from all stocks for commercial purpose, the obligation not to undertake commercial whaling of fin whales in the Southern Ocean Sanctuary and the obligation to observe the moratorium on the taking, killing or treating of whales, except minke whales, by factory ships or whale catchers attached to factory ships. They also alleged that Japan has violated procedural requirements for propose of scientific permits set out in paragraph 30 of the Schedule.

2.1. Interpretation of article VIII of the Convention.

For this case the interpretation of art. VIII of the Convention is important. Australia tried to convince the Court that they have to maintain an evolutionary interpretation whereby art. VIII ICRW (about the scientific whaling) must be interpreted restrictively, because art. VIII ICRW is a limited exception from the Treaty. Thereafter, Australia uses relevant interpretation principles of the Vienna Convention of the Law of Treaties (1969) to know the real implication of art. VIII.

They used art. 31(1) of the Vienna Convention: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

Australia examined the ordinary meaning of “*for purpose of scientific research*”. There is no definition of this in the Treaty but it’s clear that this cannot include commercial whaling.

They also discussed the fact that the Treaty must be implemented ‘in good faith’ (art. 26 Vienna Convention). In the conclusion Australia also refered to ‘abus de droit’ and ‘reasonableness’.

Lastly, they involve art. 31 (3) which refers to the relevant rules of the international law, for example ‘the precautionary principle’. Australia argues that a State must act carefully and alert in case there is any doubt about the effect on the environment, so the lethal whaling should be reduced to the minimum.

2.2. Necessity and the scale of use of lethal methods

The use of lethal methods is only allowed where the objectives of the research cannot be achieved by any other means. Australia says that for the JARPA II, it wasn’t necessary, especially not on such a big scale.

Australia requests the Court to order that Japan ends the implementation of JARPA II, recall all the authorizations, special permits or licences allowing the activities which are the subject of this application to be undertaken and propose assurances and guarantees that all the actions of JARPA II will stop and that there never will be a similar program.

3. Answer of Japan

Japan sought to dismiss claims by contesting both the jurisdiction of the Court and the content of the allegation. Japan intended to demonstrate that it was all about scientific whaling.

3.1. Interpretation

Opposed to Australia, Japan argues that a wide interpretation must be applied and art. VIII must be read completely separately from the Treaty.

3.2. Necessity and the scale of use of lethal methods

Japan says that the use of lethal methods is not prohibited as a means of scientific research. Sometimes it's necessary to use lethal methods to obtain certain evidence. Japan means that they don't use it more than necessary, when it was possible to use a non-lethal method, they did it.

3.3. New counterargument: About the jurisdiction

Japan contested the jurisdiction of the Court because Australia's acceptance under article 36, paragraph 2, of the ICJ Statute, which excludes jurisdiction for "any dispute concerning or relating to the delimitation of maritime zones, including the territorial sea; the exclusive economic zone and the continental shelf; or arising out of, concerning, or relating to the exploitation of any disputed area of, or adjacent to, any such maritime zone pending its delimitation".

4. The Court's judgement

4.1. About the jurisdiction

The Court considered that they had jurisdiction, because the exclusion was intended only for the maritime zones, which was not the case here.

4.2. Interpretation

For the judging of this case the interpretation of Article VIII of the ICRW was of fundamental importance. The Court noted that taking into account the Preamble and other provisions of the ICRW neither a restrictive nor an expansive interpretation of Article VIII was justified. The Court observed that the programmes for purposes of scientific research should foster scientific knowledge. These programmes may pursue an aim other than either conservation or sustainable exploitation of whale stocks. The Court, however, did not provide the definition of scientific research but analysed and interpreted the expression "for purposes of".

4.3. Necessity and the scale of use of lethal methods

The Court examined whether Japan has considered the alternative use of non-lethal methods, because the resolutions and the guidelines from the ICW prescribed the minimal use of lethal methods. The Court found no basis to conclude that the use of lethal methods is unreasonable in the context of JARPA II, and there is no explanation, on the part of Japan, for this lack of evidence. The Court noted also that Japan "should have included some analysis of the feasibility of non-lethal methods as means of reducing the planned scale of lethal samplings".

The scale of use of lethal methods has to be in proportion to the aim. Therefore, a comparison of the sample size (that is the number of whales of each species to be killed each year) of JARPA I was made.

The sample sizes set by JARPA II stood at 850 minke whales, 50 fin whales and 50 humpback whales. The fin whales and humpback whales had not been targeted under the original JARPA, while the sample size for minke whales was approximately double in JARPA II, which is a gap between both programs. But the Court found that there was an overlap between the subjects, objectives, methods and aims of the two programmes. So the large sample size of JARPA II was probably not reasonable in relation to achieving the programme's objectives.

It also noted a lack of transparency in how its sample sizes were determined and found that Japan has not sufficiently substantiated the scale of lethal sampling. The Court stated that JARPA II involved activities that in broad terms could be characterized as scientific research, but that “the evidence does not establish that the design and implementation of the Program are reasonable in relation to achieving its stated objectives.”

4.3. *The final decision*

The Court decided that JARPA II had activities that could be characterized as scientific research, but the methods and the programme’s design were not in proportion to the objectives and aims. The Court concluded that the special permits are not ‘for purpose of scientific research’, as expressed in article VIII of the Convention. In the light of Australia’s arguments, the Court concluded that the three obligations of the Schedule were breached. Finally the Court required “*to refrain from authorizing or implementing any special permit whaling which is not for purposes of scientific research within the meaning of Article VIII, cease with immediate effect the implementation of JARPA II and revoke any authorization, permit or licence that allows the implementation of JARPA II.*” (Par. 244 of the judgement)

5. The present and the future?

After the decision of the Court, Japan complied and conducted only nonlethal sampling. But now, Japan is determined and they restarted a new whaling plan, called NEWREP-A. This plan, again in the Antarctic, sets a target of capturing 333 minke whales annually as part of a 12-years-long research effort, with almost the same objects as the previous programs, with scientific research purposes.

Joji Morishita, Japan’s representative to International Whaling Commission (ICW), announced that Japan is making the plan in accordance with the judgement of the ICJ, which did not rule out lethal sampling but only asked for a stronger scientific justification.

The ICW scientific committee analysed the NEWREP-A in its annual meeting. Some members concluded that it is not justified to start with lethal sampling others didn’t see a reason to postpone an immediate initiation. But there is a big majority that rejected the plan for resuming the killing of minke whales in the Antarctic and decided that Japan can’t demonstrate the need for lethal sampling. The panel hopes that Japan is coming back to the scientific committee with more analysis, reasoning, and justification for the planned lethal methods.

The problem is that everything the scientific committee decides, isn’t binding for Japan. So there is very little doubt that Japan will continue whaling in the next Antarctic season despite what the experts say.

The question now is: will the Australian government take the case back to the Court? Or maybe another country this time?

Josefien De Clercq

Master Student at the Ghent University

RevCEDÖUA

Recensões

Medio Ambiente y Participación, Una perspectiva desde la psicología ambiental y el derecho.

César San Juan Guillén, et al.,
Universidad del Pais Vasco, Zarautz, 2003 (204 páginas)

A obra acentua a relevância da participação da sociedade na efetiva proteção do meio ambiente. Diante da globalização econômica, que exige uma visão global do meio ambiente por parte dos governos, instituições, empresas e de cada um dos cidadãos, faz-se necessário uma mudança de atitudes e valores, dando lugar a diferentes maneiras de sentir, pensar e participar da gestão e proteção do meio ambiente.

Formalmente, o livro é composto por uma coletânea de oito artigos escritos por diferentes especialistas em Psicologia e Direito Ambiental, que dissertam sobre a relação determinada pelas atitudes e valores com o meio ambiente. Os artigos se interligam e se completam entre si, numa sequência harmoniosa, de forma tão natural que até parece terem sido elaborados por um único autor: *Relación persona-espacio: cuestiones especiales de Psicología Ambiental* (César San Juan Guillén); *Estilo de vida y medio ambiente* (Rocío Martín Herreros, Jaime Berenguer Santiago); *Un modelo psicosocial de preocupación ambiental. Valores y creencias implicados en la conducta ecológica* (Antonio Gonzalez López); *Una aproximación al concepto de actitud ambiental* (Jaime Berenguer Santiago, Rocío Martín Herreros); *Participación en materia ambiental* (Itsaso Olaizola, Nora Álvarez de Eulate); *El derecho al medio ambiente adecuado, como derecho humano* (Pilar Díez, Itsaso Olaizola); *El derecho al medio ambiente adecuado en África* (Abdoulaye Gueye); e *La gestión de los espacios naturales protegidos en una era de valores sociales en conflicto* (José Antonio Corraliza).

Sem adentrar no pormenor de cada divisão do livro, ressaltam-se as questões mais relevantes da obra, que revela uma preocupação com o compromisso não só na defesa do meio ambiente, mas principalmente na defesa de uma sociedade mais justa, igualitária e em perfeito equilíbrio.

É imprescindível uma análise com amparo na Psicologia para se obter uma visão global da questão e ultrapassar as barreiras do nosso estilo de vida consumista. Esse campo da ciência possibilita a mudança de paradigmas para uma sociedade sustentável, através do estudo da relação do consumo e o marketing com a psicologia ambiental.

A simplicidade voluntária é a busca de auto-independência e preocupação pela integridade do meio ambiente (adoção de tecnologias e meios eficientes dos recursos naturais). Esse estilo reúne cinco valores: simplicidade material, autodeterminação, consciência ecológica, escala humana e crescimento pessoal. Alcança-se um grau em que o indivíduo aumenta o controle de suas atividades diárias e minimiza o consumo e dependência dos recursos. Esse estilo de vida diferencia-se da austeridade por razões econômicas. Enquanto na simplicidade voluntária as pessoas optam por esse estilo por opção consciente, mesmo tendo condições de aumentar o consumo, na austeridade a pessoa é obrigada a reduzir o consumo, mesmo contra sua vontade.

Os artigos pretendem pôr em causa a construção da sustentabilidade em três âmbitos: os comportamentos, a cultura e os estilos de vida. Acentua-se o estudo do estilo de vida como uma variável que antecede a conduta pela eficiência energética e ecológica e visa criar um instrumento (questionário) com três finalidades: em primeiro lugar, obter uma tipologia de estilo de vida partindo do registro de dados dos consumidores em potencial do mercado; em segundo, utilizar esses valores como base para os tipos de estilo de vida; e, por último, estudar a relação dessas variáveis com as atitudes e condutas ambientais.



Dentre outros resultados, cumpre destacar: que os tipos de estilos de vida não são exclusivos, as pessoas podem optar por mais de um estilo simultaneamente; seis grupos obtidos: segurança (posição conservadora perante a vida), confiança (confiança no sistema), eficácia (individualismo, competitividade), aspiração (desejo de alcançar uma posição social melhor), experimentalismo (viver de forma impulsiva e intuitiva) e visão global (opção pela mudança social e solidariedade); os estilos de vida se associam significativamente com as atitudes e condutas ambientais; a visão global é a que mais se relaciona com atitudes e condutas (pro ambientais), é o mais perto do estilo de vida “simplicidade voluntária”, totalmente contrário ao estilo “aspiração” (que se relaciona fortemente com condutas e atitudes de não conservação do meio ambiente). Deve ser analisado o estilo de vida do grupo social antes de projetar programas de modificação dos padrões básicos e de conduta ecológica.

A Psicologia Ambiental tem um papel fundamental no desafio de uma sociedade sustentável, na mudança, voluntária, dos estilos de vida da sociedade para uma relação mais simples com a natureza, uma vez que seu objetivo é compreender a função do comportamento nas relações do ser humano e do meio ambiente.

A importância da participação na proteção do meio ambiente é um requisito prévio e indispensável para que todos possam desfrutar de um meio ambiente adequado. No entanto, os cidadãos precisam estar informados e educados dos riscos e consequências das suas condutas em face do meio ambiente. Ademais, só possuindo informação correta e a consciência necessária será possível contribuir efetivamente na defesa preventiva do ambiente.

Todos os autores desta coletânea reconhecem que mais importante do que falar em direito ao meio ambiente adequado é o dever de protegê-lo com a mudança de padrões culturais e o comportamento individual de cada cidadão. Em suma, o mundo sustentável exige mudanças de atitudes e condutas nos sistemas atuais de produção e consumo.

No tocante ao direito ao meio ambiente adequado como direito humano, o livro aponta a resistência desse reconhecimento como um problema ainda não resolvido, mas de extrema gravidade numa sociedade que sofre, em seu conjunto, com a destruição do meio ambiente. Além do mais, não se pode exercer os direitos fundamentais – individuais, civis e políticos - fora de um ambiente sadio.

A defesa da qualidade ambiental está intimamente ligada à gestão dos recursos naturais, informação ambiental e participação da sociedade. Por se tratar de situações complexas, exige-se uma análise multidisciplinar para encontrar uma solução. Uma preocupação constante ao longo da obra é a mudança nos paradigmas da Governança, exigindo uma maior transparência e controle dos governantes, de forma a evitar o desperdício dos recursos naturais e afastar a corrupção que acaba por prejudicar ainda mais o meio ambiente.

