

RevCED'0UA

N.º 11 _ Ano VI _ 1. 03

› Doutrina

La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire

Nicolas de Sadeleer

The use of tax instruments to deal with air pollution in Portugal

Claudia Soares

Regime Jurídico Florestal: A Afirmação de um Recurso

Dulce Lopes

› Intertextos

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Summaries

› Últimas Aquisições Bibliográficas

› Índice Ideográfico

11.

RevCEDÖUA

Doutrina

La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire

Resumo

En raison de la diversité de ses richesses naturelles, le Portugal est tenu tant au regard de dispositions contenues dans les conventions de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale et de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe qu'au regard des directives 79/409/CEE, concernant la conservation des oiseaux sauvages, et 92/43/CEE, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, de protéger un grand nombre d'habitats naturels. Le présent article systématise, pour les besoins des praticiens, l'ensemble des règles communautaires relatives à la protection des habitats en les mettant notamment en rapport avec les conventions internationales. En sus d'un examen attentif de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'auteur illustre son propos en commentant plusieurs décisions rendues par les juridictions administratives nationales, lesquelles, grâce aux techniques d'interprétation conforme et d'effet direct, collaborent utilement à l'oeuvre jurisprudentielle du juge communautaire.

1. Introduction

Dans le prolongement des obligations prévues par les conventions de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau et de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, le droit communautaire dérivé attache une importance particulière à la conservation des habitats naturels. Pour des raisons historiques, des zones de protection spéciale destinées à protéger les habitats des oiseaux sauvages ont d'abord vu le jour au titre de la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages (ci-après directive "oiseaux"). Suite à l'entrée en vigueur de la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (ci-après directive "habitats"), des zones spéciales de conservation destinées à protéger, hormis les sites ornithologiques, certains habitats naturels d'intérêt communautaire doivent également être désignées. A terme, les zones de protection spéciale couvrant les sites ornithologiques et les zones spéciales de conservation destinées à conserver d'autres types d'habitats sont appelées à se côtoyer à terme au sein d'un même réseau, dénommé Natura 2000, qui s'étendra du Tage à l'Oder, de la Sicile à la Fennoscandie.

Si les principes qui doivent guider les États membres dans l'élaboration de ce réseau international paraissent, à première vue, relativement simples, leur mise en oeuvre s'avère cependant délicate en raison de la coexistence de deux régimes de classement distincts. De plus, la portée des différentes obligations ne peut être correctement appréhendée sans faire un détour par la jurisprudence de la Cour de justice, laquelle est parvenue, dans plusieurs affaires, à baliser le pouvoir d'appréciation réservé aux États membres. Enfin, la

pratique de la Commission européenne et la jurisprudence administrative des autres États membres donne un relief nouveau à certains problèmes d'interprétation.

Il n'est pas toujours aisé d'exposer les règles afférentes à la conservation des habitats selon un découpage systématique dans la mesure où l'articulation entre les deux directives n'a pas été nécessairement bien pensée. L'on distinguera les obligations qui pèsent sur les États membres en ce qui concerne la désignation, la délimitation et le déclassement des deux types de zones (section 1) de celles afférentes à leur protection (section 2). En raison de leur spécificité, les obligations de protection des habitats et plus spécifiquement de désignation et de délimitation des zones de protection spéciale (directive "oiseaux") et des zones de conservation spéciale (directive "habitats") seront abordées séparément au sein d'une première section; la question du déclassement des zones désignées y sera également envisagée. En revanche, les régimes de protection découlant de l'obligation de désigner des zones de protection spéciale (directive — "oiseaux") et des zones spéciales de conservation (directive "habitats") pouvant faire l'objet d'une analyse transversale dans une seconde section. Bien que la mise en place du réseau communautaire soit étroitement liée à l'existence de mécanismes de cofinancement, et qu'il s'agit là d'une condition essentielle à la réussite de ce genre d'entreprise, notre contribution se limitera à expliciter la portée des obligations qui revêtent un caractère contraignant pour les autorités publiques. Enfin, dans une troisième section, on abordera les mécanismes de protection "automatique" des sites de reproduction et de repos de certaines espèces.

Section 1

Désignation, Délimitation et Déclassement des Zones Protégées

1. La conservation des habitats des oiseaux sauvages

A. L'obligation générale de conserver les habitats naturels des oiseaux sauvages

2. État de la question

L'article 3 de la directive "oiseaux" impose aux États membres dans des termes très généraux de "préserver, de maintenir ou de rétablir une diversité et une superficie suffisantes d'habitats pour toutes les espèces d'oiseaux" protégées par la directive notamment par "la création de zones de protection, la création de biotopes...". Une différence fondamentale oppose cette obligation générale de protéger tous les habitats à celle inscrite à l'article 4 dont l'objet a trait aux zones de protection spéciale. En raison de la référence qui est faite dans l'article 3 à l'article 2, les États peuvent pondérer, lors de la mise en place de leurs régimes de protection des habitats des oiseaux sauvages, les intérêts écologiques avec d'autres types d'intérêts. Ainsi, les exigences économiques et récréationnelles peuvent-elles être confrontées aux exigences écologiques de la conservation d'une espèce d'oiseau sauvage lors de la création d'une réserve naturelle où l'on ne retrouve ni des espèces migratrices ni des espèces inscrites à l'annexe I en nombre suffisant pour que le site doive être classé en zone de protection spéciale. La possibilité de pondérer les différents intérêts à ce stade se justifie pleinement puisque l'article 3 recouvre des ensembles géographiques nettement plus vastes que les zones de protection spéciale visées à l'article 4.

En raison de son libellé, cette disposition est dépourvue d'effet direct. Cela dit, la violation de cette disposition peut néanmoins être sanctionnée par la Cour de justice. Dans une affaire *Commission c. Irlande*, la Cour a constaté la violation de l'article 3 de la directive "oiseaux", du fait du surpâturage des tourbières hautes et des landes d'une ZPS.

B. L'obligation spécifique de classer des zones de protection spéciale

3. État de la question

Alors que l'article 3 de la directive concerne la sauvegarde des habitats de toutes les espèces d'oiseaux sauvages de la Communauté européenne, son article 4 oblige les États à adopter, de manière générale, des *"mesures de conservation spéciales concernant leur habitat"* et, en particulier, à classer différentes parties des territoires nationaux en zones de protection spéciale. Cette disposition est encore d'application dans la mesure où la directive "habitats" n'a pas introduit de modifications en ce qui concerne le stade initial du classement en zone de protection spéciale ¹. On verra par la suite, en revanche, que le régime de protection afférent aux zones désignées relève désormais de la directive "habitats".

Ratione loci, le classement concerne la *"zone géographique terrestre et maritime d'application de la directive"* (art. 4.1), la directive étant d'application *"sur le territoire européen des États membres auquel le traité est d'application"* (art. 1.1). Le régime de conservation des habitats prévu par la directive "oiseaux" ne se limite pas aux seules mers territoriales; il s'étend aux zones économiques exclusives des États ainsi qu'à leur plateau continental ².

Le classement doit porter sur les *"territoires les plus appropriés en nombre et en superficie à leur conservation"* dans le but *"d'assurer la survie et la reproduction dans leur aire de reproduction"* des espèces de l'annexe I. Cette annexe énumère les espèces menacées de disparition, celles qui sont vulnérables aux modifications de leur habitat et enfin celles qui, sans être menacées, nécessitent une attention particulière en raison de la spécificité de leur habitat ³. Des *"mesures similaires"* doivent enfin être prises à l'égard des espèces migratrices ⁴, les États devant notamment attacher *"une importance particulière à la protection des zones humides et tout particulièrement de celles d'importance internationale"*, lesquelles sont des sites de prédilection pour la migration de la sauvagine (art. 4, 2) ⁵. En raison des menaces qui pèsent sur les espèces énumérées à l'annexe I et du fait que les espèces migratrices forment un patrimoine commun de la Communauté, le régime de classement revêt un caractère *"spécifiquement ciblé et renforcé"* ⁶.

Aucune méthodologie commune n'a toutefois été proposée par la Commission européenne. En l'absence de critères communs, les États membres ont dû désigner leurs zones de protection spéciale sur la base de critères qui leur étaient propres, ce qui explique le caractère hétéroclite des zones désignées à ce jour. Qui plus est, le statut juridique des ZPS désignées est loin d'être homogène puisque l'on y retrouve des réserves naturelles domaniales et conventionnelles, des réserves de chasse, des parcs nationaux et naturels de même que des terrains militaires et des terrains ne faisant l'objet d'aucun régime de protection. Soucieuse de garantir une application uniforme de la directive "oiseaux", la Cour de justice a néanmoins précisé, dans les nombreuses affaires qu'elle a été appelée à trancher jusqu'à ce jour, la portée de l'obligation de désignation des zones de protection spéciale inscrite à l'article 4, paragraphes 1 et 2 de la directive "oiseaux" ⁷.

4. L'obligation de classer les sites les plus appropriés

A la différence de la directive "habitats" où la Commission et, le cas échéant, le Conseil jouent un rôle décisif dans la sélection des sites d'intérêt communautaire, la désignation des zones de protection spéciale relève pour une large partie de la compétence des États membres. Pour brouiller les pistes, la directive "oiseaux" n'établit aucun critère de sélection alors que l'annexe III de la directive "habitats" pêche par l'excès inverse. Quelle est, dès lors, l'étendue du pouvoir d'appréciation des États membres lors de la désignation de

leurs zones de protection spéciale? Doivent-ils désigner tous les sites les plus appropriés ou peuvent-ils se contenter de classer une fraction de ceux-ci?

Si, du point de vue du principe d'une application uniforme du droit communautaire, la question de l'étendue du pouvoir d'appréciation est essentielle, la réponse que l'on peut y apporter s'avère pour le moins délicate. Au fil de sa jurisprudence, la Cour de justice est parvenue à cerner avec plus de précision l'étendue du pouvoir d'appréciation dans le chef des États⁸. Elle a confirmé que *"le classement de ces zones obéit à certains critères ornithologiques, déterminés par la directive, tels que la présence d'oiseaux énumérés à l'annexe I, d'une part, et la qualification d'un habitat comme zone humide, d'autre part"*⁹. Dans d'autres arrêts, elle a jugé que les sites correspondant à ces critères devaient être protégés alors même si les zones de protection n'avaient pas été établies¹⁰. Pour devoir être classé, le site ne doit pas nécessairement revêtir *"une importance unique ou au moins particulière"* pour une espèce désignée pour devoir être désigné¹¹; il suffit qu'il présente un intérêt suffisant, tant pour les espèces inscrites à l'annexe I que pour les espèces migratrices. Il s'ensuit que tous les sites qui apparaissent *"les plus appropriés"* doivent être classés¹². Cette solution a été retenue par des juridictions allemandes et néerlandaises¹³.

Le pouvoir d'appréciation des États est limité tant en ce qui concerne le nombre¹⁴ que la superficie¹⁵ des zones, lesquelles doivent être suffisamment importantes pour garantir la conservation des espèces menacées ainsi que des espèces migratrices. Aussi, l'exclusion d'une partie du territoire le plus approprié viole-t-elle l'obligation de classement des territoires les plus appropriés¹⁶.

5. L'équilibre requis entre les intérêts écologiques et économiques

L'équilibre requis entre les facteurs économiques et écologiques est défini par la directive "oiseaux". Du point de vue de son économie générale, la conservation des oiseaux sauvages constitue la règle¹⁷. A ce titre, l'article 2 ne constitue pas, selon une jurisprudence constante, une dérogation autonome au régime général de protection¹⁸. Sauf s'ils ont été expressément autorisés, les États membres ne peuvent donc se fonder sur d'autres considérations que des exigences écologiques pour atténuer la portée de la règle de conservation de l'avifaune. Aussi un conflit social à propos de l'exploitation de carrières de marbres ne peut-il justifier un quelconque retard dans le classement en ZPS d'un site où nidifie l'aigle de Bonelli¹⁹.

A la différence de l'article 3 qui, en faisant référence à l'article 2, permet de pondérer les intérêts écologiques avec les intérêts économiques, l'article 4 de la directive ne prévoit pas la possibilité de mettre en balance les intérêts écologiques avec les *"exigences économiques et récréationnelles"*. Par conséquent, ces dernières exigences ne peuvent influencer le choix et la délimitation des zones de protection spéciale²⁰. Cette interprétation stricte se justifie d'autant plus que la marge d'appréciation des États doit se réduire en fonction de la vulnérabilité des espèces d'oiseaux menacées et migratrices aux modifications de leurs habitats naturels qui ont particulièrement souffert ces dernières décennies des répercussions des activités économiques et récréationnelles²¹.

Si le choix et l'établissement d'une zone de protection spéciale doivent reposer uniquement sur des critères scientifiques, les exigences économiques peuvent néanmoins entrer en ligne de compte lorsque les autorités nationales décident *a posteriori* de réduire la superficie d'une zone de protection spéciale (cf. *Infra*, n.º 35). Aussi un État membre peut-il se trouver obligé de désigner un site en tant que zone de protection spéciale alors même qu'il sait qu'il devra par la suite respecter des conditions de fond et de forme pour pouvoir l'aménager (cf. *infra* n.ºs 28 à 37)²². L'intervention des intérêts économiques à ce stade ultérieur n'a

rien de paradoxal dans la mesure où les paragraphes 3 et 4 de l'article 6 fixent des conditions dans le but d'éviter que les intérêts écologiques soient galvaudés par la délivrance d'une autorisation d'un projet qui porterait atteinte à l'intégralité du site.

6. L'appréciation des critères scientifiques

La marge d'appréciation des États membres étant limitée en raison des objectifs écologiques, il convient de s'interroger sur la portée des critères scientifiques qui doivent être pris en considération lors du classement des zones de protection spéciale. Il ressort de l'arrêt *Commission c. Pays-Bas*, que *"la marge d'appréciation dont jouissent les États membres lors du choix des territoires les plus appropriés pour le classement en ZPS ne concerne pas l'opportunité de classer en ZPS les territoires qui apparaissent comme étant les plus appropriés selon des critères ornithologiques, mais seulement la mise en oeuvre de ces critères en vue de l'identification des territoires les plus appropriés à la conservation des espèces énumérées à l'annexe I de la directive"*²³. Cet attendu devrait être interprété de la manière suivante. Les termes *"opportunité de classement"* signifient que la marge d'appréciation réservée aux États membres n'est pas d'ordre politique. Lorsque le site apparaît comme constituant un territoire approprié à la conservation des espèces menacées ou migratrices, il doit être classé. Ceci dit, la nature du pouvoir d'appréciation en question est plutôt d'ordre biologique puisque les autorités nationales sont mieux placées que la Commission pour *"apprécier les critères ornithologiques"* notamment en identifiant les espèces d'oiseaux migrateurs et menacés qui se trouvent sur leur territoire²⁴.

Si on comprend la volonté de la Cour d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des États, il n'en reste pas moins difficile de cerner la notion de *"critères ornithologiques"*²⁵. Les enseignements jurisprudentiels suivants devraient à tout le moins être pris en compte.

Tout d'abord, c'est aux autorités nationales qu'il incombe de vérifier quelles espèces doivent faire l'objet de mesures particulières de conservation car celles-ci sont mieux placées que la Commission pour accomplir cette tâche²⁶. Ainsi la délimitation d'une zone de protection spéciale requiert-elle de la part des administrations un travail d'appréciation sur le plan scientifique où des critères liés à l'écologie des espèces menacées interviennent. A ce stade, elles doivent veiller à ce que leur réseau réponde aux besoins de toutes les espèces d'oiseaux inscrites à l'annexe I et de toutes les espèces migratrices. Ensuite, les mesures de conservation requises en vertu de la directive "oiseaux" doivent être conçues en fonction des besoins de survie et de reproduction des espèces menacées ou migratrices concernées *"dans leur aire de distribution"*, c'est-à-dire dans *"la zone géographique maritime et terrestre d'application de la directive"* (article 4, § 1^{er}, 3^e alinéa). Par conséquent, l'appréciation des critères ornithologiques par les autorités étatiques ne doit pas se faire d'un point de vue local, régional ou national, mais bien au niveau de l'ensemble de la Communauté européenne²⁷. Enfin, la Commission doit veiller à ce que l'ensemble des zones de protection spéciale désignées par les États membres forme, au niveau de la Communauté, un *"réseau cohérent répondant aux besoins de protection des espèces"* (article 4, § 3).

La directive "oiseaux" n'établit pas une liste des territoires les plus appropriés qui devraient être classés en zones de protection spéciale et ne donne aucun critère pour les désigner. Pour remédier à cette carence et pour exercer efficacement son rôle de gardienne du droit communautaire, la Commission européenne s'est dotée d'un inventaire répertoriant, sur la base de critères scientifiques communs, les zones d'intérêt communautaires pour les oiseaux (ZICO), dont les plus fortes concentrations se trouvent dans les États méridionaux (Grèce, Italie, Espagne, Portugal) et scandinaves²⁸.

Un faisceau de critères ornithologiques permet de juger qu'un site est digne de classement. Dans son arrêt *Marismas de Santona*, dans lequel elle condamnait l'Espagne pour ne pas avoir classé en ZPS la zone humide de Santona, la Cour n'avait pas fondé son raisonnement sur la seule présence de la Spatule blanche (espèce inscrite à l'annexe I) sur le site litigieux, mais sur le fait que "*les Marismas de Santona constituent un des écosystèmes les plus importants de la péninsule ibérique pour de nombreux "oiseaux aquatiques"*"²⁹. Dans son arrêt *Estuaire de la Seine*, la Cour a jugé que "*l'estuaire de la Seine constitue un écosystème particulièrement important en tant qu'étape migratoire, zone d'hivernage et lieu de reproduction de nombreuses espèces d'oiseaux visées à l'article 4, §§ 1 et 2, de la directive "oiseaux"*"³⁰. Cela dit, l'"*intérêt ornithologique particulier*" d'une falaise en raison de la présence d'une seule espèce, l'Aigle de Bonelli est en soit suffisant pour qu'un site soit classé³¹.

7. Pertinence de l'interprétation retenue par la Cour de justice

L'obligation de classer tous les sites ornithologiques présentant un intérêt suffisant, tant pour les espèces inscrites à l'annexe I que pour les espèces migratrices, paraît conforme à la *ratio legis* de la directive "oiseaux" dont l'objet est de garantir la protection de pans entiers de l'avifaune européenne et non pas d'une espèce prise isolément. En effet, les besoins écologiques des espèces migratrices et menacées ne sauraient être satisfaits par le classement des zones présentant un intérêt spécifique pour certaines d'entre elles. Ayant pour but d'éviter une trop grande fragmentation des milieux menacés, la notion de réseau prend la mesure des multiples interdépendances de la nature dont l'écologie met en relief la complexité à ce titre; elle doit être entendue non pas comme une représentation géographique d'un ensemble discontinu, mais bien comme la coordination de différents sites choisis en fonction d'une politique cohérente de conservation de la nature. Pour cette raison, le réseau doit correspondre au cycle biologique des espèces d'oiseaux menacées et plus particulièrement des espèces migratrices et, partant, leurs principales aires de repos et de nourrissage disséminées sur leur voie de migration doivent y être incluses.

La limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques par le recours à des critères objectifs reposant sur une analyse scientifique rigoureuse doit également être approuvée dans la mesure où elle est garante d'une plus grande uniformité d'application³², synonyme à la fois d'une protection plus efficace de l'avifaune et de moindres distorsions de concurrence entre les États membres³³.

Il faut enfin signaler qu'il serait trop facile pour les États membres d'échapper au contenu concret des obligations de protection en omettant de désigner des zones pour lesquelles une protection est requise au regard des critères posés par la directive³⁴. La thèse opposée permettrait en effet à des autorités peu scrupuleuses d'accélérer des processus de destruction de sites ornithologiques afin d'empêcher leur désignation ultérieure et les obligations de protection qui s'ensuivent³⁵.

8. Caractère autonome de la procédure de classement

La désignation des zones de protection spéciale est soumise aux critères formulés par la jurisprudence à propos de la mise en oeuvre des paragraphes 1 et 2 de l'article 4 de la directive "oiseaux" et non pas à la procédure de classement des zones de conservation spéciale instituée par la directive "habitats"³⁶. Inscrite à l'article 6, § 3, de la directive "habitats", la notion de "*raisons impératives d'intérêt public majeur*" qui autorise, moyennant le respect de certaines conditions, que l'on aménage une zone désignée ne saurait donc être invoquée pour s'opposer au classement d'un habitat naturel en zone de protection spéciale.

Exigée à l'article 3 de la directive "oiseaux" de même qu'en vertu d'autres conventions internationales, l'adoption d'autres mesures particulières de conservation, consistant par exemple dans l'établissement de parcs nationaux ou de réserves naturelles, ne dispense pas l'État membre de l'obligation de classer les territoires les plus appropriés en zones de protection spéciale, même si ce dernier estime que de telles mesures suffisent déjà à garantir la survie et la reproduction des espèces menacées³⁷. Dans le même ordre d'idées, le fait qu'un État membre ait classé un nombre important de zones de protection spéciale ne le dispense pas de l'obligation de désigner un site qui, au regard de critères ornithologiques objectifs, se révèle approprié à la conservation de certaines espèces d'oiseaux³⁸. En effet, l'obligation imposée par les paragraphes 1 et 2 de l'article 4 de la directive sur les oiseaux ne consiste pas uniquement à atteindre un résultat général, mais bien à "préserver, (...) maintenir et (...) rétablir les habitats en tant que tels, en raison de leur valeur écologique"³⁹. La solution contraire contreviendrait d'ailleurs à l'objectif de la constitution d'un réseau cohérent de zones de protection spéciale, tel que requis par l'article 4, § 3, de la directive "oiseaux". Qui plus est, en se contentant d'adopter des mesures de conservation n'impliquant pas le classement du site, les États membres échapperaient aux obligations qui leur incombent de prendre les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats et les perturbations affectant les oiseaux dans les zones de protection, lesquelles ne se retrouvent pas à l'article 3⁴⁰.

De manière inverse, l'obligation de classement constitue une obligation minimale qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte en raison de son objet délimité et de son objectif essentiel ayant trait à la conservation de l'avifaune européenne⁴¹.

9. Charge de la preuve en cas de contestation

Selon une jurisprudence constante, il incombe à la Commission européenne, dans le cas d'une procédure en manquement intentée en vertu de l'article 226 du traité C.E., d'établir l'existence du manquement allégué et d'apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement⁴². En ce qui concerne la violation de l'article 4 de la directive "oiseaux", la Cour de justice a jugé que lorsqu'un État membre se trouvait confronté à des éléments de preuve, scientifiquement établis, qui démontreraient de manière convaincante le caractère approprié d'un habitat pour la conservation d'une espèce d'oiseau qui est reprise à l'annexe I de la directive 79/409/CEE ou pour les oiseaux migrateurs dont la venue est régulière, ce dernier se voyait obligé de classer cet habitat en tant que zone de protection spéciale, sous peine de manquer à ses obligations internationales⁴³. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la Commission apporte la preuve que le site litigieux présente un intérêt "unique ou très particulier" pour la conservation d'une espèce d'oiseau migratrice ou menacée; il suffit que la Commission démontre que le site devrait être classé au regard de critères ornithologiques objectifs⁴⁴. Lorsque le nombre et la superficie totale de territoires classés comme zones de protection spéciale sont manifestement inférieurs à ce qui aurait dû être désigné en fonction de critères ornithologiques objectifs, la Commission n'est pas tenue "d'établir, territoire par territoire, des manquements spécifiques à cette disposition"⁴⁵.

Malgré son caractère non contraignant, l'inventaire communautaire répertoriant les sites ornithologiques devant être désignés comme zones de protection spéciale peut être invoqué devant la juridiction communautaire, voire une juridiction nationale, pour démontrer que l'État membre ne respecte pas ses obligations, tant de manière générale qu'à l'égard de sites particuliers⁴⁶. La Cour se montre pourtant fort exigeante quant aux preuves à apporter à propos de la valeur ornithologique des terrains situés au sein de zones de

grande superficie répertoriés dans cet inventaire: le fait qu'environ 28 700 hectares de prairies humides du Marais poitevin aient été mis en culture de 1973 à 1990 ne constitue pas, à ses yeux, une preuve déterminante que ces terrains auraient dû être classés en ZPS dans la mesure où rien n'indique que ces prairies humides recoupent tous les sites de cette zone humide qui auraient dû être classés en ZPS ⁴⁷.

Il est toujours possible pour l'État membre d'apporter la preuve scientifique que le site litigieux ne fait pas partie des territoires les "plus appropriés" à la conservation des espèces de l'annexe I ou des espèces migratrices. Ceci pose alors la question de la valeur juridique des inventaires nationaux qui tantôt sont plus complets, tantôt plus lacunaires que l'inventaire communautaire. Dans l'arrêt *Commission c. Pays-Bas*, la Cour n'a pas admis que la liste nationale néerlandaise, qui se fondait sur d'autres critères ornithologiques que ceux retenus pour l'inventaire communautaire, était plus fiable que l'inventaire communautaire ⁴⁸. En revanche, la Commission européenne ne peut faire valoir qu'une partie d'un site tombe sous le coup de l'article 4 au seul motif qu'il aurait été inclus dans un inventaire national, qui ne constitue qu'un premier repérage des richesses ornithologiques et comprend des zones qui, de surcroît, n'ont pas toutes suffisamment de valeur sur le plan ornithologique pour être reprises parmi les territoires les plus appropriés pour la conservation des espèces d'oiseaux ⁴⁹. Dans ce cas, il lui revient de prouver, à suffisance de droit, que le site litigieux relève bien des territoires les plus appropriés à la conservation des espèces protégées en vertu de l'article 4 de la directive. Pour prouver l'insuffisance du régime de protection découlant des arrêtés de biotope, la Commission avait invoqué, dans l'affaire *Basse-Corbières*, la récente disparition du couple d'Aigles de Bonelli sur le site. La Cour n'a toutefois pas rencontré cet argument ⁵⁰.

Enfin, rien n'empêche la Cour de se fonder sur des éléments de preuve apportés par des associations ornithologiques pour constater l'ampleur des perturbations affectant des oiseaux se trouvant dans une ZPS ⁵¹.

C. Le déclassement des zones de protection spéciale

10. Procédure de déclassement

A l'origine, la désignation des territoires les plus appropriés par les États membres avait pour effet de rendre leurs limites intangibles ⁵². La Cour a toutefois relativisé la portée de ce principe d'intangibilité en admettant, dans un arrêt *Leybucht*, que les limites d'une zone de protection spéciale puissent être revues à la baisse. Avant d'admettre cette dérogation, elle a néanmoins vérifié la nature des justifications qui sous-tendaient la réduction de la superficie de la zone, la présence de mesures compensatoires ⁵³ ainsi que le caractère suffisamment proportionné de la dérogation par rapport à son objectif ⁵⁴.

De nature exceptionnelle, la faculté de réviser les limites de la zone doit être interprétée de manière particulièrement stricte; seules "des raisons impératives répondant à un intérêt général supérieur" aux intérêts écologiques poursuivis par la directive "oiseaux" autorisent que des modifications soient apportées à son régime de protection ⁵⁵. C'était le cas en l'espèce car "le danger d'inondations et la protection des côtes constituent des raisons suffisamment sérieuses pour justifier les travaux d'endiguement et de renforcement de structures côtières" ⁵⁶.

Même si les enseignements de cet arrêt ne sont applicables qu'aux seuls sites ornithologiques appropriés qui n'ont pas encore été désignés par les États membres (cf. *infra*, n.° 22), ils n'en sont pas moins essentiels pour résoudre la question de la délimitation des zones de

protection. En effet, les arrêts *Marismas de Santona* et *Lappel Bank* ont étendu les enseignements de la jurisprudence relatifs à l'“*intérêt général supérieur*” aux paragraphes 1 et 2 de l'article 4 (obligation de classement des zones de protection)⁵⁷.

L'article 9 de la directive “habitats” prévoit de manière expresse la possibilité de déclasser des zones spéciales de conservation mais ne l'étend pas aux zones de protection spéciale destinées à protéger les habitats d'oiseaux (cf. *infra*, n.º 18). Dans la mesure où la Cour de justice a envisagé, dans l'arrêt *Leybucht*, la question de la réduction de la superficie des zones de protection spéciale sous le seul angle du paragraphe 4 de l'article 4 de la directive “oiseaux” et non pas des paragraphes 1 et 2 de cette disposition, il n'est plus possible de recourir aux enseignements de cette jurisprudence. En effet, les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 6 de la directive “habitats” remplacent dorénavant, pour les zones de protection spéciales désignées, le paragraphe 4 de l'article 4 de la directive “oiseaux” sur lequel se fondait précisément le raisonnement de la Cour.

