

RevCEDÖUA

N.º 20 Ano X 2. 07

> Doutrina

La Nueva Regulación Legal del Suelo en España

José Luis Meilán Gil

A Proteção do Meio Urbano e do Meio Ambiente através da ação Popular Contencioso-Administrativa na Espanha

Dolores Rego Blanco

Rainbow, um exemplo mundial: a primeira área marinha protegida nacional em perspectiva sob águas do alto mar. A descoberta do tesouro do arco-íris

Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro

O «Verde» na Preocupação do Direito Internacional Humanitário

Márcia Mieke Morikawa

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

Thierry Tanquerel

> Jurisprudência

> Recensões

> Dossier

> Summaries

> Últimas Aquisições Bibliográficos

> Índice Ideográfico

20.

RevCEDÖUA

Doutrina

La Nueva Regulación Legal del Suelo en España

Resumo

La nueva regulación legal del suelo en España es la primera ley en la que se aborda el urbanismo español como “un conjunto orgánico”, y con una visión de conjunto de todo el territorio del Estado.

Una innovación fundamental de la nueva ley es el rechazo de la clasificación del suelo que ha venido existiendo en las sucesivas leyes del suelo, pero la clasificación del suelo que, por el abandono de la ley, se ha dejado a la exclusiva competencia de las comunidades autónomas no dejará de plantear problemas respecto de su reconducción a las situaciones básicas del suelo.

1. La Ley 8/2007 en la evolución de la legislación urbanística

La ley 8/2007 de 28 de mayo es la quinta ley, sin tener en cuenta textos refundidos y reformas puntuales, que se aprueba en materia de urbanismo desde la primera de 12 de mayo de 1956 en la que se aborda el urbanismo español, por primera vez, como “un conjunto orgánico”, según expresión contenida en el principio de su exposición de motivos, y con una visión de conjunto de todo el territorio del Estado.

Se pretendía con esta ley superar aproximaciones anteriores en el siglo XIX y en el mismo siglo XX, limitadas en cuanto a sus objetivos y circunscritas al ámbito local, fundamentalmente municipios: leyes de ensanche de las poblaciones (1864 y 1876), de saneamiento y mejora interior de las grandes poblaciones (1895), precedida por una regulación específica en la ley de expropiación forzosa de 1879 de la reforma interior de las grandes poblaciones; de solares (1945) y preceptos de la legislación sobre régimen local (1924 y 1955)¹.

Al período preconstitucional, correspondiente a un Estado marcadamente centralista, corresponde también la ley de 2 de mayo de 1975 que reformó la anterior y el texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril.

Sin entrar en su análisis, el ámbito de esta legislación preconstitucional se mantiene incluso en la primera ley promulgada después de la entrada en vigor de la Constitución, la ley 8/1990 de 25 de julio, que se corresponde al Estado compuesto –autonómico– como evidencia la aprobación del texto refundido de todas las disposiciones hasta entonces vigentes, que se aprobó por Real Decreto legislativo 1/1992 de 26 de junio, y la comparación de los artículos 2 de los textos legislativos de 1956-1976 y 1990-1992.

¹ Cfr. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

En el primer caso, se dice que la actividad urbanística se refiere al planeamiento urbanístico, régimen urbanístico, ejecución de las urbanizaciones, fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación. En el Texto de 1992 se habla de planeamiento urbanístico, ejecución del planeamiento, intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación, intervención en la regulación del mercado del suelo.

La discutida STC 61/1997 de 20 de marzo² declaró inconstitucional en su mayor parte la Ley de 1990 y texto refundido de 1992 sobre régimen del suelo y ordenación urbana por considerar que invadía competencias de las Comunidades autónomas. Dado que la inconstitucionalidad se fundaba en razón de competencia, la sentencia hizo revivir preceptos que procedían de la legislación preconstitucional asumida en el texto refundido de 1992³.

El urbanismo –como la ordenación del territorio– es competencia de las Comunidades autónomas ex artículo 148,1,3^o de la CE. Por tal ha de entenderse, según el TC “las políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuando y donde debe surgir o desarrollarse los asentamientos humanos y a cuyo servicio se dispone las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo (fco.6)”. Pero el urbanismo, según la misma doctrina del Tribunal Constitucional, no se identifica con el Estatuto de la propiedad urbana, en tanto que el Estado, en virtud del artículo 149,1,1^o ha de garantizar la igualdad en las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social⁴.

Dejando ahora el análisis de la interpretación que realiza la sentencia de esa competencia del Estado sobre la igualdad, manifestada en otras anteriores (STC 56/1986 y 149/1991), a los efectos de lo que aquí interesa, es que coexiste con la competencia de las Comunidades autónomas sobre el urbanismo.

Esa doctrina es aceptada por los legisladores posteriores. Así la ley 6/1998 de 13 de abril sobre régimen de suelo y valoraciones, refleja en su título, en el que no figura la referencia a la ordenación urbana, las consecuencias de la citada sentencia⁵. La nueva ley obedecía al propósito de evitar la inseguridad jurídica que se había producido por la amplia anulación del texto anteriormente vigente. Pero también, y a ello se alude expresamente en su exposición, a una nueva orientación de la política socio-económica, consecuencia de la alternancia en el gobierno.

Para consolidar su posición, el legislador se funda en otros preceptos constitucionales diferentes del citado a la igualdad, como el de bases y coordinación general de la actividad económica (art. 149,1,13^o), legislación civil (art. 149,1,8a) aunque el Tribunal constitucional reconoce que no puede fundarse en ese título toda propiedad⁶, legislación sobre expropiación forzosa y responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 149,1,18^o) y

² Fue calificada como un “bombazo” o “tornado” y otras expresiones análogamente críticas por un importante sector de la doctrina científica. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI”, *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, M. Pons, 1998, p. 11.

³ También vigencia como derecho supletorio con diferente intensidad tienen los Reglamentos de Planeamiento, Gestión urbanística y Disciplina urbanística de 1978.

⁴ La función social delimita el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con las leyes (art. 33 CE). Cfr. STC 37/1987.

⁵ La Ley 6/1998 fue declarada conforme a la Constitución por STC 164/2001, salvo dos artículos 16,1 y 38, por contener una regulación excesivamente concreta, en contra el carácter de mínimo que debe tener la legislación estatal básica.

⁶ La propiedad ha dejado de ser después de la Constitución “núcleo de la legislación civil según la citada sentencia. La STC 170/1989 de 19 de octubre (f.jco. 8) recuerda que los poderes públicos deben delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes”. Se corresponde esta aproximación constitucional con el carácter estatutario de la propiedad del suelo que se mantiene desde la preconstitucional ley de 1956.

legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149,1,23^a), los mismos que había utilizado el legislador de 1990-92.

El contenido urbanístico, en sentido estricto, es acogido por la legislación de las diecisiete Comunidades autónomas. En algunos casos por vía de urgencia, aceptando sin más el Derecho estatal anulado por la sentencia y aprobando medidas transitorias⁷. El resultado es que en esta materia el Estado compuesto se ha convertido en un Estado complejo.

La Ley 8/2007 se apoya en los mismos títulos competenciales que al Estado proporciona la Constitución, pero se separa de la anterior ley -y en realidad de toda la tradición legal anterior que critica en la exposición de motivos- al declarar con especial énfasis que

“se prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, y se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico y para facilitar a los ciudadanos la comprensión de este marco común. No es ésta una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado. Una Ley, por tanto, concebida a partir del deslinde competencial establecido en estas materias por el bloque de la constitucionalidad que podrá y deberá aplicarse respetando las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo”.

Se prescinde de “la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento” que se califica de técnica urbanística, “por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad”, aunque la crítica a continuación. Lo cierto es –por utilizar las mismas expresiones de la ley- que la clasificación del suelo en una ley estatal fue declarada como constitucional por la STC 61/1997 (f.jco 14 y 15) en relación con la ley de 1990 y texto refundido de 1992, de un gobierno socialista, y por la STC 164/2001 en relación con la Ley 6/1998 de un gobierno del opositor partido popular.

La nueva ley procura extraer consecuencias de la lectura de preceptos contenidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución sobre principios rectores de la política social y económica que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En concreto, el artículo 45,1^º

“Todos tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

Y el artículo 47

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”

⁷ Cfr. J.L. MEILÁN y A. FERNÁNDEZ., “La ley del suelo de Galicia y la legislación del Estado”, RDU y MA, núm. 71 (1999) p. 850.

En ese sentido se proponen tres estatutos subjetivos básicos.

1º) el de la ciudadanía en general, en relación con el suelo y la vivienda, con sus derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental;

2º) el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 33 de la CE “dentro de la economía de mercado” que se concretará en la afirmación de que la urbanización es un servicio público y no forma parte, por tanto, del derecho de propiedad;

3º) el régimen estatutario de la propiedad del suelo, vinculado a concretos destinos, en relación con lo cual el legislador alude a la clasificación del suelo que previamente había declarado rechazar, y manifiesta, de acuerdo con lo anteriormente sustentado, que la previsión de edificabilidad “por sí misma no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo”.

La ley no viene forzada por una orientación realmente diferente en cuanto a la distribución de competencias estatales y autonómicas. El cambio de orientación es más ideológico, correspondiendo a la alternancia en el gobierno. Aunque no sea fundamental, el propio título de la ley, que no es el tradicional **del** suelo, sino **de** suelo es revelador de esa voluntad de diferenciarse.

2. Estatuto de ciudadanía y transparencia

Desde su comienzo la ley pone un énfasis especial en la perspectiva constitucional desde la que quiere enfocar la materia, inexcusable en cualquier regulación en la misma, pero que en ésta figura de un modo ostensible.

El artículo primero, relativo al objeto de la ley, es una muestra inequívoca de esa orientación. No se trata de la ordenación urbanística (1956), de la propiedad urbanística (1990). No le es suficiente el contenido en la ley de 1998: “contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional”.

Su redacción, no obstante, es equivalente a la de la ley que deroga, poniendo en primer término y generalizando su frase final: “las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio nacional”. Entre esos derechos y deberes se quiere subrayar la importancia de lo medioambiental.

Se pretende con esta redacción en el inicio de la ley, como ha comentado uno de sus intérpretes cuasiauténticos, subrayar que el destinatario primario de la ordenación territorial y urbanística ya no es el propietario del suelo, sino el ciudadano “ordinario” y también el ciudadano “cualificado” en cuanto propietario del suelo y eventualmente empresario⁸. Como habrá ocasión de analizar más adelante, no se trata de una cuestión de estética del lenguaje, arropado en la solemnidad de la Constitución, sino de reducir la posición del propietario, no ya en relación con la Administración Pública, en cuanto servidora eficaz del interés general, sino también de otros particulares que la ley cualifica expresamente.

Los derechos y deberes de los ciudadanos ordinarios y cualificados que se contienen en los artículos 4, 5 y 6 de la ley son un eco y concreción de lo establecido en la Constitución, o referidos en otras leyes.

Así sucede con el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) a lo que se añade que sea accesible, cuya ambigüedad permite interpretarla tanto en sentido físico

⁸ Cfr. L. PAREJO, *Comentarios a la ley del suelo*, Iustel, Madrid, 2007, p. 77.

como económico⁹, aunque al decirse que sea “concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas” parece referirse más bien al primero. Esa concreción viene determinada por otra ley¹⁰ y en todo caso podría entenderse como una obligación inherente a la legislación de vivienda o construcción.

Se pone un especial acento en considerar la vivienda no “como un bien de inversión, sino como bien de uso, en particular para residencia habitual”, no como cosa, sino como habitat¹¹. En ese sentido, el artículo 4 se refiere a que la vivienda constituye el domicilio del ciudadano que esté “libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un ambiente y paisaje adecuados”. Propositiones, sin duda plausibles, que hermocean el texto con discutible necesidad de ser reiteradas¹².

Los preceptos contenidos en los artículos 2 (principios de desarrollo territorial y urbano sostenible) y en los que figuran los derechos (art. 4) y deberes (art. 5) de los ciudadanos pertenecerían a lo que podría denominarse con la terminología del Derecho comunitario como soft law, son “recordatorio de situaciones subjetivas dispersas en el ordenamiento jurídico”¹³, remisiones a lo establecido en la legislación aplicable.

Así sucede con las recomendaciones de propiciar el uso racional de los recursos naturales, con armonización de “los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación” (art. 2).

Lo mismo acontece con el deber de “respetar y contribuir a preservar al medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano o cumplir con lo establecido en la legislación sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas”, cuya primera regulación proviene, nada menos, que de 1961.

Se pone un especial énfasis en el derecho a la información proponiendo “un sistema integrado” con el fin de “promover la transparencia (disposición adicional primera) poner a disposición de los ciudadanos copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, debidamente actualizados (disposición adicional novena)”. Se remite a la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, el ya existente derecho de consulta, con obligación de contestar en un plazo no superior, en principio, a tres meses, con posibilidad de incurrir en responsabilidad en casos de incumplimiento (artículo 6,b) que se reconoce también en casos de aprobación de instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticas iniciados por los particulares (artículo 11,4).

Se atribuye al pleno municipal de los Ayuntamientos la aprobación inicial y la que ponga fin a la tramitación de los planes y demás instrumentos de ordenación –la definitiva suele corresponder a la Comunidad autónoma– así como de los convenios y se refuerza la incompatibilidad de los representantes locales.

Se reconoce el derecho a la participación en los procedimientos relativos a instrumentos de ordenación y ejecución urbanísticos, y de su evaluación ambiental. Poco se añade, como el informe de sostenibilidad económica en la documentación urbanística, y en algún caso se reproduce lo existente en la ley derogada, como lo relativo al derecho de iniciativa

⁹ Cfr. PAREJO, op.cit., p. 101.

¹⁰ Ley 51/2003 de 2 de diciembre, promovida por el gobierno anterior.

¹¹ Cfr. Testimonio del Director General de Urbanismo y Política del suelo, M. VAQUER, op. cit., p. 22.

¹² Antes de esta ley la STC 119/2001 admitió el exceso de ruido como vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio reconocidos en el artículo 18,1 y 2 CE con referencia a los artículos 10 y 45 CE (medio ambiente) y sentencias del TEDH. En el mismo sentido SSTS de 12 y 26 de noviembre de 2007 y otras allí citadas.

¹³ F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción al Derecho urbanístico*, 2ª ed., M. Pons, Madrid, 2007, p. 83.

de los particulares para ejecutar la urbanización. La propia ley reconoce que en materia de expropiaciones y responsabilidad se recogen “sustancialmente” las mismas reglas que contenía la Ley de 1998.

Si fuera sólo por todo eso quizá no estaría justificada una nueva ley, bastando la reforma de la existente. Ha dado pie, para que en la doctrina científica se hable de un “catálogo de buenas intenciones”¹⁴ o con mayor crudeza crítica de “retórica, que como hojarasca, hay que apartar de inmediato”¹⁵.

Otras son las cuestiones de mayor calado que suponen un cambio importante de la ley respecto de la tradición legislativa anterior. Tienen que ver con puntos tan fundamentales como las denominadas “situaciones básicas del suelo” y su valor y con el contenido del derecho de propiedad y la función pública en la urbanización.

3. Situaciones básicas del suelo

Una innovación fundamental de la nueva ley es el rechazo de la clasificación del suelo que ha venido existiendo en las sucesivas leyes del suelo, incluidas las aprobadas después de la Constitución de 1978. La exposición de motivos de la ley justifica tal omisión aduciendo que “la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento –como se venía haciendo en las leyes- es una técnica urbanística, por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad”.

La explicación parece residir en el respeto a la competencia de las Comunidades autónomas sobre el urbanismo, pero no es correcta, porque el Tribunal Constitucional no anuló los preceptos de la Ley de 1990 sobre clasificación, ni tampoco los de la Ley de 1998. En realidad no se trata de una omisión, sino de un auténtico rechazo porque a la clasificación se atribuye haber contribuido a “la inflación de los valores del suelo” cuestión unida reiteradamente a la especulación. Otra es la razón y tiene que ver, precisamente, con la nueva valoración que introduce la ley.

El cambio es profundo al prescindirse de un elemento que se ha reconocido clave, como decía la exposición de motivos de la ley de 1975, “para la determinación del régimen jurídico aplicable a los terrenos y para la regulación del proceso de desarrollo urbano”.

Para la STC 61/1997 la clasificación del suelo “es presupuesto de la misma propiedad del suelo”. Sin ella “no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana”, competencia reservada al Estado “puesto que constituye la premisa, a partir de la cual se fijan tales condiciones básicas”. Más aún, en ello tendría razón de ser la equivalencia de las clases de suelo reguladas por la legislación urbanística, de competencia autonómica a que se refiere el artículo 7 de la Ley de 1998.

Las clases de suelo –urbano, urbanizable y no urbanizable- se han mantenido hasta la presente ley desde 1976, con algunas matizaciones. En la Ley de 1990 dentro del urbanizable se distinguía el programado y no programado, si el planeamiento parcial, de desarrollo del general, debía o no ser aprobado en un plazo previsto. Esta subdivisión fue eliminada en la ley de 1998 pasando el suelo no urbanizable a tener un carácter residual, de acuerdo con la orientación liberalizadora.

En leyes autonómicas como la ley de Galicia 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural, dentro del suelo urbano se distingue el consolidado -solares o parcelas que mediante obras accesorias y de escasa entidad pueden constituirse en solares aptos para la edificación- y no consolidado. El suelo no urbanizable

¹⁴ F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵ T. R. FERNÁNDEZ, “La nueva Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo: valoración general” *RAP*, núm. 174 (2007) p. 66.

se denomina rústico y se reconoce una clase de suelo nuevo, de núcleo rural, de acuerdo con el peculiar asentamiento de la población.

De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se desprende inequívocamente que no era obligado el abandono de la clasificación del suelo por el legislador de 2007, que se mantiene en las leyes autonómicas. Se ha hecho para justificar el cambio de orientación en cuanto al meollo de la cuestión, que no es otro que la valoración del suelo.

El propio preámbulo revela el propósito del legislador. Lo que importa es “fijar los criterios de valoración del suelo”. Y se sostiene que

“la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos y, por ende, ha fomentado las prácticas especulativas”.

La nueva ley, en lugar de clases o categorías de suelo¹⁶, habla de “situaciones básicas del suelo”, que reduce a dos. “Todo el suelo -dirá- se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado” (artículo 12.1). Ha desaparecido toda referencia al suelo urbanizable, pieza clave de la Ley del 98.

En la exposición de motivos se desvincula el suelo de lo que podría denominarse dinamismo del planeamiento, lo que tendría consecuencias en la valoración del suelo, al eliminar las expectativas que aquel pudiera generar. De este modo lo justifica la Exposición de motivos de la Ley:

“En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual -rural o urbana-, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste. En cuanto a lo segundo, sienta el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta”.

Se ha procurado con ello “la separación del estatuto de la propiedad y la promoción”¹⁷, como habrá ocasión de analizar más adelante.

Para el cabal entendimiento parece preferible iniciar la exposición por el **suelo urbanizado**, que no se corresponde a la clase de urbano recogida hasta ahora y aceptada en la legislación autonómica, como la Ley 8/2002 de 30 de Galicia, con las categorías de consolidado o con vocación de solar y no consolidado, necesitado de procesos de urbanización.

¹⁶ Aunque a veces se le escapa referirse a la clasificación como un elemento conforme al cual ejercen las facultades que integran el derecho de propiedad del suelo (artículo 8,1).

¹⁷ Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH. “La incidencia de la tipología suelo urbanizado-suelo rústico de la Ley 8/2007 sobre la clasificación de suelo establecida por las leyes autonómicas. Incidencia sobre el régimen jurídico del suelo urbano, urbanizable”, RDU y MA, num. 237 (2007), pp. 73 y ss.

Utilizando como elemento de muestra la citada ley, se clasifican como suelo urbano los terrenos integrados en la malla urbana que cuente con acceso rodado público, servicios de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y subadministración de energía eléctrica, o aún careciendo de esos servicios estén comprendidos en áreas ocupadas por la edificación al menos en dos terceras partes (art. 11).

El suelo urbano consolidado está integrado por solares -superficies legalmente divididas y aptas para edificar que cuentan además con acceso por vía pública pavimentada y alumbrado público- o por parcelas que puedan adquirir esa condición mediante obras accesorias y de escasa entidad que pueden ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción (art. 12).

La situación básica de suelo urbanizado es más restrictiva: es el integrado en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población –a determinar por la legislación autonómica- no sólo de una manera efectiva, sino también legal. “Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de la conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento” (art. 8,3). La ley contiene una referencia a la peculiaridad de “los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural”, como es el caso de Galicia, que dan lugar a una clase de suelo.

La falta de equiparación es clara y tendrá repercusión en el régimen de la propiedad.

Los terrenos que no reúnan esas condiciones se encontrarán en la situación de **suelo rural**, en el que se distinguen dos supuestos. El primero podría calificarse como no susceptible de urbanización y sería equivalente a la clase de suelo no urbanizable de la ley 1998 o rústico de la ley gallega de 2002.

En definitiva terrenos que, por diferentes motivos, deban ser preservados de los procesos de desarrollo urbanístico. Es ahora objeto del apartado a del artículo 12:

“el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística”.

El otro supuesto de la situación de suelo rural se contiene en el apartado b del mismo artículo

“El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización”.

Se correspondería con la clase de suelo urbanizable. Los términos “prevean o permitan” son significativos para esa correspondencia.

El dualismo es claro, y por sí no fuera suficiente con lo transcrito, el apartado c concluye con “y cualquier otro que no reúna los requisitos” del suelo urbanizado. Todo lo que no es urbanizado, podría concluirse, es rural. Por consiguiente, en una interpretación estricta, conforme a la literalidad y contundencia de la regulación de la Ley 8/2007, en la situación

de suelo rural se encontrarían las clases de suelo urbanizable y urbano no consolidado, ya que no pueden estar en la condición de urbanizado “hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización”.

Se ha defendido¹⁸ la innovación de la Ley 8/2007, desde un punto de vista lógico, porque obedece a un único criterio –objetivo o fáctico- a diferencia de la clasificación de suelos que utiliza criterios heterogéneos: el fáctico para suelo urbano y no urbanizable rústico y el del destino, para el suelo urbanizable. Mas allá de ese purismo lógico lo que se revela es un diferente criterio de valoración y, por tanto, de derechos posibles de los propietarios del suelo.

4. La valoración del suelo

La valoración del suelo en la Ley de 2007 pasa por su desvinculación de la clasificación del mismo¹⁹ como reconoce explícitamente su exposición de motivos y justifica, más allá de planteamientos teórico-dogmáticos, la opción adoptada de definir las dos situaciones básicas antes expuestas. Estas reflejarían una “situación real del suelo y no su destino”.

De varias maneras se insiste en la idea y sus consecuencias. “Debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto”, calificado de un modo absoluto. De lo que se trata es de excluir de la valoración lo que considera “meras expectativas generadas por la acción de los poderes públicos”.

Del alcance de esa actitud de la ley da cuenta el artículo 22,2. Al referirse a la valoración en el suelo rural dice con claridad que no podrán –en ninguno de los casos- considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aun plenamente realizados.

La expresión es rotunda y no admite gradación alguna en cuanto a la proximidad o lejanía temporal respecto de la culminación de la urbanización exigida para la consideración de suelo urbanizado.

De acuerdo con estas expresiones y la definición de lo que es situación de suelo urbanizado, resulta que el suelo urbano no consolidado, así clasificado en las legislaciones autonómicas, pasaría a ser valorado como suelo rural. El problema es serio, como se reconoce por autor favorable a las nuevas situaciones básicas del suelo y no se resuelve, como se sugiere, con una posible aclaración en un futuro texto refundido²⁰.

Se prescinde no ya de la aptitud de un suelo para llegar a la situación de urbanizado, sino también, en principio, de la mayor o menor cercanía respecto de esa situación de destino en un proceso de urbanización en ejecución. La posición adoptada por la ley es paradigmática en cuanto al suelo consolidado, pero es también extensible al urbanizable delimitado. Conceptualmente será defendible, pero resultará difícil erradicar o cambiar arraigadas convicciones de propietarios de suelo y admitir que ninguna expectativa sea considerada a efectos de su valoración. El mercado del suelo obviamente no es perfecto, pero prescindir de él resulta utópico²¹, incluso para el propio legislador.

¹⁸ Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit., loc. cit.*, p. 71.

¹⁹ Crítica en T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit., RAP*, núm 174 (2007), p. 69 para quien, en contra de lo sostenido en la ley, “desvincular clasificación y valoración del suelo es algo materialmente imposible”.

²⁰ Cfr. A. MENÉNDEZ REIXACH, *op. cit., loc. cit.*, p. 79.

²¹ Cfr. T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit., loc. cit.*, p. 69: “La ley puede decir lo que quiera, pero, diga lo que diga, todo plan de ordenación urbana tendrá que precisar por dónde se va a extender la ciudad, por dónde van a prolongarse los sistemas generales que conforman su esqueleto. Y desde el momento en que lo diga el mercado se moverá inevitablemente en esa dirección, valorando más los terrenos situados en ella. No hay modo de evitarlo”. También en sentido crítico, J. GONZÁLEZ PÉREZ (dir), *Comentarios a la ley del suelo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid 2007, pp. 996-97.

Está por ver la dificultad que supondrá la ley para las Comunidades autónomas. El cambio radical se manifiesta en la disposición transitoria de la ley que deja en evidencia la diferente valoración de la ley respecto de la anterior. Aquella es de aplicación en los expedientes que se inicien a partir de la entrada en vigor de la ley, que no tiene efectos retroactivos. Para los terrenos que formen parte del suelo urbanizable incluidos en ámbitos delimitados se aplicarán las reglas de valoración de la Ley 6/1998 que prioritariamente depende del “aprovechamiento que le corresponda del valor básico de repercusión en polígono, que será el deducido de las ponencias de valores catastrales (art. 27)”, siempre que no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o si lo hubieren que sea por causa de la Administración o terceros. Una valoración más favorable a los propietarios que el que corresponderá a terrenos físicamente equiparables que, según la ley, pasarán a la situación de suelo rural. La ley de 1998 equiparaba sólo a suelo rústico el urbanizable no incluido en ámbitos delimitados por el planeamiento. Nada se dice del actual suelo urbano consolidado.

La valoración de los terrenos en el suelo rural consiste en “la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación”, según su estado en el momento al que corresponde realizar la valoración. Esta regla se corresponde a lo que la ley de 1998 establecía como subsidiaria de la principal, que se fundaba en el “método de comparación a partir de valores de fincas análogas”, utilizado tradicionalmente en las expropiaciones forzosas para la fijación del justiprecio. La ley de 2007 lo abandona “porque -son sus palabras- muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad –aunque la ley de 1998 proporcionaba criterios para justificar la identidad de razón- y la eliminación de los elementos especulativos”.

El abandono del método de comparación en el suelo rural fue objeto de crítica en el trámite parlamentario²² y lo ha sido por la doctrina científica. En ese sentido se ha dicho que si en “muy pocas veces” no concurren los requisitos necesarios, ello significa que en algunos casos sí procede y su eliminación, por tanto, es arbitraria²³ cuando, al menos, podría ser un método subsidiario, invirtiendo la prioridad establecida en la ley de 1998.

Se ha subrayado también la inadecuación del método, desde los propios principios de la ley, por entender que se está identificando suelo rural con el susceptible únicamente de aprovechamiento agrícola, cuando la realidad ofrece otros (turismo rural, parques eólicos)²⁴. Es una hipótesis contemplada en la propia ley al reconocer el uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales y además, con carácter excepcional, usos específicos “de interés público o social por contribuir a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural”.

De otra parte, la ley en su artículo 22,1,a admite que el valor establecido, consistente en la capitalización de la renta anual o potencial, podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico. Se matiza así la rotundidad de la negación de expectativas. No se admiten como reconocidas por la planificación; pero no se descartan como una realidad objetiva que no es ajena al mercado.

²² Intervención del Diputado del grupo parlamentario del PP Matos Mascareño que se sumó a una enmienda del diputado Jané, de CIU que consideró un disparate que se pague “un terreno donde van a construir viviendas o naves industriales a precio de una cosecha de plátano o de papas”, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, num. 2327, 2007, p. 11925.

²³ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit. loc. cit.*, p. 71.

²⁴ También crítico es R. GÓMEZ-FERRER, en ponencia presentada en III Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo, Granada, febrero 2008, con apoyo en la disposición adicional séptima.

Una consideración de las expectativas, de un modo indirecto y parcial, se contempla en el artículo 24 que trata de la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización. Se refiere a terrenos “incluidos en la delimitación de ámbitos de actuación” cuando se impida el ejercicio de la citada facultad o altere sus condiciones modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad antes del inicio de la actuación o en circunstancias equivalentes, siempre que no exista incumplimiento de los deberes correspondientes. Dará lugar a una indemnización consistente en “la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación”. No se trata, ciertamente de una valoración que incluya las expectativas, no es un justiprecio, pero ese destino futuro está presente en lo que se configura como supuesto del daño indemnizable.

El objetivo último de la ley no es meramente conceptual, sino abaratar el justiprecio de las expropiaciones y para ello, se derogan los artículos 38 y 39 de la ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954. El valor del suelo se pretende alejar, por esa vía, del valor del mercado en la búsqueda de su valor real o auténtico, en la apreciación del legislador. Y no se trata de la expropiación propiamente urbanística, como pueden ser las relativas a dotaciones, incluidos los sistemas generales, sino relativas a toda clase de obras públicas²⁵.

Al “valor real” se refiere el artículo 43 de la Ley de expropiación forzosa. Es un ideal que cada legislador intenta definir. Para el de 1998 era el que “el mercado asigna a cada tipo de suelo”, aunque no de una manera autónoma, porque depende de la decisión de la Administración en el mismo contexto legal, en función de que el suelo urbanizable estuviese o no previamente delimitado en el planeamiento. Es lo que rechaza el legislador de 2007.

5. Derecho de propiedad y función pública

La valoración del suelo, según su situación básica, incide en la concepción que se tenga del contenido del derecho de propiedad, que es otra de las innovaciones fundamentales respecto de la ley del 98.

El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario dice el artículo 7,1 de la ley, recogiendo una doctrina consolidada desde la ley de 1956. Régimen que resulta –sigue diciendo- de su vinculación a concretos destinos²⁶. Las facultades dominicales sobre los terrenos se ejercerán, por tanto, con arreglo a lo dispuesto en la ley y el planeamiento. En esto no hay innovación. Tampoco en el entrelazamiento público-privado que implica la coexistencia de la función administrativa de planificación con el régimen de la propiedad. Es en relación con el contenido del derecho de propiedad donde se presentan los problemas y se evidencia la orientación de las leyes correspondientes.

Ya el legislador de 1956 advirtió que “el régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad –que delimita su contenido según el artículo 33 CE- resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística”. La cuestión no estriba en el reconocimiento de la propiedad privada, que es hoy un derecho constitucional, sino en el papel que ha de desarrollar en el proceso de urbanización.

²⁵ El artículo 25,2 de la Ley 6/1998, según la redacción de la 53/2002 de 20 de diciembre decía que la valoración de los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, autonómico o estatal se determinaría “según la clase de suelo en que sitúen o por los que discurren”.

²⁶ El apartado 2 añade que “la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por si misma, no la integra en el contenido del derecho de la propiedad del suelo”

El legislador de 1956 expresó un desideratum incumplible que reflejan estas palabras:

“si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de la propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerla, una vez urbanizado a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España”.

De acuerdo con la tradición legislativa, el derecho de propiedad contenía el de urbanizar. Así lucía expresamente en la ley de 1990 promovida por un gobierno socialista. Completar la urbanización en el suelo urbano, promover la transformación del suelo urbanizable, reconocía la Ley de 1998 (arts. 13, 14 y 15) de orientación liberal. La ley de 2007 se separa de esa constante. El “*ius aedificandi*” se reconoce como contenido del derecho de propiedad “de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto”²⁷; que debe ser ejercido en los plazos establecidos (artículo 9,1). En cambio la urbanización no figura en el artículo 8 que se refiere al contenido del derecho de propiedad del suelo. Tampoco se configura como un deber y, por tanto, sin consecuencia alguna por un incumplimiento no debido.

La razón se explicita en el preámbulo de la ley. Se parte de calificar a la actividad urbanística como “una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa”. Para continuar diciendo que “la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la Administración o encomendar a privados”. En este caso “ha de poder ser abierta a la competencia de terceros”, con lo que se espera redunde en la “agilidad y eficacia de la gestión”.

Su justificación se hace con base en argumentos susceptibles de discusión: que la urbanización suele –pero no siempre- afectar a una pluralidad de fincas, “por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad” o que el urbanismo español “reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización”. Esta afirmación no es exacta. Entre los sistemas de actuación tradicionales y que figuran actualmente en la legislación autonómica dos de ellos, el de expropiación y cooperación, tienen un protagonismo público evidente. Otra cosa es que el de compensación, en el que el protagonismo corresponde a los propietarios, sea el más usado. Y en todo caso la dirección es siempre pública, como reconocía la Ley 6/1998 (art. 4,1). Lo afirmado se contradice, sin ir más lejos, con el reconocimiento en el artículo 4,2 de la Ley 6/1998, de la gestión pública a través de su acción urbanizadora que promovería, eso sí, la participación privada “aunque ésta no ostente la propiedad del suelo”.

Que los no propietarios de terrenos pudieran participar en la actividad urbanizadora pública estaba reconocido. La innovación de la ley de 2007 es que la titularidad de la actividad urbanizadora pertenece a la Administración, que puede desarrollarla directa o indirectamente, mediante procedimiento con publicidad y concurrencia en este caso. Los propietarios podrán participar como un empresario más, no en su condición de propietarios, aunque el artículo 6 a deja un portillo abierto en el sistema al decir “sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que la legislación aplicable –supuestamente la autonómica- prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, o como con mayor claridad dice la exposición de motivos “sin perjuicio de que el legislador urbanístico opte por seguir

²⁷ La STC 61/1997, no obstante, declaró que “el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas, más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, las que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo”

reservando a la propiedad la iniciativa en determinados casos de acuerdo con esta ley que –poniendo la venda antes de la herida– persigue el progreso, pero no la ruptura”.

No se explicita el alcance de ese “sin perjuicio” que viene a relajar la rotundidad de la tesis mantenida por la ley. De otra parte, al admitirse esa excepción se está cuarteando el título competencial del Estado reconocido en el artículo 1,1,1^a de la CE que persigue garantizar la igualdad, en este caso en el ejercicio de derecho de propiedad, en que se basó la STC 61/1997 para reconocer la competencia del Estado²⁸. La desigualdad está a merced de la aplicación que las Comunidades autónomas hagan de esta cláusula de excepción a la regla general. No sólo se debilita el fundamento de la tesis central de la ley, sino que abre la posibilidad a que sea impugnada de inconstitucionalidad²⁹.

La opción asumida por el legislador de 2007 no es una novedad absoluta. Se corresponde con la figura del agente urbanizador incluida por primera vez en la ley valenciana de 1994³⁰ y admitida en otras leyes autonómicas como las de Castilla-La Mancha o Extremadura.

La opción de la ley está respaldada por algún sector doctrinal que orientó la ley valenciana, a la que pertenecen estas palabras:

“convertir al dueño civil en agente ejecutor de decisiones públicas tenía su lógica en un arcaico contexto económico falto de desarrollo industrial, empresarial y tecnológico donde la tierra era un bien de capital importancia”.

La consecuencia de tal concepción, que se considera obsoleta, era considerar la urbanización como una carga accesoria de la edificación, como un derecho-deber del propietario.

En esa línea se adscriben colegas como Parejo, o Gómez-Ferrer que ya en 1998 sostuvo que “no existe un derecho a urbanizar que corresponda al propietario como una facultad de su derecho de propiedad”, siendo las tradicionalmente cargas del propietario “prestaciones patrimoniales de Derecho público”³¹; o Parada con su defensa de un urbanismo de obra pública³². En una línea opuesta T. Ramón Fernández, ha sostenido que la ley opera “una verdadera nacionalización del derecho a urbanizar perfectamente innecesaria”³³.

La innovación de la ley de 2007 es que generaliza la fórmula y en virtud de su orientación conceptual la iniciativa corresponde siempre a la Administración, aunque pueda encomendar o adjudicar la gestión a “privados”, a particulares.

Los propietarios tienen derecho a participar en la ejecución de actuaciones de urbanización, (art. 8,1,c), entre las que se cuentan las de nueva urbanización para pasar suelo rural a urbanizado o de reformar o renovar la urbanización en un ámbito de suelo urbanizado (art. 14,1), por supuesto de acuerdo con un principio tradicionalmente reconocido de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados.

²⁸ La STC 37/1997, sostenía en relación con la ley de Andalucía de desarrollo agrario que se pueden justificar distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e incluso de orden cultural en cada parte del territorio.

²⁹ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit. loc. cit.*, p. 68 para quien esa radical ambigüedad es inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica

³⁰ Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS, *Urbanismo y ordenación del territorio*, Thomson-Arazandi, 2004, pp. 173 y ss. Esa ley fue sustituida por la ley 16/2005 de 30 de diciembre urbanística valenciana, tras ser advertida España por la Comisión Europea.

³¹ R. GÓMEZ-FERRER, El derecho a urbanizar: carga y deberes, en *Ordenación...* p. 191.

³² R. PARADA, Urbanismo de obra privada versus urbanismo de obra pública, en *Ordenación* pp. 45 y ss.

³³ *Op. cit., loc. cit.*, p.6.

Lo que sucede es que participarán como promotores de la urbanización junto a otros que no sean propietarios en el concurso público convocado al efecto³⁴. Si efectivamente resultan adjudicatarios del concurso, cualquiera que sea la calificación del negocio jurídico, se sitúan en el lugar de la Administración, como demuestra el hecho de que la urbanización podría ser realizada directamente por ella.

Se ha evitado que se aplique la Directiva europea sobre contratación pública teniendo en cuanto el pronunciamiento en sentido contrario de la STJCE de 12 de junio de 2001, asunto 399/98, Scala³⁵. En este sentido se trataría de adjudicar un convenio de los previstos en el artículo 4,1, d de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público, que transpuso la Directiva 2004/18/CE, que están excluidos del ámbito de esa ley. Pero para ello ha de sostenerse que su objeto no se reduce a una obra pública, a menos que su cuantía no alcance el umbral establecido en la Directiva y aceptado por la ley, sino que se trata de un objeto complejo en el que la obra pública es sólo una parte, siendo la principal la de proporcionar solares, aptos para la edificación, con destinatarios distintos, la Administración en el primer caso, el particular en el segundo, corriendo los propietarios con el coste, que puede ser pagado con cargo a lo urbanizado.

En todo caso, una naturaleza que ha sido objeto de diferentes opiniones³⁶ a cuya solución no ayuda la calificación de servicio público que se contiene en la ley, si se toma en sentido estricto, ya que es evidente que no se trata de un contrato de gestión de servicios públicos regulado en la ley de contratos del sector público³⁷.

La finalidad de esta orientación de la ley, como de las autonómicas que han acogido la figura del agente urbanizador es agilizar la urbanización, la gestión urbanística. La programación pasa a ocupar un papel relevante, que recuerda los programas de actuación urbanística de 1975³⁸ y también ahora se habla de un urbanismo concertado. Se trataría de programas de actuación integrada, de planeamiento y ejecución³⁹, más allá de los planes de sectorización (artículo 66 de la ley gallega, ad exemplum).

La ley 8/2007 expresa una clara intención de que este sistema sea el de general aplicación. En ese sentido dejaría sin efecto el sistema de compensación para ejecución del plan en el que los propietarios tienen el protagonismo, bajo la dirección de la Administración. Esta puede dejar sin efecto el sistema y sustituirlo por otro de protagonismo público –como la expropiación– si los propietarios no cumplen con su obligación de presentar en el plazo legal los estatutos y bases de actuación de la junta de compensación que han de constituir⁴⁰.

³⁴ Una descripción de la lucha entre propietarios que consiguen ser urbanizadores y otros que no lo han conseguido en lo que influye la brevedad de los plazos para las inversiones a realizar en J. GONZÁLEZ-VARAS, *Urbanismo...* pp. 182-184 que refleja la experiencia valenciana.

³⁵ Cfr. T.R FERNÁNDEZ en *Documentación administrativa*, núm. 261-262, p. 11 y ss.

³⁶ Antes de la Ley 30/2007, contrato administrativo especial –así se define en la LUV–, convenio de colaboración, incluso encomienda de gestión con base en el carácter de agente, sobre todo tomando como punto de referencia la figura del agente urbanizador de varias leyes urbanísticas autonómicas. Cfr. E GONZÁLEZ VARAS... *Urbanismo...* pp. 2008 y ss., y estudios varios en *Documentación administrativa*, núm. 261-262, y en RDU y MA, núm. 233 (2007).

³⁷ Artículo 8 de la Ley 30/2007.

³⁸ Ley 19/1975 de 2 de mayo. Operaban sobre suelo urbanizable no programado dentro de la concepción abierta del plan, para atender a imprevistos. Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *El urbanismo concertado y la ley del suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, ENAP, Madrid, 1974, pp. 116 y ss. Esa influencia se reconoce en la LUV.

³⁹ Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS, pp. 173 y ss ampliamente con especial referencia a la comunidad valenciana y exposición de motivos de la correspondiente LRAUV. En la LUV se reconoce su carácter complejo, con rasgos de los convenios administrativos, contratos administrativos y “antiguas figuras de urbanismo concertado”. La figura ha sido cuestionada por la Comisión Europea.

⁴⁰ Artículos 157,158, 159 del Reglamento de gestión urbanística.

Otra cosa es, como sucede en algunas Comunidades autónomas, por ejemplo en Galicia, que el sistema análogo -de concesión de obra urbanizadora- sea uno más de los previstos tradicionalmente: de compensación o concierto, de ejecución privada y de cooperación y expropiación, de ejecución pública. Actúa en sustitución del de compensación, una vez transcurrido el plazo de dos años desde la aprobación del planeamiento que ordene el polígono correspondiente⁴¹. El plazo puede ser determinante en disfavor de los propietarios para constituirse, de alguna forma, en promotores frente a los que lo son ya profesionalmente. Dependerá de las Comunidades autónomas. La ley dice que no podrá ser inferior a un mes.

Con independencia del juego que las legislaciones autonómicas puedan dar a la excepción incluida en el citado artículo 6 es evidente que la ley de 2007 ha apostado por los promotores -empresarios- frente a los propietarios. Un colega, también ilustre, López-Ramón, expresa sus dudas de que lo propuesto en la ley de 2007 “resuelva adecuadamente los términos de un problema real”, que el camino adecuado... se encuentre en beneficiar a unos propietarios (los de las empresas inmobiliarias) en detrimento de los tradicionales (los del suelo)⁴². Puede ocurrir que los propietarios renuncien a constituirse en promotores, siendo expropiados, sin beneficiarse de los rendimientos que resultan de la urbanización, al fijarse el justiprecio por el valor inicial, inferior al del suelo urbanizado que puede ser pagado en especie. No puede utilizarse la expropiación en beneficio del empresario⁴³.

El mismo artículo 6,1 a señala que el procedimiento para adjudicar la ejecución de la urbanización ha de contener criterios “que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas”. Queda en esta determinación un margen amplio del que puede beneficiarse el propietario y el empresario mediante la correspondiente negociación. También para la discrecionalidad, ya que la gestión indirecta de la urbanización por el empresario o agente urbanizador se hace cuando la Administración no la realice, sin que la ley exija motivación. De ese modo las plusvalías, no recaen en la Administración pública, sino en un particular, el empresario⁴⁴.

No es aventurado sostener la posición de ventaja que en la práctica tendrá el que es empresario promotor⁴⁵. Se refuerza en la ley (artículo 31) al rescatar la procedencia de la venta forzosa, como alternativa a la expropiación, que contenía la ley de 1990, del mismo signo partidario, en beneficio de los promotores, al no cumplir en tiempo el propietario el deber de ejercitar sus facultades, entre las que figuraba la de urbanizar.

6. Vivienda accesible: reserva de suelo y patrimonios públicos de suelo

Como manifestaciones de *soft law* se establecen criterios básicos de utilización del suelo, como destinar, por las Administraciones competentes (Comunidades autónomas y Municipios) “el suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifique” o atender a principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres, de movilidad, de eficiencia energética.

⁴¹ Art. 161 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

⁴² Cfr. F. LÓPEZ-RAMÓN, *Introducción*, p. 129-131. En sentido crítico, J. E. SORIANO, *Hacia la tercera desamortización*, M. Pons, Madrid, 1995, p. 113, que habla de la distinción entre propietarios “buenos” y “malos” que hace el legislador.

⁴³ Cfr. L. PAREJO, *op. cit.*, pp. 110 y 11.

⁴⁴ En sentido crítico, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios*, al artículo 3, 6 y 9.

⁴⁵ Para T. R. FENRÁNDEZ, *op. cit.*, loc. cit., p. 74, “los grandes beneficiarios de la ley van a ser los promotores, los agentes urbanizadores especialmente los advenedizos, que son los que no tienen suelo de su propiedad”

Pero el mismo artículo 10 en su apartado b da un paso más, y al prever que se destine suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, dispone que la legislación autonómica y los instrumentos de ordenación, principalmente municipales, reservarán como mínimo, para vivienda sujeta a régimen de protección pública, un 30 por ciento del suelo destinado a uso residencial. No es una novedad completa, porque una reserva con ese destino figuraba ya en legislaciones autonómicas. Ahora se generaliza, de modo que aquellas que no lo hubieran previsto o hubieran dispuesto una cuantía menor, al cabo de un año tendrán que incluirlo (disposición transitoria primera).

Esa reserva no determina la titularidad del suelo afectado que puede ser pública o privada. La ley prevé reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, como una de las finalidades de los patrimonios públicos de suelo (artículo 34) que, como los municipales de larga tradición a los que sustituye⁴⁶ en parte por la existencia de comunidades autónomas, responden al mismo objetivo de hacer efectivo el derecho reconocido en el artículo 47 de la CE de accesibilidad a una “vivienda digna y adecuada”.

La Ley determina expresamente que integran esos patrimonios, de ámbito no estrictamente municipal, los recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber legal de entregar el suelo correspondiente con ocasión de una actuación de transformación urbanística (artículo 16,1 b).

La Ley reproduce los términos de los patrimonios municipales del suelo en cuanto a su finalidad⁴⁷ y destino⁴⁸, y sigue reconociendo su carácter de patrimonio separado, afecto a un fin específico, que no puede confundirse con los generales de la Administración respectiva. Pero se introducen modificaciones significativas que pueden desviar a los patrimonios de su finalidad tradicional, por más que se diga que los bienes y recursos que los integran deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública (artículo 34,1), porque a renglón seguido se añade que podrán ser destinados “a otros usos de interés social”, ahora no ya de acuerdo con el planeamiento.

La desviación puede ser más clara al reconocer la ley que los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que integran los citados patrimonios –o el dinero percibido en sustitución del deber legal de entrega de suelo– puede destinarse no sólo a la conservación, administración y ampliación del patrimonio separado sino “a los usos propios de su destino”, como una alternativa. Ciertamente se incrementa la flexibilidad, pero se aleja del objetivo de “realimentación” continua del patrimonio, en cuya afirmación se ha esforzado la doctrina⁴⁹ y la jurisprudencia⁵⁰, que se han pronunciado por rechazar la utilización de los patrimonios municipales de suelo como un medio de financiación de los Municipios.

La accesibilidad a la vivienda está condicionada por su coste. En ello influye la escasez de suelo para uso residencial, y obedece a diferentes causas, y en último término depende del mercado y del comportamiento de los empresarios⁵¹; pero también de las Administraciones Públicas y de los legisladores competentes en materia de ordenación urbanística, que ahora son las Comunidades autónomas.

⁴⁶ La Ley deroga los artículos 276 y 280,1 del texto refundido de 1992 que continuaban vigentes después de la STC 61/1997.

⁴⁷ Regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial (del planeamiento en el texto refundido de 1992).

⁴⁸ Conservación y ampliación de patrimonio. Ahora se añade administración.

⁴⁹ Cfr. T. QUINTANA, *Los patrimonios municipales de suelo*, Madrid, Lustel, 2007, pp. 209 y ss.

⁵⁰ Un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en B. LÓPEZ-JURADO, “Los patrimonios públicos de suelo”, monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública, núm. 14, 2007 (separata) pp. 195 y ss.

⁵¹ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, p. 271. J.M^º PÉREZ HERRERO (director) *Hacia un nuevo urbanismo*, Fundación de Estudios Inmobiliarios, Madrid, 2005 capítulo IV, aportaciones de G. ARIÑO, A. PETITBÓ, A. PULIDO pp. 86 y ss.

Es un lugar común, reconocer la complejidad y excesiva duración del proceso de planificación. La congelación de suelo que supone la elaboración del Plan, empezando por la suspensión del otorgamiento de licencias, conlleva efectos perversos para los objetivos perseguidos: se encarece el suelo disponible, la oferta no se adecua a la demanda, el coste final del producto –vivienda, locales comerciales, etc.- se ve influido por esa prolongada espera⁵². La ley intenta acortar tiempos muertos para agilizar la ejecución de los planes, dando protagonismo al sistema del empresario promotor o agente urbanizador anteriormente expuesto.

7. La aplicación de la Ley

La Ley 8/2007 se enfrenta con un problema nada fácil que es el de su aplicación. En virtud de la distribución de competencias estatales y autonómicas, las leyes de estas últimas tienen la última palabra en lo que es propiamente urbanismo.

A las Comunidades autónomas corresponden numerosas competencias según las correspondientes referencias que hace la ley. A ellas se dirigen preceptos de *soft law* mencionados con anterioridad. En virtud de su competencia sobre urbanismo y el deliberado propósito de la ley de no regular cuestiones urbanísticas, a la legislación autonómica corresponde garantizar la dirección y control del proceso urbanístico por las Administraciones públicas, de acuerdo con el carácter de función pública del urbanismo, así como la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los poderes públicos y fomentar la participación privada (artículo 3,2).

En relación con la iniciativa y ejecución de la urbanización, las Comunidades autónomas tienen margen para interpretar en beneficio de los propietarios en qué puedan consistir las peculiaridades o excepciones del sistema previsto en la ley. Hasta qué punto podrán seguir manteniendo el sistema de compensación, de ejecución privada, por los propietarios frente al *desideratum* de la ley claramente favorable al empresario promotor.

La clasificación del suelo que, por el abandono de la ley, se ha dejado a la exclusiva competencia de las comunidades autónomas no dejará de plantear problemas respecto de su reconducción a las situaciones básicas del suelo. No es impensable que se pretenda reconocer el desaparecido suelo urbanizable en el suelo rural que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística –de competencia autonómica- “prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado” (artículo 12,2b).

El suelo urbano consolidado, reconocido en la legislación autonómica, va a ser presumiblemente un punto de fricción, como se adelantó. La STC 164/2001 (fjo. 19 y 20) con doctrina reiterada en STC 54/2001, declaró que las Comunidades autónomas tienen competencia para procurar “en los límites de la realidad”, qué se entiende como suelo urbano consolidado. Esa apelación a la realidad va a hacer difícil identificar el actual suelo urbano no consolidado con el suelo rural, ya que según el citado en su momento artículo 12,3 no deja de serlo “hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización” cuando, además, el artículo 14,2 reconoce que el inicio de esa actuación se fija en virtud de que se hayan aprobado y sean eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución y “empiece la ejecución material” de las obras.

Es razonable que corresponda a la legislación de las Comunidades autónomas disponer sobre los usos y utilización de los recursos en el suelo rural (artículo 13).

⁵² Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “La dimensión temporal de la ordenación urbanística”, *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 145, 1995, pp. 11 y ss.

La ley 8/2007 introduce un cambio profundo en cuestiones fundamentales. Habrá que comprobar su eficacia, la resistencia a su aplicación y esperar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La opción preferencial por el empresario promotor de un modo radical hace surgir la duda acerca de si es la vía más eficaz para impedir la especulación y para que la comunidad participe en las plusvalías urbanísticas de las que habla la Constitución.

El abaratamiento de las expropiaciones, por su parte, podría justificarse para las obras públicas e infraestructuras de interés general, pero es más difícil de justificar cuando se hace en beneficio del empresario-promotor.

La aplicación de la ley tendrá dificultades por la incidencia del ciclo económico en que se promulga, marcado por la recesión que influye negativamente en un renglón que ha constituido un reconocido motor de la economía. La incertidumbre no es un escenario positivo, que se intenta despejar con la obra pública y, en materia de urbanismo, con la política de vivienda de protección pública.

A la legislación autonómica se atribuye también fijar el porcentaje de la edificabilidad que corresponde como cesión de suelo a la Administración competente, dentro de los márgenes establecidos por la ley -5 y 15 por ciento- que puede excepcionalmente reducir o incrementar hasta un máximo de 20 por ciento.

José Luis Meilán Gil
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña

A Proteção do Meio Urbano e do Meio Ambiente através da Ação Popular Contencioso-Administrativa na Espanha.

Resumo¹

A ação popular contencioso-administrativa para protecção do meio ambiente, do meio urbano e do património histórico, em Espanha, levanta diversos problemas jurídicos. Desde os requisitos para ser actor popular, até ao abuso de acção popular, muitos desses problemas carecem de uma análise detalhada com vista ao seu esclarecimento.

1. Esclarecimento Terminológico: Ação Popular ou Ação Pública?

Destacamos esta nota terminológica para incluir um esclarecimento sobre a equivalência das expressões “ação popular” e “ação pública” no Direito Administrativo Espanhol. A primeira é a que se insere nos textos normativos que acolhem a figura de forma geral: a Constituição Espanhola, a Lei Orgânica do Poder Judiciário ou a Lei da Jurisdição Contencioso-Administrativa.

Doutrinariamente, já se assinalou que a voz “ação pública” deve ser reservada às hipóteses de exercício da ação por organismos públicos (especialmente o Ministério Público), de forma que se afirma como mais adequado tecnicamente a utilização do termo “ação popular” para as hipóteses nas quais a ação é exercida pelos particulares². Sem desconhecer estas diferenças de concepções, entendemos que na disciplina do Direito Administrativo espanhol podem ser utilizados como sinônimos³. Sem embargo, para evitar confusões conceituais, no presente artigo empregar-se-á unicamente a expressão “ação popular”.

¹ Tradução de Edelamare Barbosa Melo, Doutora em Direito pela Universidad Pablo de Olavide, com a colaboração de Júlia Melo Saldanha Borges, bacharelada em Direito.

² Por todos, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. y otros: *Práctica procesal contencioso-administrativa*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999, Tomo II, p. 307.

³ SALA SÁNCHEZ, P.: *Ibidem*, reconhece que, apesar de tudo, a denominação mais aceiteada no Direito Administrativo é a de “ação popular”.

2. A “ação popular” na Espanha.

O art. 125 da vigente Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978, no Título dedicado ao Poder Judiciário, reconhece que “os cidadãos poderão exercer a ação popular (...)”⁴. Alude-se, com esta expressão, cuja existência presume-se *iuris et de iure* para todo o cidadão, a um tipo especial de legitimação perante os órgãos encarregados de administrar a Justiça. Esta peculiar figura foi desenvolvida no ordenamento jurídico espanhol somente nos âmbitos das jurisdições penal e contencioso-administrativa. O presente trabalho restringe-se à jurisdição contencioso-administrativa, com exposição de suas características e os problemas jurídicos fundamentais de sua regulação, notadamente no relativo à proteção ao meio ambiente e ao meio urbano. O fim último consiste em servir como base para o estudo jurídico comparado com outros sistemas jurídicos. Para tal, houve especial cuidado em oferecer os dados necessários da legislação⁵, da jurisprudência⁶ e da literatura científicas espanholas⁷ para que o especialista em Direito destes outros sistemas possa, sem grandes obstáculos, ter uma idéia comparativa tão exata e completa quanto possível a respeito deste tema em ambos os sistemas jurídicos.

Para melhor compreender o significado da ação popular no Direito Espanhol, devemos partir da regra geral de acesso ao processo contencioso-administrativo⁸, que se encontra no art. 19 da Lei 29/1998, de 13 de julho, que disciplina a Jurisdição contencioso-administrativa (doravante, LJCA). Nela, estabelece-se que o demandante deve se apresentar, perante a Jurisdição contencioso-administrativa, investido de um direito subjetivo ou, ao menos, de um interesse legítimo (quer seja individual, quer seja coletivo⁹) que mantenha relação com o objeto do recurso. Todavia, a letra “h” deste mesmo artigo reconhece legitimação para

⁴ Este artigo completo estabelece que “os cidadãos poderão exercer a ação popular e participar na Administração de Justiça mediante a instituição do Júri, na forma e a respeito daqueles processos penais que a lei determinar, bem como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais.”

⁵ Assim, por exemplo, no rodapé da página reproduzem-se os preceitos mencionados no estudo. Contudo, o texto completo das Leis espanholas pode ser consultado de forma gratuita na página web <http://www.noticias.juridicas.com/> (dados à data de 2006). Para as leis estatais, clique sucessivamente *legislación, repertorios e derecho administrativo*. Para as leis autonômicas, por sua vez, consulte-se *legislación, búsqueda avanzada*, e, no campo “*órgano*” selecione-se a Comunidade Autônoma desejada.

⁶ Aos leitores de outros sistemas jurídicos pode interessar a página web, de acesso gratuito, na qual poderão encontrar o texto completo dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional espanhol: <http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>

⁷ Contrastando com a importância que, de todo ponto de vista, deve-se reconhecer à ordenação urbanística, à meio-ambiental e à do patrimônio histórico, a atenção científica dedicada na Espanha à ação popular foi verdadeiramente escassa tempos atrás, carecendo até recentemente de um tratamento monográfico em profundidade, como o que se faz em: *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial en el urbanístico*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2005, cujas principais conclusões servem de base ao presente trabalho. Uma só monografia se lhe dedicou durante o século passado, a de FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *La acción popular en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1920, que, apesar do seu indubitável interesse, ficou obsoleta no novo panorama jurídico imposto pela Constituição de 1978. Merecem ser destacados alguns artigos doutrinários sobre a figura, como os bem conhecidos de COSCULLUELA MONTANER, L.: “Acción pública en materia urbanística”, em *Revista de Administración Pública* nº 71 (1973) e de PÉREZ MORENO, A.: “La Acción popular en materia de urbanismo”, em *Revista de Derecho Urbanístico* nº 15 (1969); ou o mais recente de BUJOSA VADELL, L.: “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, em *Revista del Poder Judicial*, nº 66-II, (2002). Para maior informação de caráter bibliográfico com relação às revistas citadas neste trabalho, consulte-se <http://dialnet.unirioja.es/>

⁸ Faz-se abstração, nesta afirmação, dos supostos de legitimação institucional, isto é, da legitimação que no próprio art. 19 LJCA reconhece ao Ministério Público e às diversas Administrações (ou a suas Entidades de Direito público) frente a outra Administração, para os conflitos que possam surgir nas *relações* entre as Administrações estatal, autonômicas e locais (municipais ou provinciais).

⁹ A expressão “interesses coletivos” incorpora, segundo a melhor doutrina espanhola, os denominados “interesses difusos”.

interpor recurso contencioso-administrativo a “qualquer cidadão, no exercício da ação popular, nos casos expressamente previstos pelas Leis”. Esta possibilidade legal vem sendo denominada “ação popular”, ou também – e mais comumente – “ação pública”. Trata-se de um suposto de legitimação que se pode afirmar duplamente excepcional.

Com efeito, em primeiro lugar deve-se considerar que somente procede se especificamente uma Lei de caráter setorial a admite, o que é o mesmo que dizer que o referido art. 19.1.º^h da LJCA carece de efeitos jurídicos diretos ou imediatos, dependendo, portanto, a sua inteira virtualidade, do que o legislador setorial venha a determinar em cada momento histórico. De fato, a lei antecessora da atual LJCA, ao regular a legitimação para o contencioso-administrativo, não fazia menção à ação popular, senão que o seu reconhecimento se realizava única e exclusivamente nas leis setoriais, que neste extremo eram tidas como norma *especialis*.

Em segundo lugar, igualmente excepcional é a previsão de um suposto de legitimação que se tem afirmado como de **caráter objetivo**, porque exige o autor de demonstrar que o litígio em questão afeta a algum dos seus direitos subjetivos ou interesses legítimos. Assim, ao se afirmar que a ação popular está desvinculada da proteção jurídica da situação jurídico-material do autor, tradicionalmente se está afirmando também que não tem outro fim senão a defesa da mera legalidade.

Não são muitos os setores do Direito espanhol que, em concordância com as previsões genéricas da Constituição e da LJCA, reconhecem ex lege, a qualquer cidadão, legitimação suficiente para exigir na via contencioso-administrativa¹⁰ a estrita observância do disposto em um texto normativo. Não são muitos, porém extremamente relevantes¹¹, e todos eles gozam de expressa menção no texto constitucional espanhol¹².

Cada dia são mais frequentes na Espanha as leis meio ambientais que incluem a figura da ação popular¹³, como também existem algumas leis de ordenação do território que a contemplam. Contudo, apenas é possível falar na plena consolidação do reconhecimento

¹⁰ Deve-se se notar que no Direito Espanhol o reconhecimento da ação popular contencioso-administrativa implica o correspondente reconhecimento de legitimação na via administrativa que *preceda* à interposição do recurso.

¹¹ Para um elenco exaustivo das leis, tanto estatais quanto autonômicas, que reconhecem a ação popular na Espanha, consulte-se o anexo de legislação de REGO BLANCO, M.D.: *La acción popular en el Derecho Administrativo...* ob. cit.

¹² Dentro do Título I da Constituição espanhola, cujo título é “Dos direitos e deveres fundamentais”, o Capítulo III (que trata “Dos princípios retores da política social e econômica”) reconhece o direito ao acesso à cultura (art. 44), a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa (art. 45), bem como a desfrutar de uma moradia digna e adequada (art. 47). Deve-se advertir ao leitor de outros sistemas jurídicos que, de acordo com o próprio texto constitucional, tais como os que constam no capítulo III como direitos “só poderão ser alegados perante a Jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam” (art. 53). É majoritária, por isto, a opinião de que a Constituição não instaura diretamente nesse capítulo direitos subjetivos propriamente ditos.

¹³ Na Espanha não existe um texto normativo único que regule em caráter geral o setor meio-ambiental, senão que a sua ordenação se estabelece sobre a base de leis especiais, estatais ou autonômicas, com um foco necessariamente parcial. Nem todas elas introduzem a figura da ação popular, mas, como se afirma no texto principal, cada vez com maior frequência o fazem. Com propósito meramente ilustrativo, e restringindo-nos às Leis estatais, pode se fazer referência à Lei 22/1988, de 29 de julho, de Costas (art. 109); à Lei 16/2002, de 1 de julho, de Prevenção e Controle Integrados da Contaminação (art. 8.5); ou à Lei 4/1989, de 27 de março, de Conservação dos Espaços Naturais e da Flora e Fauna silvestres (novo art. 23 *quáter*, introduzido pela Disposição adicional 5ª da Lei 15/2002). Entre as normas autonômicas meio-ambientais, encontramos a ação popular em leis relativas à proteção do ar, da caça e da pesca, dos espaços naturais e com relação à regulação da avaliação de impacto ambiental ou dos resíduos. Merece destaque, por tentar oferecer uma regulação de caráter global da proteção meio-ambiental, a Lei 3/1998 da Comunidade Autônoma do País Vasco, de 27 de fevereiro, de proteção do meio ambiente, e a mais recente Lei 2/2006 da Comunidade Autônoma de Valência, de 5 de maio, de prevenção da contaminação e qualidade ambiental.



da ação popular no tocante à regulação da proteção do patrimônio histórico-artístico¹⁴ e, muito especialmente, do direito urbanístico, setor no qual, pela primeira vez, se introduziu na Espanha a ação popular tal e como hoje a conhecemos. Isto ocorreu em 1956, com a aprovação da *Lei do Solo*, e, desde então, sem solução de continuidade, manteve-se no Direito Urbanístico espanhol até se chegar ao vigente art. 304¹⁵ do *Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junho, através do qual se aprova o Texto Refundido da Lei sobre o Regime do Solo e Ordenação Urbana (doravante, TR 1/92)*.

As peculiaridades e a relevância atual dos bens jurídicos protegidos por esta legislação, que introduz o instituto da ação popular no direito espanhol, propiciaram uma nova leitura desta figura, propondo seu entendimento em chave subjetiva. A partir desta perspectiva, graças à ação popular, as situações jurídicas desenhadas pela referida legislação se converteram em autênticos direitos subjetivos do indivíduo, universalmente reconhecidos, que, como nota diferenciadora face aos direitos subjetivos clássicos (v.g. Direito de propriedade), se constroem sobre bens jurídicos (tais como meio ambiente, meio urbano ou cultura) de impossível apropriação exclusiva e excludente por parte de seus distintos titulares. O que até agora se tem entendido como ação de defesa da legalidade seria, desta perspectiva, a ação para a defesa do direito subjetivo ao meio ambiente natural e urbano; de um direito subjetivo de ação popular¹⁶.

3. O papel do legislador estatal e do legislador autonômico na configuração legal da ação popular espanhola.

Considerando que a Espanha é um Estado politicamente descentralizado em dezessete Comunidades Autônomas (dotadas cada uma delas de suas respectivas Assembléias legislativas), a primeira das questões a serem tratadas com relação à ação popular é a do distinto papel que desempenham os legisladores estatal e autonômico na configuração legal e no reconhecimento da ação popular. Com isto, ficará patente a margem de disponibilidade ou indisponibilidade desta figura que as Comunidades Autônomas possuem no momento de criar sua própria legislação.

É necessário assinalar que, no sistema espanhol, o Estado e as Comunidades Autônomas repartem as competências legislativas mediante a distribuição das matérias que cada um pode validamente legislar. Em se tratando da ação popular, os títulos competenciais que entram em jogo podem se agrupar em dois. Deve-se atender, por um lado, às **competências setoriais** (urbanismo, patrimônio histórico e meio ambiente), que podem ter sido assumi-

¹⁴ O exemplo da Lei 16/1985, de 25 de junho, do Patrimônio histórico espanhol, que introduz o instituto da ação popular em seu art. 8, encontrou eco em quatorze leis autonômicas sobre tal matéria.

¹⁵ A Lei estatal 6/1998, de 13 de abril, do Solo e Valorações derogou expressamente a maior parte dos artigos deste texto refundido que não foram declarados inconstitucionais pela importantíssima Sentença do Tribunal Constitucional 61/1997. Só restaram em vigor os preceitos relacionados na Disposição adicional única, apartado 1, dentre os quais se encontra o art. 304, cujo teor literal é o seguinte: "1. Será pública a ação para exigir perante os Órgãos administrativos e os Tribunais Contencioso-Administrativos a observância da legislação urbanística e dos Planos, Programas, Projetos, Normas e Ordenanças. 2. Se tal ação está motivada pela execução de obras que se considerem ilegais, poderá se exercitar durante a execução delas e no decurso dos prazos estabelecidos para a adoção das medidas de proteção da legalidade urbanística."

¹⁶ Para aprofundar nesta proposta relativa à natureza jurídica da ação popular, bem como à sua diferença em relação a figuras afins, tais como os interesses coletivos ou difusos, a denúncia, o direito de petição ou as ações previstas na Lei 7/1985 de Bases do Regime Local. Trata-se de ações que se reconhecem aos habitantes de um município pelo só fato de serem habitantes do município. Veja-se sobre o tema REGO BLANCO, M.D.: *La acción popular...* Ob. cit., Capítulo I.

das de forma exclusiva¹⁷, ou não¹⁸, pelas Comunidades Autônomas; e, por outro lado, à **competência processual**, que, na forma do art. 149.1.6^a da Constituição Espanhola (CE), é matéria de competência exclusiva ao Estado **“sem prejuízo das necessidades que nesta ordem se derivem das particularidades do direito substantivo das Comunidades Autônomas”**. É a ação popular urbanística autonômica uma destas particularidades?

A jurisprudência constitucional entende que a determinação dos sujeitos legitimados ativamente para propor ações é matéria afeta à legislação processual. Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, “a implantação ou estabelecimento de um sistema ou mecanismo jurisdicional como meio de resolução das controvérsias [...], mediante o qual as partes podem obter uma decisão que ponha fim aos conflitos surgidos, é matéria própria da legislação processual, reservada ao Estado com caráter exclusivo pelo art. 149.1.6.^o CE, cuja atribuição responde à necessidade de salvaguardar a uniformidade dos instrumentos jurisdicionais”¹⁹.

Em consequência, é o legislador estatal quem deve desenvolver a Constituição para regular a ação popular, entendida esta como elemento do sistema de legitimação processual. Tal é a tarefa que a estes efeitos (processuais) cumprem os arts. 19 da *Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judiciário* (LOPJ) e 19 LJCA. Ambos mantêm a neutralidade do art. 125 CE sobre os supostos que autorizam a utilização da ação popular, e apenas reiteram a reserva de tal decisão à lei, deixando, assim, que o legislador setorial competente selecione os supostos nos quais aplicar a ação popular. O contrário seria extralimitar a competência estatal sobre a legislação processual, com grave prejuízo da capacidade legislativa das Comunidades Autônomas.

Com base nesta disciplina processual, e sem sequer disfarçar a ação popular como uma “necessária especialidade que nesta ordem se derive das particularidades do direito substantivo das Comunidades Autônomas”, o reconhecimento da ação popular em um setor não supõe a criação de uma nova forma de legitimação, senão a aplicação de uma forma de legitimação prevista na legislação estatal.

4- Requisitos para ser autor popular.

A questão de quem pode ou não exercer a ação popular contencioso-administrativa espanhola nada tem a ver com a capacidade exigível das partes contendentes, pressuposto processual este que entra em jogo independentemente do elemento da legitimação e sem suscitar problemas com relação à ação popular. O que interessa aqui, pelo contrário, é perquerir se, em virtude de sua condição subjetiva, existem determinadas pessoas que no Direito espanhol não podem ostentar a condição de autor popular.

Para responder a esta questão, é necessário considerar o art. 125 CE, segundo o qual “os cidadãos” se constituem o elemento subjetivo ativo da ação popular; coincidindo com isto, temos o art. 19 LJCA, e em termos semelhantes o art. 19 LOPJ. Há que assinalar,

¹⁷ É o caso do urbanismo, tal e como se deriva do art. 148.1.3^a da Constituição Espanhola, e dos respectivos Estatutos de Autonomia, pois todos os dezessete assumiram como *própria* esta competência. As consequências jurídicas desta distribuição podem ser estudadas na Sentença do Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de março.

¹⁸ Como acontece com o meio ambiente, setor cuja legislação básica corresponde ditar ao Estado, em virtude do art. 149.1.123^a da Constituição Espanhola, e à legislação de desenvolvimento pode corresponder a Comunidade Autônoma de acordo com o seu Estatuto.