Os autores apresentam-nos os problemas, mas acabam por nos questionar e nos deixar ainda mais perplexos diante da gravidade da situação. Acabamos a leitura convictos da necessidade urgente de encontrar uma solução e que não podemos permanecer indiferentes. A obra finaliza criando novas dúvidas e instigando o leitor a não encerrar o debate.

A leitura da obra permite perceber a importância da interdisciplinaridade das matérias para se conseguir ter um ambiente saudável e efetivamente equilibrado.

Há que compatibilizar a premissa básica de pensar globalmente para atuar localmente, com pensar localmente para atuar globalmente.

Alessandra Vick Coelho da Silva
Advogada inscrita na OAB-SC e mestranda da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Global Environmental Governance

James Gustave Speth e Peter M. Haas
Island Press, Washington D.C., 2006 (179 páginas)

1. Introdução

Não é nada novo que os problemas ambientais hoje conhecidos têm um impacto global e sendo assim, exigem uma abordagem não só local e nacional, mas também global. O livro *Global Environmental Governance* trata assim da governança global ambiental, considerando ser esse o desafio do ambiente global. A obra está dividida em seis capítulos e ainda ao final traz dois recursos adicionais para o estudo do tema: uma lista de obras que podem ser consultadas para uma melhor compreensão de cada tema e uma série de questões de estudo por cada capítulo da obra, para instigar o aprofundamento de cada tema.

Os autores trazem suas respectivas contribuições, uma mais prática, de Speth, de sua experiência no governo federal americano, nas Nações Unidas e em organizações ambientais por mais de 35 anos, e outra, de Haas, mais acadêmica, de sua experiência em mais de 25 anos pesquisando e lecionando sobre o tema na Universidade de Massachusetts.

Ainda é proposto, logo no início do livro, um exercício prático muito interessante, sugerindo ao leitor que imagine que vivemos todos em um planeta diferente e que por razões adversas toda a população desse planeta, um todo de 6.5 bilhões de pessoas, decidem agora colonizar o Planeta Terra, até então intocável e puro; propõe-se então que o leitor, na posição de administrador da Terra intocada, estabeleça a população na Terra de modo que todos gozem de um padrão decente de vida tendo o menor impacto possível no meio ambiente terrestre. Para realização de tão difícil tarefa os autores propõem que se tenha em consideração que, para manter o meio ambiente da Terra, é preciso entender como a Terra funciona e também que, para o sucesso da missão, é preciso que todos os novos moradores concordem numa série de princípios que guiarão o estabelecimento na Terra pois só assim terão um planeta que oferecerá um lar infinito para seus novos habitantes.

2. Desenvolvimento

São examinados dez dos principais desafios ambientais de maior escala global: chuva ácida e poluição regional do ar, destruição da camada de ozônio, alterações climáticas, desflorestamento, degradação do solo e desertificação, degradação da água doce e escassez, declínio da pesca marinha, poluentes tóxicos, perda da diversidade biológica e excesso de nitrogênio. Essas ameaças ambientais são analisadas no texto em termos de duas tendências gerais, o uso excessivo e incorreto de recursos renováveis e o aumento da poluição. Embora seja salientado que os dados utilizados são do contexto americano, tendo em conta seu poder econômico de influência e modelo de liderança, é fornecido um quadro comparativo de índice de sustentabilidade ambiental para com outras nações do globo. Cada um dos dez desafios ambientais é estudado, e ao final do capítulo é feita uma conexão entre os assuntos com a conclusão de que tais problemas exigem novas abordagens de governança.



Uma breve história do percurso em governança global ambiental é traçada, desde a Conferência de Estocolmo de 1972, o primeiro esforço concertado no qual a comunidade internacional focou no ambiente como principal objeto de preocupação. Apesar de a conferência ter sido marcada por rivalidades entre países no eixo Norte versus países do Sul, chegou-se a um consenso de que ambiente e desenvolvimento são dois lados de uma mesma moeda e que os países industrializados do Norte aceitariam pagar certos custos adicionais de iniciativas ambientais para os países em desenvolvimento. Da Conferência resultou uma Declaração com 26 princípios destacando a nova ética a pautar o comportamento da sociedade com relação ao ambiente, e também o Plano de Ação de Estocolmo, uma lista de 109 recomendações políticas em seis áreas, confirmando que os problemas ambientais não são isolados mas antes devem ser abordados de forma integrada por diferentes setores e atores. Além disso, resultou também na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP). Pela primeira vez, Organizações não-governamentais e outros atores não-governamentais estiveram em cena, e também pela primeira vez o meio ambiente esteve no centro de política internacional e nacional, sendo fornecido um enquadramento para o progresso internacional.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento trouxe como princípio que os assuntos ambientais não poderiam ser separados das questões econômicas e vice-versa. A Declaração Rio 92 elaborou 27 princípios que deveriam governar o futuro das decisões ambientais. Também aprovou o documento chamado Agenda 21 que visava pôr o desenvolvimento sustentável em prática, com 115 programas em quatro grandes áreas. Os resultados da Cúpula da Terra, como ficou conhecida, foram paradigmáticos, pois ao mesmo tempo em que estabeleceu uma nova Era de cooperação global, através de uma ambiciosa agenda pautada pelo desenvolvimento sustentável, na verdade seu potencial não foi realizado tal como planejado.

Nos dez anos seguintes observou-se um enfraquecimento nas lideranças internacionais refletindo no fraco progresso na implementação dos acordos celebrados no Rio 92, sendo assim, em 2002 em Joanesburgo as Nações Unidas promoveram a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. No entanto, como observado pelos autores, as discussões levadas a cabo em Joanesburgo foram menos em relação a metas ambientais concretas e mais sobre a articulação das três dimensões do desenvolvimento sustentável: economia, meio-ambiente e sociedade. Contudo, o resultado positivo foi o de iniciar um novo entendimento na governança global baseado em parcerias entre diferente atores, tendo em conta que a comunidade não-governamental e a empresarial se fizeram grandemente presentes e envolvidas.

Conclui-se a análise dos momentos históricos relevantes de Estocolmo a Joanesburgo com a constatação de que os desafios ambientais são difíceis para os políticos e para o público e dado o fraco impacto eleitoral que os problemas ambientais globais têm no âmbito interno, as decisões políticas internas tendem a não considerá-los com prioridade, além disso governos e empresários conhecem as fraquezas de que o direito internacional do ambiente padece e podem fazer uso disso no que diz respeito a celebração de tratados.

O Direito Internacional do Ambiente também é enfatizado dado sua importância no que diz respeito a celebração de tratados, acordos, e protocolos. O Direito Internacional possui normas denominadas por “hard law”, que são legalmente vinculativas, e por normas “soft law”, não vinculativas, com ausência de mecanismos de aplicação e correspondentes sanções por não cumprimento. Os tratados que dizem respeito ao ambiente são geralmente denominados Acordos Ambientais Multilaterais (MEAs na sigla em inglês). Um tratado internacional é assinado quando as partes dão seu consentimento preliminar sobre o assun-

to, mas para ser eficaz é preciso que seja ratificado na ordem interna de um certo número de países assinantes. A relevância do direito dos tratados na governança global ambiental é dada pelo fato de que apesar de os países soberanos não serem os únicos agentes no plano internacional, têm sido e continuam a ser os principais agentes.

A obra traz o caso do regime de Proteção da Camada de Ozônio, assinado na Convenção de Viena em 1985 e seu Protocolo de Montreal de 1987. Destacam nesse caso o papel de diferentes atores internacionais e forças políticas modelando a governança ambiental global e também a interação de forças domésticas e internacionais. Como bom exemplo de como o sistema dos tratados devem funcionar e mostrando ainda o funcionamento da governança global ambiental no seu melhor, o Protocolo é dividido em quatro estágios: 1) Identificação do problema, descoberta dos fatos e estabelecimento da agenda; 2) Negociação, barganha e acordos sobre quais ações tomar; 3) Adoção formal e 4) Implementação, monitoramento, avaliação e fortalecimento.

Um capítulo é destinado aos atores principais na atual governança global ambiental, com detalhes sobre como são organizados, suas motivações e os papéis que cada um exerceu na história. São eles as Nações Unidas, que desempenham um papel relevante no fornecimento de assistência ao desenvolvimento internacional em regiões mais pobres e além disso exerce um papel normativo essencial, constituindo o principal corpo de governança ambiental a nível internacional atualmente. As Assistências para o Desenvolvimento e o Ambiente, nas quais os países mais ricos contribuem para o desenvolvimento dos mais pobres, a Organização Mundial do Comércio, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) de 1994 e o papel do comércio e da globalização no ambiente, também são analisados com o estudo de três correntes doutrinárias que relacionam esses factores. Por fim, o papel da sociedade civil é reconhecido. Ou seja, atores que não são governamentais, cujos esforços são reconhecidos por recompensarem as falhas da administração governamental, além de atuarem na mobilização e reforçar o estabelecimento de agendas, estabelecendo metas e normas informais. A sua existência é fundamental para o sucesso da governança global ambiental.

Para melhorar o atual estado da governança global ambiental são por fim trazidas quatro visões do mundo que relacionam, cada uma de seu modo, a natureza e a sociedade humana. Os liberais de mercado, que vêem a natureza como abundante e assim incapaz de influenciar a ação humana, são otimistas no sentido de que o crescimento económico possibilita a inovação tecnológica e soluções para a escassez de recursos naturais. Já para os Malthusianos ou bio ambientalistas, a natureza e os recursos são finitos e podem afetar as atividades humanas pois o meio ambiente tem uma capacidade limitada em especial quanto à escala de consumo de recursos e a poluição. Os reformistas ou institucionalistas, acreditam que um esforço conjunto dos vários atores, através de instituições fortes e efetivas é possível reconhecer os problemas de escassez e elaborar respostas que os resolvam. Já os verdes sociais olham para o contexto social no qual decisões sobre recursos são tomadas e argumentam que o verdadeiro cerne da questão está no poder dentro da sociedade e no injusto acesso e distribuição de recursos, e focam na participação e redistribuição como forma de resolver o problema da escassez.

De Estocolmo a Joanesburgo nota-se uma prevalência dos liberais de mercado que mais ou menos influenciam as tomadas de decisão. No entanto, no meio académico, outros são os dominantes, sendo aqui dada uma ênfase na doutrina reformista e na bio ambientalista, percorrendo suas respetivas teses através de breves resumos de diversas obras de diferentes autores.



Por fim, chega-se ao entendimento de que um sistema muito mais forte de regimes ambientais é necessário e que, para além de regimes, também há alguns caminhos que podem ser adotados, como buscar alternativas ao modelo intergovernamental e institucional que, por si só, não é capaz de lidar com o problema da deterioração ambiental, além de ser necessário ir ao fundo das forças causadoras de deterioração e nada disso será possível sem que a sociedade civil se eleve a uma posição de destaque, com novas funções e engajamento na política de governança ambiental.

3. Conclusão

A obra traz informações essenciais, teóricas e práticas, com uma linguagem simples e acessível, tendo como público-alvo não só o público académico, mas também todos os que se interessem no assunto, inclusive complementando o texto com quadros informativos, tabelas e definições.

Em uma obra de apenas 150 páginas conseguiu-se o mérito de traçar um paralelo sobre toda a temática da governança global ambiental, de modo conciso, mas trazendo o que é de mais imprescindível, desde uma referência histórica aos instrumentos internacionais de destaque, aos principais agentes internacionais, passando pelos problemas ambientais mais graves enfrentados atualmente, pelo direito internacional do ambiente que rege a governança global e trazendo ainda opções de perspectivas a serem adotadas para um melhor futuro da causa ambiental.

Talvez a obra, por abordar um tema de tão amplo escopo deixa a desejar quanto à profundidade em que trata de cada tema, contudo, não deixa de ter o mérito de reunir em poucas páginas um pouco de cada tópico de relevância para a melhor compreensão da governança global ambiental. Deste modo, quem não está familiarizado com o tema pode ter um contato inicial e, se desejar, pode inclusive usar a lista de bibliografia suplementar sugerida para cada tema para aprofundar os conhecimentos.

Ressalva-se o facto de que a obra que tratamos aqui ter sido a primeira edição publicada em 2006, no entanto, há uma edição mais atual, de 2009 e uma versão em e-book de 2013.

Érica Tatiane Soares Ciorici

Mestranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RevCEDÖUA

Dossier

Territórios Virtuais

Jogos globais, leituras territoriais: o geocaching como experiência do(s) território(s)

1. O GEOCACHING E A REINVENÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS TERRITORIALIDADES

Nas agendas que discutem a reinvenção dos territórios na atual modernidade globalizada, os conceitos de cibercultura (Lévy, 1999) e de sociedade em rede (Castells, 2002) ocupam lugar central, dando conta do modo como a cultura contemporânea é marcada pelas tecnologias digitais e pela constituição de comunidades virtuais.