Par conséquent, un déclassement total ou partiel d'une zone de protection spéciale ne peut être mené à bien que moyennant le respect de la procédure prévue aux paragraphes 3 et 4 de l'article 6 de la directive “habitats”, lesquels ne visent que des projets ponctuels. A défaut de se conformer à cette procédure de dérogation, l'État membre se heurtera au principe d'intangibilité mis en avant par la Cour dans l'arrêt *Leybucht*⁵⁸.

Sur le plan de la charge de la preuve, l'on notera que l'avocat général N. Fennelly a reconnu dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire du Marais poitevin⁵⁹ que lorsqu'une partie des terrains d'une zone de protection a été classée, puis déclassée, un allègement de la charge de la preuve pouvait se justifier pour des motifs analogues à ceux qui ont amené la Cour à juger, dans les affaires relatives à l'apurement des comptes du FEOGA, qu'il revenait aux États de démontrer l'inexactitude des données de la Commission européenne⁶⁰. La Cour ne l'a pas suivi sur ce point⁶¹.

II. La conservation des autres habitats naturels de la faune et de la flore sauvages

A. L'obligation générale de conserver les habitats naturels

11. État de la question

Dans la mesure où son champ d'application se limite à un nombre limité d'habitats présentant un intérêt spécifique sur le plan communautaire, la directive “habitats” ne comprend pas l'équivalent de l'article 3 de la directive “oiseaux” qui impose aux États membres de “*préserver, de maintenir ou de rétablir une diversité et une superficie suffisantes d'habitats pour toutes les espèces d'oiseaux*”. Pour éviter la fragmentation des habitats naturels et le risque de provoquer à terme l'extinction des espèces les plus isolées en raison de l'éloignement consécutif des différents sites protégés, la directive “habitats” encourage néanmoins les États membres à gérer les éléments du paysage qui revêtent une importance majeure pour la faune et la flore sauvages dans le but d'améliorer la cohérence du réseau Natura 2000 (article 3, § 3).

B. L'obligation spécifique de classer des zones spéciales de conservation

12. Objectif du classement

La conservation des habitats naturels est principalement envisagée dans le cadre de la désignation de zones spéciales de conservation et de leur intégration ultérieure dans un

réseau écologique européen, dénommé Natura 2000 (article 3, § 1^{er}). *Ratione loci*, la directive “habitats” couvre tous les habitats naturels du “territoire européen des États membres où le traité s’applique” (art. 2.1), y compris la zone économique exclusive et le plateau continental lorsqu’il s’agit de conserver des habitats marins⁶². En maintenant ou en rétablissant, dans un état de conservation favorable, différents types d’habitats naturels, ce réseau doit contribuer à préserver la diversité biologique en Europe (articles 2.2 et 3.1).

Alors que les instruments juridiques en matière de conservation de la vie sauvage se contentaient jusqu’alors à protéger les habitats des seules espèces menacées ou migratrices⁶³, le législateur communautaire a innové en prévoyant que le réseau soit élaboré en fonction de la répartition sur chacun des territoires nationaux de deux catégories d’espaces naturels inscrites aux annexes I et II de la directive⁶⁴.

Tout d’abord, les États membres doivent classer différents types d’habitats naturels d’intérêt communautaire énumérés à l’annexe I de la directive. Présentant un intérêt particulier, ces écosystèmes ont été sélectionnés en fonction des menaces dont ils font l’objet, de la nature particulièrement réduite de leur aire de répartition naturelle et des caractéristiques remarquables qu’ils présentent. Ces caractéristiques doivent être propres aux différentes régions biogéographiques de la Communauté (alpine, atlantique, continentale, macaronésienne et méditerranéenne). Ensuite, les États sont tenus d’assurer la conservation des habitats de certaines espèces animales et végétales d’intérêt communautaire énumérées à l’annexe II de la directive. Ces espèces dont l’habitat, à savoir “le milieu défini par des facteurs abiotiques et biotiques”, doit être protégé ont été sélectionnées en fonction de l’intérêt qu’elles présentent au niveau de la Communauté européenne eu égard aux dangers pesant sur leur survie, à leur vulnérabilité et à leur rareté ou enfin à leur caractère endémique. L’on retrouve parmi les 193 espèces d’animaux la plupart des espèces de grands carnivores, tels que le loup (*Canis lupus*), le lynx (*Lynx lynx*), le lynx pardelle (*Lynx pardina*), l’ours (*Ursus arctos*), la loutre (*Lutra lutra*), le phoque moine (*Monachus monachus*), le phoque veau marin (*Phoca vitulina*), (*Halichoerus grypus*) devenues, bien malgré elles, des “vedettes” en raison des menaces qui pèsent sur la survie de leurs populations.

13. La procédure de classement

Compte tenu du fait que la directive définit la désignation des zones de conservation spéciale en question eu égard à des critères scientifiques clairement déterminés, les États membres sont tenus par une obligation de résultat à laquelle s’attachent des procédures bien précises. Ces dernières se distinguent, sous plusieurs angles, de la procédure propre de désignation des zones de protection spéciale prévue par la directive “oiseaux”.

Les difficultés rencontrées lors de la désignation des zones de protection spéciale sous l’empire de la directive “oiseaux” et les enseignements de l’arrêt *Leybucht* du 28 février 1992 ont conduit les auteurs de la directive sur les habitats à perfectionner le régime de classement des zones spéciales de conservation en privilégiant la concertation entre la Commission européenne et les États membres, notamment par l’entremise d’un comité de réglementation intervenant à plusieurs reprises aux côtés de la Commission dans le processus de classement. Alors que la procédure applicable à la désignation des zones de protection spéciale est des plus sommaire, la nouvelle procédure verse dans l’autre extrême en prévoyant, au regard d’un calendrier rigoureux, trois étapes dans le classement des sites qui formeront le réseau Natura 2000. La première de ces étapes porte sur l’élaboration par les autorités compétentes d’une liste de sites au niveau national (*infra* n.º 14), tandis que la seconde a trait à l’adoption par la Commission européenne d’une liste communautaire

des sites sélectionnés au niveau national (*infra* n.º 15). Cette procédure sera suivie d'une troisième phase consistant dans la désignation par les États membres des sites retenus pour former le réseau Natura 2000 (cf. *infra*, n.º 16). Ainsi, la directive sur les habitats instaure-t-elle une procédure de sélection des sites spécifiquement communautaires en réduisant encore davantage la marge d'appréciation réservée aux États membres.

14. Première étape: l'élaboration des listes nationales

Les États membres sont tout d'abord tenus de sélectionner à la fois sur la base d'informations scientifiquement pertinentes et conformément aux critères établis à l'annexe III les sites abritant les types d'habitats naturels et espèces, susceptibles d'être intégrés au réseau Natura 2000⁶⁵. L'objectif est de fournir à la Commission un inventaire exhaustif des sites revêtant au niveau national un intérêt écologique pertinent du point de vue de la constitution du réseau⁶⁶. La liste doit notamment faire apparaître les habitats et les espèces dites "prioritaires". Compte tenu de la jurisprudence de la Cour, la sélection des sites est un exercice purement scientifique qui exclut la prise en compte des considérations socio-économiques ainsi que des particularités régionales et locales⁶⁷. Aussi un site affecté à un aménagement industriel en vertu d'un plan d'aménagement doit-il figurer sur la liste.

Les listes reprenant les sites auraient dû être transmises à la Commission avant le 10 juin 1996. Or, dans plusieurs États, cette première étape d'identification s'est heurtée à de fortes résistances. En France, par exemple, des écueils politiques et juridiques retardèrent considérablement la transmission des premières listes⁶⁸. Dans le souci de respecter le calendrier fixé par la directive, la Commission a dû engager des procédures en infraction contre les États qui n'avaient pas transmis leur liste⁶⁹ et a décidé de faire preuve de fermeté en matière d'octroi des financements communautaires.

Les contentieux portant sur l'absence de soumission par les États membres de sites abritant des types d'habitats ou des habitats d'espèces dont la conservation est jugée prioritaire doivent être réglés dans le cadre d'une procédure de concertation entre la Commission et l'État membre défaillant (article 5, d)⁷⁰. Dans le cas où cette procédure n'aboutirait à aucun accord, la Commission devra proposer au Conseil de désigner le site litigieux en tant que zone spéciale de conservation.

15. Seconde étape: l'adoption d'une liste des sites d'importance communautaire

Les rapports nationaux doivent permettre à la Commission d'établir, en accord avec chacun des États membres, un projet de liste commune reprenant tous les sites d'importance communautaire. Pour figurer sur cette liste, les sites doivent être sélectionnés en fonction de certains critères, tels leur contribution au maintien de la population d'une espèce, la cohérence du réseau et le degré de diversité biologique (article 1, k). La liste communautaire doit en tout cas reprendre tous les sites identifiés par les États membres comme abritant des habitats ou des espèces dont la protection est jugée comme prioritaire.

La liste aurait dû être établie dans les six ans de la notification de la directive, soit pour le 10 juin 1998 (article 4, § 3). À l'exception de l'adoption récente d'une liste des sites d'importance communautaire pour la région biogéographique macaronésienne, la Commission n'a pas respecté le délai de six ans en raison du retard pris par certains États membres dans la conception de leurs listes nationales⁷¹.

Créé en vertu de l'article 20 de la directive, un comité réunissant les représentants des États membres devra émettre un avis à la majorité qualifiée sur le projet de liste qui lui

sera soumis par la Commission qui arrêtera la liste communautaire si celle-ci est conforme à l'avis du comité. Dans le cas contraire, elle devra soumettre son projet au Conseil qui disposera d'un délai de trois mois pour statuer à la majorité qualifiée; faute de décision du Conseil dans ce délai, la Commission arrêtera la liste.

16. Troisième étape: la désignation des sites repris sur la liste des sites d'importance communautaire

Tenus de désigner comme zones spéciales de conservation les sites présents sur leur territoire le plus rapidement possible à la suite de leur reconnaissance d'intérêt communautaire et au plus tard, au terme d'un délai de six ans suivant cette reconnaissance⁷², les États membres doivent se doter préalablement des instruments juridiques et des procédures appropriés en vue de remplir à temps leurs obligations. Rendue obligatoire par l'article 4, § 4 de la directive "habitats" et devant se concrétiser dans un court laps de temps, la décision concernant la désignation du site ne peut en tout cas être subordonnée à l'accord préalable de personnes privées⁷³. Enfin, la qualité de "zone spéciale de conservation" ne s'acquiert, à proprement parler, que si les mesures de conservation requises y sont appliquées.

A l'instar de l'interprétation qui a été développée à propos de la désignation des zones de protection spéciale, les États membres ne peuvent pas invoquer les *"exigences économiques, sociales et culturelles, ainsi que des particularités régionales et locales"* inscrites au paragraphe 3 de l'article 2 de la directive pour s'opposer au classement d'un site d'intérêt communautaire.

Deux arguments fondent cette thèse. Tout d'abord, la sélection des zones de protection spéciale doit se faire au regard; d'une part, des *"informations scientifiques pertinentes"* et, d'autre part, des critères énumérés à l'annexe III⁷⁴. Ensuite, le paragraphe 3 de l'article 2 en vertu duquel — *"les mesures prises en vertu de la présente directive tiennent compte des exigences économiques, sociales et culturelles, ainsi que des particularités régionales et locales"* ne saurait être interprété comme une dérogation autonome aux obligations imposées aux États membres par l'article 4 de la directive sur les habitats et, partant, ne subordonne en rien l'obligation de classer des sites en tant que zones spéciales de conservation à des priorités économiques, sociales ou culturelles⁷⁵. Au demeurant, l'article 6 de cette directive aménage déjà un régime spécifique de dérogations pour les activités qui porteraient atteinte à la conservation de la zone classée⁷⁶.

Au regard de la définition donnée à la zone spéciale de conservation, leur désignation doit requérir l'adoption d'*"un acte réglementaire, administratif et/ou contractuel"* (article 1, § 1^{er}). L'État membre ne peut donc plus se contenter, comme il l'a fait dans le passé⁷⁷, de notifier à la Commission européenne les sites désignés sans leur garantir de manière formelle un statut de protection. Même s'il ne s'agit ici que d'une simple définition, celle-ci soulève plusieurs difficultés d'interprétation.

La référence faite dans cette disposition à l'acte administratif pose une difficulté majeure qui tient à son caractère plus facilement révoquant que l'acte réglementaire alors que la directive institue un régime de protection qui ne peut être tributaire de décisions intempestives de la part de l'autorité l'ayant accordées. En outre, un acte administratif peut entrer en conflit avec un acte réglementaire qui lui serait supérieur, tel un plan d'aménagement prévoyant une zone industrielle sur le site notifié à la Commission européenne; un régime de nature réglementaire garantit en revanche une meilleure sécurité juridique. Enfin, la caractéristique de l'acte réglementaire est d'être opposable aux tiers en raison de la publication dont il fait

l'objet. Or, pour pouvoir être opposables aux tiers, il paraît indispensable que les zones notifiées à la Commission soient publiées dans le journal officiel national ⁷⁸ et que les cartes les délimitant revêtent "une force contraignante incontestable" ⁷⁹. Si tel n'était pas le cas, leur délimitation pourrait être remise en cause à tout moment.

Bien que les mécanismes contractuels s'attirent les faveurs des pouvoirs publics en raison de leur souplesse (contrats de rivière, mesures agri-environnementales), la référence à la figure juridique du contrat appelle certaines réserves. Il est vrai que le procédé n'est pas incompatible avec l'article 249 du traité qui n'exige pas nécessairement que la mise en oeuvre des directives passe par des procédés unilatéraux et que la directive "habitats" prévoit à l'article 1^{er}, § 1^{er} de manière expresse le recours au contrat ⁸⁰. Mais cela ne peut se faire à n'importe quelles conditions. Le seul recours à des contrats ne suffit pas à garantir le respect de la directive, dès lors que le régime de protection serait subordonné à la bonne volonté des parties. La Cour a en effet jugé que des mesures revêtant un caractère volontaire et purement incitatif ne conféraient aucun statut juridique particulier à une zone désignée ⁸¹. Qui plus est, le contrat offre également moins de garanties juridiques que l'acte réglementaire dans la mesure où il ne vaut pas à l'égard des tiers dont les activités peuvent présenter une menace pour la conservation de la zone. Enfin, les conventions qui seraient conclues entre le ministère de l'environnement et les propriétaires publics et privés devraient à tout le moins épouser parfaitement le champ d'application du régime de protection et se révéler suffisamment contraignantes pour mettre en oeuvre la directive ⁸².

17. Caractère autonome de la procédure de classement

En raison de l'absence de coordination entre les deux procédures de classement, les zones de protection spéciale pour les oiseaux sauvages doivent, d'une part, être classées conformément aux critères ornithologiques objectifs et les zones spéciales de conservation pour les habitats naturels doivent, d'autre part, être désignées conformément à la procédure décrite ci-dessus. Dans la mesure où l'on retrouve des habitats ou des espèces d'intérêt communautaire sur un site qui réunit, au regard de critères ornithologiques objectifs, toutes les conditions pour devoir être classé en tant que zone de protection spéciale, il devrait également être désigné comme zone de conservation spéciale. Par conséquent, le fait qu'un État membre ait classé de larges parties de son territoire en zones de protection spéciale en vue de répondre à ses obligations découlant de la directive "oiseaux" ne le dispense pas de désigner des territoires supplémentaires en tant que zones spéciales de conservation si ceux-ci répondent aux critères établis par la directive "habitats", dans la mesure où il est tenu de contribuer à la constitution du réseau Natura 2000 "en fonction de la représentation, sur son territoire, des types d'habitats naturels et des habitats d'espèces visés *auf* 1^{er}" (article 3, § 2).

De manière inverse, la désignation de nombreuses zones spéciales de conservation au titre de la directive "habitats" ne le dispensera pas de classer en tant que zones de protection spéciale tous les sites ornithologiques qui répondent aux critères objectifs découlant de l'article 4, § 1 et 2, de la directive "oiseaux".

Pour éviter la constitution de deux réseaux écologiques distincts et les problèmes juridiques et administratifs que cela aurait entraînés, le législateur communautaire a prévu d'intégrer les zones de protection spéciale pour les oiseaux sauvages classées en vertu de la directive "oiseaux" dans le réseau Natura 2000, sans pour autant harmoniser les procédures de classement respectives ⁸³.

C. Le déclassement des zones spéciales de conservation

18. Procédure de déclassement

Alors que la procédure de désignation se caractérise par une collaboration minutieusement réglée entre les autorités communautaires et nationales, la procédure de déclassement des zones spéciales de conservation est libellée dans des termes particulièrement sibyllins. Elle ne peut intervenir que dans le contexte de l'évaluation périodique à la contribution des objectifs poursuivis par la directive dans l'hypothèse où "*l'évolution naturelle relevée au titre de la surveillance exercée par les États membres le justifie*" (art. 9). Tel serait le cas, par exemple, d'un estuaire dont les fonctions écologiques les plus essentielles seraient victimes d'un phénomène naturel d'ensablement. *A contrario*, l'évolution démographique ou économique des environs de la zone spéciale de conservation ne peut justifier son déclassement étant donné que la directive ne se réfère qu'à "*l'évolution naturelle*". Il revient donc à l'État sollicitant le déclassement d'apporter la preuve, dans le cadre des missions de surveillance qui lui sont imparties (art. 11), que le site a perdu son intérêt à cause d'un phénomène naturel.

Au terme de l'évaluation périodique, le Conseil, sur la base d'une proposition de la Commission, doit statuer sur la demande d'un déclassement. Dans la mesure où la zone de conservation spéciale est déjà inscrite sur une liste qui a été adoptée par un organe de la Communauté, il paraît logique du point de vue de l'équivalence des formes de confier cette décision au Conseil. Néanmoins, le texte ne prévoit pas si le Conseil doit statuer à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, l'article 9 se contentant de se référer à la procédure de l'article 19 sans pour autant préciser les modalités du vote. L'imprécision de cette disposition risque donc de soulever dans la pratique d'importantes difficultés d'interprétation.

Section 2

Le régime de protection des zones

19. Enjeux

La question de la désignation d'une zone écologique ne peut être détachée de celle de la mise en place d'un statut juridique approprié permettant de respecter les objectifs de qualité requis, s'articulant à la fois sur des mesures incitatives et contraignantes.

Les zones spéciales de conservation (directive "habitats") nécessitent, en vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 6, l'adoption de mesures programmatoires de nature non contraignantes (§ 1). Alors que le régime de protection était défini auparavant au paragraphe 4 de l'article 4 de la directive "oiseaux", il est désormais remplacé par le paragraphe 2 de l'article 6 de la directive "habitats". Par conséquent, ce nouveau régime s'applique tant aux zones de protection spéciale (directive "oiseaux") qu'aux zones spéciales de conservation (directive "habitats"), lesquelles nécessitent l'adoption de mesures particulières de conservation revêtant un caractère contraignant (§ 2). Par ailleurs, l'obligation de désigner les zones de protection spéciale comporte intrinsèquement celle d'adopter, conformément aux exigences énoncées par la Cour de justice, un statut juridique spécifique pour les sites ornithologiques. Cette obligation qui découle des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 4, n'a pas été remise en cause par la directive "habitats" sera traitée préalablement.

I - Mesures spécifiques de conservation pour les zones spéciales de conservation

20. Nature et effets des mesures positives

En sus des normes contraignantes de nature plutôt statique destinées à protéger l'habitat classé (arrêté de classement,...), l'article 6 de la directive "habitats" impose, à son paragraphe 1^{er}, l'adoption de mesures de conservation des habitats qui peuvent consister dans l'élaboration de "*plans de gestion appropriés spécifiques aux sites ou intégrés dans d'autres plans d'aménagement*" ainsi que dans l'adoption de "*mesures réglementaires, administratives ou contractuelles appropriées aux exigences écologiques des types d'habitats naturels de l'annexe I et des espèces de l'annexe II présents sur les sites*".

Les mesures de conservation sont notamment requises "*pour maintenir ou rétablir les habitats naturels et les populations d'espèces de faune et de flore sauvage dans un état favorable*" [art. 1^{er}, a)].

L'état de conservation favorable d'un habitat naturel (stabilité ou extension de l'aire de répartition naturelle) ou d'une espèce (absence de risque de diminution de son aire de répartition ...) doit être pris en compte dans toute leur aire de répartition naturelle [art. 1^{er}, a) et i)], c'est-à-dire sur le plan biogéographique. Les mesures de conservation doivent, en outre, répondre à des exigences écologiques qui peuvent varier d'une espèce à l'autre, mais aussi selon les sites pour une même espèce ⁸⁴.

Les mesures requises par le premier paragraphe de l'article 6 peuvent soit être positives (plans d'épandage, primes au pâturage, subventionnement, fauchage tardif, entretien du bocage ...), soit négatives (interdiction de modifier le relief du sol, de déboiser, de prélèvement dans la nature, ...).

Applicables uniquement à l'intérieur des zones spéciales de conservation et seulement pour ces dernières, ces mesures ne concernent pas les zones de protection spéciale. A la différence du régime général de conservation (art. 6.2) qui rentre en vigueur dès l'adoption de la liste des sites communautaires, les mesures spécifiques de conservation (art. 6.1) ne s'appliquent qu'à la suite de la désignation formelle du site par l'État membre. Enfin, en s'inscrivant dans un processus dynamique, ces mesures devraient être régulièrement adaptées en fonction de l'évolution des besoins de conservation du site.

Les autorités administratives chargées de définir les mesures de conservation au sein des zones spéciales de conservation, en ce compris les plans de gestion, doivent être clairement assujetties à l'obligation de tenir compte, à cette occasion, des "*exigences écologiques*". Même si la directive "habitats" ne contient pas de définition expresse de cette notion, il ressort de sa structure générale et de ses dispositions qu'il s'agit là de l'ensemble des besoins écologiques nécessaires à assurer la conservation favorable des types d'habitats et des espèces et de leur relation avec le milieu (eau, air, sol, végétation ...). Reposant sur des connaissances scientifiques, les "*exigences écologiques*" ne peuvent être définies qu'au cas par cas en fonction des spécificités des différents types d'habitats naturels. La subordination du programme de conservation aux "*exigences écologiques*" du site implique la mise en place d'un cadre juridique suffisamment précis qui renvoie aux concepts d'"*état de conservation d'un habitat naturel*" et d'"*état de conservation d'une espèce*" précisés aux points e) et i) de l'article 1^{er} de la directive.

II — Le régime general de nature preventive applicable aux zones de protection spéciale et aux zones spéciales de conservation

A. Le régime de protection des zones de protection spéciale pour la conservation des oiseaux

21. Maintien temporaire du régime de protection le plus strict pour les zones de protection spéciale non classées

Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 4, paragraphe 4, première phrase, de la directive "oiseaux" s'impose même lorsque les zones concernées n'ont pas été classées, dès lors qu'elles devaient l'être⁸⁵. En d'autres mots, ce n'est pas parce qu'un État refuse de désigner un site approprié que ce dernier ne fait pas l'objet d'une protection en vertu du droit communautaire. Or, la directive "habitats" a introduit une modification importante au régime de protection prévu par la directive "oiseaux": l'article 7 de cette directive prévoit en effet que les obligations découlant de son article 6, §§ 2 à 4, "se substituent aux obligations découlant de l'article 4, § 4, 1^{ère} phrase de la directive 79/409/CEE en ce qui concerne les zones classées en vertu de l'article 4, § 1, ou reconnues d'une manière similaire en vertu de l'article 4, § 2, de ladite directive à partir de la date de mise en application de la [directive "habitats"] ou de la date de la classification ou de la reconnaissance par un État membre en vertu de la directive 79/409/CEE si cette dernière date est postérieure".

Cela signifie-t-il que l'ancien régime de protection (art. 4.4), de la directive "oiseaux" est abrogé? D'après la Cour, l'article 7 ne prévoit pas la substitution du régime de protection prévu à l'article 6, §§ 2 à 4, de la directive "habitats" à celui de la directive "oiseaux", que dans les "zones classées en vertu de l'article 4, § 1 ou 2, de [la directive "oiseaux"]"⁸⁶. Selon le libellé du même article 7, cette substitution s'opère "à partir de la date de mise en application de la directive "habitats", ou de la date du classement" si cette dernière postérieure⁸⁷. Il en résulte donc que "les zones qui n'ont pas été classées en ZPS alors qu'elles auraient dû l'être continuent de relever du régime propre à l'article 4, § 4, 1^{ère} phrase, de la directive "oiseaux"⁸⁸. Tous les sites nécessitant encore un classement formel en ZPS relèvent donc du régime de protection initial et ne peuvent donc faire l'objet du régime dérogatoire prévu à l'article 6, §§ 2 à 4, de la directive "habitats"⁸⁹.

Dès lors, deux régimes de protection distincts coexistent: le régime le plus strict (celui prévu par la directive "oiseaux" dans sa version initiale) est applicable aux ZPS qui n'ont pas encore été désignés, le un régime plus souple prévu par la directive "habitats", prévoyant expressément un mécanisme de dérogation, s'applique aux ZPS désignées et aux futures ZCS⁹⁰. Compte tenu du faible pourcentage de sites classés en ZPS dans certains pays (en France, notamment), l'application du régime le plus sévère devrait inciter les autorités nationales défaillantes à désigner formellement les territoires les plus appropriés. Ceci se justifie par le fait qu'un État ne saurait tirer avantage du non-respect de ses obligations communautaires.

22. Entrée en vigueur du régime général de nature préventive pour les zones de protection spéciale

Des activités qui perturbent de manière significative les oiseaux se trouvant dans une zone de protection spéciale, ou qui détruisent leurs habitats ne sont condamnables que suite à

l'entrée en vigueur de la directive "oiseaux", soit le 16 avril 1981 en ce qui concerne les neuf premiers États membres, soit à partir de la date d'adhésion pour les autres États qui ont rejoint la Communauté ⁹¹.

B. Portée du nouveau régime général de nature préventive (art. 6.2 de la directive "habitats")

23. La conservation des habitats: une obligation de résultat

Conformément au principe de prévention (art. 174.2 du traité), l'adoption d'un régime d'interdictions s'impose aux États membres dans la mesure où ces derniers sont tenus de prendre "les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats d'espèces ainsi que les perturbations touchant les espèces pour lesquelles les zones ont été désignées, pour autant que ces perturbations soient susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive" (art. 6, § 2).

Les termes "éviter" et "soient susceptibles de" soulignent la nature anticipative de ce régime. Il convient davantage de se prémunir d'un éventuel dommage que de le réparer.

A la différence de la jurisprudence relativement bien établie en ce qui concerne la transposition de l'article 4 de la directive "oiseaux", la Cour de justice a eu jusqu'à présent peu d'occasions de se prononcer sur la problématique de la transposition de l'article 6 de la directive "habitats" ⁹². Dans un arrêt *Commission c/ France* du 6 avril 2000, elle a toutefois apporté un certain nombre de précisions sur les modalités de la transposition ⁹³. A cet égard, l'avocat général Fenelly a rappelé dans cette affaire que, si les États ne sont pas tenus d'adopter une disposition générale imposant un régime de protection spécifique dans les ZSC ⁹⁴, ils doivent en tout état de cause adopter des mesures à même de remplir les objectifs de la directive, à savoir "assurer le rétablissement ou le maintien des habitats naturels et des espèces d'intérêt communautaire dans un état de conservation favorable" (6^{ème} considérant du préambule de la directive "habitats") et "réaliser un réseau écologique européen cohérent suivant un calendrier défini". Il s'agit rien moins qu'une obligation de résultat dans le chef des États membres.

Conformément à la jurisprudence de la Cour rendue sur l'application de la directive "oiseaux", des mesures présentant un caractère volontaire et purement incitatif ne suffisent pas à établir le régime de protection requis pour ces zones. Il en va de même d'un régime qui serait tributaire de la bonne volonté des propriétaires et des occupants concernés ⁹⁵.

24. Entrée en vigueur du régime général pour les zones spéciales de conservation

L'obligation inscrite à l'article 10 du traité CE, en vertu de laquelle les États doivent s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des objectifs du traité, impose aux États une obligation d'abstention pendant la période d'élaboration de la liste communautaire qui reprendra les zones spéciales de conservation ⁹⁶. Il ressort de plusieurs arrêts rendus par des juridictions nationales qu'une autorité nationale ne peut autoriser un projet qui aurait pour effet de détruire un site tombant *a priori* sous le coup des critères de l'annexe III de la directive "habitats", ce qui aurait pour effet d'empêcher la bonne exécution des obligations de droit communautaire par cet État. L'obligation de s'abstenir, pour les sites susceptibles de relever du réseau Natura 2000, de toute atteinte qui compromettrait leur inclusion dans ce réseau vaut jusqu'à la prise de décision de la Commission quant à la liste des sites d'intérêt communautaire ⁹⁷.