¹⁹ Sentença do Tribunal Constitucional 146/1996, de 19 de setembro. Veja-se, em especial, o Fundamento Jurídico (dormente, FJ 6), que cita, por sua vez, a Sentença do Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de novembro, FJ 20.

porém, que a LOPJ acrescenta como condição a nacionalidade espanhola. Tal exigência, que poderia se entender, à primeira vista, como uma restrição, não encontra eco na legislação setorial (urbanística, do patrimônio histórico ou de caráter meio-ambiental), na qual as fórmulas legais oscilam entre identificar como sujeito ativo da ação “[a] os cidadãos” e a clássica (desde 1956) de recorrer a uma forma verbal impessoal, com frases do tipo “*será pública a ação* para exigir perante os Tribunais de justiça o estrito cumprimento do previsto nesta Lei”. A pergunta surge inevitavelmente: É possível deduzir dos preceitos mencionados que na Espanha os estrangeiros não podem ser titulares do direito da ação popular contencioso-administrativa?

Na doutrina espanhola podem ser encontradas posições díspares²⁰. Em escassas ocasiões os Tribunais espanhóis enfrentaram esta questão e, nelas, dado que as circunstâncias assim o permitiram, eludiram a resposta²¹. A importância que adquire, há alguns anos, o fenômeno da imigração na Espanha, obriga a uma reflexão.

Em nossa opinião, este assunto deve ser focado partindo da premissa de que a Constituição não se opõe explicitamente a que os estrangeiros possam exercer a ação popular, razão pela qual deve-se verificar o que o legislador dispôs sobre a matéria. Igualmente, há de se considerar que quando a LOPJ afirma que “*os cidadãos espanhóis poderão exercer a ação popular*”, não está predeterminando, por si mesma, a solução que deva ser adotada para os estrangeiros, máxime quando nem a LJCA, nem a LOPJ, contêm um preceito similar ao art. 270 da Lei espanhola que regula o Processo Criminal²² (Ley de Enjuiciamiento Criminal), aplicável, unicamente, como seu próprio nome indica, aos processos penais.

A chave para a solução desta questão será, pois, a *Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro, reguladora dos Direitos e Liberdades dos Estrangeiros na Espanha e sua Integração Social*²³. Este texto normativo não se pronuncia explicitamente sobre a admissão ou não do exercício da ação popular contencioso-administrativa pelos de estrangeiros, porém o artigo 3º da referida lei oferece um critério geral de interpretação do regime jurídico dos estrangeiros na Espanha, segundo o qual “aos estrangeiros se reconhecem os direitos previstos nesta Lei, que serão exercidos em condições de igualdade com os Espanhóis”. Esta previsão legal, unida ao fato de que nenhuma das leis setoriais que prevêm a ação popular contencioso-administrativa na Espanha nega o seu exercício aos estrangeiros, nos confirma a legalidade da sua admissão.

²⁰ Dentre os partidários de que os estrangeiros podem exercer a ação popular podemos citar FERNANDEZ DE VELASCO, LORENZO JIMÉNEZ, ALONSO GARCÍA, JIMÉNEZ MEZA e BUJOSA VADEL; e dentre os detratores, a COSCULLUELA MONTANER, GÓMEZ PUENTE.

²¹ Pode-se fazer referência, aqui, à Sentença do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1991, em que um estrangeiro, proprietário de um apartamento, exercitou a ação popular urbanística com a pretensão de conseguir a demolição de uma edificação que lhe privava totalmente da visibilidade sobre uma baía. Como o fato da propriedade justificava uma suficiente legitimação por “interesse direto” do demandante, o Tribunal não teve que “entrar no tema *doutrinal e abstrato* [sic] de se os estrangeiros podem ou não exercer a ação popular” [F] 2]. Maior interesse tem a Sentença do Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988, citada com frequência – erroneamente – pela doutrina como exemplo de admissão jurisprudencial do exercício da ação popular por estrangeiros, quando na realidade quem exercia a ação era uma Sociedade, representada, é verdade, por uma pessoa física estrangeira. Nessa ocasião foi o dado da representação, juntamente com a alegação de ocorrer um interesse direto da autora, o que deixou a questão sem pronunciamento judicial.

²² Segundo este preceito, “*todos os cidadãos espanhóis, hajam sido ou não ofendidos pelo delito, podem querer, exercitando a ação popular estabelecida no artigo 101 desta Lei. Também podem querer os estrangeiros pelos delitos cometidos contra as suas pessoas ou bens, ou as pessoas ou bens de seus representados, prévio cumprimento do disposto no artigo 280, se não estiverem compreendidos no último parágrafo do artigo 281.*” A jurisprudência extraiu deste artigo uma proibição de exercício da ação popular penal aos estrangeiros (Consulte-se, por todos, o Auto da Audiência Provincial de Guipúzcoa (Seção 1ª) núm. 20/1998, de 5 de março, em seu FJ 4).

²³ De acordo com o texto resultante das reformas introduzidas sucessivamente pelas Leis Orgânicas 8/2000, 11/2003 e 14/2003.

Outro aspecto no qual podemos nos deter é se a condição de “cidadão” do autor popular só cabe ser predicada a pessoas físicas, e não assim a pessoas jurídicas. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, que vem mantendo uma linha constante na exegese do art. 125 CE, segundo a qual o termo “cidadãos” se refere às pessoas privadas, quer sejam físicas, quer sejam jurídicas²⁴, viria pôr um ponto final na questão; e, com efeito, a jurisprudência contencioso-administrativa do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas deixa constância de que os recursos interpostos por pessoas jurídicas privadas no exercício da ação popular são admitidos a trâmite com toda a normalidade. De fato, via de regra, a única questão relevante para a admissão do recurso diz respeito à previsão da ação popular na legislação setorial, sem necessidade de se analisar a existência ou não de congruência com os fins estatutários da pessoa jurídica que se apresenta como autor popular²⁵. Tampouco se questiona se a decisão da pessoa jurídica privada de exercer a ação popular foi tomada com observância dos canais previstos para a correta formação interna de sua vontade²⁶.

Com maior razão, caberia questionar se as Administrações Públicas, enquanto pessoas jurídicas, poderiam igualmente exercer a ação popular... contra outras Administrações Públicas. Na jurisprudência podem ser encontradas decisões que, com um maior ou menor aparato justificativo, têm admitido tal possibilidade²⁷, ou inclusive chegaram a sugerir-lhe de ofício como fórmula para sustentar a legitimação da Administração demandante, com o argumento de que a Administração não pode ter pior condição do que os simples particulares²⁸. Todavia, no âmbito dos conflitos surgidos entre Comunidade Autônoma e Município, Sentenças posteriores ditadas em instância de cassação frearam esta tendência

²⁴ Interessa, a respeito, a Sentença do Tribunal Constitucional 129/2001 (FJ 4), que por sua vez se apóia nas Sentenças 34/1994, 50/1998 e 79/1999. Posteriormente, no mesmo sentido, pronunciou-se o Alto Tribunal em suas Sentenças 53/1983, 147/1985 e 34/1994.

²⁵ Este requisito é proposto na doutrina por SALA SÁNCHEZ, P, XIOL RÍOS, J A, y FERNÁNDEZ MONTALVO, R: *Práctica procesal contencioso-administrativa: adaptado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Bosch, Barcelona, tomo II, p. 314. Expressamente contra, pode-se consultar a Sentença da Audiência Territorial de Bilbao de 26 de outubro de 1984, que, apesar de antiga, aborda diretamente este problema em um caso em que, tendo sido exercida a ação popular urbanística contra algumas licenças de obras por duas associações de construtores, alegou-se que “a capacidade jurídica e de obrar titularizada pelas associações empresariais demandantes não compreendia o exercício da ação urbanística”. A sua solução (quanto a este ponto concreto) foi aceita no substancial pela Sentença do Tribunal Supremo de 29 de outubro de 1986, em apelação, que, todavia, prosperou por apreciar-se abuso no exercício da ação.

²⁶ Considera-o necessário, porém, BUJOSA VADELL: “La acción popular em matéria de urbanismo e patrimônio histórico”, ob. cit., p. 527. Nesta linha, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Aragón, de 10 de fevereiro de 1998, a respeito de uma Junta de Compensação considerada destituída de *capacidade processual para comparecer em juízo* por não constar que o órgão competente para tanto houvesse autorizado o exercício das ações judiciais (FJ 2). Para uma interpretação não rigorosa destes extremos, vejam-se as seguintes Sentenças de Tribunais Superiores de Justiça: da Catalunha, de 14 de julho de 1997 (FJ 2, admitindo subsanação) e de 28 de março de 1996 (FJ 2); do País Basco, de 23 de junho de 1999 (FJ 2, com apoio na jurisprudência do Tribunal Supremo); e das Baleares, de 9 de julho de 1999 (FJ 2).

²⁷ Dentre elas, a Sentença do Tribunal Supremo, de 27 de maio de 1998, ditada em apelação, em um caso em que o Município de Garrucha havia recorrido com êxito da aprovação definitiva pela Comissão Provincial de urbanismo do solo urbanizável das Normas Subsidiárias do Planejamento Municipal de Mojácar, afetando uma massa arbórea colidente com o município de Garrucha, que este afirma ser seu único “pulmão verde”.

²⁸ Assim, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Valência, de 27 de janeiro de 1992, a propósito do recurso que a Administração Autônoma Valenciana interpôs contra a execução de obras amparadas pela licença municipal de construção, mas que se consideraram ilegais. Em sentido análogo pronunciou-se a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Catalunha de 23 de dezembro de 1996, ao resolver o recurso que a Administração Autônoma de Catalunha interpôs perante a negativa do Município de Reus de revogar a licença de obras para a instalação de um posto de gasolina e escritórios, que a Administração autonômica entendia constitutiva de infração urbanística grave.

ao detectar que esta forma de proceder das Comunidades Autônomas (exercendo a ação popular contra Municípios) não respeitava os requisitos processuais exigidos pelo atual art. 65 da *Lei 7/1985, de 02 de abril, de 1975, de Bases do Regime Local*, os quais em seu dia foram declarados pelo Tribunal Constitucional como integrantes do conceito de “autonomia local”, constitucionalmente garantida pelo art. 140 CE²⁹.

Nossa opinião não pode ser mais crítica em relação à possibilidade de que a Administração possa apresentar-se como autor popular. Afinal de contas, o exercício da ação popular contencioso-administrativa por parte de uma Administração leva-nos necessariamente ao plano da confrontação entre sujeitos jurídico-públicos, cujo regime jurídico está especificamente desenhado pelo legislador espanhol, diferenciando-o expressamente do atribuído aos particulares. Reforçar-se-á esta opinião mais adiante.

5. Os pedidos que podem ser formulados na ação popular contencioso-administrativa

As fórmulas de reconhecimento da ação popular na legislação setorial sempre incluíram, de uma ou de outra forma, uma referência à pretensão: exigir a observância da correspondente legislação. No que pese à amplitude que essa expressão reflete, tradicionalmente a doutrina espanhola manteve uma teoria segundo a qual, considerando o caráter objetivo da ação popular, os recursos cabíveis deveriam se limitar às pretensões de anulação³⁰, e, além disso, de anulação meramente formal. Porém, tal interpretação deve ser abandonada, já que nem é acolhida pela jurisprudência majoritária, nem se ajusta bem à atual disciplina das possíveis pretensões do recurso contencioso-administrativo espanhol. Na realidade, são muito poucas as especificidades que, quanto ao conteúdo do *petitum*, apresenta a ação popular na Espanha, como veremos.

Começemos pela **pretensão declarativa de que a atuação administrativa não é conforme ao Direito, e sua conseguinte anulação** (art. 31.1 LJCA), que, sem dúvida, é o primeiro passo para a exigibilidade da observância e cumprimento do previsto em uma determinada Lei nos casos de transgressão positiva da mesma. Neste ponto, é necessário defender que a anulação não se limite a ser de caráter meramente formal, é dizer, não deve limitar seus efeitos apenas ao plano da mera formalidade jurídica, senão que deve fazer desaparecer os resultados materiais realizados ao amparo do ato anulado³¹. O contrário seria tanto como negar abertamente as pretensões de efetiva tutela judicial que se derivam do reconhecimento da ação popular.

Deve se admitir, pois, como normal, que uma Sentença de anulação obtida mediante o exercício da ação popular imponha a restauração das coisas à sua primitiva situação. É importante assinalar este aspecto porque é comum que se confunda este pronunciamento (de reposição ao estado originário das coisas) com o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, quando, na realidade, a restituição é pura e simplesmente o efeito ou consequência natural da declaração de invalidez que a precede.

²⁹ Por sua complexidade, os pormenores dos problemas jurídicos suscitados por estes conflitos excedem o conteúdo deste estudo, mas podem ser consultados em REGO BLANCO, M.D.: “Ante la inactividad local ¿sustitución, acción popular, o contencioso interadministrativo?. Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística”, em *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, nº 300.

³⁰ Por todos, de LLISSET BORRELL, F: *La actividad urbanística de los particulares*, Madrid, 1975, p. 346: “a ação pública....”.

³¹ Neste sentido já o assinalavam em seu dia, tanto PÉREZ MORENO, A.: “La acción popular en materia de urbanismo”, em *Revista de Direito Urbanístico*, nº 15, 1969, p. 90, como COSCULLUELA MONTANER, L.: “Acción Pública en materia urbanística”, em *Revista de Administración Pública*, nº 71, 1973, p. 29.

Distinto do anterior, como resulta óbvio pela natureza mesma das coisas, é que com a ação popular propriamente dita não possa prosperar uma pretensão de reconhecimento de uma situação jurídica individualizada (art. 31.2 LJCA), tal e como, no exercício de boa lógica, vem sustentando na Espanha a doutrina majoritária. Contudo, uma única observação deve ser feita em relação à afirmação anterior. É que, se na legitimação do autor popular concorrem também outras situações jurídicas legitimantes (titularidade de direitos subjetivos individuais ou interesses legítimos), ainda que aquele faça valer a ação popular, o órgão jurisdicional deverá levar em consideração tais situações jurídicas, podendo, então, a Sentença pronunciar-se pelo reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, que corresponderia, em qualquer caso, ao autor, mas não como autor público.

Esta precisão é importante também para avaliar as possibilidades de que o autor popular reclame de uma Administração espanhola uma indenização (medida à qual se recorre quando a reposição das coisas ao seu estado originário resulta de impossível realização). De acordo com o art. 139 da *Lei 30/1992, de 16 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum*, a viabilidade de tal indenização dependerá da reunião dos requisitos necessários para admitir a existência de responsabilidade patrimonial da Administração pública (dano real e efetivo, avaliável, antijurídico e individualizado em uma pessoa ou em um grupo delas). Entendemos que, por definição, se se exerce a ação popular, o requisito da individualização se perde, pois os efeitos lesivos recaem sobre um bem (meio ambiente natural e urbano, cultura) cujo desfrute é, por si mesmo, impossível de monopólio individualizado ou excludente. Daí porque não é possível encontrar um autor público em quem, de forma singularizada (exclusiva e excludentemente), possam recair os prejuízos da ilicitude do comportamento administrativo que mermaram o bem em questão do desfrute coletivizado.

Certamente, é possível dar notícia de casos na jurisprudência espanhola nos quais, não obstante se tenha exercido o direito de ação popular, foi reconhecido o direito à indenização, sem que tal circunstância tenha implicado em qualquer contradição com o exposto até aqui. Nesses casos, a indenização econômica procede porque a situação legitimante do autor popular se completa com a titularidade de outras situações jurídicas de caráter individual, como podem ser as derivadas do direito de propriedade³², do direito à intimidade, do direito à saúde, ou deste junto à liberdade de empresa³³.

Nesta mesma linha, é possível comprovar que na Espanha estão fadados ao fracasso os supostos nos quais, ao amparo de uma ação popular, se pretende estender a exigência de que a Administração ajuste sua atuação ao Direito até incorporar uma pretensão de reparação de danos e prejuízos provocados pela atuação administrativa ilegal no patrimônio de pessoas distintas do autor (e afetadas pela atuação impugnada)³⁴.

Devido à sua atualidade e ao seu grande interesse prático, é oportuno abordar o estudo da ação popular que se exerce em virtude da inatividade administrativa com **pretensão de condenação na realização de uma atividade (obrigação de fazer)**, pois não se pode desco-

³² Esta é a formulação, no caso já comentado, do estrangeiro cujo apartamento foi privado da vista por uma construção ilegal (Sentença do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1991); e no da demolição do apartamento do cooperativista (Sentença do Tribunal Supremo de 13 de outubro de 1988) ou, *a contrario*, o caso do “marido protetor” que mediante a ação popular pretendia defender o patrimônio de sua esposa (Sentença do Tribunal Supremo de 23 de julho de 2001), ou, por último, o da Sentença do Tribunal Supremo de 21 de setembro de 1988.

³³ Assim fica evidente no caso da “taberna emparedada” por erro na execução de um projeto de urbanização, resolvido pela Sentença do Tribunal Supremo de 22 de dezembro de 1992.

³⁴ Confrontem-se a Sentença do Tribunal Supremo de 21 de junho de 1979, bem como a do Tribunal Superior de Justiça da Galícia de 4 de maio de 2000.

nhecer a freqüência com que o autor público tem que enfrentar a passividade de uma ou outra Administração no referente a potestades, tais como as sancionadoras, legalizadoras e de restituição da situação física alterada, que na Espanha a maioria das leis setoriais configuram como potestades que somente podem ser exercidas de ofício³⁵, quer dizer, mediante a só iniciativa da Administração.

A questão jurídica que está aberta ao debate não é tanto se o autor popular denunciante pode ou não recorrer de uma decisão administrativa expressa de iniciar um expediente após a formalização de uma denúncia. Em verdade, a grande questão é: Como enfrentar a Administração quando esta se mantém silente, passiva ante uma denúncia?

Durante a vigência da anterior Lei da Jurisdição contencioso-administrativa de 1956, a jurisprudência não apresentou especiais reparos no momento de reagir contra a inatividade administrativa quando o recurso era impetrado no exercício da ação popular. Nesta época – dado o antigo caráter revisor da jurisdição contencioso-administrativa espanhola – a única forma de recorrer contra a passividade administrativa era forçar a conversão da inatividade material em inatividade formal, através do mecanismo de provocar um ato administrativo em virtude do silêncio (via de regra negativo, até a entrada em vigor da já mencionada Lei 30/1992), que posteriormente seria julgado pelos Tribunais do contencioso-administrativo. Por este caminho, graças a uma interpretação ampla das pretensões de plena jurisdição, na Espanha o ator popular pode reagir frente às omissões da atividade administrativa devida.

Com a entrada em vigor da atual LJCA de 1998, admite-se igualmente (e inclusive prosperam) os recursos por ação popular com pretensões de condenação (se bem que tecnicamente surgiram novos problemas). Concretamente, as mudanças produzidas na disciplina do silêncio administrativo (com a entrada em vigor da Lei 30/1992 e a sua reforma em 1999) impedem que possa ser mantida satisfatoriamente, para o autor popular, a via processual antes indicada, para provocar um ato em virtude do silêncio para impugná-lo posteriormente perante os tribunais. Isto é assim em razão da dificuldade da nova legislação em identificar o sentido do silêncio quando a Administração não atende de forma expressa a denúncia-solicitação do autor público. As leis setoriais não contêm nenhuma previsão sobre o sentido do silêncio nestes casos, com o que haveriam de ser integradas com a regulação que estabelece a Lei 30/1992. Ocorre, sem embargo, que a regulação da inatividade administrativa no exercício de certas potestades, tais como a sancionadora ou as de intervenção, estão pensadas na Lei 30/1992 para relações jurídicas que se estabelecem de ofício e que têm caráter estritamente bilateral (Administração-provável infrator ou Administrador-intervenido)³⁷. Resulta, por isso, insuficiente para dar cobertura a situações

³⁵ Alguma legislação autonômica em matéria de solo contempla que a instauração do expediente de legalização possa ser de ofício ou por provocação da parte. Como exemplo, podemos fazer referência à Lei de Cantábria 2/2001 de ordenação territorial e regime urbanístico, cujos arts. 207 (Obras de edificação e uso do solo que estejam sendo realizados sem licença ou sem ajustar-se às condições da licença), 208 (Obras de edificação e uso do solo já concluídas e levadas a efeito sem licença ou sem ajustar-se às condições da licença) e 212 (Proteção de zonas verdes, espaços livres e solos rústicos), nos quais se prevê expressamente que o procedimento de legalização se inicie de ofício ou por provocação da parte. Igualmente, na nova Lei 16/2005 urbanística valenciana, admitem-se ambas as formas de iniciação para os procedimentos de legalização relativos a obras de edificação sem licença ou sem ajustar-se às suas determinações no curso da execução (art. 221); porém, com relação aos procedimentos de legalização relativos a atos em curso de execução em solo não urbanizável (art. 222), só se dispõe sobre a incoação de ofício.

³⁶ Em alguns casos, porém, a idéia repetida mil e uma vezes que identificava a ação popular com a pretensão de anulação incitou a redação de decisões judiciais propugnando pela inadmissibilidade do recurso do autor popular que tentava obter uma sentença condenatória. Para ilustrar estes casos, elejemos, por sua proximidade no tempo, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid de 25 de janeiro de 2001, que dá provimento à apelação deduzida contra a inadmissibilidade em primeira instância da ação popular pelo motivo aqui comentado (FJ 4).

nas quais aparece um novo sujeito, como o autor público, que pretende que a Administração exerça, de ofício, tais potestades.

A situação não seria preocupante se as novas vias processuais para fazer frente à inatividade administrativa introduzidas pela LJCA (arts. 29 e 32.1 LJCA³⁷) pudessem ser utilizadas pelo autor popular. Deve-se notar que estas vias se beneficiam de um melhor tratamento processual, que pode ser sintetizado em um mais rápido acesso à justiça e uma maior celeridade na tramitação (processo abreviado), bem como na regra geral de que o órgão jurisdicional deverá deferir medidas cautelares, salvo exceção.

Na redação do art. 29.1 LJCA, cujo texto se reproduz em nota de rodapé, salta à vista um talante escancaradamente restritivo, plasmado na tríade de condições exigidas para a sua utilização. Para o que aqui interessa, um importante setor da doutrina administrativista e processualista na Espanha receberam em seu dia este cúmulo de condições como uma interpretação que negava que o exercício da ação popular possa se encaminhar pelo art. 29.1 LJCA³⁸.

Consideramos, contudo, que, sem forçar o texto da LJCA, pode se fazer uma leitura deste preceito que confirma que não há razão de fundo que justifique que o autor popular não possa se favorecer desta via de impugnação⁴⁰. De modo especial, é possível defender que:

1) a localização de uma obrigação do tipo desenhado pelo art. 29.1 LJCA (isto é), uma obrigação de realizar “uma prestação concreta”, derivada de “uma disposição geral que não demanda atos de aplicação ou em virtude de um ato, contrato ou convênio administrativo” não depende do tipo de legitimação que se empregue, senão dos próprios termos em que

³⁷ De acordo com o art. 44 da Lei 30/1992, “nos procedimentos em que a Administração exerce potestades sancionadoras ou, em geral, de intervenção, suscetíveis de produzirem efeitos desfavoráveis ou de gravame, produzir-se-á a caducidade. Nestes casos, a resolução que declara a caducidade ordenará o arquivamento das atuações, com os efeitos previstos no artigo 92. Nos supostos em que o procedimento tenha sido paralisado por causa imputável ao interessado, interromper-se-á o cômputo do prazo para resolver e notificar a resolução”.

³⁸ Segundo o art. 29 LJCA, “1. Quando a Administração, em virtude de uma disposição geral que não demande atos de aplicação ou em virtude de um ato, contrato ou convênio administrativo, esteja obrigada a realizar uma prestação concreta em favor de uma ou várias pessoas determinadas, aquelas que tiverem direito a ela podem reclamar da Administração o cumprimento de tal obrigação. Se, no prazo de três meses, contados da data da reclamação, a Administração não houver dado cumprimento ao solicitado, ou não houver chegado a um acordo com os interessados, estes podem interpor recurso contencioso-administrativo contra a inatividade da Administração. 2. Quando a Administração não executar os seus atos firmes poderão os afetados solicitar a sua execução, e se esta não se produz no prazo de um mês desde tal petição, poderão os solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que tramitará pelo procedimento abreviado regulado no artigo 78.”

Por sua vez, o art. 31.2 LJCA estabelece que “quando o recurso for dirigido contra a inatividade da Administração pública, conforme o disposto no artigo 29, o demandante poderá pretender do órgão jurisdicional que condene a Administração ao cumprimento de suas obrigações nos concretos termos em que estiverem estabelecidas”.

³⁹ Sem ânimo exaustivo, a esta conclusão chegam direta ou indiretamente autores de tanto prestígio como GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Control jurisdiccional de la inactividad y de la vía de hecho”, em *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2, 1999; AYALA MUÑOZ, J M, FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J M y otros: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 344; SÁNCHEZ MORÓN, M.: “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, em *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100 (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), 1998, p. 191; DE LA QUADRASALCEDO, T.: “Artículo 29”, em *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 298; SALA SÁNCHEZ, P, XIOL RÍOS, J A, e FERNÁNDEZ MONTALVO, R: *Práctica procesal contencioso-administrativa*: adaptado a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, tomo II, p. 316; ou SANTOS VIJANDE, J M: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Ed. EDESA, Madrid, 1999, p. 321.

⁴⁰ Esta leitura parece haver obtido eco na Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Andaluzia (sede de Málaga) de 20 de outubro de 2004, que dá provimento à apelação deduzida contra a inadmissibilidade do recurso interposto com fundamento no art. 29.1 LJCA por um autor popular, cuja pretensão era de condenação à tramitação de procedimentos urbanísticos de caráter sancionador e de proteção da legalidade.

a obrigação seja construída pelo ordenamento, bem como da concreta fase de aplicação da norma em que se produza a passividade administrativa;

2) o requisito de que o autor “tenha direito a ela” não teria porque excluir as situações jurídicas protegidas pela ação popular, desde que o acento se ponha como faz o Tribunal Supremo, na correlativa “imposição à Administração da obrigação de realizar uma atividade que satisfaça a prestação concreta que aquele tem o direito de perceber, conforme a própria disposição geral”⁴¹. Este entendimento é reforçado se é acrescido da precisão de que as potestades de intervenção são de obrigado exercício pela Administração, tal como reconhecem a jurisprudência⁴² e o legislador⁴³; e,

3) a exigência de que a prestação seja “a favor de uma ou várias pessoas determinadas” pode muito bem entender-se cumprida quando quem a reclama (autor popular) se encontra no círculo das pessoas que ostentam o direito de exigir esta atuação.

Para concluir esta epígrafe, dediquemos alguma atenção à **pretensão** de declaração de descumprimento do ordenamento jurídico, **“ordem de cese” e adoção de medidas perante uma “via de fato”**. Sua atual regulação se encontra no art. 30 LJCA⁴⁴ e apresenta o interesse de sublinhar que o característico da atuação administrativa perante uma via de fato consiste em que se produz ignorando os requisitos procedimentais e de competência⁴⁵, não o âmbito material sobre o qual recai a atuação ilegal. Resulta, portanto, indiferente o caráter patrimonial ou não das situações jurídicas afetadas por uma atuação da Administração perante uma via de fato, tornando possível a sua utilização também pelo autor popular com a finalidade de perseguir a defesa de situações jurídicas de índole não patrimonial.

6- Limites processuais para o êxito da ação popular.

Quando o recurso contencioso-administrativo espanhol é interposto exercício da ação popular, não se exige nenhum requisito de caráter formal adicional aos ordinários; e mais, se aplica a mesma interpretação antiformalista que inspira o processo espanhol em seu conjunto. Do ponto de vista substantivo, tampouco é possível afirmar que a ação popular

⁴¹ A citação foi tomada da Sentença do Tribunal Supremo de 24 de julho de 2000.

⁴² Consultem-se, por todas, as Sentenças do Tribunal Supremo de 31 de dezembro de 1990 (FJ2), e de 24 de outubro de 1995.

⁴³ Com toda firmeza o afirma o art. 220, Lei nº 16/2005, a nova lei urbanística valenciana: “A adoção das medidas de restauração da ordem urbanística infringida é uma competência irrenunciável e de inescusável exercício pela Administração atuante. Nem a instrução do expediente sancionador, nem a imposição de multas, exoneram a Administração de seu dever de adotar as medidas tendentes à restauração da ordem urbanística infringida, nos termos estabelecidos nesta Lei (...)”.

⁴⁴ O teor literal deste artigo é: “No caso da via de fato, o interessado poderá formular requerimento à Administração atuante, intimando-o a proceder à sua cessação. Se tal intimação não houver sido formulada, ou não for atendida dentro dos dez dias seguintes à apresentação do requerimento, poderá deduzir diretamente recurso contencioso-administrativo”.

⁴⁵ O conceito de “via de fato” (“*vía de hecho*”) não coincide com o de execução de ato nulo (em virtude da absoluta falta de procedimento ou por vício de competência). No primeiro caso (via de fato), nos encontramos como uma atuação material da Administração que carece de um ato administrativo que a legitime. Neste caso não existe sequer um ato administrativo cuja validade possa ser questionada. No segundo caso (execução de ato nulo), a atuação material da Administração se sustenta em um ato administrativo, que goza de presunção de validade *juris tantum*, que pode ser destruída por via de recurso, demonstrando-se que o ato possui uma causa de nulidade.

tenha na Espanha limites processuais especiais. Contudo, alguns dos elementos comuns apresentam peculiaridades significativas quando o recurso contencioso é interposto por um autor popular. Concretamente, exige-se que a causa trate da inadmissibilidade fundada na extemporaneidade da ação⁴⁶, porque o prazo de interposição sofre importantes modulações na ação popular (se bem que unicamente no âmbito urbanístico). Igualmente, deve-se considerar a proibição do exercício abusivo da ação popular, que pode desembocar em um desprovimento do recurso por falta de legitimação *ad causam*.

6.1. O prazo de interposição do recurso para o autor popular

Para o exercício da ação popular os prazos gerais são disciplinados pelo art. 46 da LJCA⁴⁷. Contudo, **no âmbito urbanístico** (e não em qualquer outro setor para o qual haja previsão da ação popular) **“se tal ação está motivada pela execução de obras que se considerem ilegal, poderá se exercitar durante a execução delas e no decurso dos prazos estabelecidos para a adoção das medidas de proteção da legalidade urbanística”** (art. 304.2 TR 1/92).

Esta regra especial tem caráter de norma de aplicação plena em todo o Estado espanhol⁴⁸, o que, por um lado, torna desnecessário que as leis autonômicas sobre o solo contenham uma previsão semelhante; e, por outro, dá cobertura à constitucionalidade daquelas que o fazem (Aragón, Castilla e León, Catalunha, Galícia, etc.). Vale destacar que, diferentemente do texto da *Lei do Solo de 1976*, o art. 304.2 TR 1/92 não estabelece o prazo para interposição de recurso, senão que remete a matéria à correspondente legislação autonômica, respeitando, portanto, a competência exclusiva das Comunidades Autônomas para determinar o prazo de caducidade de suas potestades de proteção da legalidade em matéria urbanística. As especificidades ficam, destarte, asseguradas.

Com efeito, existem Comunidades Autônomas⁴⁹ que seguem o antigo modelo estatal, fixando o referido prazo em quatro anos desde a finalização das obras⁵⁰; outras, entretanto,

⁴⁶ As causas de inadmissibilidade estão reguladas pelo art. 69 LJCA, que dispõe o seguinte: “A sentença declarará a inadmissibilidade do recurso ou de alguma das pretensões nos casos seguintes: a) Se o Juiz ou Tribunal Contencioso-administrativo carecer de jurisdição. b) Se houver sido interposto por pessoa incapaz, não devidamente representada ou não legitimada. c) Se tiver por objeto disposições, atos ou atuações não susceptíveis de impugnação. d) Se recair sobre coisa julgada ou sobre a qual exista litispendência. e) Se a petição inicial do recurso for apresentada fora do prazo estabelecido.”

⁴⁷ Este artigo contém seis partes, das quais apenas se reproduzem a seguir as quatro primeiras, por serem as relevantes para um autor popular. São elas: “1. O prazo para interpor o recurso contencioso-administrativo será de dois meses contados a partir do dia seguinte ao da publicação da disposição impugnada ou ao da notificação, ou da publicação do ato que ponha fim à via administrativa, se for expreso. Se não o for, o prazo será de seis meses e será contado, para o solicitante e outros possíveis interessados, a partir do dia seguinte àquele em que, de acordo com sua normativa específica, se produza o ato presumido. 2. Nos supostos previstos no artigo 29, os dois meses serão contados a partir do dia seguinte ao vencimento dos prazos assinalados no referido artigo. 3. Se o recurso contencioso-administrativo for dirigido contra uma atuação em via de fato, o prazo para interposição do recurso será de dez dias a contar do dia seguinte ao término do prazo estabelecido no artigo 30. Se não houver requerimento, o prazo será de vinte dias desde o dia em que se iniciou a atuação administrativa em via de fato. 4. O prazo para interposição do recurso contencioso-administrativo será contado desde o dia seguinte àquele em que se notificar da resolução expressa do recurso potestativo de reposição ou em que este deva se entender presumidamente desestimado.”

⁴⁸ Veja-se a Disposição Final Única da Lei estatal 6/1998, de 13 de abril, do Regime do Solo e Valorações.

⁴⁹ É o caso do art. 185.1 da Lei andaluza 7/2002; do art. 182.4 da Lei castelhana-mancheiga 2/1998; do art. 208.1 da Lei cántabra 2/2001; do art. 208.2 da Lei madrilenha 9/2001, de 17 de julho; do art. 228 da Lei murciana 1/2001; do art. 200 da Lei foral navarra 35/2002; ou, finalmente, do art. 199.1 da Lei riojana 10/1998. Também rege o prazo de quatro anos para as Comunidades nas quais ainda é aplicável o art. 185 do Texto Refundido da Lei do Solo e Ordenação Urbana de 1976 (RD 134/1976, de 9 de abril, por sua vez modificado pelo art. 9 do Real Decreto Lei 16/1998), a saber: Baleares, País Basco.



ampliam este prazo até seis anos⁵¹; há Comunidades, ainda, que, diversamente, estabelecem um prazo vinculado ao prazo de prescrição das infrações administrativas pela realização da obra ilegal⁵². Isto tudo, por sua vez, deixando a salvo as hipóteses de irregularidade que cada uma delas considera mais graves, face às quais todas coincidem em não dispor de limitação temporal para o exercício destas potestades. Isto implica que em tais casos a ação popular carece de prazo limite para ser ajuizada.

Ademais, não é necessário dizer que esta especificidade da ação popular urbanística espanhola permitiu que, nos casos nos quais, em virtude das exigências dos prazos ordinários, recursos que deveriam ser inadmitidos por extemporâneos, tenham podido ser conhecidos pelos Tribunais, ao mesmo tempo em que foi fortalecida uma importante exegese jurisprudencial deste preceito, os quais passamos a expor a seguir.

O pressuposto jurídico da ampliação do prazo consiste em que se trate da “execução de obras que se considerem ilegais”, sem que se possa aplicar a qualquer outro tipo de atuação urbanística desconforme com o ordenamento⁵³. A obra será tida por ilegal quer quando careça de licença (como se interpretou enquanto vigorou a *Lei do Solo de 1956*), quer quando, apesar de possuir licença, esta se encontre viciada, independentemente da causa de irregularidade que lhe afete⁵⁴; e também, é claro, nos casos em que o executado não observe as condições estabelecidas pela licença.

Um aspecto fundamental que não pode deixar de ser objeto de referência diz respeito a não aplicação pela Jurisprudência deste regime especial de impugnação a certas hipóteses, ainda que nem o art. 304.2 TR 1/92, nem seus predecessores tenham contemplado qualquer exceção. Tais hipóteses têm em comum o fato de que a obra ilegal deve estar amparada em licença concedida de forma expressa⁵⁵, e se resumem aos seguintes:

a) Impugnação, pela Administração Pública de âmbito territorial superior (Estado ou Comunidade Autônoma), de um acordo municipal de concessão de licença.

Houve ocasiões nas quais uma Comunidade Autônoma decidiu recorrer a atuações urbanísticas de uma Entidade Local (Município) através da ação popular, com a expressa intenção de se beneficiar do maior prazo que já vimos comentando. Contudo, os Tribunais não o permitiram por considerar que tal proceder implicaria em uma exceção injustificada ao regime de controle jurisdicional previsto no art. 65.3

⁵⁰ A data de término da obra, para estes efeitos, é a de término formal, e não a de sua finalização material. Tal fato deverá ser constatado por quem desejar arguir a extemporaneidade do recurso (Sentença do Tribunal de Justiça de Valência de 16 de janeiro de 1999 (FJ 2), Sentença do Tribunal de Justiça de Cantábria de 24 de julho de 2000 (FJ 2)).

⁵¹ Como fazem os arts. 119 e 219 da Lei catalã 2/2002; ou o art. 210.1 da Lei galega 9/2002.

⁵² Os arts. 197 e 209 da Lei aragonesa 5/1999 fixam um prazo de um ano, quatro ou dez anos, a depender de que a infração seja, respectivamente, leve, grave ou muito grave. Por sua parte, os arts. 114 e 121.1 da Lei castelhana-leonesa 5/1999 estabelecem o prazo de um ano ou quatro anos, em função de que a infração seja leve, no primeiro caso, ou grave ou muito grave, no segundo; igual solução incorpora a nova Lei valenciana 16/2005 em seu art. 238.

⁵³ Em consequência, a Sentença do Tribunal Superior de Justiça da Catalunha de 15 de setembro de 1998 nega a sua aplicação para impugnar um convênio urbanístico, e a idêntica conclusão chega a Sentença do Tribunal Supremo de 27 de março de 2002 quando se trata de empregar para recorrer a aprovação definitiva de um Estudo de Detalhe.

⁵⁴ Neste sentido, vejam-se a Sentença do Tribunal Supremo de 26 de fevereiro de 1998 (FJ 4 e 7) e as do Tribunal Superior de Justiça de Estremadura de 20 de março de 2002 (duas sentenças, cujos números oficiais são 495/2002 e 496/2002), de 15 de abril de 2002 e de 27 de junho de 2002.

⁵⁵ Em certa medida, esta jurisprudência nos reconduz ao regime da Lei do Solo de 1956, na qual o prazo especial de impugnação da obra ilegal era aplicável unicamente se a obra não estava amparada por licença.

da Lei 7/1985⁵⁶, que o Tribunal Constitucional declarou parâmetro constitucional da garantia da “autonomia local”.

Entendemos que tal doutrina jurisprudencial parece acertada e se encaixa perfeitamente com nossa opinião. Acrescente-se que, por todos os argumentos que já expusemos no curso deste trabalho, não se deve admitir o exercício da ação popular pelas Administrações Públicas.

b) Impugnação de uma licença urbanística pelos próprios “consejales”⁵⁷ que votaram contra a concessão da licença.

É pacífico na doutrina jurisprudencial⁵⁸ que, quando o recurso for interposto por um “consejal”, ainda que através da ação popular urbanística, o prazo para impugnar os acordos dos quais tenham participado (votando contra a sua outorga) seja o prazo normal (dois meses), computando-se no prazo a data da sessão em que houver sido autorizada a concessão da licença, inclusive. O fundamento jurídico do argumento desta interpretação encontra-se no art. 63.1.b da Lei 7/1985⁵⁹ e no art. 211 do *Regulamento de Organização, Funcionamento e Regime jurídico das Entidades Locais de 1986*⁶⁰, que se constitui norma especial que não admite exceção.

c) Impugnação por particulares que receberam uma notificação pessoal e direta do acordo contra o qual recorrem.

Regem os prazos, segundo a jurisprudência⁶¹, da Lei que disciplina os prazos gerais: a Lei 30/1992 (para a via administrativa prévia) ou a LJCA (para a via jurisdicional). Afirma-se que a especialidade a que vimos nos referindo está pensada para o resto dos cidadãos, alheios ao procedimento de outorga da licença. Todavia, se o autor popular é uma pessoa que deveria ter sido notificada, mas não o foi, ora se lhe permite utilizar o regime especial da ação popular urbanística⁶², ora o regime previsto para a notificação defeituosa⁶³.

⁵⁶ Sobre este aspecto, podem ser consultados os interessantes argumentos lançados na Sentença do Tribunal Supremo de 5 de maio de 1998, que pode ser considerada como uma das pioneiras desta corrente jurisprudencial.

⁵⁷ N.T.: A figura dos “consejales” poderia se aproximar da dos vereadores, contudo existem diferenças significativas entre eles, considerando que os Municípios espanhóis não possuem um órgão que represente o Poder Legislativo. Os “consejales” integram a Administração pública municipal, embora sejam eleitos pelo sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto (art. 19, Lei 7/ 1985)

⁵⁸ Pode-se constatar esta corrente jurisprudencial nas Sentenças do Tribunal Supremo de 18 de março de 1992, de 5 de maio de 1998, de 5 de julho de 1999 e na mais próxima no tempo de 23 de maio de 2000.

⁵⁹ O art. 63.1.b da Lei de Bases de Regime Local estabelece que “Ademais dos sujeitos legitimados no regime geral do processo contencioso-administrativo, poderão impugnar os atos e acordos das entidades locais que incorrerem em infração do ordenamento jurídico: [...] b) Os membros das Corporações que houverem votado contra tais atos e acordos”.

⁶⁰ Este regulamento foi aprovado pelo Real Decreto 2568/1986, de 28 de novembro. O seu art. 211.3 dispõe que “o prazo para interpor recurso de reposição pelos “Consejales” ou membros das Corporações Locais que houverem votado contra o acordo será contado desde a data da sessão em que houver sido votado tal acordo.”

⁶¹ Veja-se, sobre o tema, entre outras, as Sentenças do Tribunal Supremo de 29 de novembro de 1995, de 5 de julho de 1999, de 25 de janeiro de 2000, e de 20 de março de 2000.

⁶² Um exemplo sobre o que se acaba de afirmar é proporcionado pela Sentença do Tribunal Supremo de 21 de maio de 1997.

⁶³ Neste sentido, pode-se citar a Sentença do Tribunal Supremo de 13 de outubro de 1988. O regime da notificação defeituosa encontra-se no art. 58.3 da tantas vezes citada Lei 30/1992, segundo a qual “as notificações que contendo o texto íntegro do ato omitirem algum dos demais requisitos previstos no apartado anterior surtirão efeito a partir da data em que o interessado realize atuações que suponham o conhecimento do conteúdo e alcance da resolução ou ato objeto da notificação ou resolução, ou interpuser qualquer recurso que proceder.”

Em alguns casos, assimilou-se à notificação o conhecimento do expediente de licença, aplicando-se então o prazo ordinário de interposição do recurso computado desde o momento em que constar de forma fidedigna tal conhecimento⁶⁴ (por exemplo, pela apresentação de denúncia com rica documentação, ou extraindo tal conclusão do escrito de interposição do recurso na via administrativa no qual se afirma haver consultado o expediente, ou da comunicação prévia à interposição do recurso que era exigida pelo derogado art. 110 da Lei 30/1992). Porém, a jurisprudência, inclusive aquela que aplica a doutrina que vimos expondo, não impede que a publicação da licença provoque o efeito de ter por inaplicável o prazo especial de ajuizamento da ação popular⁶⁵, o que resulta, pelo menos, curioso.

Em nossa opinião, as hipóteses dos itens “a” e “b” devem ser criticadas, já que, em virtude de critérios não contemplados no art. 304 TR 1/92, chega-se a conclusões que podem desencadear nada mais, e nada menos, do que a inadmissão da ação. Haveria de sublinhar que consideramos o caráter de norma especial que corresponde ao preceito do qual nos ocupamos, e, sobretudo com relação aos efeitos do conhecimento do ato impugnado, respeitar a omissão no referido art. 304 destes pormenores.

De qualquer modo, e para maior aprofundamento, se na Espanha à própria Administração concedente da licença ilegal (e indiscutivelmente conhecedora dos termos jurídicos dela) são outorgadas potestades para corrigir os seus desatinos⁶⁶, e a norma especial da ação popular urbanística expressamente faz coincidir o seu prazo de exercício com o de caducidade de tais potestades administrativas, não consideramos lógico que o conhecimento da licença por parte do autor (quem quer que seja) possa ser um argumento para obstaculizar a plena virtualidade do art. 304 TR 1/92.

6.2. Abuso de direito e ação popular.

Na Espanha, um dos mitos sobre a ação popular é o relacioná-la imediatamente com o “**abuso de direito**”, proscrito pelos arts. 7.2 do *Código Civil*⁶⁷ e 11 LOPJ⁶⁸. A sua ocorrência, como já foi dito, desemboca na desestimação do recurso por falta de legitimação *ad causam* o que propicia, na prática, que os demandantes aleguem o abuso de direito de forma quase automática frente a uma ação popular.

A doutrina administrativista espanhola advertiu de forma constante e reiterada as finalidades ilícitas que poderiam se esconder por detrás do exercício da ação popular, bem

⁶⁴ Vejam-se neste sentido: Sentenças do Tribunal Supremo de 17 de fevereiro de 2001, de 30 de novembro de 2002; do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 29 de novembro de 1996 e de 30 de janeiro de 1997; do Tribunal Superior de Justiça de Baleares de 3 de fevereiro de 1999. Em contra, porém, a Sentença do mesmo Tribunal de 12 de junho de 1995 e do Tribunal Superior de Justiça de Valência de 16 de janeiro de 1999.

⁶⁵ Vejam-se, em tal sentido, as Sentenças do Tribunal Supremo de 20 de março de 2000, e a de 28 de fevereiro de 1984. Em ambas resulta indiferente a alegada publicação da licença, e basta-lhes a ausência de notificação pessoal ao recorrente para admitir o prazo especial disposto para a ação popular.

⁶⁶ Referimo-nos, especialmente, às potestades de proteção da legalidade urbanística, bem como às de revisão de ofício dos próprios atos quando estiverem viciados de nulidade de pleno direito (art. 102 Lei 30/1992) e à possibilidade de declarar lesivo para o interesse geral um ato próprio incurso em anulabilidade, para a sua posterior impugnação perante a jurisdição contencioso-administrativa (art. 103 Lei 30/1992).

⁶⁷ O Código Civil espanhol foi aprovado por Real Decreto de 24 de julho de 1889, mas a redação vigente do art. 7 deve-se à Lei. Este preceito dispõe que “a Lei não ampara o abuso de direito ou o seu exercício anti-social. Todo o ato ou omissão que pela intenção de seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que for realizado ultrapassar manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com danos para terceiros, dará lugar às medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência do abuso”.

⁶⁸ Este preceito acolhe a versão processual deste princípio proibitivo, estabelecendo que “os Juízos e Tribunais rechaçarão fundamentadamente as petições, incidentes e exceções que forem formuladas com manifesto abuso de direito ou entranhem fraude de lei ou processual”.

como sobre a facilidade de esta figura se converter em um instrumento de coação para a realização de pactos urbanísticos e de compensações delituosas⁶⁹ (em troca da desistência da ação) ou para fins obstrucionistas (dada a possibilidade de ser empregada de forma maciça⁷⁰). O perigo para o qual se advertiu não se reflete, nem sequer vagamente, com a mesma intensidade, na jurisprudência, onde os pronunciamentos apreciando a ocorrência deste vício são muito escassos. Certamente, resulta paradoxal que, reconduzindo-se a pretensão do ator público, por definição, ao cumprimento efetivo da legalidade vigente, possa se apreciar nesses termos um abuso de direito.

Não se pode negar a necessidade de cingir o exercício da ação popular a seus justos termos, mas teria que assinalar a dificuldade de logrã-lo aplicando aqui a técnica do abuso de direito, própria do Direito Cível, e cuja origem se encontra no desejo de isolar situações jurídicas que não poderiam ser reconduzidas ao conteúdo legítimo do direito subjetivo de corte clássico, ou seja, de caráter individual. Daí que, basicamente, as situações de exercício abusivo de um direito se caracterizaram pela ausência de benefício ou utilidade para o seu titular, com independência de que provocassem ou não danos a um terceiro. Essa dificuldade deixa o seu rastro na jurisprudência contencioso-administrativa enfrentada caso a caso com a tarefa de verificar a ocorrência deste conceito jurídico indeterminado. Para começar, deve-se ter cuidado no momento de articular as exigências derivadas da proibição do abuso de direito (evitando que a ação popular dê cobertura a uma autêntica conduta picaresca) com as resultantes do direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 24 CE), na sua aceção de direito ao acesso à Justiça. Isto obrigou a jurisprudência espanhola a postular uma interpretação restritiva do que se deva considerar como “abuso de direito”⁷¹, de maneira que, inclusive quando possam existir dúvidas sobre o exercício abusivo do direito de ação, só se admita a exceção em casos muito claros; e que, na hipótese de admitir-se o seu exercício, seja a matéria tratada como uma questão de fundo, e não como um suposto de inadmissibilidade da ação.

O critério jurisprudencial comumente aceito é o de considerar caracterizado o abuso na interposição do recurso na ação popular quando o fim perseguido pelo autor seja, realmente, o de causar a um terceiro um prejuízo que não seja exigido para o bem da comunidade⁷². Os Tribunais na Espanha coincidem em que o benefício que resulta para a comunidade de que prevaleça a legalidade⁷³ se sobrepõe às motivações espúrias do autor público⁷⁴, cuja aparição em cena não pode ser evitada. De maneira que, se há prejuízo para um terceiro, poderá ser acolhida a alegação de exercício abusivo da ação popular – a menos que o recurso tenha que ser provido por imperativo objetivo do ordenamento jurídico.

⁶⁹ Assim, por exemplo, COSCULLUELA MONTANER: “Acción Pública en materia urbanística”, ob. cit., p. 54; MARTÍN MATEO: “La problemática asimilación del accionariado popular”, em *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 179, 1973, p. 475; GONZÁLEZ PÉREZ, J: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Ed. Civitas, 1989, p. 72; PARADA VÁZQUEZ, R: *Direito Administrativo*. Madrid, 1993, p. 492.

⁷⁰ A jurisprudência, porém, esclarece que o abuso de direito não pode ser medido quantitativamente, nem ser avaliado pelo número de recursos interpostos pelo autor popular. Podem se consultar, a este respeito, as Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 19 de janeiro e 19 de fevereiro de 2001 (FJ 2 e 3, respectivamente), bem como de 5 e 24 de julho de 2000 (FJ 2 e 4, respectivamente).

⁷¹ Assim se aprecia nas Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 5 de setembro de 1997 e de 7 de junho de 2000 (ambas em seus respectivos FJ 6), bem como na de 4 de abril de 2000 (FJ 3) deste mesmo Tribunal.

⁷² Vejam-se, por exemplo, as Sentenças do Tribunal Supremo de 22 de janeiro de 1980 (Cdo 4º), de 2 de novembro de 1989 (FJ 6), de 4 de março de 1992 (FJ 2) ou de 25 de janeiro de 2000 (FJ 2).

⁷³ Neste sentido manifestam-se as Sentenças do Tribunal Supremo de 2 de novembro de 1989 (FJ 6); de 28 de abril de 1999 (FJ 4), e de 25 de janeiro de 2002 (FJ 2); ademais, as sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Cantábria de 5 de setembro de 1997 (FJ 6), e de 5 e 24 de julho de 2000 (FJ 2 e 4, respectivamente).

⁷⁴ O simples fato de que se possa detectar que o autor popular possui interesse pessoal de índole econômica ou de qualquer outro tipo em jogo, não é determinante de que o exercício do direito esteja desenvolvendo-se abusi-



Constata-se, portanto, que na Espanha não é possível trasladar, simplesmente, a doutrina civilista de abuso do direito para o exercício da ação popular. Quase poderia se afirmar que o abusivo é tentar evitar a fiscalização de uma situação que pode redundar em um prejuízo do direito ao meio urbano de outros cidadãos, entrincheirando-se em que o recorrente “quer mal” ao demandado. No mais, caberia defender, como foi feito com sucesso em algumas ocasiões⁷⁵, que o abuso no exercício da ação popular urbanística pode ser evitado com a redução do desprovimento dos recursos nos casos em que ocorrem verdadeiramente infrações relevantes do ordenamento jurídico, que provoquem um efetivo detrimento do bem jurídico.

Outras serão as técnicas jurídicas do Direito espanhol que poderão ser empregadas para enfrentar com êxito a utilização abusiva da ação popular. Destaca-se a possibilidade, até hoje inédita, da intervenção do Ministério Público perante a desistência do autor público, que, largamente almejada pela doutrina, foi incorporada pela atual LJCA como uma de suas inovações. Concretamente, o seu art. 74 obriga o órgão jurisdicional a ouvir, nestes casos, não só as demais partes, mas também o Ministério Público, e, se este se opuser, não poderá ser acolhido o pedido de desistência. O processo, conseqüentemente, deverá seguir em todas as suas ulteriores fases. Além disso, este mesmo dispositivo legal estabelece que, com independência da atitude que seja adotada pelo Ministério Público em face da desistência do autor popular, o Juiz ou Tribunal poderá “rechaçá-la fundamentadamente quando constate a existência de dano para o interesse público” (art. 74.4 LJCA). Ainda que a medida esteja por ser adotada, cabe esperar que produza efeitos, pois, a nosso entender, a existência do conceito indeterminado no qual se fundamenta (dano para o interesse público) sempre poderá ser apreciada pelo órgão jurisdicional que se enfrente a situações jurídicas autenticamente ilegais.

Tampouco há muito que dizer se o exercício fraudulento da ação popular apresenta traços que o constituem como delito, já que poderia ser atacado pela via penal, sendo especialmente indicado o tipo de ameaças, previsto no art. 171.3 do *Código Penal* espanhol⁷⁶.

vamente, segundo jurisprudência reiterada. Podem-se citar, neste sentido, dentre as mais recentes, as Sentenças do Tribunal de 5 de outubro de 2001 (FJ 4) e de 6 de outubro de 2001 (FJ 4). Tampouco o é o contrário, isto é, que o autor não possa deduzir interesse pessoal algum, como se diz, por exemplo, nas Sentenças da Audiência Territorial de Corunha de 30 de dezembro de 1987, (segundo reproduz a Sentença do Tribunal Supremo de 23 de maio de 1990, que o aceita em apelação, ou nas duas Sentenças do Tribunal Superior de Justiça de Extremadura de 20 de março de 2002, a de 15 de abril de 2002 ou 27 de junho do mesmo ano (todas elas, em seu FJ 2).

⁷⁵ Concretamente, veja-se a Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Castela e Leão, de 11 de novembro de 1999, que resolve um recurso no qual, mediante a ação popular, se impugnava a denegação da suspensão de obras que se desviavam do projeto básico de forma quantitativamente considerável, mas escassamente relevante desde a transgressão da legalidade (leve modificação de desenho e volume, sem afetar a ocupação, altura, disposição do edifício ou uso). Interessa fundamentalmente seu FJ 4.

⁷⁶ O art. 171. 3 do Código Penal, aprovado pela Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro dispõe: “1. As ameaças de um mal que não constitua delito serão castigadas com pena de prisão de seis meses a dois anos ou multa de doze a vinte e quatro meses, atendidas a gravidade e circunstância do fato, quando a ameaça for condicional e a condição não consistir em uma conduta devida. Se o culpado houver conseguido o seu propósito, impor-se-lhe-á a pena em sua metade superior. 2. Se alguém exigir de outrem uma quantidade ou recompensa sob a ameaça de revelar ou difundir fatos referentes à sua vida privada ou relações familiares que não sejam publicamente conhecidos e possam afetar sua fama, crédito ou interesse, será castigado com a pena de prisão de dois a quatro anos, se conseguiu a entrega de todo ou parte do exigido, e com a de seis meses a dois anos, se não o conseguir. 3. Se o fato descrito no ponto anterior consistir ameaça de revelar ou denunciar a comissão de algum delito, o Ministério Público poderá, para facilitar o castigo da ameaça, se abster de acusar pelo delito com cuja revelação se houver ameaçado, exceto se este estiver sancionado com pena de prisão superior a dois anos. Neste último caso, o Juiz ou Tribunal poderá rebaixar a sanção em um ou dois graus.” Este tipo delitivo deve ser posto em conexão com o Título XVI (Dos delitos relativos à ordenação do território e a proteção do patrimônio histórico e do meio ambiente) do mesmo Código Penal, para cujo estudo podem ser consultados GARCÍAS PLANAS, G: *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; e RENART GARCÍA, F: *El delito de daños al patrimonio cultural español: análisis del art. 323 del Código penal de 1995*. Ed. Ed. Comares, Granada, 2002.

Não poderia se considerar, com relação ao ajuizamento da ação popular contencioso-administrativa, o delito de acusação falsa (arts. 456 e 457 do Código Penal⁷⁷) que, como indica BUJOSA⁷⁸, é garantia da ação popular no processo penal. A razão não é outra senão a estrita interpretação que se exige dos tipos penais.

Finalmente, consideremos a possibilidade de abordar o problema do qual vimos tratando através de medidas de tipo econômico, que certas vezes propõem entre nós, tais como sujeitar o autor popular à fiança ou condená-lo ao pagamento das custas. Quanto à primeira, cabe dizer que não há base positiva alguma no Direito espanhol para condicionar o acesso do autor popular aos Tribunais ao requerimento de fiança, pois o art. 20.3 LOPJ⁷⁹ não é aplicável à jurisdição contencioso-administrativa, cuja Lei reguladora não prevê que a mera interposição de recursos contencioso-administrativos fique sujeita à prestação de caução⁸⁰. A LJCA apenas contempla a exigência de fiança como medida de precautela para fazer frente aos possíveis prejuízos derivados da adoção de medidas cautelares solicitadas.

No tocante à possibilidade de impor custas ao autor popular, é necessário esclarecer que o fato de que a ação popular “será sempre gratuita”, em nada contradiz a previsão do art. 20.3 LOPJ, o que significa afirmar, tão-somente, que não está sujeita a taxas judiciais.

As leis urbanísticas ou protetoras do patrimônio histórico que reconhecem a ação popular não se preocupam em regular como deverão ser atendidos os gastos processuais derivados do seu exercício, diferentemente do que ocorre em certas leis meio-ambientais. Destaca-se, dentre elas, a Lei 22/1988, de Costas (Espaços Marítimos Terrestres), que no art. 109.2 dispõe que “a Administração, comprovada a existência da infração e sempre que o fato denunciado se constitua em matéria de um expediente sancionador já finalizado ou em tramitação, os particulares denunciadores abonarão os gastos justificados aos quais houverem dado causa”. Ainda que o âmbito da norma seja o procedimento na via administrativa, tentou-se a aplicação análoga destas previsões ao processo contencioso-administrativo, pretensão que foi expressamente descartada pelo Tribunal Supremo na Sentença de 24 de abril de 1997, ditada por ocasião da apelação da Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Andaluzia de 28 de junho de 1991, que decidiu um pleito suscitado por um autor popular com relação à restauração da ordem urbanística infringida pela realização de obras sem licença.

⁷⁷ O tipo delitivo do art. 456 do Código Penal estabelece:

“1. Aqueles que, com conhecimento de sua falsidade ou temerário desprezo pela verdade, imputarem a alguma pessoa fatos que, sendo certos, constituiriam infração penal, se esta imputação for feita perante funcionário judicial ou administrativo que tenha o dever de proceder à sua averiguação, serão sancionados: 1.º Com a pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses, se se imputar um delito grave. 2.º Com a pena de multa de doze a vinte e quatro meses, se se imputar um delito menos grave. 3.º Com a pena de multa de três a seis meses, se se imputar uma falta.

2. Não se poderá proceder contra o denunciante ou acusador senão após sentença firme ou auto também firme, de arquivamento do Juiz ou do Tribunal que haja conhecido da infração imputada. “Estes mandarão proceder de ofício contra o denunciante ou acusador sempre que da causa principal resultem indícios bastantes da falsidade da imputação, sem prejuízo de que o fato possa também ser perseguido prévia denúncia do ofendido”.

Segundo o art. 457 do mesmo Código: “Aquele que, perante algum dos funcionários indicados no Artigo anterior, simular ser responsável ou vítima de uma infração penal ou denunciar uma inexistente, provocando atuações processuais, será castigado com a multa de seis a doze meses”.

⁷⁸ BUJOSA VADELL: “La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico”, ob. cit., p. 549.

⁷⁹ Segundo este preceito, “não poderão ser exigidas fianças que por sua inadequação impeçam o exercício da ação popular [...]”.

⁸⁰ Esta é uma diferença a respeito do que ocorre com o autor popular em sede penal. O art. 280 da Lei de Processo Criminal de 1882 estabelece que “o particular querelante prestará fiança da classe e na quantia que fixar o Juiz ou Tribunal para responder das resultas do juízo”; e o seu art. 281 regula os sujeitos que ficam isentos de apresentar tal fiança, sem que entre eles se encontre o autor popular.

Avaliza todo o anterior a jurisprudência majoritária, segundo a qual, nos assuntos contenciosos no exercício da ação popular, as custas do processo se impõem ou deixam de ser impostas de acordo com a regulação ordinária na LJCA. Esta conclusão permite confirmar a imposição de custas como uma das medidas jurídicas possíveis para combater o exercício abusivo da ação popular.

7. Conclusão

Nas páginas anteriores foram expostos os principais problemas jurídicos que, no Direito espanhol, suscita a proteção do meio ambiente, do meio urbano e do patrimônio histórico através da ação popular contencioso-administrativa. Como o leitor pode observar, a sua regulação expressa é bastante sucinta e, ademais, não se encontra em um só texto normativo. Resumindo, temos:

- a previsão constitucional e legal de que os cidadãos poderão exercer a ação popular, remetendo ao legislador setorial a concreção dos âmbitos onde isto será possível;
- o disposto por determinadas leis setoriais (principalmente urbanísticas e meio-ambientais) do seu uso para exigir o seu cumprimento. A fórmula prototípica de reconhecimento da ação popular dispõe simplesmente: “será pública a ação para exigir perante os Tribunais de Justiça o cumprimento do estabelecido nesta Lei”;
- no âmbito urbanístico, a norma proporciona ademais uma regulação especial do prazo de interposição do recurso;
- a previsão na LJCA de que, nos casos em que o ator popular desista, possa intervir o Ministério Público para manter a ação, talvez evite que a ação popular seja exercida com fins de chantagem.

Pode dizer-se que isto é tudo. Nenhuma especialidade regula a LJCA para a tramitação dos recursos contencioso-administrativos interpostos no âmbito da ação popular. Certamente, ao jurista de outro Ordenamento jurídico não seria fácil poder articular, com estes dados, toda a série de problemas jurídicos que surgem ao articular a mencionada regulação com outras normas do Direito espanhol. Aqui se lhe oferecem os mais importantes, com os quais possa fazer uma comparação com o seu Direito nacional.

Prof^a. Dra. M^a Dolores Rego Blanco
Universidad Pablo de Olavide (Espanha)

“Rainbow”, um exemplo mundial: a primeira área marinha protegida nacional em perspectiva sob águas do alto mar. À descoberta do tesouro do arco-íris

Resumo

A descoberta do ecossistema fervilhante do campo hidrotermal *Rainbow* numa zona da plataforma continental portuguesa situada além das 200MN abriu a possibilidade do nosso país figurar com nova presença indelével na história da odisseia marítima, desta feita por um novo gene que introduz na compreensão do Direito do mar. A proposta de ali ser designada, no âmbito da Convenção OSPAR, a primeira área marinha protegida nacional sob águas com o estatuto de alto mar e a subsequente aceitação fazem de Portugal um exemplo pioneiro no panorama internacional da protecção da biodiversidade marinha. Pelo enquadramento *sui generis* da área marinha protegida, mas também pela designação ter sido aceite numa fase em que não está ainda concluído o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental. A sensibilização para as novas perspectivas jurídicas que o facto desperta é o desafio que move o presente estudo.

“*Homme, nul n’a sondé le fond de tes abîmes;
Ô mer, nul ne connaît tes richesses intimes*”

Charles Baudelaire, «L’Homme et la mer», in *Les fleurs du mal*, 1857

Considerações introdutórias¹

Quiçá o nome não tenha sido apenas uma escolha do acaso. *Rainbow*, na nossa língua materna *Arco-íris*, transporta culturalmente a quimera de um cofre perenemente procurado. A beleza magnética do fenómeno rapidamente seduziu o imaginário popular, vendo nele um bom presságio para a realização de sonhos que, por metamorfose, exprimem manifestações multiformes do tesouro que se pensa afinal estar ali dentro. Consentânea com esta descrição é, identicamente, a mística que envolve todo o oceano e as múltiplas formas como o Homem se projecta nele. Fonte ancestral de inspiração, retratada e reinventada a cada fôlego geracional, no mar reflectimos muitos dos nossos anseios, discretamente modelando a esperança de que ele seja fiel às nossas intuições.

¹ Expresso publicamente o meu profundo agradecimento ao Prof. Doutor Ricardo Serrão Santos, do Departamento de Oceanografia e Pescas da Universidade dos Açores (DOP) por toda a sua colaboração e, fundamentalmente, por ter aceite fazer a revisão, que nos é tão preciosa, deste estudo. Por todo o apoio inestimável permanente não podia, igualmente, deixar de expressar o meu sincero agradecimento ao Prof. Doutor Manuel Pinto de Abreu, bem como ao Dr. Paulo das Neves Coelho, ambos da Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (Ministério da Defesa Nacional). Por toda a ajuda o meu agradecimento, ainda, à Prof. Doutora Ana Colaço (DOP) e à Dr.ª Maria Raquel Guimarães (FDUP).

Tal como uma conjugação feliz de factores meteorológicos e físicos condicionam o fenómeno colorido do *arco-íris atmosférico*, quis o destino que uma outra combinação de circunstâncias geológicas, físico-químicas e geográficas colocasse na rota dos destinos nacionais, a aproximadamente 235MN e entre os 2270-2320 metros de profundidade², um campo de chaminés hidrotermais que muito apropriadamente se apresenta como um verdadeiro *arco-íris marinho*. Efectivamente, não bastando o auspicioso nome de baptismo, por estar situado na nossa plataforma continental além das 200MN o campo *Rainbow* convoca um autêntico tesouro de reflexões jurídicas. Nelas nos aventuramos a submergir para indagar a luz que o campo projecta nos novos caminhos a traçar por um Direito do mar contemporaneamente comprometido com o desígnio da protecção da biodiversidade³ marinha. No estádio actual da evolução do Direito do mar, e tendo presente o grau de amadurecimento no Direito português aplicável às áreas protegidas da importância do meio marinho⁴ *offshore*⁵, a perspectiva da criação de uma área marinha protegida⁶ (AMP) numa zona da plataforma continental situada além das 200MN constitui um fenómeno sem precedentes na prática e na teoria jurídica, interna ou internacional. Entregamo-nos, por conseguinte, neste trabalho a um ensaio de sistematização da problemática jurídica que rodeia a criação de uma área marinha protegida nacional com esta configuração aventurosa, cientes, contudo, que só a concorrência futura de outros contributos doutrinários aprofundados permitirão situar mais rigorosamente a área protegida *Rainbow* na geografia do Direito.

Iniciaremos o nosso estudo com uma breve caracterização dos campos de chaminés hidrotermais, concretizando quanto ao *Rainbow* (ponto 1). Segue-se uma alusão ao alvoroço político que precedeu a aceitação da proposta portuguesa de inclusão do campo *Rainbow* na rede de AMPs-OSPAR, fruto do efeito surpresa que o *Rainbow* produz num Direito do mar aparentemente desprevenido para uma caminhada conjunta do processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental dos Estados com a protecção dos ecossistemas marinhos (ponto 2). Depois apreciaremos o significado do *Rainbow* no quadro da evolução do Direito português aplicável às áreas marinhas protegidas (ponto 3). Por fim dedicar-nos-emos a esboçar um conjunto de soluções para o conflito esperado entre os interesses de protecção ambiental e o feixe de direitos dos Estados terceiros que a criação de um regime substantivo protector para o *Rainbow* traz à colação (ponto 4).

² Vide Manuel BISCOITO e Armando J. ALMEIDA, «New Species of *Pachycara* Zugmayer (Pisces: Zoarcidae) from the Rainbow Hydrothermal Vent Field (Mid-Atlantic Ridge)», *Copeia*, n.º 3, 2004, pp. 562-568, em especial pp. 562. Outros autores convencionam nos 2400 metros a profundidade máxima do *Rainbow*. Ver em D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO, J.-C. CAPRAIS, A. COLAÇO, T. COMTET, P. CRASSOUS, Y. FOUQUET, A. KHRIPOUNOFF, N. LE BRIS, K. OLU, R. RISO, P.-M. SARRADIN, M. SEGONZAC, A. VANGRIESHEIM, «Variations in deep-sea hydrothermal vent communities on the Mid-Atlantic Ridge near the Azores plateau», *Deep-Sea Research I*, Pergamon, n.º 48, 2001, pp. 1325-1346, em especial pp. 1325-1326.

³ Assumimos aqui o conceito de biodiversidade constante do artigo 2.º da Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: «a variabilidade entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo, 'inter alia', os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas».

⁴ Utilizaremos a expressão «meio marinho» com um significado ambivalente, por vezes no sentido de «ambiente» marinho, outras vezes exprimindo a ideia de «espaço» ou «domínio» marinho.

⁵ Entenda-se para os efeitos deste estudo como zonas «*offshore*» as zonas do mar sob soberania ou jurisdição do Estado costeiro que se estendem para lá do limite exterior do mar territorial, tal como definido na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.

⁶ Adoptamos no âmbito deste estudo o conceito de área marinha protegida proposto pela IUCN: «qualquer área do terreno intertidal ou subtidal, conjuntamente com a água sobrejacente e respectivas flora, fauna, características históricas e culturais, que foi circunscrita pela lei ou outros meios efectivos para proteger uma parte ou a totalidade do ambiente incluso». Vide Graeme KELLEHER, *Guidelines for Marine Protected Areas*, IUCN, Gland - Switzerland, Cambridge - United Kingdom, 1999, pp. xi e pp. xviii.

1. *Rainbow*, um “oásis no oceano profundo”: caracterização

A vastidão do oceano, a sua inacessibilidade, o seu elevado dinamismo espacial e temporal e, também, o avultado investimento financeiro que a tecnologia apesar de tudo disponível exige têm justificado que o oceano continue envolto em mistério. É o ecossistema mais vasto... e o menos conhecido⁷. No entanto, o oceano cobre aproximadamente 71% da superfície da Terra e o volume deste, pelo seu carácter tridimensional, representa cerca de 99% do “*espaço vivo*” disponível⁸. Aparte estes números não terem sido sempre exactamente assim, não nos surpreende que os estudos científicos desenvolvidos acerca do começo da vida na Terra convirjam para a elevada probabilidade das primeiras formas terem surgido precisamente no oceano⁹. A este respeito, suspeitando-se de que reúnem condições ambientais muito idênticas às que existiam na Terra quando os primeiros seres vivos surgiram, há biliões de anos atrás, os campos de chaminés hidrotermais, como os localizados no nosso arquipélago dos Açores, são um precioso laboratório, a ponto de serem designados de “*janelas para a evolução da vida*”¹⁰. As profundezas que se pensavam desertas, com a descoberta dos primeiros campos hidrotermais nas Galápagos (*Galapagos Rift*) em 1977, a cerca de 2500m¹¹, mostraram, com efeito, todo um bizarro, populoso e rico ecossistema que, além de adaptado à mais completa escuridão e a pressão elevadíssima, sobrevive a níveis de toxicidade e acidez impensáveis e a temperaturas próximas do ponto de ebulição, considerado àquela profundidade¹². Daí os campos serem epigrafados com felizes expressões do género “*oásis do abismo*”¹³, “*oásis de vida*”¹⁴ ou “*oásis no deserto do oceano profundo*”¹⁵.