O crescimento do ciber-espaço, da *world wide web*, vulgo *internet* – orientado pelos princípios da interconexão, da criação de comunidades virtuais e da inteligência coletiva (Lévy, 1999) – veio não só revolucionar as relações com o território, leia-se território físico, como criar novas espacialidades. Um dos aspectos mais relevantes prende-se com as novas acessibilidades à informação e a pessoas associadas ao uso das tecnologias móveis (Humphreys e Liao, 2011) e o modo como os *location-based services* (LBS) utilizam a localização de pessoas, lugares e coisas para melhorar estas interações (Wang e Canny, 2006).

No quadro da centralidade e penetrabilidade das tecnologias móveis digitais em todas as esferas da vida social, o *geocaching* afirma-se como um dos mais populares *location-based services* (O'Hara, 2008) e nesta perspetiva, Humphreys e Liao (2011) classificam o *geocaching* como um comportamento cultural emergente.

Descrito como uma caça ao tesouro jogada com GPS (Neustaedter *et al.*, 2010), o *geocaching* é uma atividade de lazer com características marcadamente geográficas que implica travessias entre os mundos real e virtual, trazendo consigo novas experiências do território e novas relações sociais (Fernandes, 2012, 2013a). Enquanto prática dualizada – ao sobrepor dois mundos, um real, físico e material, e outro virtual e imaterial – coloca o jogador numa plataforma híbrida, em que ele próprio cria e altera as noções de espaço geográfico. Desde logo porque o virtual e o físico-material não conformam dois mundos separados mas conectados pela integração de informação geo-espacial nos conteúdos *on-line*¹. Mais ainda, no *geocaching*, os praticantes vão fazendo caminho no mundo real à medida que vão recebendo “informação virtual”. Por via das tecnologias móveis, esta plataforma híbrida torna-se o “palco do jogo” de uma reinventada caça ao tesouro da modernidade: escondem-se *caches* em territórios improváveis e projetam-se locais com relevância patrimonial, muitas vezes escondidos, esquecidos, colocados à margem das dinâmicas de desenvolvimento e que, de outra forma, permaneceriam na invisibilidade.

¹ Existe um corpo de literatura em expansão que explora o crescente esbatimento das fronteiras entre o real e o virtual e o modo como as informações e comportamentos *on-line* não se encontram completamente desligados das práticas *off-line* (O'Hara, 2008; Chayko, 2008; Erickson, 2009; Markham e Baym, 2009; Humphreys, 2010; Humphreys e Liao, 2011).

Com efeito, e porque o território conta, longe de afastar e retirar as pessoas do mundo real, o *geocaching* tem precisamente o efeito contrário: convoca-as e obriga-as ao regresso ao espaço público, ao retorno à natureza e gera novas sociabilidades. É a lógica de um jogo colectivo, que implica a integração numa comunidade – a comunidade *geocaching*² – que vive da troca de informações e experiências dentro da “tribo”. O *geocaching* dá a conhecer novos territórios, permite novas interpretações e novas experiências criativas, ao mesmo tempo que constitui uma oportunidade de valorização e desenvolvimento dos territórios.

Não obstante tratar-se de uma prática de lazer muito recente – criada no ano 2000 –, o despertar da comunidade académica para a abordagem científico-social do *geocaching* foi relativamente precoce. Após um período em que o argumento da escassez bibliográfica era válido porquanto pouco mais existia do que uma “bibliografia cinzenta” centrada em artigos jornalísticos e livros de iniciação para praticantes (Zeng 2011), hoje tal argumento perde força pois os últimos anos têm conhecido desenvolvimentos doutrinários sustentados e sistemáticos. Recenseia-se, aliás, o interesse manifestado por várias áreas disciplinares.

A decidida entrada do *geocaching* nas agendas discursivas da ciência fez-se, em larga medida, pela mão das ciências da educação e do papel assumido pelo *geocaching* como ferramenta educativa quer no âmbito da educação formal quer da educação não formal (Schlatter e Hurd, 2005; Shaunessy e Page, 2006; Christie, 2007; Pelton *et al.*, 2007; Lewis e McLelland, 2007; White-Taylor e Donellon, 2008; Rodrigues e Colesanti, 2008; Hamm, 2010; Taylor *et al.*, 2010; Jewett, 2011; Preto *et al.*, 2011; Zecha, 2012; Amate e Ordás, 2012; Rendo, 2013; Hall e Bush, 2013). Alguns autores especificam as potencialidades educativas do *geocaching* no domínio da geografia (Ihamäki, 2007, 2014, 2015; Hof *et al.*, 2012; Olson, 2012), da geologia (Lewis e McLelland 2007), da matemática (Bragg *et al.*, 2011), da computação (Neufeld *et al.* 2008) e dos estudos sociais (Matherson *et al.* 2008), entre outros.

A crescente visibilidade social do *geocaching* traduz-se, de igual modo, na produção de novos saberes provenientes de áreas disciplinares específicas como a geografia e o campo de estudos do turismo e de abordagens mais transversais como as da HCI – *human-computer interaction*.

As agendas da investigação geográfica têm sido palco de fervilhantes debates designadamente através de uma abordagem espaço-temporal do *geocaching* enquanto uma inovação (Brinks e Ibert, 2015), quanto aos seus impactes ambientais (Patubo, 2010), à sua expressão territorial na Europa (Vitek 2012), na Alemanha (Telaar, 2014) ou em áreas urbanas (Monteiro *et al.*, 2014; Cord *et al.*, 2015).

Sobre o lugar reservado ao *geocaching* no campo de estudos do turismo destacam-se investigações que analisam as motivações dos *geocachers* (O’Hara, 2008; Farvardim e Forehand, 2013), o *geocaching* como forma de descobrir destinos e explorar territórios (Boulaire e Hervet, 2012) ou como uma modalidade de turismo criativo (Ihamäki, 2012, 2013; Boulaire e Cova, 2013).

Na área da HCI relevam os trabalhos de Gram-Hansen (2009), Lochrie *et al.* (2010), Bowser *et al.* (2013), Vartiainen e Tuunanen (2013) e Procyk *et al.* (2014).

² Espelha-se aqui de modo exemplar o conceito de comunidade virtual de Lévy (1999: 127) enquanto comunidades “construídas sobre afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos, em um processo mútuo de cooperação e troca”.

Em Portugal, a geografia foi pioneira na inclusão do *geocaching* na investigação científica: Fernandes (2012, 2013a, 2013b) foca as temáticas da georreferenciação e novas territorialidades, do *marketing* territorial e da imagem dos lugares; Teles e Alves (2012) e Teles *et al.* (2014a, 2014b, 2015) analisam o perfil dos *geocachers*, equacionam o papel do *geocaching* na valorização do património natural e no âmbito da educação para o desenvolvimento sustentável; Santos *et al.* (2012), Santos e Mendes (2014), Mendes (2013), Mendes *et al.* (2013) e Ramalheite *et al.* (2014) têm desenvolvido projetos sobre o *geocaching* em áreas urbanas recreativas e respetivas motivações. Sob as lentes de outros saberes disciplinares, assiste-se, nos últimos tempos, à multiplicação de estudos académicos que colocam em lugar central o *geocaching* como temática de investigação: sobre parques urbanos, Santos (2013) avança uma proposta de atividades de divulgação científica; Martins (2014) caracteriza a prática do *geocaching* no Parque Natural da Arrábida; Falcão (2014) estuda a influência do *geocaching* na escolha de um destino turístico; Campos *et al.* (2015) posicionam o *geocaching* no contexto da co-criação de experiências turísticas.

2. O QUE É O GEOCACHING? A LÓGICA DO JOGO

Ainda que seja difícil catalogar esta atividade, podemos considerar o *geocaching* como uma caça ao tesouro dos tempos modernos, jogado maioritariamente ao ar livre, em que os seus praticantes – os *geocachers* –, equipados com tecnologias móveis geoespaciais (*smartphones* e receptores GPS), procuram, através das coordenadas geográficas publicadas no *website* oficial *geocaching.com*, localizar o tesouro, isto é, a denominada *geocache*, pequeno recipiente escondido por outros jogadores (Figura 1).



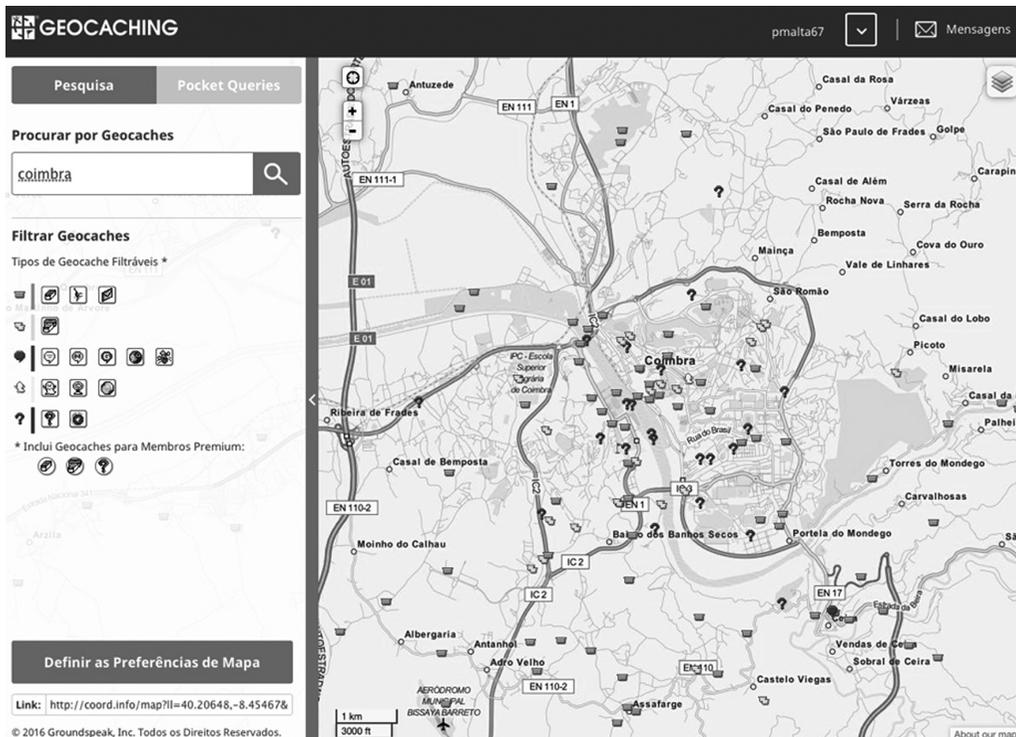
Fonte: <https://flic.kr/p/6GzdKu>



Fonte: <https://www.geocaching.com/play/Content/images/preview-lg.jpg>

Figura 1. GPS, Smartphone e cache

Para ser praticante deste *location-based game* de dimensão global basta criar uma conta no *website* oficial, possuir um GPS ou um *smartphone* com a instalação da aplicação C:GEO, introduzir uma localização, escolher uma *cache* da página de resultados e avançar para o terreno à sua procura (Figura 2).



Fonte: <https://www.geocaching.com>

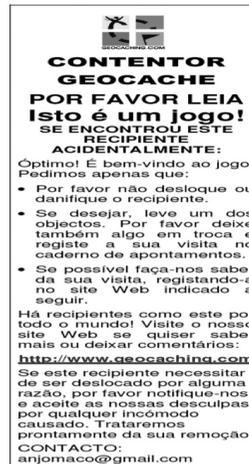
Figura 2. Identificação das caches disponíveis na página do website *geocaching.com*

Na sua forma mais simples, as *caches* contêm um livro (*logbook*) ou uma folha (*logsheet*) de registos, material de escrita, objetos para troca (Figura 3) e ainda uma nota explicativa do que é o jogo (*stash note*) no caso da *cache* ser acidentalmente encontrada por um não-geocacher (*muggle*) (Figura 4).



Fonte: fotos dos autores

Figura 3. *Logbooks* e *Logsheet*



Fonte: fotos dos autores

Figura 4. Stash note

Encontrada a *geocache*, partilha-se a sua descoberta através da assinatura do *logbook/ logsheet* no local, identificando o *nick name* do jogador, a data da visita e deixando algumas notas como *Thanks for the cache (TFTC)* ou *Took nothing left nothing (TNLN)* – o que indica que não se tirou nem deixou nada na *cache* (Figura 5).



Fonte: fotos dos autores

Figura 5. Registo no *logbook*

Feito o registo analógico no local físico da *cache*, o passo seguinte consiste na divulgação da descoberta através do seu registo *on-line* no *website* oficial (*log*) – especificando se foi encontrada (*Found it*), não encontrada (*Did not find – DNF*), primeiro a encontrar (*First to find – FTF*) – e, ainda, na partilha dessa experiência com comentários e fotografias.

3. O PERFIL DAS GEOCACHES NA CARTOGRAFIA DOS TERRITÓRIOS VIRTUAIS

Quanto ao perfil das *caches* (Figura 6), estas podem apresentar tamanhos distintos (Quadro 1), graus diferenciados de dificuldade e de terreno e assumir diferentes tipologias.