Des personnes mal intentionnées pourraient cependant profiter du délai inhérent à la mise en place d'un régime de protection définitif, par les autorités nationales, ou de l'absence

de désignation subséquente à l'adoption de la liste communautaire pour supprimer les caractéristiques biotiques, abiotiques ou géographiques d'un habitat qui a été sélectionné par la Commission pour faire partie du réseau. Dans le but de déjouer l'effet d'annonce que devrait engendrer l'ouverture d'une procédure de classement définitif dans le cadre des législations nationales pertinentes et pour éviter de la sorte que des sites en attente de classement ne soient saccagés, le législateur communautaire a prévu, dans deux hypothèses, d'accorder un régime de protection provisoire aux futures zones spéciales de conservation. D'une part, les sites repris sur le projet de liste communautaire, établie à partir des listes nationales, sont soumis à tous les effets du régime de protection qui s'attache à la désignation définitive d'un habitat au terme de la procédure de classement (article 4, § 5). D'autre part, un régime de protection provisoire est institué pendant la phase de concertation bilatérale entre la Commission et l'État membre pour les sites abritant un type d'habitat naturel ou une espèce prioritaire que les États membres n'auraient pas proposé pour le réseau Natura 2000 (article 5, § 4). Dans ces deux cas, les États ne pourront pas invoquer l'absence de désignation pour échapper aux contraintes inhérentes à la protection de leurs sites.

Conformément à l'article 10 du traité, les États membres doivent transposer le régime de protection avant même que la liste des sites d'intérêt communautaire ne soit arrêtée par la Commission dans la mesure où, au jour même de l'entrée en vigueur de la décision de la Commission sur ce point, la protection provisoire prévue par la directive doit être opposable aux tiers.

25. L'application des mesures du régime général au-delà du périmètre des zones désignées

Alors que la directive "oiseaux" prévoit que les mesures de protection des habitats de l'avifaune s'étendent au-delà du périmètre des zones de protection spéciale⁹⁸, cette obligation n'est pas expressément prévue au paragraphe 2 de l'article 6 de la directive "habitats". Or, les États doivent soumettre à un régime d'évaluation et d'autorisation les plans ou les projets qui, bien qu'envisagés à l'extérieur des zones spéciales de conservation, pourraient endommager la zone (art. 6.3). Il s'ensuit que des activités situées à l'extérieur de la zone mais menaçant cette dernière sont prohibées⁹⁹.

26. Nature des activités prohibées à l'intérieur du périmètre des zones désignées

A l'instar de ce que prévoyait l'ancien paragraphe 4 de l'article 4 de la directive "oiseaux"¹⁰⁰, le paragraphe 2 de l'article 6 de la directive "habitats" oblige les États membres à éviter les détériorations et les perturbations. Ce terme s'inscrit dans une démarche préventive qui devrait conduire les autorités nationales à adopter un cadre réglementaire contraignant destiné à garantir, voire à améliorer, la conservation des habitats.

La conservation des habitats classés impliquera généralement l'adoption de mesures de prohibition de certaines activités destructrices ce qui pourrait dans certaines hypothèses limiter sensiblement le droit de propriété. A cet égard, la section législation du Conseil d'État a jugé qu'un système d'interdiction radical qui viendrait à interdire un grand nombre d'activités de manière générale et inconditionnelle sur le territoire de la zone désignée, s'exposerait à être critiqué au regard du respect qui est dû à divers droits fondamentaux, tel le droit de propriété consacré notamment par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de même que la liberté des commerces et d'industries¹⁰¹. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la suppression du droit de propriété requiert l'indemnisation des titulaires de ce droit¹⁰².

A partir de quand les “détériorations” ou les “perturbations” tombent-elles sous le coup du régime d’interdictions prévu à l’article 6, § 2 de la directive sur les habitats, qui remplace désormais les obligations découlant de l’ancien article 4, § 4 de la directive “oiseaux”? Toute atteinte à une zone doit-elle être sanctionnée? Toute perturbation d’une espèce protégée est-elle condamnable même si elle est significative? La Cour n’a pas encore apporté une réponse claire à ces questions ¹⁰³. Une interprétation littérale du nouvel article 6, § 2, applicable tant aux zones de protection spéciale qu’aux zones spéciales de conservation conduit toutefois à distinguer, d’une part, l’obligation d’éviter la “*détérioration des habitats naturels et des habitats d’espèces*”, quelle qu’en soit la nature et, d’autre part, l’obligation d’éviter les “*perturbations touchant les espèces*” qui doivent être significatives ¹⁰⁴.

A ce titre, la Cour de justice et les juridictions nationales devraient sanctionner toute forme de détérioration des habitats se trouvant dans les zones désignées ou dans les sites qui devraient faire l’objet d’une telle désignation, sans pour autant que la Commission ou que les requérants ne doivent démontrer que ces détériorations aient un effet significatif¹⁰⁵. En revanche, seules les perturbations significatives sont condamnables; un certain niveau de perturbations est donc toléré.

Ce raisonnement paraît logique. Au cas où un site a été considéré, d’un point de vue scientifique, comme particulièrement approprié à la survie d’une espèce animale ou du maintien d’un habitat, toute détérioration de la zone présente un risque substantiel pour la survie des espèces qui s’y trouvent. L’habitat se définissant comme le “*milieu défini par des facteurs abiotiques et biotiques spécifiques où vit l’espèce à l’un des stades de son cycle biologique*” (art. 1, f), sa détérioration correspond à l’altération durable d’un de ces facteurs en raison d’une action physique, chimique ou biologique.

Les formes de détérioration sont d’ailleurs légion, même si la Cour de justice a principalement censuré jusqu’à ce jour l’assèchement de zones humides. La détérioration la plus significative consiste indiscutablement dans la destruction pure et simple de l’habitat protégé.

Est-ce à dire que toutes les activités se trouvent prohibées au sein des zones de conservation spéciales? Assurément, cela ne saurait être le cas puisque les notions de “perturbations” et de “détériorations” doivent être évaluées à la lumière de l’objectif de conservation favorable. Comme la nature a été façonnée par la présence d’activités agro-pastorales traditionnelles, il convient de maintenir, voire de rétablir ces dernières dans la plupart des zones. Par conséquent, seules les activités qui présentent une menace pour la conservation des habitats naturels sont prohibées. En outre, des activités pouvant être admises sur certains sites peuvent fort bien être interdites dans d’autres types d’habitats. Ainsi, le déboisement systématique de certaines forêts peut considérablement détériorer l’habitat d’espèces telles que la Gelinotte des bois (*Tetrastes bonassia*), alors qu’il est indispensable de déboiser les prairies calcaires et les zones humides afin de conserver la particularité de ces milieux ouverts. Il en résulte que, lorsqu’elles ne portent pas atteinte à l’objectif de conservation, des activités traditionnelles comme la chasse, la cueillette ou la récolte d’oeufs d’oiseaux peuvent fort bien être pratiquées au sein de la zone désignée. C’est donc à tort que dans certains pays les milieux cynégétiques s’opposent à la mise en place des zones spéciales de conservation en prétextant que la chasse y sera interdite. Une activité cynégétique dûment réglementée par un plan de gestion de la zone est tout à fait compatible avec la conservation des milieux naturels. Enfin, la directive “habitats” exclut expressément du régime d’évaluation des incidences les plans ou les projets liés à la gestion du site (art. 6.3).

27. Effet direct du paragraphe 2 de l'article 6

Si le juge national dispose de différents moyens pour sanctionner l'absence de prise en considération des obligations de droit communautaire relatives à la protection des habitats ¹⁰⁶, l'effet direct constitue l'arme la plus efficace pour sanctionner les retards pris dans les processus de transposition de ces obligations. A cet égard, il ressort tant des arrêts *Leybucht* que *Marismas de Santona* que l'article 4, § 4, 1^{ère} phrase de la directive 79/409/CEE était suffisamment clair et inconditionnel pour produire des effets directs en droit interne ¹⁰⁷. Ce raisonnement s'applique *mutatis mutandis* au paragraphe 2 de l'article 6 de la directive "habitats" dont le libellé est quasiment identique ¹⁰⁸. Depuis plusieurs années, les juridictions nationales ont admis l'effet direct de l'article 4, § 4, de la directive "oiseaux" ¹⁰⁹ et, plus récemment, de l'article 6, § 2, de la directive "habitats" ¹¹⁰. En raison de son effet direct, le régime de protection pourrait être invoqué par les administrés devant leurs juges nationaux alors même qu'un site ornithologique devant être classé en zone de protection spéciale n'a pas été notifié à la Commission. Cette solution s'impose également à l'égard des sites qui n'ont pas fait l'objet d'un régime de protection opposable aux tiers ¹¹¹.

C. Les dérogations au régime general

28. Une procédure dérogatoire expressément prévue

Sous l'empire de l'article 4, § 4, de la directive "oiseaux", la Cour avait jugé, de manière prétorienne, que le régime de protection pouvait faire l'objet de dérogations si elles étaient justifiées par des intérêts fondamentaux, lesquels n'englobaient pas les exigences économiques et récréatives ¹¹². S'inspirant de cette jurisprudence, le législateur communautaire a prévu de manière expresse la possibilité pour les États membres de déroger au régime de protection découlant du second paragraphe de l'article 6 de la directive "habitats" qui est venu remplacer l'article 4, § 4, de la directive "oiseaux".

1.º La procédure d'évaluation des incidences

En vue de préserver les habitats classés des aménagements qui risquent d'en altérer l'équilibre écologique, le paragraphe 3 de l'article 6 de la directive "habitats" prévoit une procédure *sui generis* d'évaluation préalable des incidences sur l'environnement de "tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets (...)".

29. Champ d'application *ratione materiae* de la procédure d'évaluation des incidences

Si les plans et les projets qui sont directement liés ou nécessaires à la gestion du site ne sont pas soumis au régime d'évaluation (par exemple, l'exploitation forestière prévue par le plan de gestion d'un habitat forestier), l'ensemble des autres plans ou projets qui sont susceptibles d'affecter la zone de manière significative doivent tomber sous le coup du dispositif d'évaluation à mettre en place par les États membres¹¹³.

Le concept de "plan" doit faire l'objet d'une interprétation extensive en raison, d'une part, du libellé de l'article 6, § 3, qui vise "tout plan ou projet", et, d'autre part, des objectifs de conservation visés par la désignation des ZSC ¹¹⁴. Mais, seuls les plans et projets qui affectent de manière significative l'intégrité de la zone doivent être soumis à cette procédure d'évaluation ¹¹⁵.

Le caractère “significatif” de l’impact du plan et du projet doit être interprété objectivement à la lumière des caractéristiques et des conditions environnementales spécifiques au site protégé. Ainsi, la perte de 100 m² de prairies calcaires peut avoir des effets significatifs pour la conservation d’un site de petite superficie abritant une orchidée rare, alors qu’une perte comparable dans un grand site (steppe) n’a pas nécessairement des effets significatifs ¹¹⁶.

La Cour de justice doit se prononcer sur la question de savoir si une succession de décisions de faible ampleur peuvent, en raison de leur effet cumulatif tomber sous le coup de projet ayant des effets significatifs ¹¹⁷.

L’évaluation doit couvrir, en vertu du principe de précaution, des dommages encore incertains de même que l’effet cumulatif ou conjugué d’impacts de faible ampleur (si la construction d’un immeuble ne pose pas de difficultés, il en va autrement d’un lotissement).

Les plans et les projets visés à l’article 6, § 3, doivent, enfin, faire l’objet d’un acte express devant respecter un certain nombre de conditions, lesquelles déterminent les droits et les obligations des particuliers. A cet égard, un mécanisme de notification ne saurait être compatible avec les exigences de la directive ¹¹⁸. En effet, les autorités sont obligées de marquer leur accord sur le projet ou sur le plan. Dans le même ordre d’idées, les régimes d’autorisation implicite qui rendraient caduque l’évaluation des incidences sont incompatibles avec le prescrit du paragraphe 3 de l’article 6.

30. Champ d’application *ratione loci* de la procédure d’évaluation des incidences et objet de l’évaluation des incidences

Le champ d’application *ratione loci* du régime d’évaluation n’est pas limité aux seules zones désignées mais doit également couvrir tous les territoires à partir desquels un plan ou un projet pourrait affecter de manière significative l’état de conservation de la zone désignée ¹¹⁹.

Il n’est pas nécessaire de prendre en considération tous les impacts environnementaux du projet dans la mesure où celui-ci doit uniquement faire “l’objet d’une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site”. L’objet de l’évaluation est dès lors nettement plus restreint que celui prévu par la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l’évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l’environnement. Dans l’arrêt *Commission c. France*, la Cour de justice a jugé que l’objet du régime français de l’étude d’impact n’était pas suffisamment “appropriée” eu égard aux objectifs de conservation des sites ¹²⁰. Cela dit, rien n’empêche de compléter le régime général d’une évaluation plus ciblée lorsque l’activité ou l’infrastructure affecte un site classé.

31. Les rapports entre la procédure d’évaluation des incidences prescrite par la directive “habitats” et celle prescrite par la directive 85/337/CEE

De nombreux projets — principalement ceux liés aux infrastructures de transport — sont susceptibles de tomber à la fois sous le coup de la directive habitat et de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l’évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l’environnement. Un souci de sécurité juridique aurait dû conduire le législateur communautaire à insérer le régime d’évaluation des incidences dans la directive 85/337/CEE. A l’exception de la mention qui est faite à annexe III de la directive 85/337/CEE énumérant les critères qui doivent guider les États membres dans la sélection des projets de l’annexe II qui doivent être soumis à une procédure d’évaluation des incidences de la prise en compte des zones classées en vertu des directives oiseaux et habitats, aucune intégration n’a été prévue entre les deux régimes d’évaluation des incidences.

A la différence de la directive 85/337/CEE, il n'est en tout cas pas possible pour l'État membre d'arrêter une liste limitative de plans ou de projets devant être soumis au régime de l'article 6. Par conséquent, la législation nationale transposant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ne peut être considérée comme constituant une mise en oeuvre correcte du paragraphe 3 de l'article 6 dans la mesure où, d'une part, la directive 85/337/CEE ne connaît qu'un nombre limité de projets alors que la directive "habitats" est susceptible de s'appliquer à un nombre illimité de projets et, d'autre part, les plans ne sont pas soumis au régime d'évaluation des incidences prévue par la directive 85/337/CEE.

La directive "habitats" n'écarte en effet aucun domaine d'activité et n'établit aucun seuil quantitatif¹²¹. Dans cette veine, la Cour de justice a dénié à la France le droit de soustraire à l'obligation d'évaluation prévue par ce régime des projets en raison de leur faible coût ou de leur objet¹²². Selon la Cour de justice, l'article 6.3 *"ne saurait autoriser un État membre à édicter des règles nationales qui feraient échapper, de manière générale, à l'obligation d'évaluation des incidences sur le site des projets d'aménagement en raison soit du faible montant des dépenses envisagées, soit des domaines d'activité spécifiques concernés"*¹²³. Le choix adopté par un État membre de transposer l'annexe II de la directive au moyen de seuils l'oblige donc à adopter un régime complémentaire pour les habitats faisant partie du réseau Natura 2000.

Les États doivent également veiller à ce que l'évaluation des impacts du projet ou du plan réponde aux exigences des deux directives. Les obligations procédurales les plus strictes seront donc d'application: tel serait le cas, par exemple, de la consultation du public concerné, rendue obligatoire par la directive 85/337/CEE mais qui ne constitue qu'une faculté dans la directive "habitats"¹²⁴.

La meilleure solution, pour les États membres, consisterait sans doute à rendre applicable les exigences que prescrit l'article 6, § 3 et 4, de la directive "habitats", à tous les régimes de décision relevant de leur compétence et par lesquels une autorité donne, selon les termes de la directive, son "accord" à la réalisation d'un plan ou d'un projet, à l'exception des plans et des projets "directement liés ou nécessaires à la gestion du site". Il conviendrait pour exclure les plans directement liés ou nécessaires à la gestion du site, de charger une autorité et de préciser pour chaque site les règles permettant de déterminer quels plans et projets possèdent ou ne possèdent pas cette caractéristique¹²⁵.

32. Les rapports entre la procédure d'évaluation des incidences prescrites par la directive "habitats" et la directive 2001/42/CE

Les règles nationales qui transposeraient les dispositions de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement sont également insuffisantes pour mettre en oeuvre le régime spécifique d'évaluation prévue par la directive "habitats". Des projets affectant des habitats naturels sont ou peuvent être exclus du champ d'application de la directive 2001/42/CE (programmes militaires, de protection civile, financiers, budgétaires). En outre, l'évaluation prévue par cette directive n'est pas suffisamment ciblée.

2.º Les conditions posées à l'octroi de la dérogation

33. Portée de l'art. 6.3 de la directive "habitats"

L'article 6, § 3, prévoit que *"compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales*

compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné (...)"'. Le libellé de ce paragraphe implique, selon nous, que ledit plan ou projet, s'il est susceptible d'avoir des effets significatifs sur le site, doit faire l'objet d'une autorisation ou d'une approbation expresse par l'autorité compétente, ce, même si la législation en vigueur en matière d'autorisation d'exploiter ne le prévoit pas. La transposition correcte de l'article 6, § 3, de la directive "habitats" impose donc aux États membres de prévoir, pour ces plans et projets, un système d'autorisation ou d'approbation expresse (spécifique ou non: une modification de la législation en matière d'autorisation d'exploiter peut suffire) en plus du système d'évaluation des incidences.

Qui plus est, pour que le projet puisse être autorisé, l'autorité compétente doit s'assurer, en vertu du paragraphe 3 de l'article 6, "qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné et après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public". L'évaluation des incidences doit donc être en mesure de montrer l'absence de risques pour l'intégrité du site¹²⁶. En cas d'incertitude sur la survenance d'éventuelles menaces, le principe de précaution devrait conduire l'autorité à s'abstenir de délivrer l'autorisation¹²⁷.

Il se peut toutefois que l'étude d'incidences fasse apparaître clairement que le projet affectera l'intégrité du site. Pour sauvegarder au mieux la zone, des garanties tant de fond que de forme sont prévues par le quatrième paragraphe de l'article 6 de la directive. Le projet affectant l'intégrité du site ne peut donc être mis en oeuvre qu'en cas d'absence de mesures alternatives (*infra* n.º 34) et que si son exécution est justifiée par des intérêts bien définis (*infra* n.º 35). Enfin, si le projet critiqué peut être admis, encore faut-il que l'État membre atténue son impact (*infra* n.º 36) et prenne des mesures compensatoires (*infra* n.º 37). Malgré la présence de ces garanties, la pratique de la Commission dans ce domaine appelle, lorsqu'elle est lue à la lumière de la jurisprudence *Leybucht*, de sérieuses réserves¹²⁸.

34. Absence de solutions alternatives

Dans sa jurisprudence relative à l'application du paragraphe 4 de l'article 4 de la directive "oiseaux", la Cour de justice s'était déjà montrée sensible à l'existence d'alternatives¹²⁹. Pour sa part, la nouvelle directive subordonne l'octroi de l'autorisation à l'absence de solutions alternatives¹³⁰. L'État membre doit par conséquent démontrer, le cas échéant à l'aide des conclusions de l'étude d'incidences, qu'aucune alternative ne s'offrait à lui. L'on ne peut qu'insister sur l'importance que revêt cette exigence. Dès que la possibilité s'offre à l'État membre d'atteindre le même objectif de façon moins dommageable pour la conservation des habitats protégés, le projet initial doit être abandonné au profit du projet alternatif.

Cette obligation soulève toutefois plusieurs questions. L'autorité nationale qui projette la construction d'une autoroute à travers une zone protégée doit-elle comparer les mérites de son projet avec le tracé éventuel d'une ligne de chemin de fer? En d'autres mots, le tracé ferroviaire constitue-t-il une alternative viable au trafic automobile? Ou pourrait-elle se contenter de comparer les mérites du tracé autoroutier envisagé avec ceux d'une voie de contournement? Au où cette dernière option ne pourrait être envisagée pour des raisons techniques (le site étant coincé entre deux massifs montagneux), l'autorité ne devrait-elle pas envisager l'alternative "zéro", c'est-à-dire l'abandon du tracé autoroutier?

Si la directive n'apporte pas une réponse claire à ces questions, il convient néanmoins de donner, au regard de l'effet utile de la norme communautaire, une interprétation large à l'obligation de rechercher l'alternative la moins préjudiciable pour la conservation du site¹³¹; le surcoût du projet alternatif ne devrait pouvoir être invoquée pour exclure l'option la moins dommageable, sauf si ce surcoût paraît tout à fait disproportionné¹³².

Dans son avis sur la traversée de la vallée de la “Peene” par l’autoroute A 20, la Commission a retenu parmi les quatre solutions possibles le tracé le moins néfaste pour la conservation de l’avifaune et des habitats ¹³³. En revanche, dans l’arrêt rendu le 19 mai 1998 sur un autre tracé de l’autoroute A20, la Cour fédérale administrative allemande a jugé que le tracé nord constituait un autre projet de communication routière et non pas une alternative, au sens de l’article 6, § 4, de la directive “habitats”, par rapport à celui du tracé sud qui présentait des avantages incontestables du point de vue de l’aménagement du territoire. Cette interprétation n’est guère convaincante dans la mesure où elle privilégie un critère subjectif par rapport à un critère objectif ¹³⁴.

35. Balance des intérêts

En sus de l’obligation d’adopter l’alternative la moins préjudiciable possible, les avantages du projet doivent être soigneusement mis en balance avec ses effets préjudiciables pour la conservation des milieux naturels. Dans le cadre de cette balance des intérêts, le principe de proportionnalité joue un rôle majeur: un projet justifié par un intérêt fondamental et dont l’impact négatif est relatif sera plus facilement accepté qu’un projet particulièrement destructeur dont l’intérêt public demeure marginal. Une distinction capitale doit toutefois être établie entre les habitats dont la protection est jugée comme prioritaire et ceux qui ne le sont pas.

Pour les habitats dont la protection n’est pas jugée prioritaire, les “raisons impératives d’intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique” doivent justifier l’exécution du projet. En rajoutant les “raisons de nature sociale ou économique”, le Conseil des Ministres a voulu éviter que la notion “d’intérêt général supérieur” se limite uniquement aux considérations liées à la santé et à la sécurité publique, à l’instar de ce qu’avait jugé la Cour de justice dans l’affaire Leybucht ¹³⁵.

Cela dit, il ne nous semble pas possible de donner une interprétation extensive aux “raisons de nature sociale ou économique” au risque de vider le régime de protection de sa substance. Si, dans l’arrêt *Lappel Bank*, la Cour a pris soin de ne pas se prononcer ouvertement sur la portée des “raisons impératives d’intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique”, toujours est-il que la formulation du point 41 de l’arrêt (“les exigences économiques, en tant que raisons impératives d’intérêt public majeur”) constitue un indice qu’une interprétation restrictive du concept d’“exigences économiques” doit prévaloir. Il en résulte que les exigences économiques ne peuvent intervenir, dans le cadre du § 4 de l’article 6 que si elles relèvent de “raisons impératives d’intérêt public majeur”, et non en tant que tel ¹³⁶. Ce point est extrêmement important puisque toute exigence économique ne peut être assimilée d’emblée à une “raison impérative d’intérêt public majeur”. Ainsi, l’agrandissement d’un port ou la construction d’une voirie ne peut être autorisé pour la seule raison qu’il répond à des exigences économiques particulières (par exemple, la création d’emplois, le développement économique local ...) mais bien parce qu’il entend satisfaire un impératif d’intérêt public majeur (par exemple, le désenclavement d’une région particulièrement isolée, la nécessité de relever substantiellement le niveau de vie des populations locales ...) ¹³⁷.

En revanche, la marge d’appréciation de l’État membre est plus réduite lorsque la zone comprend des habitats ou des espèces dits prioritaires dans la mesure où “seules peuvent être évoquées des considérations liées à la santé de l’homme et à la sécurité publique ou à des conséquences bénéfiques primordiales pour l’environnement ou, après avis de la Commission, à d’autres raisons impératives d’intérêt public majeur”. Il convient d’abord de rappeler au regard de quels critères un site devient prioritaire et ensuite d’explicitier la portée des justifications prévues à cette disposition.

Les types d'habitats naturels prioritaires sont ceux pour lesquels la Communauté européenne assume une "responsabilité particulière" compte tenu de leur aire de répartition (article 1, d) de la directive 92/43/CEE). La directive n'indique toutefois pas si les zones de protection spéciale pour la conservation des oiseaux sauvages doivent être considérées comme des sites prioritaires¹³⁸.

Conformément à la jurisprudence *Leybucht*, les aménagements peuvent être autorisés pour garantir la santé de l'homme, la sécurité publique ou lorsque la réalisation du projet aura des conséquences primordiales pour l'environnement¹³⁹.

Les aménagements portant atteinte à l'intégrité de la zone peuvent également être admis pour d'"autres raisons impératives d'intérêt public majeur". Il faut comprendre ces termes comme correspondant à l'intérêt général supérieur à celui auquel répond l'objectif écologique de la directive. Le fait que les raisons de nature sociale ou économique ne soient pas expressément citées dans le cadre de cette seconde hypothèse indique que le recours à ces dernières doivent être interprété de manière extrêmement stricte. Ainsi, l'État membre ne pourra plus autoriser le passage d'une autoroute au milieu d'une réserve naturelle classée comme zone spéciale de conservation où l'on retrouve des espèces prioritaires lorsque l'étude d'impact démontrera que le projet va porter atteinte à l'intégrité du site¹⁴⁰.

Un avis positif de la part de la Commission est en tout cas requis pour les projets justifiés par d'"autres raisons impératives d'intérêt public majeur". On notera que cette exigence est libellée de la même façon que l'article 37 du traité Euratom¹⁴¹. A l'instar des avis rendus par la Commission dans le cadre du traité Euratom, l'avis requis pour les aménagements affectant des sites prioritaires ne devrait pas revêtir un caractère contraignant¹⁴². Cependant, le fait de ne pas solliciter l'avis de la Commission ou de passer outre un avis négatif constitue un manquement caractérisé aux obligations découlant de la directive, lequel pourrait être sanctionné tant par les organes juridictionnels de la Communauté que par les juridictions nationales.

36. Mesures d'atténuation des impacts

La conservation de la zone est érigée en principe; les dérogations que l'on peut y apporter doivent être interprétées strictement. Parce qu'ils sont tenus, en vertu de l'article 6, § 2, de prendre les mesures appropriées pour éviter dans les zones la détérioration des habitats naturels, les États doivent dès lors atténuer dans toute la mesure du possible les impacts négatifs du projet autorisé au terme de la procédure d'évaluation¹⁴³.

L'adoption de mesures d'atténuation permet en tous cas de limiter l'importance des mesures compensatoires (cf. *infra*, n.° 37). Lors de la traversée de la zone de protection de la "Pee-ne" par l'autoroute A 20, la Commission a mis l'accent sur l'adoption des mesures d'atténuation de l'impact autoroutier sur la faune présente sur le site (murs antibruit, écrans contre la lumière des phares)¹⁴⁴. Pour sa part, dans un arrêt du 19 mai 1998 relatif à la destruction d'une zone humide du Land du Schleswig-Holstein qui tombait *de facto* sous le coup de l'article 4 de la directive "oiseaux", la Cour fédérale administrative allemande a jugé que, conformément à l'arrêt *Marismas de Santana*, l'État ne pouvait justifier un projet portant atteinte à l'intégrité du site que pour des motifs d'intérêt général. Si la construction d'une autoroute ne relève pas d'un tel intérêt en raison de sa nature économique, l'adoption de mesures adéquates en vue d'éviter les impacts négatifs de l'autoroute sur le territoire du site permet de contourner, selon la juridiction fédérale allemande, cette interdiction¹⁴⁵.

37. Mesures compensatoires

Si le projet est justifié parce qu'aucune alternative ne se présente et qu'il répond aux intérêts énumérés ci-dessus, il pourra être exécuté moyennant l'obligation de prendre

“(…) toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée. L’État membre informe la Commission des mesures compensatoires adoptées.” Ces mesures pourraient consister dans le renforcement du régime de protection du site altéré ou dans la désignation de nouvelles zones qui viendraient à contrebalancer les pertes subies. Dans le cas de la construction de l’autoroute A 20 dans la zone de protection de la “Peene”, la Commission a estimé que la création ou la restauration de sept habitats différents dans une zone de près de 100 hectares dans la vallée constituaient des mesures de compensation suffisantes pour accorder un avis positif ¹⁴⁶. Le Conseil d’État de Belgique a jugé que les mesures compensatoires ne pouvaient porter sur des sites déjà proposé à la Commission européenne et en cours d’examen ¹⁴⁷. Celles-ci devraient plutôt porter sur des sites dégradés. De même, un reboisement destiné à atténuer les effets sur le paysage ne compense pas la destruction d’un habitat forestier présentant des caractéristiques spécifiques ¹⁴⁸.