⁷ Vide Patrícia W. BIRNIE e Alan E. BOYLE, *International Law and the Environment*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 646.

⁸ Vide Robert COSTANZA, «The Ecological, Economic, and Social Importance of the Oceans», in Robert COSTANZA e Francisco ANDRADE (Eds), *A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos / Ecological Economics and Sustainable Governance of the Oceans*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, IMAR – Instituto do Mar, LPN – Liga para a Protecção da Natureza, 1998, pp. 69-98, em especial pp. 71. Ver, também, A. Charlotte DE FONTAUBERT, David R. DOWNES e Tundi S. AGARDY, *Biodiversity in the Seas. Implementing the Convention on Biological Diversity in Marine and Coastal Habitats*, IUCN, Gland and Cambridge, 1996, pp. 1.

⁹ Vide Robert COSTANZA, *op. cit.*, 1998, pp. 70.

¹⁰ Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), «Planning the management of Deep-sea Hydrothermal Vent Fields MPA in the Azores Triple Junction (Proceedings of the workshop)», *Arquipélago*, Life and Marine Sciences, Boletim da Universidade dos Açores, Supplement 4, 2003, pp. 19.

¹¹ Há descobertas posteriores de campos mais profundos, para lá dos 3000m.

¹² Vide Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), *op. cit.*, 2003, pp. 13. Ilustre-se com o campo *Rainbow* onde a temperatura atinge mais de 300°C na fonte. Obviamente que a vida marinha não sobrevive nestes pontos de temperaturas extremas. As comunidades vivas das fontes hidrotermais desenvolvem-se nas vertentes das chaminés e locais afins onde a temperatura é muito mais baixa.

¹³ Vide Pedro RÉ, «Deep-sea Hydrothermal Vents: “Oases of the Abyss”», in Jean-Pierre BEURIER, Alexandre KISS e Said MAHMOUDI (Eds), *New Technologies and Law of the Marine Environment*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 67-74.

¹⁴ Vide Lyle GLOWKA, «Beyond the Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research and International Seabed Area», in Jean-Pierre BEURIER, Alexandre KISS e Said MAHMOUDI (Eds), *New Technologies and Law of the Marine Environment*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 75-93, em especial pp. 78.

¹⁵ Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, «Protection and Conservation of the Sedentary Species of the Deep Seabed», in Harry N. SCHEIBER e Kathryn J. MENDERINK (Eds), *Multilateralism & International Ocean Resources Law*, Berkeley, Law of the Sea Institute, Earl Warren Legal Institute, University of California, 2004. Publicação acessível online sob o título «Protection and Conservation of the Living Resources of the Area», 2003, pp. 1-11, ver em especial a pp. 5.

Mais de 90% das espécies que ocorrem nestes ecossistemas *sui generis* são novas para a ciência e endêmicas¹⁶. Embora a diversidade de espécies seja normalmente baixa, o nível do endemismo é muito elevado, assim como o é a biomassa. Entre elas figuram maioritariamente vermes tubícolas ou poliquetas, mexilhões, ameijoas, lapas, lesmas, camarões, caranguejos, polvos e peixes com características fisiológicas adaptadas. As comunidades biológicas dos campos hidrotermais são diferentes consoante as partes do oceano onde foram descobertas e as condições próprias de cada local (v.g.: profundidade, contexto geológico, composição química dos fluidos hidrotermais). Assinaladamente, os vermes tubícolas gigantes só se encontram no Pacífico, enquanto que no Atlântico predominam os camarões e os mexilhões¹⁷. Acresce que a partir dos zoom de profundidade os ecossistemas hidrotermais estão normalmente isolados das espécies batiais, isto é, dos organismos das águas profundas sobrejacentes conectados com as comunidades dependentes da fotossíntese¹⁸. A base da cadeia alimentar são bactérias (“*hipertermófilas*”¹⁹) associadas aos sulfuretos expelidos pelas chaminés, sendo elas as responsáveis pelo facto de toda uma comunidade fervilhante de seres vivos conseguir desenvolver-se com absoluta independência da energia solar. Quer dizer, na impossibilidade da fotossíntese, em virtude da profundidade, os campos hidrotermais alojam um ecossistema alimentado primariamente por bactérias que utilizam um processo de quimiossíntese para transformar em energia os componentes dissolvidos nas fontes escaldantes (“*chemo-autotrophic bacterial production*”)^{20 21}. Os campos hidrotermais com as suas chaminés fumegantes (“*black smokers*” ou “*white smokers*”²²) são ecossistemas marinhos muito produtivos, não obstante as condições extremas a que a vida ali está sujeita. Além da ausência da luz e enorme pressão, o ambiente é muito hostil devido ao baixo nível de oxigénio, às elevadas temperaturas, à alta concentração de sulfuretos e metais pesados. Em suma, estas condições tornariam a vida impossível para a maioria das actuais espécies vivas da Terra, contudo os campos hidrotermais alojam milhões de animais transformando-se em autênticos oásis no deserto do oceano profundo. Presentemente são conhecidos à volta de 100 campos

¹⁶ Segundo Pedro RÉ 93% das aproximadamente 350 espécies (identificadas até ao ano 2000) que ali ocorrem são novas para a ciência; algumas podem mesmo ser consideradas fósseis vivos; mexilhões, poliquetas e artrópodes representam cerca de 93% das espécies descritas (*op. cit.*, 2000, pp. 70). Frida M. PFIRTER-ARMAS em 2004 refere a identificação de cerca de 500 espécies animais novas, 90% das quais não são encontradas em mais lado nenhum (*op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 5).

¹⁷ Vide Pedro RÉ, *op. cit.*, 2000, pp. 70.

¹⁸ Vide, designadamente, D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA, M. BISCOITO, T. COMTET, A. KHRIPOUNOFF, N. LE BRIS, P.-M. SARRADIN e M. SEGONZAC, «A review of the distribution of hydrothermal vent communities along the northern Mid-Atlantic Ridge: dispersal vs. environmental controls», *Hydrobiologia*, n.º 440, 2000, pp. 201-216, em especial pp. 201; D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1341; e A. COLAÇO, F. DEHAIRS e D. DESBRUYÈRES, «Nutritional relations of deep-sea hydrothermal fields at the Mid-Atlantic Ridge: a stable isotope approach», *Deep Sea Research I*, Pergamon, n.º 49, 2002, pp. 395-412, em especial pp. 396.

¹⁹ Pertencem ao domínio *Archaea*. Seguindo Lyle GLOWKA, em 1996 foi demonstrado que alguns micróbios associados às chaminés hidrotermais formam o terceiro maior ramo de vida na Terra: o *Archaea*. Especula-se que este possa representar descendentes de algumas das formas de vida primordiais que habitaram o planeta (*op. cit.*, 2000, pp. 79 e 89-90).

²⁰ Vide, designadamente, D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, *op. cit.*, 2000, pp. 202; e Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 5.

²¹ D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, referem a necessidade de se aprofundar o estudo de campos hidrotermais onde predomina o metano e aos quais se associam bactérias metano-tróficas (*op. cit.*, 2000, pp. 210 e pp. 212). Entre nós, na Região Autónoma dos Açores, temos o exemplo do campo Saldanha. Ver, também, Fernando J. A. S. BARRIGA, «Actividade hidrotermal no fundo do mar dos Açores: Estado da Arte», *Colóquio/Ciências*, n.º 23, 1999, pp. 44-59, em especial pp. 50-52, publicação *acessível online*.

²² Nuvens de partículas metálicas minúsculas cuja coloração altera consoante as matérias que são expelidas.

hidrotermais, prevendo-se que possam ter um período de vida activa entre os 10 e os 100 anos. Quando as condições físicas mudam algumas das chaminés apagam-se, enquanto que outras novas podem nascer. Num modelo simplificado os campos hidrotermais podem ser divididos em três zonas: chaminés activas, zona envolvente intermédia e periferia²³.

Embora a observação e conhecimento do funcionamento dos campos hidrotermais estejam ainda nos primórdios, a importância científica, ecológica e económica destes ecossistemas é já incontestável. Sumariamente, a riqueza das fontes hidrotermais vai desde a sua singular biodiversidade, passando pelo elevado e crescente interesse para a medicina e indústria do estudo dos organismos adaptados àqueles ambientes de toxicidade extrema²⁴, até à produção de minerais economicamente atractivos – os sulfuretos polimetálicos²⁵ ²⁶. No imediato é precisamente pela vida atípica que alojam, e não tanto pelos recursos minerais produzidos, que os campos hidrotermais se podem vir a tornar o troféu principal do “*próximo grande prémio na corrida global pelos recursos naturais*”²⁷. Os organismos encontrados nas fontes hidrotermais possuem propriedades genéticas e bioquímicas únicas, desenvolveram estratégias de sobrevivência altamente especializadas e resistem sob as condições mais adversas do planeta²⁸. Consequentemente, abrem um mundo de perspectivas no campo da biotecnologia e oportunidades comerciais não despicientes. A descoberta dos campos hidrotermais, juntamente a outras comunidades vivas do oceano profundo, tende, por isso, a desviar as apostas nos investimentos dirigidos à exploração do «ouro mineral» da plataforma continental e «área»²⁹, para uma aposta no «ouro biológico», isto é, nos recursos genéticos³⁰ gerados nas profundezas marinhas, especialmente no seio

²³ Para uma descrição mais alongada ver, *inter alia*, Pedro RÉ, *op. cit.*, 2000, pp. 70; Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76-79; Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004.

²⁴ Vide, designadamente, Eniko KÁDÁR e Jonathan J. POWELL, «Post-capture investigations of hydrothermal vent macro-invertebrates to study adaptations to extreme environments», *Reviews in Environmental Science and Biotechnology*, n.º 5, 2006, pp. 193-201; R. BETTENCOURT, P. ROCH, S. STEFANNI, D. ROSA, A. COLAÇO e R. S. SANTOS, «Deep sea immunity: Unveiling immune constituents from the hydrothermal vent mussel *Bathymodiolus azoricus*», *Marine Environmental Research*, 64 (2), 2007, pp. 108-127.

²⁵ A sua composição integra metais como ferro, cobre, níquel, zinco, ouro e prata em concentrações relativamente elevadas (v.g.: cobre até 30%, zinco até 25%, ouro até 20gramas/tonelada e prata até 200 gramas/tonelada), *in* Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *O Oceano, Um Desígnio Nacional para o Século XXI*, de 15 de Março de 2004, Parte II – pp. 206.

²⁶ Os sulfuretos polimetálicos provenientes das fontes hidrotermais são, a par dos nódulos polimetálicos de manganês e das crostas polimetálicas ricas em cobalto, os minerais do oceano profundo com maior valor económico aparente. Todos eles alojam organismos vivos dependentes. Como cada mineral tem as suas próprias características e componentes, os organismos vivos associados são também necessariamente diferentes. Os organismos dos sulfuretos polimetálicos são particularmente importantes pelas suas características específicas e porque têm um valor económico potencial independente do mineral hospedeiro. Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 4; e Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *cit.*, Parte II – pp. 206.

²⁷ Vide W. J. Broad, «Hot Bugs, Minerals, and Other Deep-Sea Riches», *International Herald Tribune*, 18 de Novembro de 1993, *apud* Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76.

²⁸ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 77.

²⁹ Acerca da desilusão progressiva sobre a oportunidade de ganhos económicos consideráveis propiciados pela exploração comercial dos recursos minerais da «área», fruto, designadamente, do avultado investimento financeiro que a investigação, o desenvolvimento de tecnologia apropriada e a exploração propriamente dita implicam, vide Tullio SCOVAZZI, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», *IJMCL*, vol. 19, n.º 4, 2004, pp. 383-409, em especial pp. 390-391.

³⁰ Assumimos aqui o conceito de recursos genéticos constante do artigo 2.º da Convenção sobre a Diversidade Biológica: “o material genético de valor real ou potencial”, sendo que «material genético» significa “*todo o material de origem vegetal, animal, microbiano ou de outra origem que contenha unidades funcionais de hereditariedade*”.

dos campos hidrotermais. Os recursos genéticos são uma das *coqueluches* deste início do século XXI e, tendo em atenção que os seres vivos dos campos hidrotermais são o seu recurso mais imediatamente explorável e lucrativo^{31 32}, a protecção destes ecossistemas do saque (“*first come, first served*”) está na ordem no dia. No que concerne os espaços marítimos fora da soberania ou jurisdição dos Estados o assalto é iminente, pela simples razão da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), de 1982³³, ter tido por preocupação exclusiva a regulamentação do aproveitamento dos recursos não vivos («património comum da humanidade»³⁴), institucionalmente gerido pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos³⁵. A importância comercial dos recursos genéticos das comunidades biológicas encontradas no oceano profundo veio demonstrar ironicamente um universo de exploração para o qual o quadro jurídico apresentado pela CNUDM se mostrava desprevenido. Daí a famosa expressão de Lyle GLOWKA, usada pela primeira vez em 1995, acerca do impacto da descoberta dos ecossistemas dos campos hidrotermais na malha de interesses preponderante no regime da «área»: “*the deepest of ironies*”³⁶. Quando os campos foram encontrados em 1977 a definição de «recursos» no âmbito do regime da «área» tinha sido já adoptada. A negociação tinha-se exclusivamente centrado na importância dos recursos minerais, *maxime* dos nódulos polimetálicos. Por esta razão a CNUDM não exhibe disposições específicas sobre o regime jurídico das comunidades biológicas do oceano profundo. Nem quanto à inserção das suas espécies, maioritariamente sedentárias^{37 38}, no regime da «área» ou no do alto mar, nem quanto à regulação da exploração económica

³¹ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76.

³² Note-se, contudo, que actualmente já existem licenças concedidas para a exploração mineral de chaminés inactivas no oceano Pacífico ao largo da Papua Nova Guiné.

³³ A convenção foi aberta à assinatura, em Montego Bay, a 10 de Dezembro de 1982 e entrou em vigor a 16 de Novembro de 1994. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 3 de Novembro de 1997, tendo a Convenção entrado em vigor para o nosso país 30 dias depois (artigo 308.º, n.º 2, da CNUDM), concretamente no dia 3 de Dezembro de 1997. Ver a Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97, DR I-A, n.º 238, de 14 de Outubro, pp. 3; e o Aviso n.º 81/98, DR I-A, n.º 93, de 21 de Abril, pp. 1731.

³⁴ Artigos 133.º e 136.º da CNUDM. Transcreve-se o artigo 136.º: “*A Área e seus recursos são património comum da humanidade*”. Sobre a interpretação deste articulado vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 391.

³⁵ Artigo 156.º da CNUDM. Defendendo que o Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da Convenção (CNUDM), adoptado em 28 de Julho de 1994, dilui o princípio do «património comum da humanidade», vide Nuno Marques ANTUNES, «O Novo Regime Jus-Internacional do Mar : A consagração *ex vi pacti de um mare nostrum*», in Nuno Marques ANTUNES, *Estudos em Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 17-38, em especial pp. 29-30. Ver também Paulo Jorge Canelas de CASTRO, «Do *Mare Liberum ao Mare Commune? As viçosas mutações do Direito Internacional do Mar*», RJ (AAFDL), n.º 24, 2001, pp. 11-20, em especial pp. 13.

³⁶ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76. Ver também Lyle GLOWKA, «Genetic Resources, Marine Scientific Research and the International Seabed Area», RECIEL, vol. 8, n.º 1, 1999, pp. 56-66, em especial pp. 56.

³⁷ Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 8-9. A propósito dos recursos genéticos, acrescentam outros autores que, em virtude da ligação originária do conceito de recursos vivos inerente à CNUDM, incluindo as espécies sedentárias, à actividade da pesca, a diversidade genética microbiana (base da cadeia trófica) encontrada, por exemplo, nos campos hidrotermais está excluída do conceito da CNUDM. No entanto, pelo prisma do dever geral de protecção do ambiente, os microrganismos estão indirecta, mas forçosamente, incluídos no âmbito de aplicação da CNUDM. Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, «The Interplay of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Convention on Biological Diversity», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, pp. 445-480, em especial pp. 446; Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 400-401. Ver nota seguinte.

³⁸ No que se refere à biodiversidade típica das fontes hidrotermais, para efeitos de protecção ambiental da «área» Frida M. PFIRTER-ARMAS faz uma analogia entre aquela e as espécies sedentárias tal como definidas no regime da plataforma continental (artigo 77.º, n.º 4, da CNUDM). Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, designadamente o *abstract*: “*If we take a look at the vent ecosystem, we find that the last*

sustentável, nem quanto à aplicação de medidas de protecção particulares. Em matéria de protecção ambiental a invocação do artigo 145.º, alínea b), e do artigo 162.º, n.º 2, alínea x)³⁹, da CNUDM é incapaz, só por si, de resolver a complexidade da questão, pela relação directa que as disposições têm com a exploração dos recursos minerais⁴⁰.

Em Portugal, mais propriamente na Região Autónoma dos Açores, desde 1992 foram descobertos em expedições científicas americanas ou com liderança francesa ou portuguesa⁴¹ quatro campos de chaminés hidrotermais (*Lucky Strike*, *Menez Gwen*, *Saldanha* e *Rainbow*), em virtude da localização da Região na crista médio-atlântica, num ponto onde convergem as três placas tectónicas: Europeia, Africana e Americana. Este é “*um dos raros sistemas de tripla-junção do planeta*”⁴². Apesar do encadeamento dos campos, a diferente composição e características específicas dos seus *habitats* determinam que as comunidades hidrotermais da tripla junção dos Açores não devem ser consideradas como uma única entidade biogeográfica, mas antes como “*séries de ilhas faunísticas distintas*”⁴³. O *Rainbow* foi encontrado em 1997 (36º13.10'N; 33º54.35'W⁴⁴) e é o campo português mais distante, sendo o único que despontou numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, aproximadamente a 235MN contadas a partir das linhas de base. O *Rainbow* ocupa uma área pequena – 250 X 60m (1,5Km²) – a uma profundidade que varia entre os 2270-2320 metros, aproximadamente⁴⁴⁴⁵. As temperaturas dos fluidos hidrotermais atingem

stages of the food chain of the hydrothermal vents ecosystem – like the fish and octopuses - are resources of the high seas due to the fact that although they feed from – among others - vent organisms, they are able to swim and move to shallower and sunnier waters when needed. They share the vent ecosystem, but they are independent of it. But the situation at the base of the food chain and that of the secondary producers is very different from the one mentioned above. Actually, they do not seem to be high seas resources. They represent in the Area equivalent organisms to the sedentary species, which in zones under national jurisdiction, appertain to the continental shelf and not to the exclusive economic zone. Indeed, they are much more related to the seabed and subsoil than those of the continental shelf, since they can only live in symbiosis with the minerals of the vent”. Considerando a comparação provocadora, tendo em mente a origem do regime das espécies sedentárias nas vicissitudes da soberania para efeitos de exploração dos recursos vivos, vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 401. Lembre-se que a integração das espécies sedentárias no regime da plataforma continental (artigos 68.º e 77.º, n.º 4) é uma herança da Convenção sobre a Plataforma Continental, de 1958, justificando-se nesta época mais recuada pela vontade de subtrair a exploração daqueles recursos ao regime do então mais extenso alto mar (artigo 2.º, n.º 4, da Convenção de 1958).

³⁹ Sobre a problemática inerente a este artigo e ao Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da CNUDM, de 1994, vide Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *The powers of the OSPAR Commission and coastal State parties to the OSPAR Convention to manage marine protected areas on the seabed beyond 200 nm from the baseline*, WWF Germany, Frankfurt am Main, 2006, pp. 19-22.

⁴⁰ Sobre a problemática vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação online, pp. 10.

⁴¹ As expedições oceanográficas com liderança francesa e portuguesa associavam-se, na maioria dos casos, a projectos de investigação europeus. Ver Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 45; D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1326.

⁴² Vide o Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *cit.*, Parte II – pp. 267; e Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 45.

⁴³ Vide D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, *op. cit.*, 2000, pp. 213.

⁴⁴ Vide Manuel BISCOITO e Armando J. ALMEIDA, *op. cit.*, 2004, pp. 562.

⁴⁵ Conforme dissemos, outros autores convencionam nos 2400 metros a profundidade máxima do *Rainbow*. Ver D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1325-1326.

⁴⁶ Referências relativas aos outros três campos hidrotermais (*Lucky Strike*, *Menez Gwen* e *Saldanha*) podem ser encontradas, designadamente, em D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1326 e seguintes; e Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), *op. cit.*, 2003. Ver também o nosso trabalho, «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», in EMEPC-FDUP-CIMAR, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, pp. 61-99, em especial pp. 69-70.

os 365°C e estes possuem características únicas⁴⁷. O jacto das chaminés do *Rainbow* é o mais forte dos encontrados na zona da crista médio-atlântica. Na área do *Rainbow* foram identificadas cerca de 32 espécies, predominando os camarões e os mexilhões. Sublinhe-se que as comunidades vivas das fontes hidrotermais não sobrevivem nos pontos de temperaturas extremas, desenvolvendo-se nas vertentes das chaminés e locais afins onde a temperatura é muito mais baixa. A comunidade viva residente do *Rainbow* aponta para a probabilidade do campo constituir um ecossistema intermediário entre os grupos portugueses vizinhos menos profundos (a Norte) e os grupos mais profundos (a Sul), estes localizados já na «área». Por tudo que acabou de ser dito, e outras razões científicas existem, a importância do campo *Rainbow* é, do ponto de vista científico, ecológico e económico incontroversa. A valia, interesse e curiosidade que os campos hidrotermais suscitam na investigação provocam naqueles que estão mais acessíveis, como é o caso do *Rainbow*, o perigo de iniciativas descoordenadas e pressões que podem colocar em risco o equilíbrio dos seus ecossistemas tão frágeis. Não surpreende, portanto, que logo que se configurou uma oportunidade de criação de uma área protegida no *Rainbow* se tenha despertado um certo alvoroço que irremediavelmente teria de envolver Portugal. E muito bem.

2. O processo de reclamação no quadro OSPAR da jurisdição de Portugal sobre o *Rainbow*. Folhetim de um despertar bem sucedido

Apesar de se situar a maior profundidade do que os campos *Lucky Strike* (1700m) e *Menez Gwen* (850m), o *Rainbow* é considerado, como referimos, um campo acessível, tendo sido já objecto de várias expedições científicas e inclusivamente turísticas. Os efeitos que estas actividades humanas podem produzir sobre um ecossistema tão pequeno e vulnerável estão ainda por determinar. Admite-se, no entanto, que, entre outros factores, a recolha de amostras de substratos ou de espécies, a luz, o transporte acidental pelos submersíveis de espécies de um local para outro, o movimento dos veículos por controlo remoto e o depósito de detritos são susceptíveis de provocar impactos negativos⁴⁸. O processo iniciado em 2002 na Região Autónoma dos Açores com vista à criação de áreas marinhas protegidas, ao abrigo da legislação nacional, nos campos *Lucky Strike* e *Menez Gwen*⁴⁹, situados aquém das 200MN, augurava um acréscimo da actividade humana no campo *Rainbow*. Este era tratado na época pelos interlocutores internacionais como ecossistema localizado na «área», por conseguinte fora da jurisdição do Estado português, ao dispor de quem quer que fosse (*“first come, first served”*). Consequentemente, à margem da continuidade da investigação científica, previram-se outros tipos de pressões antropogénicas (v.g.: potencialmente, a prospecção para a indústria biotecnológica, a exploração de minérios e o turismo) que aconselhavam a criação de uma área protegida internacional. Esta temática apresenta-se no Direito ainda em «estado bruto». Não obstante, fruto da acção promovida essencialmente pelo *World Wide Fund for Nature* (WWF), começou a as-

⁴⁷ Vide Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 49; J. L. CHARLOU, J. P. DONVAL, Y. FOUQUET, P. JEAN-BAPTISTE e N. HOLM, «Geochemistry of high H₂ and CH₄ vent fluids issuing from ultramafic rocks at the Rainbow hydrothermal field (36° 14'N, MAR)» *Chemical Geology*, n.º 191, 2002, pp. 345-359.

⁴⁸ Para mais detalhes ver, nomeadamente, Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 396.

⁴⁹ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 69-70.

sumir contornos cada mais concretos a possibilidade de usar a abóbada jurídica propiciada pelo Anexo V da Convenção OSPAR para fazer do *Rainbow* um exemplo de área marinha protegida criada no espaço marinho internacional.

a) A acção do *World Wide Fund for Nature* no quadro da Convenção OSPAR: a assumpção da localização do campo *Rainbow* na «área»

A Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste (Convenção OSPAR) foi assinada em Paris a 22 de Setembro de 1992 e entrou em vigor a 25 de Março de 1998⁵⁰. Abrange dentro das coordenadas geográficas estabelecidas⁵¹ uma área do alto mar do Atlântico Nordeste que corresponde aproximadamente a 60% da zona marítima OSPAR total⁵². Após o início da vigência do seu Anexo V relativo à Protecção e Conservação dos Ecossistemas e da Diversidade Biológica das Zonas Marítimas⁵³, em 30 de Agosto de 2000, a Convenção passou a ter como uma das suas finalidades a criação de uma rede alargada e coerente de áreas marinhas protegidas até 2010 (rede AMPs-OSPAR). A rede tem apetência a incluir as redes nacionais de áreas protegidas, a Rede Natura 2000⁵⁴ e as áreas marinhas protegidas criadas nas águas internacionais do Atlântico Nordeste, incluídas na zona marítima OSPAR, tudo em articulação com as áreas marinhas protegidas criadas no mar Báltico⁵⁵. Esta finalidade inscreve-se nos compromissos globalmente assumidos pelas Partes Contratantes ao nível da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), de 1992⁵⁶, e concretiza o desafio lançado na Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento

⁵⁰ Na mesma data entrou também em vigor para Portugal. O nosso país depositou o instrumento de ratificação em 23 de Fevereiro de 1998. Ver o Decreto n.º 59/97, de 31 de Outubro, DR I-A, n.º 253, pp. 5957; e o Aviso n.º 122/98, DR I-A, n.º 148, de 30 de Junho, pp. 2929.

⁵¹ Transcreve-se o artigo 1.º, alínea a), da Convenção OSPAR: “*Para os fins da presente Convenção:*

a) Entende-se por «zona marítima» as águas interiores e os mares territoriais das Partes Contratantes, a zona situada para além do mar territorial e adjacente a este sob a jurisdição do Estado costeiro na medida reconhecida pelo direito internacional, bem como o alto mar, incluindo o conjunto de fundos marítimos correspondentes e o respectivo subsolo, situados dentro dos limites seguintes:

i) As regiões dos oceanos Atlântico e Ártico e seus mares secundários que se estendem a norte de 36º de latitude norte e entre 42º de longitude oeste e 51º de longitude leste, mas excluindo:

1) O mar Báltico e os Belts ao sul e a leste das linhas que vão de Hasenore Head a Griben Point, de Korshage a Spodsbjerg e de Gilbjerg Head a Kullen;

2) O mar Mediterrâneo e seus mares secundários até ao ponto de intersecção do paralelo a 36º de latitude norte e do meridiano 5º36 de longitude oeste;

ii) A região do oceano Atlântico situada a norte de 59º de latitude norte e entre 44º de longitude oeste e 42º de longitude oeste”.

⁵² Vide Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 8; e a brochura *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, Sabine CHRISTIANSEN, WWF Germany, 2006, pp. 19/21. Acerca da situação específica do *Rainbow* ver também a declaração constante do documento publicado em http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2007/WWF_MASHo7_HSMPA_proposals.doc

⁵³ O Anexo V foi adoptado em Sintra em 23 de Julho de 1998. As emendas à Convenção OSPAR constituídas pelo Anexo V e pelo apêndice n.º 3 foram aprovadas pelo Governo português em 19 de Dezembro de 2005 (Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163). O instrumento de ratificação correspondente foi depositado por Portugal em 23 de Fevereiro de 2006 (Aviso n.º 578/2006, DR I-A, n.º 87, de 5 de Maio, pp. 3249), entrando o Anexo V em vigor para nós a 25 de Março de 2006.

⁵⁴ Vide o nosso estudo «Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI», a publicar na revista *Temas de Integração*, n.º 25, 1.º semestre de 2008.

⁵⁵ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 81-83.

⁵⁶ O texto da convenção foi adoptado em 20 de Maio de 1992 pelo Comité Intergovernamental de Negociação, instituído pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e a convenção foi aberta à assinatura a 5 de Junho de 1992 na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro.

Sustentável, realizada em Joanesburgo em 2002⁵⁷, de se criarem redes representativas de áreas marinhas protegidas até 2012⁵⁸. Este ano – 2012 – é o espectro temporal que tem desde então orientado os esforços regionais e nacionais de criação de áreas protegidas no meio marinho.

O empenho traduzido no âmbito da Convenção OSPAR na meta «rede AMPs-OSPAR 2010» não consta, contrariamente ao que se poderia pensar, do articulado do Anexo V. O carácter genérico e até vago do dispositivo remete para a vontade das Partes Contratantes, individualmente ou reunidas na Comissão OSPAR⁵⁹, a configuração exacta dos seus compromissos. Foi preciso esperar pelo mês de Junho do ano 2003 para que as Partes Contratantes aprovassem em Bremen, em sede de Comissão OSPAR, a Recomendação 2003/3, *relativa a uma rede de áreas marinhas protegidas*⁶⁰, fixando como norte dos trabalhos a baliza 2010. O carácter não vinculativo da recomendação aposta no esforço do incentivo e concertação política. A sua implementação nas zonas marítimas sob soberania ou jurisdição do Estado é totalmente dependente da iniciativa nacional. A Recomendação 2003/3 foi completada por um feixe de instrumentos de cariz mais técnico dedicados à sua execução. Enumerem-se os *Critérios de determinação das espécies e habitats que devem ser protegidos e respectivas modalidades de aplicação (Critérios de Texel-Faial)*⁶¹, a *Lista OSPAR inicial de espécies e habitats ameaçados e/ou em declínio*⁶², as *Linhas de orientação OSPAR acerca da identificação e selecção de áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*⁶³ e, por fim, as *Linhas de orientação OSPAR acerca da gestão das áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*^{64 65}. A este conjunto some-se o acordo das Partes Contratantes quanto à actualização, *inter alia*, da *Estratégia OSPAR relativa à protecção e conservação dos ecossistemas e da diversidade biológica da zona marítima* (Acordo

Entrou em vigor a 29 de Dezembro de 1993. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 21 de Dezembro de 1993, tendo a Convenção entrado em vigor para o nosso país 90 dias depois (artigo 36.º n.º 3 da Convenção sobre a Diversidade Biológica). Ver o Decreto n.º 21/93, de 21 de Junho, DR I-A, n.º 143, pp. 3356; e o aviso n.º 143/94, DR I-A, n.º 106, de 7 de Maio, pp. 2370.

⁵⁷ Em concreto de 26 de Agosto a 4 de Setembro de 2002.

⁵⁸ Vide os parágrafos 30.º e 32.º, alíneas a) e c), do Plano de Implementação da Cimeira de Joanesburgo. No Capítulo IV após lembrar que os oceanos, mares, ilhas e zonas costeiras formam um componente integrado e essencial do ecossistema da Terra e que são vitais, mormente, para garantir a segurança alimentar global e a prosperidade económica dos Estados, incentiva-se a promoção da conservação e gestão dos oceanos através de uma panóplia de acções com vista, *inter alia*, à “manutenção da produtividade e biodiversidade das zonas marinhas e costeiras importantes e vulneráveis, incluindo das áreas dentro ou fora da jurisdição nacional”, e prevê-se como um dos instrumentos privilegiados o “estabelecimento de áreas marinhas protegidas, consistentes com o direito internacional e baseadas em informação científica, incluindo redes representativas até 2012”.

⁵⁹ Vide o artigo 10.º da Convenção OSPAR.

⁶⁰ Vide *Recommandation OSPAR 2003/3 concernant un réseau de zones marines protégées*, Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.44a), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 9.

⁶¹ Vide *Critères de détermination des espèces et des habitats devant être protégés, et leurs modalités d'application (Critères de Texel-Faial)* (Número de referência: 2003-13), Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.8, OSPAR 03/17/1-F, Anexo 5.

⁶² Vide *Liste OSPAR initiale 2004 des espèces et habitats menacés et/ou en déclin* (Número de referência: 2004-06), Comissão OSPAR. Ver também o documento *Descriptions des habitats inscrits sur la liste initiale OSPAR des espèces et habitats menacés et/ou en déclin* (Número de referência: 2004-07), Comissão OSPAR, actualizado em 2006.

⁶³ Vide *Lignes directrices de la détermination et de la sélection des zones marines protégées dans la zone maritime OSPAR* (número de referência: 2003-17), Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.44 b) (i)), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 10.

⁶⁴ Vide *Lignes directrices de la gestion des zones marines protégées dans la zone maritime OSPAR (numéro de référence: 2003-18)*, Comissão OSPAR, MASH 05/8/1-F, Anexo 8. Revistas em 2006.

⁶⁵ Em 2006 o sistema foi enriquecido com um conjunto de orientações sobre a elaboração de uma rede ecológica coerente de áreas marinhas protegidas OSPAR (*Orientations sur l'Élaboration d'un Réseau Écologiquement Cohérent de Zones Marines Protégées OSPAR* (número de referência: 2006-3), Comissão OSPAR) e em 2007 por orientações com vista à avaliação da eficácia de gestão das AMPs-OSPAR (*Orientations permettant d'évaluer l'efficacité de la gestion des MPA OSPAR: Fiche d'autoévaluation* (número de referência: 2007-5), Comissão OSPAR).

2003/21⁶⁶). Realce-se que na *Lista OSPAR inicial de espécies e habitats ameaçados e/ou em declínio*, posteriormente actualizada, consta como *habitat* merecedor de protecção prioritária “*as dorsais oceânicas que contenham fontes ou campos de fontes hidrotermais*”.

No pressuposto da ausência de competência nacional no campo *Rainbow*, assumindo-se a sua localização na «área», foi neste enquadramento que com prévia concertação o WWF assumiu formalmente, a partir de Março de 2005, a qualidade de proponente⁶⁷ da designação pioneira de uma AMP-OSPAR internacional no *Rainbow*. A iniciativa foi expressamente apresentada como primeira proposta de criação de uma AMP-OSPAR em águas (leia-se: incluindo o leito e seu subsolo) situadas fora da jurisdição dos Estados, pretendendo constituir a rampa de lançamento da criação de uma rede representativa de AMPs-OSPAR nas águas internacionais do Atlântico Nordeste. À área protegida cometia-se a prossecução dos seguintes objectivos: preservar o ecossistema único do *Rainbow*, monitorizar o respectivo estado, assegurar o desenvolvimento coordenado da investigação científica, precaver, à luz do princípio da precaução, impactos indesejados provocados por outras actividades humanas e contribuir, através do conhecimento científico adquirido, para a educação do público⁶⁸. Ao fazer-se a gestão no âmbito OSPAR do campo *Rainbow* pretendia-se, outrossim, dar um bom exemplo de cooperação regional a imitar. Sublinhe-se que a necessidade de proteger o *Rainbow* e de se coordenarem as actividades de investigação já tinha sensibilizado a comunidade científica, remontando a 1998 uma proposta de um especialista francês em fontes hidrotermais de fazer do campo uma reserva científica e ecológica. A proposta foi feita publicamente na *InterRidge web database*. Com o mesmo objectivo de salvaguardar os campos hidrotermais começou a ser aventado um código de conduta para uma ciência responsável que culminou na declaração “*InterRidge statement of commitment to responsible research practices at deep-sea hydrothermal vents*”, assinada em 17 de Fevereiro de 2006⁶⁹. Este «código voluntário» inspirou em parte uma proposta apresentada em 2007 no seio OSPAR, intitulada *OSPAR Principles for Responsible Marine Research*⁷⁰.

b) A reclamação da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*: síntese da controvérsia jurídica subjacente

Quis o destino do *Rainbow* que precisamente no mesmo ano 2005 em que o WWF assume liderança, no lanço da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/98⁷¹, fosse criada em Portugal a Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC)⁷² e que em 19 de Dezembro de 2005 fosse finalmente aprovada pelo Governo a ratificação das emendas à Convenção OSPAR constituídas pelo Anexo V e pelo apêndice n.º 3⁷³. A criação da EMEPC em Janeiro de 2005 veio revigorar o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental portuguesa. Embora o processo estivesse ainda longe do fim, os estudos hidrográficos, geológicos e geofísicos da margem continental dos Açores

⁶⁶ Vide Reunião ministerial da Comissão OSPAR, Bremen, 25 de Junho de 2003, *Stratégies 2003 de la Commission OSPAR pour la Protection du Milieu Marin de l'Atlantique du Nord-Est* (Número de référence: 2003-21), Réf.: § B-4.2, OSPAR 03/17/1-F, Anexo 31.

⁶⁷ Vide o artigo 11.º da Convenção OSPAR no que diz respeito à admissão e participação de observadores.

⁶⁸ Vide os documentos relativos ao *Rainbow* no ano 2005 e 2006 nos sítios

<http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Projects/MPAmap.htm>

<http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/subm.htm#Osparmashfollowup2005>

⁶⁹ Vide o sítio <http://interridge.org/IRstatement>

⁷⁰ Reunião do Grupo de Trabalho sobre Áreas Marinhas Protegidas, Espécies e *Habitats* (MASH), Brest (França), 5 a 8 de Novembro de 2007, MASH 07/3/4-E.

⁷¹ DR I-B, n.º 157, de 10 de Julho, pp. 3263.

⁷² Resolução do Conselho de Ministros n.º 9/2005, DR I-B, n.º 11, de 17 de Janeiro, pp. 283.

⁷³ Vide o Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.

indicavam já naquela altura com suficiente segurança que o campo *Rainbow* se situava na nossa plataforma continental. Associando o facto ao disposto no n.º 3 do artigo 77.º da CNUDM – “os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa” – depreendia-se que a jurisdição sobre o *Rainbow* pertencia ao Estado português independentemente da fase do processo internacional conducente à fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Na verdade, dissemelhante da zona económica exclusiva, relativamente à qual o gozo e o exercício de direitos de soberania e jurisdição pelo Estado dependem constitutivamente de declaração expressa pelo Estado interessado (artigo 57.º da CNUDM), a soberania do Estado sobre a plataforma continental é independente desse procedimento.

A este respeito entendemos em estudo prévio⁷⁴ que os «direitos» a que o n.º 3 do artigo 77.º alude, quer dizer direitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais (artigo 77.º, n.º 1, da CNUDM), são acompanhados de um dever de protecção ambiental. A interpretação da Parte XII da CNUDM – em particular os artigos 192.º, 193.º e 194.º, n.º 5 – em consonância com o artigo 145.º, alínea b), e o artigo 162.º, n.º 2, alínea x), milita no sentido de que, se o Estado possui direitos de soberania para efeitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais e entre estes figuram as espécies sedentárias (artigo 77.º, n.º 1 e 4 da CNUDM), ao Estado é igualmente cometido o poder-dever de proteger e preservar as espécies, os *habitats* e os ecossistemas correlativos (poder de jurisdição/poder funcional)⁷⁵. A interpretação é confortada pela *soft law*, mormente pelas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre “*Os oceanos e o direito do mar*” a partir do ano 2002⁷⁶.

Refutamos, do mesmo modo, as opiniões que defendem uma aplicação restritiva do disposto no artigo 77.º, n.º 3, até ao limite das 200MN⁷⁷. Semelhante argumentação reduziria o alcance do n.º 3 do artigo 77.º, aplicável somente nos casos em que um Estado ainda não tivesse feito uso da possibilidade de declarar formalmente uma zona económica exclusiva de 200MN, considerando-se consequentemente como alto mar as águas incluídas até este limite. A estreiteza desta interpretação não é confirmada pela letra do artigo 77.º, n.º 3, visto que não se distingue, em relação ao previsto no artigo 76.º, n.º 1, as situações em que a plataforma continental se estende até ao limite das 200MN das situações em que ela se estende para lá deste limite. Quanto a nós nem teria porquê a distinção. Em bom rigor não são os poderes do Estado sobre as zonas da plataforma continental situadas além das 200MN que estão por determinar, mas sim e apenas os limites do objecto sobre que incidem esses poderes. Acrescente-se, aliás, que o limite das 200MN não daria só por si garantia de certeza jurídica. Se o processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental é longo e complexo, por idêntica lógica também o processo de delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente (artigo 83.º da CNUDM) retira abstractamente a segurança que se pudesse encontrar no limite das 200MN. Refira-se como exemplo próximo de complexidade o mar Mediterrâneo.

⁷⁴ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 71 (nota 19) e pp. 74-78.

⁷⁵ Quanto à conservação e gestão das espécies sedentárias, na qualidade de recursos haliêuticos, nas zonas de extensão da plataforma continental entendemos que, quem pode o mais (proteger um bem ambiental), pode o menos (conservar um recurso). Cite-se a este respeito Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ que defendem que se deve aplicar analogamente o regime do mar territorial à conservação das espécies sedentárias da plataforma continental, sem que isso faça esquecer as obrigações gerais resultantes da Parte XII da CNUDM. Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 452. Vide *infra*, nossa nota 86, o entendimento de Daniel OWEN e Fenners CHAMBERS (*op. cit.*, 2006, pp. 40).

⁷⁶ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 77-78.

⁷⁷ Vide Yoshifumi TANAKA, *apud* Sabine CHRISTIANSEN, *op. cit.*, *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, WWF Germany, 2006, pp. 20/22.

Em suma, uma vez expressa formalmente no plano internacional a vontade do Estado costeiro de definir os limites exteriores da plataforma continental fundamentadamente situados além das 200MN, a este Estado compete exercer todos os direitos e deveres estabelecidos pela CNUDM em relação às zonas em apreço. Na eventualidade de um mandato prévio assumido voluntariamente pela comunidade internacional, *maxime* no âmbito de uma organização regional, para defesa dos ecossistemas localizados nessas zonas, sob pena de passos em falso numa temática de penumbra jurídica onde as construções *de iure condendo* ultrapassam largamente as soluções *de iure condito*⁷⁸, é ao Estado costeiro que deve ser reconhecida a jurisdição e a ele deve regressar a liderança da protecção da diversidade biológica. Mesmo sendo um reconhecimento condicionado à confirmação ulterior dos limites do objecto, quer dizer, dos limites da plataforma continental que se estenda para lá das 200MN. Vejamos mais desenvolvidamente a argumentação que subjaz ao reconhecimento do poder ambiental do Estado nestas condições:

Em primeiro lugar invoque-se a própria dinâmica rastejante da jurisdição estadual no que concerne ao alargamento dos poderes, *maxime*, por força da protecção ambiental. Face ao Direito do mar contemporâneo entendemos por jurisdição rastejante (*creeping jurisdiction*) o alargamento dos poderes de jurisdição dos Estados além dos limites das zonas de mar formalmente definidos na CNUDM e assumidos expressamente pelos Estados (com a nota distintiva do regime da plataforma continental), ou para lá das competências neles contidas⁷⁹. Efectivamente os poderes do Estado no espaço marítimo se evoluíram historicamente de um *mare clausum* para o *mare liberum* aberto a todos, na segunda metade do século XX, com a CNUDM, progrediram do *mare liberum* para fórmulas que a espontaneidade criativa dos autores designou de *mare nostrum*⁸⁰ ou *mare commune*⁸¹. *Mare commune* pela emergência do conceito idealista de «património comum da humanidade», embora reduzido no âmbito da CNUDM aos recursos não vivos da «área»^{82 83}.

⁷⁸ Entre as experiências de cooperação internacional ao nível da criação de áreas marinhas protegidas no alto mar e «área» citem-se os casos do Protocolo sobre Protecção Ambiental do Tratado da Antártida, concluído em Madrid, em 4 de Outubro de 1991, que designa toda a Antártida de “*reserva natural votada à paz e à ciência*” (artigo 2.º); e o Protocolo relativo às Áreas Especialmente Protegidas e à Diversidade Biológica no Mediterrâneo, de 10 de Junho de 1995. Familiar à temática é, igualmente, a criação de santuários de cetáceos pela Comissão Baleeira Internacional: Convenção Internacional para a Regulação da Actividade Baleeira, de 2 de Dezembro de 1946, e posterior Protocolo de 9 de Fevereiro de 1956 (Decreto n.º 18/2002, de 3 de Maio, DR I-A, n.º 102, pp. 4193). Ver também Tullio SCOVAZZI, «Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations», IJMCL, vol. 19, n.º 1, 2004, pp. 1-17.

⁷⁹ Foi no decurso da segunda sessão da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, realizada em Caracas, em Junho de 1974, que pela primeira vez a expressão “*creeping jurisdiction*” parece ter sido correntemente utilizada, sobretudo por insistência da delegação alemã. A assinatura da CNUDM em 1982 define na realidade contemporânea uma etapa importante de pacificação pelo Direito internacional de práticas de *creeping jurisdiction* (v.g.: atinentes à ZEE), doravante concebidas como direitos ou poderes juridicamente reconhecidos. O período pós-CNUDM não tardou a anunciar que a predisposição dos Estados a estender os seus poderes no espaço marítimo é incessante e engenhosa, sobretudo quando novos desafios dão uma base de argumentação séria e razoável. Entres eles destacam-se a conservação dos recursos biológicos (v.g.: espécies transzonais e altamente migratórias – Acordo de Nova Iorque, de 4 de Agosto de 1995) e a protecção do ambiente (v.g.: prevenção e combate à poluição por hidrocarbonetos). Sobre o surgimento e generalização da expressão, bem como quanto às suas distintas etapas, vide Daniel VIGNES, «*La Creeping Jurisdiction et la Communauté Européenne*», in Annie CUDENNEC e Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT (Eds), *Le Juge Communautaire et la Mer*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-19, em especial pp. 5 e 18-19.

⁸⁰ Vide Nuno Marques ANTUNES, *op. cit.*, 2004, pp. 35. No nosso caso vide o trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 78-79.

⁸¹ Vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, «Do *Mare Liberum* ao *Mare Commune*?...», 2001, pp. 13.

⁸² Vide *supra* a nota 34.

⁸³ A aplicação de ideias afins no âmbito da protecção da biodiversidade encontra-se, designadamente, na Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: “*preocupação comum para toda a humanidade*” (Preâmbulo); e no Protocolo sobre Protecção Ambiental do Tratado da Antártida, de 1991: “*the interest of mankind as a whole*”



Mare nostrum, na nossa compreensão, sob duas distintas perspectivas. Num sentido, pelo reconhecimento ao Estado de direitos de soberania e jurisdição em espaços marítimos novos (zona económica exclusiva) ou mais amplos (v.g.: plataforma continental)⁸⁴. Noutro sentido, pela paulatina interiorização da axiologia ambiental com o entendimento inerente de que, além da conservação dos recursos vivos marinhos, a protecção do ambiente marinho é uma questão que interessa a todos e que a todos cabe assegurar. No plano ambiental *mare nostrum* terá então também a conotação de «bem comum» (Parte XII da CNUDM). Na realidade o alargamento dos poderes do Estado costeiro teve na sua origem motivações de ordem essencialmente económica, mas o paradigma nascente da protecção ambiental e, actualmente, o desígnio do desenvolvimento sustentável, tornaram inexorável a imbricação dos dois pólos de interesses também ao nível do meio marinho. Por essa razão o dever de protecção ambiental foi assumido como a exacta contrapartida do reconhecimento da soberania dos Estados sobre os recursos naturais (artigo 193.º da CNUDM). Ora, pois se o Estado tem esse dever, tem também o direito de reclamar a sua competência para o exercer e o fazer respeitar (poder de jurisdição ambiental = «poder-dever»). No exercício desta missão ambiental, no seu próprio interesse e no de todos, a oportunidade de uma jurisdição rastejante está em exercício de reflexão. Em especial, pensando nas áreas protegidas, qual o conteúdo concreto do poder de jurisdição ambiental? Quais são exactamente as competências susceptíveis de serem exercidas pelo Estado costeiro? Enfim, o que seja uma interpretação elástica do poder de jurisdição em matéria ambiental está, presentemente, em processo de dilucidação. Neste considerando sobressai o ponto 9 das declarações prévias feitas por Portugal aquando do depósito do instrumento de ratificação da CNUDM: “Tendo presente a informação científica disponível e para defesa do ambiente e do crescimento sustentado de actividades económicas com base no mar, Portugal exercerá, de preferência através de cooperação internacional e tendo em linha de conta o princípio preventivo (precautionary principle), actividades de fiscalização para lá das zonas sob jurisdição nacional”^{85 86}.

Em ligação estreita com o raciocínio que viemos de expor, apresentamos uma segunda achega. A construção jurídica de um organismo internacional mandatado pela comunidade

(Preâmbulo). Identicamente, no Protocolo relativo às Áreas Especialmente Protegidas e à Diversidade Biológica no Mediterrâneo, de 1995, respira-se a ideia de “património comum mediterrânico”. Vide Kathleen MONOD, «Les ASPIM, un Accouchement Réussi!», REDE, n.º 2, 2003, pp. 171-186, em especial pp. 174 e seguintes. Sobre a distinção entre as expressões «património comum da humanidade» e «preocupação comum da humanidade» vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 406. O autor considera que a primeira expressão enfatiza a ideia de “lucros a serem repartidos”, enquanto que a segunda expressão relembra o fardo e as responsabilidades que irão nascer para o efeito da protecção da biodiversidade.

⁸⁴ Cite-se a passagem expressiva de Daniel VIGNES, a propósito do triunfo do conceito de zona económica exclusiva, com a extensão de 200MN, no decurso das negociações na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1975, e que a Comunidade Europeia, de bom ou mau grado, se viu obrigada a acolher: “E foi em Haia, a 31 de Outubro de 1976, em vésperas do Dia dos Mortos, que os Estados-membros, aproveitando uma reunião de cooperação política europeia dos seus Ministros dos Negócios Estrangeiros, enterraram, a 10 Km de Delft onde já ele repousa, Grotius, inventor do Mare Liberum!”. Daniel VIGNES, «La Communauté Européenne dans le domaine du droit général de la mer», in Tullio TREVES e Laura PINESCHI (Eds), *The Law of the Sea. The European Union and its Member States*, The Hague – Boston – London, Martinus Nijhoff Publishers (Publications on Ocean Development) - Kluwer Law International, 1997, pp. 7-26, em especial pp. 15.

⁸⁵ Vide o Aviso n.º 81/98, DR I-A, n.º 93, de 21 de Abril, pp. 1731, *cit.*.

⁸⁶ Neste sentido ver, *inter alia*, Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 40. A propósito da reacção do Estado costeiro em relação à exploração ilícita de espécies sedentárias nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, defendem os autores que, em princípio, os Estados costeiros podem fazer valer directamente os seus direitos de soberania sobre aquelas espécies sedentárias, o que “potencialmente envolve visita, inspecção e apresamento de um barco de pesca no alto mar”.

internacional para assegurar a protecção da biodiversidade marinha⁸⁷ nas zonas marítimas situadas fora da jurisdição do Estado está ainda na sua aurora, não tendo sido esse o escopo imediato da criação da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos⁸⁸. Não obstante o adensamento deste caminho ser obviamente benévolo, não obstante o aplauso devido aos esforços de cooperação regional neste sentido⁸⁹, a verdade do tempo actual é a de que, seja qual for a zona marítima em causa, é no Estado que está radicado o «quartel-general» da protecção do ambiente marinho e é nele, nos seus instrumentos operacionais, que se alimenta todo o esforço de concertação internacional e, inclusivamente, da experiência supranacional da Comunidade Europeia. Com todos os espinhos que a contrapartida da responsabilidade possa acarretar. Invoque-se aqui a explicação generalista e atraente de Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER⁹⁰. Os autores, consideram que o Direito do ambiente é um exemplo particularmente revelador de uma “*revolução invisível*” a que se assiste no Direito internacional. A de um processo de substituição na comunidade internacional do interesse individual dos Estados e dos direitos soberanos correlativos pela ideia de interesse colectivo a partir do qual, sim, são devolvidas funções ao Estado. Esta evolução, predita por Georges Scelle na sua construção do “*dédoublement fonctionnel*”, pode conduzir ao risco da transformação do papel do Estado no plano ambiental em “*simples agentes de execução*”, “*guardas*” ou “*trustees*”, isto é, “*de um depositário que deve gerir, salvaguardar e fazer frutificar de boa fé o objecto do trust*”. O afloramento desta revolução copernicana no meio marinho está presente no artigo 192.º da CNUDM, lido como dever de exercício pelo Estado de uma competência ambiental ao serviço do interesse comum da humanidade (poder funcional). Responsabilidade, todavia, que não terá necessariamente de arcar sozinho e que deverá passar pela cooperação internacional como alvitra a CNUDM no seu artigo 197.º. Pela clareza da compreensão do “*dédoublement fonctionnel*” na realidade coetânea cite-se, também, Paulo Canelas de CASTRO. O autor defende que, se no que se refere à produção normativa se assiste a uma perda do monopólio do Estado, ao nível da aplicação e execução do Direito ambiental há uma tendência ao aproveitamento do símbolo de poder que é o Estado, perspectivando-o como “*braço instrumental de aplicação do programa colectivo em função do interesse especial que se possa presumir que ele nele tenha*”. E continua o autor “*este desdobramento funcional do Estado, autor de disciplina do seu interesse, por um lado, e instrumento da afirmação do interesse comum, por outro, é um sinal da assumpção de uma outra compreensão de soberania, de uma «soberania-função» ou de uma «soberania de serviço», e da concepção do Direito feito como uma «responsabilidade» a cumprir*”⁹¹.

Concluindo, o alargamento progressivo dos poderes soberanos do Estado no espaço marinho tem como contrapartida, prevista nos artigos 192.º, 193.º e 194.º, n.º 5, o dever do Estado assegurar a protecção do ambiente, em especial a biodiversidade, nos espaços marítimos definidos pela CNUDM como estando sob a sua alçada de jurisdição. Ora, este dever encerra necessariamente o direito do Estado reclamar a sua competência para o exercer e o fazer respeitar. Este poder-dever de protecção ambiental é maximizado pela

⁸⁷ *Mutatis mutandis* «bem comum da humanidade» ou «património comum da humanidade».

⁸⁸ *De iure constituendo*, sobre o papel a desenvolver futuramente pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos no âmbito da protecção da biodiversidade, inclusivamente quanto à competência para coordenar a criação de uma rede de áreas protegidas nos espaços marítimos situados além da jurisdição nacional, vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 396 e 409.

⁸⁹ Ver *supra* a nota 78.

⁹⁰ Vide Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER, *Droit International de l'Environnement*, 3.ª ed., Paris, Éditions A. Pedone, 2004, pp. 22-23.

⁹¹ Vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, 2001, pp. 17-18.

emergência da construção altruísta do Estado -“trustee”. A íntima ligação entre a soberania sobre os recursos naturais e o dever de protecção do ambiente marinho determina no estágio actual da evolução do Direito internacional a irrevogabilidade de um qualquer presumível mandato que nas interpretações mais visionárias lhe tivesse sido concedido pela comunidade internacional⁹². Inclusive nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN cujos limites definitivos estão ainda por fixar. Este reconhecimento da jurisdição ambiental do Estado, embora condicionado, é o único compatível *com o status quo* estabelecido contemporaneamente, numa base voluntarista, pelo Direito do mar e pelo Direito internacional do ambiente.

c) A reclamação da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*: um despertar bem sucedido

Chegados até aqui e antes de prosseguir devemos realçar a importância de todo o trabalho previamente desenvolvido pelo WWF, em colaboração, designadamente, com a comunidade científica portuguesa sita na Região Autónoma dos Açores, no que respeita à sensibilização para a necessidade de protecção do ecossistema singular do campo *Rainbow*⁹³. A questão da legitimidade para dirigir o processo evoluiu, por conseguinte, pacificamente. O despertar de Portugal para a situação jurídica do *Rainbow* não criou qualquer ruptura com o acervo arduamente construído ao longo dos anos anteriores, nem haveria qualquer ganho nisso. Efectivamente a reacção de Portugal não se fez sentir em relação à oportunidade de criação de uma área marinha protegida no quadro OSPAR, mas sim, exclusivamente, no que toca ao modo como foi classificado o leito do mar onde se situa o *Rainbow*, à consequente perda de liderança e modificação não despiciente do panorama jurídico correspondente. As razões de precaução e de coordenação da investigação científica invocadas pelo WWF simplesmente transmudariam em preocupações do Estado português, mesmo antes de concluído o processo de fixação dos limites externos da plataforma continental. A criação de uma AMP no *Rainbow* funciona como uma espécie de “seguro ecológico”⁹⁴ e esta ideia intrinsecamente ligada ao princípio da precaução não poderia ser menosprezada pelo Estado português, designadamente à luz do comando geral do artigo 192.º da CNUDM.

Tomando as rédeas da situação em Janeiro de 2006 Portugal fez saber que o campo *Rainbow*, apesar de localizado fora das 200MN, fica na nossa plataforma continental, pelo que o poder de jurisdição ambiental nessa área pertenceria ao nosso país. Seguidamente Portugal assumiu o protagonismo que lhe era devido, declarando que iria propor, a título de Parte Contratante da Convenção OSPAR, a inclusão do campo hidrotermal *Rainbow* na rede de AMPs – OSPAR⁹⁵. Como já salientamos, para o facto foi decisiva a aprovação pelo Governo, em 19 de Dezembro de 2005, do Anexo V da Convenção OSPAR⁹⁶, bem como a visibilidade que entretanto tinha ganho a EMEPC e todo o trabalho já realizado ao nível do

⁹² Porque marginal à temática fica em aberto uma reflexão de *iure condendo* sobre a competência da comunidade internacional para suprir a inércia de um Estado ou a eventual responsabilidade pela omissão em agir.

⁹³ Acerca da importante função de «cão de guarda» das Organizações Não Governamentais, vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, 2001, pp. 18.

⁹⁴ Vide Robert COSTANZA e outros, «A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos», in Robert COSTANZA e Francisco ANDRADE (Eds), *A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos / Ecological Economics and Sustainable Governance of the Oceans*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, IMAR – Instituto do Mar, LPN – Liga para a Protecção da Natureza, 1998, pp. 11-40, em especial pp. 36-37.

⁹⁵ Ver o documento apresentado por Portugal na reunião do *Intersessional Correspondence Group on Marine Protected Areas*, realizada em Gotemburgo de 24 a 26 de Janeiro de 2006, intitulado *Nomination of the Rainbow Vent Field as an OSPAR MPA*, ICG-MPA 06/8/2 (L).

⁹⁶ Vide o Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.

processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Demonstrativo de uma transição pacífica é o documento apresentado pelo WWF numa reunião havida em Março de 2006 no âmbito da Convenção OSPAR⁹⁷. O documento intitula-se *The powers of the OSPAR Commission and coastal State parties to the OSPAR Convention to manage marine protected areas on the seabed beyond 200 nm from the baseline* e nele pode ler-se:

“3 - At ICG-MPA 06, «Portugal presented ICG-MPA 06/8/2 indicating that in accordance with Article 76 of the UN Convention on Oceans and the Law of the Sea on the definition of the continental shelf they would take up the proposal from WWF and report the selection of the Rainbow Hydrothermal Vent Field to OSPAR as an MPA within their national jurisdiction. Portugal thanked WWF for the work behind the proposal and informed the meeting that that they will proceed following further examination and evaluation at appropriate levels in Portugal». (...)

4 - ICG-MPA welcomed the statement by Portugal and invited them:

a) to submit their report on the selection of the Rainbow Vent Field as an OSPAR MPA by BDC 2006 so that it could be included in the first report to OSPAR on the network;

b) to consider whether they could make use of the material WWF had prepared on management of an MPA at the Rainbow Hydrothermal Vent Field in the development of a management plan for the site”.

Com a entrada em vigor no nosso país do Anexo V da Convenção OSPAR, a 25 de Março de 2006⁹⁸, congregaram-se todas as condições legais necessárias à apresentação oficial por Portugal da proposta de inclusão do campo *Rainbow* na rede de AMPs-OSPAR. Assim veio a acontecer no decurso da reunião do Grupo de Trabalho sobre Áreas Marinhas Protegidas, Espécies e Habitats (MASH) havida nos Açores, na cidade da Horta, de 2 a 5 de Outubro de 2006 (*Statement on the Jurisdiction of the Rainbow Hydrothermal Vent Field*⁹⁹). A aceitação da proposta e o reconhecimento no âmbito da Convenção OSPAR da jurisdição do Estado português sobre o *Rainbow* vieram a consumar-se em Junho de 2007 com a publicação do relatório oficial acerca do ponto da situação da rede de AMPs-OSPAR (*2006/2007 Report on the status of the OSPAR Network of Marine Protected Areas*¹⁰⁰). Este documento é generoso nas palavras elogiosas e nos incentivos velados, não só à continuidade do trabalho de protecção ambiental desenvolvido por Portugal, especificamente pelo Governo Regional dos Açores e comunidade científica residente, como também ao esforço da EMEPC ao nível do processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Em especial, o reconhecimento da jurisdição do Estado português sobre o *Rainbow* é, assim auspiciamos, o primeiro sintoma sólido de que o nosso país está, uma vez mais, prestes a fazer história no permanente devir da odisséia marítima, pela iniciativa inédita de criação de uma área marinha protegida numa zona da plataforma continental situada além das 200MN. E foi assim que na ponta do *Arco-íris* encontramos para o Direito um verdadeiro tesouro de rotas reflexivas originais por onde terá de navegar o destino em aberto da experiência de definição dos limites exteriores da plataforma continental.

⁹⁷ Quanto à alteração do discurso do WWF em 2006 e 2007 ver, respectivamente:

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_BDC06_jurisdiction.doc

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_ICG-MPA06_Annex.pdf

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2007/WWF_MASH07_HSMPA_proposals.doc

⁹⁸ Vide o Aviso n.º 578/2006, DR I-A, n.º 87, de 5 de Maio, pp. 3249, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.

⁹⁹ Vide o documento OSPAR Commission, MASH 06/5/10-E.

¹⁰⁰ Apresentado pela Alemanha, país com a liderança do ICG-MPA. Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E.

No relatório oficial 2006/2007 relativo à situação da rede de AMPs-OSPAR distinguem-se dois aspectos essenciais. O primeiro refere-se à aceitação da proposta portuguesa de inclusão do campo *Rainbow* na rede AMPs-OSPAR, com o esclarecimento expresso que se trata da única proposta apresentada até ao momento de uma AMP situada na plataforma continental de uma Parte Contratante numa zona em que esta se estende para lá das 200MN¹⁰¹. Coerentemente retrocedeu-se na menção às iniciativas prévias do WWF de fazer do *Rainbow* um exemplo de AMP-OSPAR internacional, considerando-o, contudo, implicitamente, um caso atípico pela qualificação jurídica das águas sobrejacentes: alto mar¹⁰². O segundo diz respeito ao modo elogioso como o documento se refere à actuação de Portugal (“*Notwithstanding the recent commendable efforts of Portugal...*”¹⁰³). São motivos justificativos da distinção o facto de Portugal, através da Região Autónoma dos Açores, ter sido o primeiro a propor a inclusão de uma AMP na rede OSPAR (banco *Formigas/Dollabarat*), o primeiro a propor a inclusão na rede OSPAR de uma AMP situada na plataforma continental para lá das 200MN (*Rainbow*), o único até ao presente a propor AMPs-OSPAR fora do âmbito da Rede Natura 2000 (campos hidrotermais *Lucky Strike* e *Menez Gwen* localizados dentro das fronteiras da zona económica exclusiva), ou propondo maiores extensões do que as correspondentes aos sítios de importância comunitária (SIC – Rede Natura 2000)¹⁰⁴. Um exemplo dado pelo Governo regional a ser seguido, o quanto antes, quer no Continente, quer na Região Autónoma da Madeira.

A este propósito realce-se que a nordeste do arquipélago da Madeira, entre a zona económica exclusiva deste arquipélago e a do Continente, na sequência oeste do banco *Gorringe*, concretamente nas coordenadas 36°35’N; 14°15’W, encontra-se o monte submarino *Josephine* cuja situação é idêntica à do campo *Rainbow*. Quer dizer, localiza-se numa zona da nossa plataforma continental que fica além das 200MN. O monte é particularmente importante pelos seus recursos haliêuticos¹⁰⁵. Por este motivo tem sofrido impactos negativos causados pela pressão da pesca, potenciada pelo facto de se considerar que está situado em «águas internacionais», querendo-se com a expressão abranger também o solo e subsolo marinhos. Assim o atesta o modelo exemplificativo de áreas a incluir na rede de AMPs-OSPAR, mais uma vez da autoria do WWF¹⁰⁶, sugerindo-se a designação do *Josephine* como AMP-OSPAR de alto mar¹⁰⁷.

O reconhecimento da jurisdição de Portugal sobre o campo *Rainbow* no relatório oficial 2006/2007 relativo à situação da rede de AMPs-OSPAR é um momento verdadeiramente importante, não só pela perspectiva da novidade da criação de uma AMP numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, portanto sob águas do alto mar, como também pelo reconhecimento da jurisdição do Estado num momento em que a conclusão do processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental portuguesa

¹⁰¹ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 7 da apresentação e pontos 8, 32 e 44 do Relatório.

¹⁰² Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, pontos 4 e 9 da apresentação e pontos 32 e 44 do Relatório.

¹⁰³ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 10 da apresentação.

¹⁰⁴ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 7 da apresentação e pontos 8, 9, 12, 27 e 39 do Relatório.

¹⁰⁵ Sobre as características dos montes submarinos vide, designadamente, Tony J. PITCHER, Telmo MORATO, Paul J.B. HART, Malcolm R. CLARK, Nigel HAGGAN, Ricardo S. SANTOS (Eds), *Seamounts: Ecology, Fisheries and Conservation*, Oxford – UK, Iowa – USA, Victoria – Australia, Blackwell Publishing, 2007.

¹⁰⁶ In <http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Projects/MPAmap.htm>

¹⁰⁷ Ver também a brochura *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, cit., 2006, pp. 6/8 e 13/15.

está ainda longe do fim¹⁰⁸. Todavia, trata-se tão somente do primeiro sintoma sólido de que se poderá fazer história. Efectivamente, a aceitação da jurisdição confina-se às Partes Contratantes da Convenção OSPAR e o desfecho feliz está ainda dependente da conclusão satisfatória do processo a apresentar à Comissão de Limites da Plataforma Continental até 13 de Maio de 2009¹⁰⁹. O encerramento definitivo do processo constituirá indirectamente uma espécie de ratificação ou confirmação do poder de protecção ambiental assumido pelo Estado. Uma vez terminantemente fixados os limites exteriores da plataforma continental o poder «condicionado» sobre ela exercido torna-se definitivo. Até lá toda uma disciplina normativa e uma estrutura de gestão hão que ser criadas na ordem jurídica portuguesa, ao abrigo da legislação aplicável às áreas marinhas protegidas, para materializar as tão nobres intenções que o campo *Rainbow* suscita.

3. *Rainbow*: significado na evolução do Direito português aplicável às áreas marinhas protegidas

A integração de uma área marinha na rede de AMPs-OSPAR implica naturalmente para as Partes Contratantes proponentes a adopção de um conjunto de medidas de cujo cumprimento dependem a efectividade e eficácia da iniciativa tomada. Conforme previsto na Recomendação 2003/3¹¹⁰, a selecção de uma área implica que a Parte Contratante respectiva elabore um plano de gestão adequado aos objectivos que se pretendem prosseguir e determine as medidas de gestão necessárias de acordo com as orientações aprovadas no âmbito da Comissão OSPAR em Junho de 2003¹¹¹. A operacionalização de todo o processo pressupõe inevitavelmente um quadro jurídico nacional que sustente a designação da área marinha protegida. Neste aspecto a perspectiva de criação de uma área protegida no campo *Rainbow* personifica o culminar da evolução do Direito português atinente às áreas protegidas no que concerne a extensão da sua aplicabilidade a todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição portuguesa.

A protecção do meio marinho através de áreas protegidas no Direito português, tal como aconteceu em muitos outros países, evoluiu à sombra da protecção do meio terrestre. Com efeito, a experiência acumulada na criação de áreas protegidas terrestres comunicou-se gradualmente ao meio marinho e esta transferência foi guiada pela preocupação de se protegerem, fundamentalmente, zonas costeiras ou complexos insulares. A legislação portuguesa aplicável às áreas marinhas protegidas caracterizou-se durante muito tempo precisamente por estes dois aspectos. Mais claramente, um, a falta de um dispositivo legislativo que reflectisse autonomamente a idiossincrasia do meio marinho; outro, o privilégio das áreas marinhas marítimo-terrestres, costeiras ou abrangendo a realidade ecológica insular. O mar desconhecido e o estádio da evolução do Direito do mar para isto concorriam. À Região Autónoma dos Açores devemos uma vez mais o rompimento

¹⁰⁸ Sobre as várias situações susceptíveis de fazerem alongar o processo, vide a fundamentação apresentada por Portugal no documento *Statement on the Jurisdiction of the Rainbow Hydrothermal Vent Field*, cit., OSPAR Commission, MASH 06/5/10-E. Ver também Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 44-45.

¹⁰⁹ Sobre o processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental, vide Paulo das Neves COELHO, «O Processo de Extensão da Plataforma Continental», in EMEPC-FDUP-CIMAR, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, pp. 13-59.

¹¹⁰ Vide *Recommandation OSPAR 2003/3 concernant un réseau de zones marines protégées*, cit., Réf.: § A-4.44a), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 9, ponto 3.3.

¹¹¹ Vide as *Linhas de orientação OSPAR acerca da identificação e selecção de áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR e as Linhas de orientação OSPAR acerca da gestão das áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*, documentos supracitados.

do trajecto. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A, de 25 de Junho¹¹², é a muitos títulos um diploma notável, fazendo a ponte entre o passado e o futuro. Absorve todos os contributos decisivos consagrados no regime aplicável à Rede Nacional de Áreas Protegidas (Decreto Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro¹¹³) e cria um dispositivo aberto aos grandes desafios que actualmente se colocam à protecção do meio marinho costeiro (*inshore*) e oceânico (*offshore*).

a) Antecedentes históricos do regime actualmente vigente

i) 1965 / 1970 – A oportunidade perdida de um percurso autónomo originário das áreas marinhas protegidas

A inscrição na consciência colectiva da importância que o mar reveste num país com o enquadramento geográfico e cultural como o nosso foi, no âmbito das áreas protegidas, historicamente patenteada pelo facto admirável das primeiras previsões legais atinentes ao modelo das áreas protegidas terem dito exactamente respeito à criação de “parques nacionais submarinos”. Em 1965 deu-se um passo, infelizmente desaproveitado, na senda de conferir ao meio marinho a dignidade e autonomia que sempre lhe devia ter sido reconhecida quando falamos da protecção da sua biodiversidade e dos seus recursos.