<p>Micro (< 100 ml)</p> 	<p>Ex.: caixas de rolos fotográficos com <i> logsheet </i></p>  
<p>Pequena (> 100 ml a 1 litro)</p> 	<p>Recipiente com <i> logbook </i> e caneta ou lápis. Podem conter objectos para troca.</p>  
<p>Média (Normal) (> 1 litro a 20 litros)</p> 	<p>Com o mesmo conteúdo das <i> caches </i> pequenas</p> 
<p>Grande (> 20 litros)</p> 	<p>Ex. caixotes de lixo, tronco de uma árvore, barril</p> 
<p>Outra (nano, gigantes ou virtuais)</p> 	<p>Nano – <i> caches </i> de tamanho inferior às micro. <i> Caches </i> de dimensão superior às grandes. Virtuais – sem existência física.</p>  

Fonte: Adaptado de www.geocaching.com e fotos dos autores

Quadro 1. Dimensão das *geocaches*

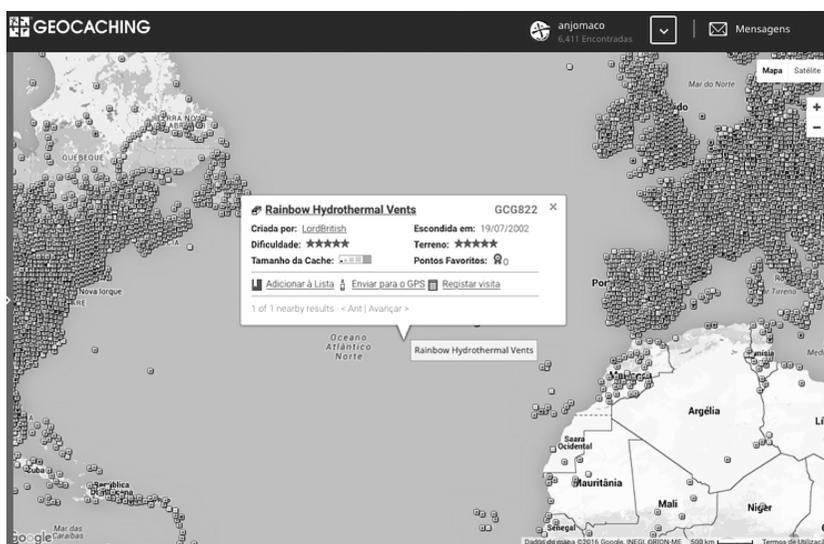


Fonte: www.geocaching.com

Figura 6. Página de uma *cache*

O grau de dificuldade de uma *cache* prende-se com o próprio desafio associado à procura desta, significando uma estrela (1) que a *cache* se encontra quase à vista, enquanto que a atribuição de cinco estrelas (5) sugere que a sua descoberta constitui um verdadeiro quebra-cabeças.

As características do terreno reportam-se às condições do meio físico a percorrer até ao *ground zero* (GZ) da *cache*. Temos assim locais acessíveis a todos os *geocachers*, independentemente da idade, da condição física e de restrições significativas em termos de mobilidade e locais de elevada exigência ou de todo inacessíveis. Este é o caso de duas *geocaches* da autoria do mesmo proprietário e classificadas com grau de dificuldade e de terreno máximos (5/5): a *International Space Station* (GC1BE91), datada de 2008 e colocada numa estação espacial; e a *Rainbow Hydrothermal Vents* (GCG822), de 2002, posicionada a 2300 m de profundidade, em pleno Oceano Atlântico, a Sudoeste do Arquipélago dos Açores (Figura 7). Outro exemplo desta categoria de *caches* de grau de dificuldade e de terreno 5/5 é a *Earth's Roof – Mount Everest Peak* (GC2BX63), criada em 2010 por um *geocacher* português; talvez por se tratar de uma *earthcache* a qual, pela sua especificidade, natureza científica e imaterialidade (não existe um recipiente físico no local), remete para conhecimentos sobre a formação da cordilheira do Everest e a temática da tectónica de placas (Quadro 2), foi encontrada apenas por 3 *geocachers*.



Fonte: www.geocaching.com

Figura 7. *Geocache* Rainbow Hydrothermal Vents

Já no que diz respeito à natureza das *geocaches*, as tipologias mais frequentes são as tradicionais, as *multi-caches*, as *enigma/mistério* e as *evento* (Quadro 2).

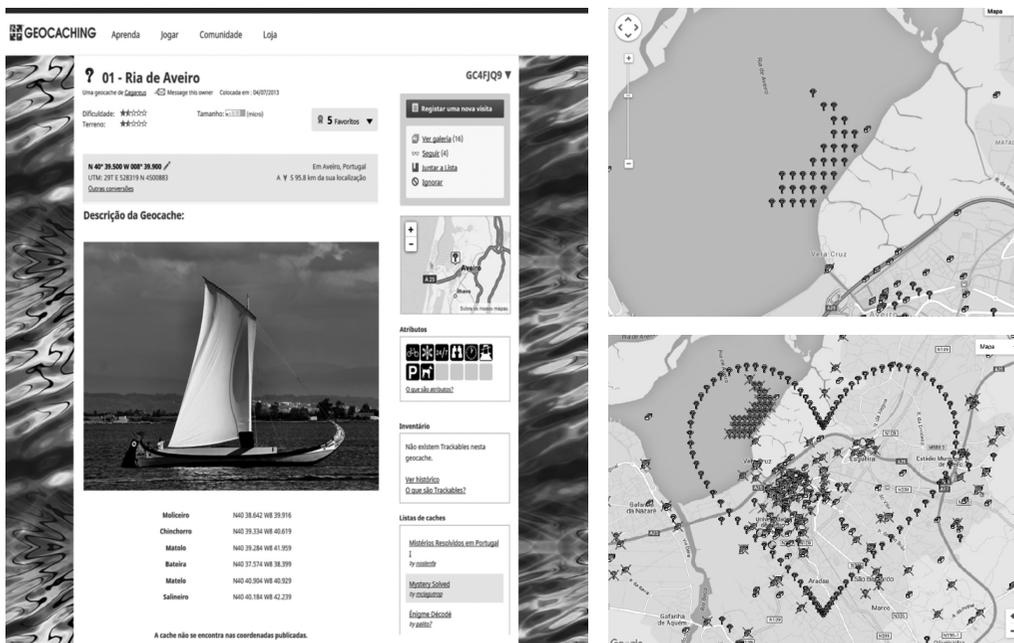
SÍMBOLO	DESIGNAÇÃO	DESCRIÇÃO	ESPECIFICAÇÕES
	Cache tradicional	A mais comum e mais simples. Contém um <i>logbook</i> ou <i>logsheet</i> , um lápis ou uma caneta. Pode conter objetos para troca.	Colocada no local exato das coordenadas fornecidas.
	Multi-cache (cache offset)	Implica a visita a dois ou mais locais mas no final do percurso tem que existir um recipiente físico.	Os pontos intermédios das <i>multi-caches</i> podem ser virtuais (recolher datas, contagem de algo no local) ou físicas (micro ou nano) com as coordenadas do ponto seguinte. No caso das <i>cache offset</i> só temos de visitar o local das coordenadas publicadas na página e obter informações para a <i>cache</i> física.
	Cache-mistério ou enigma	A sua descoberta implica a resolução de um enigma ou <i>puzzle</i> .	
	Letter box Hybrid	<i>Cache</i> que conduz a um ponto georreferenciado, com várias pistas em vez de coordenadas. Devem conter um carimbo que não é para troca mas para “validar” a visita.	O proprietário cria um recipiente que é, em simultâneo, uma <i>letterbox</i> e uma <i>multi-cache</i> , publicando as coordenadas na página do geocaching.com . www.letterboxing.org
	Wherigo™ cache	Conjunto de ferramentas para criar e jogar com um GPS na procura da <i>cache</i> no mundo real.	Permite ao <i>geocacher</i> interagir com elementos físicos e virtuais, tais como objetos ou personagens, com o objetivo de encontrar a <i>cache física</i> . Semelhante às <i>multi-caches</i> . www.wherigo.com
	Cache-evento	<i>Cache</i> de um evento realizado numa determinada data. Convívio de <i>geocachers</i> que integram várias atividades.	A página do evento tem as coordenadas de localização e após a sua realização é arquivada.
	Cache Mega-Evento	<i>Cache</i> de um evento realizado numa determinada data a nível mundial. Implica a participação de mais de 500 pessoas.	Integra atividades planeadas, com duração de vários dias e realizam-se anualmente.
	Cache Giga-Evento	<i>Cache</i> de um evento raro e de dimensão mundial. Obriga à participação de mais de 5.000 pessoas.	Estes eventos são semelhantes aos mega-eventos, incluindo múltiplas atividades, com uma duração de vários dias e uma periodicidade anual. Por serem tão raros atraem <i>geocachers</i> de todo o mundo.
	Eventos CITO	<i>Cache In Trash Out</i> Eventos que implicam a limpeza da área envolvente à <i>cache</i> .	Os eventos CITO são encontros de <i>geocachers</i> com o objetivo da limpeza de lixo deixado no local, remoção de espécies invasoras, esforços de reflorestação ou construção de trilhos.
	Earthcache	<i>Caches</i> destinadas à visita de locais únicos com valor científico e patrimonial. Têm subjacentes motivações educacionais relacionadas com fenómenos naturais (geológicos, geomorfológicos, ...).	As páginas das <i>earthcaches</i> apresentam, a par das coordenadas do local a visitar, um conjunto de explicações sobre os fenómenos naturais. A sua criação obedece às linhas orientadoras da <i>Geological Society of America</i> . São virtuais, não existindo <i>cache</i> física. www.earthcache.org

	Cache virtual	Cache cujo objetivo é a descoberta de um local e não de um recipiente. Devem ser suficientemente interessantes e invulgares para estimular a sua visita.	Os requisitos para fazer um registo de uma <i>geocache</i> virtual variam: responder a uma pergunta acerca de uma localização, tirar uma fotografia, completar uma tarefa, etc. Em qualquer dos casos, visitam-se as coordenadas antes de se poder fazer o seu registo. Passaram a ser catalogadas como <i>waymarks</i> . www.waymarking.com
	Cache Webcam	Caches que utilizam câmaras <i>web</i> colocadas por indivíduos ou organizações em locais específicos. A ideia é colocar-se à frente da câmara para registar a sua visita.	Estas <i>caches</i> passaram a ser catalogadas como <i>waymarks</i> . www.waymarking.com
	Cache Locationless (Reverse)	São o oposto de uma <i>cache</i> tradicional. Em vez de se encontrar um recipiente escondido, encontra-se um objeto específico e registam-se as suas coordenadas.	Passaram a ser catalogadas como <i>waymarks</i> . www.waymarking.com
	Cache de Laboratório	Cache experimental muito rara.	São uma forma de inovar e testar novas ideias para tornar o <i>geocaching</i> mais aliciente. Desenvolvidas pelo Grupo Pesquisa & Desenvolvimento da sede do <i>geocaching</i> .
	Groundspeak Headquarters cache	Cache localizada na sede da Groundspeak HQ em Seattle, WA.	Todos os <i>geocachers</i> interessados em visitar a sede e fazer o seu registo na <i>cache</i> devem enviar um e-mail para contact@groundspeak.com .

Fonte: Adaptado de www.geocaching.com e de www.geopt.org

Quadro 2. Tipologia das *caches* em função da sua natureza

Da perspetiva da desocultação de algumas territorialidades invisíveis associadas à prática do *geocaching* destacam-se as *webcam caches*, as *caches* virtuais e as *caches* enigma ou mistério. As *webcam caches* caracterizam-se pela existência de uma câmara de filmar orientada para uma determinada localização onde o *geocacher* se deve posicionar (coordenadas publicadas), cujos *frames* são transmitidos para uma página *web* que este deverá guardar e adicionar ao seu perfil *on-line*, servindo de prova da visita ao local. As *caches* virtuais não possuem existência física, sendo a visita ao local atestada por uma fotografia do *geocacher* visitante e/ou pelo envio ao proprietário de determinadas informações obtidas nas coordenadas da *cache*. As *caches*-mistério ou enigma são bastante elaboradas e a sua finalidade reside na resolução de um *puzzle* ou na decodificação de um enigma para obter as coordenadas reais da *cache* e encontrá-la. A este propósito anote-se o caso da *cache* Ria de Aveiro (GC4FJQ9) composta por 32 *caches*-mistério, cuja resolução residia na identificação dos elementos de um moliceiro constantes das páginas das respetivas *caches* as quais, através da resposta correta, davam acesso às coordenadas finais da *cache* física. À semelhança de outras *caches*-enigma, a *cache* Ria de Aveiro desenhava uma figura – a proa de um barco moliceiro que navega no maior estuário lagunar costeiro do país – colocando-se, assim, na categoria de uma *geoArt* e revelando outras geografias escondidas associadas à prática do *geocaching*. Para além da desocultação destes outros territórios invisíveis, importa realçar o carácter mutante e volátil destas representações gráficas virtuais: a *geoArt* Moliceiro foi criada em Julho de 2013 tendo sido arquivada 2 anos depois (ficando, todavia, visível para memória futura) e substituída no mesmo local por uma outra, a *geoArt* “I ♥ Aveiro” (Figura 8).