Cette dernière exigence appelle toutefois certaines réserves. Impliquant l’équivalence et non pas l’identité, le principe de compensation présente, malgré ses mérites théoriques, toujours le risque que la perte du milieu sacrifié ne soit pas suivi par la création ou la protection d’un milieu semblable¹⁴⁹. Au demeurant, n’est-ce pas notre raison réductrice et simplificatrice qui assimile une forêt à une autre forêt, une zone humide à une autre zone humide alors que chaque milieu a une structure propre et un rôle irremplaçable dans l’équilibre naturel? Le recours à ce principe se justifie encore moins pour un écosystème unique ou une espèce endémique qui par nature sont irremplaçables.

38. Charge de la preuve en cas de contestation

La preuve d’une diminution effective des oiseaux en raison de la modification des habitats est difficile à apporter en raison du laps de temps nécessaire pour étudier correctement la dynamique d’une population d’oiseaux. Dans l’arrêt *Leybucht*, la Cour n’avait pas retenu le grief de la Commission selon lequel la construction des digues avait entraîné une perturbation des populations dans la mesure où celles-ci ne s’étaient pas effondrées ¹⁵⁰. Elle pourtant admis plus tard dans l’arrêt *Marismas de Santona* que les activités affectant de manière essentielle la survie et la reproduction des oiseaux ne se traduisaient pas toujours par une diminution immédiate de leurs effectifs ¹⁵¹; par conséquent, la Commission ne devait pas apporter la preuve que le nombre d’oiseaux protégés avait effectivement diminué du fait des aménagements ¹⁵². Au demeurant, dans la mesure où les questions liées aux dynamiques de populations animales sont empreintes de controverses scientifiques, il est pertinent que l’adage *actori incumbit probatio* soit éclairé à la lumière du principe de précaution inscrit à l’article 174 du traité.

Enfin, le fait que les déversements d’eau ne violent pas les règles communautaires relatives à la qualité de l’eau ne constitue pas une preuve suffisante en vertu de laquelle les déversements d’eaux usées résiduelles non épurées ne devraient pas être qualifiées de pollutions au sens de l’ancien paragraphe 4 de l’article 4 de la directive “oiseaux” et que ces déversements n’affectent pas les conditions de vie des oiseaux sauvages ¹⁵³.

Nicolas de Sadeleer

Professeur aux Facultés Universitaires Saint-Louis
et à l’Institut d’Études Européennes de l’Université Catholique de Louvain
Directeur du Centre d’Étude du Droit de l’Environnement

¹ Arrêt *Lappel Bank*, points 39-41.

² Voy. tout particulièrement l'art. 56.1, UNCLLOS qui traite notamment des droits souverains des États de conserver et de gérer leurs ressources naturelles dans leurs zones économiques exclusives et l'art. 56.1, b (iii), leur accordant pour la ZEE la juridiction en ce qui concerne la protection et la préservation de l'environnement marin. Cf. D. OWEN, "The Application of the Wild Bird Directive beyond the Territorial Sea of European Community Member States", J.E.L., 2001, vol. 13, n.º 1, pp. 38-78.

³ Actuellement, 181 taxons (espèces et sous-espèces) sont repris sur cette liste qui a été adaptée et complétée à plusieurs reprises au regard de nouvelles connaissances scientifiques et de l'entrée de nouveaux États membres.

⁴ A la différence des espèces menacées, qui sont identifiées au regard d'un inventaire, la directive ne définit pas ce qu'il faut entendre par "espèces migratrices" alors que ce terme est défini dans la convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage.

⁵ Cette disposition renvoie à la Convention de Ramsar sur les zones humides d'importance internationale, à laquelle la Communauté européenne n'a pas adhéré.

⁶ Arrêt *Lappel Bank*, point 23.

⁷ Les arrêts rendus à propos de l'application du régime de conservation des habitats des oiseaux en vertu de la directive "oiseaux" sont:

- C.J.C.E., 17 janvier 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-334/89, Rec., I, p. 3073; Amén., février 1991/2, pp. 90 et s., obs. N. de SADELEER;
- C.J.C.E., Ordonn. Présid., 16 août 1989, *Commission c/ RFA*, aff. 57/89-R, Rec., pp. 1-2.849;
- C.J.C.E., 28 février 1991, *Commission c/ RFA*, aff. C-57/89 ("*Leybucht*"), Rec., pp. 1-883. Pour un commentaire de l'arrêt rendu au fond, voyez les contributions suivantes: D. BALDOCK, "The Status of Special Protection Areas for the Protection of Wild Birds", J.E.L., 1992/4, p. 139; J. BOUCKAERT, obs. sous l'arrêt précité, Amén.-Env., 1992/2, p. 78; N. de SADELEER, "Les conflits d'intérêt portant sur la protection des milieux naturels en droit communautaire", R.J.E., 1992/3, p. 351; J.H. JANS, obs. sous l'arrêt précité, M. & R., 1992, p. 109;
- C.J.C.E., 2 août 1993, aff. C-355/90, *Commission c/ Espagne* ("*Marismas de Santona*"), Amén., 1993/4, p. 227, obs. N. de SADELEER; R.J.E., 1995/1, p. 67, obs. J. BOUCKAERT;
- C.J.C.E., 11 juillet 1996, *Regina et Secretary of State for the Environment*, ex parte *Royal Society for Protection of Birds* ("*Lappel Bank*"), aff. C-44/95, Rec., 1996, I, p. 3805; J.E.L., vol. 9/2, p. 139, obs. J.D.C. HARTE;
- C.J.C.E., 19 mai 1998, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-3/96, Rec., I, p. 3031; E.L.R., juillet-août 1998, p. 241, obs. H. SOMSEN;
- C.J.C.E., 18 mars 1999, *Commission c/ République française* ("*Estuaire de la Seine*"), aff. C-166/97, Amén.-Env., 1999/3, p. 192, obs. A. GOSSERIES, "La Cour de justice et les zones de protection spéciale";
- C.J.C.E., 25 novembre 1999, *Commission c/ France* ("*Marais poitevin*"), aff. C-96/98, Rec., I, p.....;
- C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Commission c/ France* ("*Basses Corbières*"), aff. C-374/98, R.E.D.E., 2001/5, obs. Ch.-H. BORN, pp. 449-472;
- C.J.C.E., 13 juin 2002, *Commission c/ Irlande*, aff. C- 117/00, Rec., I, p.....;
- C.J.C.E., 26 novembre 2002, *Commission c/France* ("*Plaine des Maures*"), aff. C-202/01.

⁸ Alors que dans l'arrêt *Commission. c. Italie*, la Cour avait rappelé que "c'est aux États membres qu'il incombe d'identifier les espèces qui doivent faire l'objet des mesures particulières de protection et de conservation exigées par l'article 4, paragraphe 1 de la directive" (point 9), elle précisa dans son arrêt *Leybucht* de 1991 "que les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation lors qu'ils doivent choisir les territoires les plus appropriés pour un classement en zones de protection spéciale" (point 20).

⁹ Arrêts *Marismas de Santona*, point 22; *Estuaire de la Seine*, point 38; *Marais poitevin*, point 41; *Lappel Bank*, point 26.

¹⁰ Arrêts *Marismas de Santona*, point 22; "*Estuaire de la Seine*, point 38; *Marais poitevin*, point 41 *Lappel Bank*, point 26; *Basses-Corbières*, point 26.

¹¹ Dans son arrêt *Marismas de Santona* la Cour n'a pas suivi l'interprétation restrictive proposée par son avocat général (conclusions de l'avocat général m. w. van gerven du 9 juin 1993, point 8).

¹² Arrêt *Commission c/Pays-Bas*, point 62.

¹³ Dans un arrêt du 19 mai 1998, la Cour fédérale administrative allemande a reconnu qu'une zone humide du Land

du Schleswig-Holstein tombait de facto, en raison de son intérêt ornithologique, sous le coup de l'article 4 de la directive "oiseaux" quand bien même elle n'avait pas été notifiée à la Commission (BVerwG, 19 mai 1998, NvwZ, h.7, p. 717; NvwZ, 1998 h.6, pp. 616-623; Zeitschrift für Umweltrecht, 1998/4, pp. 203-210; R.E.D.E., 1999/2, p. 187, obs. G. WINTER). Un tribunal néerlandais a estimé que l'île d'Ameland et la côte de la mer du Nord tombaient sous le coup de l'article 6 de la directive "oiseaux" en raison de leur richesse ornithologique alors même que ces sites n'avaient pas été désignés par les autorités nationales (Rechtbank Leeuwarden, 17 juillet 1998, Koninklijke Vermande, 1998, afl. 9, p. 565, obs. Lambers).

¹⁴ Dans l'arrêt Commission c. Pays-Bas, la Cour a fait droit au grief de la Commission qui reprochait aux Pays-Bas de n'avoir classé que 23 sites pour une superficie totale de 327.602 hectares alors qu'ils auraient dû, sur la base des critères ornithologiques qu'elle avait retenus pour l'ensemble des États de la Communauté, classer 70 sites pour une superficie totale de 797.920 hectares (arrêt Commission c. Pays-Bas, point 32).

¹⁵ L'État est en infraction "dès lors qu'une partie considérable de la zone ne bénéficie pas d'un régime de conservation spéciale, les mesures de conservation spéciale prises par les autorités françaises sont insuffisantes quant à leur étendue géographique" (arrêt Basses-Corbières, points 27 et 29). Dans l'arrêt Plaine des Maures, la superficie de la zone classée (879 ha) est jugée insuffisante en raison du très grand intérêt ornithologique du site (plus de 4.000 ha). Le fait d'avoir agrandi ultérieurement la zone confirme le caractère insuffisant de la désignation initiale (point 28).

¹⁶ Dans l'arrêt Marismas de Santona, la Cour a rejeté l'argument selon lequel un classement partiel du site en réserve naturelle suffisait à acquitter l'État membre de ses obligations au titre de l'article 4, § 1^{er} (point 29). Dans le même ordre d'idées, le fait que les 22 hectares du Lappel Bank concerné par l'extension d'un port maritime faisaient partie d'un ensemble de 3000 hectares n'autorisait pas les autorités britanniques de se dispenser de le désigner. En abritant plus de 19% de la population totale des limicoles fréquentant la zone, cette partie de l'estuaire figurait parmi les territoires les plus appropriés et devait dès lors être intégralement classée (arrêt Lappel Bank, point 26). En omettant de classer en zone de protection spéciale une superficie suffisante de l'estuaire de la Seine et d'adopter un statut juridique correspondant aux besoins de conservation de la zone, la France a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 4, §§ 1 et 2 de la directive "oiseaux". En l'espèce, une superficie de 2750 hectares de l'estuaire avait été classée alors que 7800 hectares étaient répertoriés dans l'inventaire de la Commission européenne comme correspondant aux "territoires les plus appropriés à la conservation des espèces en cause" (arrêt Estuaire de la Seine, points 11 à 15). De même, la taille relativement modeste d'une installation industrielle sur ce site ne permettait pas de conclure à l'absence de toute obligation pour l'État membre de l'inclure dans la zone de protection spéciale (conclusions de l'avocat général N. Fennelly du 10 décembre 1998 dans l'affaire Estuaire de la Seine, point 18).

¹⁷ Conclusions de l'avocat général N. Fennelly du 21 mars 1996 dans l'affaire Lappel Bank, point 53.

¹⁸ C.J.C.E., 8 juillet 1987, Commission c. Belgique, aff. C-247/85, Rec., p. I - 3029, point 8; 19 janvier 1994, Association pour la protection des animaux sauvages et Préfet de Maine-et-Loire et Préfet de la Loire-Atlantique, aff. C-435/92, Rec., p. I-67, point 20.

¹⁹ Arrêt Basses-Corbières, point 13.

²⁰ Arrêts Marismas de Santona, points 17 et 18; Commission c. Pays-Bas, point 57; Lappel Bank, point 25.

²¹ Conclusions de l'avocat général N. Fennelly du 21 mars 1996, points 65 et 66.

²² Arrêt Lappel Bank, point 41.

²³ Arrêt Commission c. Pays-Bas, point 61.

²⁴ Conclusions de l'avocat général N. Fennelly précédant l'arrêt Commission c. Pays-Bas, point 79. Celui-ci renvoie à l'argumentation de l'arrêt Commission c. Italie du 17 janvier 1991, point 9.

²⁵ En sus des conclusions de l'avocat général M. W. Van Gerven dans l'arrêt Marismas de Santona, voyez l'arrêt Commission c. Pays-Bas, points 65 à 71 ainsi que les points 46 à 57 des conclusions de l'avocat général N. Fennelly précédant cet arrêt.

²⁶ Arrêt Commission c. Italie, point 9.

²⁷ Il va d'ailleurs de soi que les considérations d'importance nationale soient écartées pour les espèces migratrices

dans la mesure où celles-ci "constituent un patrimoine commun" et que la "protection efficace des oiseaux est un problème d'environnement typiquement transfrontalier qui implique des responsabilités communes" (3e considérant de la directive 79/409/CEE).

²⁸ R.F.A. GRIMETT et T.A. JONES, *Important bird areas in Europe*, ICBP Technical Publication, n.º 9, 887 p. Cet ouvrage a été complété par de nouvelles données en 1993.

²⁹ Arrêt *Marismas de Santona*, point 27.

³⁰ Point 14 de l'arrêt *Estuaire de la Seine*, précité. Dans son arrêt *Marais poitevin*, la Cour a estimé que "*le Marais poitevin constitue une zone naturelle de très haute valeur ornithologique pour de nombreuses espèces d'oiseaux visées à l'article 4, §§ 1^{er} et 2, de la directive "oiseaux" (...) (point 15 de l'arrêt Marais poitevin, précité).*

³¹ Arrêt *Basses-Corbières*, point ...

³² Cette jurisprudence s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement d'autres arrêts rendus en matière d'environnement. Ainsi la Cour de justice a-t-elle adopté un point de vue relativement semblable quant au pouvoir d'appréciation dévolu aux États membres en vertu de l'article 4, § 2 de la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, aff. C-72/95, Rec., p. I-5403). Au demeurant, il ressort de l'arrêt du 14 juillet 1993, *Commission c. Royaume-Uni*, que l'imprécision des termes d'une directive ne donne pas un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales. La Cour a jugé en l'espèce que la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade définissait, de manière suffisamment précise, la notion d'"eaux de baignade" pour obliger le Royaume-Uni à garantir un certain niveau de qualité des eaux de baignade de deux plages publiques (C.J.C.E., 14 juillet 1993, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-56/90, Rec., p. I-4109). La Cour a enfin jugé que le pouvoir d'appréciation des États membres était limité par les objectifs de réduction de pollution lorsque les autorités nationales désignent des zones vulnérables en vertu de la directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (C.J.C.E., 27 juin 2002, *Commission c/France*, aff. C-258/00, Rec., p. I- ...).

³³ Voy. les conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire du *Lappel Bank*, point 68.

³⁴ Dans l'affaire *Marismas de Santona*, les autorités espagnoles arguaient que la Commission européenne ne pouvait leur reprocher simultanément de violer l'article 4, § 1^{er} (obligation de désigner des zones de protection spéciale désignée) et l'article 4, § 4 (obligation de préserver les milieux naturels des détériorations). Elles estimaient que les obligations de protection visées au paragraphe 4 de l'article 4 étaient tributaires de la décision de classement adoptée par l'État membre. L'État espagnol ne pouvait avoir violé les obligations découlant du paragraphe 4 de l'article 4 tant que le site n'avait pas été classé. Cette argumentation n'a été suivie ni par l'avocat général m. w. van Gervenni par la Cour de justice.

³⁵ Conclusions de l'avocat général m. w. van gerven dans l'affaire des *Marismas de Santona*, point 22.

³⁶ Arrêt *Lappel Bank*, point 39.

³⁷ Arrêt *Commission c. Pays-Bas*, point 58.

³⁸ Ainsi, l'effort fourni par l'Espagne qui, à l'époque, avait désigné 114 zones comportant une superficie plus étendue que dans aucun autre État membre ne pouvait justifier l'oubli des *Marismas de Santona* (conclusions de l'avocat général M.W. VAN GERVEN dans l'affaire des *Marismas de Santona*, point 14).

³⁹ Arrêt *Marismas de Santona*, point 15; conclusions de l'avocat général N. FENNELLY du 21 mars 1996 dans l'affaire *Lappel Bank*, point 88. Il résulte d'ailleurs du 9ème considérant de la directive "oiseaux" que la préservation et le maintien ou le rétablissement d'une diversité d'habitats d'une superficie suffisante sont indispensables à la conservation de toutes les espèces d'oiseaux.

⁴⁰ Conclusions de l'avocat général N. FENNELLY du 9 octobre 1997 dans l'affaire *Commission c. Pays-Bas*, point 33.

⁴¹ Le mot "notamment" qui est repris au 4ème alinéa de l'article 4, § 1^{er} doit être interprété comme signifiant que les États membres doivent à tout le moins classer en zones de protection spéciale les territoires les plus appropriés pour garantir la survie et la protection des espèces menacées. Afin de se conformer entièrement à l'obligation générale que comporte le 1^{er} alinéa de l'article 4, § 1^{er}, les États sont donc tenus, d'une part, de classer d'autres territoires, c'est-à-dire des territoires a priori moins appropriés et, d'autre part, d'arrêter d'autres mesures particulières de conservation.

⁴² C.J.C.E., 25 mai 1982, Commission c. Pays-Bas, aff. 96/81, Rec., p. 1791, point 6; 23 octobre 1997, Commission c. Pays-Bas, aff. C-157/94, Rec., p. I-5699, point 59; 18 mars 1999, Commission c. France, aff. C-166/97, point 40.

⁴³ Arrêt Marismas de Santona, point 15.

⁴⁴ Ibidem, points 26 à 27.

⁴⁵ Arrêt Commission c. Pays-Bas, point 70.

⁴⁶ La valeur scientifique de cet inventaire a d'ailleurs été reconnue par la Cour de justice dans l'arrêt Commission c. Pays-Bas, ce document ayant servi de base de référence pour apprécier dans quelle mesure les autorités néerlandaises avaient respecté leur obligation de classement (point 70). L'inventaire a également été utilisé par la Cour dans l'arrêt Basses-Corbières (point 25). Dans l'arrêt Plaine des Maures, la Cour ne se prononce pas sur la question de savoir si tous les sites repris à l'inventaire communautaire doivent être désignés en ZPS (point 21), dans la mesure où les désignations sont reconnues comme insuffisantes.

⁴⁷ Arrêt Marais poitevin, point 44.

⁴⁸ Arrêt Commission c. Pays-Bas, point 69.

⁴⁹ Ibidem, point 42.

⁵⁰ Dans ses conclusions, l'avocat général S. ALBER, de son côté, n'avait pas considéré cette disparition comme pertinente, du fait du retour tout récent d'un "couple" d'Aigles de Bonelli sur le site, qui "suggère une relative préservation du site et/ou un environnement peu ou pas perturbé". Il avait également pris en considération le fait que les causes de disparition pourraient soit être "naturelles", soit ne pas être "liées à l'environnement".

⁵¹ Dans l'arrêt Commission c. Irlande, la Cour a constaté les infractions sur la base d'un rapport d'une ONG (Irish Wildbird Conservancy) et de deux atlas des oiseaux nicheurs successifs (1968-1972 et 1988-1991), confirmant une chute dramatique des effectifs d'une espèce inscrite à l'annexe I de 50% en 20 ans.

⁵² La faculté dans le chef des États membres de réduire la superficie d'une zone de protection spéciale n'était pas envisagée par la directive "oiseaux" "puisque'ils ont eux-mêmes reconnu, dans leur déclaration, que dans ces zones se trouvent réunies les conditions de vie les plus appropriées pour les espèces énumérées à l'annexe I de la directive. S'il n'en n'était pas ainsi, les États membres pourraient unilatéralement se soustraire aux obligations que l'article 4, § 4, de la directive leur impose pour ce qui concerne les zones de protection spéciale". S'ils avaient décidé de classer un site ornithologique, c'est qu'il s'agit là d'une "zone plus appropriée" que d'autres parties de son territoire pour la conservation des espèces migratrices ou des espèces reprises à l'annexe I (arrêt Leybucht, point 20).

⁵³ Arrêt Leybucht, point 26.

⁵⁴ Ibidem, point 27.

⁵⁵ Ibidem, point 22. Cette solution n'est d'ailleurs guère éloignée de ce que prévoit la convention de Ramsar, laquelle confère aux Parties contractantes le droit de rétrécir les limites des zones humides et de supprimer celles-ci uniquement pour une "raison urgente d'intérêt général".

⁵⁶ Ibidem, point 23.

⁵⁷ Voy. les points 18, 19, 35 et 45 de l'arrêt Marismas de Santona et les point 41 de l'arrêt Lappel Bank.

⁵⁸ Arrêt Leybucht, point 20.

⁵⁹ Conclusions de l'avocat général N. FENNELLY du 8 juillet 1999 dans l'affaire du Marais poitevin, point 32.

⁶⁰ Etant donné que "(...) c'est l'État qui est le mieux placé pour accueillir et vérifier les données nécessaires à l'apurement des comptes du FEOPA, [c'est à lui qu'il incombe] en conséquence de présenter la preuve la plus détaillée et complète de la réalité de ses chiffres et, le cas échéant, de l'inexactitude des calculs de la Commission" (arrêt Pays-Bas c. Commission, aff. C-48/91, Rec., 1993, p. I-5611, point 17).

⁶¹ Arrêt Marais poitevin, point 56.

⁶² En Grande-Bretagne, la High Court a adopté une interprétation téléologique pour étendre le champ d'application du régime des zones de conservation spéciale à la zone économique exclusive (cf. *R v. Secretary of State for Trade and Industry ex parte Greenpeace*, 5 novembre 1999. Voy. les observations J.H. JANS dans *J.E.L.*, 2000, vol. 12, n.° 3, pp. 385-390.

⁶³ Voy. notamment la Convention relative aux zones humides d'importance internationale conclue à Ramsar le 2 février 1971, la Convention relative à la conservation de la vie sauvage du milieu naturel de l'Europe conclue à Berne le 19 septembre 1979, la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage signée à Bonn le 23 juin 1979 et enfin la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages.

⁶⁴ Les listes originales sont régulièrement adaptées par des directives portant adaptation au progrès technique et scientifique de la directive 92/43/CEE.

⁶⁵ Moyennant l'accord de la Commission, les États membres dont les sites abritent un ou plusieurs types d'habitats naturels prioritaires et une ou plusieurs espèces prioritaires dont l'aire de répartition couvre plus du 5% du territoire national peuvent, conformément à l'article 4, § 2, alinéa 2, de la directive 92/43/CEE appliquer de manière plus souple ces critères.

⁶⁶ Aff. C-371/98, point 22.

⁶⁷ Arrêt *Severn Estuary*, point 25. Dans cette veine, la Cour fédérale administrative allemande a jugé, dans son arrêt du 19 mai 1998, il n'est pas possible pour les États membres d'ajouter unilatéralement des critères restrictifs aux critères énumérés à l'annexe III de la directive car la marge d'appréciation réservée est de nature scientifique et non politique (BVerwG, 19 mai 1998, NvwZ, h.7, p. 717; NvwZ, 1998 h.6, pp. 616-623; Zeitschrift für Umweltrecht, 1998/4, pp. 203-210; R.E.D.E., 1999/2, p. 187, obs. G. WINTER).

⁶⁸ La notification des listes à la Commission a été considérée par le Conseil d'Etat de France comme un acte susceptible de recours et non pas un simple acte préparatoire (C.E., 27 septembre 1999, Association "coordination nationale Natura 2000", n.° 194.698).

⁶⁹ Dans deux arrêts rendus le 26 juin 1997 et du 11 décembre 1997, la Cour de justice a reconnu le manquement de la Grèce (aff. C-329/96) et de l'Allemagne (aff. C-83/97) du fait de l'absence de communication des mesures de transposition de la directive "habitats". Le 11 septembre 2001, elle a condamné respectivement la France, l'Allemagne et l'Irlande pour ne pas avoir transmis leur liste nationale de sites dans les délais impartis (aff. C-220/99, Commission c. France; aff. C-71/99, Commission c. Allemagne; aff. C-67/99, Commission c. Irlande).

⁷⁰ Depuis 1997, la Commission organise des séminaires par région biogéographique afin d'évaluer les listes nationales proposées.

⁷¹ Décision de la Commission 2002/11/CE arrêtant la liste des sites d'importance communautaire pour la région biogéographique macaronésienne, en application de la directive 92/43.

⁷² Si la liste communautaire avait été établie conformément au calendrier de la directive en date du 10 juin 1998, les États devraient classer leurs sites avant le 10 juin 2004. Comme les délais impartis à la Commission n'ont pas été respectés à cause du retard pris par les États membres, ces derniers disposent d'un délai supplémentaire pour classer définitivement les sites inscrits sur la liste communautaire.

⁷³ Aussi, certains instruments conventionnels actuellement utilisés par les administrations nationales posent-ils problème. Il en va ainsi du statut de la réserve naturelle agréée qui ne peut être reconnu par les pouvoirs publics que sur la demande du propriétaire des terrains et avec l'accord de leurs occupants. Celle-ci ne constitue pas un régime juridique approprié pour mettre en oeuvre complètement et intégralement la directive car la désignation du site est subordonnée à l'accord préalable de personnes privées alors que cette décision devrait être totalement indépendante de la bonne volonté des tiers. La Cour de justice sera sans doute appelée à se prononcer sur la validité de tels régimes au regard des obligations de droit communautaire.

⁷⁴ Dans son arrêt du 19 mai 1998, la Cour fédérale administrative allemande a jugé qu'il résulte de la combinaison de l'article 4 de la directive "habitats" avec ses annexes I à III que les États membres ne disposent pas d'une appréciation de nature politique quant au choix des sites devant intégrer le réseau communautaire (BVerwG, 19 mai 1998).

⁷⁵ Conclusions de l'avocat général N. FENNELLY du 21 mars 1996 dans l'affaire *Lappel Bank*, point 71.

⁷⁶ Le raisonnement tenu par la Cour dans l'affaire Lappel Bank pourrait d'ailleurs s'appliquer mutatis mutandis à cette hypothèse.

⁷⁷ Sous le régime de la directive 79/409/CEE, de nombreux États membres s'étaient contentés de désigner des zones de protection spéciale en les notifiant à la Commission, sans pour autant adopter les mesures réglementaires nécessaires à leur protection.

⁷⁸ Dans la mesure où une ZPS n'a fait l'objet d'aucune publication, son existence ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'un acte autorisant l'extension d'un port (C.E. fr., Sepronas, n.° 161.403 du 6 janvier 1999).

⁷⁹ Point 15 des conclusions de l'avocat général Ph. LEGER dans l'aff. C-415/01, Commission c/ Belgique.

⁸⁰ P. GILLIAUX, Les directives européennes et le droit belge, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 60.

⁸¹ Arrêt Marais poitevin, points 25 et 26.

⁸² C.J.C.E., 5 octobre 1994, Commission c. France, aff. C-255/93, Rec., p. 4949.

⁸³ Comme cela ressort clairement du préambule de la directive sur les habitats, en particulier de ses 7^e et 15^e considérants de même que de son article 3, § 1^{er}, et de son article 7, un lien étroit unit les directives oiseaux et habitats.

⁸⁴ Commission européenne, Gérer les sites Natura 2000, op.cit., p. 19.

⁸⁵ Voir, en ce sens, les arrêts Marismas de Santona, point 22; Estuaire de la Seine, point 38; Marais poitevin, point 41. Qui plus est, l'article 4, § 4, est d'effet direct. Dans les droits nationaux, voy. pour la Belgique, C.E., Wellens, n.° 96.198 du 7 juin 2001, Amén-Env., 2002/1, pp. 74-77. Pour les Pays-Bas, Rech. Leeuwarden, 17 juillet 1998; pour l'Allemagne, BVerwG, 19 mai 1998.

⁸⁶ Arrêt Basses-Corbières, point 44.

⁸⁷ Ibidem, point 46.

⁸⁸ Ibidem, point 47.

⁸⁹ En ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat néerlandais du 20 juin 2001, Milieu & Recht, avril 2002, n.° 4, obs. J. VERSHUREN, pp. 134-139.

⁹⁰ Ibidem, point 50.

⁹¹ Aussi les griefs de la Commission portant sur des dépôts de déchets solides et des travaux de remblayage et des activités minières dans les Marismas de Santona n'ont-ils pas été retenus dans la mesure où il n'était pas possible de déterminer si ces faits étaient postérieurs à l'adhésion de l'Espagne à la Communauté (points 49 et 56).

⁹² La Cour de justice a condamné l'Allemagne pour défaut de transposition de la directive "habitats" (C.J.C.E., 11 décembre 1997, Commission c/Allemagne, aff. C-83/97).

⁹³ C.J.C.E., 6 avril 2000, Commission c/ France, aff. C-256/98, Rec., p. I-... Pour un commentaire français de l'arrêt, voy. L. LE CORRE, "Les modalités de transposition de la directive "habitats" devant la Cour de Justice des Communautés européennes", Droit de l'environnement, juin 2000, n.° 79, pp. 15-17.