O marco primordial da história das áreas marinhas protegidas no nosso país consubstancia-se, efectivamente, em duas Portarias interligadas. A Portaria de 22 de Junho de 1965¹¹⁴ e a Portaria de 8 de Abril de 1970¹¹⁵. Reside o valor da primeira, não tanto na inteligibilidade das motivações, sendo parco o articulado, mas sim na afirmação solene de se ter tornado necessário proceder ao estudo do estabelecimento e demarcação dos “primeiros parques nacionais submarinos” a criar em Portugal, elegendo-se para o efeito uma comissão.

O apuramento das verdadeiras razões que justificaram na altura tão assinalável inovação foi facilitado com a aprovação, cerca de cinco anos depois, da Portaria de 8 de Abril de 1970 que cometia ao Instituto Hidrográfico, da Direcção Geral da Marinha, a responsabilidade para orientar e controlar a experimentação a levar a cabo nos parques submarinos. No seguimento da reestruturação daquela entidade, operada pelo Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro¹¹⁶, tinham ficado sob a sua alçada todos os trabalhos de investigação do mar que as responsabilidades do Ministério da Marinha exigiam, independentemente da sua finalidade militar¹¹⁷. Assim passaram a estar incluídas inúmeras actividades de investigação marinha ligadas, designadamente, à oceanografia física, geológica, química e biológica cujos resultados se pretendiam ver aplicados nos campos económico (destacando-se aqui a pesca), científico e militar¹¹⁸. Neste cenário entendeu-se que deveria ser o Instituto Hidrográfico a entidade responsável pelo desenvolvimento dos parques submarinos. Consequentemente, alargaram-se as funções da comissão encarregada dos parques submarinos e procedeu-se à alteração da sua composição de forma a retratar as responsabilidades do Instituto Hidrográfico. Foi essencialmente este o conteúdo da Portaria de 8 de Abril de 1970. Fácil é de constatar que na altura as motivações associadas à protecção da biodiversidade marinha não figuravam entre as prioridades da criação dos parques submarinos. O desenvolvimento do conhecimento científico e o fomento da actividade pesqueira pareciam

¹¹² DR I, n.º 120, pp. 4034.

¹¹³ DR I-A, n.º 19, pp. 271.

¹¹⁴ Diário do Governo, II Série, n.º 152, de 30 de Junho de 1965, pp. 4930.

¹¹⁵ Diário do Governo, II Série, n.º 93, de 21 de Abril de 1970, pp. 2955.

¹¹⁶ Diário do Governo, I Série, n.º 12, pp. 69.

¹¹⁷ Vide em especial os n.º 3 e 4 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro, *cit.*

¹¹⁸ Vide o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro, *cit.*

ser as forças motrizes da actividade de investigação e este entendimento reflectiu-se na Portaria de 8 de Abril de 1970. Sublinhava-se aqui que a criação dos parques submarinos pretendia proporcionar melhores condições experimentais para o desenvolvimento do maior número de actividades nacionais relacionadas com a investigação bioceanográfica. Apesar de afastada nos seus propósitos aparentes dos dilemas directos da protecção da biodiversidade, o certo é que se criaram todas as condições necessárias para que rápida e facilmente tais dilemas fossem atendíveis. Para tanto concorria a colocação do Instituto de Biologia Marítima e do Aquário Vasco da Gama na dependência directa do director-geral do Instituto Hidrográfico, isto em 1971¹¹⁹. Bastaria, por conseguinte, o decurso natural do tempo pois não duvidamos que a via aberta pelas Portarias de 1965 e 1970 era a ideal para uma melhor compreensão do oceano, dos seus processos e da sua biodiversidade, ponto de partida para a criação de áreas marinhas protegidas com fins distintos dos inicialmente atribuídos aos supostos “*primeiros parques nacionais submarinos*”. A prova irrefutável de uma evolução interrompida foi a criação, em 1971, da Reserva das Ilhas Selvagens no arquipélago da Madeira. A leitura do diploma que a criou, o Decreto n.º 458/71, de 29 de Outubro¹²⁰, é a este título esclarecedora. Na ausência de uma habilitação expressa e inquestionável concedida pelo legislador para a criação de áreas protegidas no meio marinho, o diploma cautelosamente procura o fundamento jurídico para a criação da Reserva das Ilhas Selvagens e do espaço marinho circundante no “*espírito*” de dois diplomas: a Lei n.º 9/70, de 19 de Junho (regime abstracto inaugural aplicável às áreas protegidas) e a Portaria de 8 de Abril de 1970. As Portarias de 22 de Junho de 1965 e de 8 de Abril de 1970 poderiam, portanto, ter constituído a rampa de lançamento de um dispositivo legislativo autónomo que reflectisse o modo de ser próprio das áreas marinhas protegidas, demarcando-as dos destinos específicos da protecção do meio terrestre. Quer dizer, independente (mas com ele articulado!) do caminho iniciado pelas áreas protegidas terrestres na Lei n.º 9/70, de 19 de Junho, intitulada “*Dos parques nacionais e outros tipos de reservas*”¹²¹. O fim do ciclo político protagonizado pela revolução de 25 de Abril de 1974 e a evolução futura do regime das áreas protegidas em Portugal inflectiu, todavia, aquilo que poderia ter sido a abertura do nosso Direito a uma reflexão autónoma que intencionasse a personalidade própria do meio marinho. A Lei n.º 9/70 tinha estabelecido os alicerces do desenvolvimento de toda a política de protecção da natureza, em especial criando as bases da concepção das áreas protegidas no nosso país. Embora o motor fundamental da acção legislativa tivesse sido a protecção do meio terrestre, a verdade é que, não obstante o disposto na Base V (sujeição das áreas protegidas ao regime florestal), a Lei n.º 9/70 era suficientemente genérica para não coarctar a possibilidade de criação de áreas protegidas no meio marinho. Ora, é dentro desta sistematização legislativa cujo nervo central é o meio terrestre que irá progredir lenta e discretamente o regime das áreas marinhas protegidas. Esclareça-se, antes de prosseguirmos, que a problemática da autonomia das AMPs não respeita tanto à organização em diploma próprio de um regime particularmente adaptado, mas sim ao espaço que é deixado à singularidade ecológica, sócio-económica e, por consequência, jurídica, das AMPs dentro das soluções encontradas, seja em diploma independente, seja em diploma destinado a regular conjuntamente áreas protegidas terrestres e marinhas. Assinaladamente, porque aquela singularidade deverá reflectir-se na tipologia e objectivos da classificação das áreas protegidas e, necessariamente, nos arranjos institucionais, nos instrumentos de gestão e nos regimes sancionatórios.

¹¹⁹ Vide o Decreto n.º 89/71, de 20 de Março, Diário do Governo, I Série, n.º 67, pp. 349.

¹²⁰ Diário do Governo, I Série, n.º 255, pp. 1644. Ver também o Decreto Regional n.º 15/78/M, de 10 de Março, DR I, n.º 58, pp. 501; e o Decreto Regional n.º 11/81/M, de 15 de Maio, DR I, n.º 111, pp. 1137.

¹²¹ Diário do Governo, I Série, n.º 141, pp. 801.

ii) O tratamento do meio marinho no âmbito do Decreto-Lei n.º 613/76, de 27 de Julho

Com a Constituição da República, de 2 de Abril de 1976, confere-se à defesa do ambiente o estatuto de dignidade constitucional e para a sua realização cometia-se ao Estado, *inter alia*, a tarefa da criação e desenvolvimento de “reservas e parques naturais” (artigo 66.º, n.º 2, alínea c)). Não foi preciso esperar muito para que o legislador ordinário renovasse o quadro legislativo aplicável, criando em 27 de Julho de 1976 um novo regime que veio substituir a Lei n.º 9/70. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 613/76¹²². Este diploma aplicável em geral às áreas protegidas integra timidamente o meio marinho, sem que lhe seja reconhecido dentro do articulado um qualquer tratamento específico face ao congénere terrestre. A insensibilidade para as particularidades do mar é manifesta. A única vez que o meio marinho é referido respeita à criação de reservas naturais parciais “marinhas” (artigo 2.º, n.º 2). Acresce que o diploma é omissivo quanto à previsão dos espaços marítimos nos quais se admitia a criação de áreas protegidas. Muito provavelmente porque estava ausente do pensamento do legislador a possibilidade e necessidade da sua criação fora das zonas costeiras¹²³. Em suma, apesar da protecção do meio marinho estar abrangida nos fins gerais do Decreto-Lei n.º 613/76, ela é objecto de uma apreensão marginal, desprovida de autonomia ou especificidade. Sublinhe-se, porém, que no período de vigência do Decreto-Lei n.º 613/76 foi criado um número significativo de áreas protegidas com componente marinha.

b) Alargamento a todos os espaços marítimos e sintomas de autonomização do meio marinho no âmbito do regime vigente aplicável à Rede Nacional de Áreas Protegidas (RNAP)

O salto decisivo para o alargamento da preocupação de protecção da biodiversidade marinha a todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição portuguesa e para uma verdadeira autonomização do meio marinho no tratamento jurídico das áreas protegidas só veio a acontecer com o Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro¹²⁴. Este diploma foi aprovado com vista ao desenvolvimento do disposto na Lei de Bases do Ambiente¹²⁵, o monumento jurídico português dedicado ao ambiente. Para aquela mudança não foi indiferente a sensibilização para as questões especificamente marinhas provocada pela assinatura da CNUDM em 1982, uma vez que esta contribuía para que o ímpeto protector evoluísse da zona costeira para os horizontes exclusivamente marinhos e de personalidade distinta da zona económica exclusiva e da plataforma continental.

À imagem do previsto na Lei de Bases do Ambiente, o Decreto-Lei n.º 19/93 promove as áreas marinhas protegidas, conferindo-lhes formalmente um estatuto de igualdade em relação às áreas protegidas terrestres e prevendo a sua criação em todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição nacional: águas interiores, mar territorial, zona

¹²² DR I, n.º 174, pp. 1702.

¹²³ Em contrapartida, nos Estados Unidos da América uma lei de 1972 aplicável aos santuários marinhos (*Marine Protection Research and Sanctuaries Act, 1972*) contemplava já a possibilidade da sua criação no domínio marítimo, inclusive, até ao limite da plataforma continental. Vide Claude LAMBRECHTS, «Les parcs marins dans le droit des États-Unis», RJE, número especial: *Les Parcs Marins*, n.º 4, 1980, pp. 356-372, em especial pp. 360-361. Entre nós a Lei n.º 2080, de 21 de Março de 1956 (Diário do Governo, I Série, n.º 60, pp. 305) tinha já instituído a figura da plataforma continental (o seu limite exterior, por regra, fixava-se na linha batimétrica dos 200m – Base II) a ela se devendo, igualmente, a sua integração no domínio público do Estado (Base I).

¹²⁴ DR I-A, n.º 19, pp. 271. Em data posterior à conclusão deste trabalho o Decreto-Lei n.º 19/93 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, DRI, n.º 142, pp. 4596. O objecto de que tratamos nem por isso que foi merecedor de esclarecimentos extraordinários.

¹²⁵ Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, DR I-A, n.º 81, pp. 1386.

económica exclusiva e plataforma continental. Quanto a estas virtudes a radiografia da lei não se nos apresenta complicada. Por um lado, o artigo 1.º, n.º 2, trata de igual para igual áreas protegidas terrestres e marítimas: “*Devem ser classificadas como áreas protegidas as áreas terrestres e as águas interiores e marítimas (...)*”). Por outro lado, desenvolvendo o espírito que norteia a Lei de Bases do Ambiente, o Decreto-Lei n.º 19/93 leva inclusivamente mais longe a protecção do meio marinho pois introduz uma inovação que permite estender o braço protector ambiental às zonas da nossa plataforma continental situadas além das 200MN. Dito de outro modo, fazendo a plataforma continental parte integrante do domínio público do Estado¹²⁶ e prevendo o n.º 3 do artigo 1.º que a classificação de áreas protegidas possa abranger aquele domínio, além da zona económica exclusiva, então significa isto que o Direito português prevê expressamente a possibilidade de criação de áreas protegidas em qualquer espaço marítimo sob a soberania ou jurisdição do Estado português, incluindo, na interpretação que desenvolvemos em estudo anterior¹²⁷, nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN. A previsão da possibilidade de criação de áreas marinhas protegidas nos referidos espaços marítimos, quer dizer, não só nas águas interiores e mar territorial (AMPs *inshore* ou *costeiras*), como também, e é este o grande passo, na zona económica exclusiva e plataforma continental (AMPs *offshore* ou ao largo), só por si é mais do que suficiente para que se considere o Decreto-Lei n.º 19/93 um marco na história das áreas marinhas protegidas em Portugal.

Posto isto, esperar-se-ia que a construção do regime das áreas protegidas levasse na devida conta as especificidades do meio marinho. A questão é que isto não aconteceu, pois na verdade o regime criado foi visivelmente talhado a pensar no domínio terrestre. Todavia, em 1998 inicia-se um novo ciclo para as AMPs em Portugal. O cenário político nacional favorecia o meio marinho e o facto foi testemunhado pelo Direito português da altura. Concretamente em 1998 comemorou-se o Ano Internacional dos Oceanos, na sequência de uma proposta apresentada por Portugal à Assembleia da Comissão Oceanográfica Intergovernamental da UNESCO e adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A efeméride deu o mote à Exposição Mundial de Lisboa (Expo 98), subordinada ao tema «O oceano, um património para o futuro»¹²⁸. Não foi, portanto, por acaso que Portugal se tenha apressado a ratificar, no final de 1997, a principal homenagem mundial ao oceano até hoje prestada pelo Direito: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Também não terá sido coincidência que, precisamente em 1998, se tenha introduzido uma alteração no regime português das áreas protegidas no sentido de se prever em categorias autónomas áreas protegidas especificamente desenhadas para o meio marinho. Este foi o conteúdo exacto do Decreto-Lei n.º 227/98, de 17 de Julho¹²⁹.

O diploma adita ao Decreto-Lei n.º 19/93 um novo artigo – o artigo 10.º-A – primeiro enclive da autonomia do meio marinho pelo facto de criar uma tipologia e objectivos próprios para as áreas protegidas aí criadas: reservas marinhas e parques marinhos. Evidencie-se, também, o mérito de no preâmbulo do diploma o legislador ordinário ter tido o cuidado

¹²⁶ Em 1993 a plataforma continental pertencia já à categoria de «bem do domínio público», classificação de base jurídico-constitucional (artigo 84.º, n.º 1, alínea a), da CRP). Ver também o disposto na alínea a) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, relativo ao inventário dos bens do Estado (DR I, n.º 239, pp. 3406), e o artigo 3.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos (DR I-A, n.º 219, pp. 6520). Vide também o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 89 (nota 64).

¹²⁷ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 86-93.

¹²⁸ Vide a introdução da *Estratégia Nacional para o Mar*, aprovada em 16 de Novembro de 2006 (Dia Nacional do Mar), Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, DR I, n.º 237, 12 de Dezembro de 2006, em especial pp. 8318.

¹²⁹ DR I-A, n.º 163, pp. 3460.

de sublinhar que a criação de reservas e parques marinhos constitui “*uma prioridade essencial do Governo*”. Infelizmente, diz o povo, «não há bela sem senão»! Apesar de toda a amplitude notável que o Decreto-Lei n.º 19/93 dá à perspectiva de criação de AMPs nos espaços marítimos e, embora tendo presente que é este enquadramento que norteia o artigo 10.º-A, visto integrar-se formalmente no regime da RNAP, a interpretação redutora inerente ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 227/98 e ao n.º 1 do artigo 10.º-A é desoladora e de um atavismo inexplicável. Aprisionando inclusive o potencial da tipologia criada. Explicamos, a racionalidade do Decreto-Lei n.º 227/98 está exclusivamente centrada na existência de áreas protegidas marítimo-terrestres cuja componente marinha se pretende autonomizar, conferindo-lhe um fundamento jurídico independente, mas cujo fulcro parece continuar a ser a existência de uma área protegida terrestre. O n.º 1 do artigo 10.º-A é suficientemente ilustrativo: “*nas áreas protegidas que abranjam meio marinho podem ser demarcadas áreas denominadas reservas marinhas ou parques marinhos*”¹³⁰. Solução voltada para o passado, agravada de demonstração de ignorância face à própria experiência que nos chegava das regiões autónomas onde já tinham sido criadas áreas protegidas exclusivamente marinhas¹³¹ ou onde o elemento marinho é notoriamente predominante e determinante¹³². Não fora dar-se uma interpretação sistemática ao artigo 10.º-A no seio do Decreto-Lei n.º 19/93 e o resultado de pouco serviria para além da afirmação formal da identidade própria do meio marinho, de resto já sancionada empiricamente pela prática. Em suma, retomando o caminho certo que o Decreto-Lei n.º 19/93 permite desbravar, a leitura do seu novo artigo 10.º-A em uníssono com os n.º 2 e 3 do seu artigo 1.º desfaz qualquer dúvida que pudesse subsistir, quer quanto à admissibilidade de áreas protegidas cujo eixo central é a protecção do meio marinho, quer, e fundamentalmente, quanto à admissibilidade de áreas protegidas integralmente marinhas, inclusive nas zonas *offshore*.

Com base neste acervo construído ao longo dos anos, a Região Autónoma do Açores, em Junho de 2007, rompe com o *status quo* normativo existente e dá um exemplo que nos encoraja a acreditar num futuro para o mar bem mais risonho.

c) Triunfo de uma reflexão constitutiva da autonomia do meio marinho no Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A (Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores)

No dealbar do século XXI a abertura do horizonte açoriano¹³³ à protecção dos ecossistemas marinhos *offshore*, como o são os campos hidrotermais, os montes submarinos¹³⁴ e os recifes de coral de água fria, rapidamente deixou expostas as insuficiências e fragilidades

¹³⁰ Sublinhado nosso.

¹³¹ V.g.: na Região Autónoma da Madeira, a Reserva Natural Parcial do Garajau, criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/86/M, de 4 de Outubro, DR I, n.º 229, pp. 2888.

¹³² V.g.: na Região Autónoma dos Açores, a Reserva Natural dos Ilhéus das Formigas, criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 11/88/A, de 4 de Abril, DR I, n.º 78, pp. 1340; e Decreto Legislativo Regional n.º 8/90/A, de 17 de Maio, DR I, n.º 113, pp. 2254.

¹³³ Na origem desta abertura esteve o trabalho de investigação que começou a ser construído na Universidade dos Açores nos finais dos anos 80, intensificando-se na década seguinte. Vide R. S. SANTOS, S. HAWKINS, L. R. MONTEIRO, M. ALVES e E. J. ISIDRO, «Marine research, resources and conservation in the Azores», *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, vol. 5, n.º 4, 1995, pp. 311-354, em especial o panorama descrito e os desafios lançados nas pp. 344-345; R. S. SANTOS, J. GONÇALVES e E. ISIDRO, «Marine Research: The role of the Department of Oceanography and Fisheries of the University of the Azores», *Higher Education Policy*, 8 (2), 1995, pp. 25-28.

¹³⁴ Vide P. K. PROBERT, S. CHRISTIANSEN, K. M. GJERDE, S. GUBBAY e R. S. SANTOS, «Management and conservation of seamounts», in Tony J. PITCHER, Telmo MORATO, Paul J.B. HART, Malcolm R. CLARK, Nigel HAGGAN, Ricardo S. SANTOS (Eds), *Seamounts: Ecology, Fisheries and Conservation*, Oxford – UK, Iowa – USA, Victoria – Australia, Blackwell Publishing, 2007, Chapter 20, pp. 444-477.

de um regime de protecção construído na prática para favorecer o meio terrestre. Sem hesitação, numa iniciativa memorável, a Região Autónoma dos Açores escolhe navegar por uma rota independente e aprova em 2007 um regime absolutamente inovador em matéria de áreas protegidas, contribuindo com mais uma referência para a história das AMPs em Portugal. O novo regime jurídico, doravante aplicável à Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores (RRAPA), consta do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A, de 25 de Junho¹³⁵, e tem subjacente uma concepção diferente das áreas protegidas, transportando a aura de uma intenção prospectiva. Sobretudo o dispositivo denota um percurso reflexivo prévio que pensa autonomamente o meio marinho e a vontade de o exprimir num corpo de normas que não desvirtue o estatuto próprio e a dignidade principal que devem ser atribuídos às áreas marinhas protegidas.

O desejo tangível de conceder protecção a ecossistemas *offshore* (dos quais, pela localização, o campo *Rainbow* é o mais audacioso) e de fazer a devida vênua ao repto multifacetado que é lançado às áreas protegidas no início do século XXI¹³⁶ tornou evidente que a liberdade adaptativa oferecida pelo regime constante do Decreto-Lei n.º 19/93 (artigo 36.º) era insuficientemente elástica. Desta feita inaugurou-se a via do desenvolvimento independente da Lei de Bases do Ambiente¹³⁷ (em especial, o seu artigo 29.º) no que toca à criação de áreas protegidas. Um divórcio amigável selado na conciliação de interesses entre a RRAPA e a RNAP testemunhada pelo artigo 38.º do diploma regional. O olhar sobre o futuro e a aposta arrojada que emanam do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A são notórios. Na esfera do meio marinho, muito particularmente, cria-se um tipo genérico de área protegida, abraçando todo o espaço marinho açoriano, exclusivamente dedicado à protecção dos ecossistemas, comunidades e *habitats* marinhos *offshore* – o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (artigo 10.º¹³⁸). Deste modo consagra-se uma figura legal clara, com base na qual podem ser futuramente criadas distintas categorias de áreas marinhas protegidas na zona económica exclusiva e na plataforma continental, respeitadora ao mesmo tempo de um meio cuja principal característica é a da diluição de fronteiras. Coerentemente, prevê-se, também, a organização de um regime jurídico específico para o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores.

¹³⁵ DR I, n.º 120, pp. 4034.

¹³⁶ Pretende-se efectivamente responder a vários reptos, nacionais e internacionais, provindos, designadamente, da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade, de 20 de Setembro de 2001 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, DR I-B, n.º 236, de 11 de Outubro de 2001, pp. 6426.), da União Europeia e a sua Rede Natura 2000, bem como também, genericamente, da Convenção sobre a Diversidade Biológica e do Anexo V da Convenção OSPAR, e organizar essa resposta num quadro coerente e integrado.

¹³⁷ Possibilidade consagrada na Segunda Revisão constitucional, de 1989 (artigo 229.º, n.º 1, alínea c) – actual artigo 227.º). Ver também o artigo 31.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, DR I, n.º 179, pp. 2029, posteriormente modificado, destacando-se no caso as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/98, de 27 de Agosto, DR I-A, n.º 197, pp. 4423.

¹³⁸ Transcreve-se o teor do artigo 10.º:

“1 – O (PMA) é constituído pelas áreas marinhas classificadas nos termos do presente diploma, que integram uma única unidade gestão e se situam para além do limite exterior do mar territorial, podendo incluir as categorias previstas na secção seguinte.

2 - A classificação referida no número anterior destina-se a permitir:

- a) Adoptar medidas dirigidas para a protecção das fontes hidrotermais, montes e outras estruturas submarinas, bem como dos recursos, das comunidades e dos habitats marinhos sensíveis;
- b) Gerir as fontes hidrotermais, os montes e outras estruturas submarinas classificadas ou outras que venham a ser objecto de classificação no arquipélago dos Açores.

3 - A gestão dos locais referidos na alínea b) do número anterior visa assegurar a manutenção e preservação da biodiversidade marinha e a adopção de medidas de protecção, valorização e uso sustentado dos recursos marinhos, através da integração harmoniosa das actividades humanas e estudos científicos.

4 - O PMA é criado por decreto legislativo regional que define o regime jurídico do respectivo instrumento de gestão”.

Pela novidade e importância incontroversa entendemos que o Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A merece uma exposição mais alongada, correndo, embora, o risco de algum desvio ao tema central do nosso estudo. Estrutturamos o contributo inovador do diploma em quatro aspectos distintos:

§ Primeiro, é intenção do legislador regional conciliar e uniformizar nos Açores a concorrência de regimes de protecção distintos que resultam numa multiplicidade de figuras legais (artigos 4.º a 7.º)¹³⁹.

§ Segundo, a classificação e reclassificação das áreas protegidas são norteadas por um modelo de gestão dirigido, por um lado, à criação de unidades bases de gestão (cada uma das ilhas e o todo constituído pelo espaço marinho açoriano *offshore*), reflectidas no plano institucional num órgão de gestão único, por outro lado, a sancionar a classificação de áreas protegidas proposta pela IUCN no seu divulgado *Guidelines for Protected Area Management Categories*, de 1994¹⁴⁰. Pretende-se com o modelo contribuir para o desenvolvimento de uma rede ecológica coerente, em detrimento de unidades de gestão isoladas. Subjaz-lhe, igualmente, o desejo, mais propriamente o postulado do entendimento hodierno da protecção da natureza, de acautelar as sinergias e compatibilização do esforço de protecção com as actividades humanas, activas ou passivas, susceptíveis de se desenvolverem no espaço das áreas protegidas.

§ Terceiro, uma das maiores revoluções feitas pelo diploma é, inquestionavelmente, a introdução de uma nova metodologia de classificação das áreas protegidas, cujo único precedente embrionário equiparável é o do Parque Natural da Madeira, criado em 1982. Para tornar mais clara a interpretação do diploma distinguimos três tipologias de classificação das áreas protegidas. Uma corresponde à classificação tradicional que designamos de «material» e as outras duas resultam de uma classificação que designamos de «instrumental». A classificação material é norteadada por um critério que combina o grau de naturalidade com os objectivos prosseguidos pelas áreas protegidas (artigo 11.º - “*Categorias de áreas protegidas*”). Chamemos-lhe critério teleológico. Esta é a mais nobre das classificações e também a originária. Pelo simples argumento de ser nela que está ínsita a razão de ser última da criação das áreas protegidas, a sua teleologia distintiva: *maxime*, a protecção da diversidade biológica, eventualmente conjugada com outros fins quando compatíveis, sejam eles primários (v.g.: conservação de recursos biológicos) ou secundários (v.g.: investigação científica)¹⁴¹. São estas finalidades que as áreas protegidas devem realizar através dos distintos objectivos de protecção ou conservação que lhe são em concreto fixados. Quanto à classificação instrumental distinguem-se dois critérios: o critério do modelo de gestão (artigo 8.º - “*Tipos de áreas protegidas*”) e o critério, que

¹³⁹ Neste aspecto o diploma concretiza um dos reptos da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade, de 20 de Setembro de 2001, quer dizer o da criação de uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza.

¹⁴⁰ IUCN, *Guidelines for Protected Area Management Categories*, Gland – Switzerland, Cambridge – United Kingdom, 1994. O documento estabelece uma tipologia de áreas protegidas, mais concretamente seis categorias aplicáveis indistintamente ao meio terrestre e marinho, que continua a ser uma referência na actualidade: Categoria I – protecção integral (v.g.: reserva natural integral); Categoria II – conservação de ecossistemas e turismo (parque nacional); Categoria III – conservação das características naturais (monumento natural); Categoria IV – conservação através de gestão activa (área protegida para gestão de *habitats* ou espécies); Categoria V – conservação de paisagens terrestres e marinhas, e recreio (paisagem terrestre ou marinha protegida); Categoria VI – utilização sustentável dos ecossistemas naturais (área protegida para gestão de recursos).

¹⁴¹ Vide a proposta de aplicação global em Graeme KELLEHER, *op. cit.*, 1999, pp. 14.

nos é familiar, da intensidade da protecção concedida ou critério normativo (artigo 19.º - “Áreas de protecção”). As três tipologias não se destinam a conflitar e sim a conjugar-se no esquema que seguidamente se descreve:

1.º - O processo inicia-se por uma classificação instrumental quanto aos modelos de gestão a que preside o conceito abstracto de «parque». É dentro deste que se faz a *summa divisio* à medida da realidade insular, distinguindo-se o Parque Natural de Ilha (artigos 8.º, 9.º e 17.º) e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (artigos 8.º e 10.º). Estes dois tipos constituem as unidades de gestão base da RRAPA. Por outras palavras, do novo corpo legislativo de normas a criar, de acordo com a hipótese legal, decorrerão dez unidades de gestão: um Parque Natural de Ilha em cada uma das nove ilhas do arquipélago e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores que integrará todas as AMPs *offshore*. Recapitulando, os dois tipos de modelos de gestão criados pelo diploma juridicamente reconduzem-se a um único conceito abstracto: o de parque. Este conceito aglutinador remete para o modelo das áreas protegidas multiusos, de maior ou menor dimensão consoante cubra ou não ecossistemas completos, obedecendo a um zonamento complexo. Dito de outro modo, o parque corporiza um modelo de gestão de geometria variável, podendo abranger vastos espaços, com objectivos de protecção diferenciados e de integração e concertação de interesses ambiciosos.

2.º - Posto isto, o Parque Natural de Ilha e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores podem integrar distintas categorias de áreas protegidas de acordo com a classificação material (artigos 11.º a 16.º). Da aplicação do critério teleológico resulta a seguinte tipologia, em boa medida já nossa conhecida: reserva natural, monumento natural, área protegida para a gestão de *habitats* ou espécies, área de paisagem protegida e área protegida de gestão de recursos.

3.º - A conciliação das utilizações humanas com os objectivos de protecção e conservação origina uma terceira tipologia de áreas. Estas são agora definidas segundo um critério normativo a que subjaz a intensidade da protecção concedida (artigos 19.º a 25.º). Trata-se, por conseguinte, de uma classificação também ela instrumental que reflecte pequenos complexos normativos destinados a proporcionar uma maior ou menor protecção da natureza consoante a plataforma de conciliação possível ou desejável com as utilizações humanas. Alguns dos tipos enumerados não constituem novidade frutuosa, essencialmente, do seu desenvolvimento em planos de ordenamento específicos¹⁴². Assim temos as áreas de protecção integral, as áreas de protecção parcial, as áreas de protecção complementar, as áreas prioritárias para a conservação, as áreas de uso sustentável dos recursos e as áreas de intervenção específica. Esta tipologia está naturalmente ao serviço dos objectivos que presidem às áreas protegidas definidas de acordo com a classificação material, sendo esta articulação reflectida no plano de ordenamento do Parque Natural de Ilha.

¹⁴² A título exemplificativo *vide*, relativamente ao Parque Marinho Professor Luiz Saldanha, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 141/2005, de 23 de Agosto, DR I-B, n.º 161, pp. 4857, artigo 11.º e seguintes, e artigo 37.º e seguintes.

Terminando quanto ao terceiro aspecto, o Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A evidencia-se pela articulação bem conseguida da tradição com a modernidade. Fundamentalmente estabelece uma sistematização clara de conceitos consolidados dentro da dinâmica das modernas propostas de planeamento e gestão das áreas protegidas, *maxime* das áreas marinhas protegidas.

§ O quarto aspecto vem no decurso do que acabamos de expor. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A prevê a articulação das “categorias de áreas protegidas” (classificação material) com as “áreas de protecção” (classificação instrumental) unicamente no âmbito do modelo concreto do Parque Natural de Ilha (artigo 19.º). Ao invés de causar estranheza, o facto é facilmente explicado pela percepção de que o regime jurídico aplicável aos tradicionais instrumentos de gestão das áreas protegidas (quer dizer, os planos de ordenamento), pela razão de ter sido elaborado a pensar no meio terrestre, é manifestamente omissivo e desadequado para permitir uma sua aplicação eficaz nos espaços marinhos, sobretudo, *offshore*. A leitura combinada do artigo 19.º com o n.º 4 do artigo 10.º atesta mais uma expressão da vontade, diríamos inevitabilidade, do legislador regional de criar um regime particularmente adaptado às características específicas do meio marinho. Com vista aos fins de ordenamento, cumulados com razões de especificidade ambiental, a cisão fundamental fez-se entre o meio marinho costeiro, juridicamente delimitado pela fronteira exterior do mar territorial (12MN – artigo 9.º), e o meio marinho ao largo, juridicamente delimitado, tacitamente, pela zona económica exclusiva e plataforma continental (artigo 10.º n.º 1: “e se situam para além do limite exterior do mar territorial”). Quer isto dizer que as AMPs criadas até ao limite exterior do mar territorial (AMPs *inshore* ou costeiras) ficam integradas nos Parques Naturais de Ilha, enquanto que as AMPs criadas para lá das 12MN até aos limites exteriores da zona económica exclusiva e da plataforma continental são os componentes estruturantes do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (AMPs *offshore* ou ao largo).

Quanto ao meio marinho costeiro, continuar-se-á a obediência ao regime vigente aplicável aos instrumentos de gestão territorial. Apesar desta divisão artificial costa/largo com a qual o meio aquático não se coaduna, o compromisso encontrado afigura-se nos razoável por três ordens de motivos. Porque, pensando em primeiro lugar no objectivo principal da protecção da biodiversidade, a diversidade biológica costeira é claramente distinta da diversidade biológica oceânica, sendo particularmente relevante para a primeira a proximidade e interacção terrestre. Sublinhe-se que a maior parte das áreas marinhas protegidas já criadas possuem uma natureza mista marítimo-terrestre em prol, *maxime*, da protecção do «todo» ou da «unidade ecológica». Porque, segundo, se dá continuidade a todo o esforço anterior de protecção do meio marinho costeiro, mantendo no essencial inalterado o quadro legal aplicável em matéria de ordenamento. Porque, terceiro, estando nós ainda nos antípodas de um planeamento marítimo¹⁴³ que ligue a zona costeira ao espaço oceânico, o mais sensato é perceber que o início da aventura começa exactamente por não comprometer todo o esforço desenvolvido recentemente no sentido de integrar para já, ao nível da gestão, os esforços de protecção ambiental terrestre com os esforços de protecção ambiental costeira. Efectivamente, o meio marinho costeiro está abrangido

¹⁴³ Vide a nossa comunicação «Marine Planning in Portugal» apresentada no *workshop* sobre “Sea-Use Planning in the EU Coastal and Exclusive Economic Zones”, uma iniciativa independente paralela à “European Conference on Maritime Policy”, Bremen, Alemanha, 2 a 4 de Maio de 2007. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV, 2007, pp. 395-402.

nas propostas de gestão integrada da zona costeira¹⁴⁴ e no desafio global as áreas protegidas possuem um lugar decisivo.

Quanto ao meio marinho ao largo, a opção do legislador regional é louvável por encarar de frente as especificidades próprias do espaço oceânico e remeter para legislação própria a definição do instrumento de gestão adequado ao Parque Marinho do Arquipélago dos Açores, bem como do respectivo regime jurídico (artigo 10.º, n.º 4). Atente-se que é imenso este desafio de criar toda uma nova lógica de planeamento agora exclusiva do meio marinho. Não vemos neste processo qualquer objecção para que se aplique *mutatis mutandis* a racionalidade que justifica a articulação das “categorias de áreas protegidas” com as “áreas de protecção”. A perspectiva de criação de uma AMP no campo hidrotermal *Rainbow* é, também, neste considerando plena de significado. Não bastando a imensa dificuldade com se depara só por si a organização de um regime jurídico «fundador» para as zonas marítimas *offshore*, agravada pelo quebra-cabeças da conciliação do poder ambiental do Estado costeiro com os direitos dos Estados terceiros até às 200MN, o pormenor da sua aplicação também a zonas da nossa plataforma continental cobertas por águas do alto mar levanta outras questões jurídicas delicadas a que o legislador ordinário não se poderá furtar. No mínimo resolvendo-as pelo menor denominador comum, isto é, indicando os princípios orientadores que deverão guiar a coordenação do poder de jurisdição do Estado costeiro e dos interesses ambientais comuns com as clássicas liberdades do alto mar. Faremos uma aproximação ao problema no ponto 4 deste estudo.

Em jeito de síntese, o regime aplicável à Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores tem a virtude de tratar meio marinho e terrestre de igual para igual e de conceder ao primeiro a autonomia que lhe é devida. Se no que toca ao instrumento de gestão do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores, bem como ao seu regime jurídico, o diploma é sumário, é exactamente pela interiorização do tamanho da tarefa que constitui criar toda uma nova lógica de planeamento pensada em função da personalidade própria do espaço oceânico. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A confere, efectivamente, ao meio marinho um estatuto de dignidade principal, sendo as suas características próprias reconhecidas, não só no âmbito da classificação das áreas protegidas, como também ao nível dos instrumentos de gestão e da estrutura institucional (artigo 29.º). Sem contemplações o diploma regional abraça as especificidades da criação de áreas marinhas protegidas *offshore*, partindo de uma dicotomia entre zona costeira e espaço oceânico sob a soberania ou jurisdição do Estado português. Depreende-se do dispositivo encontrar-se a racionalidade da cisão em dois motivos cumulativos: a biodiversidade específica da zona costeira e do oceano aberto e a dinâmica de gestão correlativa. Com a criação do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores e respectiva panóplia de AMPs deseja-se proteger a biodiversidade e conservar os recursos marinhos através da integração harmoniosa das actividades humanas e dos estudos científicos (artigo 10.º n.º 3). O empenho na protecção e conservação é assumidamente orientado para as fontes hidrotermais, montes e outras estruturas submarinas, bem como para os recursos naturais, as comunidades e os *habitats* marinhos sensíveis (artigo 10.º, n.º 2). Muito compreensivelmente a implementação do diploma poderá vir a expor incoerências ou dificuldades inesperadas. Desde logo pela inexperiência em matéria de protecção dos tipos de ecossistemas *offshore* visados, designadamente em situações inéditas como a do

¹⁴⁴ Vide, designadamente, *Bases para a Estratégia de Gestão Integrada da Zona Costeira Nacional*, Projecto de Relatório do Grupo de Trabalho, Coordenação de Fernando Veloso GOMES, de 23 de Janeiro de 2006. Acessível online no sítio http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/432977FB-ECDO-4F24-AA49-FCAA45A01854/0/Proj_Rel_Bases_Estrategia_Gestao_Litoral.pdf. Ver também a Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Avaliação da Gestão Integrada da Zona Costeira (GIZC) na Europa*, de 7 de Junho de 2007, COM (2007) 308 final.



Rainbow. Aparte contratempos previsíveis é inquestionável que a Região Autónoma dos Açores deu provas de uma entrega credível à materialização no plano jurídico do desafio actual de protecção do meio marinho através de áreas protegidas, liderando no espaço nacional a determinação em fazer a ponte das boas intenções que preenchem o discurso político para a mundividência complexa que assume a sua execução prática¹⁴⁵.

4. As liberdades do alto mar e as dificuldades inerentes à criação de um regime substitutivo protector para o campo *Rainbow*: esboço de soluções

Proteger o ecossistema do campo hidrotermal *Rainbow* e Portugal ter-se assumido como agente propulsor da intenção são factos que a todos dignificam. O tamanho da responsabilidade é, todavia, imenso e, pelo menos no plano da discussão doutrinal, espinhoso o caminho conducente à criação e aceitação generalizada de um regime específico protector que efective o intuito. O estatuto jurídico de alto mar da coluna de água sobrejacente ao campo *Rainbow* invoca direitos dos Estados terceiros que não podem ser menosprezados a favor de verdades ambientais absolutas. A busca de um justo equilíbrio entre os interesses ambientais e as razões concorrentes susceptíveis de serem invocadas pelos Estados terceiros passa, dentro do padrão fixado pelo Direito do Mar, por um real esforço de cooperação. Inevitável na ausência de competência estadual. De qualquer modo uma cooperação imprescindível para que se esbata o espectro de regimes heterovinculantes, aprovados pelo Estado costeiro no âmbito das competências que lhe são reconhecidas, em privilégio de uma autovinculação *de direito* ou *de facto* (artigo 237.º da CNUDM e artigo 5.º da CDB). Só este esforço permite acautelar contestações ou a debilidade previsível do sistema de fiscalização e de garantia de cumprimento do regime protector a criar. Lá nas profundezas onde ninguém vê, lá longe onde a perspectiva de uma fiscalização eficaz é inversamente proporcional à distância, lá longe onde as competências de fiscalização são difusas¹⁴⁶, só um aturado trabalho diplomático de sensibilização e concertação de esforços tem a virtualidade de conseguir na prática a aquiescência fundamental que assegure a respeitabilidade de um regime cuja capacidade impositiva heterónoma é à partida muito frágil. Quiseram os acontecimentos que o processo de protecção do campo *Rainbow* se fizesse de fora (Direito internacional) para dentro (Direito nacional). Este ensaio escudado pelo quadro político OSPAR é incontrovertidamente vantajoso na tarefa de criação de um regime solidamente estabelecido e pretensamente eficaz para a AMP-*Rainbow*.

¹⁴⁵ Posteriormente refira-se o conjunto de intenções políticas depositadas no Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, de 4 de Setembro de 2007, que preside aos instrumentos de gestão territorial de âmbito nacional. Este documento define orientações estratégicas de âmbito nacional, cuja pormenorização no programa de acção nos dá indicadores da importância atribuída ao meio marinho e da perspectiva da sua autonomia em sede de criação de áreas protegidas enquanto instrumentos privilegiados de protecção da biodiversidade. Caberá à Assembleia da República e ao Governo, dentro das respectivas atribuições e competências, concretizar as medidas previstas no Programa. O Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território foi aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro, DR-I, n.º 170, pp. 6126. *Vide* a Declaração de rectificação n.º 80-A/2007, de 7 de Setembro, DR I, n.º 173, pp. 6352-(2). Após a conclusão deste estudo cite-se a publicação do Decreto-Lei n.º 142/2008, supracitado.

¹⁴⁶ Contudo, em certas circunstâncias, o desenvolvimento tecnológico (*v.g.*: sistemas de localização por satélite), a presença de observadores e as possibilidades de controlo pelo Estado do porto, (*v.g.*: embarcações de pesca) por exemplo, não devem ser negligenciadas. *Vide* em geral Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006.

a) «Estado da arte»

Consabidamente as motivações económicas foram o grande motor da conclusão da CNUDM. O despertar para uma consciência ambiental bem como o peso crescente que esta possui na aurora do século XXI não conseguiram ainda inverter as regras de um jogo onde os interesses económicos beneficiam de um *status* privilegiado e pleno de melindres. O Direito do Mar é uma evidência disto mesmo. Realmente se se proclama solenemente o dever do Estado proteger o ambiente marinho e que este dever é uma contrapartida do direito de soberania sobre os recursos naturais, do mesmo modo se acautelam solenemente os direitos e as liberdades dos Estados terceiros. Tendo como horizonte as zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, exemplifique-se. No artigo 194, n.º 4, da CNUDM, a propósito das medidas a tomar com vista à prevenção da poluição, “os Estados devem abster-se de qualquer ingerência injustificável nas actividades realizadas por outros Estados no exercício de direitos e no cumprimento de deveres”. No âmbito do regime específico da plataforma continental, de acordo com o n.º 2 do artigo 78.º “o exercício dos direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental não deve afectar a navegação ou outros direitos e liberdades dos demais Estados, previstos na presente Convenção, nem ter como resultado uma ingerência injustificada neles”. Entre as liberdades do alto mar figuram, de acordo com o artigo 87.º, n.º 1, além da liberdade de navegação, a liberdade de colocar cabos e ductos submarinos, a liberdade de pesca e a liberdade de investigação científica conforme regulado. Determina ainda este artigo no seu n.º 2 que o exercício das liberdades pelos Estados devem ter em devida conta “os direitos relativos às actividades na Área” previstos na CNUDM. As ilações que se poderão retirar desta passagem, inspiradoras de construções de *iure condendo* que lhe associe o poder de protecção ambiental, quer por parte da Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos, quer, analogamente, por parte do Estado costeiro nas zonas da plataforma situadas além das 200MN, estão em aberto.

A noção de que na realidade presente das AMPs as liberdades do alto mar são de todo o modo ainda formalmente «sacrossantas» e que o percurso do rompimento com esta cristalização só se consegue com um árduo esforço de consciencialização ambiental e de incentivo à cooperação internacional respira-se claramente do artigo 22.º, n.º 2, da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Respeitando o espírito do artigo 237.º da CNUDM, naquela disposição estatui-se que as Partes Contratantes deverão implementar a convenção no que concerne ao ambiente marinho “de acordo com os direitos e obrigações dos Estados decorrentes do direito marítimo”.

Observando agora o Anexo V da Convenção OSPAR, apercebemo-nos que também este não se furta ao dever de procurar uma fórmula que concilie o feixe de medidas concretas que se solicita às Partes Contratantes, assinaladamente no contexto das AMPs, com os direitos potencialmente mais melindrosos reconhecidos pela CNUDM a qualquer Estado. A maturação da temática favoreceu, porém, um arranjo que, sem destronar formalmente o *status quo* fixado na CNUDM, utiliza os próprios mecanismos criados pelo Direito do mar e, mais amplamente pelo Direito internacional, para redimensionar no século XXI o pensamento sobre as clássicas liberdades de navegação e pesca. A disposição relevante na matéria em análise é o artigo 4.º¹⁴⁵.

¹⁴⁷ Transcreve-se o artigo 4.º do Anexo V:

“1 - Em conformidade com o penúltimo considerando da Convenção, não será adoptada qualquer medida ou programa relativo a questões relacionadas com a gestão das pescas, ao abrigo do presente anexo. No entanto, se a Comissão considerar que é desejável a adopção de uma medida relativa a esta questão, deverá chamar a atenção da autoridade ou organismo internacional para o efeito competente. Quando for desejável que a Comissão adopte medidas para complementar ou reforçar as acções destas autoridades ou organismos, a Comissão desenvolverá todos os esforços para cooperar com eles.

Em virtude da gestão da pesca estar devidamente regulamentada por acordos internacionais e regionais e pelo facto da Organização Marítima Internacional (OMI) ser a organização internacional competente para adoptar medidas que restrinjam a liberdade de navegação, demite-se a Comissão OSPAR de adoptar, quer medidas ou programas relativos a questões relacionadas com a gestão das pescas, quer medidas atinentes à navegação que devessem ser posteriormente executadas pelas Partes Contratantes. Ora, sempre que a protecção da biodiversidade de uma determinada área exigir medidas que contendam com a pesca ou com a navegação, a Comissão OSPAR e as Partes Contratantes da Convenção OSPAR, que sejam igualmente membros dos organismos internacionais com legitimidade para intervir, deverão desenvolver todos os esforços de concertação e cooperação necessários. Toda esta racionalidade interessa particularmente em casos como o do campo *Rainbow*, onde os poderes de actuação unilateral do Estado costeiro são praticamente nulos, por ausência de competência para restringir a pesca ou a navegação em relação a cidadãos de Estados terceiros. É certo que, de um ponto de vista teórico, nada impediria a conclusão de um *gentleman agreement* no quadro OSPAR acerca da aplicação *inter partes* de medidas restritivas. Mas continuariam desobrigados os Estados não partes da Convenção OSPAR, meio caminho para resultados práticos ineficazes e inutilidade do presumível acordo de cavalheiros. Com um ónus injustificado para os nacionais das Partes Contratantes OSPAR. Além disso, definitivamente, não é aquele o sentido que norteia o artigo 4.º.

A racionalidade do artigo 4.º do Anexo V foi posteriormente retomada na Recomendação 2003/3¹⁴⁸. No seu ponto 3.3 prevê-se que, consoante o plano de gestão apresentado pelas Partes Contratantes com vista à protecção das áreas seleccionadas e o tipo de medidas protectoras exigidas, se desenvolvam acções no sentido de fazer aprovar as medidas, como se segue:

- quando o Estado proponente é competente para adoptar as medidas (todas ou algumas), deverá desencadear os mecanismos previstos na legislação nacional (*maxime*, legislação aplicável às AMPs) que conduzam à sua aprovação e aplicação;
- quando o consentimento de uma organização internacional é necessário para a adopção das medidas pelo Estado ou quando a adopção das medidas propostas é da competência de uma autoridade ou organização internacional, cabe ao Estado fazer todas as diligências junto dessas entidades com vista à obtenção do consentimento ou adopção das medidas em causa.

A actuação que se pede ao Estado beneficia, quando requerido, do peso negocial da estrutura OSPAR. Assim se prevê na alínea c) do ponto 4.4 da *Estratégia OSPAR relativa à protecção e conservação dos ecossistemas e da diversidade biológica da zona marítima* (2003)¹⁴⁹. Com vista a apoiar os esforços desenvolvidos por uma Parte Contratante junto de uma organização internacional para que sejam instauradas as medidas de gestão necessárias

2 - Quando a Comissão considerar que, ao abrigo do presente anexo, é desejável a adopção de medidas relacionadas com o transporte marítimo, deverá submeter a questão à Organização Marítima Internacional. As Partes Contratantes que sejam membros da Organização Marítima Internacional desenvolverão nessa sede todos os esforços de cooperação em ordem a obter uma resposta adequada, incluindo, se necessário, o acordo dessa Organização no que respeita a uma acção regional ou local, tendo em consideração as linhas de orientação eventualmente desenvolvidas pela Organização no que respeita à designação de zonas especiais, identificação de zonas especialmente sensíveis ou outras matérias”.

¹⁴⁸ Cit..

¹⁴⁹ Cit..

a um regime de protecção eficaz de uma AMP-OSPAR, mediante solicitação da Parte Contratante respectiva, a Comissão OSPAR pode considerar que se justifica a sua intervenção ou entender que é necessária uma acção concertada das Partes Contratantes.

Feito o enquadramento, veja-se de seguida quais são em concreto as actividades desenvolvidas pelos Estados, ao abrigo das liberdades do alto mar, que conflituam ou poderão conflitar com os objectivos de protecção do campo *Rainbow*, para depois tecermos um esboço de soluções possíveis.

b) Plano de gestão do *Rainbow* e conflitos previsíveis. Esboço de soluções

Descendo do plano da abstracção à realidade específica do campo hidrotermal *Rainbow* concluímos que são bem menores as dificuldades a superar quando comparadas com o feixe de problemas que a curiosidade doutrinal inevitavelmente desperta pela entrega à exploração da ideia de uma AMP nacional sob águas do alto mar. Do plano de gestão do *Rainbow* que nos foi acessível¹⁵⁰ resulta que a grande actividade humana ou liberdade do alto mar susceptível de conflitar na prática com os objectivos de protecção do campo é contemporaneamente, com alguma ironia, a investigação científica.

No que concerne a liberdade de navegação a protecção das comunidades vivas das chaminés hidrotermais não implica qualquer limitação à passagem dos navios. Hipoteticamente, se alguma perturbação relevante ocorresse resultante da navegação comercial, a OMI seria sempre a organização à qual deveriam ser dirigidos os pedidos de medidas a adoptar, por exemplo uma «área a evitar»¹⁵¹ ou, justificando-se a abrangência, a designação de uma Zona Marinha Particularmente Sensível¹⁵².

Quanto à liberdade de pesca, o campo situa-se a uma profundidade (2270m) superior àquela que actualmente é atingida pela actividade pesqueira. Consequentemente, uma restrição da actividade pesqueira na área só se poderá considerar justificável como medida de precaução. Sublinhe-se neste ponto que a zona onde se situa o campo *Rainbow* está de toda a maneira abrangida pela proibição constante do Regulamento comunitário n.º 1568/2005, de 20 de Setembro¹⁵³. O dispositivo comunitário, aplicável em zonas da Macaronésia (Açores, Madeira e Canárias) incluídas dentro de determinadas coordenadas geográficas, pretende proteger os ecossistemas vulneráveis ali encontrados, tais como os recifes de coral de profundidade, chaminés hidrotermais e estruturas de carbonato, dos impactos negativos causados pelas artes de pesca. Concretamente este regulamento adita ao artigo 30.º do Regulamento (CE) n.º 850/98, de 30 de Março, um novo número (5) prevendo que os navios sejam proibidos de utilizar “*redes de emalhar, redes de enredar*

¹⁵⁰ Baseado no plano de gestão proposto pelo WWF disponível em http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_ICG-MPAo6_Annex.pdf

¹⁵¹ Designadamente, quanto a Portugal continental, no seguimento da proposta feita por Portugal à OMI e consequente aprovação pelo Comité de Segurança Marítima da organização, foi criada, uma «área a evitar» na zona das Berlengas que interdita a navegação a todos os navios com mais de 300 toneladas. Mais genericamente, por efeito da psicose provocada pelo acidente do petroleiro *Prestige* na costa da Galiza, o Governo aprovou em 2006 um novo regime aplicável aos esquemas de separação de tráfego a vigorar em espaços marítimos sob jurisdição nacional. Com as medidas adoptadas pretende-se reforçar a segurança marítima e a simplificação da navegação indexando-as ao objectivo de protecção e preservação do meio marinho. Vide o Decreto-Lei n.º 198/2006, de 19 de Outubro, DR I, n.º 202, pp. 7297. Ver também L. Sardinha MONTEIRO e J. Velho GOUVEIA, «Novos Esquemas de Separação de Tráfego na Costa Portuguesa», Revista da Armada, n.º 383, 2005.

¹⁵² Vide J. Velho GOUVEIA e L. Sardinha MONTEIRO, «A Zona Marítima Particularmente Sensível da Europa Ocidental», Revista da Armada, n.º 388, 2005.

¹⁵³ Regulamento (CE) n.º 1568/2005, do Conselho, de 20 de Setembro, JOUE n.º L 252, de 28 de Setembro, pp. 2, respeitante à protecção dos recifes de coral de profundidade dos efeitos da pesca em determinadas zonas do oceano Atlântico.

ou tresmalhos a profundidades superiores a 200 metros, e redes de arrasto pelo fundo ou redes rebocadas similares que operem em contacto com o fundo do mar”¹⁵⁴. O Regulamento vincula exclusivamente os Estados-membros da União Europeia. Não obstante o interesse em aprofundar a extensão da proibição a Estados terceiros, a profundidade a que se situa o *Rainbow* torna no imediato estéril a reflexão.

No que respeita agora a colocação de cabos submarinos, o espírito que preside ao artigo 79.º, n.º 2¹⁵⁵, da CNUDM, para o qual remete o artigo 87.º, n.º 1, alínea c), transportado para o presente parece militar no sentido das razões de protecção ambiental dos campos hidrotermais constituírem motivo justificativo do impedimento da colocação de tais cabos. Acresce que, sendo pequena a dimensão das áreas a proteger, algum eventual conflito será facilmente resolvido por concertação de vontades entre o Estado costeiro e as partes interessadas.

Na esfera das liberdades do alto mar o foco de incompatibilidade que permanece diz, portanto, respeito à investigação científica. À margem desta outras actividades humanas emergentes, não previstas na CNUDM, são potencialmente conflituantes com os objectivos de protecção do campo *Rainbow*: o turismo e, fundamentalmente, a bioprospecção. Relativamente ao turismo, no momento aparentemente episódico¹⁵⁶, fica a dúvida se tal actividade se poderá subsumir na liberdade de navegação na coluna de água. Os impactos negativos que a luz, os detritos, a introdução de espécies não indígenas ou contactos físicos possam causar nas estruturas e comunidades biológicas dos campos hidrotermais, em virtude da associação directa entre o campo hidrotermal e o *leitmotiv* da navegação naquela área, inclinam-nos a considerar que o Estado costeiro pode proibir ou condicionar a actividade por razões de protecção ambiental. A procura de uma base para aceitação voluntária das medidas por parte dos Estados terceiros directamente visados é, todavia, aconselhável. Quando associado à investigação científica a questão transfere-se para esta última. Identicamente a questão da bioprospecção, apesar de, enquanto tal, estar omissa na CNUDM, subsume-se na problemática atinente à investigação científica.

Em matéria de liberdade de investigação científica talvez mereça a pena começar exactamente pelo fim. Quer dizer, a necessidade de proteger o campo hidrotermal *Rainbow* foi primordialmente defendida, lembre-se, pela comunidade de cientistas preocupados com os efeitos negativos que a investigação descoordenada e «sem regra» poderia provocar no ecossistema, numa altura em que a sua localização era tida como na «área». Com o objectivo genérico de salvaguardar os campos hidrotermais recorde-se, outrossim, a declaração “*InterRidge statement of commitment to responsible research practices at deep-sea hydrothermal vents*”, de 2006¹⁵⁷ e a proposta apresentada em 2007 no seio OSPAR, intitulada *OSPAR Principles for Responsible Marine Research*¹⁵⁸. No plano dos factos a conflitualidade

¹⁵⁴ Analogamente, na zona económica exclusiva do Reino Unido, cite-se o exemplo da proibição do uso de redes de arrasto pelo fundo e outras artes similares na área de *Darwin Mounds*. Naquela área irá ser criada uma Zona Especial de Conservação (Rede Natura 2000), mas, em virtude da danificação pelas redes de pesca dos recifes de coral de água fria ali abundantes, como medida de precaução foi solicitada à Comunidade Europeia a proibição do arrasto, atendendo à sua competência nesta matéria. Ver o Regulamento (CE) n.º 602/2004 do Conselho, de 22 de Março, JOUE n.º L 97, de 1 de Abril, pp. 30.

¹⁵⁵ Transcreve-se o dispositivo: “*Sob reserva do seu direito de tomar medidas razoáveis para a exploração da plataforma continental, o aproveitamento dos seus recursos naturais e a prevenção, redução e controlo da poluição causada por ductos, o Estado costeiro não pode impedir a colocação ou a manutenção dos referidos cabos ou ductos*”. Sublinhado nosso.

¹⁵⁶ Vide Paul DANDO e S. Kim JUNIPER (Eds), *Management and Conservation of Hydrothermal Vent Ecosystems*, Report from an InterRidge Workshop, Institute of Ocean Sciences, Sidney (Victoria), B.C., Canada, workshop realizado em 28-30 de Setembro de 2000, relatório publicado em Maio de 2001, em especial pp. 9, 14, 16 e 31.

¹⁵⁷ *Cit.*.

¹⁵⁸ *Cit.*.

será, por conseguinte, provavelmente mais aparente do que a discussão teórica poderá suscitar, atendendo a que a plataforma de entendimento se desenvolveu *motu proprio* e com anterioridade face à oficialização da proposta de designação do *Rainbow* como AMP-OSPAR. A única, mas grande diferença, é que presentemente o quadro legal que regula o desenvolvimento da investigação científica marinha não é o da «área» e sim o aplicável à plataforma continental.

Abstractamente a liberdade de investigação científica deverá realizar-se de harmonia com as exigências de protecção e preservação do meio marinho (artigo 240.º, alínea d), da CNUDM). Inclusivamente de todas as actividades humanas a investigação científica é tradicionalmente aquela que, respeitadas que devam ser determinadas regras de conduta, se presume intrinsecamente compatível com os fins de protecção da biodiversidade que presidem à criação das áreas marinhas protegidas. A possibilidade de um afluxo incontrolado de equipas de investigação aos ecossistemas marinhos «de ninguém» provou, no entanto, que em prol do bem podem advir prejuízos irreparáveis para as comunidades biológicas marinhas extremamente sensíveis. Este dado deve, portanto, ser igualmente tido em conta pelo Estado costeiro quando se trata de proteger ecossistemas situados na sua plataforma continental. Qual é então no domínio da investigação científica marinha o alcance do poder de jurisdição reconhecido ao Estado costeiro pela CNUDM? Antecipe-se, para já, que o tipo de investigação a que a CNUDM genericamente se refere é o da investigação científica pura. Esta reúne duas condições cumulativas: tem de ser desenvolvida exclusivamente para fins pacíficos e deve ter por propósito aumentar o conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda a humanidade. Discretamente a CNUDM deixa, também, a descoberto um outro tipo de investigação científica, já não em proveito de toda a humanidade, mas antes com fins económicos particulares: a investigação científica aplicada.

O dispositivo fundamental que nos elucida acerca do poder de jurisdição do Estado costeiro em relação à investigação científica marinha realizada, quer na zona económica exclusiva, quer na plataforma continental, consta do artigo 246.º. Deste decorre, primeiro, que os Estados costeiros “têm o direito de regulamentar, autorizar e realizar investigação científica marinha” nestes espaços marítimos, desde que respeitadas as disposições pertinentes da CNUDM; segundo que a investigação “deve ser realizada com o consentimento do Estado costeiro”; terceiro, que os Estados costeiros, “em circunstâncias normais, devem dar o seu consentimento” a outros Estados ou organizações internacionais competentes para que executem projectos de investigação científica marinha, mormente, na sua plataforma continental quando “exclusivamente com fins pacíficos e com o propósito de aumentar o conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda a humanidade” (investigação científica pura). Com vista a este fim prevê-se que os Estados costeiros estabeleçam “regras e procedimentos para garantir que tal consentimento não seja retardado nem denegado sem justificação razoável”. Significa isto que em condições normais, uma vez reunidos os requisitos préestabelecidos, que podem ser idênticos aos impostos à actividade de investigação científica nacional¹⁵⁹, o Estado será obrigado a conceder autorização para a execução dos projectos de investigação estrangeiros.

Existe, porém, um dispositivo que altera o panorama. Com efeito o n.º 5 do artigo 246.º é um número chave, uma vez que em determinadas circunstâncias admite excepções à regra do consentimento vinculado. Assim, de acordo com o n.º 5, os Estados costeiros poderão discricionariamente recusar-se a dar o consentimento à realização na sua plataforma continental de um projecto de investigação científica marinha de outro Estado ou organização internacional se o projecto, designadamente, “tiver uma influência directa na exploração e aproveitamento dos recursos naturais, vivos ou não vivos” (alínea a)). Esta

¹⁵⁹ Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 458-459.

passagem pode ser objecto de mais do que uma interpretação. Nós retivemos duas. Uma, a de que o Estado pode recusar o projecto de investigação caso ele implique a suspensão das actividades de exploração ou aproveitamento eventualmente em curso ou a realizar. Outra, e mais relevante por ora, a de que o Estado poder recusar projectos de investigação científica com fins comerciais imediatos, como o são actualmente os projectos ligados à ciência aplicada no âmbito da indústria biotecnológica¹⁶⁰. Estes alicerçam-se de facto numa exploração e aproveitamento de recursos vivos. Em bom rigor não temos neste caso uma excepção à regra do consentimento vinculado e sim uma verdadeira exclusão que resulta automaticamente da não observância da condição de uma investigação desenvolvida em benefício de toda a humanidade, pelo menos de modo imediato.

Em complemento da alínea a) do n.º 5, especifica ainda o n.º 6 do artigo 246.º, respeitante às zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, que os Estados costeiros “*não podem exercer o seu poder discricionário de recusar o seu consentimento*”, nos termos da alínea a) do n.º 5, em relação aos projectos de investigação científica marinha a serem realizados na plataforma continental além das 200MN, “*fora das áreas específicas que os Estados costeiros venham a designar publicamente, em qualquer momento, como áreas nas quais se estão a realizar ou venham a realizar-se, num prazo razoável, actividades de aproveitamento ou operações pormenorizadas de exploração sobre essas áreas*”. Acrescenta-se que os Estados costeiros “*devem dar a devida publicidade à designação de tais áreas, bem como a qualquer modificação das mesmas, mas não serão obrigados a dar pormenores das operações realizadas nessas áreas*”. Esta restrição do poder discricionário do Estado costeiro seria de índole a justificar de imediato a publicitação das zonas dos campos hidrotermais como áreas onde o Estado pretende vir a realizar tais actividades. Nomeadamente porque as suas comunidades biológicas alojam recursos vivos economicamente importantes do ponto de vista da exploração biotecnológica. Esta interpretação vai além do significado que na época se pretendeu atribuir ao dispositivo¹⁶¹, mas é perfeitamente consentânea com os desafios biotecnológicos contemporâneos. Sublinhe-se que a possibilidade do Estado recusar discricionariamente o consentimento é movida pela salvaguarda dos interesses económicos dos Estados costeiros e não por quaisquer motivações ambientais altruísticas. Mas será que indirectamente ele não pode manipular o mecanismo previsto com vista a este fim? Assim nos parece no que toca à investigação científica aplicada. Independentemente da resposta, cabe, no entanto, indagar em que medida a ocorrência de condições ambientais extraordinárias, como aquelas que caracterizam os campos hidrotermais, poderão justificar autonomamente o exercício semelhante pelo Estado costeiro de um poder discricionário de recusa, abrangendo tanto as actividades de investigação científica com finalidades comerciais, como as actividades de investigação científica pura. Sobretudo quando para efeitos de protecção há intenção de criar uma área marinha protegida.

Como já foi referido, a preocupação em conciliar a investigação científica marinha com a protecção do ambiente é um princípio geral que norteia a actividade (artigo 240.º, alínea d). Acresce a compreensão prevalente actual de uma indissociabilidade entre o direito de exploração e o poder-dever de protecção ambiental. Realce-se aqui a obrigação do Estado costeiro proteger os ecossistemas raros ou frágeis (artigo 194.º, n.º 5, da CNUDM). Ora, a percepção de que certos impactos ambientais especiais são razão suficiente para

¹⁶⁰ Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 457; e Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400 e 402.

¹⁶¹ Relembre-se que os recursos vivos da plataforma continental correspondem às espécies sedentárias e estas foram incluídas no regime específico daquele espaço por motivações relacionadas com a pesca.

a recusa discricionária do consentimento do Estado costeiro à execução de projectos de investigação científica por Estados terceiros ou organizações internacionais está patente na alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º: o Estado costeiro pode discricionariamente recusar o seu consentimento se o projecto de investigação “*implicar perfurações na plataforma continental, a utilização de explosivos ou a introdução de substâncias nocivas no meio marinho*”. Este dispositivo aplica-se seja qual for a índole do projecto de investigação e não está coberto pelas restrições espaciais constantes do n.º 6. No nosso entender esta alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º é o rastilho que permite fazer evoluir o regime da CNUDM no sentido de se permitir o cerceamento discricionário da liberdade de investigação científica quando condições ambientais extraordinárias inclusive reclamam a criação de uma área protegida para protecção de biodiversidade excepcional.

Em suma, o respeito das normas de protecção do ambiente marinho, constantes da CNUDM ou da regulamentação desejavelmente adoptada pelo Estado costeiro relativa ao *modus operandi* dos projectos de investigação científica, constitui um pré requisito natural da selecção de projectos e ulterior aprovação (ver o artigo 247.º e o artigo 252.º - consentimento tácito). Não obstante, a compatibilidade entre um projecto de investigação científica e a preservação do ambiente marinho só caso a caso é susceptível de ser apreciada. Nomeadamente com vista a acautelar, ademais dos aspectos qualitativos da investigação (v.g.: investigação para bem da humanidade/investigação com fins comerciais particulares), os aspectos quantitativos. Excesso de actividade nas zonas dos campos hidrotermais ou excesso de recolhas podem redundar numa pressão prejudicial nos ecossistemas. Enfim, mesmo tratando-se de investigação científica pura, a ocorrência de comunidades biológicas nos campos hidrotermais, não constituindo “*circunstâncias normais*” (artigo 246.º, n.º 3), atira a questão do consentimento do Estado costeiro para o domínio da discricionarietà, por motivações de ordem ambiental apoiadas no espírito que norteia a alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º.

Bom, mas se parece não restarem dúvidas acerca da dependência do desenvolvimento da investigação científica, a realizar por Estados terceiros ou organizações internacionais, da vontade do Estado costeiro, os benefícios que se poderão colher dos contributos da investigação científica estrangeira, realizada *maxime* nos campos hidrotermais, não devem ser subestimados. Até porque os artigos 248.º e 249.º previnem, nomeadamente, a possibilidade de participação ou representação do Estado costeiro nos projectos de investigação. Sublinhe-se, por conseguinte, que a profunda imbricação entre o desenvolvimento do conhecimento para benefício de toda a humanidade que se pede à investigação científica marinha e a vida *sui generis* existente nos campos hidrotermais desaconselha uma obstaculização irrazoável dos projectos de investigação a realizar nos ditos campos. Se mais razões não houvessem, pelas “*janelas*” que abrem para o estudo da evolução da vida. Na prática um equilíbrio deve ser procurado entre as exigências de protecção da biodiversidade, o dever do Estado costeiro promover e facilitar o desenvolvimento e a realização da investigação científica marinha (artigo 239.º da CNUDM) e os interesses próprios do Estado. Idealmente os critérios que podem guiar a busca deste equilíbrio no caso de condições ambientais excepcionais, justificativas de estatutos de protecção particulares, deveriam também constar da legislação nacional que regulamente a actividade de investigação científica desenvolvida, quer por nacionais, quer por terceiros.

Para terminar, uma palavra mais detida sobre o conflito potencial entre a criação de uma área protegida e os interesses que rodeiam a biotecnologia. Como já tivemos ocasião de referir, a CNUDM é lacunosa quanto ao problema dos recursos genéticos e correlativa

actividade de bioprospecção¹⁶². A doutrina tem-se esforçado por colmatar o problema testando a aproximação da bioprospecção, ora da pesca, ora da investigação científica¹⁶³. A conclusão prevalectante é a de que a existir alguma semelhança será com a investigação científica e não propriamente com a pesca.

Tanto a pesca como a bioprospecção implicam extracção de recursos vivos. Simplesmente a pesca pressupõe a extracção de seres vivos inteiros, para aproveitamento total ou parcial, e normalmente em grandes quantidades para fins de consumo. Dissemelhante, na bioprospecção encaram-se os seres vivos como meros receptáculos de genes. A investigação da utilidade que tais seres vivos têm ou poderão vir a ter para a indústria biotecnológica, embora implique a extracção de espécimes, esta não é normalmente quantitativamente importante, atendendo a que a exploração das potencialidades não exige muito material e é feita em laboratório. Quer dizer, contrariamente à pesca, a “*qualidade e diferença são muito mais significativas para a investigação laboratorial do que a quantidade ou semelhança*”¹⁶⁴. Outros argumentos afastam ainda mais as duas actividades, designadamente as questões relacionadas com a protecção da propriedade intelectual. Este cuidado em acautelar os resultados financeiramente valiosos obtidos pelo estudo do material genético é uma ponderável ausente dos dilemas pesqueiros.

O entendimento mais razoável é, assim, o que aproxima a bioprospecção da investigação científica marinha. Isto apesar do intuito comercial e lucrativo da primeira, sendo o segredo e as patentes, respectivamente, a «alma» e o «seguro» do negócio. Isto apesar de, genericamente, ser outro o «modo de ser» que se exige à investigação científica prevista na CNUDM. Relembrando, o desenvolvimento do conhecimento científico para fins pacíficos e em benefício de toda a humanidade (v.g.: artigos 143.º, 240.º, alínea a), e 246.º, n.º 3), a transparência, abertura, partilha de informação e dados, bem como a publicação dos resultados da investigação¹⁶⁵ (v.g.: artigo 244.º). A integração da bioprospecção na actividade de investigação científica marinha tal como prevista na CNUDM não enfrenta, pela análise prévia que fizemos do artigo 246.º, dificuldades insuperáveis. O artigo 246, em unísono com a abrangência que se respira no artigo 240.º, sugere mesmo, consoante os fins prosseguidos, dois tipos de investigação científica: recapitulando, a mais comum, quer dizer a investigação científica pura, a qual tem por finalidade aumentar o conhecimento do meio marinho para bem de toda a humanidade (artigo 246.º, n.º 3); e a investigação científica aplicada com fins de exploração comercial, que no caso pressupõe uma influência directa na exploração e aproveitamento dos recursos naturais vivos (artigo 246, n.º 5, alínea a)). A grande diferença de princípio é que a última entra imediatamente no universo da decisão discricionária do Estado costeiro.