Fonte: www.geocaching.com

Figura 8. Cache enigma da Ria de Aveiro, geoArt Moliceiro e geoArt “I ♥ Aveiro”

4. OS TRACKABLES E OS MAPAS DAS SUAS VIAGENS

Outra dimensão de análise da invisibilidade dos territórios do *geocaching* encontra-se no próprio conteúdo físico das *caches*. O mais interessante sob esta perspetiva são os *trackables*, peças de jogo para troca que gostam de viajar de *cache* em *cache* pela mão dos *geocachers*, colecionando histórias (os *logs* com fotografias e comentários) ao longo dos seus percursos. Nesta categoria distinguem-se as *geocoins* e os *travel bugs* (TB). Todos os *trackables* possuem um código de identificação gravado, isto é, um número de série (*tracking number*) que permite acompanhar *on-line* a sua mobilidade física. Por este motivo, somam uma outra dimensão lúdica e sobretudo geográfica ao *geocaching* decorrente das missões que lhes estão atribuídas: “chegar a Roma viajando pelo maior número de *caches* alusivas ao império romano”, “passear pela Península Ibérica” ou “passar pelos países onde estiveram estacionadas tropas portuguesas em missões de paz”, são apenas algumas ilustrações. A comunidade *geocacher* tem a obrigação de levar a bom porto os objetivos definidos para os *trackables*.

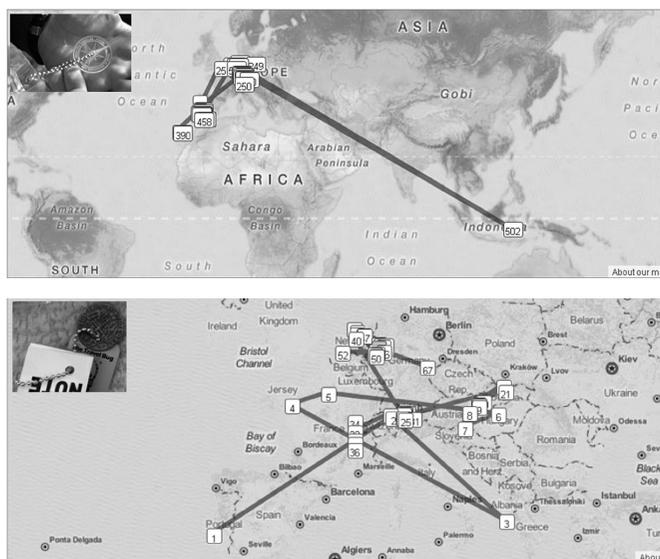
Os *travel bugs* (TB) são compostos por uma chapa metálica com o respetivo número de série, à qual se associa um elemento que lhe confere identidade: por exemplo, o *Brasil – Rumo ao Hexa* tem por objetivo “viajar pelo mundo e passar pelos países onde o Brasil venceu a Copa do Mundo de Futebol” (TB4YE7E) e o *Adufe TB* pretende “viajar pelo mundo, dando a conhecer as tradições portuguesas” (TB2B4GH) (Figura 9).



Fonte: <http://www.geocaching.com/track/details.aspx?tracker=TB4YE7Ee> <http://www.geocaching.com/track/details.aspx?tracker=TB2B4GH>

Figura 9. Travel bugs “Brasil - Rumo ao Hexa” e “Adufe TB”

Uma característica da maior importância dos *travel bugs* é a sua natureza eminentemente geográfica, reforçada pela possibilidade de quantificar as distâncias percorridas e mapear o itinerário das suas deslocações nas respetivas páginas *web*. Estatísticas agregadas ao *travel bug* “Traveller” (TB582XA), posto a circular pelos autores deste dossier (*nickname* anjomaco) com o propósito de “viajar e passar pela mão de 1000 caçadores de tesouros”, sinalizam que, desde a data da sua criação, em 2012, já foi encontrado por 35 *geocachers*, percorreu 38.781 km, viajou até países tão longínquos como a Indonésia, encontrando-se, em Janeiro de 2016, na Holanda. Já o “V Reis – Portugal” (TB4JNGA), também por nós criado em 2012, identificado pela réplica de uma antiga moeda portuguesa de cinco reis e com o objetivo de “levar a História de Portugal a passear pelo mundo”, foi transportado por 10 países da Europa, calcorreu 11.939 km, encontrando-se atualmente na Alemanha (Figura 10).



Fonte: http://www.geocaching.com/track/map_gm.aspx?ID=4447613 e http://www.geocaching.com/track/map_gm.aspx?ID=3839889

Figuras 10. Percursos dos *travel bugs* “Traveller” e “V Reis – Portugal”



Por seu turno, as *geocoins*, como o próprio nome indica, assumem em geral a forma de moedas mas podem ser corporizadas sob outros formatos. Com múltiplos motivos, tamanhos e cores são fabricadas em diversos materiais (metal, vidro, madeira, plástico ou cerâmica) (Figura 11).



Figura 11. Exemplos de *geocoins*

Pelo seu valor estético, quer em termos técnico-formais (materiais e técnicas utilizadas) quer simbólicos (tema e iconografia), muitas são verdadeiras obras de arte e por isso consideradas objetos de coleção. Uma são pessoais, contendo elementos identificativos que funcionam como a assinatura do *geocacher* seu criador, outras são produzidas por organizações, lojas ou *designers* com a finalidade de gerar receitas associadas a eventos de *geocaching*. No âmbito da emissão anual da *geocoin* comemorativa da comunidade *geocacher* nacional – a qual deve ilustrar e render homenagem a um tema identificativo da portugalidade –, a primeira edição, a  *Portugal Geocoin 2006*, tem cunhada na face, o logótipo do *geocaching* com a Cruz de Cristo e no verso um astrolábio. Não obstante o seu reduzido sucesso comercial é, atualmente, uma das *geocoins* portuguesas mais procuradas pela sua raridade e valor simbólico. A mais recente, a  *Portugal 2014 Geocoin*³, foge ao usual modelo circular e apresenta forma e grafismo inspirados na azulejaria portuguesa: a face comporta elementos decorativos dum azulejo do século XVII e o seu verso desvela o padrão obtido pela justaposição das quatro *geocoins*-azulejo, revelando o complexo jogo geométrico consubstancial à arte da azulejaria portuguesa (Figura 12).



Fonte: <http://trackables.geocaching-pt.net/geocoins/>

Fonte: foto dos autores

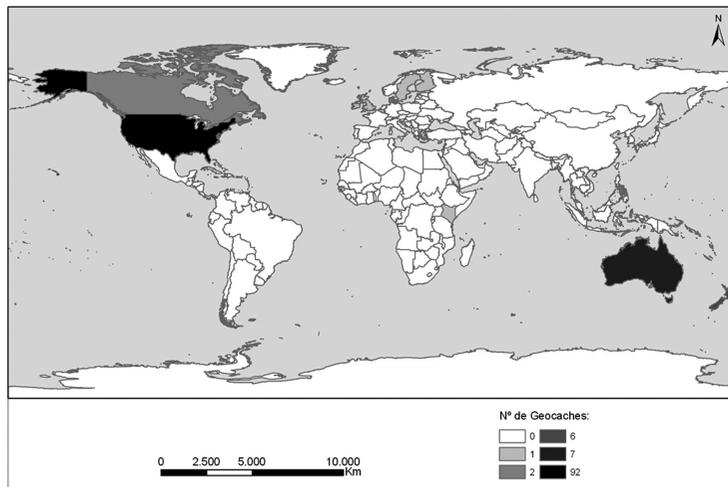
Figura 12.  *Portugal Geocoin 2006* e  *Portugal 2014 Geocoin*

³ Desenhada por “anjomaco”.

5. GEOCACHING: A FORÇA DOS NÚMEROS

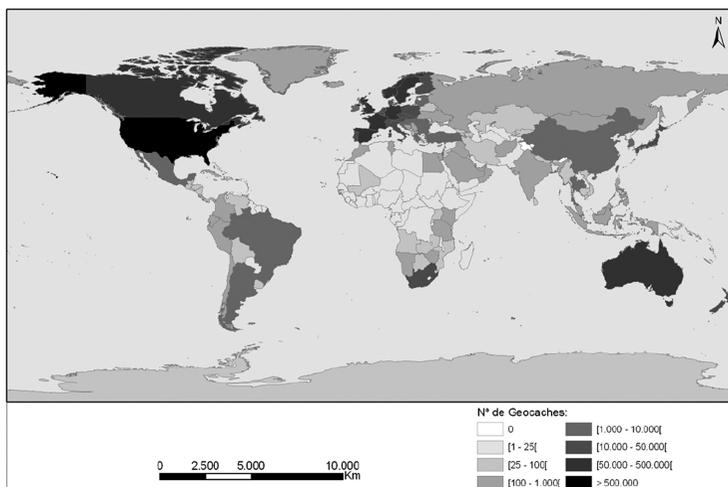
5.1. À escala mundial

Uma história de sucesso, de rápida difusão espacial e de crescimento exponencial é como se pode caracterizar o aparecimento e evolução do *geocaching* à escala mundial. Os primeiros passos deram-se, precisamente, no virar do milénio, no ano de 2000, com a libertação pelos EUA do sinal GPS à utilização civil. Dave Ulmer colocou a primeira *geocache* em Portland (EUA), a 3 de Maio de 2000, anunciou a sua localização e, em menos de 24 horas, a *cache* foi encontrada. Não foi preciso sequer um mês para que o jogo vencesse fronteiras e chegasse a países tão longínquos como a Austrália. Desde então o *geocaching* difundiu-se à escala planetária, transformando-se num jogo global. No final de 2000 contabilizavam-se 115 *caches* ativas em 11 países (Figura 13) e a 31 de Dezembro de 2015 eram já 2 767 497 as *geocaches* disponíveis em todo o mundo, distribuídas por 244 países (Figura 14).



Fonte: a partir de dados disponíveis em project-gc.com

Figura 13. Distribuição geográfica do número de *geocaches* em 2000



Fonte: a partir de dados disponíveis em project-gc.com

Figura 14. Distribuição geográfica do número de *geocaches* em 2015

De acordo com o *website* oficial *geocaching.com*, só durante o ano de 2015 foram criados mais de meio milhão (588.000) de novos pontos georreferenciados. Paralelamente, 2015 foi um ano de eventos, de grandes eventos: organizaram-se mais de 28.000 dos quais 2 *giga*-eventos (> 5.000 participantes) e 45 *mega*-eventos (> 500 participantes), o que corresponde a uma média diária de 76 encontros presenciais de *geocachers*. A grandeza e dinamismo da comunidade *geocaching* internacional espelha-se também no facto de, no final de 2015, o mesmo *site* registar a criação da conta nº 15.000.000, o que, atendendo a que muitas contas representam casais, famílias, equipas e outros grupos, significa que são bem mais do que 15 milhões os praticantes em todo o mundo. Do ponto de vista da procura é de assinalar, ainda, que em 2015 ocorreram 79 milhões de *logs* (*geocaching.com/blog*).

Uma análise do processo global de difusão do *geocaching* coloca a descoberto que a adoção precoce desta “inovação” ocorreu entre praticantes habituais de lazer e desporto ao ar livre: assim se justifica o lugar proeminente da Alemanha como um dos países com mais *geocaches* e *geocachers* e onde se realizou o primeiro *giga*-evento mundial (Munique, 16/08/2014).

Aliás, a cartografia do número de *geocaches* disponíveis, no período balizado entre Janeiro de 2000 e Dezembro de 2015, revela que o Top 10 dos países em que esta atividade assume maior expressão é composto pelos EUA, Alemanha, Canadá, Reino Unido, França, Suécia, Austrália, Noruega, Espanha e República Checa. Portugal ocupa a 13ª posição deste *ranking* (Quadro 3).

1	EUA	1 052 973
2	Alemanha	355 303
3	Canadá	224 884
4	Reino Unido	190 730
5	França	158 965
6	Suécia	100 469
7	Austrália	67 572
8	Noruega	60 714
9	Espanha	54 261
10	República Checa	46 972
11	Áustria	43 674
12	Finlândia	42 103
13	Portugal	36 642
14	Holanda	34 207
15	Dinamarca	31 228
16	Polónia	28 527
17	Suíça	28 351
18	Bélgica	28 159
19	Nova Zelândia	27 157
20	Japão	23 826

Fonte: a partir de dados disponíveis em *project-gc.com*

Quadro 3. Top 20 dos países com maior número de *caches* (2000-2015)

Apesar da inexistência de informação atualizada e desagregada sobre o quantitativo de *geocachers*, pode adiantar-se que existe uma homologia entre os padrões de distribuição geográfica das *caches* e dos praticantes, traduzindo uma relação biunívoca de causa-efeito entre oferta e procura, na medida em que se alimentam mutuamente: em geral, é onde há mais *geocachers* que se encontram as maiores densidades de *caches* porquanto são aqueles que procedem a colocação destas.