⁹⁴ Point 14 des conclusions de l'avocat général Fennelly.

⁹⁵ Avis du Conseil d'Etat L. 30.541/4 sur un avant-projet de décret relatif à la désignation et à la conservation des sites Natura 2000 en Région wallonne, Doc. Parl. wl. (sess. 2000-2001), 250, n.° 1, p. 116.

⁹⁶ Commission européenne, Gérer les sites Natura 2000, avril 2000, pp. 12-13; N. de SADELEER, "L'étendue de la marge de manœuvre dans la transposition des règles communautaires", R.F.D.A., 2000, p. 627.

⁹⁷ Dans un arrêt du 19 mai 1998, la Cour fédérale allemande s'est appuyée sur l'arrêt Inter-Environnement Wallonie du 18 décembre 1997 pour juger que l'État membre était tenu, avant l'expiration du délai de transposition de la directive "habitats", de ne pas compromettre les objectifs de cette directive (BVerwG, 19 mai 1998). Le Conseil d'État de Belgique a statué dans le même sens à propos de l'extension d'une décharge sur un habitat naturel

relativement rare qui n'avait pas encore été notifié à la Commission (C.E. asbl "L'Erablière" et commune de Nassogne, n.º 94.527 du 4 avril 2001, Amén-Env., 2001/4, pp. 314-323; C.E., asbl "L'Erablière" et autres, n.º 96.097 du 1er juin 2001. La jurisprudence du Conseil d'État des Pays-Bas considère que même si l'article 6, § 2 est dépourvu d'effet direct tant que la liste communautaire n'a pas été définitivement, il n'en reste pas moins que les autorités nationales doivent s'abstenir de compromettre la mise en place du réseau (arrêts du 11 juillet 2001, n.º 200004042/1, du 29 janvier 1999 et 26 octobre 1999). Le Conseil d'État grec a suspendu l'autorisation relative à la construction d'un parc éolien sur l'île de Syros, dans la mesure où des habitats affectés avaient été proposés à la Commission européenne (n.º 225/2000). Cette tendance jurisprudentielle n'a toutefois pas été suivie par la Cour suprême d'Irlande *Murphy v. Wicklow County Council v. Minister for Arts, Heritage, Gaeltocht and the Islands* du 13 décembre 1999. Cf. Y. SCANNELL, "Chronique nationale = Irlande", R.E.D.E., 2002/3, pp. 285-287.

⁹⁸ La dernière phrase du paragraphe 4 de la directive "oiseaux", qui a été maintenue, prévoit qu'"en dehors desdites zones, les États doivent s'efforcer d'éviter la pollution et la détérioration des habitats".

⁹⁹ Cette interprétation est pertinente si l'on raisonne par analogie. La Cour de justice a jugé en effet que les rejets d'eaux urbaines résiduaires se situant en amont des zones sensibles désignées par les États membres devaient respecter les prescriptions de traitement les plus rigoureuses alors même qu'ils se situent parfois à quelques centaines de kilomètres de la zone désignée (C.J.C.E., 25 avril 2002, Commission c/ Italie, aff. C-396/00).

¹⁰⁰ Le libellé du paragraphe 2 de l'article 6 de la directive "habitats" est quasiment identique à celui de l'ancien paragraphe 4 de l'article 4 de la directive "oiseaux" qu'elle a remplacé, sauf qu'il n'est plus fait mention de l'obligation d'éviter la "pollution".

¹⁰¹ Avis de la section de législation du Conseil d'État n.º 30.541/4, op. cit., p. 120.

¹⁰² Sur cette question, voy. M. Pâques, "Propriété, zonage écologique, compensations et indemnités", in *Le zonage écologique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 241-293.

¹⁰³ Dans son arrêt *Marismas de Santona*, la Cour n'a pas clairement tranché la controverse de savoir si l'impact de l'activité devait être significatif pour tomber sous le coup du paragraphe 4 de l'article 4: tantôt, elle s'est référée à la "réduction de la superficie de la zone" ou aux "perturbations" (point 36); tantôt, elle a mis en exergue l'"*impact néfaste sur le milieu aquatique*" des digues colmatées (point 41), la "détérioration significative de l'habitat et de la qualité des conditions de vie des oiseaux" (point 46), les "dommages considérables" causés aux conditions écologiques des *Marismas* ainsi que l'"*altération significative*" de la qualité des eaux du site (point 53).

¹⁰⁴ Au demeurant, tant les versions anglaise, allemande et néerlandaise de l'article 6, § 2, de la directive "oiseaux" confirment que le terme "significatif" ne porte que sur les perturbations des espèces et non pas sur la détérioration des habitats. Il paraît d'ailleurs logique que le terme "significatif" ne se rattache qu'aux perturbations causées à la gent ailée, étant donné que l'article 5, d) de la directive "habitats" prévoit l'obligation pour les États membres de prendre les mesures nécessaires pour instaurer un régime général de protection comportant notamment l'interdiction de perturber intentionnellement toutes les espèces d'oiseaux, pour autant que cette perturbation ait un effet "significatif" eu égard aux objectifs de cette directive.

¹⁰⁵ J. Bouckaert, obs. sous l'arrêt *Marismas de Santona*, op. cit., p. 82. Une difficulté d'interprétation surgit toutefois dans la mesure où le paragraphe suivant de l'article 6 prévoit que l'impact doit être significatif pour devoir être soumis à la procédure d'évaluation des incidences. Dans l'arrêt du 13 juin 2002, *Commission c. Irlande*, la Cour de justice estime que le surpâturage de tourbières d'une ZPS a conduit à une détérioration des habitats de plusieurs espèces inscrites à l'annexe I de la directive "oiseaux". Elle ne s'interroge pas sur le caractère significatif de cette détérioration.

¹⁰⁶ Une étude d'incidences portant sur un aménagement mettant en péril une zone de protection qui ne fait pas référence à l'existence de cette zone est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. A ce titre, le tribunal administratif de Nantes a annulé un plan d'occupation des sols au motif que ce dernier était entaché d'une erreur manifeste d'appréciation quant à la valeur ornithologique du site en mentionnant la directive 79/409/CEE sans pour autant consacrer l'invocabilité directe de cette dernière: les États membres sont tenus de protéger de manière effective des zones présentant un intérêt ornithologique objectif au sens de la directive, tel l'estuaire de la Loire, lequel est classé dans un inventaire répertoriant les zones d'intérêt communautaire pour les oiseaux (T.A. de Nantes, 13 juillet 1994, *Association estuaire écologie*; confirmé par C.E., 13 juillet 1994).

¹⁰⁷ L. KRÄMER, "Effet national des directives communautaires en matière d'environnement", R.J.E., 1990, p. 335; W.P.J. WILS, op. cit., p. 420.

¹⁰⁸ Voy. cependant les conclusions de l'avocat général Fenelly dans l'aff. *Commission c/France* qui estime que les termes du paragraphe 2 ne semblent pas inconditionnels et suffisamment prévus pour répondre au critère de l'effet direct (point 16).

¹⁰⁹ Pour la Belgique, voy. C.E., Wellens, n.° 96.198 du 7 juin 2001.

¹¹⁰ Pour la Grande-Bretagne, High Court, Queen's Bench Division, *R v. Secretary of State for Trade and Industry exporte Greenpeace*, 5 novembre 1999. Pour les Pays-Bas, voy. Pres. *Rechtbank Leeuwarden*, 21 octobre 1997 et 28 avril 1997, *Rechtbank Leeuwarden* 17 juillet 1998. En ce qui concerne l'Allemagne voy. *BVerwG*, 19 mai 1998.

¹¹² Arrêt *Leybucht*, points 23 et 24; conclusions de l'avocat général M. VAN GERVEN dans l'affaire *Marimas de Santona*, point 46; arrêt *Marimas de Santona*, points 19 et 50.

¹¹³ Tel est l'hypothèse d'une modification apportée à un plan d'aménagement du territoire (C.E., Wellens, n.° 96.198 du 7 juin 2001).

¹¹⁴ Point 33 des conclusions de l'avocat général Fenelly dans l'affaire *Commission c/ France*.

¹¹⁵ A cet égard, le président du tribunal de Leeuwarden aux Pays-Bas a jugé, dans un arrêt du 28 avril 1997, que cette condition était remplie en raison de la possibilité d'effets cumulatifs de puits de forage à proximité d'un site ornithologique majeur (Pres. *Rechtbank Leeuwarden*, 28 avril 1997, *M & R*, 1997, n.° 10, p. 214, obs. BACKES).

¹¹⁶ Commission européenne, *Gérer Natura 2000*, op. cit., p. 35.

¹¹⁷ Voy. les questions préjudicielles posées par le Conseil d'État des Pays-Bas dans son arrêt du 27 mars 2002, 20000690/1 et 200101670/1, *NJB*, 19 avril 2002, pp. 803-806.

¹¹⁸ C.J.C.E., 28 février 1991, *Commission c. Italie*, aff. C-360/87, *Rec.*, p.1-791, points 30 et 31; 28 février 1991, *Commission c. Allemagne*, aff. C-131/88, *Rec.*, p. 1-825, point 38.

¹¹⁹ Dans un arrêt du 28 avril 1997, le président du tribunal de Leeuwarden aux Pays-Bas a jugé que le forage de quatre puits de gaz à proximité du parc de la mer des Waddens tombait sous le coup de la procédure d'évaluation (Pres. *Rechtbank Leeuwarden*, 28 avril 1997, *M & R*, 1997, n.° 10, p. 214, obs. BACKES).

¹²⁰ Arrêt *Commission c/ France*, point 40.

¹²¹ Dans l'interprétation que donne la Commission européenne, le régime d'évaluation s'applique à tous les types de plans ou de projets susceptibles d'avoir un effet sur la conservation de la zone, sans se limiter à ceux d'entre eux qui sont envisagés à l'intérieur d'un site Natura 2000. Voy. Commission européenne, *Gérer les sites Natura 2000*, op. cit, p. 27; N. de SADELEER, " L'étendue de la marge de manœuvre ...", op. cit, p. 629.

¹²² Arrêt *Commission c. France*, point 39.

¹²³ *Ibidem*, point 39.

¹²⁴ Les consultations publiques portant sur l'étude d'incidences sont obligatoires en vertu de la directive 85/337/CEE mais ne le sont pas en vertu de la directive "habitats".

¹²⁵ Avis de la section de législation du Conseil d'État L 30.541/4, op. cit, p. 120.

¹²⁶ Au motif que l'extension envisagée sur des terrains anciennement comblés par des dépôts de matériaux n'était pas de nature à compromettre les intérêts écologiques protégés par la directive communautaire, le Conseil d'État de France a écarté, dans son arrêt du 6 janvier 1999, le moyen tiré de l'incompatibilité d'un arrêté préfectoral autorisant l'extension d'un port avec le régime de protection découlant de la directive "oiseaux". Cette partie de l'arrêt nous paraît critiquable car seules les conclusions positives d'une étude d'incidences réalisée conformément aux exigences du paragraphe 3 de l'article 6 pouvaient autoriser le projet d'aménagement dans la zone concernée. Or, l'étude d'incidences qui fondait la décision préfectorale ignorait l'existence de la zone de protection spéciale et, partant, les exigences de la directive communautaire. En ce sens, L. LECORRE, obs. sous C.E., 6 janvier 1999, *Sepronas*, n.° 161.403, *Droit de l'environnement*, mai 1999, n.° 68, p. 8.

¹²⁷ Cette thèse fut consacrée par le président du tribunal de Leeuwarden aux Pays-Bas qui, dans un arrêt du 28 avril 1997, a appliqué le principe — déduit en l'occurrence de la directive communautaire sur les habitats qui

met en oeuvre l'article 174 du traité — pour suspendre l'autorisation de forer de nouveaux puits de gaz dans la mer du Nord au motif que l'auteur de l'étude d'impacts n'était pas parvenu à exclure de manière certaine tout risque de dégradation de la zone de protection spéciale (Pres. Rechtbank Leeuwarden, 28 avril 1997, *M & R*, 1997, n.º 10, p. 214, obs. Backes. Cf. CH. Backes, P. Gilhuis & J. Verschuuren (éd.), *Het voorzorgbeginsel in het natuurbeschermingsrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997).

¹²⁸ Avis de la Commission 95/CE concernant le franchissement de la vallée de Trebel et de Recknitz (J.O.C.E., C 178, du 13 juillet 1995, p. 3); avis de la Commission 96/15/CE du 18 décembre 1995, concernant le franchissement de la vallée de la Peene par l'autoroute A 20 en projet au titre de l'article 6, § 4 de la directive 92/43/CEE du Conseil concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (J.O.C.E., L 6, du 9 janvier 1996, p. 14). Pour une analyse critique de ces deux avis, cf. A. Nollkaemper, "Habitat Protection in European Community Law: Evolving Conceptions of a Balance of Interests", *J.E.L.*, 1997, vol. 9, p. 271.

¹²⁹ Ainsi, les autorités espagnoles auraient-elles pu garantir la sécurité routière en adaptant la route existante ou en la déplaçant le long d'une zone moins sensible du point de vue écologique et non pas en construisant une nouvelle route particulièrement dommageable pour l'écosystème estuarien (Conclusions de l'avocat général M. W. Van Gerven dans l'affaire *Marismas de Santona*, point 46).

¹³⁰ A cet égard, l'annexe IV de la directive 85/337/CEE prévoit, de manière facultative, que le maître d'ouvrage examine "une esquisse des principales solutions de substitution".

¹³¹ La Cour se montre relativement stricte dans le domaine de la conservation de la nature au respect de cette condition, notamment en ce qui concerne la portée de l'article 5, a) de la directive "oiseaux" qui subordonne l'octroi d'une dérogation au régime de protection des espèces à la preuve qu'il n'existe pas d'autres solutions satisfaisantes (C.J.C.E., 12 décembre 1996, *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, aff. C-10/96, *Rec.*, p. I-6775, point 18).

¹³² La Commission européenne considère que les critères économiques ne l'emportent pas sur les critères écologiques lors du choix des "solutions de remplacement". Cf. *Gérer Natura 2000*, op. cit., p. 43.

¹³³ Le trajet proposé parmi les quatre solutions possibles pour la traversée de la Peene à l'intérieur de la zone de protection est le moins néfaste dans la mesure où aucun habitat prioritaire et aucune espèce d'oiseaux particulièrement rare ne serait directement affectés (avis de la Commission 96/15/CE du 18 décembre 1995, précité, point 3).

¹³⁴ G. Winter, obs. sous *BVeZrWG* du 19 mai 1988, *R.E.D.E.*, 1999/2, p. 194.

¹³⁵ Arrêt *Leybucht*, points 22 à 24.

¹³⁶ La prééminence éventuelle des intérêts économiques sur les intérêts écologiques dans le cadre des modifications apportées aux zones de conservation spéciale devra en effet être tempérée par l'article 2 du traité C.E. qui met sur un pied d'égalité les objectifs économiques et le respect de l'environnement.

¹³⁷ J. Bouckaert "La Cour de justice et la protection de l'environnement", in *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 92.

¹³⁸ Dans son avis 96/15/CE du 18 décembre 1995 sur l'autoroute A20, la Commission estime que le site est prioritaire notamment en raison de la présence d'espèces de l'annexe I de la directive "oiseaux".

¹³⁹ L'assimilation de la protection de l'environnement à un intérêt général semble avoir été insérée pour répondre à des préoccupations bien actuelles. Nous songeons au conflit qui a opposé pendant des années la Commission européenne à la Grande-Bretagne quant à l'aménagement du Severn Estuary. Des intérêts d'ordre écologique entraînent en conflit car le gouvernement britannique souhaitait construire des turbines turbo-électriques sur un estuaire, objectif qui semblait louable en soi mais dont l'exécution devait faire disparaître une zone humide particulièrement importante pour la migration des limicoles dans les îles britanniques.

¹⁴⁰ La pratique de la Commission semble plutôt laxiste. Elle a reconnu que la traversée d'un site prioritaire par l'autoroute A 20 était justifiée par une raison impérative d'intérêt public majeur, d'une part, parce que le Mecklembourg-Poméranie occidentale devait faire face à un chômage particulièrement élevé et que le produit intérieur brut de ce Land était nettement au-dessous de la moyenne nationale et, d'autre part, parce que l'autoroute A 20 était une composante du réseau transeuropéen de transport envisagé dans le cadre de la cohésion économique et sociale de la Communauté (avis de la Commission 96/15/CE du 18 décembre 1995, précité, point 1).

¹⁴¹ A. Nollkaemper, "Habitat Protection in European Community Law, Evolving Conceptions of a Balance of Interests", *Journal of Environmental Law*, 1997, vol. 9, pp. 279 et 283.

¹⁴² C.J.C.E., 22 septembre 1988, Saarland c. Ministère de l'Industrie, aff. 187/87, Rec., I-5013.

¹⁴³ L'on notera que la directive 85/337/CEE n'envisage l'adoption de mesures d'atténuation que dans un contexte strictement procédural. En vertu de l'annexe IV. 5 de cette directive, les informations procurées comprennent "une description des mesures envisagées pour éviter, réduire et, si possible, compenser les effets négatifs importants du projet sur l'environnement".

¹⁴⁴ Avis de la Commission 96/15/CE du 18 décembre 1995, précité, point 4.3.

¹⁴⁵ BVerwG, 19 mai 1998.

¹⁴⁶ Avis de la Commission 96/15/CE du 18 décembre 1995, précité, point 4.3.

¹⁴⁷ C.E., *Aspers et autres*, n.° 109.563 du 30 juillet 2002.

¹⁴⁸ Commission européenne, *Gérer Natura 2000*, op. cit., p. 45.

¹⁴⁹ Certains auteurs l'ont décrit comme pouvant constituer un moyen terriblement efficace pour détruire la nature. Cf. J. Untermaier, "De la compensation comme principe général du droit de l'implantation de télésièges en site classé", — *Revue juridique de l'environnement*, 4, 1986, p.; P. Raynaud, "La gestion des espaces naturels", *Revue française d'administration publique*, janvier-mars 1990, n.° 53, p. 33. Qui plus est, l'on observe que dans la pratique les mesures adoptées pour atténuer les effets négatifs d'un projet ne compensent pas nécessairement la totalité des dégradations causées (arrêt *Leybucht*, point 25).

¹⁵⁰ Au motif "qu'aucun changement significatif dans l'évolution de la population de cette espèce... n'est intervenu à cette époque. Au surplus, aucune autre indication relative à l'évolution des populations d'espèces protégées n'a été fournie par la Commission" (arrêt *Leybucht*, point 27).

¹⁵¹ Conclusions de l'avocat général W. Van Gerven du 9 juin 1993 dans l'affaire des *Marismas de Santona*, point 24; arrêt *Marismas de Santona*, point 15.

¹⁵² Le fait que la Commission ne doive pas démontrer une diminution des espèces d'oiseaux concernées sur le territoire de la zone désignée tient surtout à ce que le droit communautaire dérivé protège, tant en vertu de l'ancien article 4, § 4 de la directive "oiseaux" que du nouveau paragraphe 3 de l'article 6 de la directive sur les habitats, des habitats indépendamment des effets que ces activités ont sur les espèces d'oiseaux concernées (J. Bouckaert, op. cit., p. 83).

¹⁵³ Conclusions de l'avocat général M. Van Gerven dans l'affaire *Marismas de Santona*, point 54.

The use of tax instruments to deal with air pollution in Portugal

*Ecological modernisation and the use of NEPIs **

Resumo

The Portuguese example might allow to extend the argument used by Jänicke that a country's environmental performance depends on its basic preconditions for ecological modernisation. The analysis of two taxes that the OECD/EEA database would allow to classify as NEPIs, the motor vehicle tax and the tax on petroleum products, seems to support the hypothesis that the number and/or performance of the NEPIs, namely tax instruments, is also influenced by the level of ecological modernisation observed in a country.

The basic variables that Jänicke claims to influence the ecological modernisation capacity of a country seem to have played an active role in hindering the environmental performance of the two taxes analysed. And this is so despite the fact that these are instruments that potentially could serve well environmental policy goals, due to the close connection they hold, through their tax base, with an important national problem, the pollution caused by road transport. In the case of the motor vehicle tax the relevant factors seem to have been the lack of consensus ability and of strategy proficiency. As far as the tax on petroleum products is concerned the problem seems to reside in the level of economic performance of the country and its lack of innovation capacity, with an important role being played by the institutional context.

The use of New Environmental Policy Instruments (NEPIs) is usually supported theoretically by an ecological modernization approach. Thus, it is interesting to investigate the relationship between the use of NEPIs (in terms of number of instruments adopted and their adequate design to deal with environmental problems) and the level of ecological modernisation observed in a country. This relationship seems to be bidirectional. On one hand, it is possible to measure how much ecologically modernised a country is according to the NEPIs it uses. On the other hand, the level of modernisation observed in a country affects its use of NEPIs. Here it will be attempted an assessment of the Portuguese case according to the latter approach.

This paper focuses on the use of one kind of NEPI, eco-taxes, in a country that is expected to have a low level of ecological modernisation, Portugal. The Portuguese case supports the hypothesis that there is a connection between the level of ecological modernisation observed in a country and its use of NEPIs to deal with environmental problems. Air pollution is one of the areas where the use of tax instruments is most common in environmental policy programmes around the world. And, according to the OECD/EEA database, it is possible to find an abundant number of these instruments in Portugal¹. There are five taxes that the database includes in this category: the motor vehicle tax (IA), the municipal tax on vehicles (IMV), the tax on petroleum products (ISP), the circulation tax and the truck tax.

However, it is argued that none of these instruments is designed to obtain an environmental effect being rather mere revenue raisers. Thus, these instruments either cannot be considered NEPIs at all or are non-effective NEPIs. The most representative of these taxes in terms of revenue and dimension of the tax base, the motor vehicle tax and the tax on petroleum products, will be singled out to develop this argument. These two taxes will be used to

demonstrate the hypothesis that not only the number but also the design, and consequently performance, of the tax instruments is affected by the ecological modernisation of the country.

The connection between the use of NEPIs and ecological modernisation

The ecological modernisation logic focuses on reducing resource consumption and generating less waste, “while creating employment and improving economic welfare”². The goal becomes business-as-usual with the lowest amount of environmental damage and the use of the opportunities arising along the process to enhance economic performance. In this qualitatively different kind of economic growth, instruments that promise ‘win-win solutions’ and ‘no-regret policies’³ take the forefront of the political agenda. Furthermore, the flexibility and reliance on the market inherent to these instruments make them more compatible with the ‘partnership and participation’ feature found in the ecological modernisation thought than command-and-control regulation. Thus, the wave of ecological modernisation spread the use of economic instruments, namely taxes, as tools of environmental policy in an attempt to improve simultaneously ecological and economic efficiency.

Economic instruments, such as taxes, were shown to provide the most powerful means of regulating pollution in a market economy, ensuring economic efficiency and forcing the development of cleaner technologies. Later a social economic policy of Ecological Tax Reform (ETR) was also to be associated with German ‘ecological modernism’⁴. This economic and political debate, in the latter forum, tended soon to be associated with the idea of ‘double dividend’, in the sense that a % tax shift from social goods, as labour, into social bads, as pollution, would bring gains in the form of not only environmental improvement but also unemployment reduction and welfare increase⁵.

The level of ecological modernisation in Portugal

As an environmental policy programme, ecological modernisation is argued to be contingent upon optimism in science and technology, confidence in human resourcefulness, and strong respect for expert appraisal⁶. Furthermore, a nation’s ecological modernisation capacity is said to depend on four basic variables: economic performance, consensus ability, innovation capability and strategy proficiency⁷. After an analysis of these variables in the Portuguese case, we suggest that the country should be ranked as having a low level of ‘ecological modernisation capacity’.

A development of the referred four basic variables leads us to a main set of relevant factors to assess the ‘modernisation capacity’ of a nation concerning the environment. A country’s achieved level of institutional and technological problem-solving capabilities is dependent on: first, the strength, competence and constellation of both governmental and non-governmental proponents and opponents of environmental protection (*actors*); second, the cognitive-informal, political institutional and economic-technological framework conditions (*structural framework conditions*); third, the strategy, will and skill of proponents (*strategy*); fourth, the situative opportunities, such as the sudden strengthening of position offered to environmental proponents by severe environmental catastrophes or the diffusion of positive environmental action taken in neighbouring states (*situative contexts*); and, fifth, the structure of the environmental problem, whether for instances is directly experienced by the public or a likely future occurrence if action is not taken (*the character of the problem*)⁸. Based on the mentioned aspects, next it will be attempted an assessment of the ‘ecological modernisation capacity’ of Portugal, especially as far as the use of tax instruments is concerned. The country shows a low level of linkage between technology infrastructures and enterprises and the latter display little concern with R&D, product design and development⁹. And among one of the main barriers to innovation identified by a 1992

survey was the difficulty in recruiting skilled labour ¹⁰. Furthermore, Portugal is among the countries with the lowest share of expenditure on innovation ¹¹. This might express a low optimism in science and human resourcefulness.

There is a clear unbalance of forces in the constellation of both governmental and non-governmental agents in favour of the opponents of environmental protection, especially of environmental taxes (ET). Environmental interests are scattered among the programmes of all political parties and don't have strong representatives. The political institutional framework along the 1990s was unfavourable to the pursuit of environmental goals. The Ministry of the Environment (ME) has been politically weak in relative terms. The informal network was also not favourable to the environmental tax approach due to the strong socio-political influence of the industry lobby vis-à-vis the environmental one. Moreover, the latter does not provide a block support for the use of environmental taxes.

The Green Party, created in 1981, is politically weak, having experienced a decreasing representation since 1987 when it had members elected for the parliament for the first time. This has been a result of its progressive hollowing out of the environmental component and to the 'greening' of the main parties. Furthermore, its geneses closely linked to the Communist Party ¹² makes it very concerned with distributional issues. Thus, fearing the regressive impact often pointed out to an environmental tax approach, it has not openly supported the latter.

NGOs are not very influential within the policy making process, due to the low level of environmental activism ¹³ and are restrained in their proposals by the need to grow their base of influence and satisfy their financial needs. Their financial dependency on contracts by the industry, among others, does not make it easy to propose the use of ET when both the consumers and the industry see those as new sources of costs ¹⁴. Hence, even when the NGOs support the introduction of environmental taxes, they don't promote them strongly enough, despite recognising that the lack of an effective use of environmental taxes in Portugal is in great part due to the lack of political will ¹⁵. It is more common the engagement on campaigns at the international level than at the national level ¹⁶.

The Portuguese industry was able to resist to higher environmental standards until very recently. The power the industry has over the political power can be noticed in the lenient and incoherent existing environmental legislation and in the lack of an effective compliance with it. The pressure from interest groups trying to benefit from especially favourable regimes and the multiplicity of authorities who hold competence (not always very clearly defined) over the issues make the law a patchwork. The environmental indicators and the number of complains to the ECJ for non-compliance with EU environmental regulation show that the reduced number of sanctions for environmental law infringements is not a sign of compliance but of Government's passivity in applying the PPP. The control is unsatisfying and the fines are low enough to make the pollution profitable.

The power of the industry over the environmental lobby can be exemplified with some examples. It is believed the government agreed to keep secret each producer level of pollution, disclosing only regional averages, where the possible infractions of the law will be hidden, and, in exchange, the industry would implement voluntarily emission control mechanisms ¹⁷. And the pressure done by the oil refineries' lobby in an effort to postpone as long as possible the needed investments to reduce the lead content of gasoline seems to have been, together with the revenue concerns of the Ministry of Finance, responsible for the delay in the ban of dirty gasoline from the market (June 2000) ¹⁸.

Inside the Government the Ministry of Environment needs to get into alliances with other ministries to overcome the industrial lobby represented by the Ministry of Industry and the Ministry of Economy. This lack of power has introduced some distortions in the market by leaving unpunished the lack of environmental compliance of some industrial polluters.

In spite of all the promises from the Ministry of Environment that the agreements signed with the industry would be strictly imposed¹⁹, there was a complier-pays principle instead of a PPP²⁰, damaging the trust of the industry on the government. This has been, in part, a consequence of the lack of a co-ordinated approach within the government and the lack of environmental concerns outside the Ministry of Environment²¹. At institutional level, there is no formal co-ordinating procedure in place for relations between the Ministry of Environment and either the Ministry of Industry and Energy or the Ministry of Transport. Any requests for arbitration are referred to the Council of Ministers²².

Ecological modernisation makes an appeal for innovation, being the latter understood as the way in which firms and entrepreneurs create value by exploiting change. The economic-technological framework conditions in Portugal do not seem adequate to an approach that looks for new ways of dealing with environmental degradation by focusing around clean technology, pollution prevention and the multidimensional complexity of the environmental problem. The low human resources qualification and training was identified as relevant in the poor performance of some sectors of the Portuguese economy²³. There seems to be a lack of capabilities for generating and managing continuous technical and organisational change²⁴. Furthermore, the issue of technology management is accessed as a limitation on building capabilities²⁵. The relative small dimension of Portugal makes it particularly dependent on processes of sharing and diffusion of knowledge. However, the situation of Portugal in this regard is considered clearly deficient²⁶.