¹⁶² De acordo com a proposta do *Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice* (SBSTTA) da Convenção sobre a Diversidade Biológica, considera-se bioprospecção como sendo “*a exploração da biodiversidade para recursos genéticos e bioquímicos comercialmente valiosos*” ou “*o processo de adquirir informação da biosfera sobre a composição molecular dos recursos genéticos com vista ao desenvolvimento de produtos comerciais novos*”. *Apud* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400.

¹⁶³ *Vide* Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 456-459; e Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400-404.

¹⁶⁴ *Vide* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400.

¹⁶⁵ *Vide* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 401.

Síntese conclusiva

A descoberta de um ecossistema marinho *sui generis* numa situação geográfica, também ela, ímpar no cenário português abriu a possibilidade de Portugal figurar com nova presença indelével na história da odisseia marítima, desta feita por um novo gene que introduz na compreensão do Direito do mar. O nosso país com o campo de chaminés hidrotermais *Rainbow* oferece um exemplo pioneiro no panorama internacional da protecção do meio marinho, ao propor a criação no quadro da Convenção OSPAR da primeira área marinha protegida (nacional) numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, sob águas com o estatuto de alto mar. Lá a 235MN das “ilhas felizes” açorianas¹⁶⁶ um ecossistema fervilhante faz a ponte entre o começo da vida na Terra e um património de oportunidades a desvendar que se deseja deixar de herança às futuras gerações. A importância da descoberta, assim como de outros ecossistemas semelhantes ou importantes nas fronteiras da zona económica exclusiva, não deixou indiferente a comunidade científica, nem as autoridades regionais. O empenho em promover o «novo mundo» submerso foi imediato. No plano normativo, designadamente, a Região antecipou-se à iniciativa legislativa nacional. Em Junho de 2007, prosseguindo uma rota independente do acervo jurídico nacional constante da RNAP, começou-se a preparação na Região Autónoma dos Açores do terreno legislativo que há-de acolher, com a pompa e circunstância devida, as áreas marinhas protegidas a serem criadas nas zonas *offshore*.

O entusiasmo provocado pelo reconhecimento no quadro OSPAR da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*, mesmo antes de concluído o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental não deve, contudo, obnubilar algumas questões primordiais. Primeira, a eficácia *inter partes* do acto de reconhecimento. Segunda, que o poder ambiental reconhecido ao Estado português terá de ser definitivamente confirmado. Esta confirmação está indirecta mas intrinsecamente dependente da conclusão bem sucedida do processo junto da Comissão de Limites da Plataforma Continental, pelo menos no que respeita à inclusão da área do *Rainbow*. Terceira, que a criação de um regime jurídico protector eficaz e de aplicação generalizada é trabalhosa do ponto de vista diplomático e desafiante do ponto de vista do Direito do mar e das liberdades classicamente estabelecidas. As incertezas que rodeiam a marcação do ponto de equilíbrio entre as exigências de protecção ambiental e a limitação ou condicionamento das liberdades do alto mar expõem a fragilidade imediata de um qualquer regime que fosse unilateralmente pensado pelo Estado costeiro, mesmo quando a sua competência é incontestável. Aqui, como em toda a política ambiental, a promoção do princípio da participação e o alargamento a todos os *stakeholders* da discussão sobre as medidas de protecção a aplicar no *Rainbow*, bem como a concertação com os Estados terceiros e/ou no seio das organizações internacionais competentes é condição *sine qua non* para a respeitabilidade de um regime cuja capacidade impositiva heterónoma é à partida muito frágil.

Situações como a do campo *Rainbow*, quando encaradas pelo prisma da protecção ambiental, não têm de ser necessariamente encaradas como «cavalos de Tróia» introduzidos no seio das liberdades do alto mar. O que se solicita é uma reinterpretação do sentido destas liberdades num mundo onde os valores ambientais ocupam nichos cada vez mais sólidos por direito próprio. Defender o carácter intangível dos direitos dos Estados terceiros seria recusar perenemente as perspectivas evolutivas abertas pela CNUDM no

¹⁶⁶ “Ilhas felizes” é o significado atribuído na antiga Grécia à região da Macaronésia. Açores, Madeira e Canárias eram as ilhas paradisíacas situadas nas fronteiras do mundo conhecido. In Comissão Europeia (DG Ambiente), «Nature», Lettre d'Information n.º 15, 2002, pp. 2.

domínio ambiental. Contemporaneamente a protecção da biodiversidade, *maxime* através de áreas protegidas, é um comando e só um cego que não queira ver se manterá fiel à provecta visão de escola que sacraliza liberdades do mar totalmente manietadas pelo brilho argêntico, colocando sempre em desvantagem os objectivos de protecção do ambiente. Não é esta a linha de fundo que embrionariamente está tecida na CNUDM, não é este o futuro que se começa a definir no âmbito da cooperação internacional, não é este enfim o padrão do “*politicamente correcto*”. A criação de áreas protegidas com vista à protecção da biodiversidade marinha não estava nos fins imediatos dos negociadores da CNUDM, mas a combinação de uma interpretação teleológico-sistemática com a prática ulterior dos Estados demonstra sem grande dificuldade que a possibilidade cabe dentro dos seus limites legais. Este tipo de áreas protegidas contende é certo com as liberdades ou outros direitos do mar. Mas os dois pólos não são irremediavelmente incompatíveis. Sob pena de fazermos das áreas marinhas protegidas meras «áreas de papel» temos sim que incutir e aceitar um novo significado para aquelas liberdades ou outros direitos do mar. Pensando no *Rainbow*, proibir ou condicionar uma actividade concreta numa área especificamente determinada em prol de objectivos ambientais não constitui liminarmente uma ingerência injustificada ou uma violação de uma liberdade do alto mar, na medida em que não se coíbe o seu desenvolvimento no tão imenso espaço marítimo internacional restante. A verdade do tempo actual é que os Estados estão já, ou pelo menos deveriam estar, familiarizados com proibições e condicionamentos provindos de regulamentação internacional destinada a prosseguir outros fins (*v.g.*: conservação sustentável de recursos marinhos vivos, protecção de mamíferos marinhos, prevenção da poluição). Basta a congregação de vontades para que outras proibições e condicionamentos estejam agora ao serviço dos fins próprios das áreas marinhas protegidas. A vitória destes fins não significa generalizadamente o «canto do cisne» das liberdades do alto mar.

7 de Abril de 2008

Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade do Porto
Investigadora do CIJE

O «Verde» na Preocupação do Direito Internacional Humanitário. Entre «risco» e «necessidade militar»: reflexões sobre o «eco-humanitarismo» e o futuro da «paz verde»

Resumo

A protecção do ambiente em tempos de conflito armado insere-se no quadro das problemáticas ambientais globais que se enfrentam. Este breve artigo tem por objectivo analisar em que medida o Direito Internacional Humanitário (DIH) oferece mecanismos satisfatórios para a protecção do ambiente em situações de «conflito armado». Tem, é importante salientar, a óptica do DIH e não do Direito do Ambiente, sendo certo que intentaremos aprofundar o diálogo entre essas duas áreas – diálogo fundamental para se aprimorar a protecção ambiental em tempos de guerra. Nossa preocupação recai sobretudo na problemática do crescente impacto ambiental causado pelas incursões militares e novas tecnologias de armas desenvolvidas. A análise passará por algumas regras e princípios do DIH (principalmente do Direito de Haia) e por alguns dos principais instrumentos internacionais de protecção do ambiente em tempos de conflito armado.

“Toma-se cada vez mais consciência de que o risco é, desde logo, uma categoria moral do mundo contemporâneo. Isto aplica-se, por maioria de razão, às decisões militares. (...) O problema é que se há uma moral do risco esta pode e deve ser um padrão ético regulador das nossas acções e decisões (...).”¹

“A guerra é intrinsecamente destruidora do desenvolvimento sustentável. Os Estados deverão portanto respeitar a legislação internacional que protege o ambiente em tempo de conflito armado, e cooperar no seu desenvolvimento, conforme for necessário.”²

“Weapons, however terrible, however destructive, however automatic, are in themselves dead machines; everything depends on the heart of men that use them.”³

¹ J. J. Gomes Canotilho. - «Intervenções humanitárias e sociedade de risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias», in *Nação e Defesa*, nº. 97, primavera 2001, p.19.

² Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992, princípio 24.

³ Josef L. Kunz. - «The chaotic status of the laws of war and the urgent necessity for their revision», in *American Journal of International Law*, vol.45, 1951, p.41.

1. A natureza na preocupação do Direito Internacional Humanitário

O choque entre a actividade humana e os imperativos de sobrevivência do ambiente (e consequentemente a do próprio ser humano) não se faz reflectir apenas em «tempos de paz», também em «tempos de guerra» a protecção ambiental é uma exigência. Inicialmente com papel importante na planificação da conduta das hostilidades e operações militares, e concebido sem quaisquer preocupações que sejam em termos de sustentabilidade ambiental como mero “objecto” da «necessidade militar»⁴ (porque “propriedade inimiga”), o ambiente passa gradualmente nos idos de hoje a um sentido outrora não concebido pelo DIH: a «eco-vítima» ao lado da «vítima humana» dos conflitos armados.⁵ Tal sentido, ainda que débil juridicamente falando,⁶ representa importante avanço no sentido do DIH indicativo da constante renovação própria da ciência jurídica, e sobretudo do DIH (*droit vivant*),⁷ mas não somente, da relevância que o risco exerce em nossas vidas e gerações futuras: este tornar-se-á cada vez mais *medida* (jurídica e moral) para a nossa racionalidade, acções e tomadas de decisões.⁸

⁴ Nicolae Uscoi. - «Le droit international humanitaire et la protection de l'environnement en temps de conflit armé», in Association Roumaine de Droit Humanitaire (ARDH), *Problèmes Humanitaires à la Fin du Siècle et du Millénaire*, Bucarest:1998, p.55, salienta: “Les conditions naturelles jouent un rôle particulier dans la planification des opérations militaires. Elles ont été consacrées dans la théorie et la pratique de l'art militaire comme un des principaux facteurs de succès et c'est pour ça que toutes les études d'état major ont comme chapitre distinct l'analyse du terrain, de l'état du temps et de la situation hydrologique, des avantages et des désavantages déterminés par leur caractéristiques dans le plan des actions propres et de l'adversaire. Beaucoup de temps, ces études ont eu comme but d'identifier les possibilités d'exploiter dans son propre intérêt les avantages offerts par les conditions naturelles et aussi de contrecarrer d'une manière efficace leurs servitudes.”

⁵ Não concebemos, entretanto, nem o ser humano e nem o ambiente como «vítima» no sentido dado por François Ost. - *O Tempo do Direito*, Instituto Piaget, 1999, p.34, em análise que faz à sociedade do risco: “Só resta a figura da vítima, isolada pelos golpes do destino que a vão atingindo, e que reclama justiça, à falta de poder aspirar ainda a um direito: quando a justiça distributiva declina, só fica a justiça comutativa. Na ausência de poder aspirar a um título geral, um «direito social», resta à vítima gritar a injustiça e pedir reparação ao juiz. Daí o aumento potencial correlativo da vítima, na sociedade do risco, em vez de agente social, e do juiz como substituto do político. A queixa (em justiça) substitui então a reivindicação (política), com o risco de transformar a instância judicial em recurso ilusório contra todos os males sociais.” Concebemos o meio ambiente como «valor/medida» do DIH, fundamentalmente como valor-regulador da actividade militar (seja em tempos de guerra como em tempos de paz). Trataremos mais do assunto *infra*.

⁶ Veja-se como exemplo o bombardeamento da NATO contra a ex-Iugoslávia no qual, apesar da constatação de que a “Nato bombing campaign did cause some damage to the environment. For instance, attacks on industrial facilities such as chemical plants and oil installations were reported to have caused the release of pollutants, although the exact extent of this is presently unknown”, ficou concluído que “[i]t is therefore the opinion of the committee, based on information currently available to it, that the OTP should not commence an investigation into the collateral environmental damage caused by the NATO bombing campaign”. [grifo nosso] Tal atitude demonstra claramente a ausência de uma cultura de accountability no meio militar em relação à protecção do ambiente. Leia-se sobretudo os §§ 14-25 do *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*. Disponível em <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>. (Acesso em 29/01/08 às 18:43h). Todavia, doutrinariamente o DIH avança em matérias para a protecção ambiental demonstrando uma crescente preocupação neste sentido: Théo Boutruche. - «Le statut de l'eau en droit international humanitaire», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.82, nº.840, décembre 2000, pp.887-916. O autor identifica em regras específicas do DIH e do Direito de Haia a possível protecção das redes hidrográficas, como por exemplo a interdição de se atacar os bens indispensáveis à sobrevivência da população civil (art.54 Protocolo I e art.14 Protocolo II); a proibição dos ataques direccionados às obras ou instalações que contenham substâncias perigosas (art.56 Protocolo I e art.15 Protocolo II), etc.

⁷ Um direito da prática (operacional) *par excellence*. Cfr. Eric David, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles:Bruylant, 1994, p.33: “Si pour un certain nombre de régions du monde, le droit des conflits armés reste – heureusement – le droit de l'exceptionnel, dans la mesure où ces régions restent à l'abri de la guerre, au niveau planétaire, les occasions d'application de ce droit sont, hélas permanentes.”

⁸ Categoria jurídica de definição ainda não consensual, o risco é cada vez mais objecto de estudo. Como observam Sophie Clément e Elodie Tranchez. - «Risque et responsabilité en droit international», in *L'Observateur des Nations*

O facto é que a protecção do ambiente, ao menos em termos substanciais, apenas recentemente passou a fazer parte da preocupação humanitária. Deve-se definitivamente ao avanço tecnológico – revolucionado inclusive, pelas “guerras tecnológicas” - ditas «*wired warfare*»⁹ ou «*information warfare*»,¹⁰ com «*computer network attacks*» - ao impacto causado por armas cada vez mais potentes e de grande capacidade destrutiva («riscos técnico-ecológicos»¹¹), assim como à “crise ambiental global”, a crescente consciencialização de que a protecção ambiental, não se limitando aos tempos de paz, deve ser reforçada em tempos de guerra.¹²

Se bem que a preocupação inicial do DIH tenha sido o ser humano e a protecção da sua integridade física¹³, a “inquietação ambiental” fez-se sentir logo da criação do corpo jurídico, parte do DIH, que rege os *meios e métodos* de condução das hostilidades: o Direito de Haia (*Droit de la Haye*).¹⁴ Ao “antropocentrismo” do DIH clássico («humanismo») acrescenta-se presentemente uma nova racionalidade humanitária ao DIH contemporâ-

Unies, 1, volume 22, 2007, pp.10-11, inicialmente associado ao “acaso” e aos “infortúnios da natureza”, o risco era categoria concebida fora do Direito não se gerando desta forma nenhum “*lien juridique*”. Com a sociedade industrial, os avanços tecnológicos, a exploração do espaço, o desenvolvimento da bomba nuclear, entre outros progressos, o próprio ser humano passa a ser *agente do risco*. Este passa, por conseguinte, a ser *objecto do Direito*. Todavia, não o risco em si mas as suas consequências é que passam a ser objecto de regulamentação pelo Direito. Apenas muito recentemente – e a crescente preocupação ambiental colaborou neste sentido – é que o risco passou a ser, ele próprio, objecto de estudo e concebido como “categoria jurídica” a ser regulamentada. Para Sophie Clément e Elodie Tranchez, “[c]’est notamment la consécration du principe de précaution, premier pas vers un refus de l’acceptation du risque.” Neste tocante a revista da ONU - *L’Observateur des Nations Unies* – dedicou edição especial ao risco. Leiam-se especialmente Sophie Clément e Elodie Tranchez. - «Risque et responsabilité en droit international», in *L’Observateur des Nations Unies*, 1, volume 22, 2007, pp.03-28; Isabelle Buffard e Gerhard Hafner. - «Risque et fragmentation en droit international», *ibidem*, pp.29-42; Petr Muzny. - «Le risque dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme», *ibidem*, pp.155-175; Marie José Domestici-Met. - «L’Humanitaire, une praxis du risque de la sécurité humaine», *ibidem*, pp.177-192. Vide, ainda, Oren Perez. - *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism*, Hart Publishing, 2004 e J. J. Gomes Canotilho, op.cit.

⁹ “[O]perations to disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and computer networks, or the computers and networks themselves.” Cfr. Michael N. Schmitt. - «Wired warfare: Computer network attack and *ius in bello*», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.84, nº.846, juin 2002, pp.365-399[p.367].

¹⁰ «*Information warfare*»: trata-se da guerra via computadores através de acesso ao sistema informativo do inimigo, interferindo na sua capacidade de combate. Leia-se sobre o assunto Davis Brown. - «A proposal for an international convention to regulate the use of information systems in armed conflict», in *Harvard International Law Journal*, Volume 47, Number 1, Winter 2006, pp.179-221.

¹¹ J. J. Gomes Canotilho. - «Intervenções humanitárias e sociedade de risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias», in *Nação e Defesa*, nº 97, Primavera 2001, p.19.

¹² Fala-se hoje inclusive em “ingerência ecológica”, referenciando-se o *ius ad bellum* em caso da ameaça de graves danos ambientais: Silvana Colombo. - «O direito de ingerência no domínio do ambiente», in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº.9, março-abril-maio 2007, pp.01-18 (Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MARÇO-2007-SILVANA%20COLOMBO.pdf>. Acesso em 23/01/08 às 11:54h); Michel Bachelet. - *A Ingerência Ecológica. Direito Ambiental em Questão*, Instituto Piaget, 1997.

¹³ Vide sobre a origem do Direito Internacional Humanitário e sua evolução: Jean Pictet. - *Développement et Principes du Droit International Humanitaire*, Institut Henry-Dunant, Pedone, 1983; Véronique Harouel-Bureloup. - *Traité de Droit Humanitaire*, PUF, 2005; Eric David. - *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles:Bruylant, 1994; Pietro Verri. - *Dictionnaire du Droit International des Conflits Armés*, CICR, 1988; Pierre Boissier. - *Henry Dunant*, Instituto Henry-Dunant, Genebra, 1974; Simone Delorenzi. - *Contending with the Impasse in International Humanitarian Action. ICRC Policy Since the End of the Cold War*, ICRC, 1999; Marco Sassòli e Antoine A. Bouvier. - *Un Droit dans la Guerre?*, Vol. I-II, CICR, 2003; Hans-Peter Gasser. - *Le Droit International Humanitaire - Introduction*, Institut Henry-Dunant, Haupt, 2003; Jean-Marie Hanckaerts e Louise Doswald-Beck. - *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Cambridge University Press, 2005; Olivier Paye. - *Sauve Qui Veut? Le Droit International Face aux Crises Humanitaires*, Collection de Droit International 31, Bruxelles: Éditions Bruylant, 1996; entre outros.

¹⁴ O DIH comporta duas vertentes, ambas formando o corpo jurídico de protecção do ser humano em tempos de conflito armado: o Direito de Genebra (*Droit de Genève*) e o Direito de Haia (*Droit de la Haye*).

Denomina-se “Direito de Haia” o corpo jurídico concernente à conduta das operações militares, aos direitos e



neo¹⁵ - o «eco-humanitarismo», que se traduz em dois sentidos: a) primeiro, a condução das hostilidades nos conflitos armados - e não só, em toda e qualquer actividade militar - deve ter o ambiente como valor regulador das decisões de ataque.¹⁶ Assim como os meios e métodos de combate não são ilimitados (art.35, §1º do Protocolo I Adicional às Quatro Convenções de Genebra – doravante Protocolo I) por razões de humanidade (por causarem mal-supérfluo e sofrimento inútil ao ser humano¹⁷ – Art.35, 2 do Protocolo I), igualmente não o são por razões ecológicas; e b) segundo, que a produção de novas armas tecnológicas, ou a fiscalização das já existentes, deve ser acompanhada de normas reguladoras com *sentido ecológico*.¹⁸

2. A protecção do ambiente em tempos de conflito armado: do «sentido ecológico» numa sociedade do risco

A dimensão dos problemas ambientais - para além dos humanos - provocados pelos conflitos armados não são negligenciáveis: destruição de terrenos, plantações e florestas, contaminação de águas, poluição do ar, inutilização de terrenos por campos minados, além da presente ameaça do uso de armas bacteriológicas e nucleares.¹⁹

O risco na sociedade contemporânea aumenta com o avanço tecnológico e o desenvolvimento de armas cada vez mais potentes. Este crescer das *high-risk-technologies* e a falta da previsibilidade de seus efeitos, tanto imediato quanto mediato, desencadeia obviamente (até como processo natural de sobrevivência do ser humano) uma preocupação inversa: o repensar das leis que regem os meios (*com o quê se combate*) e métodos (*como se combate*) de condução das operações militares. Não apenas o *ser humano* é estabelecido como limite para a actividade militar, mas também a natureza.²⁰ A lógica construtiva do

deveres dos militares participantes na conduta das operações militares (combatentes) e à limitação dos meios e métodos de ataque ao inimigo. Tem como ideia fundamental o facto de que a conduta dos beligerantes não é ilimitada. Limita, portanto, *como se combate* e *com o que se combate* durante um conflito armado. O Direito de Haia encontra a maior parte das suas regras nas Convenções de Haia de 1899 (revistas em 1907), e em algumas regras do Protocolo I adicional às Quatro Convenções de Genebra, que incorporou os principais princípios do Direito de Haia. O “Direito de Genebra”, por sua vez, é o corpo jurídico relativo ao respeito e tratamento das vítimas da guerra, incluindo a assistência humanitária. Fazem parte deste as Quatro Convenções de Genebra de 1949 e os seus dois Protocolos Adicionais de 1977. Há ainda a emergência do denominado “Direito de Nova Iorque” (*Droit de New York*) relativo às iniciativas das Nações Unidas em matéria de direitos humanos aplicáveis em situações de conflitos armados, e à adopção de convenções relativas à limitação ou proibição de certas armas convencionais. Cfr. François Bugnion, «Droit de Genève et Droit de la Haye», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.83, n.º.844, décembre 2001, pp.901-921; Hans-Peter Gasser. – *Le Droit International Humanitaire*, Institut Henry-Dunant, 1993, pp.53-72.

¹⁵ Fúlvio Eduardo Fonseca. - «A convergência entre a protecção ambiental e a protecção da pessoa humana no âmbito do direito internacional», in *Revista Brasileira de Política Internacional*, 50/ 1, 2007, pp.121-138.

¹⁶ Neste sentido J. J. Gomes Canotilho, op.cit., p.19: “Nas decisões militares - da guerra clássica às intervenções humanitárias – há sempre uma decisão no sentido de fazer ou não correr risco a si e aos outros. No plano das intervenções humanitárias, é incontornável que a bondade e a maldade das decisões, a bondade ou a maldade dos resultados, tem de tomar em consideração em que termos o risco corrido é aceitável ou inaceitável.”

¹⁷ Terminologia adoptada pelo Tribunal Penal Internacional em seu Estatuto de Roma, art.8, §2º, b), xx). Leia-se sobre as armas que provocam mal supérfluo e sofrimento inútil ao ser humano em Eric David, op.cit., pp.270-316. A tradução para o português em Portugal é, entretanto, ligeiramente diversa: fala-se em “ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados”. Terminologia retirada do Gabinete de Documentação e Direito Comparado <http://www.gddc.pt>.

¹⁸ Vide o art.36 do Protocolo I.

¹⁹ Cfr. International Committee of the Red Cross. - *International Humanitarian Law and Sustainable Development. Information Paper Prepared by the International Committee of the Red Cross in the Framework of the World Summit on Sustainable Development*, Johannesburg, 26 August - 4 September, 2002. Disponível no site do Comité Internacional da Cruz Vermelha: http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng.nsf/htmlall/5DDDEM?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print (Acesso em 27/01/08 às 23:14h).

pensamento jurídico para a protecção do ambiente em tempos de conflito armado não será (ainda) diferente daquela para a protecção da integridade física e moral do ser humano: dos males o menor (*le droit du moindre mal*) - um raciocínio minimalista, portanto.²¹ O ideal humanitário de exclusão da guerra como realidade social humana longe está de ser atingido: a guerra é uma realidade.²² Mais, se pensarmos as intervenções humanitárias como «direito de ingerência», então, a guerra é contraditoriamente a prossecução da paz.²³ É por isso que, se o DIH não exclui a possibilidade da guerra (assim como o direito do recurso à força em Direito Internacional Público, apesar da proibição “absoluta” do artigo 2, §4º da Carta das Nações Unidas),²⁴ tenta ao menos minimizar os seus efeitos em nível das hostilidades. Do mesmo modo, no que se refere ao ambiente, o DIH não exclui por completo a sua agressão (do mesmo modo que não exclui totalmente o ataque a civis e bens civis), mas limita os efeitos das hostilidades a um nível considerado *razoável* e *aceitável* (*le droit du moindre mal*).

A preocupação que se suscita, todavia, é se este pensamento minimalista bastará numa sociedade do risco? Claramente que não. Com efeito, a hipótese de uma catástrofe ambiental provocada por novas armas tecnológicas desenvolvidas (ou a serem desenvolvidas) tornaria irrelevante as regras humanitárias de protecção do ser humano e do ambiente.²⁵ Uma sociedade do risco requer claramente que se avance na *racionalidade*. A pergunta

²⁰ Vide o impacto de algumas das guerras no meio ambiente em Nicolae Uscoi. - «Le droit international humanitaire et la protection de l'environnement en temps de conflit armé», in Association Roumaine de Droit Humanitaire (ARDH), *Problèmes Humanitaires à la Fin du Siècle et du Millénaire*, Bucurest, 1998, p.56.

²¹ A doutrina francófona constantemente faz referência ao DIH como sendo um «*droit du moindre mal*» (“direito dos males o menor”) referindo-se à frustrante condição (mas não fatalista) do DIH, que tem em si a negação da guerra - é um direito que tem a guerra como sendo o “acto mais brutal” do ser humano, com toda a irracionalidade nela contida -, mas que ao mesmo tempo não a nega como realidade social. Ou seja, o DIH trabalha com uma ideologia que tem em si a busca da paz pelo estudo da guerra e pela sua regulamentação. Por outras palavras, poder-se-ia dizer que o DIH é um direito “*back-up*” do *ius ad bellum* uma vez que este não consegue evitar a guerra.

²² Sem adentrarmos em questões filosóficas acerca da natureza humana para a guerra, destacamos alguns autores para o tema: F. Fornari, *Psicanalisi della Guerra*. - Feltrinelli, Milano, 1970; Jean-Jacques Frésard. - *Origines du Comportement dans la Guerre*, CICR, 2004; Pierre Hassner. - *La Violence et la Paix*, Éditions Esprit, Paris, 1995; Jules Sageret. - *Philosophie de la Guerre et la Paix*, Paris: Librairie Félix Alcan, 1919; Jasna Bastic. - *The War Still in my Mind. A Book Project on PTSD - Post-Traumatic Stress Disorder in former Yugoslavia* (livro ainda não publicado, gentilmente cedido pela autora); Giorgio Del Vecchio. - *Direito e Paz* (Ensaio), Coleção Scientia Iuridica, Editorial Scientia & Ars, Livraria Cruz, Braga, 1968; Gustav Radbruch. - «A guerra», in *Filosofia do Direito*, 6ª. Edição, Coleção STVDIVM, Arménio Amado Editor, Coimbra 1979, pp.383-391 (Tradução de L. Cabral de Moncada); *Idem*. - «Sulla giustizia della guerra», in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXVI, Serie III, 1949, pp.73-74; Jean Pictet. - *Développement et Principes du Droit International Humanitaire*, Institut Henry-Dunant, Pedone, 1983; Unesco. - *Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*, Pedone e Institut Henry-Dunant, 1986, pp.21-86.

²³ Jean-Baptiste Kossi Galley. - «La paix par le droit: entre mythe et réalité», in *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, vol.84, nº2, Mai-Août 2006, pp.103-130: “*Au total, ce n'est pas tout à fait le pessimisme qui l'emporte dans l'appréciation de l'idée d'une paix durable. Avec le recul qu'offre le temps, c'est au coeur de la tourmente de l'histoire qu'il faut chercher les efforts lents mais certains du droit international pour apaiser les conflits qui sous-tendent les relations humaines.*”[p.124] Tal abordagem é dada igualmente por José Manuel Silva Carreira. - «O direito humanitário, as regras de empenhamento e a condução das operações militares», in *Cadernos Navais*, nº 11, Outubro - Dezembro 2004, pp.01-57 (igualmente disponível em <http://www.marinha.pt/NR/rdonlyres/38E34C39-2810-405A-9757-D6F68DDDC394/1948/CadernosNavais11.pdf>) quanto ao art. 275, §5º e §6º da Constituição da República Portuguesa.

²⁴ Sobre o *ius ad bellum* leiam-se Niels Blokker. - «The crime of aggression and the United Nations Security Council», in *Leiden Journal of International Law*, vol.20, number 4, December 2007, pp.867-894; William K. Lietzau. - «Old laws, new wars: *Jus ad bellum* in an age of terrorism», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 8, 2004, pp.383-455; entre outros.

²⁵ Cfr. Antoine Bouvier. - «La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 73e année, nº.792, novembre-décembre 1991, p.602.



que nos guiará, portanto, nesta parte da escrita é aquela de se saber: *se existe um «sentido ecológico» na condução dos conflitos armados e intervenções humanitárias, qual deve ser ele considerando-se uma sociedade do risco?* Procederemos, inicialmente, a uma *overview* dos instrumentos que fazem referência à protecção do ambiente em tempos de conflito armado para se identificar a resultante normativa desta «consciência ecológica».

2.1. «Ordem eco-humanitária internacional»

Apenas a título de menção - uma vez que para efeitos deste breve artigo interessamos mais uma análise dos instrumentos jurídicos específicos de protecção do ambiente em tempos de guerra - para além do direito consuetudinário com princípios protectores do ambiente,²⁶ muitos não são os instrumentos internacionais de cunho universal que fazem referência ao “dever de protecção do ambiente em situação de conflito armado”. A preocupação foi lançada inicialmente pela Declaração de Estocolmo de 1972, que revelou uma inquietação inserida no direito do desarmamento nuclear: os impactos das armas nucleares e demais meios de destruição maciça no ambiente.²⁷ Em 1982, a Carta Mundial da Natureza,²⁸ estabeleceu o princípio da preservação da natureza contra as causas da guerra e outros actos de hostilidade como um dos princípios gerais da cooperação internacional para protecção da natureza.²⁹ A secção III do ora referido documento lembra que as actividades militares causadoras de danos à natureza devem ser evitadas.³⁰ Importante igualmente nesta esteira é a resolução A/Res/47/37 de 25 de Novembro de 1992, intitulada “Protecção do Ambiente em Período de Conflito Armado” que “[e]xhorte les Etats à prendre toutes les mesures voulues pour assurer l’observation des règles du droit international applicables à la protection de l’environnement en période de conflit armé”.³¹

Estes documentos representam a base (*standard*) daquilo que denominamos «ordem eco-humanitária internacional». Não obstante, o que é preocupante é que esta ordem parece seguir uma articulação inversa: a protecção da natureza avança a medida das novas tecnologias desenvolvidas e não estas é que obedecem a um quadro regulador pré-estabelecido que tem a natureza como *valor-limite* a ser protegido. Analisemos, pois, alguns documentos específicos e princípios desta «ordem eco-humanitária internacional».

²⁶ Como, por exemplo, a obrigação geral dos Estados de não causar danos ao ambiente para além das fronteiras de sua competência territorial – regra igualmente contida na Declaração de Estocolmo de 1972, princípio 21.

²⁷ Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier. – *Droit International de l’Environnement*, Pedone, 2000, pp.41-46.

²⁸ Sobre a Carta Mundial da Natureza, Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier, op.cit., pp.46-48.

²⁹ A/RES/37/7, *World Charter for Nature*, Annex I. General Principles, 5: “Nature shall be secured against degradation caused by warfare or other hostile activities.”

³⁰ A/RES/37/7, *World Charter for Nature*, Annex I, III. Implementation, 20: “Military activities damaging to nature shall be avoided.” Estes instrumentos deram vida ao Direito Internacional do Meio Ambiente, embora seu germen já se tenha feito sentir na década de 60 nos programas de reconstrução pós-II Grande Guerra. Para mais desenvolvimentos Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier, op.cit., pp.33-54.

³¹ O documento lembra ainda a importância “des dispositions du droit international applicables à la protection de l’environnement en période de conflit armé, en particulier les règles d’application universelles énoncées dans la Convention de La Haye concernant les lois et coutume de la guerre sur Terre, du 18 octobre 1907, et le Règlement y afférent, la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ainsi que les règles applicables du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), de 1977, et la Convention sur l’interdiction d’utiliser des techniques de modification de l’environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, de 1976.”

2.1.1. A Convenção ENMOD de 1976: «espectro do conflito» e protecção ambiental

A protecção ambiental em tempos de conflito armado tem em si duas preocupações gerais: a) considerações sobre o impacto das tecnologias desenvolvidas quanto aos meios de combate (armas) no meio ambiente; b) considerações sobre o uso do ambiente em si (ou sua manipulação) como “arma de guerra”. A Convenção sobre a Proibição de Utilização de Técnicas de Modificação Ambiental para Fins Militares ou Quaisquer Outros Fins Hostis (doravante Convenção ENMOD) situa-se nas considerações de última ordem.³²

Em resposta à utilização de meios e métodos de combate altamente prejudiciais ao ambiente durante a guerra do Vietname,³³ a Convenção ENMOD foi adoptada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de Dezembro de 1976 através da Resolução 31/72, e entrou em vigor a 5 de Outubro de 1978. Ela tem por objectivo, *tout court*, proibir a utilização do próprio ambiente como *meio* de guerra.

Apesar da linguagem da Convenção ENMOD ser a proibição do uso da natureza enquanto *meio* (*mean*) e não como *método* (*method*) de combate, não significa em nosso entender a exclusão deste último como caracterização de uma possível violação da Convenção uma vez que as “técnicas de modificação ambiental”³⁴ a que se refere o documento dizem respeito também a *métodos* possivelmente utilizados para combate. Do exposto no §1º do art.III claro fica que o que a Convenção ENMOD proibe não é o acto científico em si de criação de técnicas de modificação ambiental (embora, ainda que para fins pacíficos, elas devam estar de acordo com princípios gerais e normas internacionalmente reconhecidas), mas a sua manipulação deliberada e uso para *fins militares ou hostis*. Assim, só incorrerá em violação à Convenção ENMOD as técnicas que se destinem a fins militares e hostis que causem danos, destruição ou prejuízo a outro Estado Parte, cujos efeitos sejam disseminados, duradouros ou graves.³⁶

A primeira dificuldade que identificamos na ora em análise Convenção é exatamente a imprevisibilidade do risco³⁷ pela manipulação ambiental. Conforme palavras do documento, os efeitos causados por essas técnicas de manipulação ambiental devem ser: “disseminados (*widespread*), duradouros (*long-lasting*) ou graves (*severes*) - critério conhecido como “*troika*”.³⁸

³² Cfr. Peter J. Richards e Michael N. Schmitt. - «Mars meets Mother Nature: Protecting the environment during armed conflict», in *Stetson Law Review*, Vol. XXVIII, pp.1048-1092.

³³ Segundo Susana Pimiento Chamorro e Edward Hammond. - «Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict. The Convention on the Prohibition of Military or Any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements», in <http://www.edmonds-institute.org/pimiento.html> (*occasional paper* - acesso em 30/01/08 às 16:58h), “the US used massive spraying of chemical herbicides - the defoliants Agent Orange (2,4,5-T & 2,4-D) and others - to deprive its foes of both food supplies and shelter.15 In “Operation Popeye” the US also attempted to change weather patterns by seeding clouds in order to worsen monsoons in Laos and North Vietnam and thereby impede delivery of supplies to insurgents in South Vietnam. The US strategy was developed to counter Viet Cong (Vietnamese National Liberation Front) guerrilla tactics inspired by Mao Tse-Tung. Mao had advocated use of hidden bases and unpredictable attacks to maintain guerrilla initiative. The US attempted environmental modification in order to make the Southeast Asian environment serve US needs rather than those of the Viet Cong.”

³⁴ A Convenção define as “técnicas de modificação ambiental” como “any technique for changing - through the deliberate manipulation of natural processes - the dynamics, composition or structure of the Earth, including its biota, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, or of outer space” (art.II).

³⁵ Aliás, o §1º do art.III especifica: “The States Parties to this Convention undertake to facilitate, and have the right to participate in, the fullest possible exchange of scientific and technological information on the use of environmental modification techniques for peaceful purposes.”

³⁶ Art.1, Convenção ENMOD.

³⁷ Aquilo que J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.20, denomina de «limites da predicabilidade».

³⁸ Convenção ENMOD, art.I: “Cada Estado Parte nesta Convenção compromete-se a não promover o uso militar ou qualquer outro uso hostil de técnicas de modificação ambiental que tenham efeitos disseminados, duradouros ou graves, como meio de infligir destruição, dano ou prejuízo a qualquer outro Estado Parte.”

O texto não define esses termos, contudo, o “*Understandings regarding the Convention*”³⁹ assim esclarece:

- a) *widespread: encompassing an area of several hundred square kilometers;*
- b) *long-lasting: lasting for a period of months, or approximately a season;*
- c) *severe: involving serious or significant disruption or harm to human life, natural and economic resources or other assets.*

Para além da dificuldade de se estabelecer qual a extensão do risco, o desacordo entre a Convenção ENMOD e Protocolo I Adicional às Quatro Convenções de Genebra de 1949 (Protocolo I) é remarcável. O art.35, §3º do Protocolo I utiliza-se de vocabulário semelhante ao da Convenção ENMOD.⁴¹ Contudo, o seu entendimento não é o mesmo. Tão difícil é a previsibilidade do risco quanto aos efeitos provocados pelas técnicas de modificação ambiental que no Protocolo I o termo “duráveis” (*long-term*) é entendido pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha em seu comentário ao Protocolo I como “o período de 10 anos”, o que na Convenção ENMOD corresponde ao “período de meses ou uma estação”. Tal entendimento releva do binómio «tempos de paz»/«tempos de guerra». Ora, o entendimento de que em período de conflito armado seja exigível um risco de mais longa duração do que em tempos de paz (a Convenção ENMOD é aplicável em tempos de paz) parece-nos em desacordo com o verdadeiro impacto das hostilidades na natureza. Uma aproximação, portanto, destes dois “tempos” para a protecção ambiental seria desejável, evitando-se inclusive problemas de interpretação.

A segunda dificuldade que salientamos – decorrência da primeira -, dada a ausência de uma linha precisa demarcatória dos «tempos de paz» e dos «tempos de guerra», as incursões militares são ponderadas de acordo com aquilo que militarmente é denominado de «espectro do conflito».⁴³ A actividade militar poderá, desta forma, incluir o «combate» («ataque militar» na terminologia do DIH) sem que haja necessariamente a caracterização de um «conflito armado». Isto significa que em relação à protecção do ambiente, o «sentido

³⁹ Não se encontra tradução em português.

⁴⁰ Seguindo-se, o documento enumera alguns exemplos de fenómenos que poderão ser causados pelo uso de técnicas de modificação ambiental: “*earthquakes; tsunamis, an upset in the ecological balance of a region; changes in weather patterns (clouds, precipitation, cyclones of various types and tornadic storms); changes in climate patterns; changes in ocean currents; changes in the state of the ozone layer; and changes in the state of the ionosphere.*” Cfr. *Understanding relating to article II*.

⁴¹ Protocolo I, art.35, §3º: “É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural.”

⁴² Cfr. François Bugnion. - «La protection de l’environnement naturel en période de conflit armé», in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n.º.792, 1991, p.599-611; Thilo Marauhn. - «Environmental damage in times of armed conflict – not “really” a matter of criminal responsibility?», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.82, n.º.840, décembre 2000. p.1032.

⁴³ “Numa extremidade do espectro está a paz, mas uma vez o limiar do conflito ultrapassado, este pode desenvolver-se de várias maneiras. Actos isolados de violência, demonstrações de força, combates limitados, conflitos regionais. Na mais alta intensidade do uso da força militar o conflito é considerado guerra.” Cfr. José Manuel Silva Carreira. - «O direito humanitário, as regras de empenhamento e a condução das operações militares», in *Cadernos Navais*, n.º 11, Outubro - Dezembro 2004, pp.01-57 (igualmente disponível em <http://www.marinha.pt/NR/rdonlyres/38E34C39-2810-405A-9757-D6F68DDDC394/1948/CadernosNavais11.pdf>), p.06 (Acesso em 06/02/08 às 13:02h). A denominação de cada incursão militar será proporcional ao tipo do «espectro do conflito»: “*crise response operations (CRO)*”, “*peace support operations (PSO)*”, “*conflict prevention*”, “*peacekeeping*”, “*peacemaking*”, “*peace enforcement*”, “*peace building*”; “*humanitarian operations (HO)*”, “*disaster relief*”, “*humanitarian assistance*”, “*assistance for refugee and displaced persons*”, “*search and rescue operations (SRO)*”, “*non-combatant evacuation operations*”, “*enforcement of sanctions*”, “*counterinsurgency operations*”, “*combating terrorism*”, “*military aid*”, “*counter drug operations*”, etc, sendo que poderão envolver o «combate» ainda que não se caracterize um «conflito armado».

ecológico» de que falamos deverá ter em consideração não a “situação” de guerra (conflito armado) mas o “acto pontual” da incursão humanitária.⁴⁴ Para que o «sentido ecológico» faça verdadeiramente sentido no caso da Convenção ENMOD (e não apenas), o uso de técnicas de modificação ambiental para *fins militares ou hostis* deverá ser interpretado dentro deste largo «espectro do conflito» sob pena de se delimitar o efeito da Convenção apenas aos casos de «conflito armado», o que não pode ser, uma vez que foi documento adoptado na órbita do direito internacional do desarmamento.

Desta maneira, vamos de encontro a muitos autores que analisam a Convenção ENMOD à luz do DIH, i.e. dos instrumentos que regem a conduta de um conflito armado.⁴⁵ Ora, parece-nos que o objectivo da Convenção ENMOD vai além da delimitação do uso de meios e métodos de combate dentro da qualificação da guerra, abarcando também a manipulação deliberada e o uso dessas técnicas de modificação ambiental para fins militares ou hostis em *quaisquer situações militares* (obedecendo-se o «espectro do conflito»), e não somente numa situação de conflito armado. Convém, por conseguinte, que o «sentido ecológico» nas incursões militares passe a ser analisado dentro desta óptica. O ambiente será, assim, medida-limite para toda e qualquer actividade militar, seja em conflito armado ou não.

2.1.2. Direito de Haia e o princípio da limitação dos meios e métodos de combate

O DIH (sobretudo o *Droit de la Haye*) alicerça-se no princípio fundamental de que nos conflitos armados (e nas intervenções humanitárias) o *direito das partes na escolha do método e meio de combate não é ilimitado* (art.35, Protocolo I).⁴⁷

Deste princípio geral da limitação dos meios e métodos de combate decorrem regras específicas às forças armadas (e outros grupos militares ou paramilitares, desde que preencham os requisitos do art.1 do Protocolo II Adicional às Quatro Convenções de Genebra – doravante Protocolo II) que delimitam o «ataque armado» *ratione personae, ratione materiae e ratione conditionis*.⁴⁸ Certo sendo que o DIH é aplicável (*ratione personae*) aos Estados, organizações internacionais, aos movimentos de libertação nacional (art.1, §4^o

⁴⁴ Vide por exemplo o “Programa de Integração das Normas de Direitos Humanos e Princípios Humanitários Aplicáveis à Função Policial” implementado no Brasil desde 1998.

⁴⁵ Como o faz, por exemplo, Susana Pimiento Chamorro e Edward Hammond. - «Addressing environmental modification in Post-Cold War Conflict...», *op.cit.*

⁴⁶ Neste sentido também a aplicabilidade das normas de direito internacional humanitário aos “casques bleus” (força de manutenção da paz da ONU). Vide, neste sentido, Robert Kolb. - *Droit Humanitaire et Opérations de Paix Internationales*, Bruxelles: Bruylant, 2002; Robert Kolb, Gabriele Porretto e Sylvain Vité. - *L'Application du Droit International Humanitaire et de Droit de l'Homme aux Organisations Internationales. Forces de Paix et Administrations Civiles Transitoires*, Collection du Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, Bruxelles: Bruylant, 2005; Circulaire du Secrétaire Général ST/SGB/1999/13, 6 août 1999[Circulaire relative au Respect du Droit International Humanitaire par les Forces des Nations Unies]; U. Palwankar. - «Applicabilité du droit international humanitaire aux forces des Nations Unies pour le maintien de la paix», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.57, 1993, pp.245-259; Yves Sandoz. - «L'application du droit humanitaires par les forces armées de l'Organisation des Nations Unies», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.60, 1978, pp.274-280.

⁴⁷ Artigo 35.^o:

1 - Em qualquer conflito armado o direito de as Partes no conflito escolherem os métodos ou meios de guerra não é ilimitado.

2 - É proibido utilizar armas, projecteis e materiais, assim como métodos de guerra de natureza a causar danos supérfluos.

3 - É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural.

Este princípio foi enunciado pela primeira vez em 1868 na Declaração de São Petersburgo e reafirmado em muitos outros documentos do DIH. Precisamente à protecção da natureza, é enunciado no art.35, §3^o e art.55 do Protocolo I de 1977.

⁴⁸ Eric David, *op.cit.*, pp.208-226.

do Protocolo I) e outras entidades *paraestatais*, e indivíduos inclusive⁴⁹, o seu escopo é evitar danos maiores (*le droit du moindre mal* – ou dentro de uma escala do humanamente aceitável, o mal (ainda) aceitável) tanto ao ser humano quanto ao ambiente. Assim, no que concerne ao ambiente, “é proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural.” (§3º do art.35, Protocolo I). Isto é confirmado pelo art.55 do Protocolo I que especifica a protecção do ambiente contra os danos *extensos, duráveis e graves*.⁵⁰ O ataque direccionado ao ambiente a título de represálias encontra-se igualmente proibido pela mesma ordem de raciocínio (§2º, art.55, Protocolo I).

Guiado pelo princípio da limitação dos meios e métodos de combate, o Direito de Haia (*Droit de la Haye*) contém normas reguladoras e limitadoras das operações militares. As Convenções de Haia de 1899 foram revistas em 1907, sendo célebre a Convenção de Haia (IV) de 1907, e incorporadas no *Droit de Genève* através dos Protocolos Adicionais I e II de 1977. O princípio da limitação dos meios e métodos de combate tem grande alcance numa sociedade do risco, devendo abarcar as novas tecnologias desenvolvidas de forma eficiente. É, sem dúvida, o princípio *fundamental* para a delimitação do limite do risco.

2.1.3. Da proibição dos ataques direccionados às obras ou instalações que contenham substâncias perigosas

Nesta mesma esteira de pensamento é o disposto no art.56 do Protocolo I que proíbe ataques às “obras ou instalações contendo forças perigosas, tais como barragens, diques e centrais nucleares de produção de energia eléctrica.” A proibição deste artigo vai além da teoria do «objectivo militar», ou seja, ainda que estas obras ou instalações venham a constituir objectivo militar no decorrer de um conflito armado, não serão objecto de ataques pelo perigo existente de libertação de forças e suas consequências (risco inaceitável). Os objectivos militares situados sobre estas obras ou na sua proximidade, quando estes puderem provocar a libertação de forças perigosas e, em consequência, causar severas perdas na população civil, não devem do mesmo modo ser objecto de ataques.⁵¹

A importância deste artigo em relação aos perigos do terrorismo numa sociedade do risco é de se remarcar. A problemática insere-se, todavia, na dificuldade de se aplicar o DIH ao terrorismo.⁵² A libertação de substâncias altamente tóxicas e perigosas seria certamente uma catástrofe humana e ecológica.

⁴⁹ Estes na condição de “agentes do Estado” (teoria da responsabilidade do Estado por facto ilícito) ou através da responsabilidade penal do indivíduo.

⁵⁰ Artigo 55.º:

Protecção do meio ambiente natural

1 - A guerra será conduzida de forma a proteger o meio ambiente natural contra danos extensivos, duráveis e graves. Esta protecção inclui a proibição de utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar ou que se presume venham a causar tais danos ao meio ambiente natural, comprometendo, por esse facto, a saúde ou a sobrevivência da população.

2 - São proibidos os ataques contra o meio ambiente natural a título de represália.

⁵¹ “A racionalidade do risco (e a moralidade ou a racionalidade implica uma dimensão moral) consistirá em evitar a libertação de efeitos tóxicos, ou, pelo menos, a libertação incontrolada de tais efeitos.” J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.20.

⁵² Steven R. Ratner. - «The war on terrorism and international humanitarian law», in *Michigan State Journal of International Law*, vol.14, Issue 1, 2006, pp.19-26; Ved P. Vanda. - «Terrorism as an “internal conflict” under the 1977 Geneva Protocol: Defining “enemy combatant” and the international/domestic consequences», in *Michigan State Journal of International Law*, vol.14, Issue 1, 2006, pp.27-38; Stephen P. Marks. - «Branding the “war on terrorism”: Is there a “new paradigm” of international law?», in *Michigan State Journal of International Law*, vol.14, Issue 1, 2006, pp.71-119, e o nosso artigo «Repensar o Direito Internacional Humanitário: da Ingenuidade do Bem à Consciência Humanista do Mal», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXII, Coimbra 2006, pp.535-568, sobretudo pp.553-559.

A precaução (*constant care*)⁵³ contra o perigo do risco da libertação de substâncias altamente tóxicas (*high-risk-technologies*) e nocivas tanto ao homem quanto ao ambiente (por vezes com efeito irreversível) é reforçada pela regra do §7º do citado artigo 56 e art.16 do Anexo I ao Protocolo I que pede a sinalização destes locais e instalações. Esta regra chama à colação o princípio de distinção (um dos princípios *core* do DIH) que exige que se distinga entre «objectivo militar» e «civis» (ou bens de carácter civil) aquando de um «ataque militar». Neste caso, as instalações e locais que contenham substâncias altamente perigosas entram na qualificação obrigatória de «bem civil», qualquer ataque sendo qualificado, por conseguinte, de crime de guerra.⁵⁴

O problema que se coloca, infelizmente, é que a proibição contida no artigo 56 do Protocolo I não é uma proibição absoluta nem para o ataque contra as obras ou instalações que contenham substâncias perigosas nem quanto à sinalização pedida pelos artigos 56, §7º do Protocolo I e 16 do Anexo I ao Protocolo I,⁵⁵ o que oferece margem aos militares para colocarem o ambiente na balança: entre «necessidade militar» e «ambiente» o que protegerá este último? Dois princípios do DIH resolveriam o problema – o princípio da precaução e o da proporcionalidade que pedem a «justa medida» da decisão militar⁵⁶ – se não fosse, em nosso entender, o seguinte factor: quem decide do «ataque» é obviamente a “mente militar”. Ora, a “mente militar” tende sempre ao militar (algo próprio da educação militar recebida).⁵⁷ Aqui está portanto o problema principal: não é tanto o aspecto normativo do «sentido ecológico» que está em falta, mas o “sentido do sentido eco-normativo” é que não se faz presente na formação militar, nos códigos de conduta militar ou regras de empenhamento (ROE) [*rules of engagement*].⁵⁸ A reflexão tem a ver com o *dever de difusão* do DIH, responsabilidade dos Estados e corolário da obrigação de se «fazer respeitar o DIH» contida no art.1 comum às Quatro Convenções de Genebra.⁵⁹ O próprio conselho

⁵³ Para o princípio da precaução em Direito do Ambiente, Nicolas de Sadeleer. – *Environmental Principles from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, pp.91-223.

⁵⁴ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art.8, §2º, b), ii) e iv).

⁵⁵ Segundo Eric David, op.cit., pp.259: “L’interdiction ne vise que les barrages, les digues et les centrales nucléaires: cette limitation de l’interdiction résulte clairement de l’emploi des mots «à savoir». À la C.D.D.H. [Conférence diplomatique pour le développement et la réaffirmation du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés – Genève 1974-1977], le groupe des Etats arabes avait proposé de les remplacer par «tels que», ce qui aurait conféré à la liste un caractère exemplatif, mais cette proposition fut repoussée.”

⁵⁶ Cf Kenneth Watkin. - «Assessing proportionality: moral complexity and legal rules», in *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol.8, 2005, pp.03-53.

⁵⁷ Samuel P. Huntington. – *The Soldier and the State. The Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Belknap Press, 1957; Michael Walzer. – *Essays on Disobedience, War and Citizenship*, Harvard University Press, 1970.

⁵⁸ Sobre as ROE em Portugal vide José Manuel Silva Carreira. – «O direito humanitário, as regras de empenhamento e a condução das operações militares», in *Cadernos Navais*, n.º 11, Outubro - Dezembro 2004, pp.01-57 (igualmente disponível em <http://www.marinha.pt/NR/rdonlyres/38E34C39-2810-405A-9757-D6F68DDDC394/1948/CadernosNavais11.pdf>), pp.45-57. Vide também o *Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, adoptado pela Resolução I da 26ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho em 1995. Documento disponível no site da Cruz Vermelha Internacional: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng.nsf/html/57JN38> (Acesso em 22/01/08 às 12:45h).

⁵⁹ Jean-Luc Chopard e Vincent Lusser. - «Pour qui parlent les humanitaires? Quelques réflexions sur sa diffusion», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.º.826, juillet-août 1997, pp.399-408; Luigi Condorelli. - «Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’», in Jean Pictet, *Études et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge*, CICR, 1984, pp.17-35; David Lloyd Roberts. - «Former les forces armées au respect du droit international humanitaires. Le point de vue du délégué du CICR aux forces armées et de sécurité en Asie du Sud», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.º.826, juillet-août 1997, pp.461-477; Stéphane Hankins. - «Promouvoir le droit international humanitaire dans les établissements d’enseignement supérieur et les universités des pays de la Communauté des États indépendants», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.º.826, juillet-août 1997, pp.479-482. Neste sentido igualmente a Res.A47/37 de 25 Novembro 1992 [*Protection de l’environnement en*



militar de decisão do «ataque militar» carece de informações científicas sobre o (possível) resultado a ser obtido em termos de dano ambiental ora da decisão do ataque.⁶⁰

Do mesmo modo, a Comissão de Estabelecimento dos Factos, prevista pelo art.9º do Protocolo I, apta a estabelecer os factos diante de uma violação do DIH, é instrumento bastante débil: primeiro, porque depende de declaração expressa de aceitação de sua competência pelo Estado concernente; segundo, porque os custos do acionamento de tal mecanismo recai sobre o Estado requerente; terceiro, porque terá sempre sua actividade limitada tanto pelo Estado da violação do DIH quanto pelos custos de seu trabalho sobretudo das pesquisas científicas necessárias para averiguação e constatação de danos ou prejuízos causados ao ambiente em violação ao artigo 8, §2º, b), iv) do Estatuto de Roma, que estabelece o facto de “lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa” como crime de guerra.⁶¹

Por fim, não esqueçamos: o «tempo» da deliberação de um «ataque militar» é inversamente oposto ao «tempo» que a natureza demora para recuperar-se (quando possível) da sua degradação ou destruição.⁶²

2.1.4.O exame da liceidade de novos meios ou métodos de guerra desenvolvidos

O exame da liceidade de novas tecnologias desenvolvidas, em virtude do artigo 36 do Protocolo I, é corolário da exigência do art.1 comum às Quatro Convenções de Genebra aos Estados de “respeitar” (*respecter*) e “fazer respeitar” (*faire respecter*) o DIH.⁶³

O art.36 em epígrafe impõe aos Estados a obrigação de “durante o estudo, preparação aquisição ou adopção de uma nova arma, de novos meios ou de um novo método de guerra (...) determinar se o seu emprego seria proibido, em algumas ou em todas as circunstâncias, pelas disposições do presente Protocolo ou por qualquer outra regra do direito internacional aplicável a essa Alta Parte Contratante.”

De acordo com comentário do Comité Internacional da Cruz Vermelha ao Protocolo I, no ordenamento interno esta regra implicará a adopção por parte dos Estados de medidas procedimentais internas para a averiguação da liceidade de novos meios ou métodos de guerra desenvolvidos.

période de conflit armé], que “[e]xhorte les Etats à prendre les mesures voulues pour fair figurer les dispositions du droit international applicable à la protection de l’environnement dans leurs manuels d’instruction militaire et pour veiller à ce qu’elles soient efficacement diffusées”.

⁶⁰ Vide *infra* 2.1.4: “O exame da liceidade de novos meios ou métodos de guerra desenvolvidos”. O art.82 do Protocolo I ainda estabelece o seguinte: Conselheiros jurídicos nas forças armadas:

“As Altas Partes Contratantes, em qualquer altura, e as Partes no conflito, em período de conflito armado, providenciarão para que Conselheiros jurídicos estejam disponíveis, quando necessário, para aconselhar os comandantes militares, ao nível adequado, quanto à aplicação das Convenções e do presente Protocolo e quanto ao ensino apropriado a dispensar às forças armadas sobre esta matéria.”

⁶¹ Restará a saída também da responsabilidade internacional do Estado por facto ilícito, esta também comprometida, como salientam Alexandre Kiss e Jean-Pierre Beurier. – *Droit International de l’Environnement*, Pedone, 2000, pp.347-373, pela dificuldade de se determinar a “*legal basis or degree of fault necessary to impose liability.*”[p.350]

⁶² O «paradoxo da racionalidade» de que fala J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.20. O autor sabiamente adverte, p.20: “[O]s saberes actuais comportam sempre limites relativamente aos prognósticos sobre o potencial de riscos ecológicos.”

⁶³ Iniciativa do governo Russo, a Declaração de St. Petersburgo (*Declaration Renouncing the Use in Time of War of certain Explosive Projectiles. Saint Petersburg, 29 November/11 December 1868*) de 1868 é o primeiro instrumento internacional com a preocupação de se proceder ao exame da liceidade de novas armas desenvolvidas.

Regra importante, contudo, dos actuais 167 Estados Partes ao Protocolo I, poucos possuem este tipo de mecanismo.⁶⁴ Este facto demonstra a deficiência de implementação interna de uma norma internacional.

Em termos de implementação nacional do DIH e tendo em conta uma sociedade do risco, o que implicaria em termos de «sentido ecológico» este artigo? Em nosso entender implicaria pelo menos os seguintes tópicos:

1. O procedimento interno de averiguação da liceidade de novas armas e métodos de guerra deve ser um sistema de vistoria permanente e acionável a qualquer momento;
2. Deve ser organismo neutro e imparcial;
3. A transparência deve ser princípio norteador neste procedimento;⁶⁵
4. Não apenas quem desenvolve novos tipos de armas ou métodos de combate (Estados, organizações, grupos paramilitares), mas do mesmo modo quem as comercializa deve ser alvo de controlo;
5. Que tal mecanismo seja compulsório;
6. Que o corpo de fiscalização seja composto não apenas por militares, mas especialistas da área ecológica e da saúde.⁶⁶

Se o art.36 do Protocolo I exige dos Estados a conformidade do estudo, desenvolvimento, aquisição ou adopção de novas armas e métodos de combate com o DIH, elas devem estar também em conformidade com os princípios ambientais do Direito do Ambiente, visando-se a sua protecção. Percebe-se claramente a necessidade de aproximação dessas duas áreas.

3. O parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça sobre a legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares: a oportunidade perdida

A “velha” questão das armas nucleares, que pareceu ter vivido o “auge do seu terror” durante a Guerra Fria, não perdeu a sua ubiquidade e suscita ainda hoje preocupações de monta. O Parecer Consultivo sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares de 1996, demanda submetida para apreciação do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da resolução A/Res/49/75 K (1994), foi a oportunidade perdida nesta dramática questão. O parecer continha uma pergunta simples e clara, mas que resultou em respostas diversas e contraditórias por parte dos juizes que compunham o TIJ: “É permitido em direito internacional recorrer à ameaça ou uso de armas nucleares em qualquer circunstância?”. Que a pergunta não tenha sido bem formulada, como criticam alguns,⁶⁷ clara estava a preocupação subjacente à questão: o perigo de uma guerra aniquiladora da humanidade. O que gostávamos de saber é se esta mesma demanda fosse colocada hoje (pós-11 Setembro) ao TIJ se o seu parecer seria o mesmo.

⁶⁴ International Committee of the Red Cross Geneva. - «A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, nº.864, December 2006, p.934. Vide também Isabelle Daoust, Robin Coupland e Rikke Ishoey. - «New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.84, nº.846, juin 2002, pp.345-363.

⁶⁵ Vide, por exemplo, “the negative effects of insufficient transparency” com Manfred R. Hamm e Hartmut Pohlman. - «Military doctrines and strategies – The missing keys to success in conventional arms control», in *Aussen Politik*, vol.41, nº.1, 1990, pp.57-61, em que o autor discute medidas públicas eficientes no sentido de se limitar a capacidade ofensiva do Estado (ainda que o artigo já esteja um pouco desactualizado).

⁶⁶ Vide a opinião de Kathleen Lawand - «Reviewing the legality of new weapons, means and methods of warfare», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.88, nº.864, décembre 2006, p.927; ICRC. - *The Medical Profession and the Effects of Weapons*, 1996.

⁶⁷ Hisakazu Fujita. - «Au sujet de l’Avis Consultatif de la Cour Internationale de Justice rendu sur la Licéité des Armes Nucléaires», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 79e année, nº.823, janvier-février 1997, pp.60-69.

O TIJ perdeu definitivamente a oportunidade de estatuir um limite inicial para a delimitação entre o «risco aceitável» e o «risco intolerável»⁶⁸ em relação à ameaça ou uso de armas nucleares na ordem jurídica internacional. Com onze votos contra três o TIJ concluiu que:

“Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d’interdiction complète et universelle de la menace ou de l’emploi des armes nucléaires en tant que telles;”

Lamentavelmente e sem compreender o sentido da responsabilidade que cabe ao TIJ de sedimentação de valores na «ordem eco-humanitária internacional», os juízes de Haia limitaram-se a afirmar (com unanimidade) que é ilícita a ameaça ou o uso da força tendo como meio armas nucleares, que seriam contrárias ao artigo 2, §2º da Carta das Nações Unidas e que não satisfaçam os requisitos do artigo 51 deste documento (uso da força em legítima defesa). Ora, qualquer uso da força não previsto dentro das exceções permitidas pelo direito internacional do uso da força (art.51 e Capítulo VII da Carta das Nações Unidas) é ilícito. Mais, os requisitos exigidos pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas para o recurso à força em legítima defesa (a saber: *a*) constatação de uma agressão armada preliminar; *b*) a resposta deve ser proporcional à agressão sofrida; *c*) necessária; *d*) imediata, e *e*) atender às condições procedimentais do art.51, *in fine*) não satisfariam nunca as condições de *necessidade* e de *proporcionalidade* no caso do uso de uma arma nuclear. Vislumbrando-se uma possível legitimidade do uso da força em caso de legítima defesa, *o uso de uma arma nuclear seria verdadeiramente necessário? Seria proporcional ao ataque sofrido?* A resposta é claramente «não» e se fundamenta não apenas nas imagens intoleráveis de Hiroshima e Nagasaki,⁶⁹ mas igualmente nos requisitos legais próprios do *ius ad bellum*.

O argumento jurídico para a proibição absoluta de armas nucleares tem embasamento não apenas no *ius ad bellum*, mas igualmente no *ius in bello* (assim como terá no *ius post bellum*), em duas regras consuetudinárias específicas: a proibição dos ataques indiscriminados; e a proibição de se causar mal-supérfluo ou sofrimentos desnecessários.⁷⁰ O uso de uma arma nuclear fere, portanto, o princípio *core* do DIH que é o princípio de distinção.⁷¹ Em *Hiroshima* e *Nagasaki* isto ficou claro: impossível distinguir os «objetivos militares» dos «civis e bens civis»; impossível não causar «mal-supérfluo ou sofrimentos desnecessários»; impossível do mesmo modo prever a extensão dos danos e prejuízos causados ao ambiente e gerações futuras.⁷²

⁶⁸ Aproveitamos, uma vez mais, de feliz expressão de J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.22.

⁶⁹ Marcel Junod. – *Soixante Ans Après. Le Désastre de Hiroshima*, Labor et Fides, 2005.

⁷⁰ Estes princípios são os dois princípios *core* que deram vida a vários tratados internacionais no que diz respeito à proibição de certos tipos de armas, como por exemplo, a Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que Podem ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente (*Convenção de 1980*); o IV Protocolo Adicional à Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que Podem ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente; a Convenção sobre a Proibição da Utilização, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre a sua Destruição; a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a Sua Destruição, entre outros.

⁷¹ Neste sentido a opinião de Louise Doswald-Beck. - «Le droit international humanitaire et l’avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge* n.º.823, 1997, pp.37-59.

⁷² *Vide* International Committee of the Red Cross Geneva. - «A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n.º.864, December 2006, pp.931-956.

Ao mesmo tempo que o TIJ afirma que “[l]a menace ou l’emploi d’armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu’avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément traité aux armes nucléaires”, sabe-se que as armas nucleares não passam no teste das “armas de risco aceitável” e que violam princípios fundamentais do DIH, além de, é claro, constituírem uma afronta moral à humanidade.⁷³ A contradição do TIJ é notória: primeiro, afirma que “[o]n ne peut cependant en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s’appliquent pas aux armes nucléaires. Une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s’appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l’avenir. Il est significatif à cet égard que la thèse selon laquelle les règles du droit humanitaire ne s’appliqueraient pas aux armes nouvelles, en raison même de leur nouveauté, n’ait pas été invoquée en l’espèce”, e logo em seguida conclui que “...le fait que le recours aux armes nucléaires soit régi par le droit des conflits armés ne signifie pas nécessairement qu’il soit interdit en tant que tel.” Ora, se uma arma tem as capacidades de provocar mal-supérfluo e sofrimento desnecessário; não permite através do seu uso a distinções entre «combatente» e «não-combatente», não permite a distinção entre «objectivo militar» e «bem civil»; se é arma que fere indiscriminadamente; e sabe-se que os seus efeitos produzem danos e prejuízos disseminados, duradouros ou graves ao ambiente e ao ser humano, o facto de não haver uma proibição expressa não significa que ela não seja interdita.⁷⁴

O argumento contra o uso da arma nuclear, portanto, é juridicamente possível tanto pelo *Droit de Genève*, pelo *Droit de la Haye* e pelo *Droit de New York* (*ius ad bellum* e *post bellum*).⁷⁵ Ora, *iura non novit curia*? É preciso ter em mente não apenas a função de “dizer o direito”, mas a responsabilidade que recai sobre o TIJ de formar a base internacional (normativa e principiológica) *da* e *para* a humanidade (tanto em «sentido humano» como em «sentido ecológico»). Se não é o mais alto grau de jurisdição internacional a fazê-lo, então, quem será?⁷⁶ E lamentavelmente assim concluiu o TIJ: “*Au vu de l’état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut ce-*

⁷³ Veja-se a Cláusula de Martens, considerada direito internacional consuetudinário, trasladada ao Protocolo I, art.1, §2º: “Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficarão sob a protecção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública.”

⁷⁴ Neste sentido a opinião dissidente da juíza R. Higgins, Cour Internationale de Justice. – Licéité de la Menace ou l’Emploi d’Armes Nucléaires, Avis Consultatif du 8 juillet 1996, §32º: “*Le fait qu’il [o DIH] énonce ses principes en termes généraux et que ceux-ci soulèvent souvent d’autres questions appelant une réponse ne saurait justifier un non liquet. C’est justement la fonction du juge de partir des principes d’application générale, d’explicitier leur sens et de les appliquer à des situations données. Tel est précisément le rôle de la Cour Internationale de Justice tant en matière contentieuse qu’en matière consultative.*”

⁷⁵ O argumento poderia também ir ao encontro do direito consuetudinário: *opinio iuris sive necessitatis*; Cláusula de Martens (“*the principles of humanity and the dictates of public conscience*”), por exemplo.

⁷⁶ Leia-se a opinião de Luigi Condorelli. - «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires: *jura non novit curia?*», in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n.º.823, 1997, pp.9-21: “*Face à des positions aussi inconciliables soutenues par des segments aussi importants de la communauté internationale, la Cour a dû très certainement se rendre compte du prix qu’elle aurait eu à payer si elle avait donné son aval à l’une ou à l’autre. Elle a alors fini par choisir de se mettre en quête d’un compromis qui lui permette de sortir de l’impasse sans trop se «mouiller». D’où la solution de se réfugier dans cette sorte de non liquet qu’est l’aveu — dérouter, dans la bouche d’un juge — d’après lequel, par rapport aux armes nucléaires, la Cour ne se sent pas en mesure de préciser où se situe exactement la ligne de frontière entre légalité et illégalité : bref, jura non novit curia!*” [p.11]

pendant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause”.

A problemática do Parecer Consultivo sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares de 1996 deixou claro um desequilíbrio internacional de prevalência da política sobre o direito.⁷⁷ O argumento da teoria da persuasão política (*power politics*) tem algo de muito perverso: é que se esta teoria se insere para alguns no pensamento da “prossecação da paz *via* guerra” - assim como as intervenções humanitárias - e como sendo o “único” equilíbrio possível nesta questão, a ameaça ou uso de armas nucleares representa a *aniquilação da própria paz*. A «arma absoluta»⁷⁸ compromete inexoravelmente a vida e a qualidade de vida de gerações futuras. *Iura non novit curia* e vivemos ainda hoje com o *unacceptable risk* das armas nucleares, risco este ainda mais preocupante quando “forças ocultas” (terrorismo, biotecnologia, manipulação genética⁷⁹) ameaçam a ordem e a paz internacionais.

4. Considerações Finais: Por uma cultura militar de «sentido ecológico»

Cinquenta e nove anos depois da criação de um corpo jurídico regulador da atitude humana em tempos de conflito armado, o Direito Internacional Humanitário⁸⁰ teve sempre em si a constante reflexão das dinâmicas sociais do uso da violência. Se o risco é, hoje, “uma categoria moral do mundo contemporâneo”⁸¹ ele deve, então, fazer parte desta constante reflexão. Uma «ordem eco-humanitária» requer a inclusão do ambiente como *valor-limite* (ponderação) para a actividade humana de cunho militar (ao lado do princípio de humanidade - o “antropocentrismo” do humanitarismo).

Do exposto neste breve artigo, compreende-se que a protecção da natureza em tempos de conflito armado concentra-se preponderantemente no momento da decisão do «ataque militar». Isto resulta no facto de que, em termos concretos, a determinação do ambiente como *valor-limite* para a actividade militar terá de ser reflectida nos principais princípios que norteiam esta actividade humana: princípio de distinção, princípio da precaução, princípio da proporcionalidade, princípio da necessidade militar e princípio de humanidade, acrescentando-se em todos eles mais um: *o princípio ecológico*.