A expressão espacial do *geocaching* no mundo decalca, por seu turno, as assimetrias dos padrões de desenvolvimento entre países: existe uma correlação positiva e forte entre *geocaching* e indicadores de riqueza e desenvolvimento dos países imposta pelas características e exigências desta prática de lazer. O *geocaching* é, com efeito, um produto da contemporaneidade gravado no quadro do acréscimo da literacia digital, do uso das tecnologias móveis na esfera do lazer, do aumento da atividade física inscrito numa nova cultura corporal e por estilos de vida saudável, da busca de atividades ao ar livre e do mito do retor-

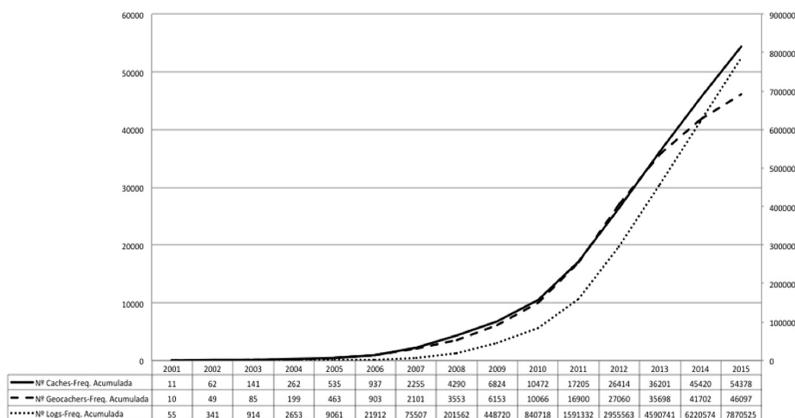
no à natureza, da crescente atração pela aventura e risco, sob a ética da sustentabilidade ambiental – tudo obrigando a que os seus praticantes possuam os recursos económicos e as qualificações sociais e culturais impostas por esta prática.

Retenha-se, pois, que nesta cartografia emergem como territórios do vazio vastas regiões de África, da América do Sul (Amazónia), da Ásia Central, Mongólia, Ártico e Antártida. Com maior precisão, no final de 2015, eram 10 os países onde só se recenseia uma *geocache*: Coreia do Norte, Chade, Somália, Eritreia, Guiné, Burundi, Libéria, Ilhas Salomão, Guiné-Bissau e Ilhas Wallis e Futuna (Figura 15). Territórios inóspitos, territórios em guerra, ou territórios sem rendimentos e recursos, com reduzida cobertura pela rede móvel, fracos níveis de desenvolvimento, com populações com baixos níveis de literacia em geral e literacia digital em particular, reduzida capacidade económica e padrões de qualidade de vida incompatíveis com as exigências de um jogo com estas características.

Em suma, não se pode deixar de efetuar a associação entre expressão territorial do *geocaching* à escala mundial por países e o seu posicionamento na configuração global das relações económicas, das tecnologias de informação e comunicação, dos padrões de desenvolvimento e qualidade de vida. Também do ponto de vista do *geocaching* se reforça o distanciamento entre países desenvolvidos e países menos avançados e, dentro destes, as disparidades crescentes entre populações com recursos económicos e capitais sociais e culturais mais ou menos elevados.

5.2. Em Portugal

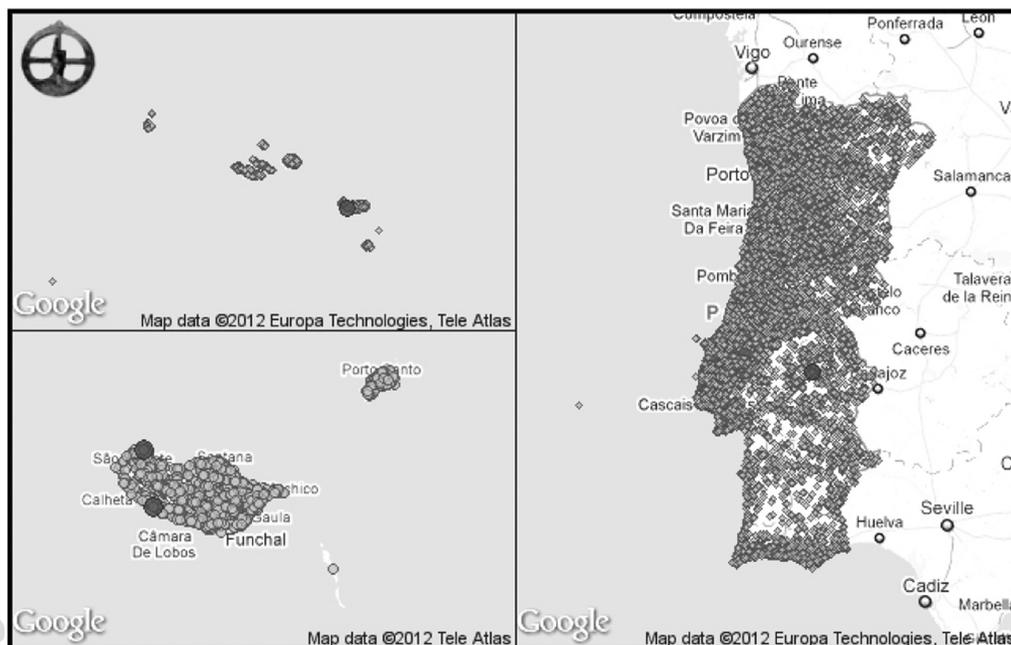
A comunidade *geocaching* portuguesa esteve particularmente ativa em igual período. A história do *geocaching* começou, em Portugal, a 2 de Fevereiro de 2001, com a colocação de “Alfa Romeu Abandonado!”, a primeira *cache* em território nacional, escondida em Lisboa mas já arquivada. Quinze anos depois, a 31 de Dezembro de 2015, o número de *geocaches* localizadas em Portugal ascende a 54.378. Após uma fase de crescimento exponencial que atingiu expressão máxima em 2013, com 9.787 *caches*, verifica-se desde então um ligeiro abrandamento na colocação anual de novas *caches*. No mesmo arco temporal, a comunidade de *geocachers* passou de 10 para 46.097. O crescimento do número de praticantes atingiu o pico em 2012, ano em que se contabilizou a entrada de 10.160 novos *geocachers*. O número de registos *on-line* replica a mesma tendência evolutiva: desde 2001 foram efetuados 7.870.525 *logs*, tendo sido no decurso de 2012 que se ultrapassou o patamar de 1 milhão de *logs*/ano. Estes valores ilustram o dinamismo que a prática do jogo assume em Portugal justificando, assim, a 13ª posição no *ranking* mundial do *geocaching* em 2015 (Figura 16).



Fonte: a partir de dados disponíveis em www.geopt.org

Figura 16. Evolução do número de *caches*, *geocachers* e de *logs* em Portugal (2001-2015)

Da distribuição geográfica do número de *caches* em Portugal, as imagens que se projetam com maior intensidade são as das tradicionais dicotomias Norte-Sul e litoral-interior e a força da polarização urbana exercida pelas áreas metropolitanas do Porto e, sobretudo, de Lisboa (Figura 17). Emergem assim como territórios colocados à margem das dinâmicas desta prática vastas áreas dos distritos de Bragança, Vila Real, Guarda, Castelo Branco, Portalegre, Évora e Beja.



Fonte: geocaching@pt

Figura 17. Distribuição geográfica do número de *caches* em Portugal (2001-2015)

Outra imagem forte prende-se com a ideia de que muitos caminhos vão dar à costa: a somar ao Algarve e às regiões autónomas dos Açores e da Madeira, sobressaem ainda alguns destinos de sol e praia como o são a Península de Setúbal e a região Oeste.

Neste quadro, um outro padrão locativo se desenha resultante da atração exercida por alguns dos principais destinos turísticos nacionais, nomeadamente os locais classificados pela UNESCO como Património Mundial. O Mosteiro dos Jerónimos, a Torre de Belém e a Paisagem Cultural de Sintra reforçam a importância da área metropolitana de Lisboa. O mesmo se verifica com o Centro Histórico de Angra do Heroísmo, a Paisagem da Cultura da Vinha da Ilha do Pico e a Floresta Laurissilva da Madeira que reforçam o peso das regiões insulares. O Alto Douro Vinhateiro, os Sítios de Arte Rupestre do Vale do Côa, a Universidade de Coimbra - Alta e Sofia, o Mosteiro da Batalha, o Mosteiro de Alcobaça, o Convento de Cristo em Tomar e o Centro Histórico de Évora conformam outros traços fundamentais da geografia do *geocaching* em Portugal.

Se, grosso modo, se pode afirmar que a geografia do *geocaching* decalca em parte a geografia do turismo em Portugal, porquanto *geocaching* e turismo são atividades que se apropriam justamente daqueles territórios com qualidades e valores excepcionais, tal relação

não espelha uma homologia perfeita porque muitas vezes estas espacialidades plasmam geografias pessoais que escapam a estas e a outras lógicas. Uma das possíveis explicações prende-se com a óbvia relação entre elevada concentração de *caches* e elevada concentração de praticantes: fortes densidades de *caches* associam-se à presença de *geocachers* ou grupos de *geocachers* muito ativos e organizados que, através da intensa colocação de *caches*, dinamizam determinados territórios. Tal é o caso de Viana do Castelo, Braga, Viseu, Figueira da Foz, Leiria e Santarém, concelhos com comunidades de *geocachers* muito dinâmicas. Outras densidades elevadas encontram explicação na atuação desenvolvida por entidades locais na promoção dos seus territórios, destacando-se a este propósito a dinamização impulsionada localmente por alguns municípios. Acrescente-se que outra justificação para a forte densidade de *geocaches* em determinadas áreas pode relevar da colocação de *geoArts*, em resultado do elevado número de *caches enigma* que as desenham. Excelente ilustração é a enorme *geoArt* de Vila de Rei, designada VLR – “Viagens na minha terra”, formada por 300 *caches enigma*. Localizada de forma a coincidir com o centro geodésico de Portugal continental, veio atribuir visibilidade a uma área até agora adormecida para a comunidade *geocaching* nacional (Figura 18).



Fonte: adaptado de www.geocaching.com

Figura 18. *GeoArt* de Vila de Rei “Viagens na minha terra”

Virgínia Teles
Universidade do Minho

Paula Malta
Universidade de Aveiro

António Correia
Câmara Municipal de Braga

Referências bibliográficas

- AMATE, M.; ORDÁS, R. (2012) "Propuesta de unidad didáctica sobre geocaching: en busca del tesoro escondido". *Revista Digital de Educación Física*, 4, 19, pp.155-172. http://emasf.webcindario.com/unidad_didactica_geocaching.pdf
- BOULAIRE, C.; COVA, B. (2013) "The dynamics and trajectory of creative consumption practices as revealed by the postmodern game of geocaching," *Consumption Markets & Culture*, vol. 16, no. 1, pp. 1–24.
- BOULAIRE, C.; HERVET, G. (2012) "New Itinerancy: the Potential of Geocaching for Tourism". *International Journal of Management Cases*, pp. 210-218.
- BOWSER, A. *et al.* (2013) "Prototyping in PLACE: a scalable approach to developing location-based apps and games," in *Proceedings of the 31st Annual SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems: Changing Perspectives (CHI '13)*, pp. 1519–1528.
- BRAGG, L. *et al.* (2011) "Geocaching: a worldwide treasure hunt enhancing the mathematics classroom". *MAV 2010: Proceedings of the 47th Annual Conference of the Mathematical Association of Victoria*, pp. 54–62.
- BRINKS, Verena; IBERT, Oliver (2015) "Mushrooming entrepreneurship: The dynamic geography of enthusiast-driven innovation". *Geoforum*.
- CAMPOS, A. *et al.* (2015) "Co-creation of tourist experiences: a literature review", *Current Issues in Tourism*, DOI:10.80/13683500.2015.1081158
- CAMPOS, A. *et al.* (2015) "Co-creation of tourist experiences: a literature review", *Current Issues in Tourism*, DOI: 10.1080/13683500.2015.1081158
- CASTELLS, Manuel (2002) *A Sociedade em Rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CHAYKO, M. (2008). *Portable communities: The social dynamics of online and mobile connectedness*. Albany, NY: SUNY Press.
- CHRISTIE, A. (2007) "Using GPS and geocaching engages, empowers, and enlightens middle school teachers and students", *Meridian: A Middle School Computer Technology Journal*, 10,1.
- CORD, A. *et al.* (2015) "Geocaching data as an indicator for recreational ecosystem services in urban areas: Exploring spatial gradients, preferences and motivations". *Landscape and Urban Planning*, 144, 151-162.
- ERICKSON, I. (2009) "Locative technologies and the organization of place and space". *American Sociological Association Annual Conference*, San Francisco, CA.
- FALCÃO, Ana (2014) *O geocaching e o turismo: a influência do geocaching na escolha de um destino*. Mestrado em Turismo de Interior - Educação para a Sustentabilidade. Departamento de Comunicação e Ciências Empresariais do Instituto Politécnico de Coimbra.
- FARVARDIN, A.; FOREHAND, E. (2013) *Geocaching Motivations*. Worcester: Worcester Polytechnic Institute.
- FERNANDES, J. (2012) "Tecnologia, georreferenciação e novas tecnologias – o caso do geocaching", *Actas do VII Colóquio de Geografia*, Coimbra: Departamento de Geografia.
- FERNANDES, J. (2013a) "Geocaching e marketing territorial. Reflexões a propósito de um evento na Serra da Estrela", *Cadernos de Geografia*, 32, pp. 29-38.
- FERNANDES, J. (2013b) "Geocaching, Novas Práticas Espaciais e Potencial Modelação da Imagem dos Lugares". *Espaço & Geografia*, 16(1), 279-305.
- GRAM-HANSEN, L. (2009) "Geocaching in a persuasive perspective," in *Proceedings of the 4th International Conference on Persuasive Technology (Persuasive '09)*, p. 34.