The *situative* contexts have also not been favourable to a tax approach to the air pollution problem despite its building-up importance, especially as far as the transport sector is concerned. Until the end of the 1990s, in Portugal the pressure to deal with air pollution was not enough to strengthen the adoption of stricter policies. In the beginning of the 1990s, Portugal held one of the lowest levels of air pollution emissions per inhabitant in Europe²⁷ and there is no memory of severe environmental catastrophes related to this aspect in the country.

Furthermore, the external pressure to strengthen the national policy is relatively recent. The country joined the European Community only in 1986, and anyway most of the mandatory regulation issued by the European institutions affecting air quality standards dates from the end of the 1990s, namely, the regulation of specific fuel quality (v.g., Directive 98/70/EC and) and technical standards applied to vehicles (v.g., Directive 1999/96/EC). The imposition by EU Directives of limits to air polluting substances is from 2001. And, in August 2003, the Kyoto Protocol on greenhouse gas emissions was still waiting the Russian signature to come into effect.

The adoption of tax instruments to specifically deal with air pollution problems has been an experience that in the Scandinavian countries dates back to the early 1990s, with the introduction of emission taxes and the differentiation of energy taxes according to the polluting capacity of the energy source, but that in most other European countries is recent and mainly post-middle 1990s²⁸. At the EU level there were successive failures to adopt a CO₂/energy tax. The diffusion of positive environmental action taken through the use of NEPIs in neighbouring states cannot, thus, be accounted for as having a strong influence on the design of the Portuguese air quality policy prior to the second half of the 1990s. Moreover, by then some Scandinavian countries, like Sweden, were taking a cautious approach to the environmental tax strategy due to the economic costs feared by the national industry. The character of the air pollution problem is global, which despite enhancing the citizens' awareness about it also dilutes its direct experience by the public as a 'national problem'. Moreover, some of the consequences pointed out to air emissions, like climate change, are experienced as likely future occurrence in case of lack of action. And this action is perceived, namely by the national agents, as more morally binding to other more developed countries than to Portugal. A perception illustrated by the political lobby in which the

country engaged to get the 27 per cent of GHG emissions increase assigned to Portugal within the EU programme to comply with the Kyoto target.

The raise of the sea level in coastal zones in a country with 900 km of coastline highly populated (60% of the population) can be considered an important threat, but the connection between air pollution and shoreline retreat is not clearly set neither for the decision-makers nor for the layman. Also, the changes related with sea level rise are slow and almost imperceptible. Hence, due to a very restricted public awareness on sea level rise impact potential and the lack of relevant studies, the hazard is frequently considered minimum. Furthermore, the changes observed are often attributed to interventions in the hydrographic basins, harbour jetties, breakwaters and hard shore protection structures ²⁹.

The instruments

The linkage between a country's environmental performance and its basic preconditions for ecological modernisation ³⁰ is extended here to the sub-case of policy instruments. It is argued that the low modernisation capacity hold by a country affects negatively its performance in terms of NEPIs use. It is expected to find a reduced number of such instruments in the national portfolio of environmental policy instruments. Furthermore, it is believed that the design of the existent NEPIs will not be the most adequate to deal with the environmental problem addressed. The Portuguese case seems to support this argument. The object of the analysis are two tax instruments that according to the OECD/EEA database are NEPIs aimed at dealing with air pollution. The exam shows that the four basic variables pointed out as affecting the ecological modernisation capacity of a country have played an active role in the environmental performance of the two instruments. Both of them are potential good instruments to deal with the serious national environmental problem expressed in the amount of polluting emissions coming from road transport. This is so due to the close linkage their tax base has with the source of the problem. However, it is noticed that not only they have not been able to improve or stabilise the environmental performance of the transport sector but also, at least in the case of the motor vehicle tax, they seem to have been contributing to its worsening. Moreover, the reason for this seems to be the effect the low consensus ability, strategy proficiency, economic performance and innovation capability found in the country have had on these instruments' life.

There is a strong reliance of the country on indirect taxes as source of revenue. The result is that energy and transport taxation schemes are quite high but also blind to the environmental impact of the taxed behaviour. This feature of the tax regime is partially explained by the low level of income, the very inefficient tax administration ³¹, and the, consequent, increased risk of tax evasion associated to a higher percentage of payroll tax burden. Consumption taxes are easier and cheaper to collect and entail a lower probability of fraud than the ones levied on income. Furthermore, it was also relevant the traditional Portuguese 'low labour cost' strategy to promote economic growth, with few attention being paid to technological innovation. The environmentally related tax revenue is, hence, mainly represented by transport taxes (IA, IMV, ICC) (3%) and energy taxes (ISP) (7%), being the pollution taxes non-significant ³².

In Portugal there is no tax levied on polluting emissions, the fuel tax is not differentiated according to the environmental impact of the fuel except for lead and sulphur and there is no energy tax on the industry. The transport sector is mainly dependent on oil and the industry shows a pattern of resource wastefulness (energy inefficiency and high production of residues) ³³. These features are probably a result of the lack of technological innovation capacity found in the country. Such a context might explain the lack of political will

together with a lobby from the industry to avoid the introduction of the mentioned kinds of instruments, which are found in other European countries.

The motor vehicle tax (IA)

The taxation of vehicles in Portugal has been distorting the market options, both against the national economy and the environment, creating sources of inefficiency. The two taxes to consider here are the IA and the IMV. The highest tax burden lays in the vehicle acquisition through the IA. And neither the IMV nor the IA provides any relevant positive environmental stimulus. The IMV is an annual recurrent tax charged by the municipalities according to vehicle type. The differentiation is done according to fuel (lower for diesel), motor power and age, being lower the older the car is. Due to its low level, few relevant effects are expected to be associated to this tax, which mainly works as source of revenue for local authorities. Hence, I shall focus my analysis on the IA. The IA is a specific single-tax levied on light motor vehicles imported or newly acquired. The rate is determinate according to cylinder capacity brackets and type of motor vehicle (DL n.º 40/93, 18 February). There is no differentiation according to fuel efficiency or polluting emissions.

The IA was initially introduced to restrict the purchase of vehicles, since Portugal had no national car industry. With the new political regime that emerged after 1974, the integration in the EC and the development of a national industry of car components that changed and the IA started to be mainly a revenue raising tax as it is still today. The regulator considered non-democratic the use of the IA to restrict the purchase of vehicles, defending instead its use to internalise the external costs caused by vehicles, among which the environmental damages were mentioned³⁴. But environmental concerns have only slowly been pervading the IA regime and are not prevalent in this tax design.

As border regulations from imports were streamlined following the Single Market regulations, a concern was the massive import of second-hand vehicles from other European countries. In Portugal, the imported vehicles represent a high percentage of the yearly total registrations and are mainly second-hand vehicles coming from other EU countries, a great part of which is not equipped with catalyser and uses diesel. The IA is reported to be responsible for the existing market distortion. Since, in terms of EU average, Portugal has one of the lowest before-taxes and highest after-taxes prices for new vehicles. Used vehicles are subject to a lower IA, being the reduction between 18 per cent (for 2 years old vehicles) and 67 per cent (for over 8 years old vehicles) according to the age of the vehicle (the older the vehicle is, the lower will be the tax paid) (article 1, n.º 7, DL 40/93, 18 February). The tendency to import second-hand vehicles dates exactly from 1994, when the IA started to discriminate according to the vehicles' age³⁵.

The market distortions caused by the IA have induced several pressures for its reform. The motor trade industry has been demanding a change in the IA regime, claiming for a tax burden harmonisation with the other EU countries (arguing the average tax burden in the EU is 15 per cent, while in Portugal is 40 cent³⁶) and a neutral taxation (this is, one which does not discriminate against high power engine vehicles)³⁷. Several proposals have also been made to introduce further environmental concerns in the IA regime.

From the sole perspective of the government there are strong contradictory interests involved in the reform of the IA. On one hand, there is the political conscience of the need to change the vehicle taxation, due both to the source of inefficiencies and of revenue loss its regime entails³⁸. But, on the other hand, there is some resistance from the government to the IA

reform. The vehicle taxation is a critical area for the government due to its high importance as revenue source. And the government fears that its reform may involve a tax revenue loss. The last reform attempt started in 2001 was marked by the government's acknowledgment that a new approach based on the environmental impact associated to vehicle use should replace the old rationale behind vehicle taxation that vehicle ownership and use was a luxury good. The OECD and EU guidelines for a future harmonization of vehicle taxation, which take the CO₂ emissions as a reference point, and the Kyoto protocol commitment were named as relevant aspects in the process. Both the internalisation of externalities and the behavioural conditioning were stated as goals to be pursued via vehicle taxation. Though, it was not aimed a strict internalisation but rather a price signal effect ³⁹.

The Portuguese environmental NGO GEOTA proposed the charge of the IA according to the engine's fuel consumption and the polluting capacity and the safety conditions of the vehicle ⁴⁰. It suggested also the exemption or taxation with a reduced tax rate of the vehicles using alternative energy sources ⁴¹. And the left-wing party Bloco de Esquerda proposed a more environmentally targeted IA, being the tax rate defined according to the engine's power, the fuel consumption and the vehicle's age ⁴². The Socialist Party, on its turn, defended the need to tax vehicles more heavily along their life than on their acquisition. This way, it was argued, the individuals would keep the financial capacity to replace their vehicles and would not resist so much to sell them when they did not need them anymore ⁴³.

The proposal of the vehicle trade sector would transfer part of the tax burden from the vehicle acquisition to the vehicle use. Such a tax change would not only involve an estimated 40 per cent tax revenue loss in the short term ⁴⁴, but also promote the transference of financial resources from the central Government to the local authorities. Once the new circulation tax was supposed to replace the IMV, which is a local tax. And the circulation tax was expected to raise more revenues than the IMV, being this rise compensated with the reduction of the IA, which is a national tax. Hence, a conflict between the local power and the central power was inherent to this proposal.

Another possibility for the reform of the IA, which ended up being the most popular among the government, was the maintenance of the existing tax system together with the introduction of a new tax with an environmental dimension. The latter would be a second-generation environmental tax, precisely directed towards the polluting vehicles, which should add to and not replace the existing taxes. This was the solution favoured by the Ministry of Finance (MF), since it suggested an arrangement that would mean the maintenance of the existing tax revenue sources and the acquisition of a new extra source of public resources. And it would keep the power balance between the local power and the central power unchanged. The industrial lobby would not be served with this option and, hence, it was not appreciated by the car industry, as this option would keep the acquisition of second-hand vehicles and second-hand imported vehicles more attractive over new ones.

The interest of several stakeholders claiming for the reform of the vehicle taxation, arguing on its distorting influence on the economy and the environment, went against the interest of the Ministry of Finance on its maintenance. The latter, who take the IA as a good source of revenue and, hence, of power, always conditioned its support for a reform of the vehicle taxation to an absence of revenue loss. Though the several stakeholders joined environmental, competition and single market arguments to replace the existing vehicle taxation, they have not been able to avoid the result preferred by the MF.

The strong interests involved explain the slow progresses reached since the beginning of the 1990s, when the efforts to reform the IA started. The delays have harmed the profits of the motor trade industry, the revenue capacity of the government, due to the postponement of the vehicle demand, and the environment. The clash of interests, the

low strategic proficiency and lack of consensus ability resulted in the successive delay of the reform process and the maintenance of a tax that despite raised on a polluting base has a negative environmental impact.

The tax on petroleum products (ISP)

The high tax component of fuel prices (ISP and VAT) explains why Portugal has the highest ratio of revenue from environmentally related taxes to revenue from other taxes and social contributions in spite of having the lowest level of energy consumption in the EU ⁴⁵. But, like in other EU Member States, also in Portugal the real price of energy products has decreased ⁴⁶, although revenue from energy taxes has increased. The main reason for this is the increase on energy consumption. The energy taxes were not significantly increased but its tax base grew, mainly due to economic development and the political strategy followed. Energy is regarded as a basic consumer right for which the government is responsible and expected to ensure a fair price through regulatory and taxation instruments, which have been keeping the fuel price relatively stable between 1997 and 2002. On times of fuel price increase in the world market, this policy has meant a high public expenditure and a wrong price signal to the market in environmental terms. The three basic aims of general energy policy are, hence, graduated: first, overall competitiveness, second, supply, and, third, environmental protection.

The ISP is mainly a revenue raising tax. This tax accounted, in 2001, for 14.5 per cent of the total tax revenues ⁴⁷. The high fuel tax is not mainly explained by environmental concerns towards externalities internalisation or behavioural change but by its administrative simplicity and profitability. The government was accused of disguising revenue motives under environmental arguments. Since the ISP was never able to change behaviours due to the lack of alternatives and its revenues were also not used to create these alternatives ⁴⁸. However, it is possible to find in the ISP many of the environmental tax measures existing in the Portuguese tax system. But there were not significant results from the use of these measures. The exception is the improvement reached in sulphur emissions. The ISP has been used to provide incentive to shift demand from leaded petrol to more environmental friendly fuels, but not to increase energy efficiency. And the revenues from transport and energy taxes are not earmarked to environmental actions, with one exception. Until 2001, part of the ISP revenues was assigned to Petrogal, the biggest Portuguese oil refinery to help it to comply with the Auto Oil Programme.

The ISP was not used to invert the unsustainable energy consumption path. The periodical reviews to which the ISP tax rates have been subject were used to compensate for the evolution of the oil price in the world market. The fluctuations of the oil price in the international markets had been, thus, flattened as a result of a political option for revenues and economic stability. The taxpayer supported the cost of the price maintenance and the demand had not to respond to real scarcity for some time. As a result, the benefits from energy conservation efforts, the introduction of the natural gas and the success of the co-generation were more than compensated by a strong growth of the transport sector, particularly in coastal areas.

Diesel fuel is broadly used due to its comparatively low price. The argument used for the lower tax burden on diesel was its productive use. After the analysis of the vehicle sales it is, however, possible to notice that the private use of this fuel is common. This tax incentive to the use of diesel vehicles does not seem to be nullified by the IA, which favours the vehicles using gasoline, as the ones using diesel need a stronger engine to develop the same power and the engine power is a major criterion for the charge of the latter tax.

It was the informal pressure of the European institutions that induced the Portuguese regulator to discriminate between unleaded and leaded gasoline. While in Sweden, *v.g.*, the gasoline taxes differentiated with respect to lead content since 1986 ⁵⁰, in Portugal that happened only in 1993 (Portaria n. 1109/93, 2 November). On this year it was imposed a minimum tax rate on unleaded petrol lower than the one imposed on leaded petrol. The differential (0,05 Euro) was, however, small. Leaded petrol is not sold in Portugal since June 2000, due to the formal pressure of the European institutions. Until then its tax rate has always been higher than the one imposed on unleaded petrol. And this is one of the reasons said to have delayed the ban of dirty gasoline from the market. Since the total tax revenue – ISP and VAT – from each litter of leaded petrol sold was higher than the one obtained by the sale of one litter of unleaded petrol. The other reason pointed out for the delay has been the pressure from the oil refineries' lobby, which tried to postpone the needed investments as long as they could ⁵¹.

The environmental concerns showed by the ISP legislator cannot be taken lightly and the government commitment regarding the eradication of leaded gasoline was already classified as 'soft' ⁵². Two evidences of this are given by the way tax differentiation was used. Lead-free gasoline was subject to a rather peculiar system of tax benefits (indirect subsidies) that, in the middle 1990s, enabled unleaded 95/octane to be cheaper than leaded gasoline but unleaded 98/octane to be more expensive than the latter ⁵³. The second evidence is given by the tax structure of the price for additivated gasoline between September 2000 and January 2001 ⁵⁴. Though the additivated gasoline price was still higher than the unleaded petrol one and the difference between the two was still the same, the ISP on the greener gasoline was higher. The tax on petroleum products is dominated by a fiscal logic and does not include in its design relevant incentives to energy efficiency. The possibility of promoting the use of cleaner energy sources through a consumption shift is also not used, as there is a restricted differentiation of the tax rate according to the environmental impact of the fuel. And, despite the high level at which the tax is set, it does not seem to be able to counteract the growth trend experienced in the private transportation sector, as the real price of energy has been decreasing. Thus, the role of this instrument in terms of environmental policy is negligible. Several factors have contributed to this situation. The low economic performance of the country coupled with the reduced innovation capacity shown by the formal institutional structure, namely the tax administrative body, empowered the fuel tax as revenue raiser. Hence, it is difficult to downgrade the fiscal logic in its design. Furthermore, the green lobby has not been able to increase the importance of the environmental dimension in the design of this tax. The strategy deficiency of the green lobby is due both to lack of will and lack of capacity, being the latter the result of a low representative power. Furthermore, in the case of the green party, its genetic process associated to the communist party introduces contradictory tendencies in the address of the energy taxation issue, as distributive concerns conflict with environmental ones.

The environmental performance of the instruments

The energy and transport sectors are directly linked to economic development. The environmental impact of these sectors in Portugal shows the country was not able to decouple economic growth from environmental damage and follow a sustainable development track. This is so in spite of the high tax burden on the polluting bases more directly responsible for them (fuel consumption and vehicle use). Important environmental problems in Portugal are connected to energy consumption and the transport sector. The high average age of vehicles, the great traffic intensity and the low fuel-efficiency and strong oil dependence of the transport sector makes it responsible for a big share of the

energy consumption and the atmospheric pollutants. Between 1980 and 1999, the average age of passenger cars increased in the EU-15, with the consequent slowing down of the penetration rate of modern cleaner technologies. In 1998, Portugal held the highest value (11 years) far away from the EU-15 average (7 years). Furthermore, the energy pricing does not successfully internalise environmental externalities neither reflect relative scarcity⁵⁵. Portugal shows an unsustainable evolution pattern in air pollution. Compared with most European OECD Member countries Portugal had by the beginning of the 1990s low atmospheric emissions in terms of population but was close to the European average in terms of GDP, and rates of growth in emission levels were generally higher than the average. By the end of the 1990s, Portugal had not yet decoupled its air pollutants emissions from economic growth, and car traffic and related CO₂ emissions had increased at rates higher than those of GDP. The country was not able to reduce its NO_x and NMVOC emissions, which main source is the road transport sector. And it was in fact the EU Member State that experienced the highest increase in this kind of emissions during the period 1980-1998, only closely followed by Spain with a 15 per cent increase⁵⁶. Portugal is well above its linear Kyoto target path, and still requires a significant effort to meet its targets⁵⁷.

Overall, little progress has been made in improving energy efficiency⁵⁸. The country kept on being the EU Member State with the lowest energy efficiency. Unlike most other OECD Member countries, which have continued to reduce the linkage between growth and energy use, in Portugal economic growth has become increasingly dependent on access to energy supplies⁵⁹. In Portugal the growth in energy sales (+139%) was well above the EU average (+45%)⁶⁰. The biggest energy consumers are the transport sector and the industry, which in the beginning of the 1990s represented 80 per cent of final energy consumption⁶¹. But in general, and for the period 1985-1998, demand for petrol and diesel fuels for use by road vehicles was the main driving force behind the rise in total energy consumption. In 1999, road was the biggest energy consumer sector, representing around 72 per cent of transport energy consumption⁶².

Although the rate of vehicles per inhabitant is still one of the lowest in the EU, the country's commuting pattern is overfocused on private automobiles. The boost in demand is not only due to changes in travel patterns but also to higher incomes, and to a fall in transport prices in real terms⁶³. This trend was a result of the general decline in world oil prices, as well as price ceilings on diesel fuel, gasoline and fuel oil and did not conduct to energy efficiency. In 1998, for example, among the EU Member States unleaded fuel prices were highest in Sweden and lowest in Portugal. Diesel prices followed a similar pattern⁶⁴. The decline in real motor fuel prices helped lower the cost of road transport, which was an important factor in stimulating demand for transport, whose external costs were decreasingly reflected in prices⁶⁵.

It is possible to conclude that, despite the close linkage of the tax bases of the motor vehicle tax and the tax on petroleum products to major national environmental problems, the instruments analysed show a deficient environmental performance. This seems to result from their inadequate design to deal with the environmental problems in question. The same variables that affect the ecological modernisation capacity of the country have apparently influenced the features of the two taxes, reducing their contribution to the solution of the problems they potentially were able to deal with.

Tentative conclusions

The Portuguese example might allow to extend the argument used by Jänicke that a country's environmental performance depends on its basic preconditions for ecological modernisation. The analysis of two taxes that the OECD/EEA database would allow to

classify as NEPIs, the motor vehicle tax and the tax on petroleum products, seems to support the hypothesis that the number and/or performance of the NEPIs, namely tax instruments, is also influenced by the level of ecological modernisation observed in a country. The basic variables that Jänicke claims to influence the ecological modernisation capacity of a country seem to have played an active role in hindering the environmental performance of the two taxes analysed. And this is so despite the fact that these are instruments that potentially could serve well environmental policy goals, due to the close connection they hold, through their tax base, with an important national problem, the pollution caused by road transport.

In the case of the motor vehicle tax the relevant factors seem to have been the lack of consensus ability and of strategy proficiency. There is a long-time and broadly-based criticism to this tax, which is considered to have been distorting the market options, both against the national economy and the environment, creating sources of inefficiency. Thus, several reform proposals have been made. However, the strong interests involved in this process have so far not been able to reach an agreement. As a consequence, though the existent tax regime is harmful to the interests of most stakeholders, it was not possible yet to bring up a more satisfactory result.

As far as the tax on petroleum products is concerned the problem seems to reside in the level of economic performance of the country and its lack of innovation capacity, with an important role being played by the institutional context. The obsolete national tax administrative structure together with the low economic performance of the country forces the government to take as its main tax revenue source indirect taxes. And the tax on petroleum products is the second biggest provider of revenue among indirect taxes. Hence, it is difficult to introduce in this instrument a rationality that has inherent a reduction of its revenue capacity. Furthermore, in a lower level, it is possible to root the problem also in the strategy deficiency of the green lobby, which was not able to overcome its genetic process and consequently holds a conflicting agenda in the issue of energy taxation.



Cláudia Soares

CEDOUA

Universidade Católica Portuguesa – Porto
London School of Economics and Political Science

* Relatório apresentado na II Conferência do European Consortium for Political Research (ECPR), Marburg (Alemanha), 18-21 Setembro 2003, e financiado pelo ECPR e a Fundação Calouste Gulbenkian.

¹ OECD database, www.oecd.org/env/tax-database; EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Environmental Taxes, Environmental Signals 2002*, 2002, p. 127.

² GOULDSON and MURPHY, "Ecological Modernisation: restructuring industrial economies", in M. Jacobs (ed.), *Greening the Millennium: the New Politics of the Environment*, Oxford: Blackwell, 1997, p. 75.

³ OECD, *Environmental and Economics: The Results of the International Conference on Environmental Economics*, Paris: OECD, 1985, p. 10; J. S. DRYZEK, *The Politics of the Earth: Environmental Discourses*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 145; and GOULDSON and MURPHY, 1997, p. 74.

⁴ MIKAEL SKOU ANDERSEN and ILMO MASSA, *Ecological Modernization – Origins, Dilemmas and Future Directions*, *Journal of Environmental Policy & Planning*, vol. 2, 2000, pp. 337-345, p. 341.

⁵ See, v.g., EUROPEAN COMMISSION, COM/93/700 final, 05.12.1993, COM (97) 30 final, 1997.

⁶ MAURIE J. COHEN, (2000), *Ecological Modernisation, Environmental Knowledge and National Character: A Preliminary Analysis of the Netherlands*, Environmental Politics, vol. 9, N. 1, Spring 2000, pp. 77-106, p. 99.

⁷ M. JÄNICKE, *Erfolgsbedingungen von Umweltpolitik in internationalen Vergleich*, Zeitschrift für Umwelt politik, N. 3, pp. 213-231, 1990; MIKAEL SKOU ANDERSEN, *Governance by Green Taxes. Making Pollution Prevention Pay*, Manchester University Press, 1994.

⁸ WEIDNER and JÄNICKE, *Capacity Building in National Environmental Policy. A Comparative Study of 17 Countries*, Berlin, 2002, first chapter.

⁹ CISEP/MIE, *Inovação indústria Portuguesa: Observatório MIE*, report by CISEP/ISEG/UTL the Centre of Research on Portuguese Economics from the Higher Institute of Economics and Management, Lisboa: Portuguese Ministry of Industry and Energy, 1992.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ OECD, STI Scoreboard 2001, http://www1.oecd.org/publications/e-book/92-2001-04-1-2987/PDF_5CA11.pdf.

¹² M. O'NEILL, *Green Parties and Political Change in Contemporary Europe*, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 273.

¹³ PUREZA, *Os Tribunais e os Novos Espasmos da Cidadania: O Exemplo do Direito do Ambiente em Portugal*, Colóquio Comemorativo dos 20 anos da RCCS. Justiça e cidadania – por uma justiça mais democrática, Centro de Estudos Sociais, Lisboa, 1999, 2.e); and MOURA, FERREIRA, CORREIA, TELLES, SOROMENHO-MARQUES, *Ecologia e Ideologia*, Lisboa, 1999, pp. 104 and 108.

¹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Portugueses e o Ambiente*, Oeiras, Portugal, 2000, pp. 89 and 163.

¹⁵ V.g., FRANCISCO FERREIRA, president of Quercus, a Portuguese environmental NGO, June 1998.

¹⁶ See, v.g., http://www.eeb.org/activities/env_fiscal_reform/newsletter-7.pdf, and <http://www.foes-ev.de/GBNnews2/3artikel4.html>.

¹⁷ SCHMIDT, *Portugal Ambiental. Casos & Causas*, Oeiras, Portugal, 1999, p. 44.

¹⁸ Jornal Expresso, *Governo quer diminuir peso do chumbo*, 22.11.1997, online edition.

¹⁹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/95, 21.04.1995, and Law n.º 127-A/97 de 20-12-1997, 4th option – Programa Nacional de Redução das Emissões das Grandes Instalações de Combustão. See, also, Jornal Expresso, *Elisa Ferreira assina últimos contratos de despoluição industrial*, 07.02.1998, online edition.

²⁰ F. MAÇÃS, "Os Acordos Sectoriais como um Instrumento da Política Ambiental", RevCEDOUA, Ano III, N. 1, pp. 37 and ff., 2000, p. 50.

²¹ See, v.g., Jornal Expresso, *Esgotos do Vale do Ave em causa. Ministério do Ambiente multa câmaras socialistas*, 29.08.1998; *À mercê do asfalto*, 24.10.1998; *Ministério multa Ministério*, 06.11.1998; and *Costas negras*, 20.01.2001, online edition.

²² OECD, *OECD Environmental Performance Reviews. Portugal*, Paris: OECD, 1993, p. 95.

²³ M. GODINHO, *Innovation Diffusion in the Portuguese and Italian Clothing Industry*, Doctoral dissertation, SRU University of Sussex, Brighton, 1993.

²⁴ M. LARANJA, *Innovation and Technology Transfer in Portugal – Problems and Perspectives*, poster-paper presented in the International Conference 'Technology Policy and Less Developed R&D Systems in Europe', Seville (Spain), 17-18 October 1997, p. 18.

²⁵ COOMBS and FONTES, (1993), *Research and Technology Management in Enterprises: issues for Community Policy – Case Study on Portugal*, SAST Project N. 8, European Commission DGXIII, Luxembourg.

²⁶ P. CONCEIÇÃO, and M. HEITOR, *Engineering and Technology for Innovation in Portugal: a study on the dynamics of technological change. A preliminary summary*, Center for Innovation, Technology and Policy Research,

IN+, Instituto Superior Técnico, Lisboa, June 2000, <http://in3.dem.ist.utl.pt/>, p. 10; and EUROSTAT, *Towards a European Research Area. Science, Technology and Innovation. Key Figures 2000*, Luxembourg, 2000.

²⁷ OECD, *Environmental Performance Review. Portugal.*, Paris: OECD, digital version, 2001.

²⁸ OECD database, <http://www1.oecd.org/scripts/env/ecolnst/index.htm>.

²⁹ DIAS and TABORDA, *Evolução recente do nível médio do mar em Portugal*, Anais do Instituto Hidrográfico, 1988, Vol. 9, pp. 83-97; DIAS and TABORDA, *Tidal Gauge Data in Deducing Secular Trends of Relative Sea Level and Crustal Movements in Portugal*, Journal of Coastal Research, Vol. 8, pp. 655-659; and DIAS, FERREIRA and TABORDA, *Implications of Accelerated Sea-Level Rise (ASLR) for Portugal*, Proceeding of SURVAS Expert Workshop on European Vulnerability and Adaptation to impacts of Accelerated Sea-Level Rise (ASLR), Hamburg, Germany, 19-21 June 2000.

³⁰ MARTIN JÄNICKE, (1990), pp. 213-231; ANDERSEN, (1994).