Há definitivamente pontos a ser esclarecidos e que estão notadamente ligados ao aspecto militar da questão. Em primeiro, sem se nos esquecer das crises humanitárias que se propagam na actualidade e os problemas humanos e humanitários que ensejam, desafiando sobretudo a dicotomia do DIH em termos de qualificação dos conflitos armados, temos para nós que o «sentido ecológico» numa sociedade do risco deve ultrapassar esta

⁷⁷ Alguns Estados ainda reclamam o seu “direito ao recurso às armas nucleares” embasando-se nas declarações feitas aquando da adesão aos Tratados de Tlatelolco e de Rarotonga. Já em 1951 a opinião de Josef L. Kunz. - «The chaotic status of the laws of war and the urgent necessity for their revision». in *American Journal of International Law*, vo.45, 1951, p.37: “It is amazing to see that the men of this generation, living under a more terrible total war, turn their backs upon the laws of war. This neglect is the outcome of different and often contradictory ideologies: indifference, apathy, over-optimistic wishful thinking, political wishes to keep one’s hands free in the next war, and pessimistic fatalism.”

⁷⁸ Emprestamos acepção de Yves Sandoz. - «Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n.º. 823, 1997, pp.06-08.

⁷⁹ Luc Capdevila e Danièle Voldman. - «Du numéro matricule au code génétique: la manipulation du corps des tués de la guerre en quête d'identité», in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol.84, n.º.848, décembre 2002, pp.751-765.

⁸⁰ Fazemos referência ao DIH moderno (1949) e não à iniciativa de Henry Dunant.

⁸¹ J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.19.

linha demarcatória (que bem sabemos não ser clara) de modo a aumentar a protecção ambiental para toda e qualquer intervenção militar, seja ela em «tempos de guerra» ou em «tempos de paz». É que o perigo está mais nos “meios e métodos” empregues do que no “tempo” da intervenção (no “como” e não no “quando”).

Segundo, em tempos de guerra, o «sentido ecológico» deve estar imbuído de uma prudência “agravada”, *i.e.* acrescida de uma busca da *justa medida*⁸² aplicada à temperança dos “apetites malignos” que impregnam o ser humano quando inserido num ambiente de guerra (*temperamenta belli*).⁸³ Esta é sobretudo uma responsabilidade dos militares, ou seja, daqueles que têm em suas mãos o poder de decisão - os “decisores do risco”⁸⁴. Este *momento do ataque* é que deve ser um *momento de razoabilidade* (o momento da «justa medida») entre dois pesos contrapostos: a necessidade militar e a protecção ambiental. O *momento de razoabilidade*, contudo, só será verdadeiramente *razoável* se previamente embutido do “sentido do «sentido eco-normativo»” de que falamos. É que a decisão não deve ser deixada ao “fervor de uma guerra”. A protecção do ambiente (e do ser humano) em tempos de conflito armado dependerá não somente do desenvolvimento normativo do DIH (*jus in bello*), mas do mesmo modo de uma cultura eco-militar desenvolvida entre os grupos e comandos militares e de mudanças na esfera tecno-militar (*military-technical sphere*). Isso se traduzirá, concretamente, em estudos, em educação ambiental aos militares, em presença de conselheiros jurídicos (previstos pelo art.82 do Protocolo I) da área ambiental, de especialistas em análise de novas armas-tecnológicas desenvolvidas, por exemplo.

Em terceiro, de um ponto de vista mais dogmático, faz-se indispensável a aproximação do DIH ao Direito do Ambiente, o que propiciará as vertentes preventiva e precaucional, tão indispensáveis à actividade militar e à busca da «justa medida» para a protecção do ambiente. Só assim a balança do “momento decisório” – que tanto pode pender para o bem como para o mal - penderá para o bem e consequentemente eliminará os *unacceptable risks* da actividade militar. Aliás, o princípio já lá está: o único acto de guerra (ataque militar) permitido é aquele proporcional ao objectivo militar legítimo e *estritamente necessário* àquele mesmo objectivo e que não seja excessivo em relação à vantagem militar (global, concreta e directa) antecipada. Coadunam-se, aqui, dois princípios: um do Direito do Ambiente (mas do mesmo modo presente no DIH) e outro do DIH: a precaução e a proporcionalidade. Fora disto estaremos já na desproporcionalidade do risco (tanto ambiental quanto humano). Afinal, não nos esqueçamos: a guerra em si já é uma desproporcionalidade.

Márcia Mieko Morikawa

Doutoranda da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

⁸² “Há uma diagonal que se inscreve no cruzamento dos dois eixos, pelo menos de cada vez que somos capazes de iniciativa e de história – de pausa também, desses instantes suspensos que se revelam propícios à reflexão e às reorientações. Entre acaso e determinismo, vislumbra-se esta terceira via do tempo histórico instituinte cada vez que os homens – povos ou indivíduos – revelam estar em situação de traçar percursos inéditos. Esta terceira via, «justa medida» entre acaso e necessidade, era denominada por Aristóteles de *kairos*; ele via nela a expressão do bem em matéria de tempo.” Francois Ost, *op.cit.*, 34.

⁸³ Que já em 1625 era preocupação de Hugo Grotius: *Le Droit de la Guerre et de la Paix [De Jure Belli ac Pacis]*, PUF, 1999 (tradução de P. Pradier-Fodéré).

⁸⁴ J. J. Gomes Canotilho, *op.cit.*, p.22.

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

Resumo

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

I. Introdução¹

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

Os efeitos do federalismo não são os mesmos para todos os elementos do nosso estudo. No domínio do ordenamento do território (termo que, noutros países, como na França, corresponde ao de Urbanismo), o Estado federal – a Confederação – dispõe apenas de uma competência limitada aos princípios e a lei federal que lhe corresponde² é uma lei-quadro. A protecção da natureza e da paisagem é antes de mais um assunto dos cantões, tendo a Confederação apenas competências pontuais nesta matéria (fauna, flora, protecção das espécies, zonas húmidas)³. Em contrapartida, em matéria de protecção do ambiente, a Confederação tem plena competência, de que faz largo uso⁴, cabendo todavia em primeiro lugar aos cantões a execução das disposições federais, conformemente ao princípio bem helvético do “federalismo de execução”. A imbricação diferenciada das normas federais e

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

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

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

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

cantonais encontra-se também no contencioso, jogando os tribunais cantonais na Suíça tanto o papel de tribunal cantonal como o de tribunal federal de primeira instância⁵.

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

Convém também definir brevemente quais são as “decisões” em matéria de ordenamento e ambiente em relação às quais se pode colocar a questão da participação do público. Trata-se desde logo de verdadeiras decisões administrativas tomadas nos domínios em questão, ou seja, actos individuais e concretos, unilaterais, fundados no direito público, emanados por uma autoridade administrativa e visando criar, modificar, anular ou reconhecer direitos ou obrigações, ou rejeitando uma pretensão neste sentido⁶. Pensamos evidentemente nas decisões relativas aos pedidos de licença de construção ou de outras autorizações necessárias à realização de projectos de ordenamento, mas também em todas as decisões fundadas na legislação ambiental, como por exemplo, a ordem de proceder correcção do funcionamento de uma instalação poluente (art. 16.º LPE). Trata-se também de actos de planificação previstos pela legislação federal, como os planos directores cantonais (art. 6.º ss LAT), que são uma espécie de primos dos SCOT franceses⁷, os planos de afectação, que regulam as utilizações admissíveis do solo nas diferentes partes do território (art. 14.º ss LAT)⁸, ou ainda os planos de prevenção em matéria de luta contra a poluição do ar (art. 44a LPE). Os planos directores e os planos de prevenção só vinculam as autoridades (art. 9.º n.º 1 da LAT, art. 44a n.º 2 da LPE). Em contrapartida, os planos de afectação vinculam qualquer pessoa (art. 21.º n.º 1 da LAT) e são considerados pela jurisprudência como actos jurídicos cujo tratamento se aproxima por vezes ao da decisão, outras vezes ao da norma⁹. No contexto helvético, fazem enfim também parte das decisões em matéria de ordenamento para as quais a participação do público entre em linha de conta, as decisões de princípio ou decisões orçamentais relativas à realização de infra-estruturas públicas.

Estabelecido isto, podemos assinalar que a participação do público nestas decisões assenta na Suíça em três pilares¹⁰.

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

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

⁵ Tanquerel/Planchet (2004) p. 242.

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

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

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

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

¹⁰ Cfr. Tanquerel (1988) p. 55 ss.

II. Os procedimentos administrativos

1. Os princípios gerais

a. O direito a ser ouvido¹¹

Garantido pelo artigo 29 número 2 da Constituição federal¹², o direito a ser ouvido compreende antes de mais o direito de as partes fazerem valer o seu ponto de vista antes de uma decisão ser tomada¹³. O interessado deve nomeadamente ter a possibilidade de se explicar antes de uma decisão ser tomado em seu detrimento, de tomar conhecimento das peças do processo, de apresentar provas sobre factos importantes para a decisão que se tem em vista, de participar na produção do conjunto das provas, de tomar conhecimento destas e de se pronunciar em relação a elas¹⁴. O direito a ser ouvido visa assim a instrução completa da situação de facto e a protecção dos administrados enquanto pessoas¹⁵.

O direito de ser ouvido impõe-se por isso desde logo nas decisões administrativas acima evocadas. Mas deve também ser reconhecido, segundo a jurisprudência do Tribunal federal, aos proprietários de bens imóveis incluídos no perímetro dos planos de afectação, sendo estes portanto tratados, deste ponto de vista, como decisões¹⁶. Em contrapartida, o direito de ser ouvido não constituirá fundamento de uma eventual participação do público na elaboração dos planos directores ou dos planos de prevenção.

O direito de ser ouvido é reconhecido às partes no procedimento, ou seja, aos administrados que têm uma ligação suficientemente estreita e particular com a tomada de decisão para que um lugar especial lhes seja concedido na preparação desta decisão. No direito federal como em numerosos cantões, a qualidade de parte é definida em função da legitimidade para recorrer contra a decisão em causa¹⁷. Por seu turno, como o veremos mais tarde, a legitimidade para recorrer implica que a pessoa que daí quer tirar partido seja directamente afectada mais do que a generalidade da população num interesse digno de protecção para a decisão em causa. O direito a ser ouvido só é uma chave para a participação de uma parte do público, mais particularmente atingida pelo objecto do procedimento. Este círculo de participantes não se limita somente aos proprietários e promotores destinatários das decisões de ordenamento, mas os terceiros que inclui não se confundem com o conjunto da população¹⁸.

b. O princípio da transparência

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

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

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

¹³ Cfr. artigo 30.º n.º 1 PA.

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

¹⁵ ATF 124/1998 I 49, 51, S.

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

¹⁷ Häner (2000) p. 148 ss.

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

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

Ora, na Suíça, segundo jurisprudência já antiga do Tribunal federal que não foi invertida pela Constituição federal de 1999, não existe um direito constitucional geral do público a aceder à informação estatal¹⁹. No entanto, um movimento começa a despontar ao nível federal e em vários cantões para derrubar o princípio do segredo da administração em favor do da publicidade acompanhado de excepções legalmente previstas. Assim, no dia 1 de Julho de 2006, entrou em vigor uma lei federal que prevê o direito de toda a pessoa consultar e pedir cópias de documentos oficiais, sob reserva de cláusulas de excepção²⁰. Legislações análogas foram adoptadas nomeadamente nos cantões de Berna, Neuchâtel, Vaud e Genebra.

O princípio da transparência da administração, que se impõe progressivamente na Suíça²¹, não respeita somente ao ordenamento e ao ambiente, antes contribuirá certamente para a melhoria da qualidade da participação do público. Neste domínio, o acesso às informações pertinentes é de facto determinante para a participação efectiva dos diferentes actores²².

c. As exigências do artigo 4.º da LAT

Sob o título “informação e participação”, o artigo 4.º da LAT comporta três elementos²³. Dois têm traços na informação : informação activa requerida às autoridades encarregadas do ordenamento do território sobre os planos previstos pela LAT, os seus objectivos e o desenvolvimento do procedimento (art. 4.º n.º 1 LAT); obrigação de permitir a consulta dos planos previstos pela LAT (art. 4.º n.º 3 LAT). O terceiro elemento é teoricamente o mais exigente: segundo o artigo 4.º n.º 2 da LAT, as autoridades zelam para que a população possa participar de maneira adequada na adopção dos planos.

A injunção do artigo 4.º n.º 2 da LAT vai mais longe do que o respeito do direito de ser ouvido. Com efeito, ela visa a participação da população em geral e não somente a das partes interessadas. Por outro lado, as modalidades desta participação da população podem perfeitamente ser mais aprofundadas do que a simples concessão da faculdade de dar o seu parecer sobre um projecto de decisão. Na prática, todavia, o alcance jurídico do artigo 4.º da LAT fica limitado. Se a aplicação do seu n.º 3 não parece nada complicada, a execução dos n.º 1 e 2 resulta mais de um programa político, dependendo largamente da vontade e da imaginação das colectividades em causa, do que de uma pretensão jurídica real. Com efeito, apesar de o Tribunal federal admitir que a violação do artigo 4.º da LAT pode ser invocada num recurso²⁴, ele não reconheceu na prática um direito de participação justificável que fosse para além do direito de ser ouvido das partes, considerando ainda que este é respeitado pelos planos de afectação através da publicação destes acompanhada de um direito de oposição ou de recurso²⁵.

¹⁹ ATF 107/1981 la 304, 308, *Fuchs*.

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

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

²² Tanquerel (1988) p. 143 ss e (1996) p. 105 ss.

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

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

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

d. As disparidades cantonais

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

2. As modalidades

a. A consulta pública

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

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

Ela pode também ser reservada àqueles que detêm um interesse digno de protecção, ou seja, em outros termos, àqueles possuem a qualidade de parte no procedimento. Neste caso, a consulta pública serve antes de mais para o exercício do direito de ser ouvido. Ela articula-se sobre um procedimento de oposição, que permite aos interessados fazer valer perante as autoridades competentes as objecções que têm em relação ao projecto em causa. Ao estatuir sobre o dito projecto, a autoridade decidirá se rejeita ou admite no todo ou em parte as oposições apresentadas. Apesar de se situar a montante da decisão, o procedimento de oposição foi assimilado pela jurisprudência a uma “via de recurso” no sentido do artigo 33.º n.º 2 da LAT²⁸.

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

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

²⁸ Cfr. *infra* III, 1, b.

b. A publicidade dos actos de planificação e das decisões

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

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

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

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

c. As comissões consultivas

A Suíça conhece, tanto ao nível federal como cantonal, uma longa tradição de comissões extra parlamentares. Entre estas, as comissões consultivas permitem reunir peritos, frequentemente de tendências diferentes, e representantes de diversos meios interessados por um domínio de acção do Estado. No plano federal, podemos mencionar, entre outros, a Comissão federal para a protecção da natureza e da paisagem ou a Comissão federal para a qualidade do ar²⁹. Um vasto movimento de redução do número das comissões extra parlamentares está todavia em marcha, tanto ao nível federal³⁰ como cantonal, por motivos de simplificação administrativa e de economia.

²⁹ A lista integral das comissões consultivas federais está disponível no endereço electrónico: http://www.admin.ch/ch/f/cf/ko/index_kommart_3.html (acedido em 24 de Junho de 2008).

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

d. Os procedimentos aprofundados

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

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

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

III. A protecção jurídica

1. Em geral

a. O acesso à justiça

Já largamente adquirida, sob a influência conjunta das exigências do artigo 6 parágrafo 1 da CEDH, aplicável quando o exercício do direito de propriedade é posto em causa³², e daquelas resultantes de diversas disposições da legislação federal, a possibilidade de contestar judicialmente as decisões em matéria de ordenamento e de ambiente é hoje consagrada constitucionalmente. No dia 1 de Janeiro de 2007 entrou efectivamente em vigor o artigo 29a da Constituição federal, que prevê que “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada por uma autoridade judicial”, precisando todavia que “a Confederação e os cantões podem, por lei, excluir o acesso ao juiz em casos excepcionais”. Sob o ângulo das “causas ” que podem opor os particulares e o Estado, o domínio do ordenamento e do ambiente é, portanto, como o conjunto da actividade do Estado, submetido à exigência do acesso ao juiz. Parece todavia existir um consenso sobre o facto de os planos directores pertencerem ao campo das decisões de natureza essencialmente política para as quais uma excepção prevista pela lei é possível³³.

b. A organização das vias de recurso

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

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

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

³³ Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) p.108.

ordenamento e de ambiente são tomadas pelas autoridades cantonais. Por outro lado, o sistema judicial suíço confia o primeiro controlo judicial das decisões cantonais aos tribunais cantonais, mesmo quando é a aplicação do direito federal que está em jogo. O Tribunal administrativo federal não é, salvo raras excepções, competente para controlar as decisões das autoridades federais. Quanto ao Tribunal federal, a mais alta jurisdição do país, ele não pode em princípio ser solicitado como primeira autoridade judicial e só intervém depois do Tribunal administrativo federal ou dos tribunais cantonais superiores³⁴.

Os cantões estão submetidos a certas exigências de direito federal. O artigo 86.º n.º 2 da LTF obriga-os a instituir tribunais superiores que decidam como autoridades precedendo imediatamente o Tribunal federal³⁵. Podem instituir uma autoridade distinta de um tribunal “para as decisões que revistam um carácter preponderantemente político” (artigo 86.º n.º 3 da LTF)³⁶. O artigo 33.º n.º 2 da LAT impõe-lhes por seu lado que prevejam pelo menos uma via de recurso contra as decisões e os planos de afectação fundados na referida lei sobre as disposições cantonais e federais de execução. *A contrario*, esta exigência não vale para os planos directores. O artigo 33.º n.º 2 da LAT não obriga os cantões a preverem um recurso para uma autoridade judicial, e nem mesmo um verdadeiro recurso para uma entidade diferente daquela que tomou a decisão atacada : um procedimento de oposição, através do qual a autoridade cantonal competente, governo ou parlamento, estatua ao mesmo tempo sobre a adopção ou a aprovação do objecto de litígio (em geral um plano de afectação) e sobre as oposições levantadas pelos interessados ao encontro do projecto posto em consulta pública é suficiente³⁷. Para além disso, o artigo 33.º n.º 3 alínea b) da LAT exige que ao menos uma autoridade de recurso tenha um livre poder de exame, que deve compreender não só o exame dos factos e do direito, mas também o da oportunidade³⁸, ou seja, para falar claramente, da componente política da decisão.

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

No plano federal, a organização das vias de recurso foi bastante complicada durante muito tempo. O tipo de recurso aberto contra as decisões de última instância cantonal dependia largamente da questão de saber quais eram as disposições aplicadas – ou que deveriam ser aplicadas – no fundo³⁹. Desde 1 de Janeiro de 2007, a situação é muito mais simples: em todos os casos, é o recurso em matéria de direito público junto do Tribunal federal que é apresentado (artigo 34.º n.º 1 da LAT e 82.º ss LTF). Para as decisões

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

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

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

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

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

³⁹ Tanquerel (2000) p. 127 ss.

das autoridades federais, o recurso será primeiramente apresentado junto do Tribunal administrativo federal⁴⁰, e de seguida junto Tribunal federal⁴¹.

c. A qualidade para agir

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

É portanto o critério do interesse digno de protecção, mencionado pelos artigos 48.º da PA e 89.º da LTF, assim como pela grande maioria das legislações cantonais, que é determinante para a qualidade para agir em matéria de ordenamento e ambiente. O artigo 89.º n.º 1 da LTF prevê que a qualidade para apresentar um recurso de direito público de quem quer que tenha tomado parte no procedimento perante a autoridade precedente ou esteve privado da possibilidade de o fazer, é particularmente afectado pela decisão ou o acto normativo atacado, e tem um interesse digno de protecção na sua anulação ou modificação. Sob reserva de o advérbio “particularmente”, que é novo mas não deverá provavelmente modificar a prática do Tribunal federal⁴², esta formulação retoma aquela que valia para o antigo recurso de direito administrativo. A jurisprudência elaborada para este recurso deve por isso ser transposta para o novo sistema. É necessário que o administrado seja mais afectado do que generalidade das pessoas num interesse que pode ser de meramente de facto : o recorrente deve estar numa relação especial digna de atenção com o objecto do litígio⁴³. Em contrapartida, não é necessário que a disposição cuja violação é invocada seja destinada a proteger o recorrente⁴⁴. A qualidade para agir depende assim muito frequentemente, quando se trata de aplicar disposições legais com efeitos concretos no espaço, do local da situação da propriedade ou da empresa do recorrente ou ainda do seu local de residência⁴⁵. O Tribunal federal tem uma visão bastante estática das situações que justificam o reconhecimento da qualidade para agir⁴⁶. Mais restritivo que o Conselho de Estado francês, o Tribunal federal não admite que um interesse ideal na aplicação de uma legislação, por exemplo no caso de uma associação, seja suficiente para obter a qualidade para agir com base em cláusulas gerais de habilitação⁴⁷. Prevendo o artigo 111.º

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

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

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

⁴³ ATF 124/1998 II 499, 504, *Engel*.

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

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

⁴⁶ Tanquerel (2000) p. 129, (1996) p. 60.

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

n.º 1 da LTF, o que a jurisprudência já admitia há muito tempo, que a qualidade de parte no procedimento perante toda a autoridade cantonal precedente deve ser reconhecida a quem quer que tenha a legitimidade para recorrer perante o Tribunal federal, os tribunais cantonais não podem ser mais restritivos que o Tribunal federal. Deste modo, também ninguém se apercebeu que aqueles tribunais seriam mais liberais do que o federal. Em definitivo, a qualidade para agir geral em matéria de ordenamento e de ambiente institui essencialmente um recurso de proprietários e vizinhos⁴⁸.

2. O direito de recurso das associações

a. O quadro jurídico

Como um interesse puramente ideal na boa aplicação da lei não é suficiente para conferir a qualidade para agir, as associações de protecção da natureza e do ambiente ou activas no domínio do ordenamento não podem agir sobre esta base. A jurisprudência admite seguramente que elas possam defender os interesses dos seus membros. Mas é preciso que os seus estatutos o prevejam e sobretudo que um grande número dos seus membros seja ele mesmo afectado num interesse digno de protecção que lhes teria dado a qualidade para agir⁴⁹. Visto o modo como a jurisprudência define este interesse – nomeadamente pela residência, e não tomando por exemplo em consideração o uso estético, científico ou recreativo de um espaço – esta faculdade só é útil na prática para as pequenas associações locais ou de quarteirão⁵⁰.

A legitimidade para agir das organizações nacionais de protecção do ambiente deve desde logo fundar-se em disposições especiais da legislação federal. A mais antiga é o artigo 12.º da LPN, que data de 1966. Ela permaneceu isolada até 1983, em que se adoptou o artigo 55.º da LPE⁵¹.

A qualidade para agir conferida por estas disposições é duplamente limitada⁵². Em primeiro lugar, ela apenas respeita às organizações nacionais de fim ideal cujo intuito é respectivamente a protecção da natureza ou a protecção do ambiente e que estejam activas há pelo menos 10 anos. Um decreto do Conselho federal⁵³ fornece a lista, que a jurisprudência considera como declarativa⁵⁴. Para além disso, este direito de recurso só tem aplicação no que respeita a questões relativas às tarefas da Confederação (artigo 12.º da LPN) ou submetidas a avaliação de impacto segundo o direito federal (artigo 55.º da LPE).

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

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

⁵⁰ Tanquerel (1996) p. 64.

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

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

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

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

b. O debate helvético

Apesar da sua estrita delimitação, a instituição do direito de recurso das organizações de protecção do ambiente é alvo de ataques constantes e de tentativas para o revogar ou no mínimo reduzir-lhe severamente o seu alcance. É nomeadamente alegado, em apoio destas proposições, que as autoridades seriam as únicas representantes legítimas do interesse público, que as organizações abusariam do seu direito de recurso, que este implicaria um retardamento sistemático dos procedimentos de autorização, que bloquearia ilegalmente um número importante de projectos interesse público ou ainda que colidiria com a vontade democrática quando utilizado contra projectos aprovados por uma assembleia representativa ou por um corpo eleitoral⁵⁵. Para responder a uma das inúmeras iniciativas parlamentares na matéria, o departamento federal competente encomendou, há alguns anos, um estudo independente, que demonstrou que as objecções eram absolutamente infundadas⁵⁶. O parlamento federal repeliu até agora todas as tentativas de revogação pura e simples do direito de recurso das associações, mas modificou recentemente a LPN e a LPE para enquadrar este direito de maneira ainda mais restrita⁵⁷. Este debate recorrente explica sem dúvida porque é que a Suíça, que assinou a convenção de Aarhus⁵⁸, ainda não a ratificou.

Noutros países que conhecem uma legitimidade para agir alargada às organizações de protecção do ambiente, como a França ou os Estados Unidos, o debate a propósito desta instituição e a vontade de a repor em causa estão longe de ter a mesma intensidade que na Suíça. As razões desta “excepção helvética” permanecem bastante misteriosas. Uma hipótese optimista seria a de que o direito do ambiente suíço é, em comparação internacional, aplicado de uma forma mais estrita. Desde logo, a frustração dos que sofrem as imposições teria como bode expiatório as organizações ecologistas, alvo tão visível do seu ressentimento que as autoridades encarregadas da aplicação da legislação ambiental deixam de boa vontade as associações privadas intervir em primeiro lugar nos processos politicamente mais delicados. Uma hipótese mais pessimista colocaria em evidência uma tentação, particularmente forte para certos meios políticos e económicos suíços, de se esquivarem aos interesses ambientais através da legislação simbólica⁵⁹: uma vez que opor-se às regras ambientais de fundo não é politicamente popular, é mais hábil minar um meio de funcionamento destas regras cuja eficácia foi provada.

IV. A democracia directa

1. As instituições

a. Em geral

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

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

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

⁵⁷ Ver Häner (2007b).

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

⁵⁹ Tanquerel (2005) p. 201 ss.

referendo facultativo e a iniciativa popular⁶⁰. Estes instrumentos encontram-se tanto ao nível federal como ao nível comunal. Eles são incontornáveis em matéria constitucional e estão também presentes em todos os cantões no que respeita a legislação. Podem aparecer em actos que não constituam regras de direito, mas decisões concretas: falamos então do referendo administrativo ou da iniciativa administrativa. É sob este último aspecto que eles têm um alcance mais significativo no domínio do ordenamento. O seu uso não é de forma alguma excepcional, antes representa uma modalidade completamente vulgar e regular do funcionamento do sistema político suíço.

Falamos de referendo obrigatório quando um acto do parlamento não pode entrar em vigor antes de ter sido aceite pelo corpo eleitoral na sequência de um escrutínio popular. Este tipo de referendo é a regra para toda a modificação da Constituição federal ou de uma constituição cantonal, assim como para a adopção dos tratados mais importantes (artigo 140.º e 51.º da Constituição federal). No plano cantonal e comunal, a sua regulamentação varia enormemente de um cantão para outro: é por vezes imposto por toda a legislação cantonal e para uma grande parte das despesas votadas pelo parlamento cantonal ou comunal (referendo dito “financeiro”, que é uma variante do referendo administrativo⁶¹), enquanto em certos cantões, o seu papel no domínio legislativo e administrativo é muito limitado.

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

A iniciativa popular, na sua acepção helvética, permite a uma fracção do corpo eleitoral (100 000 eleitores no plano federal) propor ele mesma a adopção de um acto em princípio da competência do parlamento. Regra geral, esta proposta pode revestir a forma de um projecto redigido de todas as peças ou ser concebido sob a forma de voto, que o parlamento deve concretizar. O corpo eleitoral é chamado a pronunciar-se sobre o projecto dos requerentes ou sobre a sua concretização pelo parlamento, o qual pode em princípio opor-lhes o seu próprio contra-projecto se o considerar oportuno⁶².

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

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

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

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

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

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

b. A utilização em matéria de ordenamento e de ambiente

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

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

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

Mas elas podem também versar sobre actos de planificação espacial ou sobre realizações concretas (para os promover ou impedir), em que se inclui o plano federal, jogando na ausência, já evocada, de limite material de revisão da Constituição federal : em 1987, o povo e os cantões aceitaram uma iniciativa popular que previa uma protecção geral das zonas húmidas que representassem um interesse nacional, com uma disposição transitória que proibia a construção de uma praça de armas em Rothenthurm⁶³. Ao nível cantonal e, sobretudo, comunal, as iniciativas “concretas” são frequentes. Mas convém aqui sublinhar que, como no que respeita aos procedimentos administrativos, os cantões dispõem de uma larga margem de manobra para definir os contornos dos instrumentos de democracia directa no seu domínio de competência. Uma grande diversidade pode portanto ser observada de um cantão para outro nas possibilidades de utilizar estes instrumentos em matéria de ordenamento e ambiente.

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



2. Algumas particularidades

a. Os escrutínios de alcance consultivo

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

O primeiro caso é aquele em que a iniciativa popular pede que uma colectividade exerça o seu próprio direito de iniciativa junto de uma colectividade superior : uma iniciativa comunal pedirá que a comuna intervenha junto do cantão para modificar a planificação espacial cantonal⁶⁴ ou uma iniciativa cantonal exigirá que o cantão aja ao nível federal para modificar uma lei federal ou para se opor a um projecto para o qual a Confederação é principalmente competente⁶⁵.

O segundo caso é o do referendo lançado contra um parecer comunal ou cantonal, num procedimento em que a competência decisória final retorna respectivamente ao cantão⁶⁶ ou à Confederação⁶⁷.

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

b. O risco de contrariedade com os direitos fundamentais

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

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

⁶⁵ Cfr. *infra* nota 64.

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

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

federal recordou-o de forma espectacular num caso que respeitava à submissão do corpo eleitoral nas decisões de naturalização tomadas por uma comuna : este sistema tinha sido julgado contrário à Constituição federal em razão do risco de tratamento discriminatório e da impossibilidade de fornecer uma motivação da decisão dos eleitores⁶⁸.

Este tipo de problema é susceptível de se colocar quando os instrumentos de democracia directa são utilizados para impor ou combater projectos de ordenamento concretos⁶⁹.

Verdadeiramente, o risco é menor em caso de referendo. Com efeito, quando um projecto de planificação ou um crédito é atacado por um referendo, são em princípio as características materiais ou o custo deste projecto e não a identidade e as qualidades de determinadas pessoas que estão em causa. O próprio facto de passar pelo procedimento referendário não constitui em si uma ameaça para os direitos fundamentais de certas pessoas⁷⁰

Em contrapartida, a iniciativa popular pode colocar mais problemas quando não se reporta a um projecto estritamente público, mas sobre uma actividade na qual estão implicadas pessoas determinadas. Estas pessoas têm nomeadamente o direito a ser tratadas de forma igual, tanto no plano procedimental como na aplicação das regras de fundo pertinentes para o acto de planificação ou a decisão administrativa (por exemplo, autorização de construir) em causa. Ora, as disposições imperativas contidas numa iniciativa vão inevitavelmente colidir com os direitos de procedimento e com a apreciação dos elementos de fundo normalmente pertinentes no caso concreto. Num tal caso, é a própria utilização da iniciativa, que derroga de certa forma o direito comum, que acarreta potencialmente ofensas aos direitos fundamentais dos interessados⁷¹. A igualdade de tratamento não será no fundo melhor respeitada por uma iniciativa através da qual o promotor pretendia obter uma autorização ou uma alteração da planificação, sem respeito pelas exigências formais e materiais normalmente aplicáveis⁷².

c. A exequibilidade das iniciativas populares

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

Num tal caso, põe-se a questão da exequibilidade da iniciativa na hipótese em que ela seria aceite pelo corpo eleitoral. De jurisprudência constante, o Tribunal federal considera que a exequibilidade de uma iniciativa é uma condição da sua validade⁷³. Ele insiste sobre o facto de a impossibilidade de executar o objecto da iniciativa deve ser manifesta

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

⁶⁹ Para uma exposição completa desta questão, ver Tanquerel (2006).

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

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

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

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

e que para julgar sobre ela, é necessário colocar-se não no momento do depósito da iniciativa, mas, o mais tardar, no momento em que autoridade competente decide sobre a sua admissibilidade, ou seja, no momento o mais próximo possível daquele em que a iniciativa deveria ser submetida a voto popular. Ele acrescenta, tratando-se de iniciativas no sentido de pôr em causa trabalhos, que não há inexecutabilidade pelo simples facto de uma obra já ter começado, mas que existe impossibilidade material de execução quando a obra está em fase de conclusão. Esta jurisprudência é contestável⁷⁴: demolir uma obra quase ou completamente acabada é sem dúvida pouco razoável, mas não materialmente impossível. Em contrapartida, se uma iniciativa visa a anulação de créditos actuais já dispendidos, a sua realização será totalmente impossível.

Acrescentaremos que, no caso em que a via da iniciativa foi escolhida quando um referendo teria sido possível no prazo legalmente previsto, o Tribunal federal deixa entender que poderíamos estar em presença de um abuso de direito⁷⁵.

V. As relações entre os modos de participação

1. As relações convergentes

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

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

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

2. As relações conflituais

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

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

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

⁷⁵ Id. p. 204 ss.

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

O segundo tipo de conflitos, também ele já mencionado, é o que opõe a legitimidade democrática resultante de uma decisão parlamentar, ou mesmo popular, à protecção jurídica através da qualidade para recorrer e do controlo judicial das decisões. Este conflito não é de forma alguma evocado quando uma decisão democrática é reposta em causa por um recurso do particular para defender interesses puramente privados. Foi em contrapartida energeticamente assinalado no caso dos recursos de organizações ambientais. Uma iniciativa popular federal, sobre a qual os eleitores suíços se pronunciarão no Outono de 2008, propõe aliás pura e simplesmente excluir o recurso das organizações, em matéria de protecção do ambiente e ordenamento do território, contra “os actos legislativos, regulamentos ou decisões que se fundem numa votação popular ao nível federal, cantonal ou comunal” e contra “os actos legislativos, regulamentos ou decisões do Parlamento federal e dos Parlamentos cantonais e comunais”⁷⁶. Querendo imunizar certas decisões contra o controlo judiciário da sua conformidade com o direito, esta iniciativa despreza o facto de todos os órgãos estatais, mesmo os mais democráticos, estarem submetidos à ordem jurídica e que o corpo eleitoral de uma comuna ou de um cantão não poderá escapar ao direito superior invocando a sua essência democrática. Ela despreza também o facto de as normas que ela quer na prática privar de eficácia foram tão democraticamente adoptadas como as decisões que pretendem privilegiar. O conflito entre a democracia e o direito de recurso tal como é actualmente apresentado na Suíça é portanto meramente aparente. Ele oculta o interesse real, que é o da efectividade de direito do ambiente⁷⁷.

VI. Conclusão

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

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

Thierry Tanquerel
Professor da Universidade de Genebra

⁷⁶ Feuille fédérale 2004 p. 6255.

⁷⁷ Cf. Tanquerel (2005) p. 200 ss.

Jurisprudência

O uso de critérios relativos ao Titular da propriedade e as exigências de Ordenamento do Território

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção), 25 de Janeiro de 2007

«Liberdade de estabelecimento – Livre circulação de capitais – Artigos 43.º CE e 56.º CE – Restrições à aquisição de explorações agrícolas – Obrigação de o adquirente estabelecer a sua residência permanente na propriedade agrícola»

No processo C-370/05,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Vestre Landsret (Dinamarca), por decisão de 5 de Outubro de 2005, entrado no Tribunal de Justiça em 10 de Outubro de 2005, no processo penal contra Uwe Kay Festersen,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, A. Tizzano, A. Borg Barthet, J. Malenovsk (relator) e U. Løhmus, juízes,

advogada-geral: C. Stix-Hackl,

secretário: B. Fülöp, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 12 de Julho de 2006,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de U. Festersen, por K. Berning, advokat,

– em representação do Governo dinamarquês, por J. Molde, na qualidade de agente, assistido por P. Biering, advokat,

– em representação do Governo norueguês, por K. Moen e I. Holten, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. Støvlbæk, na qualidade de agente,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 3 de Outubro de 2006, profere o presente

ACÓRDÃO

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE e 56.º CE.

2. Este pedido foi apresentado no quadro de um processo penal instaurado contra U. Festersen por não ter respeitado a obrigação de estabelecer a sua residência permanente na propriedade agrícola que adquiriu na área territorial da comuna de Bov, no Departamento da Jutlândia do Sul (Dinamarca).

Quadro jurídico nacional

3. Nos termos do § 2 da landbrugsloven (Lei relativa à agricultura dinamarquesa), na versão decorrente do lovbekendtgørelse nr. 598 (Decreto de Codificação n.º 598), de 15 de Julho de 1999 (a seguir «lei relativa à agricultura»):

«1. As propriedades agrícolas estão sujeitas à obrigação de cultivo, nos termos das normas da presente lei.

2. Considera-se propriedade agrícola uma propriedade descrita como tal no registo predial.

[...]»

4. O § 4, n.º 6, da lei relativa à agricultura prevê:

«Quando uma propriedade agrícola estiver fraccionada ou reduzida a uma superfície inferior a 2 ha, a obrigação de cultivo é suprimida, a menos que o proprietário deseje mantê-la. [...]»

5. Nos termos do § 7 da mesma lei:

«1. Uma propriedade agrícola deve ser mantida como exploração autónoma e estar provida de uma

casa de habitação adequada, a partir da qual os seus habitantes exploram as terras, sem prejuízo do disposto no § 8, n.ºs 4 e 6, no § 9, n.ºs 1 e 2, e no § 10.

2. A propriedade deve ser devidamente explorada, tendo em conta as possibilidades de utilização económica, as condições de sanidade da exploração pecuária, a natureza e o ambiente.

[...]

6. O § 16 da referida lei dispõe:

«1. A aquisição de uma propriedade agrícola situada em zona rural e cuja área exceda 30 ha está sujeita à condição de:

[...]

4) o adquirente estabelecer a sua residência permanente na mesma no prazo de seis meses a contar da sua aquisição,

5) o adquirente explorar ele mesmo o terreno

[...]

2. A aquisição de uma propriedade agrícola cuja área não exceda 30 ha está sujeita à condição de o adquirente preencher os requisitos previstos no n.º 1, pontos 1 a 4.

[...]

7. Nos termos do § 18 da lei relativa à agricultura:

«1. Sem prejuízo dos casos previstos nos §§ 16, 17 e 17 a, a aquisição de uma propriedade agrícola numa zona rural depende da autorização do ministro da Alimentação, da Agricultura e das Pescas.

[...]

4. O ministro pode autorizar a aquisição de uma propriedade agrícola quando:

1) a aquisição tenha por fim a utilização prevista no § 4, n.º 1, ponto 1, e se possa prever que a propriedade será afectada num futuro próximo à finalidade em causa;

2) a aquisição tenha por fim uma utilização não agrícola com fins lucrativos, que, além disso, deve ser considerada desejável com base num interesse social geral;

3) a aquisição tenha uma finalidade específica, designadamente a utilização para fins de carácter científico, didáctico, social, sanitário ou recreativo;

4) a aquisição tenha por fim a criação de prados húmidos, a recuperação da natureza ou fins análogos, ou

5) outras circunstâncias especiais o aconselhem.

[...]

8. O § 27, n.º 2, da lei relativa à agricultura prevê:

«Se o requerimento de autorização para aquisição ou o requerimento de autorização para arrendamento de uma propriedade agrícola não for apresentado nos termos legais, o ministro pode intimar o proprietário a alienar a propriedade no prazo mínimo de seis meses e máximo de um ano ou intimar o rendeiro a desistir da exploração no mesmo prazo.

O mesmo se aplica se a autorização for recusada ou caducar ou se não estiverem preenchidas as condições fixadas para a autorização. [...]

9. Segundo o § 33 desta lei:

«1. Será punido com multa quem:

[...]

3) não der cumprimento à intimação, nos termos do § 8, n.ºs 5 e 7, do § 9, n.º 5, ou do § 27.

[...]

10. Nos termos do § 62 da circular n.º 26, de 22 de Fevereiro de 2000, respeitante à lei relativa à agricultura:

«Só em casos excepcionais pode ser concedida a autorização prevista no § 18 da [lei relativa à agricultura] para a aquisição de propriedades agrícolas com dispensa da obrigação de residência sem limite de tempo (v. § 16, n.º 1, ponto 4). Isto aplica-se, por exemplo, quando, devido a razões relativas à situação do prédio, é fisicamente impossível cumprir a obrigação de residência durante uma grande parte do ano. Esta disposição deve ser aplicada restritivamente.»

11. Segundo o § 4, n.º 1, do Decreto n.º 627, de 26 de Julho de 1999, relativo às condições de formação e de residência em ligação com a lei relativa à agricultura (bekendtgørelse nr. 627 af 26. juli 1999 om uddannelseskraav og bopælskraav m.v. i henhold til landbrugsloven), a obrigação de residência numa propriedade agrícola pressupõe que a pessoa resida de forma permanente e aí passe as noites, salvo em caso de superveniência de circunstâncias especiais de duração determinada. A

referida pessoa deve estar inscrita no registo da população da comuna como habitando na referida propriedade, de tal forma que esta constitua a sua residência principal do ponto de vista fiscal.

12. O § 4, n.º 2, do mesmo decreto prevê que o adquirente deve satisfazer a obrigação de residência durante oito anos a partir da aquisição de uma propriedade agrícola.

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

13. U. Festersen, cidadão alemão, adquiriu em 1998 no Departamento da Jutlândia do Sul um prédio designado, segundo o registo predial, como propriedade agrícola. Esta compreende duas parcelas: uma, com 24 a, situada numa zona urbana e destinada à construção, a outra, com 3,29 ha, situada numa zona rural e que é um prado.

14. Não tendo o interessado cumprido a obrigação de estabelecer a sua residência nessa propriedade, a Comissão de Agricultura do Departamento da Jutlândia do Sul interpelou-o para regularizar a sua situação, ordenando-lhe, em 8 de Setembro de 2000, que cedesse a sua propriedade no prazo de seis meses, a menos que tivesse, entretanto, legitimado o seu título de propriedade obtendo uma isenção da obrigação de cultivo ou preenchendo o requisito de residência.

15. Em 16 de Julho de 2001, a referida comissão concedeu a U. Festersen um novo prazo de seis meses para ceder a sua propriedade, salvo se tomasse, antes de esse prazo expirar, as medidas necessárias para reduzir a sua propriedade para menos de 2 ha e solicitar, ao mesmo tempo, uma isenção da obrigação de cultivo ou para nela estabelecer a sua residência.

16. Em 18 de Agosto de 2003, U. Festersen foi condenado pelo tribunal de Gråsten numa multa de 5 000 DKK por ter infringido os §§ 33, n.º 1, ponto 3, e 27, n.º 2, da lei relativa à agricultura, porquanto não dera cumprimento à intimação da Comissão de Agricultura do Departamento da Jutlândia do Sul. Foi-lhe igualmente aplicada uma sanção pecuniária compulsória de 5 000 DKK por mês de mora se não desse cumprimento a essa intimação antes de 1 de Dezembro de 2003.

17. U. Festersen, que se instalou na propriedade em 12 de Junho de 2003, está inscrito no registo da população da comuna de Bov como residindo nesse endereço desde 12 de Setembro de 2003.

18. Recorreu da sua condenação para o Vestre Landsret e pediu a sua absolvição. O Ministério Público pediu a confirmação da decisão proferida em primeira instância.

19. U. Festersen e o Ministério Público divergem quanto à questão de saber se a obrigação de residência prevista pela lei relativa à agricultura era compatível com os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais tal como consagrados pelos artigos 43.º CE e 56.º CE.

20. Foi nestas condições que o Vestre Landsret decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 43.º CE e o artigo 56.º CE opõem-se a que um Estado-Membro imponha, como condição para a aquisição de uma propriedade agrícola, que o adquirente fixe residência nessa propriedade?

2) É relevante para a resposta à primeira questão o facto de a propriedade não poder constituir uma unidade de exploração directa e de a casa de habitação estar situada numa zona urbana?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

21. Através da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se as disposições do Tratado CE relativas ao direito de estabelecimento (artigo 43.º CE) e à livre circulação de capitais (artigo 56.º CE) se opõem a que uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, submeta a aquisição de uma propriedade agrícola à condição de o adquirente estabelecer a sua residência permanente nessa propriedade.

22. A título preliminar, deve recordar-se que o direito de adquirir, explorar e alienar bens imóveis no território de outro Estado-Membro, que constitui o complemento necessário da liberdade de estabelecimento, como resulta do artigo 44.º, n.º 2, alínea e), CE (acórdão de 30 de Maio de 1989, Comissão/Grécia, 305/87, Colect., p. 1461, n.º 22), gera, quando é exercido, movimentos de capitais (acórdão de 5 de Março de 2002, Reisch e o., C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, Colect., p. I-2157, n.º 29).

23. Os movimentos de capitais compreendem as operações pelas quais os não residentes efectuem investimentos imobiliários no território de um Estado-Membro, como resulta da nomenclatura dos movimentos de capitais que consta do anexo I da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho

de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5), conservando essa nomenclatura o valor indicativo que já previa para definir o conceito de movimentos de capitais (v. acórdãos de 16 de Março de 1999, Trummer e Mayer, C-222/97, Colect., p. I-1661, n.º 21; de 11 de Janeiro de 2001, Stefan, C-464/98, Colect., p. I-173, n.º 5; Reisch e o., já referido, n.º 30; e de 14 de Setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, ainda não publicado na Colectânea, n.º 22).

24. Deve então examinar-se se uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, constitui uma restrição aos movimentos de capitais. A este respeito, resulta da jurisprudência constante que as medidas proibidas pelo artigo 56.º, n.º 1, CE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, compreendem as que são de molde a dissuadir os não residentes de fazerem investimentos num Estado-Membro ou a dissuadir os residentes do referido Estado-Membro de os fazerem noutros Estados (v., neste sentido, acórdão de 23 de Fevereiro de 2006, Van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Colect., p. I-1957, n.º 44).

25. Ora, embora a legislação dinamarquesa relativa à agricultura não estabeleça uma discriminação entre os cidadãos dinamarqueses e os cidadãos dos outros Estados-Membros da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, não é menos verdade que o requisito de residência que estabelece e que só pode ser retirado com a autorização do ministro responsável pela agricultura restringe a liberdade dos movimentos de capitais.

26. Tal medida pode, todavia, ser admitida na condição de prosseguir um objectivo de interesse geral, de ser aplicada de maneira não discriminatória e de respeitar o princípio da proporcionalidade, isto é, de ser adequada para garantir a realização do objectivo prosseguido e de não ir além do que é necessário para que ele seja atingido (acórdãos de 1 de Junho de 1999, Konle, C-302/97, Colect., p. I-3099, n.º 40; Reisch e o., já referido, n.º 33; e de 23 de Setembro de 2003, Ospelt e Schlössle Weissenberg, C-452/01, Colect., p. I-9743, n.º 34).

27. Quanto à condição atinente à satisfação de um objectivo de interesse geral, o Governo dinamarquês sustenta que a regulamentação nacional visa, em primeiro lugar, preservar a exploração directa dos terrenos agrícolas, que constitui uma das formas de exploração tradicional na Dinamarca para que as propriedades agrícolas sejam predominantemente habitadas e exploradas pelos proprietários, em segundo lugar, manter uma população permanente no meio rural para efeitos de ordenamento do território e, em terceiro lugar, favorecer a utilização razoável dos terrenos disponíveis lutando contra a pressão fundiária.

28. Tais objectivos apresentam em si mesmos um carácter de interesse geral e são susceptíveis de justificar restrições à liberdade dos movimentos de capitais (v., neste sentido, acórdãos já referidos Konle, n.º 40; Reisch e o., n.º 34; e Ospelt e Schlössle Weissenberg, n.os 38 e 39). Por outro lado, como sustentam o Governo dinamarquês e a Comissão das Comunidades Europeias, estes objectivos correspondem aos da política agrícola comum, que visa, de harmonia com o disposto no artigo 33.º, n.º 1, alínea b), CE, «assegurar [...] um nível de vida equitativo à população agrícola» e cuja realização deve ter em conta, segundo o n.º 2, alínea a), desse artigo, «a natureza particular da actividade agrícola decorrente da estrutura social da agricultura e das disparidades estruturais e naturais entre as diversas regiões agrícolas» (v., neste sentido, acórdão Ospelt e Schlössle Weissenberg, já referido, n.º 40).

29. Relativamente à condição de proporcionalidade, há que verificar se a obrigação de o adquirente estabelecer a sua residência permanente na propriedade agrícola adquirida constitui, como sustentam os Governos dinamarquês e norueguês, uma medida adequada e necessária à realização dos objectivos mencionados no n.º 27 do presente acórdão.

30. No que respeita ao carácter adequado da medida nacional em causa no processo principal, deve observar-se que ela comporta apenas uma obrigação de residência e não é acompanhada, em relação ao adquirente de uma propriedade agrícola inferior a 30 ha, de uma obrigação de explorar pessoalmente o bem. Tal medida, portanto, em si mesma, não é susceptível de garantir a realização do objectivo alegado que visa preservar a forma tradicional de exploração directa pelo respectivo proprietário.

31. Na verdade, no que respeita ao segundo objectivo atribuído à lei relativa à agricultura, deve ser observado que a obrigação de residência é susceptível de contribuir, por definição, para a manutenção da população no meio rural e pode também ser cumprida pelos exploradores agrícolas que, em conformidade com um dos objectivos gerais da lei relativa à agricultura que visa favorecer o modo de exploração directa, exploram eles próprios o seu meio de produção.

32. Todavia, deve observar-se que, tendo em conta os fenómenos concomitantes de diminuição do número de explorações agrícolas e de agrupamento destas, como decorre das observações escritas apresentadas perante o Tribunal de Justiça e que não foram contestados durante a audiência, o objectivo que consiste em assegurar a manutenção da população no meio rural não pode ser atingido quando a operação de aquisição for precisamente levada a cabo por um explorador agrícola que já resida noutra exploração. Nessa situação, a obrigação de residência não garante que o referido objectivo seja atingido, e não resulta, por isso, que a referida obrigação seja, na realidade, capaz de satisfazer em si mesma tal objectivo.

33. Quanto ao terceiro objectivo que a lei relativa à agricultura procura atingir, há que reconhecer que com a obrigação de residência se pretende reduzir o número de potenciais adquirentes de propriedades agrícolas e que, por consequência, é susceptível de diminuir a pressão fundiária sobre estas. Pode, então, admitir-se que uma regulamentação nacional que comporta essa obrigação, destinada a evitar a aquisição de terrenos agrícolas por razões puramente especulativas, e que tem assim como finalidade facilitar a apropriação desses terrenos prioritariamente por pessoas que desejem cultivá-los satisfaz um objectivo de interesse geral num Estado-Membro cujos terrenos agrícolas constituem, o que não é contestado, um recurso natural limitado.

34. Importa, então, verificar se a obrigação de residência constitui uma medida que não vai além do que é necessário para atingir tal objectivo.

35. Nessa apreciação, há que ter em conta a circunstância de a referida obrigação restringir não só a liberdade dos movimentos de capitais mas também o direito de o adquirente escolher livremente a sua residência, direito que lhe é garantido pelo artigo 2.º, n.º 1, do Protocolo n.º 4 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH»).

36. Segundo o artigo 6.º, n.º 2, UE, «[a] União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a [CEDH], e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário» (acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho, C-540/03, ainda não publicado na Colectânea, n.º 36).

37. Assim, a obrigação de residência viola um direito fundamental garantido pela CEDH, pelo que se afigura particularmente restritiva. Coloca-se, por consequência, a questão de saber se podiam ser adoptadas outras medidas menos restritivas do que essa obrigação.

38. A este respeito, o Governo dinamarquês sustenta que a obrigação em causa não pode ser substituída por medidas menos restritivas com a mesma eficácia para impedir que os preços dos terrenos agrícolas destinados à produção sejam afectados por uma procura motivada exclusivamente pelo desejo de fazer investimentos em detrimento dos agricultores profissionais.

39. Embora este Governo alegue que a única solução que resta para manter os preços ao nível desejado seja a regulamentação destes pelo Estado, não precisa, todavia, em que termos é que tal medida seria mais restritiva do que a obrigação de residência adoptada. Também não justificou em que termos é que uma outra medida, evocada nos autos, de estímulos à locação das residências adquiridas numa propriedade agrícola seria mais restritiva do que essa obrigação. Nas observações do referido Governo, também não foram contempladas nem avaliadas outras medidas susceptíveis, eventualmente, de ser menos atentatórias da livre circulação de capitais, como disposições de tributação mais elevada das operações de venda de terrenos efectuadas pouco tempo depois das aquisições ou ainda a exigência de uma duração mínima significativa para os contratos de locação de terrenos agrícolas.

40. Assim, nada do que precede permite ao Tribunal de Justiça reconhecer que a obrigação de residência é necessária para atingir o objectivo que se pretende alcançar.

41. Mesmo admitindo que a referida obrigação seja reconhecida como uma medida necessária para atingir o objectivo prosseguido, por produzir, por si mesma, efeitos positivos no mercado fundiário (dadas as contingências que provoca qualquer mudança de residência, com a consequência de desencorajar as operações de especulação fundiária), deve ser observado que, ao fazer acompanhar essa obrigação de uma condição que consiste no facto de a residência ser mantida durante pelo menos oito anos, tal condição adicional vai, evidentemente, além do que poderá considerar-se necessário, nomeadamente porque implica uma suspensão duradoura do exercício da liberdade fundamental de escolher residência.

42. Na verdade, como alega o Governo dinamarquês, o § 8 da lei relativa à agricultura permite ao

ministro da Alimentação, da Agricultura e das Pescas autorizar a aquisição de uma propriedade agrícola com uma isenção de duração indeterminada da obrigação de residência. Todavia, segundo a circular n.º 26, o exercício dessa competência é estritamente limitado a «circunstâncias muito particulares» e requer uma «aplicação restritiva».

43. Além disso, ao fornecer apenas um exemplo dessas circunstâncias, a referida circular não indica aos potenciais adquirentes as situações específicas e objectivas em que uma derrogação da obrigação de residência será concedida ou recusada. Tal indeterminação não permite aos particulares conhecer a extensão dos seus direitos e das suas obrigações decorrentes do artigo 56.º CE, de forma que tal regime deve ser considerado contrário ao princípio da segurança jurídica (v., neste sentido, acórdãos de 4 de Junho de 2002, Comissão/França, C-483/99, Colect., p. I-4781, n.º 50, e de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, C-463/00, Colect., p. I-4581, n.os 74 e 75). De qualquer maneira, não parece que este sistema tenha tomado em consideração a situação dos cidadãos da União que não residem na Dinamarca para evitar uma aplicação discriminatória.

44. Nestas condições, a obrigação de residência, *a fortiori* na medida em que no caso em apreço é acompanhada de uma condição de duração de oito anos, à qual a legislação nacional em causa no processo principal submete a aquisição das propriedades agrícolas de menos de 30 ha, não é uma medida proporcionada ao objectivo prosseguido e constitui, por isso, uma restrição à liberdade de movimentos de capitais incompatível com o artigo 56.º CE.

45. Deve ainda considerar-se que o Governo dinamarquês alega que a obrigação de residência em causa no processo principal deve também beneficiar da derrogação prevista no Protocolo n.º 16 anexo ao Tratado e segundo o qual, «[n]ão obstante as disposições do presente Tratado, a Dinamarca fica autorizada a manter a legislação em vigor em matéria de aquisição de bens imóveis que sejam utilizados como residências secundárias».

46. A este propósito, deve reconhecer-se, todavia, que a obrigação de estabelecer residência na propriedade agrícola adquirida se aplica independentemente do facto de a residência em causa ser principal ou secundária. O Protocolo n.º 16 não pode, por isso, ser utilmente invocado para justificar essa obrigação.

47. Tendo em conta tudo o que precede, não é necessário examinar as questões de interpretação relativas ao artigo 43.º CE.

48. Há, portanto, que responder à primeira questão que o artigo 56.º CE opõe-se a que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal submeta a aquisição de uma propriedade agrícola à condição de o adquirente estabelecer a sua residência permanente nessa propriedade.

Quanto à segunda questão

49. Através da sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a interpretação do artigo 56.º CE que a primeira questão coloca será diferente no caso de que a propriedade agrícola adquirida não constituir uma exploração agrícola viável e quando a casa de habitação esteja situada numa zona urbana.

50. Resulta da resposta dada à primeira questão que o artigo 56.º CE se opõe à obrigação de residência em causa, independentemente de circunstâncias particulares relativas às características próprias da propriedade agrícola em causa. Tais circunstâncias, como as que são evocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua segunda questão, são, por isso, irrelevantes para a interpretação do referido artigo.

51. Por consequência, há que responder à segunda questão que esta interpretação do artigo 56.º CE não pode ser diferente no caso de a propriedade agrícola adquirida não constituir uma exploração agrícola viável e quando a casa de habitação esteja situada numa zona urbana.

Quanto às despesas

52. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

1) O artigo 56.º CE opõe-se a que uma legislação nacional como a que está em causa no processo

principal submeta a aquisição de uma propriedade agrícola à condição de o adquirente estabelecer a sua residência permanente nessa propriedade.

2) A interpretação do artigo 56.º CE não pode ser diferente no caso de a propriedade agrícola adquirida não constituir uma exploração agrícola viável e quando a casa de habitação esteja situada numa zona urbana.

Comentário

I. A anotação do presente acórdão pretende constituir uma reflexão sobre as principais intersecções entre a regulamentação do uso do solo, essencialmente quando em causa está a sua afectação a finalidades produtivas – agrícolas, florestais e outras similares – ou de fruição ambiental, e a introdução de limitações legais e regulamentares à aquisição e uso do mesmo.

Para o efeito, seleccionámos um acórdão recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que nos dará um enquadramento geral das mutações que, ao nível comunitário, esta matéria tem conhecido, indicações estas que servem, igualmente, para testar as medidas nacionais que sejam adoptadas com vista à manutenção da afectação de determinadas áreas a finalidades agrícolas ou de protecção ambiental.

Começaremos, assim, pela anotação ao acórdão Festersen, fazendo, a este propósito, uma resenha sobre as principais pronúncias do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que avaliam a validade de medidas restritivas dos Estados-membros justificadas por imperativos de ordenamento do território sobretudo rural; para depois nos debruçarmos sobre medidas internas que prosseguem o mesmo desiderato. Referir-nos-emos, em particular, aos regimes jurídicos da Reserva Agrícola Nacional e ao recente regime da Reserva Ecológica Nacional, bem como a algumas disposições de planeamento que visam a promoção do efectivo uso agrícola dos terrenos como tal qualificados.

II. O acórdão Festersen insere-se numa linha contínua de evolução da jurisprudência comunitária a propósito da aferição da legitimidade dos requisitos para aquisição, manutenção ou gozo da propriedade privada sobre bens imóveis.

Efectivamente, o Tribunal de Justiça tem vindo a esclarecer, sucessivamente – através do mecanismo do reenvio prejudicial, expediente de colaboração entre aquela instância jurisdicional comunitária e as nacionais – quais os requisitos nacionais considerados admissíveis à luz do direito comunitário para acesso à propriedade imobiliária.

Em qualquer um dos acórdãos que tenha proferido, porém, aquele Tribunal não olvida, pelo contrário, afirma, a importância fundamental do interesse público subjacente às medidas decretadas pelos Estados-membros, reiterando que o ordenamento do território (efectiva afectação de solos a determinadas finalidades, aquelas que mais se adequam às características naturais dos mesmos, favorecendo uma utilização razoável das terras e a prevenção da ocorrência de riscos, bem como a fixação da população no solo rural) e a política de solos (combate à especulação fundiária e conservação de uma determinada repartição da propriedade fundiária) estaduais podem, *prima facie*, justificar legitimamente a adopção de medidas de cariz restritivo. Chega inclusive (como sucede no acórdão em anotação) a afirmar a compatibilidade destas políticas com a Política Agrícola Comum da Comunidade.

O controlo que efectua não é, portanto, o do fim público que subjaz à medida, até porque em causa está uma política nacional relativamente à qual a influência comunitária é puramente indirecta – efectivamente, a política de ordenamento do território não constitui, *quae*

tale, uma competência sequer partilhada da Comunidade, pelo que apenas por intermédio de outras políticas como a da coesão económica e social ou a das redes transeuropeias é que a Comunidade a consegue “conformar” –, mas apenas o da compatibilidade das medidas nacionais com as prescrições de direito comunitário originário e derivado. Cedo afirmou o Tribunal a possibilidade desta análise da compatibilidade com o direito comunitário ao considerar ininvocáveis considerações que se prendiam com a manutenção, prevista no próprio Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (artigo 295.º TCE), dos regimes de propriedade delineados nos ordenamentos estaduais e ao descartar alegações relativas à natureza puramente interna das situações jurídicas presentes àquele órgão jurisdicional. No primeiro caso, entendeu que aquela disposição de direito originário não precludia que as disposições que regulamentavam, no plano interno, o direito de propriedade e outros direitos devessem ser sujeitas ao crivo do direito comunitário, em especial dos seus princípios fundamentais como o da não discriminação em razão da nacionalidade (acórdão Fearon, de 6 de Novembro de 1984, processo 182/83, Colectânea 1983, p. 3677); no segundo caso, aduziu que o que interessa não são as características da lide concreta (que pode, efectivamente, não ter qualquer contacto com mais do que um ordenamento jurídico), mas a natureza, características e os efeitos potenciais das medidas decretadas (na medida em que excedem o âmbito de relevância de apenas um Estado-membro).

Mas mesmo os critérios para a análise da compatibilidade entre as medidas adoptadas pelos Estados-membros e o direito comunitário foram evoluindo ao longo dos tempos, de tal modo que hodiernamente se aproximam dos requisitos aplicáveis, em geral, à legitimidade das derrogações às liberdades comunitárias. Inicialmente porém, apenas o princípio da não discriminação entrou cabalmente no léxico da jurisprudência comunitária. Por este motivo, no acórdão Fearon, já citado, não se opôs o Tribunal à manutenção de uma disposição irlandesa que apenas permitia a aquisição coactiva de terrenos nas situações em que os seus titulares – pessoas singulares ou pessoas colectivas, desde que quanto a estas o requisito legal se verificasse relativamente a todos os sócios – não tivessem fixado residência, pelo menos durante um ano, no raio de três milhas dos mesmos. Invocou que esta disposição se aplicava indistintamente a nacionais irlandeses e a nacionais de países terceiros, pelo que não redundava em violação do direito comunitário. Não apreciou, assim, efectivamente, a proporcionalidade da medida, limitando-se a referir que era adequada ao objectivo a prosseguir, nem sequer o facto de a mesma se poder revelar indirectamente discriminatória, na medida em que a sua aplicação poderia vir a afectar negativamente uma maior proporção de nacionais de outros países que não da Irlanda. Foi também em virtude do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade que, agora de forma suficiente, firmou o Tribunal de Justiça que as restrições aplicadas pela Grécia à aquisição e oneração de terrenos nas regiões transfronteiriças por parte de nacionais de outros países, mesmo de Estados-membros da Comunidade, eram incompatíveis com a fruição das liberdades comunitárias de circulação de trabalhadores – que pressupõe a possibilidade de acesso a habitação e a aquisição de propriedade –, de estabelecimento – que abange não só as regras de exercício da actividade, mas também a própria possibilidade de aquisição e manutenção do estabelecimento na qual aquela tem em regra lugar – e de prestação serviços, na medida em que o acesso à propriedade pode constituir um mecanismo apropriado para o exercício desta liberdade, seja por parte do prestador de serviços, seja por parte do seu destinatário (acórdão Comissão contra Grécia de 30 de Maio de 1989, processo 305/87, Colectânea 1987, p. 1461)¹.

No acórdão Konle, de 1 de Junho de 1999, proferido no âmbito do processo C-302/97, (Colectânea 1999, I-3099), estava em causa a medida da restrição admissível à liberdade de circulação de capitais, numa situação em que a Áustria, com base num objectivo de

planeamento territorial, como o da manutenção de actividades económicas para além das turísticas, estabeleceu um procedimento autorizativo à aquisição de propriedade para instalação de segunda residência.

No caso concreto, apesar de o Tribunal assumir que em causa não estava a mesma ordem de interesses subjacentes à transacção pura e simples de valores mobiliários, por não se bastar apenas com uma necessidade de informação da transferência de divisas, mas de controlo da afectação dos bens a um determinado fim, o que poderia justificar procedimentos mais estritos do que o da mera declaração, entendeu que estes procedimentos não teriam de revestir necessariamente o figurino de uma autorização que implicasse a atribuição de uma dose elevada de poder discricionário às entidades administrativas competentes na apreciação dos pedidos, com os riscos inerentes de discriminação na aquisição de bens imobiliários como o do caso vertente. Pelo contrário, considerou que um sistema de notificação, acompanhado de outras medidas de controlo, tais como a imposição de multas, a obrigação de pôr fim imediato à utilização ilícita do bem e a declaração da nulidade da venda, era suficiente para prosseguir os objectivos de interesse público delineados. Aduziu, deste modo, e de forma precisa, o requisito da necessidade da medida eleita, já que considerou, em concreto, a existência e suficiência, com um grau similar de eficiência e eficácia, de medidas menos restritivas para a prossecução do mesmo fim de interesse geral.

No acórdão Reisch e outos, datado de 5 de Março de 2002 e proferido no âmbito dos processos apensos C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99 (Colectânea, I-2157), foi também aferida a violação da liberdade de circulação de capitais por disposições nacionais que introduziam mecanismos de comunicação prévia ou de autorização à aquisição de bens imóveis, já que estas disposições implicariam *prima facie* uma limitação ao direito de adquirir ou dispor de propriedade imobiliária. Desta feita, tal como no acórdão Konle, o Tribunal aduziu o conjunto de requisitos necessários para que as restrições ao estabelecimento de residências secundárias numa área geográfica determinada fossem admitidas: que não actuassem de forma discriminatória, que prosseguissem um objectivo de interesse público e que observassem o princípio da proporcionalidade. Afiançado o interesse público destas medidas nas exigências de planeamento territorial e de protecção do ambiente, considerou o Tribunal que as medidas decretadas não discriminavam entre os nacionais austríacos e as pessoas residentes noutros Estados-membros que pretendessem adquirir, essencialmente para fins turísticos, uma segunda residência na Áustria, e apenas eram desproporcionais na medida em que instituíam mecanismos autorizativos (de cariz constitutivo) e não apenas declarativos relativamente à aquisição de tal residência².

No acórdão Ospelt e Schlössle Weissenberg, de 23 de Setembro de 2003, proferido no processo C-452/01, (Colectânea I-9743), o Tribunal vai ainda no sentido de elencar um novo requisito e legitimidade das medidas restritivas de aquisição da propriedade imobiliária:

¹ Tratava-se, no caso, do escrutínio de disposições legais datadas de 1927 sobre aquisição de propriedade e demais direitos reais nas regiões fronteiriças da Grécia, que a vedavam a nacionais de países terceiros, sob pena de nulidade do acto, destituição do notário e sanções criminais. Em virtude destas disposições, também a constituição de uma relação jurídica arrendatícia com estrangeiros por mais de três anos resultava muito limitada. Na mira do pedido de reenvio prejudicial encontrava-se igualmente a Lei de Emergência datada de 1938, que proibia a conclusão de negócios jurídicos sobre imóveis situados na fronteira quer por nacionais, quer por cidadãos estrangeiros, mas que admitia o levantamento desta proibição pelo Ministro competente relativamente, apenas e só, a nacionais gregos, sempre que não houvesse razões de segurança nacional que o desaconselhassem.

² No caso, a lei bastava-se, em regra, com a exigência de notificação da aquisição, sendo que apenas no caso de dúvida justificada é que as autoridades competentes podiam decidir sujeitar a aquisição do solo a um pro-

a de que estas sejam “baseadas em critérios objectivos, conhecidos antecipadamente, que permitam a qualquer pessoa lesada por uma medida restritiva deste tipo dispor de uma via de recurso”, o que implica o respeito pelos princípios da confiança legítima dos interessados e da segurança jurídica. Mas, mais do que isso. Ao entender que o objectivo de apoio e de desenvolvimento de uma agricultura viável implica a manutenção do destino agrícola dos terrenos afectos a esta utilização – pelo que o controlo prévio exercido pelas autoridades competentes não responde simplesmente a uma necessidade de informação, mas também à necessidade de assegurar a afectação duradoura do solo às necessidades da agricultura –, conclui que um controlo das autoridades nacionais que se efectuasse posteriormente à cessão destes terrenos não daria as mesmas garantias, do que um mecanismo de controlo prévio, pelo que, em geral, não se opõe à introdução de medidas autorizativas nesta matéria.

De modo, porém, a não redundar numa inversão da jurisprudência firmada no acórdão Konle e no acórdão Reisch, menciona-os expressamente e refere que “diferentemente das medidas de controlo destinadas a proibir a construção de residências secundárias na sequência da cessão de terrenos de construção, que podem ocorrer após a transacção sem prejudicar esse objectivo”, disposições nacionais como a vertente “só podem, portanto, alcançar os objectivos fixados se a vocação agrícola dos terrenos não for irremediavelmente prejudicada. Nestas condições, o próprio princípio de um regime de autorização prévia não pode ser contestado”. Ainda assim continua o Tribunal a análise do procedimento de controlo firmado pelo princípio da proporcionalidade, já que apesar da adequação da medida autorizativa gizada, cumpre aferir da sua necessidade em face do objectivo prosseguido. A este propósito, afirma o Tribunal de Justiça a desproporcionalidade da medida autorizativa concreta, ao exigir a exploração directa do bem pelo adquirente do mesmo e ao não admitir, como sucedia no caso, uma transacção que opera em benefício de um novo proprietário que também não explora a terra e não reside no terreno, mas que se compromete a manter as condições de exploração desse terreno por intermédio de outrém³.

Além disso, entende que outras medidas menos atentatórias da liberdade de movimentos de capitais poderiam contribuir para o mesmo objectivo de manutenção de uma população

cedimento autorizativo. Na opinião do Advogado-geral GEELHOED, emitida a 20 de Novembro de 2001, este procedimento dual satisfazia as exigências de não arbitrariedade na apreciação constitutiva da Administração, pelo que seria admissível. Não aderiu o Tribunal, porém, integralmente a esta posição, mas sem que tenha justificado plenamente os pressupostos argumentativos de que partiu.

A propósito dos requisitos para estabelecimento de residência secundária, são igualmente relevantes os acórdãos Salzmann de 15 de Maio de 2003, proferido no processo C-300/01, (Colectânea I-4899) e Burtscher de 1 de Dezembro de 2005, proferido no processo C-213/04, (Colectânea I-10309). O primeiro opõe-se igualmente à manutenção de um sistema de autorização à aquisição de bens imóveis, enquanto o segundo se opõe à aplicação de uma legislação nacional em matéria de aquisição de imóveis que subordina a efectividade das transacções à apresentação de uma declaração pelo adquirente, nos termos da qual a simples apresentação tardia da declaração de aquisição exigida acarreta a nulidade da transacção imobiliária em causa, por considerar que esta não é uma sanção proporcionada, dado que decorre automaticamente de um simples atraso na apresentação da declaração, independentemente das razões dessa apresentação tardia, e põe radicalmente em causa um contrato que exprime as intenções das partes, não correspondendo às exigências de segurança jurídica, particularmente importantes em matéria de aquisição de imóveis.