- HALL, J.; BUSH, L. (2013) "Incorporating the game of geocaching in K-12 classrooms and teacher education programs". *Pedagogical applications and social effects of mobile technology integration*, 79-97.
- HAMM, B. (2010) *Geocaching in Education: A Literature Review*. Bowling Green State University. <http://cte6010.bgsu.wikispaces.net/file/view/HammLiteratureReviewFINAL.doc>
- HOF, A. *et al.* (2012) "eGeo-Trüffel: mobile tagging, geocaching and nature trails bundled into geoinformation production with Bachelor of Geography students", *GI Forum*, pp.246-255.
- HUMPHREYS, L. (2010) "Mobile social networks and urban public space". *New Media & Society*, doi:10.1177/1461444809349578.
- HUMPHREYS, L.; LIAO, T. (2011) "Mobile Geotagging: Reexamining Our Interaction with Urban Space". *Journal of Computer Mediated Communication*. 16(3), April. doi:10.1111/j.1083-6101.2011.01548.
- IHAMÄKI, P. (2007) "Geocaching at the Institute of Paasikivi – new ways of teaching GPS technologies & basics of orientation in local geography", *ICTA07 New Trends in Information and Communication Technology & Accessibility*. Tunisia.
- IHAMAKI, P. (2012) "Geocachers: the creative tourism experience", *Journal of Hospitality and Tourism Technology*, Vol. 3, Iss: 3, pp.152 – 175.
- IHAMAKI, P. (2013) "Geocachers' creative experiences along coastal road in Finland". *Int. J. Leisure and Tourism Marketing*, 3(3), pp. 282-299.
- IHAMÄKI, P. (2014) "The potential of treasure hunt games to generate positive emotions in learners: experiencing local geography and history using GPS devices", *International Journal of Technology Enhanced Learning*, 6, 1, pp. 5-20.
- IHAMÄKI, P. (2015) *User Experience of Geocaching and Its Application to Tourism and Education*. <http://doria32-kk.lib.helsinki.fi/handle/10024/105143>
- JEWETT, P. (2011) "Multiple literacies gone wild", *The Reading Teacher*, 64, 5, pp. 341-344.
- LÉVY, Pierre (1999) *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34.
- LEWIS, G.; McLELLAND, C. (2007) *EarthCaching: An Educator's Guide*. http://www.geosociety.org/earthcache/WebBook/EarthCaching_EducatorsGuide.pdf
- LOCHRIE, M. *et al.* (2010) "Community generated location based gaming," in Proceedings of the 24th BCS Interaction Specialist Group Conference (BCS '10), pp. 474-478, 2010.
- MARKHAM, A.; BAYM, N. (2009) *Internet inquiry: Conversations about method*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- MARTINS, G. (2014) *Caracterização da atividade de Geocaching no Parque Natural da Arrábida*. Dissertação de Mestrado em Ecologia e Gestão Ambiental. Lisboa, Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa.
- MATHERSON, L. *et al.* (2008) "Get up, get out with geocaching: Engaging technology for the social studies classroom", *Social Studies Research and Practice*, 3, 3, pp.80-85.
- MENDES, R. (2013) Urban Geocaching: what Happened in Lisbon during the Last Decade? *International Archives of the Photogrammetry, Remote Sensing and Spatial Information Sciences* pp. 29-31.
- MENDES, R. *et al.* (2013) Pode o Geocaching em meio urbano ser uma ferramenta de promoção Turística? O caso de Lisboa. IX Congresso da Geografia Portuguesa. Évora. pp. 229-234.
- MONTEIRO, D. *et al.* (2014) "Geocaching: leitura e interpretação do espaço urbano por meio do uso de geotecnologias de informação e comunicação." *Anais do VII Congresso Brasileiro de Geógrafos*. http://www.cb2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404609479_ARQUIVO_ARTIGOGEOCACHINGDANI.pdf



- NEUFELD, J. *et al.* (2008) "Autonomous Geocaching: Navigation and Goal Finding in Outdoor Domains", *International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS)* pp. 47–54.
- NEUSTAEDTER, C. *et al.* (2010) "The role of community and groupware in geocache creation and maintenance. *Proceedings of the 28th International Conference on Human Factors in Computing Systems* (pp. 1757–1766), New York: ACM Press doi:10.1145/1753326.1753590
- O'HARA, K. (2008) "Understanding geocaching practices and motivations". In *Proceedings of the 26th Annual SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, New York: ACM Press, pp. 1177–1186. doi: 10.1145/1357054.1357239
- OLSON, J. (2012) "Geography, GIS and gaming: learning tools or just for fun?", *Journal of Maps & Geography Libraries*, 8, 3, pp. 290-294.
- PELTON, T. *et al.* (2007) "Geotrekking: Connecting Education to the Real World", *Proceedings of Society for Information Technology & Teacher Education International Conference*. Chesapeake, VA: Association for the Advancement of Computing in Education (AACE), pp. 2082-2088.
- PRETO, I. *et al.* (2011) "O uso de Sistemas de Informação Geográfica Participativos como instrumentos de participação de crianças e adolescentes na construção de sociedades mais sustentáveis", *Indigatio Didactica*, 3, 1, pp. 140-164.
- PROCYK, J. *et al.* (2014) "Exploring video streaming in public settings: shared geocaching over distance using mobile video chat," in *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '14)*, pp. 2163–2172.
- RAMALHETE, Filipa *et al.* (2014) "Geocaching no bairro: o bairro como espaço de lazer e promoção do património". *Atas do XIV Colóquio Ibérico de Geografia – "A Jangada de Pedra": Geografias Ibero-Americanas*, APG e AGE, Universidade do Minho, Guimarães, p. 1535-1539.
- RENDO, M. (2013) *Tecnologías de información geográfica como herramienta educativa: Análisis y perspectiva*. Máster universitario en elearning y redes sociales, A Coruña: Universidad Internacional de La Rioja. <http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123>.
- RODRIGUES, G.; COLESANTI, M. (2008) "Educação Ambiental e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação", *Sociedade & Natureza*, Uberlândia, 20, 1, pp. 51-66.
- SANTOS, L. (2013) *Parques Urbanos: uma proposta de atividades de Divulgação Científica para o Parque da Cidade do Porto*. Dissertação de Mestrado em Ecologia, Ambiente e Território, Departamento de Biologia, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto. Disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70794/2/11453.pdf>.
- SANTOS, T. *ET AL.* (2012) Treasure Hunting in the 21st century: A Decade of Geocaching in Portugal. In: *6th European Conference on Information Management and Evaluation*. Academic Conferences Limited, p. 273-282.
- SANTOS, T.; MENDES, R. (2014) "Atividades de lazer em áreas urbanas recreativas: geocaching no Parque Florestal de Monsanto. *Atas do XIV Colóquio Ibérico de Geografia – "A Jangada de Pedra": Geografias Ibero-Americanas*, APG e AGE, Universidade do Minho, Guimarães, p. 1424-1429.
- SCHLATTER, B.; HURD, A. (2005) "Geocaching-21st-century hide-and-seek," *Journal of Physical Education, Recreation & Dance*, vol. 76, no. 7, pp. 28–32.
- SHAUNESSY, E.; PAGE, C. (2006) "Promoting inquiry in the gifted classroom through GPS and GIS technologies", *Gifted Child Today*, 29, 4, pp. 42-53.
- TAYLOR, J. *ET AL.* (2010). *Geocaching for schools and communities. 41 learning experiences*. Human Kinetics.
- TELAAR, D. *ET AL.* (2014) "A Large-Scale Quantitative Survey of the German Geocaching Community in 2007". *Advances in Human-Computer Interaction*, Article ID 257815, <http://dx.doi.org/10.1155/2014/257815>

- TELES, V. ET AL. (2014B), A valorização do património natural – novas narrativas do turismo através do *geocaching*, *Actas do XIV Colóquio Ibérico de Geografia*, Guimarães: Departamento de Geografia da Universidade do Minho.
- TELES, V., CORREIA, A., ALVES, C., TORRES, R. (2014A) “A valorização do património natural. Novas narrativas do turismo através do geocaching”. *Actas do XIV Colóquio Ibérico de Geografia – “A Jangada de Pedra”: Geografias Ibero-Afro-Americanas*, APG e AGE, Universidade do Minho, Guimarães, p. 1523-1528.
- TELES, V., MALTA, P., CORREIA, A. (2015) “Geocaching, a caça ao tesouro no século XXI: travessias entre o virtual e o real ao encontro da educação para o desenvolvimento sustentável”. *Revista AmbientalMENTE Sustentável*, xulio-decembro, 2015, ano X, vol.II, núm. 20. ISSN: 1887-2417 (no prelo).
- TELES, V.; ALVES, A. (2012) “Novas especialidades nos trilhos do *geocaching*”. In VIEIRA, A., COSTA, F., REMOALDO, P. (Orgs), *Cidades, criatividade(s) e sustentabilidade(s)*, pp. 275-280. Guimarães: Departamento de Geografia da Universidade do Minho.
- VARTIAINEN, T.; TUUNANEN, T. (2013) “Co-creation of value for IT enabled services: a case of geocaching,” in *Proceedings of the 46th Annual Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS '13)*, pp. 1093–1102.
- VÍTEK, O. (2012) “Let’s Count with geocaching”. In Fredman P, Stenseke M, Liljendahl H, Mossing A, Laven D (ed). *Proceedings of the 6th International Conference on Monitoring and Management of Visitors in Recreational and Protected Areas*. Stockholm, Sweden. pp. 228–229.
- WANG, J.; CANNY, J. (2006) “End-user place annotation on mobile devices: A comparative study”. *Proc. CHI’06*, New York: ACM Press, pp. 1493–1498doi:10.1145/1125451.1125725
- WHITE-TAYLOR, J.; DONELLON, P. (2008) “Geocaching in Education”, *Society for Information Technology & Teacher Education International Conference*, 1, pp. 5340-5342.
- ZECHA, S. (2012) “Geocaching, a tool to support environmental education!? – An explorative study”, *Educational Research eJournal*, 1, 2, pp.177-188.
- ZENG, M. (2011) “Examining Geocaching practices through a Mobilities Lens”. *Proceedings of the Media Ecology Association*, 12, pp.113-122.



Fonte: <https://www.geocaching.com>

RevCEDÖUA

Abstracts

A diagnosis of the effectivity of citizen participation in municipal public administration.

This research is the result of a literature review raised on the subject and brings conceptual update on democratic participation in the formation and control of municipal strategic planning. Focuses on the main proposals to establish a performance competency evaluation metric of the various groups that make up the urban society, in order to ensure the effective contribution of reliability. These are complex issue which macro and micro factors of the government environment, social diversity, leadership styles and management maturity level strongly influence the environment in which we live. The aim of this study provide the broader context panorama that surrounds the subject and concepts that must be considered, as well as the possibilities for an improvement in the field and theme driving.

Keyword: Democratic and Participative Management; Municipal Strategic Planning; Assessment of Municipalities.

Pedro Luciano Colenci

*PhD student at the Environmental Science from the Federal University of São Carlos.
Researcher at the CNPq Research Group New Rights.*

Celso Maran de Oliveira

*Professor at the Department of Environmental Sciences of the Federal University of São Carlos.
Researcher leader at the CNPq Research Group New Rights.*

Fernanda Paula Oliveira

*Professor of the Faculty of Law of the University of Coimbra and
Researcher at the Institute for Legal Research (Research group "crisis, sustainability and citizenship ")*

Public Participation in Sustainable Marine Spatial Planning

If Public Participation in decision-making is widely accepted as an advantageous concept, how it can be operationalized is yet far from being a settled matter. When it comes to Marine Spatial Planning (MSP), the question is even more complex due to a different organization of property rights (if compared with Terrestrial Spatial Planning). Nevertheless, the matter has been a subject of interest of the European Union (EU) and also several Member States per se and an ecosystem-based approach presides the policies to be implemented in both. Due to the interdependency between resources and users, the success of such an approach largely depends on the engagement of stakeholders, which reflects different contexts and expectations. The answer seems to rely in the process of stakeholder analysis: identifying who should participate as well as when and how. Is the EU legislation enough and, especially, adequate for the promotion of Public Participation, taking into consideration the stakeholder analysis? And what to say when it comes to Member States? In this paper it is proposed an exercise of operationalization of Public Participation in MSP in general and it is presented an analysis of Public Participation in the EU MSP legislation, *e.g.* Directive (EU) 2014/89/EU establishing a framework for maritime spatial planning, as well as in two Member States MSP legislation (United Kingdom and Portugal), *e.g.* Marine Act, 2009 and Law n. ^o 17/2014, 2014, which reflects different approaches, stages in implementation and levels of public engagement.