³¹ CHIARA BRONCHI, and JOSÉ C. GOMES-SANTOS, (2001), *Reforming the Tax System in Portugal*, OECD Economics Department Working Papers, N. 302, p. 6.

³² OECD, *Revenue Statistics 1965-1998*, Paris: OECD, 1999, and EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Environmental taxes*, Copenhagen: EEA, online edition, 2000.

³³ SCHMIDT, (1999), p. 26.

³⁴ Projecto de Lei n.º 452/VI, Diário da República, II Série-A, 05.11.1994, pp. 32-33.

³⁵ ACAP, Comunicado de Imprensa n.º 4/99, 27.01.1999.

³⁶ Jornal Expresso, *Governo agrava IA*, 17.01.1998, online edition.

³⁷ Jornal Expresso, *Governo muda escalões do IA*, 27.09.1997, online edition.

³⁸ Projecto de Lei n.º 452/VI, Diário da República, II Série-A, 05.11.1994, pp. 32-33, p. 32; MINISTÉRIO DAS FINANÇAS and SECRETARIA DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, *Reformas da Tributação Automóvel e do Património*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 11.

³⁹ MINISTÉRIO DAS FINANÇAS and SECRETARIA DE ESTADO DOS ASSUNTOS FISCAIS, (2002), pp. 40-42.

⁴⁰ GEOTA, Comunicado de Imprensa relativo ao Imposto Automóvel, January 1998.

⁴¹ GEOTA, *Comunicado sobre Política de Preços da Energia*, Lisboa, 20.12.2000.

⁴² GRUPO PARLAMENTAR DO BE, "Um Contrato social e ecológico para o país", November 2000, p. 3.

⁴³ Projecto de Lei n.º 452/VI, Diário da República, II Série-A, 05.11.1994, pp. 32-33, p. 32.

⁴⁴ *Reforma do Imposto Automóvel em Portugal baixa preço dos carros*, CM, online edition, 07.02.2001.

⁴⁵ EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, 2000.

⁴⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA), *Statistics — Energy Prices and Taxes*, http://www.sourceoecd.org/content/templates/co/co_main_statistics.htm?comm=ieaenerg, 23.03.2003.

⁴⁷ Data obtained from the MINISTÉRIO DAS FINANÇAS DE PORTUGAL website.

⁴⁸ Reunião Plenária da AR de 31 de Março de 1999, DAR, I Série, N. 67, 1 Abril 1999, pp. 2477-2478.

⁴⁹ OECD, *Economic Surveys. Portugal*, Paris: OECD, 2003, p. 12.

⁵⁰ OECD, *The OECD Job Study*, Part II, Paris: OECD, 1994, p. 58.

⁵¹ Jornal Expresso, *Governo quer diminuir peso do chumbo*, 22.11.1997, online edition.

⁵² N. LACASTA and P. MARTINS BARATA, *NGOs' Evaluation of 2nd National Communications to the UNFCCC OECD Countries*, September 1997, point 3.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ DIRECÇÃO-GERAL DA ENERGIA, (2001), *Preços de energia*, N. 35, January.

⁵⁵ BRONCHI and GOMES-SANTOS, (2001), p. 22.

⁵⁶ EUROSTAT, News Release, n.º 62/2001, 07.06.2001.

⁵⁷ COM(2001) 708 final, p. 26.

⁵⁸ OECD, *OECD Economic Surveys. Portugal*, Paris, 2001.

⁵⁹ OECD, (1993), p. 88.

⁶⁰ EUROSTAT, (2001).

⁶¹ OECD, (1993), p. 88.

⁶² EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *TERM 2002-01 —Energy Consumption, Indicator Fact Sheet*, 2002, p.1.

⁶³ EEA, *Report on Energy use*, Copenhagen: EEA, online edition, 2000; and IEA, (2003).

⁶⁴ EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Are we moving in the right direction? Indicators on transport and environmental integration in the EU: TERM 2000*, Environmental issue report n.º 12, Indicators 15 (and 16), 2000.

⁶⁵ OECD, (1993), p. 97.

Regime Jurídico Florestal: A Afirmação de um Recurso

Resumo

O estudo do regime jurídico florestal é feito neste artigo de forma plural, visando a discussão dos seus principais aspectos, recorrentemente aventados nos circuitos especializados e nos meios de comunicação social, mas que não têm, em idêntica medida, transpirado para a doutrina nacional. Aparentam-se, assim, as características específicas que o bem jurídico florestal reveste e que determinam a necessidade de uma sua abordagem integrada e debate-se o enquadramento jurídico que lhe é deferido, centrando a análise nos níveis internacional, comunitário e nacional de relevância desta questão.

1. Introdução

As florestas são um recurso ambiental que se apresenta no plano legal e na consciência colectiva como um importante bem jurídico carecido de tutela, não só porque pode ser objecto de apropriação e de aproveitamento individualizado, mas também porque desempenha funções essenciais à preservação e promoção de um ambiente equilibrado e sadio. Se esta inicial qualificação não suscita, actualmente, quaisquer dúvidas ou resistências, quando se trata de indagar qual a tutela que deve ser deferida a este específico bem jurídico, a comunhão de ideias quebra-se e, quando muito, consegue-se uma difícil convergência de posições. E isto porque, ao contrário do que acontece com outros bens jurídicos mais fluídos ou menos tangíveis como a água e o ar, as florestas (e, na mesma ordem de ideias, os solos), ao permitirem um domínio mais imediato e concreto pelo Homem, são tradicionalmente alvo de pretensões e intervenções que escapam de forma quase incontável às exigências de um “desenvolvimento sustentado”.

A intervenção das autoridades públicas torna-se, assim, essencial para permitir a conservação e desenvolvimento deste recurso. Como refere Gérard Buttoud, a política pública das florestas deve garantir que todas as utilizações florestais possam estar, ainda que de forma diferenciada, ao serviço de todos os utentes, de uma forma que garanta a perenidade dos recursos a longo prazo ¹.

É, então, sobre a progressiva afirmação deste bem jurídico nos vários níveis de protecção do ambiente e de ordenamento do território e sobre a adopção de uma tutela jurídica que, prevenindo ou reagindo as insuficiências que actualmente lhe são apontadas, se adequa às especificidades que esse bem reveste, que se debruça este artigo.

2. Características do bem jurídico florestal

2.1. Diversidade

Apesar de nos termos referido univocamente ao termo “florestas”, o bem jurídico florestal é muito complexo, complexidade essa que resulta quer das condições ambientais do meio, quer do recorte diferenciado que dele é feito nos vários instrumentos jurídicos que o têm por objecto.

Nota-se, assim, que a ocupação florestal não é uniforme em todo o globo terrestre, na medida em que há zonas florestais densas e zonas florestais de ocupação menos densa. E esta constatação não necessita de se reportar a todo o espaço mundial, já que as diferenças de ocupação florestal ou arbórea são notórias do norte para o sul da Europa ². Esta distinção não é despicienda em termos jurídicos, já que a protecção pode, *rectius* deve, ser distinta consoante o tipo de ocupação florestal existente ou desejável, como acontece com o imperativo internacional de protecção da floresta tropical e, internamente, com as medidas restritivas aplicáveis à plantação de determinadas espécies de rápido crescimento, bem como, ao invés, com as medidas de protecção referentes a espécies folhosas.

Também no âmbito comunitário, o Regulamento CE n.º 2152/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Novembro de 2003, relativo ao acompanhamento das florestas e das interacções ambientais na Comunidade (Forest Focus) ³, determina que, para efeitos de aplicação das suas disposições aplicáveis a florestas (definidas com base, essencialmente, em critérios de densidade do coberto arbóreo e de área mínima e altura previsível), os Estados-membros podem incluir outros terrenos arborizados que não cumprem aqueles mínimos (artigo 1.º, n.º 2). Ainda no que se refere a incêndios, os Estados-membros podem, por uma questão de prevenção e reacção integrada, incluir terrenos não florestais (terrenos incultos, abandonados e agrícolas confinantes de terrenos florestais ou cercados por estes), na rede de protecção às florestas estabelecida pelo Regulamento.

Contudo, esta diversidade deve-se não apenas às características do bem jurídico, mas igualmente à sua titularidade jurídica e ao seu modo de gestão.

No primeiro pólo, o regime jurídico de propriedade florestal subdivide-se em propriedade privada, pública ou comunitária (como acontece entre nós com os designados baldios, regulados pela Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro). Ora, no horizonte espacial comunitário, prevalece a propriedade privada (que cobre cerca de 65% dos terrenos arborizados), ainda que, sobretudo nos países mediterrânicos, seja excessivamente fragmentada, o que dificulta o seu aproveitamento. Contudo, com o iminente alargamento do espaço comunitário a leste (que ocorrerá já em 2004), este quadro sofrerá algumas alterações, aumentando o peso da floresta pública, pois, ainda que alguns países tenham encetado pela via da reforma agrária, reprivatizando algumas propriedades, outras manter-se-ão em propriedade pública, porventura deslocalizadas do Estado para entes públicos territoriais de nível inferior.

Quanto à gestão deste bem jurídico, prevalece uma gestão feita em moldes privados, mesmo relativamente a bens que são de propriedade pública. Em algumas situações, também áreas florestais que se encontram integradas em regimes legais de protecção da natureza, como acontece, entre nós, com alguns parques naturais, estão sujeitas a modelos de gestão privada ⁴.

Como complemento deste quadro jurídico, nas florestas tradicionalmente designadas de “florestas de produção”, o fomento do associativismo tem sido considerado quase unanimemente como um elemento essencial, embora ainda pouco divulgado, da sua rendibilização e, portanto, da sua atractividade para a iniciativa privada.

2.2. Multifuncionalidade

A floresta é um espaço multifuncional, que convoca múltiplos interesses, nem sempre convergentes entre si. Como veremos, é como resultado de um processo de ponderação, implícito ou expresso, entre esses vários interesses que devem ser estabelecidos os termos da regulamentação jurídica da propriedade e da gestão das áreas florestais. Mais, é de um assumido e adequado processo de ponderação que depende o êxito, *rectius* a sustentabilidade (e sustentação) de qualquer política florestal.

Todavia, a incompreensão do papel imprescindível e insubstituível das florestas, sobretudo em termos ambientais, e o privilegiar dos benefícios económicos passíveis de serem potenciados pelas mesmas, na sua vertente de geradoras de matérias-primas ou de factores de produção, conduziram a uma notória delapidação deste recurso natural, pela sua utilização de uma forma que não respeita o tempo e os termos necessários para a sua renovação.

Ora, este recurso renovável e reciclável, para além de ser uma fonte de benefícios económicos directos (uma vez que é passível de múltiplas utilizações individualizadas, desde logo como fonte “limpa” de energia ou de bens alimentares) e indirectos (na sua qualidade de matéria-prima essencial a determinadas indústrias, como as de serração, painéis, papéis, cartão, mobiliário, impressão e edição), é originador de benefícios sociais e ambientais de diversa ordem.

Assim, em termos sociais, para além do facto de constituir uma fonte de escoamento e fixação de mão-de-obra, sobretudo em zonas rurais (permitindo contrariar, assim, os fenómenos de êxodo rural e de acentuação das assimetrias regionais) e de ser um elemento imprescindível em parques e áreas de recreio e lazer, mesmo se situadas em zonas de características urbanas, a floresta assume-se como factor valorativo da paisagem ⁵ e de identificação de alguns grupos sociais específicos, maxime de “populações de floresta” que dela dependem visceralmente em termos económicos e culturais ⁶.

A um nível mais especificamente ambiental, a floresta assume-se, por um lado, como um factor de regeneração do oxigénio, enquanto sumidouro ou fonte de fixação do carbono, função esta que, essencial à sobrevivência humana e das demais espécies, desempenha um relevo mais visível numa altura em que as emissões poluentes ameaçam irreversivelmente a camada de ozono. Desempenha, complementarmente, o papel de elemento de filtragem das águas e da sua retenção no subsolo, de factor de controlo das alterações climáticas, impedindo, ainda, a erosão e fenómenos de desabamento ou deslizamento de terras.

Ainda que não tenhamos a pretensão de elencar exaustivamente o complexo amplo de funções desempenhados pela floresta, não podemos, todavia, esquecer o seu papel insubs-tituível na promoção da biodiversidade ambiental, quer a tomemos como objecto — quando se considera a luta contra a mono-silvicultura e se incentiva o cultivo de espécies autóctones, promovendo-se a criação de florestas de composição e uso múltiplos — ou como meio de sustentação de outras espécies vegetais e animais.

2.3. Transnacionalidade

A floresta, pelas amplas funções ambientais que desempenha, tem vindo a merecer a qualificação de bem jurídico transnacional. De facto, a sua interacção com os demais componentes ambientais, essencial a uma consideração integrada e global do “ambiente”, tem contribuído para que os principais problemas que a afectam e que têm impactes alargados em termos espaciais, sejam debatidos em várias sedes de discussão e de intervenção. Deste modo, a compreensão e a protecção dos papéis múltiplos desempenhados pelas florestas e os seus efeitos espaciais alargados exigem que elas sejam

objecto de uma intervenção articulada de várias instâncias públicas, ainda que no respeito, na distribuição das responsabilidades recíprocas, pelo princípio da subsidiariedade.

Não espanta, assim, o papel que os direitos internacional e comunitário têm desempenhado enquanto verdadeiras “molas impulsoras” de uma adequada consideração, sobretudo nos países em que estas preocupações se encontravam tradicionalmente arredadas, do estatuto e regime jurídicos deste recurso natural. Assim, lançando, pouco a pouco, fóruns de discussão, sustentando compromissos internacionais, estabelecendo mecanismos de monitorização e avaliação e disponibilizando financiamentos e incentivos, vai-se erigindo e firmando a protecção que a floresta merece.

É essencialmente com base nestes dois níveis de consideração do bem jurídico florestal, complementado por um estudo do enquadramento jurídico que esta temática merece no ordenamento jurídico português, que se desenvolve a terceira parte deste estudo.

2.4. Debilidade

Apesar da importância deste recurso natural, inúmeros factores ambientais e humanos há que influem negativamente na sua preservação e que lhe imprimem um especial carácter de debilidade.

Em geral, a destruição do mesmo, apreensível pelo conceito de desflorestação ⁷, e a sua degradação progressiva — que justifica que se fale de uma situação de “stress” ou perda de vitalidade das florestas ⁸ — têm sido motivadas por um conjunto amplo de circunstâncias, actividades e medidas, algumas delas encapotadas sobre o véu, durante muito tempo insuspeito, da promoção florestal ou do desenvolvimento do sector silvícola, mas que têm efeitos directos ou indirectos nefastos dificilmente reversíveis.

Destacam-se de seguida, sem pretensões de exaustividade ou de introdução de uma qualquer graduação do impacte negativo por eles potenciado, alguns factores de debilidade e de destruição florestal presentes sobretudo nas florestas mediterrânicas e, de entre elas, na floresta portuguesa ⁹:

— As irrealidades políticas de concessão e de preços da madeira que, não considerando as externalidades positivas das florestas a nível ambiental e social, incentivam um sobre-aproveitamento das mesmas (motivado também pela elevada taxa de risco associada à produção florestal) e desencadeiam práticas ilícitas, nomeadamente importações de espécies proibidas e incêndios de mão criminosa ¹⁰;

— Concessão de subsídios ou incentivos a sectores que promovem a desflorestação — por exemplo, à indústria da celulose ou a utilizações intensivas para fins agrícolas — ou a reflorestação e florestação em larga escala através de espécies não aconselhadas e sem adequada consideração dos seus efeitos ambientais.

— Ausência de uma compatibilização e coordenação entre políticas de índole sectorial, que estabelecem usos diversos e potencialmente conflituantes sobre o mesmo território ou que podem fazer recair sobre o mesmo exigências dificilmente compatíveis ¹¹.

— Deficiente ordenamento florestal, decorrente da complexidade e da ineficácia da legislação e regulamentação existentes e da falta de previsão ou de elaboração de planos coerentes, que, a braços com um permissivo ordenamento urbanístico permite o desmatamento indiscriminado para fins urbanísticos.

— Dispersão da propriedade florestal e ausência de relevantes movimentos associativistas dos proprietários florestais, o que implica que a sua capacidade reivindicativa seja pequena, em comparação com outros sectores profissionais, e justifica uma atractividade reduzida do sector silvícola ¹².

— Prevalência de uma lógica reactiva, em que grande parte do investimento é canalizado para o combate directo ao fogo ou para acções “visíveis” a curto prazo, em detrimento

de uma aproximação preventiva, assente na elaboração de cartas de risco e sistemas de vigilância, na promoção de acções de sensibilização, educação e formação das populações, na certificação dos produtos florestais e no financiamento de práticas florestais sustentáveis¹³.

3. Tutela do bem jurídico florestal

Apesar do relevo crescentemente assinalado à protecção da floresta, ela tem sido objecto de uma consideração específica apenas parcelar. Este tratamento jurídico fragmentado é, de certa forma compreensível, já que a floresta é um factor relevante que deve ser tomado em consideração na protecção de outros componentes ambientais, tais como a protecção do solo, da água, do ar e da paisagem, constituindo, simultaneamente, um sector produtivo de base e um elemento dinamizador do comércio nacional e internacional.

Assim, qualquer quadro de regulamentação florestal tem de intervir, complementarmente, nas diversas frentes de relevância deste recurso, apreendendo as suas peculiaridades e criando uma “rede de protecção” que considere todo o ciclo de vida e de regeneração das espécies florestais e que abranja todos os actores internacional e internamente comprometidos na defesa deste recurso natural.

É deste quadro integrado, composto pelos níveis internacional, comunitário e nacional de protecção das florestas, que nos ocuparemos de seguida, apontando-lhe insuficiências, contradições e perplexidades, mas também medidas positivas e linhas de rumo na consecução deste seu objectivo reitor.

3.1. Nível internacional

O painel mais amplo de protecção das florestas e que, apesar de alguns impasses na operacionalização das suas intervenções, tem desempenhado um papel de incentivo das actuações dos restantes actores internacionais e servido de amplo fórum de discussão internacional, refere-se ao mecanismo institucional das Nações Unidas.

Neste âmbito, a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo a lidar com os problemas da poluição numa base territorial ampla, incluindo na ordem do dia a questão do contributo das florestas para a diminuição deste problema. Acentue-se, nesta sede, a criação de um Programa de Cooperação Internacional para a Avaliação e o Controlo dos Efeitos da Poluição Atmosférica nas Florestas “ICP Florestas”.

Ainda em face de um recurso natural que desempenha funções múltiplas, deve enunciar-se, em geral, a Convenção sobre a diversidade biológica das Nações Unidas (CDB), pela qual a comunidade internacional se comprometeu, nomeadamente, a proteger as florestas tropicais, e a Convenção quadro sobre as alterações climáticas (CQAC), abertas para assinatura na conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento (CNUAD) que teve lugar no Rio de Janeiro em 1992. Nesta conferência internacional, para além da Declaração do Rio sobre o Ambiente e o Desenvolvimento e a Agenda 21, foram ainda aprovados Quatro Princípios Florestais juridicamente não vinculativos. Referem-se eles ao apoio aos diversos papéis e funções de todos os tipos de florestas, zonas florestais e arborizadas; ao reforço da protecção, gestão sustentável e conservação de todas as florestas e recuperação de áreas degradadas, pela reabilitação, florestação e reflorestação; à promoção de uma utilização e avaliação eficazes, com vista à recuperação do pleno valor dos bens e serviços proporcionados pelas florestas; e ao estabelecimento ou reforço das capacidades de planeamento, avaliação e observação sistemática das florestas e dos programas. Como veremos no desenrolar deste artigo, são ainda hoje estes os princípios essenciais que têm de ser desenvolvidos na efectiva promoção de uma “gestão florestal sustentável”¹⁴.

Todavia, este esforço convencional não se ficou por aqui, já que mais tarde, em 1994, foi assinada a Convenção de combate à desertificação (CCD), em 1997 o protocolo da Convenção-quadro sobre as Alterações Climáticas, assinado em Quioto, e, em 2002, a Convenção sobre a Biodiversidade.

Em termos institucionais, foi criado, em 1995, o Painel Intergovernamental sobre Florestas (PIF) sob os auspícios da Comissão do Desenvolvimento Sustentável (CDS) das Nações Unidas, posteriormente substituído pelo Fórum Internacional sobre as Florestas (FIF), que desempenha as funções de observatório internacional neste domínio e que tem como principal objectivo a criação de um instrumento global, integrado e juridicamente vinculante sobre o desenvolvimento sustentável das florestas.

No âmbito europeu, que não especificamente comunitário, iniciou-se um processo pan-europeu para a protecção das florestas, que culminou na realização de quatro Conferências Ministeriais para a Protecção das Florestas na Europa (Estrasburgo em Dezembro de 1990, Helsínquia em Junho de 1993, Lisboa em Junho de 1998 e Viena em Abril de 2002), no seio das quais foram aprovadas diversas resoluções orientadoras, bem como critérios e indicadores europeus para a vigilância e protecção das florestas e para a promoção de uma silvicultura assente no vector da “gestão florestal sustentável” e da conservação da biodiversidade, e na criação, em 1998, de um Projecto Pan-Europeu de Certificação Florestal ¹⁵.

Cite-se, ainda, o papel do Instituto Florestal Europeu que, sendo uma organização não governamental independente, desempenha um papel relevante na compilação de informação sobre florestas, nomeadamente através do Sistema de Informação e Análise de Dados sobre a Floresta Europeia (EFIDAS) e na organização de reuniões entre organizações não governamentais a uma escala europeia.

3.2. Nível comunitário

3.2.1. A “estratégia florestal” da Comunidade

O relevo dos recursos florestais no âmbito da Comunidade Europeia é bem visível se o ilustrarmos com números. Assim, enquanto a Europa tem praticamente 215 milhões de hectares de florestas que cobrem quase 30% da área terrestre do continente, a Comunidade Europeia, antes do alargamento a leste, dispõe de uma área florestal total de 130 milhões de hectares (87 milhões de hectares dos quais são considerados florestas exploráveis), o que corresponde a cerca de 36% do seu território, sendo o segundo maior produtor mundial de papel e de madeira serrada, o maior importador mundial de produtos florestais e o terceiro maior exportador mundial de produtos florestais. Por seu lado, as indústrias de laboração da madeira correspondem a 10% do total da indústria de transformação comunitária ¹⁶.

Curiosamente, a Comunidade começou a proteger as florestas — e não especificamente a floresta europeia — nos anos 80, no âmbito da Convenção de Lomé III, adoptada sob os ensejos da política da cooperação no desenvolvimento, na qual foi introduzido um capítulo sobre seca e desertificação.

Desde esse momento, foram sendo aprovados inúmeros instrumentos incitativos e vinculativos que visam, sobretudo, a promoção de uma gestão florestal sustentável, conceito este que constitui uma peça fundamental nesta matéria e vem sendo definido como “a gestão e a utilização das florestas e dos bosques de tal modo e com tal intensidade que mantenham a sua diversidade biológica, a sua produtividade, a sua capacidade de regeneração, a sua vitalidade e a sua capacidade de satisfazer, no presente e no futuro, as funções ecológicas económicas e sociais pertinentes, aos níveis local, nacional e mundial, sem causar prejuízo a outros ecossistemas” ¹⁷.

Esta ampla actividade normativa incide, nomeadamente, sobre a protecção da floresta europeia (incluindo a dos países candidatos), sobretudo da floresta mediterrânica (em

que se inclui a portuguesa), mas também sobre a protecção das florestas dos países em desenvolvimento e a protecção das florestas tropicais.

Contudo, de acordo com o princípio da subsidiariedade, inscrito no artigo 5.º do Tratado que Institui a Comunidade Europeia — que justifica a actuação desta organização apenas quando a acção pretendida não possa ser realizada eficazmente pelos Estados-membros e o possa ser pela intervenção comunitária —, a protecção das florestas a este nível sustenta-se, em primeira linha, nos planos e programas adoptados pelos Estados-membros, encontrando-se a actuação da Comunidade assente, essencialmente, nos vectores da promoção, coordenação, financiamento e avaliação.

Aliás, as medidas florestais adoptadas pela Comunidade ligam-se em termos de prioridades de actuação e de conteúdos de acção, simultaneamente aos compromissos internacionais assumidos por si e pelos Estados-membros e aos instrumentos adoptados a um nível estadual, nomeadamente aos planos florestais nacionais, regionais e locais.

Não se pode, contudo, considerar que, mesmo após o marco indelével constituído pela Agenda 2000, exista uma “política florestal” comunitária suficientemente coerente e integrada, que se ocupe especificamente da promoção da gestão sustentável das florestas. Vários actos comunitários falam, porém, de uma nítida “estratégia florestal”, que se tem vindo a impor pela coordenação de instrumentos adoptados com base em diversas políticas comunitárias *stricto sensu* ¹⁸.

De facto, este recurso natural é objecto de atenção em matéria de políticas sectoriais da Comunidade, como acontece, designadamente, com a política agrícola comum e de desenvolvimento rural, a política ambiental, a política regional e de coesão económica e social, a política industrial e a emergente política energética, a política de investigação e de desenvolvimento tecnológico e a já mencionada política de cooperação no desenvolvimento. Note-se que, indirectamente, a Comunidade tem um papel relevante de controlo do comércio dos produtos florestais, já que matérias como a madeira, a cortiça e a resina são produtos que se encontram em livre prática e sujeitas às regras do mercado interno. Deste modo, as medidas fiscais especiais e os auxílios públicos concedidos a este sector só são admitidos se forem compatíveis com as exigências do mercado comum (o que acontece, desde logo, em situações em que se pretendem remediar danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários, e nas demais hipóteses previstas no artigo 87.º do Tratado), devendo ser, em qualquer caso, comunicados à Comissão ¹⁹. Intimamente relacionado com a protecção das florestas, também os instrumentos comunitários que têm como objectivo imediato a promoção do desenvolvimento sustentável, a manutenção da diversidade biológica, a protecção dos solos e a redução das alterações climáticas, produzem efeitos reflexos na protecção das florestas, o que impele à necessidade de um adequado cruzamento dos regimes de protecção ²⁰. Nestes termos, a Decisão n.º 1600/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 2002, que institui o sexto programa de acção da Comunidade Europeia em matéria de Ambiente ²¹, embora não tenha como área de incidência específica as florestas, estabelece prioridades ambientais como as alterações climáticas, a natureza e a biodiversidade, que necessariamente a implicam.

É reconhecido, contudo, que a dispersão das bases jurídicas de actuação comunitária prejudica, muitas vezes, uma visão de conjunto desta matéria e uma desejável consideração integrada do sector florestal. Uma forma de tentar reverter esta situação tem sido tentada através da criação de Comitês que, no âmbito florestal, desempenham um papel consultivo relevante, auxiliando a Comissão no desempenho das funções que lhe estão cometidas (desde logo enquanto detentora quase exclusiva do poder de iniciativa) e constituindo centros de troca de informações e experiências entre os representantes dos Estados-membros ou das categorias socioeconómicas neles compreendidas. Assim se compreende

a criação de um Comité Permanente Florestal, o estabelecimento, no âmbito da política agrícola comum, de um Comité Consultivo Florestas e Cortiça e a institucionalização, no que se refere a questões relativas a aspectos industriais e comerciais da política comunitária relevante para o sector, de um Comité Consultivo da Política Comunitária para o Sector das Madeiras ²².

3.2.2. A actividade jurídica comunitária

3.2.2.1. Adopção de instrumentos não vinculativos

O enquadramento jurídico comunitário desenvolve-se em várias frentes, não apenas porque se suporta em bases jurídicas diferenciadas, mas também porque é informado por instrumentos jurídicos de natureza vária.

Assim, como sucedeu já em outros domínios de intervenção comunitária, a “estratégia florestal” da Comunidade começou a ser desenhada e foi sendo progressivamente adensada e desenvolvida por instrumentos jurídicos não vinculativos emanados, sobretudo, pela Comissão e pelo Parlamento Europeu.

Especialmente relevantes neste domínio, na medida em que identificam com precisão as especiais debilidades que afectam as florestas e propõem mecanismos de solução, temos: a Comunicação da Comissão de 11 de Novembro de 1988, sobre a “Estratégia e acção da Comunidade no sector florestal” [COM(88)255 final]²³; a Resolução do Parlamento Europeu de 14 de Setembro de 1989 sobre a protecção das águas, dos animais marinhos e das florestas na zona mediterrânica (doc. B 3-155/89)²⁴; a Comunicação da Comissão intitulada “Conservação das florestas tropicais: Função da Comunidade” (89/C 264/01)²⁵; a Resolução do Parlamento Europeu sobre Medidas Urgentes para salvar a floresta europeia de 11 de Março de 1994 ²⁶; a Resolução do Parlamento Europeu sobre a estratégia da União para o sector florestal de 30 de Janeiro de 1997 (A4-0414/96)²⁷; a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 3 de Novembro de 1998 sobre uma estratégia florestal para a União Europeia [COM (1998) 649]²⁸; a Comunicação da Comissão de 5 de Outubro de 1999 sobre o estado da competitividade das indústrias de valorização dos produtos florestais e conexas da União Europeia [COM(1999) 457 final]; a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 4 de Novembro de 1999, sobre “Florestas e desenvolvimento: a abordagem da CE” [COM(1999) 554 final]²⁹; o Parecer do Comité Económico e Social sobre “O alargamento da União Europeia e o sector florestal” (2002/C 149/13)³⁰; e a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 21 de Maio de 2003 sobre a aplicação da legislação, a governação e o comércio no sector florestal (FLEGT): Proposta de um Plano de Acção da EU [COM (2003) 251 final]³¹.