³ Refere o Tribunal que “ao reservar as possibilidades de aquisição e de exploração aos agricultores que dispõem de recursos que lhes permitem ser proprietários dos terrenos em causa, esta condição tem, assim, por consequência limitar as possibilidades de arrendamento propostas aos agricultores que não dispõem de tais recursos. Tem ainda por efeito excluir que pessoas colectivas, incluindo as que se dedicam à exploração agrícola, possam adquirir um terreno agrícola. Por conseguinte, tal condição opõe-se a projectos de cessão que não põem de forma alguma em causa, por si mesmos, a afectação agrícola e a continuidade de exploração de terrenos pelos agricultores ou por pessoas colectivas como grupos de agricultores”.

agrícola viável, como sucederia com a cessão de terrenos agrícolas a uma pessoa colectiva acompanhada de obrigações especiais como o arrendamento do terreno a longo prazo. Chegados ao acórdão em anotação, a linha argumentativa do Tribunal assemelha-se à sua jurisprudência anterior, definindo, em geral, as condições para a admissão de restrições à liberdade de circulação de capitais, para afirmar, posteriormente, a relevância pública e geral dos interesses prosseguidos pela legislação nacional, interesses esses susceptíveis de justificar restrições à liberdade dos movimentos de capitais.

No entanto, chegados à apreciação da proporcionalidade da medida, em especial das suas máximas da adequação e necessidade, o Tribunal assume uma posição mais fundamentada do que até então havia feito, já que aprecia a adequação e a necessidade da medida relativamente, individualmente, a cada interesse público que com ela se visa prosseguir: a saber, a preservação da exploração directa dos terrenos agrícolas, forma de exploração tradicional na Dinamarca, a manutenção de uma população permanente no meio rural para efeitos de ordenamento do território e o favorecimento de uma utilização razoável dos terrenos disponíveis, lutando, assim, contra a pressão fundiária. Efectivamente, este é um grande passo da jurisprudência comunitária que deste modo reconhece que a generalidade e a amplitude dos interesses públicos subjacentes à formulação das finalidades das medidas decretadas podem, muitas das vezes, minar a tarefa de aferição da proporcionalidade destas, já que quanto mais indeterminado é o fim a atingir, maior a extensão e gravame das medidas que são legitimadas⁴.

E de tal forma é a apreciação do Tribunal de Justiça pontualizada que considera a medida adoptada como inadequada à luz dos primeiros dois objectivos, não passando, assim, o crivo inicial da propensão da mesma para a satisfatória preservação da exploração directa dos terrenos agrícolas – na medida em que comporta apenas uma obrigação de residência que não é acompanhada, em relação ao adquirente de uma propriedade agrícola inferior a 30 ha, de uma obrigação de explorar pessoalmente o bem –, e, também em certa medida, para a fixação da população no solo rural, já que este desiderato não pode ser atingido quando a operação de aquisição for precisamente levada a cabo por um explorador agrícola que já resida noutra exploração.

Quanto ao terceiro objectivo que a lei relativa à agricultura procura atingir, reconhece o Tribunal que com a obrigação de residência se reduz o número de potenciais adquirentes de propriedades agrícolas e que, por consequência, é susceptível de diminuir a pressão fundiária sobre estas, pelo que é uma medida adequada ao objectivo de política de solos prosseguido. No entanto, recusa que tal medida seja necessária, por o Governo nacional não haver provado se podiam ser adoptadas outras medidas menos atentatórias da livre circulação de capitais do que essa obrigação, como sucederia com “disposições de tributação mais elevada das operações de revenda de terrenos efectuadas pouco tempo depois das aquisições ou ainda a exigência de uma duração mínima significativa para os contratos de locação de terrenos agrícolas”.

Note-se como o Tribunal aduz, neste ponto, uma regra preciosa, ainda que instrumental, na apreciação das limitações às liberdades de circulação: a da repartição do ónus da prova

⁴ Quanto a este aspecto particular, cfr. as conclusões formuladas pela Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL nas suas conclusões apresentadas em 3 de Outubro de 2006, que afirma a proporcionalidade da medida legislativa em escrutínio, designadamente por considerar, de forma muito ampla, que os objectivos daquela medida vão muito para além da necessidade de garantia da exploração das terras agrícolas, abrangendo igualmente a prevenção da utilização de quintas como residências de férias e, relacionada com esta, a prevenção da pressão dos preços sobre as propriedades agrícolas, o que implica a concessão de uma apreciável margem de ponderação à Administração na construção das medidas a adoptar.

que incumbe, em primeira linha, a quem pretende asseverar a legalidade da medida restritiva adoptada, isto é, aos Estados-membros. Na ausência desta prova, decidirá o Tribunal pela incompatibilidade da norma em face do direito comunitário⁵.

Mas não foram só questões adjectivas que foram apreciadas pelo Tribunal, igualmente o foram questões de cariz substantivo fundamental. Desta feita, mais uma nota de relevo na anotação ao Festersen: a remissão efectuada para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (em especial para o artigo 2.º, n.º 1, do seu Protocolo n.º 4) que permite ancorar, do ponto de vista jus-fundamental, a jurisprudência relativa às restrições à liberdade de circulação. Efectivamente, com esta explícita remissão para um dos pilares mais relevantes da política de direitos fundamentais da Comunidade, consegue o Juiz comunitário transportar toda uma carga emocional e dogmática que vai muito para além de um atentado à liberdade de circulação de capitais, liberdade esta de cariz marcadamente económico que, assim, se vê aliada a um concorrente positivo de peso: a liberdade de circulação, que inclui o direito a escolher livremente a residência, de acordo com o discurso dos direitos humanos⁶.

Por último, apenas uma breve menção ao facto de o Tribunal confirmar neste acórdão a exigência de que o estabelecimento de quaisquer derrogações à obrigação de residência deve ser revestido de uma cuidada especificação dos critérios para a sua concessão ou negação, sob pena de uma indeterminação tal que não permita aos particulares conhecer a extensão dos seus direitos e das suas obrigações, o que se revela contrário princípio da segurança jurídica – que, assim, se afirma decisivamente como um parâmetro autónomo de controlo das medidas nacionais derogatórias nesta matéria –, para além de abrir a porta a uma apreciação da discriminação indirecta potencialmente introduzida por disposições similares à da Dinamarca. Efectivamente, apesar de ter assumido que as disposições em análise não são, em princípio, discriminatórias relativamente aos nacionais de outros Estados-membros, já que o critério de diferenciação eleito é o da residência, não deixa de afirmar que “não parece que este sistema tenha tomado em consideração a situação dos cidadãos da União que não residem na Dinamarca para evitar uma aplicação discriminatória”, permitindo, assim, a introdução de considerações discriminatórias resultantes não do corpo ou formulação da norma, mas dos seus efeitos e resultados de aplicação⁷.

Em suma, em qualquer dos casos analisados, como vimos, o Tribunal não coloca em causa o interesse público subjacente à legislação visada, mas apenas a forma escolhida para operacionalizar a prossecução de tal objectivo de ordem geral, tendo, a este propósito, vindo sucessivamente a adensar a sua jurisprudência, em especial no que se refere ao

⁵ Foi o que sucedeu no caso vertente, apesar de o Tribunal ter entendido que, ainda que esta prova tivesse sido aduzida, que a condição adicional de manutenção da residência por um período de oito anos ia “evidentemente, além do que poderá considerar-se necessário, nomeadamente porque implica uma suspensão duradoura do exercício da liberdade fundamental de escolher residência”.

⁶ O Tribunal não chega, porém, a conhecer autonomamente da questão da violação da liberdade de estabelecimento, previsto no artigo 43.º do Tratado que Institui a Comunidade Europeia, por a considerar prejudicada pela resposta dada tendo em consideração a liberdade de circulação de capitais. Pensamos, no entanto, que a resposta não seria diferenciada, na medida em que os requisitos aduzidos são, na sua essência, similares, como também refere a Advogada-Geral no processo, CHRISTINE STIX-HACKL.

⁷ Um ponto de indeterminação do acórdão resulta do facto de as conclusões nele apresentadas não se conjugarem perfeitamente com o disposto no ponto 44 do mesmo, já que aquelas conclusões se encontram formuladas em geral e este ponto apenas se pronuncia pela incompatibilidade com o artigo 56.º do TCE das medidas restritivas de aquisição das propriedades agrícolas de menos de 30 ha, o que sucedia no caso. Como se trata de uma pronúncia no âmbito de um procedimento de reenvio prejudicial, que tem efeitos directos limitados ao caso em apreciação, propendemos para a consideração de que é a leitura de âmbito mais limitada do ponto 44 que deve prevalecer.

controlo do respeito pelo princípio da proporcionalidade e à introdução, ainda que tímida, de novos critérios de aferição da legitimidade das medidas nacionais derogatórias das liberdades de circulação reconhecidas no âmbito comunitário.

III. Vistos os termos particularmente restritivos com que o direito comunitário tem olhado as medidas que introduzem limitações à aquisição, manutenção e fruição de bens imóveis, justificadas por imperativos de ordenamento do território, cumpre, de acordo com o nosso propósito inicial, analisar sucintamente algumas disposições que, no plano interno, as têm vindo a prever de modo a promover a racional ocupação do solo, a fixação de população no solo rural e a efectiva exploração dos solos agrícolas.

Uma delas redundava, precisamente, na derrogação à inadmissibilidade de edificação em solos com potencialidade agrícola integrados na reserva agrícola nacional, quando em causa esteja a construção de habitações para fixação em regime de residência habitual dos agricultores em explorações agrícolas viáveis, desde que não existam alternativas válidas de localização em solos não incluídos na Reserva Agrícola Nacional [artigo 9.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 196/89, de 14 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 274/92, de 12 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/95, de 25 de Outubro].

Outra refere-se à admissibilidade, no regime jurídico da reserva ecológica nacional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, de usos e as acções que sejam compatíveis com os objectivos de protecção ecológica e ambiental e de prevenção e redução de riscos naturais de áreas integradas em reserva ecológica nacional. De entre estes conta-se, em determinadas circunstâncias, a habitação para residência própria e habitual dos agricultores.

Nos termos do artigo 23.º deste diploma, sempre que for emitida uma autorização da construção de habitação para agricultores, os prédios que constituem a exploração agrícola são inalienáveis durante o prazo de 15 anos subsequentes à construção, salvo por dívidas relacionadas com a aquisição dos bens imóveis da exploração e de que estes sejam garantia, ou por dívidas fiscais. Este ónus de inalienabilidade só não se aplica quando a transmissão de quaisquer direitos reais sobre os prédios que constituem a exploração agrícola e sobre a edificação ocorrer entre agricultores, desde que se mantenha a afectação da edificação ao uso exclusivo de habitação para residência própria e habitual do adquirente como responsável pela exploração agrícola, cessando com o decurso do prazo ou com a morte ou invalidez permanente e absoluta do proprietário⁸.

Mas não são apenas disposições legais que prevêm normas com semelhante teor, já que planos municipais de ordenamento do território há que têm vindo a estipular não apenas critérios de edificabilidade em solo rural, dentro das condicionantes legais para o efeito,

⁸No âmbito do Decreto-Lei n.º 180/2006, de 6 de Setembro, que estabelecia o anterior regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional, previa o Anexo V, I Sector Agrícola, alínea b), as condições em que podia ser permitida a construção de habitação para fixação em regime de residência própria e permanente dos agricultores: *Não existam alternativas de localização, a comprovar através de certidão da conservatória do registo predial (...); a pretensão esteja integrada e sirva exploração economicamente viável, comprovada por declaração passada pela direcção regional de agricultura (...); o requerente exerça a título principal a actividade de agricultor e disponha de capacidade profissional adequada, nos termos do programa AGRO e medida AGRIS.* Estipulava também aquele regime o facto de a edificação para fins habitacionais apenas poder ocorrer quando não tivesse sido autorizada, nos últimos 10 anos, a realização de uma construção deste tipo por requerente e por exploração agrícola e a circunstância de a autorização da pretensão determinar a interdição de ampliação nos 10 anos subsequentes. No actual regime legal da Reserva Ecológica Nacional, não foram inscritas estas restrições, o que decorre, essencialmente, do novo modelo assumido por esta condicionante legal, que passa a depender de um diálogo mais frutuoso com os Municípios e, em especial, com os seus instrumentos de planeamento municipal.

mas também exigido que as construções admitidas sejam afectas à residência habitual e permanente de agricultores⁹.

Um dos problemas práticos que se levanta em soluções deste tipo prende-se com a comprovação da qualidade de agricultor, na medida em que tanto a legislação, como os planos, não são precisos a este propósito, sendo que qualquer exigência formal ou instrutória deve necessariamente, por razões de tutela da confiança legítima dos particulares e de garantia de uma actuação uniforme e imparcial da Administração, decorrer ou da legislação ou de regulamentação administrativa.

Mas para além deste aspecto temos de reconhecer, em geral, a desrazoabilidade das normas que definem o uso admissível do solo em face, não das suas características objectivas e do tipo de exploração que nele é feito, mas de características do seu titular ou explorador.

Efectivamente, uma das marcas distintivas do direito do urbanismo prende-se com o carácter real das suas normas, ou seja, com o facto de estas terem como objecto imediato de regulamentação o solo, apenas indirectamente se reflectindo na posição jurídica dos seus titulares (se existentes ou conhecidos)¹⁰.

E esta característica tem razão de ser, sobretudo porque é por intermédio dela que se consegue uma efectiva execução das disposições de planeamento; caso contrário, as exigências subjectivas de cariz normalmente obrigacional imprimiriam um carácter excessivamente instável ao direito do urbanismo, o que prejudicaria o seu efeito útil.

Deste modo, uma norma urbanística que faça depender a sua aplicação de características subjectivas do seu titular, características estas por inerência mutáveis, redonda numa ineficácia das disposições de planeamento ou na sua incontrolabilidade ou *deficit* de garantia. Efectivamente, mesmo nas hipóteses em que a legislação venha a definir os termos em que deve ser comprovada a qualidade de agricultor, tal não impossibilita a alteração posterior destes pressupostos. Ou seja, licenciada a construção com base nestes condicionamentos regulamentares e não correspondendo este licenciamento a um qualquer acto precário¹¹, havendo uma alteração daquelas condições — o particular aliena o terreno a uma terceira pessoa ou deixa de exercer a actividade de agricultor — tal não implica a revogação do acto de licenciamento, apenas podendo determinar, se os requisitos legais se encontrarem preenchidos, a cessação da utilização do imóvel, solução esta que, manifestamente, é insuficiente e pernicioso do ponto de vista da racional ocupação do território.

⁹ Também planos especiais do ordenamento do território previam soluções similares, como resultava do Plano de Ordenamento das Albufeiras de Alqueva e Pedrógão (POAAP), aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 95/2002, de 7 de Fevereiro, publicado na I Série-B Diário da República, n.º 110, de 13 de Maio, que admitia a edificação, no n.º 4 do seu artigo 20.º, condicionada aos seguintes requisitos: a) *Não existir alternativa de localização viável para a construção, a comprovar através de certidão da repartição de finanças, com a descrição dos prédios que o requerente possua na área e respectiva implantação em carta;* b) *O requerente ser agricultor a tempo integral e a pretensão ser comprovada e justificada tecnicamente pela direcção regional de agricultura.* No entanto, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 94/2006, de 4 de Agosto, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 150, de 4 de Agosto de 2006, que aprova a revisão do referido POAAP nada refere a este propósito, tornando-se, antes do tempo, compatível com a mais recente revisão ao Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, que veda aos planos especiais a fixação de regras de uso do solo, reconduzindo-os à sua função precípua de estabelecimento de regimes de salvaguarda ambiental.

¹⁰ Cfr. Fernando Alves CORREIA, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito Administrativo Português*, Almedina 1997, p. 126.

¹¹ Isto é a um acto que pudesse ser alterado pela Administração, alteradas as circunstâncias de facto ou de direito que estiveram subjacentes à sua edição. A admissibilidade destes actos terá, em função da sua inerente revisibilidade e menor salvaguarda da posição jurídica dos seus destinatários, de estar convenientemente enquadrada na lei, o que não sucede no caso.

Do que se depreende que estes requisitos subjectivos não devam ser, de todo, os privilegiados no plano urbanístico.

Mas, mesmo as restrições à alienação de bens como as resultantes do regime da Reserva Ecológica Nacional, que excedem o âmbito puramente urbanístico e introduzem limitações ao normal curso do mercado imobiliário – únicas que pareceriam mais adequadas à prossecução das finalidades de ordenamento do território, de redução da especulação fundiária e de promoção da exploração agrícola ou de uma utilização compatível dos solos com especiais aptidões situacionais, bem como à limitação das situações de ocorrência de fraude à lei –, podem eventualmente, como resulta da análise feita à jurisprudência comunitária, ser consideradas desnecessárias, por exigirem a fixação da residência do agricultor, ou de sucessivos agricultores, pelo período de quinze anos, para que a alienação da propriedade seja possível¹², não permitindo que esta possa, por exemplo, ser usada pelo seu titular, não agricultor, desde que este assegure a exploração agrícola do terreno por outrém (como foi aventado no acórdão *Ospelt e Schlössle Weissenberg*).

Claramente não estamos, no caso da reserva ecológica nacional, perante uma obrigação de residência como condição para a aquisição ou manutenção da propriedade, como sucedia no acórdão em anotação, mas antes perante uma decorrência da solicitação – que depende, se este assim o entender, do agricultor – de uma licença de edificação para fins habitacionais. Sendo o conteúdo das relações jurídicas diferenciado, já que deixamos o campo da *necessidade* para transitarmos para o campo da *possibilidade*, tal pode justificar a manutenção da medida nacional que, não obstante, é susceptível de restringir o campo de exercício de liberdades comunitárias.

Em face de tamanhas incertezas e dificuldades de aplicação e controlo destas disposições normativas, é avisado que o Legislador e a Administração estadual ou municipal reponderem as suas opções em termos de ocupação do solo, de modo a evitar a introdução de limitações ao uso do mesmo que não cumpram os critérios de igualdade, proporcionalidade e segurança jurídica explorados ao longo da presente anotação.

Dulce Lopes
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

¹² Para além de que tais limitações à alienação de bens próprios apenas podem ser introduzidas por diploma legal e não por intermédio de planos urbanísticos, o que reduz a sua eficácia para além do disposto no regime da reserva ecológica nacional.

“Que direitos me dás, que direitos me recusas?”

Reflexão em torno da questão da impugnabilidade
das informações prévias desfavoráveis.

Processo: 0415/07
Data do Acórdão: 07/12/2007
Tribunal: 1 SUBSECÇÃO DO CA
Relator: COSTA REIS

Descritores: LICENÇA DE CONSTRUÇÃO.
PEDIDO DE INFORMAÇÃO PRÉVIA SOBRE CONSTRUÇÃO
ACTO CONSTITUTIVO DE DIREITOS
ACTO LESIVO

Sumário: I - A pronúncia emitida por uma Câmara Municipal, em sede de informação prévia, sobre a possibilidade de realização de determinada obra sujeita a licenciamento municipal tem conteúdo meramente informativo.

II - Todavia, e muito embora essa pronúncia - favorável ou desfavorável – não constitua o acto final, o acto definidor da situação jurídica do Requerente no tocante àquele licenciamento, constituindo apenas uma mera antecipação da provável decisão final da Administração, certo é que a mesma pode ser constitutiva de direitos.

III - Com efeito, sendo a informação favorável a mesma, apesar de incapaz de fazer nascer imediatamente na esfera jurídica do Requerente o direito à construção, atribui-lhe, no entanto, o direito de exigir o deferimento do pedido de licenciamento se este se contiver dentro dos limites da informação prestada. E, concorrentemente, faz nascer na esfera jurídica da Câmara a obrigação de deferimento do futuro pedido de licenciamento desde que este, como se disse, não exceda o conteúdo daquela informação.

IV - E concordantemente, a pronúncia desfavorável sobre a pretensão do Requerente não faz nascer na sua esfera jurídica qualquer direito.

V - Sendo assim, e sendo que essa pronúncia desfavorável, por um lado, não constitui a última palavra da Administração e, por outro, não tem aptidão lesiva, a mesma é irrecorrível.

Nº Convencional: JSTA00064473
Nº do Documento: SA1200707120415
Data de Entrada: 05/08/2007
Recorrente: VEREADOR DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, URBANISMO, PLANEAMENTO URBANÍSTICO E PAISAGEM URBANA DA CM DE VILA NOVA DE GAIA E OUTROS
Recorrido 1: VEREADOR DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, URBANISMO, PLANEAMENTO URBANÍSTICO E PAISAGEM URBANA DA CM DE VILA NOVA DE GAIA
Recorrido 2: OUTROS
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: REC JURISDICCIONAL.
Objecto: SENT TAC PORTO.
Decisão: PROVIDO.
Área Temática 1: DIR URB - LICENCIAMENTO CONSTRUÇÃO.
Legislação Nacional: DL 555/99 DE 1999/12/16 ART14.

Aditamento:

..., S.A., sociedade comercial anónima, com sede na ..., em V.N. de Gaia, intentou, no TAC do Porto, contra o VEREADOR DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, URBANISMO, PLANEAMENTO URBANÍSTICO E PAISAGEM URBANA DA CÂMARA MUNICIPAL DE VILA NOVA DE GAIA, o presente recurso contencioso de anulação do acto por este proferido, em 14/11/2002, que indeferiu o pedido de informação prévia (doravante PIP) sobre a viabilidade de construção de obra particular apresentado em 28 de Junho de 2002.

Para tanto alegou que o acto impugnado estava ferido por vícios de forma e de violação de lei. E com êxito já que o Tribunal a quo, depois julgar improcedente a invocada excepção da irrecorribilidade do acto impugnado, considerou que este era ilegal por ter sido proferido sem que, previamente, tivesse sido cumprido o disposto no art.º 100.º do CPA e consequentemente, dando provimento ao recurso, anulou aquele acto.

Inconformados, tanto o Sr. Vereador da CM de Gaia como o Recorrente contencioso agravaram para este Supremo Tribunal.

O referido Autarca concluiu o seu discurso alegatório da seguinte forma:

1. A sentença padece de erro de julgamento, violando o disposto nos artigos 14º a 17º do D.L. 555/99, de 16/12, na redacção do D.L. 177/01, de 04/06, e o disposto no artigo 100º do CPA.
2. A lei, designadamente os art.ºs 14º a 17º do D.L. 555/99, é clara, no sentido de definir a informação prévia como uma informação que se inicia com um pedido de informação. E, sabendo o legislador exprimir-se, não há motivos para chamar informação prévia a uma actuação que se pretende que não o seja.
3. A entidade recorrida quando presta a informação prévia dá a sua opinião sobre a proposta apresentada, transmite ao requerente os seus conhecimentos sobre os condicionamentos existentes para o local e não toma uma decisão de licenciamento ou não, mesmo que antecipada, sobre o projecto apresentado.
4. Lendo atentamente o disposto no artigo 17º do RJEU verifica-se que o carácter vinculativo é só atribuído ao conteúdo da informação prévia aprovada, isto é favorável.
5. A informação prévia desfavorável não compromete a decisão do pedido de licenciamento.
6. O requerente não está impedido de apresentar um pedido de licenciamento com a mesma proposta apresentada no PIP e a câmara não está impedida de considerar que informou mal no PIP e de aprovar o pedido de licenciamento da mesma proposta.
7. O carácter vinculativo da informação favorável é só pelo prazo de um ano e relativamente à mesma proposta. Pelo que, a haver direitos adquiridos, isto é, o direito ao licenciamento (e não o direito de promover e executar a operação urbanística apreciada, como é referido na sentença), é só quando exista informação favorável, é só no prazo de um ano e é só se o projecto apresentado corresponder na íntegra ao apreciado no PIP.
8. A informação prévia desfavorável que apenas informa ao requerente que, de acordo com os instrumentos de planeamento e ordenamento em vigor, o conteúdo do seu direito de construir não abrange o que pretende, não há lesão de qualquer direito ou interesse legalmente protegido do mesmo nem tão pouco a definição da situação jurídica do particular.
9. O Acórdão do STA de 21/01/2003, proferido no processo 0830/02, conclui que “A informação prévia sobre a possibilidade de realizar determinada obra sujeita a licenciamento municipal tem conteúdo exclusivamente informativo no qual cabe a indicação de condicionamentos a observar no projecto de licenciamento...”
10. Também já o Acórdão do STA, de 3/03/1998, proferido no processo 43.004 dizia: “E encarando em mais detalhe este último tipo de informação, as desfavoráveis, como convém, por o caso dos autos se enquadrar a temos que as mesmas não definem directa e imediatamente a situação jurídica do particular. Sem prescindir,
11. A informação solicitada é para esclarecer e dar a conhecer ao interessado a viabilidade de uma determinada operação urbanística e os seus condicionamentos porque, em princípio, ele desconhece.
12. A audiência é sobre o objecto do procedimento que in casu foi fornecido e delimitado pelo próprio requerente. Por isso, neste tipo de procedimento, a participação do interessado restringe-se ao fornecimento desses elementos sobre os quais pretende a informação. Sendo certo que esta também só é válida para o conteúdo desses elementos.

13. No procedimento de informação prévia não existe uma decisão, pois não há a definição da situação jurídica do requerente, mas uma mera informação, uma consulta, como já supra se deixou dito, e também por isso, por se tratar de acto instrumental sem eficácia lesiva imediata, o referido normativo é inaplicável.

14. Pelo que a sentença também violou o disposto no artigo 100º do CPA.

15. Por último, refira-se que o despacho em questão é legal, encontra-se devidamente fundamentado, pois dá a conhecer as razões pelas quais foi prestada informação desfavorável, bem como não padece de violação de lei por erro nos pressupostos de facto nem ocorreu qualquer deferimento tácito, pelo que deve ser mantido.

16. O M.mo Juiz ao assim não entender fez errada interpretação dos factos e aplicação da lei, violando o disposto nos artigos 14º a 17º do D.L. 555/99, de 16/12, na redacção do D.L. 177/01, de 04/06, e o disposto no art.º 100.º do CPA, pelo que a dita sentença deve ser revogada e, em consequência, a R. ser absolvida do pedido.

Por seu turno o Recorrente contencioso terminou assim as suas alegações:

1. Vem o presente recurso interposto da sentença de 1.ª instância que considerou procedente o recurso contencioso por violação do direito de audiência prévia, pretendendo-se agora a revisão dessa sentença no que toca, apenas, à ordem de prioridade de conhecimento dos vícios imputados ao acto recorrido.

2. Estabelece o art.º 57.º da LPTA que a ordem de conhecimento dos vícios invocados pelo recorrente (ou de conhecimento oficioso) deverá ser aquela que determine, segundo o prudente critério do julgador, mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos.

3. Daqui decorre que em princípio deve ser dada primazia aos vícios atinentes com a “ilegalidade interna” em detrimento dos vícios relacionados com a legalidade externa (incompetência e vício de forma) - cfr. SANTOS BOTELHO, Contencioso Administrativo, 2.ª Edição, Almedina, 1999, pg. 314.

4. O vício formal de preterição da audiência prévia, que indubitavelmente ocorreu, poderá ser ultrapassado e ser proferida outro acto (eventualmente) com idêntico teor, obrigando o recorrente a ter que cumprir nova via crucis impugnado o acto com os vícios de que agora se poderia ter tomado conhecimento.

5. Como se refere no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4/11/2001, rec. 047519, rel. Santos Botelho, in www.dgsi.pt «a ilegalidade externa não impedirá a Administração de praticar novo acto com o mesmo sentido decisório só que agora expurgado do vício que conduziu à decisão anulatória, desta via não se assegurando um grau de eficiência ao nível da tutela pretendida pelos Particulares, como a que se poderia obter mediante a anulação contenciosa com base em fonte de invalidade obstativa da renovação do acto com o mesmo sentido decisório».

6. Esse mesmo Supremo Tribunal Administrativo decidiu recentemente que «a procedência do recurso contencioso, por via de anulação de acto inquinado de violação de lei por erro nos pressupostos de direito, seguramente que dá ao interessado uma “mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos” do que a procedência por mera anulação derivada de vício de forma de preterição do direito de audiência prévia» - acórdão de 24/01/2007, rec. 0939/06, rel. Jorge Lino, in www.dgsi.pt. Em alguns casos poderão os vícios de forma (nomeadamente a falta de fundamentação ou preterição do direito de audiência prévia) pode ter precedência sobre o conhecimento dos vícios de fundo. Isso pode acontecer em dois tipos de situações:

a) pode justificar-se a precedência do vício de forma quando a indagação acerca da concreta motivação do acto se mostrar indispensável ao controlo dos vícios de substância, o que supõe que o acto materializa predominantemente poderes discricionários.

b) nos casos em que o recorrente seja o destinatário do acto positivo (e não meramente negatário) desfavorável ou quando o recorrente não seja o destinatário do acto (mas sim, por exemplo, o contra-interessado).

7. Nestes casos, efectivamente, a anulação do acto por vício de forma apenas beneficia o recorrente, não havendo qualquer prejuízo em termos temporais (pois sendo o destinatário do acto, mas sendo o seu conteúdo desfavorável, o tempo não lhe causa prejuízo, o mesmo se passando no caso do contra-interessado de acto positivo).

8. Só se deverá permitir a renovação do acto formalmente inválido quando se conclua que ele está conforme a lei material.

9. A sentença recorrida, contrariando a ordem de conhecimento dos vícios estabelecida no artigo 57º da LPTA, anulou o acto impugnado por vício de procedimento, sem cuidar de saber se o seu conteúdo era ou não legítimo, impondo-se a apreciação prioritária dos vícios substanciais, aliado à circunstância do acto se dever qualificar como acto vinculado, quer quanto aos pressupostos quer quanto aos efeitos jurídicos.

10. Conclui-se, pois, ter havido erro de julgamento, por preterição da ordem de conhecimento dos vícios estabelecida no artigo 57º da LPTA, com o que terão sido violados igualmente os art.ºs 20.º e 268º-4 da CRP, normas atinentes ao direito de acesso aos tribunais e à garantia da tutela jurisdicional efectiva.

O Ex.mo Procurador Geral-Adjunto emitiu parecer no sentido de que o recurso do Sr. Vereador da CM de Gaia merecia provimento e que este provimento tornava inútil o conhecimento do recurso da ..., S.A.

Colhidos os vistos cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

I. MATÉRIA DE FACTO.

A decisão recorrida julgou provados os seguintes factos:

1. Em 14/06/2002 a Recorrente apresenta nos serviços do Recorrido um pedido de informação prévia para obras de edificação, acompanhado de vária documentação (doc. de fls. 1 a 39 do PA).
2. Sobre este pedido foi emitida em 22/10/2002 a informação com a referência 1-8022/02, onde é proposta a emissão de informação desfavorável ao pedido apresentado pelos motivos aí indicados (cf. doc. de fls. 31 e 32 dos autos que aqui se dá por integralmente reproduzida).
3. Sobre esta informação recaiu em 14/11/2002, o despacho do Vereador Prof. ... com o seguinte conteúdo “Concordo. Oficie-se” (cf. doc. de fls. 32 dos PA).
4. Por ofício datado de 18/11/2002, com a referência 1895/02, foi a Recorrida notificada da decisão que recaiu sobre o pedido de informação prévia que havia apresentado, bem como da fundamentação que presidiu à mesma (cf. doc. de fls. 33 e 34 do PA).

II. O DIREITO.

Resulta do antecedente relato que a ..., S.A. deduziu recurso contencioso de anulação do despacho do Sr. VEREADOR DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO, URBANISMO, PLANEAMENTO URBANÍSTICO E PAISAGEM URBANA DA CÂMARA MUNICIPAL DE V.N. de GAIA, que se pronunciou desfavoravelmente sobre o pedido de informação prévia que apresentara relativo a uma construção (reabilitação e ampliação de um edifício pré existente) que pretendia levar a cabo.

Fundamentou esse pedido anulatório na ilegalidade do acto impugnado, a qual decorria não só de vícios procedimentais mas também de vícios substanciais.

A Entidade Recorrida, na sua contestação, defendeu a irrecorribilidade do acto impugnado uma vez que, sendo o seu conteúdo meramente informativo, se tratava de decisão incapaz de atingir a esfera jurídica da Recorrente com carácter lesivo.

A Sr.ª Juíza a quo assim não entendeu por ter considerado que a “informação prévia fornecida pela câmara municipal não é uma mera actuação de natureza declarativa mas um verdadeiro acto administrativo que se pronuncia (de forma antecipada) sobre uma concreta operação urbanística. Trata-se pois, de um acto prévio de natureza verificativa e sem carácter permissivo, na medida em que é com base nele que o particular pode promover e executar a operação urbanística apreciada.” E daí que tenha concluído que a mesma era constitutiva de direitos e, porque assim, recorrível.

E, prosseguindo, iniciou a análise da legalidade desse acto pela questão de saber se o mesmo não seria ilegal em resultado de ter sido proferido sem que, previamente, tivesse sido cumprido o disposto no art.º 100.º do CPA e, concluindo pela procedência desse vício, deu provimento ao recurso e anulou o acto impugnado.

É contra o assim decidido que se dirigem os recursos interpostos pela Entidade Recorrida e pela Recorrente contenciosa.

O Sr. Vereador da CM de Gaia argumentou que a pronúncia sobre o pedido de informação prévia se limitava a informar a Requerente de que esta, de acordo com os instrumentos de planeamento

e ordenamento em vigor, não tinha direito a construir nos termos pretendidos e que, sendo assim, aquela pronúncia não só não definia a sua situação jurídica como também não lesava os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Ou seja, o referido procedimento de informação prévia não continha uma decisão que definisse a situação jurídica da Requerente mas, apenas e tão só, uma mera informação – prestada em resultado duma consulta que lhe fora feita - onde se dava a conhecer ao interessado a inviabilidade de uma determinada operação urbanística. E, porque assim, tratava-se de um acto instrumental sem eficácia lesiva.

E daí ter terminado pedindo a revogação da sentença recorrida.

A ..., por seu turno, defende que - por força do disposto no art.º 57.º da LPTA - a Sr.ª Juíza a quo deveria ter iniciado o conhecimento dos vícios imputados ao acto impugnado por aqueles que determinassem mais estável ou mais eficaz tutela dos seus interesses, o que significava ter começado pela análise dos vícios cuja procedência impedia a renovação do acto. Sendo assim, e sendo que tal prescrição foi desrespeitada, na medida em que se iniciou esse conhecimento pela análise de um vício de natureza formal e que, tendo esse sido julgado procedente, nenhum mais foi conhecido, a sentença recorrida deveria ser revogada para que a ordem de conhecimentos dos vícios prescrita no citado normativo fosse observada. A não ser assim permitia-se a prática de novo acto de idêntico teor ao anulado, desta vez expurgado do vício invalidante, o que a obrigaria a cumprir uma nova via crucis, impugnando o novo acto com os vícios que agora poderiam ser conhecidos.

Vejam, pois.

1. Nos termos do n.º 1 do art.º 14.º do DL n.º 555/99, de 16/12, “qualquer interessado pode pedir à Câmara Municipal, a título prévio, informação sobre a viabilidade de realizar determinada operação urbanística e respectivos condicionamentos legais e regulamentares, nomeadamente relativos a índices urbanísticos, cêrceas, afastamentos e demais condicionantes aplicáveis à pretensão.”

Pedido esse a que a Administração tem de dar resposta, favorável ou desfavorável, sendo que “o conteúdo da informação prévia aprovada vincula as entidades competentes na decisão sobre um eventual pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística a que respeita, desde que tal pedido seja apresentado no prazo de um ano a contar da data de notificação da mesma ao requerente.” – Vd. n.º 1 do art.º 14.º do mesmo diploma.

O que quer dizer que, de harmonia com as transcritas normas, o único direito que a prestação de uma informação favorável à pretensão faz nascer na esfera jurídica do Requerente é o direito de exigir a aprovação do seu pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística, desde que este, como é evidente, se contenha dentro dos parâmetros da informação prestada e desde que a sua apresentação se faça no ano imediato à notificação da informação.

O que significa que o pronunciamento - favorável ou desfavorável – sobre a pretensão do Requerente em sede de informação prévia não constitui o acto final, o acto definidor da sua situação jurídica no tocante ao licenciamento da obra que o mesmo pretende erigir, constituindo apenas uma mera antecipação da provável decisão final da Administração.

E, porque assim, a informação favorável é incapaz de fazer nascer imediatamente na esfera jurídica do Requerente o direito à construção, muito embora seja certo que a mesma enriquece a sua esfera jurídica já que lhe atribui o direito de exigir o deferimento do pedido de licenciamento se este se contiver dentro dos limites da informação prestada. E, conconrentemente, faz nascer na esfera jurídica da Câmara uma obrigação vinculativa de deferimento do futuro pedido de licenciamento desde que este, como se disse, não exceda o conteúdo da informação prestada.

Aquela informação é, pois, um acto provisório, um acto que antecipa aquela que, muito provavelmente, será a posição final da Câmara, sem que essa provisoriedade autorize a que se qualifique essa informação como um mero acto precário sem reflexos externos, isto é, como um acto que a Administração pode modificar a todo tempo por sua simples vontade nem tão pouco como um acto meramente declarativo, visto que, sendo favorável, a mesma é constitutiva de direitos. Mas, sublinhe-se, o direito constituído por essa informação favorável não é o direito à construção mas sim, e apenas, o direito a que a Administração decida o pedido de licenciamento de acordo com os termos da informação prestada.

Nesta conformidade, a primeira conclusão que se impõe retirar é a de que o acto final da Administração, o acto que define a situação jurídica do interessado é o que, na sequência do pedido de licenciamento, decide se este é, ou não, deferido. Só esta decisão é susceptível de ter capacidade lesiva e, conseqüentemente, só ela pode constituir objecto de impugnação judicial.

O que vale por dizer que, nesta matéria, a lesividade do acto é incidível da sua definitividade e é esta reunião de atributos que o torna judicialmente recorrível.

Nesta conformidade, e concordantemente, a pronúncia desfavorável sobre a pretensão do Requerente não faz nascer na sua esfera jurídica qualquer direito.

Sendo assim, e sendo que a mesma, por um lado, não constitui a última palavra da Administração e, por outro, não tem aptidão lesiva resta concluir que é irrecorrível.

2. No caso dos autos a Recorrente contenciosa dirigiu à CM de Gaia um pedido de informação prévia solicitando que esta a informasse sobre a viabilidade da construção de uma obra que pretendia levar a cabo (reabilitação e ampliação de um edifício pré existente), pedido esse que foi desfavoravelmente informado, tendo-lhe sido comunicado que a impossibilidade dessa construção decorria do facto da cêrcea do projectado edifício ultrapassar o estipulado no Regulamento do PDM, do mesmo não prever o necessário estacionamento e do facto do dessa construção ir alterar o carácter e morfologia do edifício pré existente (vd. fls. 54 dos autos).

Ou seja, o que a Entidade Recorrida disse à Requerente foi que seria inútil solicitar o licenciamento da construção descrita no pedido de informação prévia porque este seria indeferido e sê-lo-ia não só por a mesma violar o estabelecido nos regulamentos municipais mas também por ir desfigurar o edifício cuja reconstrução se pretendia. Ao prestar essa informação aquela Entidade estava apenas a antecipar a sua decisão final sobre o eventual pedido de licenciamento e não a decidir um pedido de licenciamento.

E, se assim é, como é, esta pronúncia desfavorável não constituiu o acto final da CM de Gaia sobre a pretensão da Recorrente e, como tal, é insusceptível de constituir lesão na esfera jurídica desta. Tanto basta para se poder concluir que o acto aqui sindicado não é recorrível.

O que fica dito não só conduz ao provimento do recurso da Autoridade Recorrida como torna inútil o conhecimento do recurso jurisdicional da Recorrente contenciosa.

Termos em que os Juízes que compõem este Tribunal acordam em:

a) conceder provimento ao recurso do Sr. Vereador da Câmara Municipal de V.N. de Gaia e, revogando-se a sentença recorrida, rejeitando-se o recurso contencioso por ilegalidade da sua interposição.

b) Julgar prejudicado o conhecimento do recurso interposto pela ..., S.A.

Custas pela Recorrente contenciosa apenas em 1ª Instância, fixando-se a taxa de justiça em 300 euros e a procuradoria em metade.

Lisboa, 12 de Julho de 2007. – Costa Reis (relator) – Rui Botelho – Azevedo Moreira.

Comentário

1. Nota introdutória

O presente Aresto lança à discussão um tema de relevo no âmbito do direito do urbanismo: o da natureza e dos efeitos das decisões da Administração sobre pedidos de informação prévia apresentados pelos interessados, em particular quando as mesmas são desfavoráveis. Para além desta questão imediata, que decorre de forma directa do Acórdão em anotação, também outra é suscitada por ele: a dos diferentes direitos que os distintos actos de gestão urbanística conferem aos interessados sendo certo, adiantamo-lo já, que tais direitos não têm sempre a mesma natureza, nem as posições jurídicas por eles concedidas são sempre coincidentes. Assim, afirmar-se que um acto é constitutivo de direitos não tem de significar, necessariamente, que o referido direito é sempre o de edificar, embora se perceba que todos os procedimentos de gestão urbanística visam, em última instância, a criação de condições adequadas à edificação urbana. Esta apresenta-se, assim, como a operação urbanística central para que tendem os vários procedimentos de gestão urbanística, sendo o acto que controla a sua realização (licença ou admissão da comunicação prévia) o *acto final* que os mesmos visam (embora, deste ponto de vista, este acto final deva ser antes o que controla a utilização dos edifícios, que na legislação

actualmente em vigor corresponde ao acto de autorização). O que acaba de ser afirmado necessita de explicitação, tarefa a que procederemos no âmbito da presente anotação, não sem antes efectuarmos uma análise crítica das principais teses sobre que assenta Acórdão aqui em apreciação.

2. As teses em que assenta o Acórdão

A questão central colocada no âmbito do Acórdão em análise é a de saber se é impugnável a decisão do órgão municipal que se pronuncia desfavoravelmente sobre um pedido de informação prévia relativo a uma obra de construção (no caso, a reabilitação e ampliação de um edifício pré existente).

O Supremo Tribunal Administrativo respondeu negativamente a esta questão, invocando, para o efeito que:

a) O único direito que a prestação de uma informação prévia favorável faz nascer na esfera jurídica do Requerente é o direito de exigir a aprovação do pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística, desde que este se contenha dentro dos parâmetros da informação prestada e a sua apresentação se faça no ano imediato à notificação da informação.

b) O pronunciamento — favorável ou desfavorável — sobre a pretensão do Requerente em sede de informação prévia não constitui o acto final, o acto definidor da sua situação jurídica no tocante ao licenciamento da obra que o mesmo pretende erigir, constituindo apenas uma mera antecipação da provável decisão final da Administração.

c) A informação favorável é incapaz de fazer nascer imediatamente na esfera jurídica do Requerente o direito à construção, muito embora seja certo que a mesma enriquece a sua esfera jurídica já que lhe atribui o direito de exigir o deferimento do pedido de licenciamento se este se contiver dentro dos limites da informação prestada.

d) Aquela informação é um acto provisório, um acto que antecipa aquela que, muito provavelmente, será a posição final da câmara, sem que essa provisoriedade autorize a que se qualifique essa informação como um mero acto precário sem reflexos externos, isto é, como um acto que a Administração pode modificar a todo tempo por sua simples vontade nem tão pouco como um acto meramente declarativo, visto que, sendo favorável, a mesma é constitutiva de direitos. Não obstante, o direito constituído por essa informação favorável não é o direito à construção, mas sim, e apenas, o direito a que a Administração decida o pedido de licenciamento de acordo com os termos da informação prestada.

e) O acto final da Administração, o acto que define a situação jurídica do interessado é o que, na sequência do pedido de licenciamento, decide se este é, ou não, deferido. Só esta decisão é susceptível de ter capacidade lesiva e, conseqüentemente, só ela pode constituir objecto de impugnação judicial. No caso, a lesividade do acto é incindível da sua definitividade e é esta reunião de atributos que o torna judicialmente recorrível, pelo que a pronúncia desfavorável sobre a pretensão do Requerente no âmbito do pedido de informação prévia não faz nascer na sua esfera jurídica qualquer direito.

f) Mais, esta pronúncia desfavorável não constituiu o acto final deste órgão sobre a pretensão da Recorrente e, como tal, é insusceptível de constituir lesão na esfera jurídica deste. Conclui, portanto, que o acto que se pronuncia desfavoravelmente sobre um pedido de informação prévia não é recorrível.

Para nos pronunciarmos criticamente sobre estas teses, necessário se torna, antes de mais, proceder à caracterização jurídica do instituto do pedido de informação prévia no âmbito mais geral dos procedimentos de gestão urbanística. Vejamo-lo.

3. Caracterização do instituto do *pedido de informação* prévia e do acto que decide sobre o mesmo no âmbito dos procedimentos de gestão urbanística

3.1. *Os procedimentos e os actos de gestão urbanística em geral*

As operações urbanísticas apresentam-se como operações concretas de ocupação do território que, por terem um relevante impacto neste, se encontram sujeitas a um prévio controlo municipal¹ e a um regime material específico.

Em causa estão operações de loteamento, obras de urbanização, trabalhos de remodelação de terrenos, obras de edificação e obras de demolição, bem como todas as restantes operações materiais de urbanização, edificação e de ocupação dos edifícios e dos solos desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água (artigo 2.º do RJUE²). Para este efeito, as obras de edificação integram as obras *de construção, de reconstrução, de ampliação, de alteração e ainda de conservação* de imóveis destinados a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência [alínea a) do artigo 2.º do RJUE].

Como se referiu, dado o impacto que estas operações têm no território, as mesmas encontram-se, de há muito, sujeitas a um prévio controlo municipal que tradicionalmente se realizava através de procedimento de licenciamento (que culminava na emissão de uma licença e do respectivo alvará, condição de eficácia desta), embora se admitisse, para operações de escasso relevo urbanístico, um procedimento de controlo mais simples: o procedimento de comunicação prévia, que era caracterizado pela ausência de um acto final autorizativo. Com a versão inicial do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, o legislador passou a diferenciar o procedimento de licenciamento do de autorização em função do tipo de instrumento de planeamento (ou urbanístico) em vigor na área da pretensão e em função da operação urbanística que em concreto se pretendesse levar a cabo. Assim, nas situações em que os instrumentos de planeamento ou urbanísticos em vigor contivessem, com rigor, os parâmetros aplicáveis às operações urbanísticas (plano de pormenor ou alvará de loteamento), o procedimento seria o de autorização, limitando-se a Administração a verificar, nestes casos, se os referidos parâmetros estavam cumpridos, o mesmo sucedendo para operações que se considerassem mais simples, como por exemplo, obras de reconstrução e obras de demolição. Fora destas hipóteses, o procedimento de licenciamento seria o aplicável, dispondo a Administração, no âmbito deste, de maior margem de discricionariedade na apreciação da pretensão dos particulares. Entretanto, a diferença entre autorização e licença sofreu evolução com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, tendo este diploma aproximado o tipo de apreciação feita pela Administração em ambos os procedimentos, apenas se diferenciando estes pelos trâmites que teriam de ser cumpridos.³

Com a Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, procedeu-se a uma redefinição do âmbito dos procedimentos de controlo preventivo das operações urbanísticas, tendo a autorização

¹ A tese que está subjacente à necessidade deste controlo é a de que os direitos de urbanizar, de lotear e de edificar não são faculdades inerentes ao direito de propriedade dos solos, sendo antes faculdades jurídico-públicas atribuídas pelo ordenamento urbanístico. Sobre esta tese *vide* por todos Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 847 e ss.

² Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações constantes do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho e da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro e pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Junho.

³ Sobre a diferença entre o procedimento de licenciamento e de autorização na versão inicial do Decreto-Lei n.º 555/99 e a evolução que os mesmos sofreram com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho *vide* o nosso “O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Visão de um Jurista”, *in*. *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 8 (2001).

ficado reservada apenas para a utilização dos edifícios⁴, ficando o licenciamento a figurar como o procedimento regra e as comunicações prévias previstas para as situações expressamente identificadas na lei e que correspondem, no seu essencial, àquelas em que os parâmetros aplicáveis às operações urbanísticas se encontram definidas com detalhe em prévio instrumento de planeamento ou de gestão urbanística (plano de pormenor ou alvará de loteamento) ou em função das características da área (área urbana consolidada).

Ao contrário do que sucedia antes, o procedimento de comunicação prévia termina agora com uma *decisão final expressa de rejeição* (que, considerando os fundamentos, corresponde a um verdadeiro indeferimento) ou uma *decisão final ficcionada de admissão* (que corresponde ao deferimento da pretensão).⁵

A licença e a admissão da comunicação prévia são agora os actos administrativos de gestão urbanística que conferem os direitos de lotear, de urbanizar e de edificar.⁶

Não são estes, no entanto, os únicos actos administrativos que a Administração municipal pratica no âmbito da gestão urbanística. Se a estes se pode dar o nome de *decisões* (finais), outros actos há que se reconduzem à categoria genérica das *pré-decisões*, que correspondem a actos que, precedendo o acto final de um procedimento, decidem já, peremptória ou vinculativamente sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a prática de tal acto.⁷ Esta categoria genérica admite uma subdivisão, abrangendo as subcategorias dos *actos prévios* e dos *actos parciais*. Estes consistem em “*decisões constitutivas antecipadas no que respeita a uma parte ou a um aspecto da decisão (autorização) final global, com efeito ou carácter permissivo*” enquanto os actos prévios são aqueles que “*embora decidindo sobre um aspecto particular da decisão final, é dizer, da pretensão autorizatória formulada, não produzem qualquer efeito permissivo, não autorizam o interessado a realizar (mesmo que só parcialmente) a pretensão a que aspira.*” Exemplo de escola dos actos parciais é a licença parcial para a construção da estrutura prevista no n.º 6 do artigo 23.º do RJUE, e dos actos prévios as informações prévias e as aprovações de projectos de arquitectura.⁸

Para além destas categorias, é possível encontrarmos no direito do urbanismo outros tipos de actos que, por não conterem todas as características das categorias de actos anteriormente referidas, a elas não se podem reconduzir. É o caso da “licença” especial para actos preliminares da construção (demolição, escavação e contenção periférica), que pode ocorrer imediatamente a seguir à aprovação do projecto de arquitectura ou, quando o pedido de licenciamento tenha sido precedido de informação prévia favorável que vincule a câmara municipal, logo após a fase do saneamento.⁹

⁴ A distinção entre licença e autorização do domínio urbanístico deixou assim de corresponder à diferenciação entre autorizações constitutivas de direitos e autorizações permissivas, para passar a dizer respeito a distintas operações urbanísticas, qualquer que seja a densidade de planeamento ou de gestão urbanística existente. Neste sentido *vide* Maria José Castanheira Neves, Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes e Fernanda Maças, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Comentado, Coimbra, Almedina, 2.ª Edição, no prelo, comentário ao artigo 62.º.

⁵ Para uma apreciação desta nova configuração do procedimento de comunicação prévia *vide* o nosso “A alteração legislativa ao Regime Jurídico de Urbanização e Edificação: uma lebre que saiu gato...?”, *in* Revista de Direito Regional e Local, n.º 0 e Pedro Gonçalves, “Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007”, *in* Revista de Direito Regional e Local, n.º 1.

⁶ Sendo certo que a utilização de edifícios também se apresenta como uma operação urbanística, mas cujo acto de controlo se traduz, como referido, na autorização.

⁷ Cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I, Coimbra, 2004, p. 344.

⁸ IDEM. Como veremos, porém, as informações prévias, embora se possam reconduzir à categoria dos actos prévios, têm, tal como se encontram conformadas na legislação actual, algumas especificidades relativamente à definição que desta categoria de actos foi dada.

⁹ Recusando a este acto a natureza de acto parcial *vide* António Cordeiro, *Arquitectura e Interesse Público*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 304.

Embora a doutrina reconduza quer as informações prévias quer as aprovações do projecto de arquitectura à categoria dos actos parciais, os mesmos desempenham funções e produzem efeitos distintos. Estas diferenças decorrem, no seu essencial, do facto de a informação prévia, tal como está configurada na nossa legislação, corresponder a um acto que põe fim a um procedimento próprio e autónomo do procedimento onde se integra o acto que condiciona (o acto de licenciamento ou a admissão da comunicação prévia), embora se trate, logicamente, de um procedimento que o antecede, ao contrário do que sucede no caso da aprovação do projecto de arquitectura que integra já o procedimento de licenciamento, embora como uma sua fase autónoma e que corresponde, afinal, ao seu acto central, que a licença final se limita a assumir.¹⁰

Ou seja, e dito de outro modo, o pedido de informação prévia configura-se como um procedimento próprio e autónomo do procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia que lhe sucede (ou pode suceder), procedimento que tem uma fase de iniciativa, de instrução (incluindo a consulta a entidades externas que tenham, para efeitos de licenciamento ou de comunicação prévia, de se pronunciar sobre a pretensão) e de decisão, enquanto a aprovação do projecto de arquitectura se apresenta como uma fase, a mais importante e central, do procedimento de licenciamento.¹¹ Assim, a decisão relativa ao pedido de informação prévia, para além de se apresentar como um *acto prévio*, pressupõe também um *procedimento prévio* que embora vise o procedimento subsequente (de licenciamento ou de comunicação prévia) não se deve com ele confundir.

3.2. O procedimento de informação prévia

Como acabamos de referir, o pedido de informação prévia constitui-se, antes de mais, como um procedimento administrativo tendente à prática de um acto que se pronuncie sobre a viabilidade de uma determinada pretensão vir a obter uma decisão favorável no âmbito de outro procedimento, tendente ao seu controlo (actualmente o procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia).

Sobre a caracterização deste procedimento tivemos já oportunidade de nos pronunciarmos em anterior n.º desta revista, na anotação que fizemos ao Acórdão do STA de 20.06.2002, Processo n.º 142/02, 1ª Secção CA.¹² Por esse motivo apenas aqui faremos a síntese das principais ideias.

Assim, e antes de mais, o instituto do *pedido de informação prévia* (artigos 14º e ss. do RJUE) distingue-se do *direito à informação* (artigo 110º do mesmo diploma legal), distinção que assenta, no seu essencial, na diferente natureza do pedido formulado: enquanto neste último o requerente pretende saber quais as normas em vigor para uma determinada área ou se esta é abrangida por servidões administrativas, restrições de utilidade pública ou outras condicionantes ao uso dos solos, já naquele o requerente tem em vista uma *concreta pretensão urbanística*, servindo este pedido para que a Administração verifique se tal pretensão pode vir a ser deferida, tendo em conta as normas urbanísticas em vigor.

¹⁰ No sentido de que a licença corresponde a um acto complexo que engloba vários actos autónomos, sendo um deles a aprovação do projecto de arquitectura *vide* o nosso “Duas questões no direito do urbanismo: aprovação de projecto de arquitectura (acto administrativo ou acto preparatório) e eficácia de alvará de loteamento (desuso?) - Anotação aos Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Maio de 1998”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 13, Janeiro/ Fevereiro de 1999. Também defendendo que a licença de construção, acto final do procedimento de licenciamento, “*incorpora a aprovação de todos os projectos apresentados*”, o que significa que nela são apenas assumidas as precedentes aprovações parcelares *vide* Mário Araújo Torres “Ainda a (in)impugnabilidade das aprovações do projecto de arquitectura”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 27, Maio/Junho de 2001.

¹¹ Apenas nos referimos ao licenciamento uma vez que no procedimento de comunicação prévia, como sucedia com a autorização, não há uma fase autónoma de apreciação do projecto de arquitectura.

¹² In. *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 9 (2002).

Trata-se, pois, de uma *faculdade* reconhecida a qualquer interessado de solicitar à câmara municipal informação sobre a possibilidade de vir a obter decisão favorável no âmbito do procedimento administrativo a desencadear para o efeito, relativo a uma *determinada operação urbanística* que pretende levar a cabo, bem como os respectivos condicionamentos. Embora se trate de um instituto que tem vindo a sofrer, ao longo dos vários regimes jurídicos sobre a matéria, uma evolução que o tem vindo a fazer perder grande parte das suas características típicas iniciais¹³, o pedido de informação prévia sempre surgiu como um instrumento (um procedimento) que permite àqueles que estão interessados na realização de uma determinada operação urbanística obter ganhos de tempo e de dinheiro já que, se a câmara municipal se pronunciar desfavoravelmente sobre a possibilidade de realizar a operação urbanística pretendida pelo interessado, este não mandará elaborar projectos que sabe irão ser indeferidos, nem desencadeará procedimentos de controlo que sabe irão terminar com uma decisão desfavorável. O pedido de informação prévia corresponde, assim, a uma prática mais ou menos corrente que equivale à apresentação de “estudos prévios” ou “anteprojectos”, sendo a Administração chamada a pronunciar-se sobre uma pretensão concreta, mediante a apresentação de um conjunto de elementos suficientes para a habilitar a proferir um juízo de viabilidade de tal pretensão.¹⁴

A informação prévia fornecida pela câmara municipal não é uma mera actuação de natureza informativa ou declarativa, mas sim, como afirmámos antes, um *verdadeiro acto administrativo* que se pronuncia (de forma prévia ou antecipada) sobre uma determinada operação urbanística. Trata-se, pois, de um acto prévio de natureza verificativa e sem carácter permissivo, na medida em que não é com base nele que o particular pode promover e executar a operação urbanística apreciada; para tal, o particular terá de dar início a outro procedimento administrativo *tendente ao licenciamento ou à admissão da comunicação prévia da operação urbanística*, estes sim, os actos que se pronunciam de forma definitiva sobre a operação urbanística, tendo, por isso, natureza permissiva.¹⁵

Como o próprio nome confirma, estamos perante um acto *prévio* ao acto de controlo da pretensão urbanística (licenciamento e, agora também, comunicação prévia). Neste sentido, o n.º 1 do artigo 17º vem determinar expressamente que o conteúdo da informação prévia aprovada (entenda-se, da informação prévia favorável) vincula as entidades competentes “...na decisão sobre um eventual pedido de licenciamento ou apresentação da comunicação prévia da operação urbanística a que respeita...”. No entanto, o referido efeito vinculativo apenas se verifica desde que tal pedido seja apresentado “...no prazo de um ano após a decisão favorável do pedido de informação prévia”,¹⁶ o que significa que a não apresentação do pedido de licenciamento (ou da comunicação prévia), ou melhor, a

¹³ Referimo-nos, em especial, ao alargamento da legitimidade para formular um pedido de informação prévia, que, por não coincidir com a legitimidade para formular o correspondente pedido de licenciamento, pode fazer aquela perder o carácter *prévio* em relação a este.

¹⁴ Cfr. António Duarte de Almeida e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo*, Lisboa, Lex, p. 823-826.

¹⁵ Cfr. o nossos “Medidas Preventivas e Silêncio da Administração”. Comentário ao Acórdão do STA de 11.1.2001, Proc. N.º 45 861, in. *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 29, 2001, p. 53.

¹⁶ A redacção anterior deste normativo determinava que o prazo de um ano de eficácia vinculativa de um pedido de informação prévia se contava da data da sua notificação ao requerente, redacção que nos parece mais clara e mais lógica do que a actual que se refere à data da decisão favorável. Não obstante a diferente redacção, consideramos que a regra deve continuar a ser a mesma, até porque não pode ser exigível ao particular o cumprimento de um ónus (de apresentação do pedido de licenciamento ou da comunicação prévia no prazo de um ano) se o facto que lhe dá origem não lhe tiver sido notificado. Tratando-se, pois, de actos que têm de ser notificados aos interessados nos termos previstos no artigo 66.º do Código do Procedimento Administrativo, os mesmos não lhes são oponíveis enquanto a sua notificação não ocorrer. A regra de que o prazo de um ano se começa a contar da data da decisão favorável apenas vale para as situações de deferimento tácito deste pedido, que ocorrerá nos termos da alínea c) do artigo 111.º do RJUE.

sua não apresentação dentro do referido prazo funcionam como condições resolutivas, isto é, factos que, a verificarem-se, implicam a perda dos efeitos vinculativos (e constitutivos de direitos) da informação emitida.

Das várias afirmações formuladas, uma é fundamental que se esclareça: a do sentido da afirmação de que a informação prévia favorável é *constitutiva de direitos*. Com efeito, relevante é determinar qual o direito que a referida informação prévia constitui na esfera jurídica do respectivo beneficiário. Ora, a este propósito cabe afirmar que a informação prévia favorável não atribui o direito à construção (ou o direito a uma determinada construção) ao seu beneficiário; este apenas tem, por força da referida informação prévia, o *direito ao licenciamento (ou à admissão da comunicação prévia)* de um certo projecto se: 1) este corresponder ao que foi apreciado no seio do procedimento de informação prévia; 2) o respectivo beneficiário tiver legitimidade (ou a tiver adquirido entretanto) para formular a referido pedido¹⁷; 3) o pedido tiver sido formulado dentro do prazo de um ano.

Assim sendo, a informação prévia favorável dá o direito a obter uma decisão favorável no âmbito do procedimento (de licenciamento ou de comunicação prévia) que terá de ser desencadeado na sua sequência, no âmbito do qual será dado ou conferido ao interessado o direito à construção pretendida.

A atribuição de um direito de construção pela informação prévia é apenas indirecta, necessitando da intermediação do acto de licenciamento.

Note-se, porém, que a afirmação de que a informação prévia confere ao interessado o direito de obter o *licenciamento* nas condições referidas tem de ser devidamente entendido por não corresponder completamente à realidade. Com efeito, o que a informação prévia aprecia (antecipadamente) não é a possibilidade de ser ou não emitida a licença, mas tão-só as questões urbanísticas co-envolvidas na pretensão, isto é, no caso do licenciamento de obras particulares, tão-só as questões atinentes ao projecto de arquitectura. Atentos os aspectos que são objecto do pedido de informação prévia, que apenas abrange um anteprojecto da arquitectura e não os projectos das especialidades, a informação prévia favorável apenas vincula a câmara municipal na decisão que tenha de proferir, no âmbito do procedimento de licenciamento, sobre o projecto de arquitectura e não já sobre o acto final da licença que integra também as decisões referentes aos projectos de especialidades. Por isso nunca compreendemos como uma informação prévia favorável, que se limita, ao fim e ao cabo, a antecipar a apreciação que terá de ser feita ao projecto de arquitectura, possa dar mais direitos do que a própria aprovação deste projecto. Aquele acto apenas dá o direito a que, no procedimento de licenciamento que se venha a desencadear na sua sequência, seja aprovado o projecto de arquitectura (que, assim, fica condicionado pela apreciação prévia efectuada).

Também nunca compreendemos que possa estar mais garantido o titular de uma informação prévia favorável do que aquele que é já titular da aprovação de um projecto de arquitectura, que tem uma posição mais consolidada, até do ponto de vista lógico e temporal, do que a que decorre da informação prévia favorável. Claramente, a aprovação de um projecto de arquitectura apresenta-se como um *plus* comparativamente com uma informação prévia favorável.

De tudo quanto foi referido anteriormente, pode concluir-se que o *pedido de informação prévia e o licenciamento* correspondem a distintos procedimentos, cada um deles terminando com os respectivos actos administrativos, que desempenham funções diversas no âmbito dos procedimentos de gestão urbanística. Cada um destes actos corresponde a

¹⁷ Esta segunda exigência decorre do facto de a lei permitir que qualquer interessado, mesmo que não tenha legitimidade para requerer o pedido de licenciamento, venha requerer pedido de informação prévia relativa a uma determinada operação urbanística — cfr. artigos 14^o, n.º 1 e 15^o n.ºs 3 e 4 do RJUE.

actos finais dos respectivos procedimentos: um pronuncia-se sobre a viabilidade de uma determinada operação urbanística vir obter uma decisão favorável no âmbito do procedimento de licenciamento ou comunicação prévia que terá de lhe seguir, podendo terminar com uma decisão desfavorável ou favorável, mas não tendo, nunca, carácter permissivo; o outro nega ou confere a concessão de um direito: de lotear, urbanizar ou edificar, consoante a operação urbanística que esteja em causa, apresentando-se, por isso como um acto com efeitos permissivos quando favorável, conferindo ao particular a faculdade de realizar aquelas operações urbanísticas.¹⁸

3.3. Algumas novidades no âmbito do pedido de informação prévia introduzidas pela a Lei n.º 60/2007

A Lei n.º 60/2007 veio prever, de forma inovatória, a possibilidade de os efeitos de uma informação prévia serem renovados desde que, decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido apresentado o pedido de licenciamento ou a comunicação prévia, o interessado requeira declaração do presidente da câmara de que se mantêm os pressupostos de facto e de direito que levaram à anterior informação favorável. Caso a decisão seja positiva ou não ocorra decisão expressa, começa, nos termos do n.º 3 do artigo 17.º, a correr novo prazo de um ano para apresentação do pedido, assumindo aquela informação prévia favorável, de novo, carácter vinculativo. A lei não fixa um prazo para que este pedido de renovação dos efeitos de uma informação prévia seja solicitada, apenas determinando que tal pode ser feito a qualquer momento após o decurso do prazo de um ano durante o qual esta informação mantém os seus efeitos vinculativos. Esta solução é compreensível por em causa não estar um pedido de prorrogação da eficácia da informação prévia, mas de renovação dos seus efeitos, que caducam automaticamente após o decurso daquele prazo de um ano. Naturalmente que quanto mais tempo decorrer desde a caducidade da informação prévia, maior será a probabilidade de se alterarem as circunstâncias de direito e de facto que estiveram subjacentes à anterior decisão favorável. Note-se que em causa está apenas uma declaração do presidente da câmara sobre se *se mantêm os pressupostos de facto e de direito e não uma reapreciação da anterior informação prévia*.

Não obstante a aparente clareza desta previsão legal, a mesma não deixa de suscitar algumas dúvidas. Assim, e antes de mais, nas situações em que a informação prévia anteriormente emitida tenha estado sujeita à pronúncia de entidades externas ao município, a declaração de que se mantêm as circunstâncias de facto e de direito subjacentes à primeira informação deveriam ser confirmadas por elas, não dispondo o presidente da câmara, em regra, dos dados suficientes que lhe permitam verificar se as circunstâncias subjacentes à emissão de pareceres favoráveis (atinentes, normalmente, a legislação sectorial) se mantêm. Tal não significa que o presidente da câmara não possa solicitar, junto destas entidades, a confirmação dos anteriores pareceres, mas, por tal não estar expressamente previsto na lei, este facto parece não fazer suspender o prazo de 20 dias previstos no n.º 3 do artigo 17.º.

Para além do mais, fica a dúvida de saber se os efeitos da informação prévia favorável apenas podem ser renovados uma vez, ou se esta renovação pode ser feita sucessivamente, vezes sem conta. Inclinámo-nos para uma resposta no primeiro sentido, que é a única mais consentânea com a original natureza deste instituto: a de antecipar um pedido de licenciamento de uma pretensão que o interessado tem naquele momento, mas em relação ao qual quer ter a certeza sobre a decisão que sobre ela incidirá. Note-se que, já

¹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre a caracterização e os efeitos de uma informação prévia, em especial quando a mesma é favorável vide o nosso comentário ao Acórdão do STA de 20.06.2002, Processo n.º 142/02, 1ª Secção CA, anteriormente referido.

o alargamento da legitimidade operada pela versão inicial do RJUE veio desviar esta figura da sua configuração inicial: ao permitir que qualquer interessado, ainda que não seja titular de qualquer direito que lhe permita realizar a operação urbanística, possa formular um pedido de informação prévia sobre determinada pretensão, permite a lei que possam correr em simultâneo, para o mesmo terreno, vários pedidos de informação prévia que podem, precisamente por falta de legitimidade urbanística exigida para os pedidos de licenciamento ou de comunicação prévia, nunca ter a potencialidade de anteceder estes. De acto prévio a um procedimento de licenciamento, as informações prévias têm vindo a tornar-se, assim, num instrumento de confirmação das regras aplicáveis, aproximando-se do direito à informação constante do artigo 110.º do RJUE.

Ainda como novidade a propósito dos pedidos de informação prévia introduzida pela Lei n.º 60/2007, registe-se o facto de uma informação prévia emanada nos termos do n.º 2 do artigo 14.º ter consequências no procedimento a desencadear na sua sequência, que será, sempre, o de comunicação prévia.

4. Apreciação crítica do Acórdão

Feita a caracterização genérica do pedido de informação prévia tal como este se encontra conformado legalmente, atentemos agora nas várias teses sobre que assenta o Acórdão aqui em anotação. Assim, e antes de mais, tem razão o STA quando afirma que em face de um pedido de informação prévia tem a câmara municipal de emanar uma decisão que tanto pode ser favorável como desfavorável. Com efeito, como em qualquer procedimento em que o particular dirige uma pretensão à Administração — e sendo certo, como vimos antes, que o pedido de informação prévia é um procedimento administrativo — a câmara municipal tanto pode tomar uma decisão favorável, traduzindo-se esta num acto positivo por proceder à alteração da posição ou esfera jurídica do particular, como uma decisão desfavorável, que, no caso, se traduz num acto negativo, por se recusar a introduzir alterações na posição jurídica do interessado, mantendo-a inalterada.¹⁹

Que a informação prévia produz efeitos na esfera jurídica dos interessados reconhece-o o STA ao afirmar que este acto faz nascer na esfera do requerente o direito de este exigir a aprovação do seu pedido de licenciamento da operação urbanística, desde que este se contenha dentro dos parâmetros da informação prestada.²⁰

Pensamos porém que a afirmação proferida pelo STA de que “*o pronunciamento — favorável ou desfavorável — sobre a pretensão do requerente em sede de informação prévia não constitui o acto final, o acto definidor da sua situação jurídica no tocante ao licenciamento da obra que o mesmo pretende erigir, constituindo apenas uma mera antecipação da provável decisão final da Administração*”, denota uma certa confusão entre o procedimento de informação prévia e o procedimento de licenciamento (ou de comunicação prévia) que lhe pode seguir. Efectivamente, a pronúncia favorável ou desfavorável sobre o pedido de informação prévia não é o “acto final” (por contraposição a acto prévio) sobre a pretensão do interessado quando este pretende construir, já que esse acto é o acto de

¹⁹ Nem sempre existe correspondência entre actos favoráveis/desfavoráveis e actos positivos/negativos. Assim, por exemplo, a declaração de utilidade pública, não obstante seja um acto desfavorável para o proprietário, é um acto com efeitos positivos, por alterar a sua esfera jurídica, já que, embora não tenha o efeito extintivo do direito (que apenas ocorre com a adjudicação do bem), onera-o ao afecta-lo ao fim de utilidade pública da expropriação.