Keywords: Public Participation; Marine Spatial Planning; Aarhus Convention; Citizenship; Ecosystem-Based Approach

Inês Roncha

*LL.M. International and European Union Law, University of Coimbra, 2015
Trainee - Ministry of Foreign Affairs, Portugal, Sept. 2015-present*



Sustainable public procurement in Brasil.

The discussion of sustainable public procurement, given its importance in inducing socially and environmentally desirable behavior, requires a broad debate, able to report the timely arrival of new perspectives together with the breaking of some paradigms enshrined in contractual harvest, all with the fulcrum to show the perfect legal feasibility of adopting procedures endowed with sustainability criteria and rules within the framework of public procurement.

Keywords: sustainable public procurement; State power purchase; State as inducing agent; sustainability.

André Luís Vieira

PhD student (Public Law) at the Faculty of Law of the University of Coimbra.

International Environmental Law (IEL) and Environmental International Law (EIL): The New Actors In the Scene

Traditionally, at the international level, discussions on global issues are based on the legal regime as the main tool for solving environmental problems and commitments for the management of natural resources. In this scenario, the central element of international society are sovereign states, legitimated actors participating in conferences, contribute for the development of treaties, and present claims before international Courts. This scenario reflects the framework of International Environmental Law (IEL), classical discipline of law, barely using systemic analysis as a method for resolving environmental conflicts.

Given the failure of this legal discipline to face the highly complex global problems, the Environmental International Law (EIL) emerges. Having peculiar principles and characteristics, the EIL deals with global environmental problems beyond legal systems. It is based on a structure that incorporates other sciences, new actors and new tools. In this perspective, this paper aims to discuss the differences between IEL and EIL, clarifying the evolution (or transformations) occurred. Given the urgency of solving environmental problems, the article argues the contribution of new players to the dynamics of International Environmental Law. Based on a cooperative and multilateral approach, this emerging branch of law incorporates a new form of global environmental governance for sustainability.

Keywords: IEL. EIL. Environmental governance. New actors.

Deise Marcelino da Silva

*Professor LLM in Personality Rights by the University Center of Maringá – UNICESUMAR.
PhD student in International Environmental Law at the Catholic University of Santos.*

Fernando Rei

Professor at the Doctoral Program in International Environmental Law of the Catholic University of Santos and Scientific Director of the Brazilian Society of International Environmental Law.

Últimas Aquisições
Bibliográficas

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE

O ambiente na Europa: estado e perspectivas 2015: relatório síntese / Agência Europeia do Ambiente. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. <http://dx.doi.org/10.2800/9631>
ISBN 9789292135621

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE

The european environment: state and outlook 2015: assessment of global megatrends/ European Environment Agency. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. <http://dx.doi.org/10.2800/236936>
ISBN 9789292135348

AGOSTINHO, Luís Otávio Vincenzi de

Retrocessos no novo código florestal: análise das mudanças relativas às áreas de preservação permanente e reserva legal / Luís Otávio Vincenzi de Agostinho; pref. Pietro de Jesús Lora Alarcón. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
ISBN 9788537523322

BOODTS, Michiel

Les aspects urbanistiques, environnementaux et financiers des stades de football lors de l'EURO 2000 en Belgique et Pays-Bas / Michiel Boodts. Almedina, 2004. - p. [93]-[179]. Sep. de: Os Estádios do Euro 2004: aspectos financeiros, urbanísticos e ambientais.

CARVALHO, Edson Ferreira de

El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil / Edson Ferreira de Carvalho, Encarnación Fernández. - Bilbao: Universidad de Deusto, 2015. (Cuadernos deusto de derechos humanos; N. 79).
ISBN 9788415759577

CEDOUA 20 ANOS

CEDOUA 20 anos: pessoas, atividades, números e imagens: 1994-2014 / [apresent. Fernando Alves Correia]. - Coimbra: CEDOUA: Instituto Jurídico, 2014.

CENTRO EUROPEU PARA O DESENVOLVIMENTO DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL

Green skills and innovation for inclusive growth / European Centre for the Development of Vocational Training, OECD. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015 (CEDEFOP).

<http://dx.doi.org/10.2801/059977>

ISBN 9789289618830

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

LIFE and freshwater fish / European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. (Environment, 1725-5619).

<http://dx.doi.org/10.2779/534632>

ISBN 9789279440267

wCOMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

LIFE and invasive alien species / European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.

<http://dx.doi.org/10.2779/14209>

ISBN 9789279383069

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

LIFE and climate change mitigation / European Commission. Directorate-General for the Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. <http://dx.doi.org/10.2779/59744>

ISBN 9789279439469

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Nature watch: o voo dos groux / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015.

<http://dx.doi.org/10.2779/47893>

ISBN 9789279408922

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Política Regional e Urbana

Guide to cost-benefit analysis of investment projects: economic appraisal tool for Cohesion Policy 2014-2020 / European Commission. Directorate-General for Regional and Urban Policy. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015.

<http://dx.doi.org/10.2769/97516>

ISBN 9789279347962

COSTA, Maria de Assunção

Comentários à lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997 / Maria d'Assunção Costa; pref. Marilda Rosado. - 2ª ed., rev. e atualizada. - São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ISBN 9788522454549

MORENO, Natália de Almeida

Smart grids: modelagem regulatória de infraestruturas / Natália de Almeida Moreno. - Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2015. Orig. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Administrativo), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Suzana Tavares da Silva.

ISBN 9788568483121

OLIVEIRA, Fernanda Paula

Direito do urbanismo: do planeamento à gestão / Fernanda Paula Oliveira. - 2ª ed. - Braga: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2015.

ISBN 9789899936645

OLIVEIRA, Fernanda Paula

Notas e comentários à revisão do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial de 2015 / Fernanda Paula Oliveira. - Coimbra: Almedina, 2015. (Monografias).

ISBN 9789724061139

PIZZANELLI, Giovanna

La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali / Giovanna Pizzanelli. - Milano: Giuffrè Editore, 2010.

(Università degli studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di diritto per l'economia. Studi della sezione di diritto pubblico dell'economia; 10).

ISBN 8814156034

PLANO DE GESTÃO

Plano de gestão: centro histórico de Porto património mundial / Management plan: historic centre of Porto world heritage / ed. Câmara Municipal do Porto; coord Porto Vivo, SRU. Porto: Câmara Municipal, 2010.

ISBN 9789899686274

PORTUGAL. Leis, decretos, etc.

Legislação básica das autarquias locais / António Cândido de Oliveira, Rui Duarte Rocha. - Braga: AEDRL - Associação de Estudos de Direito Regional e Local, 2015.

ISBN 9789892054322

REISDORFER, Guilherme F. Dias

Direito urbanístico contratual: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana / Guilherme F. Dias Reisdorfer. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. Orig. dissertação de mestrado apresentada à Univ. de São Paulo em 2013, sob orientação Floriana de Azevedo Marques Neto.

ISBN 9788584400683

ROCHETTE, Gustavo Marques

O mercado ibérico de energia: o mercado de derivados energéticos e as implicações do Real Decreto 216/2014 em Portugal / Gustavo Marques Rochette. Coimbra 2014. - 1 disco óptico electrónico (CD-ROM); Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL "REPENSAR PORTUGAL NA EUROPA: PERSPECTIVAS DE UM PAÍS PERIFÉRICO", Lisboa [2002].

Repensar Portugal na Europa: perspectivas de um país periférico: actas [do] Seminário Internacional / coord. Carminda Cavaco. - Lisboa: Centro de Estudos Geográficos. Univ. de Lisboa, 2002.

ISBN 9726361354

TONNERA JÚNIOR, João

Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos sociais / João Tonnera Júnior. - Coimbra: [s.n.], 2015. (CD-ROM) - Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas/menção em Direito Constitucional.

VERSUS

Versus: heritage for tomorrow: vernacular knowledge for sustainable architecture / ed. Mariana Correia, Letizia Dipasquale, Saverio Mecca. - Firenze: Firenze University Press, 2014.

ISBN 9788866557418

VERSUS

Versus: lessons from vernacular heritage to sustainable architecture = leçons du patrimoine vernaculaire pour une architecture durable = lezioni dal patrimonio vernacolare

per l'architettura sostenibile = contributo do património vernaculo para a arquitectura sustentavel = lecciones del patrimonio vernaculo para una arquitectura sostenible / ed. ENSAG/CRAterre... et al.]; [coord. Mariana Correia]. - [Grenoble]: CRAterre-ENSAG, 2014. ISBN 9782906901780

WINTER, Gerd

Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia / Gerd Winter; org. Paulo Affonso Leme Machado, Sandra Akemi Shimada Kishi; trad. Carol Manzoli Palma. - Campinas: Millennium Editora, 2009.

ISBN 9788576251903

RevCED^ÖUA

N.º 37 _ Ano XIX _ 1. 16

Próximo número

Tema:
Terra prometida e ondas gravitacionais - os buracos negros das mudanças climáticas

> Doutrina

> Jurisprudência

> Recensões

> Dossier

> Abstracts

> Últimas Aquisições Bibliográficas

Recomendações sobre apresentação de textos para publicação na RevCEDOUA

A RevCEDOUA publica textos originais, jurídicos ou de carácter transdisciplinar, redigidos em língua portuguesa, castelhana, francesa ou inglesa.

As propostas de publicação deverão ser enviadas em formato de texto editável, juntamente com o curriculum académico, afiliação institucional e contactos, por correio eletrónico (cedoua@fd.uc.pt) ou por correio normal (CEDOUA – Secretariado da RevCEDOUA Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 3000 545 Coimbra, PORTUGAL (Tel: 239 824 958 /239 833 451 ou 239 834 572 Fax: 239 826 481).

Os textos serão apreciados pelo Conselho Coordenador que informará o autor da decisão de publicação ou da sua recusa fundamentada.

O Conselho Coordenador poderá ainda sugerir ao autor a revisão do trabalho como condição de publicação. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos autores.

A extensão dos textos propostos para publicação depende da secção da revista em que se inserem. Embora se aponte uma extensão tendencial, indicada em palavras, são admissíveis variações de cerca de 50% para mais ou para menos em relação aos valores de referência. Excecionalmente, o Conselho Coordenador poderá autorizar a publicação de textos de maior ou menor extensão.

Doutrina - 7000 palavras.

Jurisprudência - 3000 palavras.

Recensões - 3000 palavras.

Dossier - 3000 palavras.

Os textos da secção de doutrina devem ainda ser acompanhados de um sumário em forma de texto com cerca de 100 palavras, uma lista de cinco palavras-chave e um resumo em inglês (abstract) ou em português (destinado a tradução pelo Conselho Coordenador da Revista) que não exceda 250 palavras.

Os textos para o dossier serão acompanhados de fotos, mapas, quadros ou grafismos com resolução suficiente para permitir a sua publicação.

A publicação na RevCEDOUA dará lugar à oferta de alguns exemplares da revista em que se insere o trabalho apresentado (cinco exemplares, no caso de artigos doutrinários individuais; dois exemplares, no caso de artigos coletivos e dois exemplares, nas restantes secções).

CUPÃO DE ASSINATURA

Nome

Morada

Cód. Postal - Localidade

Telefone Nº Contribuinte

Profissão

Email

Assinale com uma cruz a opção desejada:

Sim, desejo assinar a revista REVCEDOUA durante um ano (2 fasc.), pelo valor de:

	Assinatura	Portes	Total
<input type="checkbox"/> Portugal Continental, Açores e Madeira	24 €	3 €	27 €
<input type="checkbox"/> Europa CE	24 €	8 €	32 €
<input type="checkbox"/> Guiné, Cabo Verde, S. Tomé, Macau, Timor-Leste	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países da CPLP	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países	25 €	12 €	37 €

para o que envio cheque / vale postal n.º _____
s/ Banco _____

no valor de |_|_|_|_|_|_|_|_|_|_| à ordem de: Livraria Almedina

2 Números Avulso €29,32

Assinatura (2 números/ano) €27 (desconto de 7,91%)
com IVA e despesas de envio incluídos

Aquisição de números anteriores da REVCEDOUA

Desejo adquirir a assinatura da revista REVCEDOUA (2 números) do(s) ano(s) _____

DATA - -

ASSINATURA

Pode consultar a REVCEDOUA na Internet no endereço: www.cedoua.fd.uc.pt
e/ou solicitar mais informações pelo correio eletrónico: rcedoua@fd.uc.pt
CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 Coimbra
Tel. +351. 239 833 451 / 239 834 572 Fax +351. 239 826 481

VAD - Vendas à Distância - Armazém Central Almedina - Lote 2
Zona Industrial de Eiras - 3020-265 Coimbra
Tel. 239436268 / Tlm. 916286078
Email: particulares@almedina.net; lserrano@almedina.net

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

Nome

Email

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

DATA - -

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS / SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ¹	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

¹ REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

· Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.

· Remeter a ADC para:

EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.

· Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita

· Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efetuadas.

· Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)

· Dos pagamentos que vierem a ser efetuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos eletrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Tel.: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