²⁰ Apenas não concordamos, tal como afirmado antes, que o direito conferido seja o *direito ao licenciamento*, mas antes o *direito a que o projecto de arquitectura venha a ser aprovado* desde que o pedido de licenciamento se contenha dentro dos parâmetros da informação prestada.

licenciamento (ou a admissão da comunicação prévia). Mas aquela pronúncia é o *acto final* do procedimento de informação prévia, definindo a posição jurídica do interessado já que lhe confere, quando favorável e nas condições que referimos anteriormente, o direito de obter uma decisão, também ela favorável, no âmbito do procedimento (de licenciamento ou de comunicação prévia) que terá de ser desencadeado para o efeito. Por isso, embora seja verdade que “a informação favorável é incapaz de fazer nascer imediatamente na esfera jurídica do Requerente o direito à construção”, também não é essa a sua finalidade, sendo certo que o STA reconhece que este acto “enriquece” a esfera jurídica do requerente por lhe atribuir o direito a uma decisão num determinado sentido no âmbito do procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia. Ou seja, a função da informação prévia não é a de conceder o *ius aedificandi*, mas tão só de confirmar a viabilidade de esse direito vir a ser concedido. As várias afirmações proferidas pelo STA surgem, por isso, como naturalmente óbvias: com efeito, não tem de se confundir, por não ser confundível, uma informação prévia favorável com a licença urbanística, embora ambos sejam considerados actos constitutivos de direitos. Aquele, como acto prévio que é, não concede o direito de construir, que apenas é concedido pela licença, mas sim, e somente, o direito a que a Administração decida o pedido de licenciamento de acordo com os termos da informação prestada (ou, mais correctamente, como afirmámos, o direito a que o projecto de arquitectura seja aprovado). Assim, parece-nos inócua a afirmação de que a informação prévia é constitutiva de direitos, mas não constitui o direito de edificar: trata-se de algo de óbvio e que não nos parece que tenha sido posto em causa no âmbito da acção subjacente ao Acórdão em apreciação.

Já não consideramos correcta a afirmação de que em causa está um acto provisório — pelo contrário, em causa está um acto final de um procedimento com natureza de um acto prévio²¹) —, nem que o acto final da Administração, o acto que define a situação jurídica do interessado é o que, na sequência do pedido de licenciamento, decide se este é, ou não, deferido. Com efeito, a informação prévia, seja favorável ou desfavorável, não deixa de definir a situação jurídica do interessado, já que lhe concede, ou nega a concessão, respectivamente, de um direito: o de obter uma determinada decisão no âmbito do procedimento que terá de ser iniciado posteriormente.

Note-se que, como referimos supra, uma das características próprias deste acto prévio, que é a decisão do pedido de informação prévia, é a de que, embora, como os restantes actos prévios, o mesmo condicione uma decisão que terá de ser tomada posteriormente, não se situa, contudo, dentro do procedimento tendente à prática desta decisão (ao contrário do que acontece com a aprovação do projecto de arquitectura), sendo antes o resultado de um procedimento próprio. Por isso terá de ser devidamente entendida a afirmação proferida pelo STA de que o acto de licenciamento corresponde ao acto final e de que, no caso, a lesividade é incindível da sua definitividade, sendo a junção destes dois atributos que torna o acto impugnável. É que, bem vistas e analisadas as coisas, a decisão, favorável ou desfavorável de um pedido de informação prévia é também o acto final de um procedimento e, logo, nesta medida, o acto que congrega a característica da *definitividade*: é a decisão final do procedimento que se pronuncia sobre a pretensão formulada (que não é uma pretensão edificatória, mas de viabilidade de concessão dessa edificabilidade no âmbito de outro procedimento). Ou seja, não poderá afirmar-se que a decisão final do procedimento de informação prévia não é definitiva e que a do proce-

²¹ Os actos provisórios correspondem, em regra, àqueles que se destinam a ser substituídos por outros actos administrativos que definirão a regulação definitiva da situação jurídica a que se aplicam, mas que, ao contrário dos actos prévio, não condicionam necessariamente o conteúdo da decisão definitiva que pode até ser diferente da do acto provisório.

dimento de licenciamento é que o é. Em causa estão procedimentos que se pronunciam sobre distintas pretensões urbanísticas, pronunciando-se os respectivos actos, de forma definitiva (final) sobre as mesmas. As pretensões é que divergem no âmbito de um pedido de informação prévia e de um pedido de licenciamento.

A solução a que o STA chega no âmbito do presente Acórdão apresenta-se, na nossa óptica, como absolutamente ilógica. Antes de mais, ao negar a impugnação judicial do acto que se pronuncia desfavoravelmente sobre a pretensão do requerente por entender que este não faz nascer na sua esfera jurídica qualquer direito, ignora que também o indeferimento do pedido de licenciamento (ou agora, também, a rejeição da comunicação prévia) não fazem nascer na esfera do interessado qualquer direito (pelo contrário, como actos negativos que são, recusam-se a concedê-lo) e não é por isso que estes actos não são objecto de impugnação contenciosa. Muito pelo contrário, estes são as situações mais típicas de impugnação destes actos.

Para além do mais, no pressuposto de a câmara municipal ter emanado uma informação prévia desfavorável com base em pressupostos errados — por exemplo, por considerar que estão violados parâmetros urbanísticos dos planos em vigor, ou considerar que se violam outras normas legais e regulamentares aplicáveis ao projecto que, contudo, não são violados — impede o interessado de impugnar esta decisão e obter, em sede judicial, uma informação prévia favorável que lhe dará o direito a ver deferida a pretensão no procedimento que desencadeará de seguida. E obriga o interessado a ter de desencadear um procedimento de licenciamento (com os custos inerentes à elaboração dos respectivos projectos) para, obtendo aí o respectivo indeferimento, poder impugnar aquela decisão. E esta solução apresenta-se tanto mais ilógica quanto a informação prévia é utilizada cada vez mais como um instrumento de segurança no tráfego jurídico, podendo uma informação prévia desfavorável ilegalmente emanada ter carácter lesivo. Veja-se, apenas a título de exemplo, a situação em que alguém está interessado na aquisição de um terreno (e o respectivo proprietário interessado em vendê-lo), mas apenas se nele puder concretizar uma determinada operação urbanística. De forma a realizar o negócio jurídico com maior segurança, uma solução possível (diríamos até, a solução adequada) é formular um pedido de informação prévia sobre a viabilidade de realizar aquela pretensão (que, considerando as regras de legitimidade, tanto pode ser apresentado pelo proprietário do terreno, como pelo potencial comprador). Se a câmara municipal vier pronunciar-se desfavoravelmente de forma ilegal sobre aquele pedido (em especial quando estão em causa vícios de cariz material), a posição assumida pelo STA no Acórdão aqui em apreciação veda a impugnação judicial da mesma, tornando impossível a realização do negócio jurídico pretendido com base em pressupostos que não correspondem à realidade (a de que naquele terreno não é possível concretizar aquela operação urbanística pretendida pelo interessado comprador). E obriga a uma solução nada provável de acontecer: que seja iniciado um procedimento de licenciamento para, obtendo nele uma decisão desfavorável, poder impugnar aquela decisão. No exemplo dado, não restam dúvidas de que ao emanar uma informação prévia desfavorável, o Administração está a afectar a esfera jurídica dos interessados em especial do vendedor, tornando inviável, de forma ilegal, a concretização do negócio jurídico.

Concluimos, pois, ao contrário do que o fez o STA, que sendo a informação prévia desfavorável um acto que põe fim a um procedimento administrativo, o mesmo se apresenta como uma decisão final e definitiva sobre a pretensão apresentada — que não é a de construir, mas de certificar a viabilidade de de a referida construção vir a ocorrer) —, pelo que, como acto final sobre esta pretensão, sendo ilegal, tem aptidão lesiva ao recusar-se a conferir um direito ao interessado, que não é o direito de edificar, mas o de obter uma

decisão favorável a propósito de certos aspectos no âmbito de outro procedimento que terá de ser iniciado para o efeito. E se tem aptidão lesiva, deve ser recorrível.

5. Os actos constitutivos de direitos e os direitos constituídos pelos referidos actos

A questão colocada em discussão no âmbito do presente Acórdão, em especial a de saber que direitos o acto que se pronuncia de forma favorável sobre um pedido de informação prévia constitui na esfera jurídica dos respectivos destinatários, chama a atenção para o facto de nem todos os actos administrativos de gestão urbanística constitutivos de direitos produzirem o mesmo tipo de efeitos. São assim distintos os direitos ou as faculdades jurídicas criadas pelos diferentes actos de gestão urbanística.

Assim, no âmbito daqueles actos que designamos de pré-decisões, uma coisa é o direito conferido pela *informação prévia favorável*, outra a posição jurídica que decorre para o interessado da *aprovação de um projecto de arquitectura* e outra ainda o direito decorrente da *licença parcial para a construção da estrutura*.

No que concerne aos actos administrativos que podemos designar de decisões (por contraposição às pré-decisões), também uma coisa são os direitos decorrentes de uma licença ou admissão da comunicação prévia de uma operação de loteamento, outra os decorrentes de uma licença de construção e outra, ainda, os que emanam de uma autorização de utilização. Necessário é que se tenha presente que um acto não é constitutivo de direitos apenas quando concede o direito de edificar, ao contrário do que parece ser a posição de princípio do STA em muitos arestos. Mesmo a licença de construção, concedendo ao interessado o direito de construir o edifício, como em regra afirma aquele tribunal, não se apresenta como o procedimento “final”, na medida em que o edifício construído terá de obter um título específico para a respectiva utilização. Por isso, o procedimento de autorização de utilização, embora se apresente como um procedimento autónomo em relação ao da construção do edifício (sendo a utilização de edifícios uma operação urbanística com autonomia própria), apresenta-se como o desfecho dos restantes procedimentos, que visam, todos, em última instância, a criação de condições para a edificação urbana.

Considerando este facto, procederemos aqui a uma referência, ainda que sucinta, aos distintos direitos ou posições jurídicas que cada um dos referidos actos concede aos respectivos destinatários. E, na nossa óptica, sempre que, em vez de os conceder, a Administração se recuse a tal, em causa estará uma decisão lesiva (que afecta claramente a esfera jurídica dos interessados que, assim, não fica, como poderia, enriquecida), logo, sujeita a impugnação administrativa.

5.1. Os direitos decorrentes dos diferentes tipos de pré-decisões

Como ficou referido antes, são actos reconduzíveis à categoria das pré-decisões quer as informações prévias favoráveis, quer a aprovação dos projectos de arquitectura, quer ainda a licença parcial para a construção da estrutura.

O primeiro concede ao interessado, nos termos supra referidos o direito a obter, no âmbito de um procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia que lhe suceda, uma decisão favorável.

Já a aprovação do projecto de arquitectura — deixando agora de lado a controvérsia que tem oposto a doutrina ao STA relativamente à sua verdadeira natureza jurídica —, pode ser considerado constitutivo de direitos. Com efeito, não obstante o STA tenha mantido, no âmbito do Processo n.º 0620/07, de 12 de Março de 2007, a sua posição de princípio — de que “a deliberação que se limita a aprovar o projecto de arquitectura e a legitimar

a prossecução do procedimento não se traduz num acto constitutivo de direitos, designadamente do direito de construir de acordo com o projecto de arquitectura aprovado e do direito de exigir a emissão do correspondente alvará e de iniciar as respectivas obras” e que aquele acto “*não lhe confere o direito de edificar pois esse direito apenas emerge do acto final de licenciamento*” (como se apenas fosse constitutivo de direitos o acto que concede o direito de edificar) — vem contudo reconhecer que “*do acto de aprovação do projecto de arquitectura decorre, para o requerente do licenciamento, que essa aprovação não possa já ser posta em causa à luz dos instrumentos de planeamento em vigor...*”, confirmando que este é o acto que se pronuncia, no âmbito do procedimento de licenciamento, de forma final sobre a conformidade com aquele tipo de instrumentos urbanísticos.²² Por seu lado, a tese do carácter constitutivo de direitos do acto de aprovação do projecto de arquitectura vingou no Acórdão da 1.^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Maio de 2001, P.^o 46.227²³, no qual se equiparou a aprovação do projecto de arquitectura ao acto de licenciamento, para efeitos indemnizatórios, considerando-se que “*...a deliberação camarária que... aprova o projecto de arquitectura, não sendo embora o acto final do procedimento de licenciamento... é, no entanto, constitutiva de direitos para o próprio particular requerente, criando em favor deste expectativas legítimas no licenciamento, que a partir daí... já não poderá ser recusado com fundamento em qualquer desvalor desse mesmo projecto...*”. Refere-se este aresto aos “*naturais efeitos constitutivos de direitos*” do acto de aprovação do projecto de arquitectura e argumenta, quase que por maioria de razão, com a inquestionável afirmação legal de que a informação prévia favorável é constitutiva de direitos para o interessado a quem é prestada.²⁴

No que concerne à licença parcial para a construção da estrutura, corresponde a um acto emanado desde que tenha sido aprovado o projecto de arquitectura (comprovativo de que as questões urbanísticas relevantes ficaram definitivamente nele resolvidas) e que confere o direito a concretizar uma parte da pretensão edificatória, que é a estrutura do edifício.

5.2. Procedimentos de licenciamento ou de comunicação prévia de operações de loteamento, com ou sem obras de urbanização

Sendo o licenciamento de uma operação de loteamento um acto de *carácter real*, isto é, um acto que define as condições de ocupação de um determinado prédio, as suas prescrições produzem efeitos e vinculam o promotor do mesmo, a câmara municipal e os adquirentes dos lotes (cfr. actual artigos 77.^o, n.^o 3 do RJUE).²⁵

Por ter estes importantes efeitos reais encontra-se o alvará de loteamento²⁶ sujeito a registo predial, não sendo legítimo às entidades referidas desrespeitar as especificações nele estabelecidas.

²² Não vai, contudo, mais longe, já que apenas reconhece que o projecto de arquitectura procede a uma apreciação final de certas questões se não ocorrerem, entretanto, alterações normativas. Em sentido contrário, defendendo que esta apreciação se mantém mesmo que entrem em vigor posteriores normas urbanísticas, vide o nosso “As medidas cautelares dos planos”, in *Revista do CEDOUA*, n.^o 10, 2-2002 (em parceria com Dulce Lopes).

²³ Publicado nos Cadernos de Justiça Administrativa, n.^o 45, p. 20.

²⁴ António CORDEIRO, *Arquitectura e Interesse Público*, p. 291.

²⁵ Embora de forma menos frequente, uma operação de loteamento pode estar também sujeita a comunicação prévia: naquelas situações em que o pedido tenha sido antecedido de uma informação prévia favorável emitida nos termos do n.^o 2 do artigo 14.^o Em causa está um diferente procedimento de controlo preventivo que não implica, porém, um diferente regime substantivo (nem muito menos distintos efeitos) das operações de loteamento a ele sujeitos. Assim, tudo quanto referirmos no texto para as licenças de loteamento vale também, com as excepções que assinalarmos, para as respectivas comunicações prévias.

²⁶ No caso das comunicações prévias, o título traduz-se no recibo da sua entrega conjuntamente com o da sua não rejeição, este último substituído por uma certidão independente de despacho enquanto o sistema informático previsto pela Lei n.^o 60/2007 não se encontrar em vigor, ou encontrando-se, esteja inoperativo.

Os actos de licenciamento de operações de loteamento procedem à *transformação fundiária* da área de intervenção e à *criação de lotes urbanos* (i.e, destinados a edificação urbana), sendo o respectivo alvará (condição de eficácia daqueles actos²⁷) o facto relevante para efeitos registrais (cfr., neste sentido, o artigo 54.º do Código de Registo Predial).

Se o loteamento tem como efeito a constituição de lotes urbanos que, ademais, inscrevem, nos termos que forem definidos nas especificações do respectivo título (ou de eventuais elementos anexos que dele sejam integrantes), *potencialidade edificatória e respectivos parâmetros*, então terá de se concluir que o mesmo confere, aos interessados, designadamente aos adquirentes dos lotes, o direito de vir a concretizar a edificabilidade neles prevista (daí que as edificações a concretizar nos mesmos estejam actualmente sujeitas a uma *comunicação prévia*, correspondendo a sua admissão a um acto vinculado que se limita a verificar o respeito, por parte do projecto, das prescrições do loteamento, permitindo, quando tal respeito se verifique, o exercício de *direitos pré-existent*s). Por esse motivo os elementos que devem instruir um pedido de comunicação prévia correspondem aos que são necessários para que se dê início à obra. O legislador assumiu que correspondendo o pedido aos parâmetros constantes do loteamento licenciado ou admitido, o respectivo requerente tem o direito de iniciar a obra.

Isto é, explicitando melhor, o deferimento de uma operação de loteamento confere não apenas o direito à *transformação fundiária* na área por eles abrangidos, mas também, em virtude de darem origem a *lotes urbanos* (isto é, novos prédios destinados a edificação urbana), e não, simplesmente, a novos prédios, o direito de o respectivo titular vir a concretizar as *operações urbanísticas* previstas para os mesmos, servindo a comunicação prévia que venha a ser admitida quanto a estas para verificar se o direito que se pretende exercer coincide com o que consta daquele acto de deferimento.²⁸

E se bem que a licença de loteamento não seja o título suficiente para que o titular do respectivo lote possa erigir no mesmo, a licença de loteamento, ao definir as condições precisas para a respectiva edificação, cria o direito a obter uma decisão favorável no âmbito do procedimento tendente à edificação (em regra uma comunicação prévia) que, como referido no ponto seguinte, corresponde a uma autorização permissiva de um direito.

5.3. Licenciamento ou admissão de comunicação prévia de obras de edificação

Quanto a este, dúvidas não restam de que se trata de actos que conferem o direito de edificar, não obstante a posição jurídica dos interessados não seja a mesma quando em causa está uma licença ou uma comunicação prévia. Neste último caso, considerando a precisão das normas em vigor quanto aos parâmetros aplicáveis à edificação e a posição jurídica mais precisa que as mesmas conferem aos interessados, estamos mais perto de uma autorização constitutiva de direitos do que de uma autorização permissiva. Por esse motivo, os elementos que instruem uma comunicação prévia são aqueles indispensáveis ao início da obra.

5.4. Autorização de utilização

A autorização de utilização, seja realizada ou não na sequência de obras (sujeitas ou não a controlo preventivo), confere ao interessado o direito a utilizar o edifício, já que a licença (ou comunicação prévia) de construção não é título suficiente para o efeito.

²⁷ Note-se que no caso da comunicação prévia o respectivo título, ao contrário do que sucede com o alvará no licenciamento, não é condição de eficácia do acto que titula (a admissão da comunicação prévia).

²⁸ Por este motivo se compreende que, no mercado, um lote integrado num loteamento tenha um valor mais elevado do que um prédio não abrangido por um loteamento. É que quem compra um lote, compra não apenas um novo prédio, mas um prédio devidamente infra-estruturado (existem pelo menos garantias de que as infra-estruturas serão realizadas), e com uma capacidade edificativa precisa e concretamente definida.

Trata-se, por isso, também, de um acto constitutivo de direitos, aquele que em regra está “no fim da fila” dos procedimentos urbanísticos.

6. Conclusão

Sendo o direito de edificar um daqueles que mais enriquece a esfera jurídica do interessado — pelo que o acto que o concede tem de ser claramente assumido como constitutivo de direitos —, não pode ser ignorado o facto de existirem outros actos de gestão urbanística que conferem posições jurídicas de vantagem aos interessados, enriquecendo a sua esfera jurídica (e que corresponde, em regra, ao enriquecimento da sua esfera económica). Sendo certo que nem sempre está em causa o mesmo tipo de posição jurídica (de direito), já que uns se apresentam como um *plus* comparativamente a outros, a verdade é que um acto que se recuse, de forma ilegal, a conceder estes direitos, recusando-se a alterar a esfera jurídico-económica dos interessados, terá de ser considerado lesivo e, deste modo, objecto de impugnação administrativa.

É o que sucede com o acto que decide, desfavoravelmente, um pedido de informações prévias.

Fernanda Paula Oliveira
*Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Recensões

O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente¹

1. Eis um livro de leitura obrigatória. Pelo seu título pareceria à primeira vista que, finalmente, a ciência jurídica portuguesa recortaria o direito como uma *ciência de direcção* no sentido que hoje lhe empresta a *nova ciência do direito administrativo*². A Autora procurou outra via, porventura mais pluridimensional e realista. Por um lado, o direito do ambiente continua a ser um tema suspeito. Desde os que o acusam de transportar as dimensões românticas que desde sempre estão associadas ao conceito de “natureza” até aos que o acusam de se transformar em “direito alternativo” de uns quantos, sempre ávidos de parecerem “bons selvagens” politicamente correctos, até passando pelos que vêm nela a possibilidade de reabilitação do conhecimento pericial-científico de mãos dadas com os esquemas holísticos do planeamento político, deve reconhecer-se que o número dos cépticos ambientais obriga os juristas do ambiente a percorrerem caminhos cautelosamente sustentáveis.

Estas considerações justificam as considerações da Autora em torno dos perigos – éticos, políticos, sociais, económicos e científicos – que hoje rodeiam a construção do chamado “Estudo Ambiental”³. Precisamente por isso, o plano da obra fica logo traçado quanto a Autora delimita as possibilidades e limites deste direito e deste Estado. A procura da realização de um direito “com futuro porque, sem ele, não haverá qualquer futuro”, convoca logo a transparência das pré-condições: “decisão politicamente legitimada, cientificamente fundada, tecnicamente adequada, economicamente eficiente e eticamente sustentada”⁴.

2. A realização do direito do ambiente coloca, desde logo, problemas de natureza ética. De um modo claro, procede-se a um levantamento do “estado da arte” quanto à problematização teórica da “ética ambiental”. Hans Jonas, Ulrich Beck, Zygmunt Bauman, Jean Ladrière, Paul Ricouer, Carl Friedrich Gethmann, Bernhard Irrgang, Peter Singer, Tom Regan, Aldo Leopold, Anne Naess, James Lovelock, são sucessivamente interpelados para alimentar uma análise rica e densa sobre problemas como a “ética do futuro”, a “ética da responsabilidade”⁵, a “ética do risco”, a “ética da invenção e da descoberta”, a “ética ecocêntrica”, a “ética material”, a “ética do discurso”, a “ética hermenêutica”.

¹ Recensão do livro com o mesmo título de Maria da Glória Garcia, *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007.

² Cfr., por todos, Hoffman-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskühle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

³ Cfr. as páginas iniciais sobre a “Razão de ordem”, p. 34 e segs.

⁴ Cfr. ob e loc. cit., p. 31

⁵ Cfr. sobre isto C. Stone, *Earth and other Ethics. The Case of Moral Pluralism*, 1987.

Tantas éticas! Mas é isso mesmo. Quem quiser discutir “ética ambiental” tem de se confrontar com o *pluralismo ético*. Saber se há um “consenso moral” sobre questões ambientais é já uma outra questão. De qualquer modo, o trabalho que estamos comentando parte de um esquema eticamente sólido, pois não enclausura a “ética na ética”, antes articula as dimensões éticas suscitadas pela ciência, pela economia, pela política e pelo próprio direito para recortar um “espaço de direito ambiental” eticamente fundado.

3. O direito isolado é um direito desarmado. Esta fraqueza da solidão avulta no direito ambiental de uma forma mais intensa do que em qualquer outro ramo do direito. Não é por acaso que o livro dedica grandes desenvolvimentos à “economia e protecção do ambiente” (p. 145-244), a “política e protecção do ambiente” (p. 253-369) e à “ética e protecção do ambiente” (p. 57-66). Diríamos, por outras palavras, que sem os *teoremas de Pigou, Case, Arrow*, sem o estudo das políticas do Estado, do desenvolvimento, da democracia e da *governança*, sem a discussão do saber pericial, não poderíamos abordar os problemas específicos do direito e da protecção do ambiente.

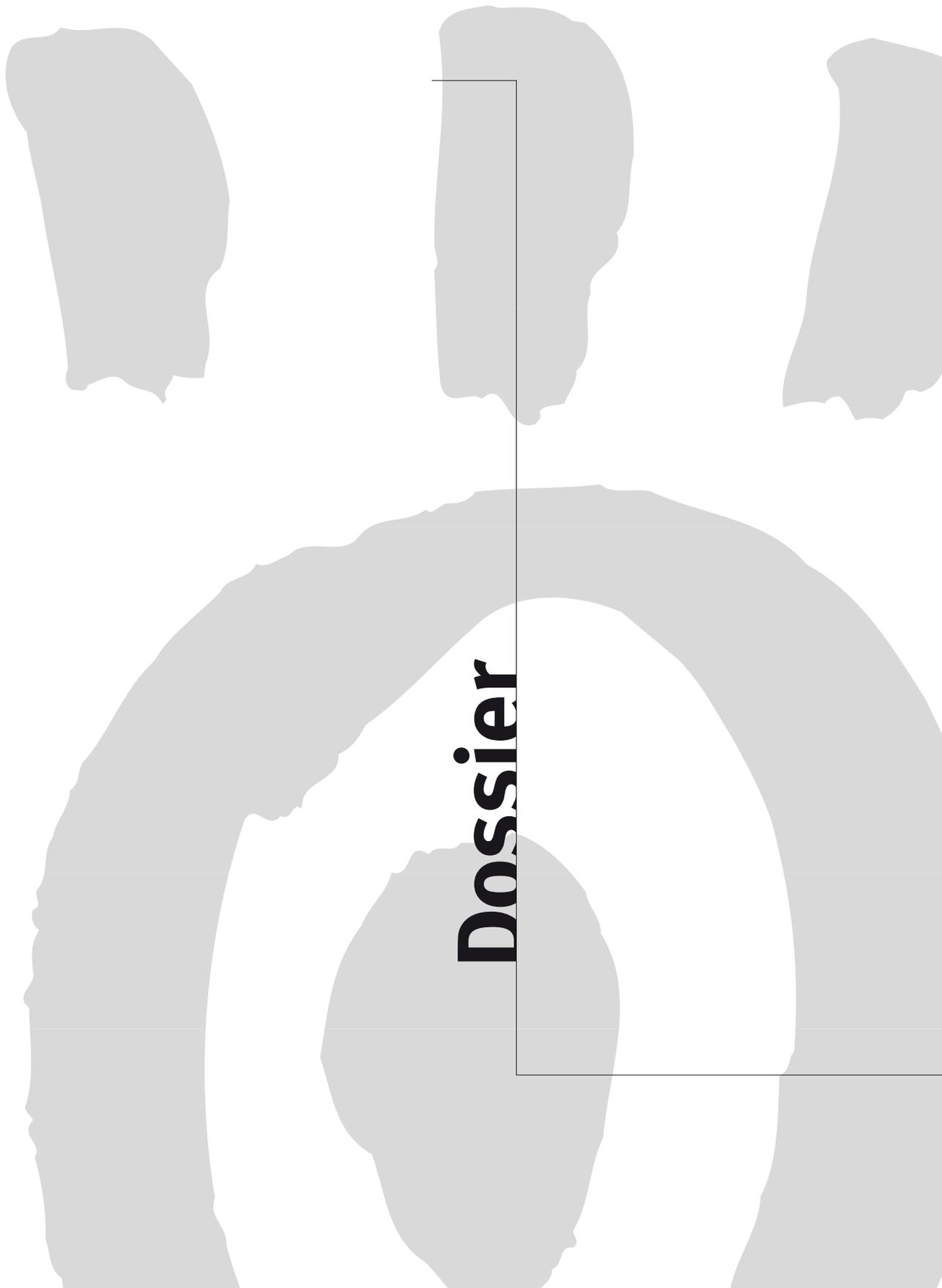
4. Se há algum tópico que nos mereça algumas reservas esse é, precisamente, o do lugar do direito na protecção do ambiente. Logo nas páginas iniciais, a Autora recorre às metáforas para nos colocar de sobreaviso contra a regulamentação do ambiente. Esta “assemelha-se a um cavalo de Tróia que entra para dentro das muralhas do direito, confiadamente, pela mão dos juristas que não lhe reconhecem o perigo”⁶. O perigo é o de um direito vergado ao discurso científico que, por sua vez, está vergado ao discurso do poder.

Esta angústia durante a *techne* a que não são alheias algumas perplexidades da antropologia pessimista, do género das de A. Gehlen e Helmut Schelsky está praticamente presente em muitos ramos do direito actual (direito biomédico, direito de segurança. Direito do urbanismo, direito tributário, etc.). Também no direito, o direito do ambiente tem de procurar a sua cidade e não é claro se o lugar do direito no ambiente é o de fornecer limites para a defesa da liberdade perante as agressões tentaculares de natureza ecológica ou se ele deve reivindicar um papel activamente conformador. A capacidade directiva do direito foi, como se sabe, particularmente questionada nas teorias sistémicas. Também a moda do *direito soft* e do direito maleável marcou o seu encontro com o ambiente. A contratualização e o recurso a esquemas privatísticos representaram e representam um outro modo de aceitação jurídica da regulamentação ambiental. Um direito *hard* perfila-se na tipificação dos crimes ambientais e na definição de contra-ordenações. Como em qualquer ciência também o direito aprende com as experiências e com a comparação. O caminho metódico do acesso a um direito ambiental é como diz a Autora “aprender a agir com múltiplos saberes, sem os descaracterizar como aprender a conviver com o risco, uma aprendizagem que os nossos antepassados, ao sulcarem mares desconhecidos, tacteando caminhos, pela primeira vez empreenderam”⁷. A “intra-multi-trans-interdisciplinaridade” fornece a Doutora Maria da Glória Garcia a abertura para diálogos e confrontos, para análises integradas ou aproximações de multiperspectividade, para metateorias transdisciplinares. De todo o modo, o direito do ambiente não pode deixar de procurar ordem e reflexão em torno do material inabarcável das regulações difusas do ambiente. Como ciência cabe-lhe fornecer categorias e conceitos de sistematização. Como “direito novo” pertence-lhe adiantar princípios, institutos, formas de actuação, esquemas de decisão e de valoração.

José Joaquim Gomes Canotilho

⁶ Obra cit., p. 11.

⁷ Obra cit., p. 498.

A large, light gray, stylized number '2' is centered on the page. The number has a rough, torn-paper-like edge. A thin black rectangular border is superimposed over the right side of the number, framing the word 'Dossier'.

Dossier

O risco de inundação em Portugal

O risco de inundação em Portugal

I – Inundações e alterações climáticas

1. As inundações são um dos riscos naturais mais importantes no território nacional. Na verdade, segundo dados do CRED (Centro de Investigação sobre a Epidemiologia dos Desastres), da Universidade Católica de Louvain, quatro das catástrofes naturais mais graves ocorridas em Portugal, desde 1900, foram exactamente inundações: em Novembro de 1967 (462 mortos), em Dezembro de 1981 (30 mortos), em Janeiro de 1979 (19 mortos), e em Novembro de 1983 (19 mortos).

Se olharmos, não para as vítimas mortais, mas para o número de pessoas directamente afectadas ou seja, as que carecem de assistência imediata durante o período da emergência, incluindo pessoas deslocadas ou evacuadas, os números sobem muito rapidamente. Considerando o total das maiores cheias de sempre, em Portugal (1967, 1979, 1981, 1983, 1996, 1997, 2006) o número de afectados chega a atingir as 50 000 pessoas, números só ultrapassados pelos fogos florestais (que no entanto apresentam um número de vítimas mortais significativamente menor: desde 1900 até hoje apenas 60 pessoas, contra as 578 vítimas das inundações).

Desastre	Data	Vítimas mortais
Inundação	Novembro 1967	462
Onda de Calor	Julho 2006	41
Inundação	Dezembro 1981	30
Tempestade	Outubro 1997	29
Inundação	Janeiro 1979	19
Inundação	Novembro 1983	19
Incêndio	Mai 2005	15
Incêndio	Junho 1986	15
Incêndio	Janeiro 2003	14

Fonte: "EM-DAT: The OFDA/CRED International Disaster Database www.emdat.be - Université Catholique de Louvain



Vila Nova de Gaia, Av^a Diogo Leite em Janeiro de 1962 (SNIRH)



Rio Sabor, ponte da EN 102 em Janeiro de 1962 (SNIRH)

Também quanto aos danos patrimoniais, os números são bem expressivos: na falta de métodos uniformizados de cálculo das perdas económicas, estimam-se em pelo menos 140000 euros os danos patrimoniais directos.

A importância da prevenção do risco de inundação resulta, portanto, da frequência da sua ocorrência, do número de pessoas que afecta e dos prejuízos materiais que as inundações provocam, sobretudo nas zonas urbanas.

2. Apesar de não ser correcto atribuir às alterações climáticas a origem de todas as catástrofes naturais, concordamos com Maarten K. van Aalst quando afirma que as alterações climáticas contribuíram bastante para o aumento do risco de inundação, ao aumentar quer a frequência quer a intensidade da precipitação (MAARTEN K. VAN AALST, “The impacts of climate change on the risk of natural disasters”, *Disasters*, 2006).

Desta relação entre o risco de inundação e as alterações climáticas resulta que as medidas de atenuação destas últimas serão também medidas de prevenção do risco de inundação. Esta relação está bem patente no Livro Verde da Comissão Europeia, relativo à “Adaptação às alterações climáticas na Europa – possibilidades de acção da União Europeia” [COM (2007) 354 final]. Neste Livro afirma-se a importância da “adaptação”, que é toda “a acção empreendida para enfrentar as alterações climáticas (...)” para resolver os problemas actuais, e também para antecipar as alterações que venham a ocorrer, com o objectivo de reduzir os riscos.



Ribeira de Santarém em Novembro de 2005 (Filipa Scarpa)



Loures, em Fevereiro de 2008 (Jornal Público)

As preocupações das instâncias europeias com o risco de inundação revelam-se igualmente na adopção da Directiva n.  2007/60/CE, de 23 de Outubro, relativa   avaliação e gestão dos riscos de inundações. Também esta directiva pressupõe que as altera es climáticas têm efeitos no aumento do risco de inundação. Na realidade, o capítulo II, relativo   avaliação preliminar de riscos, impõe que a avaliação deve tomar em considera o o impacto das altera es climáticas (artigo 4.  n.  2). Isto significa que, na avaliação do risco de inundação, os especialistas deverão ter em conta n  só os registos históricos de inundações, mas também o aumento do risco de inundação que provavelmente resultará das altera es climáticas. Assim, tanto o aumento da intensidade, como da frequência da precipita o, devem agora ser tidos em considera o nos cálculos do risco, como mais um factor a ponderar. Este factor envolve, todavia, um nível elevado de incerteza, pelo que se trata ainda de medidas destinadas   redu o dos impactos das altera es climáticas, fundadas no princípio da precau o.

Outro dos factores que, ao lado das altera es climáticas, tem contribuído para o aumento do risco de inundação   a intensa ocupa o humana que se tem verificado nas zonas terrestres próximas de cursos e massas de água (zonas costeiras, zonas contíguas às margens dos rios, albufeiras, etc.). Na verdade, a edifica o intensiva que se tem verificado nestas zonas   duplamente potenciadora do risco. Por um lado, esta ocupa o representa, na maior parte dos casos, um aumento significativo da impermeabiliza o dos solos e, conseqüentemente, o incremento da probabilidade de ocorrência de uma cheia – aumenta, portanto, a perigosidade. Por outro lado, ela aumenta a exposi o da popula o e dos bens econ micos ao risco de inunda o, ou seja, aumenta a vulnerabilidade.

O que nos leva a pensar que uma correcta aproxima o ao problema passa por medidas de ordenamento territorial e pela inclusão, nos instrumentos de planeamento, de cartas de riscos e de indica es claras quanto às zonas *non edificandi* e às percentagens de impermeabiliza o dos solos. Vejamos, a este propósito, como tem evoluído o ordenamento jurídico nacional.

II – Estratégias de redução do risco de inundação

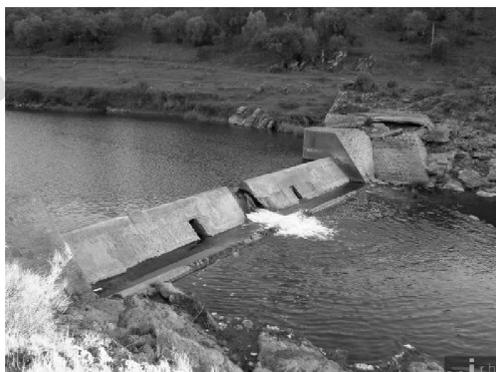
A redução do risco de inundação pode ser operada através de vários tipos de estratégias. Segundo alguns autores, as medidas de prevenção do risco podem ser de índole estrutural ou não-estrutural (DELTA SOUSA E SILVA, *Risco de cheia: vias para a sua mitigação*, Lisboa, 2005, Edições LNEC, p.3). As medidas ditas estruturais actuam sobre as linhas de água, isto é, sobre a perigosidade. As medidas não-estruturais actuam no domínio da redução da vulnerabilidade, ou seja, procuram diminuir a exposição ao perigo.

Entre as medidas estruturais inclui-se a construção de barragens, diques e outras obras hidráulicas que visam controlar o risco de inundação.

No campo das medidas não-estruturais incluem-se, por exemplo, as medidas de ordenamento do território e as regras de construção que versem sobre a adaptação dos edifícios ao risco de inundação. Incluem-se ainda nesta categoria a instalação de sistemas de pré-aviso e a criação de sistemas de seguros contra o risco de inundação.

No que concerne às medidas estruturais, tomadas no nosso país, destaca-se a construção de barragens. No âmbito da construção de barragens, é digna de referência a regulamentação relativa à construção de barragens que prevê expressamente a finalidade de controlo de cheias (veja-se, a este propósito, e a título de exemplo, o preâmbulo do Decreto-lei n.º 344/2007, que aprova o regulamento de segurança de barragens).

As medidas não-estruturais referem-se a instrumentos de redução ou mitigação do risco de inundação por via da diminuição da exposição aos perigos. Incluem-se nesta categoria os sistemas de aviso e as medidas previstas nos diplomas relativos ao regime jurídico do domínio público hídrico, nos instrumentos de gestão do território, e em especial no regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional (REN).



Descarregador em Janeiro de 2005 (SNIRH).



Pormenor do descarregador (soleira delgada) de cheia em Dezembro de 2003 (SNIRH).

Quanto à instalação de sistemas de aviso e vigilância, o INAG assume, nesta matéria, um papel de destaque, sendo a entidade à qual compete o acompanhamento das situações hidrológicas extremas, designadamente das cheias e inundações.

A Portaria n.º 529/2007, de 30 de Abril, aprova os Estatutos do INAG e prevê a existência de um Departamento de Monitorização e Sistemas de Informação do Domínio Hídrico, ao qual compete a gestão do Sistema Nacional de Informação de Recursos Hídricos (SNIRH), que é o sistema de informação sobre a água do Ministério do Ambiente, onde se incluem as informações sobre cheias.

Para se proceder à monitorização do risco de inundação existe um Sistema de Vigilância e Alerta de Cheias (SVAC) que é um subsistema do SVARH (Sistema de Vigilância e Alerta de Recursos Hídricos).

Apesar de este sistema ser anterior à Lei n.º 58/2005, que transpõe a Directiva-Quadro das Águas, ele não deixa de contribuir para o cumprimento da obrigação de criar sistemas de alerta para salvaguarda de pessoas e bens, imposta por esta lei.

III – A construção gradual de um “direito da prevenção das inundações”

1- O domínio hídrico

Os primeiros textos legais a abordar a questão do risco de inundação foram os diplomas relativos ao regime jurídico dos terrenos incluídos no domínio público hídrico. O Decreto-lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, é o primeiro diploma que estabelece, de forma expressa, instrumentos de prevenção do risco de inundação. Com efeito, podemos constatar que o diploma prevê um aumento da extensão das áreas pertencentes ao domínio público ou sujeitas a servidões de utilidade pública. Este facto só por si não seria relevante. O que cumpre destacar é sobretudo a fundamentação para o aumento dessa extensão. Na verdade, diz-se que tal aumento é realizado “por motivos imperiosos de interesse público e também para defesa dos proprietários confinantes”. Esta defesa reportava-se já, indubitavelmente, ao risco de inundação.

Por outro lado, foi criada uma nova figura jurídica: as zonas adjacentes. Trata-se de zonas que, apesar de se situarem para lá das margens, devem ser consideradas como terrenos ameaçados pelas inundações. Sublinha-se mesmo que o controlo das edificações a erigir em tais zonas, confiado aos serviços hidráulicos, é a forma mais eficaz de prevenir acidentes graves. Apesar desta possibilidade de integrar a consideração do risco de inundação no planeamento urbanístico, a verdade é que a primeira zona adjacente, aplicada na ribeira de Lage (Lisboa), só foi delineada cerca de 15 anos após a entrada em vigor do diploma (DELTA SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, p.12).



Jardim do Palácio do Marquês de Pombal, em Oeiras, em Fevereiro de 2008 (Adriano Pereira).

Mas o Decreto-lei n.º 468/71 foi alterado pelo Decreto-lei n.º 53/74, de 15 de Fevereiro, e pelo Decreto-lei n.º 89/87 de 26 de Fevereiro. Este último diploma veio delimitar, dentro das zonas adjacentes, áreas de ocupação proibida e áreas de ocupação edificada condicionada. No entanto, a principal inovação deste decreto foi a de exigir um parecer vinculativo do Instituto da Água para eventuais projectos de urbanização e operações de loteamento em áreas contíguas a cursos de água, mesmo que não tenham sido qualificadas como zonas adjacentes. Isto permitiria colmatar uma eventual inércia do Governo no que respeita à definição de zonas adjacentes. Para além disso, os municípios passaram a ter o poder de solicitar a classificação de certas áreas como adjacentes.

Mais recentemente, a Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos, veio revogar os capítulos I e II do Decreto-lei n.º 468/71. No entanto, os critérios de delimitação das zonas adjacentes permaneceram inalterados (artigos 22.º, 23.º e 24.º). No artigo 25.º estabelecem-se as restrições de utilidade pública a que estão submetidas as zonas adjacentes. A única alteração digna de nota é o alargamento da legitimidade para propor a classificação das áreas ameaçadas pelas cheias como zonas adjacentes (artigo 23.º n.º2). Agora, o processo de classificação pode ser iniciado não só pelo Governo ou pelos Municípios mas também pelo Instituto da Água e pelo Instituto da Conservação da Natureza.

A Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprova a Lei da Água, transpondo para a ordem jurídica nacional a Directiva-Quadro das Águas (Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro, que estabelece as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas), acolhe também, entre os objectivos dos planos de gestão das bacias hidrográficas, o da prevenção e protecção contra riscos de cheias e inundações. Esta lei refere também o estabelecimento de medidas como a proibição e o condicionamento da edificação, para efeitos de prevenção e protecção de pessoas e bens e exige ainda que os instrumentos de planeamento territorial estabeleçam as restrições necessárias para reduzir o risco e os efeitos das cheias no caso de ausência da delimitação e classificação das zonas inundáveis ou ameaçadas pelas cheias.

2 - A gestão do território

Para além dos textos legais relativos ao domínio público hídrico, podem também encontrar-se medidas de prevenção e redução do risco nos instrumentos de gestão do território.

O Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT), aprovado pela Lei n.º 58/2007 tem, como um dos seus vectores de planeamento, o risco. Nessa medida, todos os instrumentos de gestão territorial deverão ter em consideração o risco no momento da concretização das opções do PNPOT (artigo 10.º da Lei n.º 48/98, que estabelece as Bases da Política do Ordenamento do Território e do Urbanismo; e artigo 26.º do Decreto-lei n.º 380/99, que estabelece o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial –RJIGT). Na verdade, decorre do princípio da hierarquia, a obrigação de os planos de ordem hierárquica inferior respeitarem os planos hierarquicamente superiores. Encontrando-se o PNPOT no topo desta hierarquia, torna-se evidente que o risco de inundação deverá ser um factor a ter em conta no momento da elaboração de qualquer instrumento de gestão do território. Se tal não acontecer, o plano deverá ser considerado nulo nos termos do artigo 102.º do RJIGT.

A consideração do risco, no âmbito do procedimento de planeamento, é extremamente importante. Ela permite actuar simultaneamente sobre a vulnerabilidade – quando, por exemplo, não permite a edificação ou quando estabelece condicionamentos à mesma – e sobre a perigosidade – quando evita a impermeabilização de certos solos.

No contexto da gestão do território, merece destaque o regime da Reserva Ecológica Nacional (REN). Com efeito, os planos de ordenamento do território têm de respeitar o regime jurídico da REN, visto que este constitui um dos “limites à discricionariedade de planeamento” (Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, p.).

A REN foi criada pelo Decreto-lei n.º 321/83, de 5 de Julho (posteriormente revogado pelo Decreto-lei n.º 93/90, de 19 de Março, que por sua vez foi revogado pelo Decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto) com a finalidade de salvaguardar a estrutura biofísica do território, condição necessária à permanência de valores económicos sociais e culturais (preâmbulo, §2). Podia, por isso, afirmar-se que o regime da REN constituía já um instrumento de prevenção do risco de inundações, na medida em que também ele delimitava áreas nas quais eram proibidas edificações que contribuam para o aumento deste risco, pondo em causa tanto valores humanos como valores ecológicos.

Inicialmente, a REN não se aplicava às áreas urbanas, mas em 1998, o Decreto-lei n.º 364/98, de 21 de Novembro, veio estabelecer expressamente a obrigatoriedade de elaboração de cartas de zonas inundáveis nos municípios com aglomerados urbanos que alguma vez tenham sido atingidos por cheias após 1967. A carta de zonas inundáveis demarcaria as áreas atingidas pela maior cheia conhecida. No entanto, o diploma referia expressamente, no artigo 1.º n.º 1, que tal exigência só se colocaria se a zona não estivesse já classificada como zona adjacente.

Assinala-se ainda, no âmbito deste diploma, que os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) deveriam incluir a delimitação das zonas inundáveis nas plantas de síntese (artigo 2.º n.º1) e estabelecer as restrições necessárias para fazer face aos riscos de cheia no seu regulamento (artigo 2.º n.º2). Nestas restrições incluíam-se: medidas de manutenção e recuperação da permeabilidade dos solos; medidas de condicionamento ou proibição de edificação.

No artigo 3.º previa-se a possibilidade de actualizar a demarcação das zonas inundáveis em função da ocorrência de cheias com maior magnitude do que aquelas que tinham sido inicialmente consideradas. Isto significava que, no caso de ocorrer uma inundações com uma magnitude superior àquela que estava inicialmente prevista, para a inundações mais grave, deveria proceder-se a uma redefinição dos limites das zonas inundáveis, obviamente no sentido da sua ampliação.

Este diploma fixava também o dever de os alvarás relativos ao licenciamento de operações de loteamento, de obras de urbanização ou de obras particulares em terrenos que se situassem em zonas inundáveis, conterem obrigatoriamente a menção deste facto (n.º 1 do artigo 4.º). Dava-se, desta forma, cumprimento a um dos objectivos do diploma: assegurar às populações o conhecimento de uma situação que as pode afectar. O não cumprimento desta obrigação podia ser considerado como uma omissão ilícita da administração que acarretaria a responsabilidade dos órgãos administrativos incumbidos de o fazerem e deveria ser sancionada nos termos do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (actualmente, o artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, alterada pela Lei n.º 31/2008 de 17 de Julho).

Ora, uma das críticas mais apontadas a este diploma era a de apenas fixar as condutas proibidas, não afirmando, pela positiva, as condutas permitidas nas zonas classificadas como REN. Em resposta a esta crítica, o Decreto-lei n.º 180/2006, de 6 de Setembro, veio rever o regime da REN e identificar um conjunto de usos e acções compatíveis com a afectação de certas áreas à reserva ecológica, uma vez que não põem em causa a permanência dos recursos, valores e processos ecológicos que a REN pretende preservar. Estas acções estão previstas no anexo IV. Apenas a título de exemplo podem referir-se: a instalação de estufas para produção agrícola, em estrutura ligeira; a implantação de pequenas estruturas

e infra-estruturas de rega; a construção de habitação para fixação em regime de residência própria e permanente dos agricultores; implantação de apoios às zonas de recreio balnear; alterações ou ampliações de estabelecimentos industriais; novas explorações de recursos geológicos ou ampliação das já existentes; produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis; ampliação de edificações existentes destinadas a habitação e outras não abrangidas pelos números anteriores, nomeadamente empreendimentos turísticos, hotéis rurais, equipamentos de utilização colectiva, etc. Note-se, porém, que alguns destes usos poderão depender de uma comunicação prévia ou uma autorização da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional competente (artigo 4.º n.º2).

Neste regime da REN, o risco de inundação assumia já um relevo especial. Da análise do anexo IV podia depreender-se que, nas zonas ameaçadas pelas cheias, a maior parte das acções insusceptíveis de prejudicar o equilíbrio ecológico estava sujeita a autorização ou, pelo menos, a comunicação prévia. Para além disso previa-se, no anexo V, um conjunto de acções que, apesar de não porem em causa o equilíbrio ecológico das áreas integradas na REN, só seriam permitidas se não prejudicassem a livre circulação das águas.

Actualmente, o regime jurídico da REN está contido no Decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, que revogou o Decreto-lei n.º 93/90, de 19 de Março. O Decreto-lei n.º 166/2008 veio conferir ao risco de inundação uma atenção sem precedentes nos diplomas que anteriormente versavam sobre o regime jurídico da REN.

Agora a prevenção e redução do risco de inundação passa a figurar de forma explícita no elenco dos objectivos da REN (artigo 2.º n.º 3 e)).

Para além disso, foram criadas *as áreas de prevenção de riscos naturais* (artigo 4.º n.º 4), nas quais o risco de inundação assume especial destaque. Na verdade, três dos cinco tipos de áreas de prevenção de riscos naturais reportam-se expressamente ao risco de inundação: *zonas adjacentes* – alínea a); *zonas ameaçadas pelo mar* e *zonas ameaçadas*



Jardim do Palácio do Marquês de Pombal, em Oeiras, em Fevereiro de 2008 (Adriano Pereira).



Inundação na Europa (Dwight Peck, Secretariado da Convenção de RAMSAR)

pelas cheias não classificadas como zonas adjacentes nos termos da Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos (a acima citada Lei n.º 54/2005) – alíneas b) e c) respectivamente. Estas áreas são definidas na Secção III do Anexo I. Como podemos verificar, o novo regime da REN acaba por acolher uma figura jurídica com tradição no âmbito do regime do domínio público hídrico: *a zona adjacente*.

O acolhimento desta figura jurídica, aliado à obrigação de os municípios delimitarem as áreas integradas na REN (artigo 9.º) pode constituir um avanço importante na prevenção do risco de inundação, visto que poderá contribuir para acabar com a inércia que se tem verificado até ao momento no que respeita à criação de zonas adjacentes. Nos termos do artigo 43.º n.º 1, a delimitação da REN a nível municipal terá de ser feita no prazo de três anos contando a partir da publicação das orientações estratégicas que, por seu turno, têm de ser elaboradas no prazo de um ano a contar da data de tomada de posse da Comissão Nacional da REN (artigo 41.º n.º1).

Os usos e acções compatíveis com os objectivos de protecção ecológica e ambiental e de prevenção e redução de riscos naturais de áreas integradas na REN são fixados no Anexo II. Criaram-se novas categorias de usos e acções compatíveis, e algumas das já existentes foram reorganizadas. A título de curiosidade, acrescentou-se a possibilidade da instalação de campos de golfe (excluindo as áreas edificadas) em zonas adjacentes, desde que obtida a respectiva autorização. Outro exemplo das alterações operadas foi a possibilidade da prática da actividade agrícola em masseiras nas zonas adjacentes passou a ser permitida após a obtenção de uma autorização.

IV – O futuro do “direito da prevenção das inundações”: a Directiva relativa à avaliação e gestão do risco de inundação

Além dos diplomas já analisados, outros diplomas enquadradores abordam igualmente o risco de inundação.

O Quadro de Referência Estratégico Nacional (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2007), por exemplo, prevê que os fundos estruturais e de coesão poderão ser canalizados para o financiamento de medidas de redução e prevenção do risco de inundação.

Também o Plano de Implementação da Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável 2005-2015 (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2007 de 20 de Agosto de 2007) sugere várias medidas de prevenção e redução do risco de inundação: a criação de sistemas de incentivos à requalificação e reconstrução urbana; a adopção de soluções arquitectónicas inovadoras; o zonamento das áreas ameaçadas por cheias e inundações; a definição dos usos compatíveis nas áreas inundáveis de acordo com a magnitude do risco; as medidas de salvaguarda e as medidas de prevenção e mitigação desses riscos; e o reforço da capacidade de monitorização e gestão das áreas inundáveis.

Ao nível supra-nacional, esta é uma preocupação cada vez mais presente no dia a dia das Instituições Europeias. O Tratado de Lisboa, por exemplo, inclui um novo preceito a propósito da protecção civil: “a União incentiva a cooperação entre os Estados-Membros a fim de reforçar a eficácia dos sistemas de prevenção das catástrofes naturais ou de origem humana e de protecção contra as mesmas” (artigo 196.º). Aqui, os objectivos a atingir ao nível europeu são: apoiar e completar a acção dos Estados-Membros ao nível nacional, regional e local em matéria de prevenção de riscos, de preparação dos intervenientes na protecção civil nos Estados-Membros e de intervenção em caso de catástrofe natural ou de origem humana na União; promover uma cooperação operacional rápida e eficaz na União entre os serviços nacionais de protecção civil; favorecer a coerência das acções empreendidas ao nível internacional em matéria de protecção civil.

A este propósito, digna de ser assinalada é também a cláusula de solidariedade, prevista no artigo 222.º: “A União e os seus Estados-Membros actuarão em conjunto, num espírito de solidariedade, se um Estado-Membro for alvo de um ataque terrorista ou vítima de uma catástrofe natural ou de origem humana”.

Mas o momento mais marcante da regulamentação deste risco natural, ao nível europeu, foi a adopção de uma Directiva visando harmonizar os regimes nacionais de prevenção de inundações. A percepção de que nem a Directiva-Quadro das Águas, nem os mecanismos de protecção civil, eram suficientes para lidar com os riscos de inundações, levou o Parlamento e o Conselho à adopção da Directiva 2007/60/CE, de 23 de Outubro, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações. Esta directiva vem assegurar um tratamento jurídico autónomo do risco de inundação. Para além disso, pelo seu carácter pioneiro, poderá mesmo vir a constituir um modelo de futuros enquadramentos legais da prevenção de outros tipos de riscos.

Todavia, é de realçar que a Directiva Inundações não opera uma ruptura total com o quadro jurídico existente, exigindo, pelo contrário, que os Estados-Membros procedam à articulação desta, com a Directiva-quadro das águas, a qual continua, portanto, a ser um instrumento importante nesta matéria, apesar das suas insuficiências.

Aliás, os dados recolhidos pelos Estados-Membros no momento da elaboração dos planos de gestão de bacia hidrográfica – em cujas finalidades se inclui a atenuação dos efeitos das inundações – poderão ser utilizados no momento da avaliação preliminar dos riscos de inundações (capítulo II da Directiva 2007/60/CE).

Sendo o prazo de transposição de cerca de dois anos (até 26 de Novembro de 2009), é de esperar que o Estado português o venha a fazer mais cedo, em virtude da recomendação da Assembleia da República que, nesse mesmo sentido, aprovou a Resolução n.º 15/2008, de 3 de Abril de 2008. Deste modo, e independentemente do disposto na Directiva, o Governo está obrigado a prevenir o risco de inundação através da adopção de um Plano

Nacional de Redução do Risco de Inundações que estabeleça um conjunto de medidas nas áreas do planeamento, da prevenção e da resposta operacional às ocorrências.

Antes de mais, a directiva obrigará o legislador nacional a um esforço de precisão conceitual quanto aos conceitos de inundação e de cheia. Com efeito, apesar de serem tomadas como sinónimas pelo público em geral, e pelo próprio legislador nacional em determinadas situações, as expressões “inundação” e “cheia” reportam-se a realidades distintas.

De acordo com o Glossário Internacional de Hidrologia da UNESCO/OMM (Organização Meteorológica Mundial), a inundação é uma “submersão de áreas fora dos limites normais de um curso de água ou [uma] acumulação de água proveniente de drenagens, em zonas que normalmente não se encontram submersas”. Nos termos do mesmo glossário, cheia pode definir-se como “uma subida, geralmente rápida, do nível de um curso de água até um máximo a partir do qual desce em geral mais lentamente”.

O art. 2.º n.º 1 da directiva 2007/60/CE, por seu turno, define inundação como a: “cobertura temporária por água de uma terra normalmente não coberta por água. Inclui as cheias ocasionadas pelos rios, pelas torrentes de montanha e pelos cursos de água efémeros mediterrânicos, e as inundações ocasionadas pelo mar nas zonas costeiras, e pode excluir as inundações com origem em redes de esgotos”. Ao contrário da OMM, a Directiva não prevê uma definição de cheia.

Do confronto dos dois conceitos resulta que a definição fornecida pela Directiva tem um âmbito diferente da definição dada pela OMM. Na verdade, a definição da Directiva inclui no conceito de inundação a cobertura temporária de uma terra por águas do mar, sendo por isso mais abrangente do que a definição da OMM. Nestes casos existe a submersão de terras normalmente não cobertas por água sem ocorrência de cheias, uma vez que não estamos a falar de cursos de água.

O facto do conceito de inundação da Directiva ser mais abrangente reveste especial importância na medida em que se estendem os deveres de prevenção do risco de inundação a situações que poderiam ter ficado excluídas se adoptasse, por exemplo, o conceito da OMM.

Quanto à estrutura da directiva, o capítulo I da directiva começa por estabelecer as disposições gerais, designadamente, as definições de inundação e risco de inundação acima expostas. De seguida, no capítulo II, prevê-se a avaliação preliminar dos riscos de inundações.

Com base nos dados obtidos durante a fase da avaliação preliminar, determina-se no capítulo III a criação de dois tipos de cartas: as cartas de zonas inundáveis e as cartas de riscos de inundações. As cartas de zonas inundáveis são cartas de perigo, isto é, são cartas que nos indicam a probabilidade de ocorrência de uma inundação numa determinada zona geográfica. As cartas de riscos de inundações, por seu turno, são cartas que indicam as consequências que a ocorrência das inundações acarreta para o homem, para o ambiente, e para as actividades económicas.

A partir destas cartas, o capítulo IV impõe o dever dos Estados-Membros elaborarem planos de gestão dos riscos de inundações. Estes planos deverão assentar em três pilares: *prevenção*, *protecção* e *preparação*. Dada a proximidade dos dois conceitos, aproveitamos para distinguir a prevenção da preparação.

Na *prevenção* incluem-se todas as acções que são tomadas para a prevenção do risco ou para a redução do perigo para as pessoas, para o ambiente e para o património. Apesar de a *Directiva Inundações* não definir *prevenção*, o Decreto-lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, contém uma definição expressa de *medidas preventivas*: “qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados

ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços” – artigo 11.º n.º 1 n). Parece-nos que nada obsta a que este conceito seja aproveitado no contexto da prevenção do risco de inundação, até porque os diplomas referidos têm pelo menos um objectivo em comum: a prevenção de danos ambientais. Incluem-se por isso na prevenção do risco de inundação os planos que proíbem a edificação em zonas expostas a inundações.

A *preparação* consiste no estado de preparação ou na capacidade, seja em termos de recursos humanos, seja em termos de recursos materiais, para assegurar uma resposta rápida em caso de emergência, através de uma acção tomada antecipadamente. A criação de um sistema de previsão e alerta precoce insere-se na lógica da preparação.

Sublinha-se ainda que os Estados-Membros devem, em nome da solidariedade, abster-se de adoptar medidas que agravem significativamente os riscos de inundações, sobretudo se os seus efeitos se fizerem sentir noutro Estado, salvo se tais medidas tiverem sido coordenadas e acordadas entre os Estados. No caso português, este problema coloca-se apenas em relação à Espanha. Não podemos deixar, portanto, de mencionar a Convenção sobre Cooperação para a Protecção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas e o Protocolo Adicional. Esta convenção foi aprovada, para a ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 66/99. Nos termos do artigo 4.º, Portugal e Espanha comprometem-se a coordenar acções que contribuam para mitigar os efeitos das cheias. O artigo 10.º f) assinala novamente a adopção, individual ou conjunta, de medidas técnicas, jurídicas, administrativas ou outras necessárias para prevenir, eliminar, mitigar ou controlar os efeitos das situações excepcionais de cheia. No artigo 18.º, cuja epígrafe é “Cheias”, estabelecem-se várias obrigações. O n.º 1 exige a coordenação das actuações das Partes e o estabelecimento de mecanismos excepcionais para minimizar os efeitos das



Ribeira de Frades em 2001 (SNIRH)



Auto Estrada AE1, em Coimbra Sul, em 2001 (SNIRH)

cheias. No n.º 3 impõe-se o dever de transmitir imediatamente às autoridades, previamente definidas, a informação sobre a existência de uma situação susceptível de provocar uma cheia na outra parte. Quanto ao n.º 4, prevê o dever de comunicar “em tempo real, durante as situações de alarme de cheia, os dados de que disponham sobre precipitação, caudais, níveis, situação de armazenamento das albufeiras e condições da sua operação, para apoiar a adopção das estratégias de gestão mais adequadas e a coordenação dessas estratégias”. Destacamos, por último, a possibilidade de, durante a situação de alarme de cheia, a Parte afectada solicitar à outra Parte a adopção das medidas previstas, ou de quaisquer outras que se considerem necessárias para prevenir, eliminar, mitigar ou controlar os efeitos das cheias (n.º5).

Outro aspecto digno de nota é a previsão do direito à informação e da consulta do público (artigo 10.º). Este preceito obriga os Estados-Membros a disponibilizarem ao público a avaliação preliminar dos riscos de inundações, as cartas de riscos de inundações e os planos de gestão dos riscos de inundações. Para além disso, os Estados deverão promover a participação activa dos interessados na elaboração, reexame e actualização dos planos de gestão dos riscos de inundações.

A garantia do direito de participação e do direito de informação é importante por várias ordens de razões. Primeiro, porque permite que os cidadãos tomem conhecimento dos riscos e assumam a responsabilidade de tomar medidas de auto-protecção.

Em segundo lugar, porque aumenta a aceitação pública das medidas tomadas pelos Estados. Com efeito, a imposição de proibições ou condicionamentos à edificação é mal aceite tanto pelos cidadãos, como pelos próprios detentores do poder ao nível local, porque não existe uma percepção clara dos riscos. O risco é puro e simplesmente ignorado ou negado, condenando à partida todo o tipo de políticas de prevenção de riscos. Na verdade, a prevenção dos riscos exige a consciencialização dos riscos e a criação de uma *cultura de prevenção* que só pode ser alcançada através de acções continuadas de formação e informação, com o envolvimento dos cidadãos.

Por fim, uma das questões que mais perplexidade nos provoca é a mobilização do Fundo de Solidariedade da União Europeia. Na verdade, a existência do fundo e a expectativa de que ele possa ser acionado em caso de catástrofe natural pode conduzir os Estados-Membros a um relaxamento das medidas preventivas de situações de risco. Uma das hipóteses para atenuar este efeito dissuasor da prevenção e incentivar os comportamentos preventivos seria estabelecer uma espécie de direito de regresso do Fundo, nos casos em que se verifique que o Estado afectado não tomou as medidas preventivas que lhe eram exigíveis.

Apesar de tudo, a Directiva n.º 2007/60/CE terá sempre, independentemente de qualquer crítica que se possa apontar-lhe, o mérito de estabelecer uma disciplina jurídica autónoma dos riscos de inundações, sobretudo no caso da legislação portuguesa, que esteve sempre muito dispersa, o que indubitavelmente pode trazer vantagens ao nível da adequação e da eficácia das medidas preventivas a adoptar.

Por outro lado, tem o mérito de exigir um envolvimento forte tanto dos governantes locais como dos cidadãos. Se este envolvimento não for conseguido, qualquer política de prevenção ou redução de risco estará votada ao fracasso.

Por essa razão, é previsível que a legislação nacional que vier a ser adoptada com vista à transposição da Directiva 2007/60/CE venha a constituir um ponto de viragem na gestão do risco de inundações, com uma acentuação significativa da dimensão de prevenção de riscos.

CEDOUA



RevCEDÖUA

Summaries

The new land law regulation in Spain.

The law 8/2007 of 28th May is the first one, which rules Spanish town and country planning as “an organic set”, according to the expression contained in the beginning of its preamble, and the one that embraces a comprehensive vision of the entire Country territory. A fundamental innovation of this new law is the rejection of the land classification that has been adopted in consecutive laws, including the ones approved after the 1978 Constitution. The preamble justifies this omission stating that “planning land classification and categorization technique used – as it has been done by law – is an urban planning technique, therefore the legislator has no right to judge its opportunity”. The land classification that, by means of being abandoned by law, was left to the exclusive competence of the autonomic communities will face problems concerning its appliance to land basic situations. It is not unthinkable that one might want to recognize the missing areas to be urbanized in rural areas, for the town and country planning instruments – of autonomic competence – “foresees or allows its passage to urban land” (article 12,2 b). In short, law 8/2007 introduces a profound change in fundamental questions. We must still ascertain its efficiency, the resistance to its application and wait for the decision of the Constitutional Court.

José Luis Meilán Gil
Professor of Administrative Law at the University of A Coruña

The protection of the urban and natural environment through *actio popularis* (contentious and administrative action) in Spain.

In Spain, the inclusion of *actio popularis* in environmental laws is more frequent every day. The same thing happens with some town and country planning laws. However, only in the regulation of historical and artistic heritage protection, and mainly in town planning laws it is only possible to speak about the complete consolidation of *actio popularis*. It was in town planning laws that *actio popularis*, as we know it today, was presented for the first time in Spain. This happened in 1956 with the approval of a Land Law (Lei do Solo). Since the entry into force of art. 304 of the Legislative Decree 1/1992, of the 26th June, which approves the Revised Text of the Law on Land and Town Planning, the institute of *actio popularis* is kept in Spanish Town Planning Law.

Prof. M^a Dolores Rego Blanco
University Pablo de Olavide (Spain)

“Rainbow”, a global example: the first national marine protected area in perspective under waters with high seas status. Discovering the rainbow treasure.

The discovery of the fascinating ecosystem of the hydrothermal vent field *Rainbow* in an area of the Portuguese continental shelf beyond 200 NM opened the possibility for our country to leave, once again, a remarkable mark in the maritime odyssey history, this time due to a new gene for the understanding of the Law of the Sea. In 2006 Portugal proposed, under the framework of Annex V of OSPAR Convention, the designation at the *Rainbow* field of the first national marine protected area under waters with high seas status. The subsequent acceptance of the proposal within OSPAR turned Portugal into a pioneer example in the international scene of marine biodiversity protection. First, because the marine protected area is located in a zone of the continental shelf beyond 200 NM. Second, because the designation was accepted in a stage during which the process for the definition of the outer limits of the continental shelf was not concluded. Third, and consequently, because of the recognition of the Portuguese jurisdiction over the *Rainbow* field. The claim made by Portugal on the recognition of its jurisdiction are in accordance with the articulated interpretation of article 77.^o, n.^o 3, with articles 192.^o, 193.^o, and 194.^o, n.^o 5, of UNCLOS. The challenge of this study is to sensitise for the new juridical perspectives opened with the creation of a maritime protected area at the *Rainbow* field. In the first chapter we describe the *Rainbow* ecosystem (235 NM / 2270-2320 meters deep). In the second chapter we refer the controversies concerning the interpretation of the regime foreseen in UNCLOS, defending the strengthening of jurisdiction of coastal State on environmental issues. We then develop the claiming process and acceptance of Portuguese jurisdiction over the *Rainbow* field within OSPAR. The third chapter is dedicated to the evolution of the fundamental Portuguese legislation related to marine protected areas. Here, we analyse the impact that the protection of offshore ecosystems, such as *Rainbow*, will have on the modification of current juridical solutions. Due to its prospective feature, the autonomy granted to the marine environment and the novelty and adequateness of the solutions, we emphasize the recent legislative initiative of the Autonomous Region of the Azores, materialized on Regional Legislative Decree n.^o 15/2007/A. Finally, in the fourth chapter we reflect about the establishment of the specific protective regime of the *Rainbow* marine protected area and the powers of the coastal State. The immediate problem concerns the limitations to the power of the coastal State to restrain unilaterally the rights of third States (freedoms of the high seas). The *Rainbow* ecosystem is not specifically affected either by navigation or by fishing, in the way these activities are currently developed. The human activities susceptible of causing damage are mainly scientific research, ecotourism in a submersible and bioprospecting. The subsequently problem is the enforcement of the adopted measures. In both cases we interpret UNCLOS in the sense of strengthening the jurisdiction of coastal State. We conclude that biodiversity protection through marine protected areas compels the reinterpretation of the meaning of «freedom of the high seas».

Marta Chantal Ribeiro

(Assistant of the Faculty of Law of University of Porto and CIJE researcher).

The “Green” concerns of International Humanitarian Law.

Environmental protection in times of armed conflict is included in the frame of global environmental problems faced nowadays. The gap between human activity and the environmental survival imperatives (and consequently the survival of the human race) is not only reflected in “times of peace”, but it is mandatory also “in times of war”. Therefore, the risk in contemporary society increases with technological advance and the development of increasingly more powerful weapons, unleashing a “new concern” for International Humanitarian Law: the “eco-victim” next to the “human victim” in armed conflicts.

Under the point of view not only of International Humanitarian Law but also of International Law and the Use of Force (*ius ad bellum*), this brief article formulates an analysis about the international protection granted to environment in “armed conflict” situations. Similarly, it attempts a dialogue with Environmental Law as an essential point to improve environmental protection in times of war. As its main concern this article examines the problem of the increasing environmental impact caused by military actions and the development of new technologies of weapons. The analysis focuses on some principles of Droit de Genève, of Droit de la Haye, of 1976 ENMOD Convention, and on the International Court Advisory Opinion about the 1996 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. It concludes that there is a mandatory need to include environment as a normative limit-value to human activities of military characteristics, assuring, this way, future risks. The paths shown to change the “military” way of thinking about the environment are: a wider fundamental approach between Environmental Law and International Humanitarian Law, the promotion of an *eco-military culture* to be developed between military groups and commandos, and changes in the military-technical sphere.

Márcia Mieko Morikawa

Ph. D. student at the Faculty of Law of the University of Coimbra

Public participation in decisions concerning town and country planning and environment in Switzerland.

The public participation in “decisions” on town and country planning and environment in Switzerland is based on three pillars.

The first one is about the administrative procedures which lead to the adoption of plans – master plans and land use plans – or to administrative decisions. The second is the one concerning appeals from interested parties, which, in Switzerland, is traditionally called juridical protection. Finally, the third one relates to the instruments of direct democracy that complement the mechanisms of administrative or contentious procedures, sometimes overruling them and sometimes opposing to them.

Public participation in decisions concerning town and country planning and environment presents, in Switzerland, a double diversity. Right from the start, cantonal diversity: the cantons have used their discretionary powers in the domain of town and country planning

and the implementation of environmental law to establish degrees and modalities of public participation. Diversity of means: the instruments of direct democracy, which are specific Helvetic features add to administrative procedures and court litigation.

Besides their diversity, the different means of public participation are altogether a very developed system, which offers many possibilities of intervention to all interested players. This system has costs: a certain complexity, frequent delays, and sometimes the system blocks. Nevertheless it has the merit of integrating most of the disputes in the Rule of Law and of seeking a greater legitimisation for the administrative decisions. It certainly arouses important political debates, however, they do not focus in any way on what constitutes the essence of public participation: the instruments of direct democracy and the neighbours' opposition and appeals. Curiously, the debates are limited to the right of appeal granted to environmental organizations, which can be symbolically important but is statistically very marginal.

Thierry Tanquerel
Professor at Geneva University