3.2.2.2. A regulamentação jurídica de cariz “legislativo”

Respondendo por vezes ao repto lançado pelos instrumentos citados, a Comunidade fez aprovar um conjunto de medidas de cariz vinculativo com reflexo para a sua “estratégia”. Curiosamente, em face do objecto das mesmas, que normalmente se atêm à concessão de incentivos financeiros e à criação de metodologias de prevenção comuns, o instrumento jurídico privilegiado pela Comunidade tem sido o Regulamento comunitário, em detrimento do acto menos ingerente — a Directiva — o que o torna directamente aplicável, sem possibilidade de mediação por parte dos Estados-membros (ainda que preveja a sua concretização posterior pelos mesmos).

Como já foi aventado, o primeiro grande núcleo de intervenção comunitária em matéria florestal dá-se por via da disponibilização de incentivos financeiros que visam a mudança de comportamentos dos agentes, com vista à introdução ou desenvolvimento de boas práticas florestais (agrícolas e ambientais). Assim, o Regulamento (CE) n.º 1257/1999 do

Conselho, de 17 de Maio de 1999, relativo ao Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA) ao desenvolvimento rural ³², visa promover, através de ajudas (prémios anuais e de compensação) à arborização, uma utilização alternativa das terras agrícolas ou o desenvolvimento de actividades florestais em explorações agrícolas, desde que compatíveis com as condições do local e ambientais. No caso de plantações de espécies de rápido crescimento cultivadas a curto prazo, o apoio à florestação abrange apenas os custos de plantação (artigo 31.º). Outros investimentos elegíveis referem-se à constituição de associações de silvicultores e ao restabelecimento do potencial de produção silvícola destruído por desastres nacionais e por incêndios e introdução de instrumentos de prevenção adequados (artigo 30.º).

Para além deste mecanismo, um amplo leque de instrumentos financeiros são ainda aplicáveis às florestas, na mira da consecução do objectivo do seu desenvolvimento sustentado. Assim, para além das acções financiadas pelos fundos comunitários (Fundo de Coesão, Fundo Social Europeu, Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional e o recentemente criado Fundo de Solidariedade da União Europeia), outros programas específicos foram sendo aprovados, de modo a financiar determinados sectores e áreas prioritárias de intervenção. Lembremos, nomeadamente: o Programa LIFE, que, com objectivos definidos anualmente, pretende, em geral, contribuir para o desenvolvimento e a aplicação da política e legislação comunitárias em matéria de ambiente ³³; o Regulamento (CE) n.º 2494/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Novembro de 2000, relativo às medidas destinadas a promover a conservação e a gestão sustentável das florestas tropicais e de outras florestas nos países em desenvolvimento, que prevê medidas de incentivo financeiro (subvenções mediante a celebração de contratos ou acordos de financiamento) e assistência técnica a organizações internacionais, Estados, regiões, organismos regionais mas também serviços descentralizados, organismos públicos e operadores privados, indústrias, cooperativas, comunidades locais, associações representativas das populações locais e organizações não governamentais, que assumam a conservação das florestas tropicais como um dos seus objectivos; o Regulamento (CE) n.º 1266/1999 do Conselho, de 21 de Junho de 1999 relativo à coordenação da assistência aos países candidatos no âmbito da estratégia de pré-adesão ³⁴, que estabelece três instrumentos de pré-adesão — o programa PHARE, ISPA e SAPARD, todos eles com relevo no domínio ambiental e/ou de apoio à agricultura e ao desenvolvimento rural, constituindo o quadro do financiamento de projectos florestais apresentados e executados pelos países candidatos; e, em matéria de incentivos à investigação e desenvolvimento, a Decisão n.º 1513/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2002, relativa ao sexto programa-quadro da Comunidade Europeia de acções em matéria de investigação, desenvolvimento tecnológico e demonstração que visam contribuir para a realização do espaço europeu da investigação e para a inovação ³⁵, e que assume como prioridade temática, o “desenvolvimento sustentável, alterações globais e ecossistemas”, abrangendo mais especificamente iniciativas relativas aos sumidouros de carbono como a água, florestas e solos, biodiversidade, mecanismos de desertificação e catástrofes nacionais, utilização polivalente dos recursos agrícolas e florestais e a “cadeia integrada florestas-madeira” ³⁶.

Um segundo núcleo de intervenção comunitária prende-se com a institucionalização e operacionalização de sistemas de acompanhamento e de coordenação, que, contando com a participação dos Estados-membros, criam um centro único de troca de dados e informações assente, expressamente, numa lógica de prevenção de ocorrência de danos florestais.

Neste âmbito, sucederam-se, como instrumentos jurídicos comunitários basilares de natureza vinculante, o Regulamento (CEE) n.º 3528/86 do Conselho relativo à protecção das florestas na Comunidade contra a poluição atmosférica ³⁷ e o Regulamento n.º 2158/92 do Conselho, relativo à protecção das florestas da Comunidade contra os incêndios ³⁸, que vieram a ser

substituídos pelo Regulamento (CE) n.º 2152/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Novembro de 2003, relativo ao acompanhamento das florestas e das interacções ambientais na Comunidade (Forest Focus).

Este último, apesar de compreender os resultados dos dois primeiros Regulamentos — isto é, de acolher expressamente o acervo comunitário neste domínio (artigos 4.º e 5.º) e de reportar a sua entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2003, para evitar a ocorrência de vazios legislativos nesta matéria, uma vez que a vigência dos Regulamentos que substituiu cessou em 31 de Dezembro de 2002 —, dispõe de uma lógica mais ampla já que, para além da poluição atmosférica e do acompanhamento e prevenção de incêndios, toma em consideração outros factores como o impacte sobre a biodiversidade, a fixação do carbono, as alterações climáticas e a função de protecção das florestas. Visa, ainda, a continuação da actuação conjunta e articulada da Comunidade e Estados-membros, prevendo o financiamento das medidas preventivas de ocorrência de incêndios (artigo 13.º, n.º 1) e tendo como objectivo precípuo a recolha, análise de dados, acompanhamento e avaliação de modo a, prospectivamente, estabelecer indicadores e metodologias para avaliar os riscos e pressões no espaço e no tempo e integrá-los nas várias políticas comunitárias (artigo 2.º). Complementarmente, determina que os Estados devem estabelecer programas de acção nacionais (de dois anos, acompanhados de avaliação ex ante, intercalar e ex post, nos termos do artigo 8.º), devendo a Comissão assegurar a coordenação, o acompanhamento e o desenvolvimento deste “mecanismo comunitário para o acompanhamento alargado, harmonizado, exaustivo e a longo prazo do estado das florestas” (artigo 1.º, n.º 1).

Por seu lado, ainda que releve do domínio agrícola, também o Regulamento (CE) n.º 1467/94 do Conselho, de 20 de Junho de 1994, relativo à conservação, recolha e utilização dos recursos genéticos na agricultura ³⁹, na medida em que inclui recursos genéticos vegetais como a silvicultura e florestas que se revelem ou venham a revelar úteis no domínio agrícola e animal, instituiu um mecanismo de coordenação de grande importância, sobretudo no que se refere à introdução de organismos geneticamente modificados. Este regulamento instituiu um sistema de informação e consulta sobre acções específicas empreendidas ou previstas pelos Estados-membros, mantendo a Comissão um inventário, prestando informações e elaborando programas de acção em matéria de conservação, destinados a apoiar ou complementar o esforço daqueles, sendo assim bem visível a sua função de entidade coordenadora neste domínio.

Por fim, de um ponto de vista mais operacional, a Decisão 1999/847/CE, do Conselho, de 9 de Dezembro de 1999, criou um programa de acção comunitária no domínio da protecção civil ⁴⁰. Este acto, adoptado com base no artigo 308.º do Tratado (que inscreve uma cláusula expressamente admitindo as competências implícitas no seio da Comunidade), visa responder às expectativas de um aumento da actividade comunitária, em especial no âmbito das emergências ambientais, criando um centro de resposta comunitária que, recebendo pedidos de assistência, os transmite aos países aderentes, coordenando eficazmente a disponibilização de auxílios por parte dos mesmos.

Ora, estes sistemas de coordenação e funcionamento em rede, se são imprescindíveis tendo em vista a protecção de um bem jurídico transnacional e a prevenção de danos que o afectem, não pode funcionar sem que se institucionalizem, simultaneamente, mecanismos de vigilância, inventariação e avaliação. Deste modo se compreende que, intimamente ligado com os mecanismos de coordenação, se preveja o inventário dos pontos de observação e o acompanhamento intensivo e contínuo das florestas, quer no que se refere à qualidade dos ecossistemas (as primeiras acções de vigilância das florestas encetadas nos anos 80 incluíram essencialmente a avaliação do estado das copas), quer no que se refere à necessidade de prevenção da ocorrência de incêndios. Para tanto, foi

necessário criar mecanismos que assegurassem, para além de uma obrigação de informação, a comparabilidade dos dados recolhidos, através da adopção de metodologias de recolha de dados uniformes.

Assim, por ordem cronológica, podemos invocar o Regulamento (CEE) n.º 1696/87 da Comissão, de 10 de Junho de 1987, que estabelece certas normas de execução do Regulamento (CEE) n.º 3526/86 do Conselho, relativo à protecção das florestas na Comunidade contra a poluição atmosférica (inventário, rede, balanços), que instituiu uma rede de inventário de malha uniforme (de 16 x 16 km) e métodos comuns para a elaboração do mesmo no que se refere aos danos causados às florestas ⁴¹; o Regulamento (CEE) n.º 1615/89, do Conselho, de 29 de Maio de 1989, que instaura um sistema europeu de informação e de comunicação florestais (EFICS) ⁴²; o Regulamento (CE) n.º 804/94 da Comissão, de 11 de Abril de 1994, que estabelece certas normas de execução do Regulamento (CEE) n.º 2158/92 do Conselho no que respeita aos sistemas de informação sobre os incêndios florestais, que, por seu turno, operacionalizou o sistema de informação sobre os incêndios florestais previsto no diploma que regulamenta, através da harmonização dos dados e de uma “base mínima comum de informações sobre os incêndios florestais, por forma a recolher informações da mesma natureza e torná-las comparáveis e acessíveis, elaborando e divulgando cartas de zonas de riscos, que se podem limitar a identificar zonas de risco médio e elevado da ocorrência de incêndios ⁴³; e o Regulamento (CE) n.º 1091/94 da Comissão, de 29 de Abril de 1994, que estabelece certas normas de execução do Regulamento (CEE) n.º 3528/86 do Conselho relativo à protecção das florestas da Comunidade contra a poluição atmosférica, no âmbito do qual se previu a instalação, pelos Estados-membros e com base em regras comuns, de uma rede de parcelas de observação permanente, em que é feita uma vigilância intensiva e contínua dos ecossistemas florestais ⁴⁴.

3.3. Nível interno

A um nível interno, as actividades de exploração, conversão, reconversão e expansão da floresta são consideradas de interesse público, sem prejuízo do regime jurídico de propriedade concretamente existente, incumbindo às entidades públicas (maxime ao Estado) o poder-dever de regulamentar a utilização deste recurso, ainda que contando com e estimulando a participação das entidades privadas interessadas (artigo 2.º, n.ºs 2 e 3, da Lei de Bases da Política Florestal, aprovada pela Lei n.º 33/96, de 17 de Agosto). No que se refere ao quadro jurídico aplicável, as disposições mobilizáveis em matéria de protecção florestal são praticamente inabarcáveis, encontrando-se disseminadas em diplomas legais e regulamentares de várias épocas, com objectos e objectivos de intervenção diferenciados.

Esta dispersão em termos temporais e materiais determina que as soluções neles previstas nem sempre sejam coerentes, podendo, inclusivamente, prejudicar as finalidades que se assinalam a uma política florestal adequada à promoção de uma gestão sustentável das florestas ⁴⁵.

De tal modo assim é que, na Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2003, de 30 de Abril, que anexa um Programa de Acção para o Sector Florestal, se determina a harmonização, racionalização e codificação da totalidade da legislação existente, passados mais de 100 anos sobre o estabelecimento do regime florestal, uma vez que a “sensação dominante no sector é de grande frustração, pelas lacunas, dificuldades e insuficiências que continuam a caracterizá-lo”.

Pretendemos, assim, apurar se, após um período de marcada inércia na concretização jurídica e operacionalização prática das normas orientadoras previstas sucessivamente em planos e programas de desenvolvimento florestal e no rescaldo de uma situação de

alarme e calamidade social e ambiental nacional, se encetou definitivamente no caminho da “sustentação” do sector florestal ou se esta continua a ser uma “linha de rumo” incerta. Para tanto, centrar-nos-emos no complexo jurídico existente sobre florestas em Portugal, adoptando uma divisão de cariz meramente expositiva que não se liga, em primeira linha, à natureza dos instrumentos jurídicos mobilizáveis nesta sede, uma vez que eles são múltiplos e relevam de diferentes ramos de direito, mas aos principais efeitos para que a concretização das normas previstas nesses diplomas tendem.

3.3.1. Planos e Programas de Orientação e de Enquadramento

A elaboração de documentos de enquadramento e orientação neste domínio, enquanto definidores de estratégias e de coordenação de intervenções ao nível ministerial surgiu, sobretudo, por influência comunitária, tendo sido adoptado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 27/99, de 8 de Abril, o Plano de Desenvolvimento Sustentável da Floresta Portuguesa, e, pouco mais tarde, com relevo parcelar nesta matéria, o Programa Nacional de Combate à Desertificação (PANCD) (Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/99, de 9 de Julho) e a Estratégia para as Alterações Climáticas (Resolução do Conselho de Ministros n.º 59/2001, de 30 de Maio).

Mais recentemente, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2003, de 30 de Abril, aprova um Programa de Acção para o Sector Florestal ⁴⁶, que assume como principal objectivo a correcção dos defeitos dos instrumentos de enquadramento e apoio vigentes e que resultam de uma legislação vasta, dispersa, de difícil interpretação, desarticulada e antiquada, na mira de uma substancial melhoria da gestão sustentável da floresta portuguesa.

Determina-se, assim, ainda que tal seja colocado na dependência da aprovação posterior de diplomas jurídicos vinculativos, a harmonização, racionalização e codificação da totalidade da legislação existente; a gestão mais rigorosa das matas públicas e baldios; a simplificação e implementação dos Planos Regionais de Ordenamento Florestal; a compatibilização dos vários instrumentos de ordenamento do território; a desburocratização da análise dos fundos comunitários, nomeadamente através da pré-análise dos projectos florestais por entidades para tal reconhecidas; a alteração da legislação relativa à floresta das terras agrícolas; a revisão do quadro jurídico e fiscal aplicável às florestas; o alargamento dos apoios às organizações de produtores florestais de modo a incentivar e apoiar o interprofissionalismo; a organização de cursos de especialização no domínio da formação profissional de modo a promover a valorização profissional; a promoção da investigação científica no sector; a prevenção da ocorrência de fogos florestais através de medidas de responsabilização das partes interessadas, prática da silvicultura preventiva, intensificação do programa de sapadores florestais e revisão da legislação relativa a incêndios florestais; e a atribuição à Comissão Interministerial para os Assuntos da Floresta o carácter de efectiva estrutura coordenada de decisão, através da autovinculação das entidades nela representadas.

Por último, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de Novembro de 2003, veio, por pressão das circunstâncias, reafirmar a necessidade de “respeito” do disposto na Lei de Bases e antecipar algumas das medidas de intervenção previstas no Programa de Acção para o Sector Florestal referido.

3.3.2. Quadro institucional

Em matéria institucional, um marco indelével resulta da Lei de Bases da Política Florestal. Porém, já em data anterior à sua aprovação, diplomas houve que pretenderam responder aos desafios ligados às florestas, mormente os que decorrem da especial fragilidade da floresta nacional no que toca à ocorrência de incêndios. Assim, o Decreto Regulamentar n.º 55/81, de 18 de Dezembro, previu a criação de Comissões Especializadas de Fogos

Florestais, que funcionariam no âmbito institucional dos órgãos regionais e municipais de protecção civil, tendo a Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/87, de 23 de Abril, criado, junto do Serviço Nacional de Protecção Civil, a Comissão Nacional Especializada de Fogos Florestais. Esta tem como principal missão a prevenção de incêndios florestais, tendo sido configurada essencialmente como um organismo logístico de coordenação, visando “assegurar a ligação entre as entidades com atribuições no domínio dos incêndios florestais” [artigo 4.º, alínea c)].

Contudo, a Lei de Bases vai mais longe ao prever a existência de uma autoridade florestal nacional, que colabora na definição da política florestal e é responsável por este sector. Esta entidade é, nos termos do Decreto-Lei n.º 256/97, de 27 de Setembro, a Direcção-Geral de Florestas. Integrada tradicionalmente no âmbito institucional do Ministério responsável pela área da agricultura, foi já objecto de acesa discussão se seria esta a sede mais adequada desta política ou se, ao invés, em função da sua plurifuncionalidade, não deveria a mesma ser integrada no âmbito institucional do Ministério que tutela as questões ambientais. Contudo, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 20/2004, de 22 de Janeiro, que altera a orgânica do XV Governo Constitucional, reafirmou-se, em termos legislativos, ser aquele o âmbito material mais pertinente, ainda que com a autonomização de uma Secretaria de Estado das Florestas. Isto com a ressalva, sempre aceite e legislativamente plasmada, de que as zonas florestais incluídas nomeadamente em Reserva Ecológica Nacional ou classificadas como áreas protegidas, por responderem a objectivos primacialmente de ordem ambiental, estão incluídas no âmbito institucional do Ministério que tutela o ambiente.

A Lei de Bases determinou, ainda, no artigo 13.º, a constituição de uma Comissão Interministerial para os Assuntos da Floresta, de forma a promover a coordenação ao mais alto nível de políticas sectoriais com relevo neste domínio (cfr. o Decreto-Lei n.º 276/97, de 8 de Outubro, que define a sua composição, competências e funcionamento), e nos artigos 14.º e 15.º, a criação de um Conselho Consultivo Florestal, de composição plural, com competências consultivas e de promoção de iniciativas legislativas e regulamentares nesta matéria.

Especial relevo é ainda deferido às instituições de investigação florestal e às organizações de produtores florestais (artigos 16.º e 17.º), sobretudo quando se reconhece ser o associativismo uma peça indispensável na gestão sustentável das florestas ⁴⁷.

Respondendo ao desafio lançado pela Lei de Bases e visando a concretização da política de promoção de uma “silvicultura preventiva” em termos operacionais, o Decreto-Lei n.º 179/99, de 21 de Maio, estabelece, para o território do Continente, as regras e os procedimentos a observar na criação e reconhecimento de equipas de sapadores florestais e regulamenta apoios à sua actividade. Este regime, ainda que seja sujeito a algumas críticas, nomeadamente por não ter criado a carteira profissional respectiva, na óptica da valorização das profissões no sector, contrasta, por seu turno, em termos de actualidade, com o Regulamento do Serviço da Polícia Florestal, datado já de 1954 (Decreto-Lei n.º 39 931, de 24 de Novembro de 1954).

O Decreto-Lei n.º 128/88, de 20 de Abril (do qual se encontram revogados os artigos 1.º a 4.º, na parte em que determinavam a constituição de uma “Comissão Coordenadora Interministerial para o Subsector Florestal”) prevê, por seu lado, a criação de uma Comissão para a Análise da Florestação (CAF) ⁴⁸, com competências de controlo e acompanhamento da actuação das entidades responsáveis nesta matéria e à qual é cometido, designadamente, o encargo de conhecer dos recursos dos actos administrativos nos casos em que a lei especialmente o determine (como sucede no âmbito do Decreto-Lei n.º 139/88, de 22 de Abril).

Esta orgânica dispersa, actualmente vigente, encontra-se em vias de ser substituída por outra, de acordo com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de No-

vembro de 2003, que, contudo, não se prevê que venha a trazer benefícios em termos de simplificação organizacional.

Isto porque, a um nível organizatório, esta Resolução prevê a substituição da Direcção-Geral de Florestas pela Direcção-Geral dos Recursos Florestais, que integrará três circunscrições florestais (Norte, Centro e Sul) e vários núcleos florestais, a criação de uma Agência para a Prevenção dos Fogos Florestais, de Comissões Municipais da Defesa da Floresta contra Incêndios, do Conselho Nacional de Reflorestação e de Comissões Regionais de Reflorestação, devendo esta reestruturação estar concluída até 31 de Janeiro de 2004. Assim, mantém a dispersão de centros de imputação funcional, a complexidade institucional e, antevemos, a descoordenação material de actuações que tem caracterizado esta matéria.

3.3. Medidas de ordenamento florestal com incidência territorial

3.3.1. Instrumentos de planeamento

Um ensaio longínquo de uma medida de ordenamento territorial, mas que ainda hoje se mantém em vigor, refere-se ao regime florestal, aprovado pelo Decreto com força de Lei de 24 de Dezembro de 1901. Este compreende o conjunto de disposições “destinadas a assegurar não só a criação, exploração e conservação da riqueza silvícola, sob o ponto de vista da economia nacional, mas também o revestimento florestal dos terrenos cuja arborização seja de utilidade pública, e conveniente ou necessária para o bom regime das águas e defesa das várzeas, para a valorização das planícies áridas e benefício do clima, ou para a fixação e conservação do solo, nas montanhas, e das areias, no litoral marítimo” (artigo 25.^o). Divide-se, por seu turno, em regime florestal total, que inclui os bens pertencentes ao Estado e regime florestal parcial aplicável às matas e terrenos das corporações agrícolas e, se tal fosse requerido ao Governo, os terrenos a coutar, arborizar ou em vias de arborização e as matas de um ou mais particulares, que se podem constituir em grémio ou associação para o efeito. Este último, de acordo com o Decreto de 11 de Julho de 1905, que fixa as instruções sobre o regime florestal nos terrenos e matas dos particulares, subdivide-se em obrigatório, caso a arborização num determinado polígono tenha sido declarada de utilidade pública ou pertençam a corporações administrativas, facultativo se os proprietários requeiram seguir determinado plano de arborização aprovado e as obrigações previstas no diploma e de simples polícia florestal quando os proprietários apenas se comprometam a seguir as obrigações decorrentes das instruções aprovadas por este diploma.

Também a lei do povoamento florestal (Lei n.^o 1:971 de 15 de Junho de 1938) determina a submissão dos baldios, reconhecidos pelo Ministério da Agricultura como mais aptos para a cultura florestal ao regime florestal, devendo a sua arborização ser feita de acordo com planos gerais (e com planos complementares quando justificado a sul do Tejo e ilhas adjacentes) e com projectos definitivos ⁴⁹. Sujeitos igualmente ao regime florestal por utilidade pública ficaram, por intermédio da Lei n.^o 2069, de 24 de Abril de 1954, os terrenos cuja arborização e respectivo revestimento silvícola fosse indispensável para garantir a fixação e a conservação do solo, devendo ser aprovados planos de arborização, com o conteúdo típico previsto no artigo 5.^o

Ora, para além de algumas críticas que podem ser apontadas, em geral, a este regime florestal, por assumir uma concepção de ordenamento assente exclusivamente no “interesse dos proprietários”, por ser facultativo em algumas hipóteses do regime florestal parcial e ter tido como efeito a aplicação de terrenos com especial aptidão para outras actividades, nomeadamente a agrícola, a explorações florestais não adequadas às condições do solo, não atendendo, assim, aos imperativos de uma “moderna” gestão sustentável das florestas, a delimitação de áreas sujeitas a este regime tem sido sujeita a um sério revés,

ao multiplicarem-se decretos que excluem ou desafectam parcelas de terreno do mesmo, sobretudo para fins urbanísticos, o que nos leva a defender uma sua necessária revisão. Essencial neste domínio, para além da determinação genérica constante na Lei de Bases do Ambiente da necessidade de medidas de ordenamento que visem a defesa e valorização dos património silvícola do país (artigo 15.º, n.º 4), continua a ser a Lei de Bases da Política Florestal, que pretende contribuir para o encontrar de um equilíbrio entre a satisfação das necessidades da comunidade e as exigências de um correcto ordenamento do território (artigo 1.º).

Define, ainda, que as actividades de exploração, conservação, reconversão e expansão da floresta são de interesse público em virtude das múltiplas funções que desempenham, ainda que sejam de propriedade e/ou de gestão privada, devendo ser regidas, nomeadamente, pelos princípios do desenvolvimento sustentável, da coordenação e integração de actores e políticas sectoriais, da responsabilização social e da cooperação internacional (artigos 2.º e 3.º).

Como instrumento privilegiado de ordenamento e gestão florestal, esta Lei de Bases prevê a elaboração de planos de ordenamento florestal, que se devem articular com os planos regionais e locais (rectius municipais e intermunicipais) de ordenamento do território, previstos, actualmente, no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro.

Ora, também o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 327/90, de 22 de Outubro, prevê que os planos municipais de ordenamento do território devem obrigatoriamente identificar as áreas de povoamento florestal, classificando-as, devendo ainda estabelecer medidas de prevenção contra incêndios em áreas florestais.

Por seu lado, o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, para além de considerar, na sua parte inicial, as áreas florestais como um interesse público com expressão territorial, que tem de ser ponderado nos procedimentos atinentes aos vários instrumentos de gestão territorial, determina que os planos regionais de ordenamento do território e os planos intermunicipais devem identificar os espaços florestais relevantes para as estratégias territoriais respectivas [artigo 54.º, n.º 2, alínea d), e artigo 63.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro]. Do mesmo modo, os planos municipais de ordenamento do território devem classificar como solo rural, designadamente, aquele para o qual é reconhecida vocação para actividades florestais [artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro]. Assim, são os Planos Directores Municipais que, ao definirem um modelo de organização municipal do território, estabelecem os “sistemas de protecção dos valores e recursos naturais, culturais, agrícolas e florestais, identificando a estrutura ecológica municipal” [artigo 85.º, alínea c)], e operacionalizam, tornando juridicamente vinculativo o disposto nos planos de ordenamento florestal. Os Planos mais concretos – Plano de Urbanização e, em maior medida, os Planos de Pormenor, nomeadamente os projectos de intervenção em espaço rural – e mesmo os actos concretos de gestão urbanística, por seu turno, também estão sujeitos à obrigação de ponderação dos interesses aliados à manutenção e ampliação de áreas florestais ou de áreas verdes com componentes arbóreas, sobretudo quando se trate de espécies protegidas, podendo, inclusivamente, respeitado o princípio da proporcionalidade e as opções de enquadramento destes instrumentos, desenvolver as suas opções em torno da protecção dessas mesmas zonas ⁵⁰. Também os planos especiais de ordenamento do território e os regimes jurídicos legais, como acontece com as reservas ecológica e agrícola nacionais, o regime aplicável a sítios e áreas protegidas e zonas de protecção especial, desempenham (ou devem desempenhar) um papel de relevo na promoção de uma política florestal sustentável ⁵¹. Os planos de ordenamento florestal a que nos vimos referindo dividem-se em Planos Regionais de Ordenamento Florestal (PROF), que inscrevem o conteúdo típico previsto no artigo 5.º da Lei de Bases da Política Florestal, Planos de Gestão Florestal, adoptados nos



termos dos artigos 6.^o e 7.^o da mesma Lei — sujeitos, respectivamente, aos processos de elaboração, aprovação, execução e alteração previstos nos Decretos-Leis n.^o 204/99, de 9 de Junho ⁵², e 205/99, de 9 de Junho — e Planos Municipais de Intervenção na Floresta (PMIF), regulados pelo Decreto-Lei n.^o 423/93, de 31 de Dezembro.

Quanto à qualificação jurídica destes planos, não temos dúvidas, com Alves Correia, em considerar os Planos Regionais de Ordenamento Florestal como planos sectoriais, uma vez que definem, de acordo com o seu conteúdo material típico, cenários e estratégias de desenvolvimento das potencialidades florestais regionais e são elaborados por órgãos, ainda que desconcentrados, da Administração central ⁵³.

Por seu lado, os Planos de Gestão Florestal destinam-se a ser elaborados nas matas públicas e comunitárias e nas matas privadas desde que tenham uma dimensão superior à prevista no PROF respectivo, devendo ser objecto de aprovação pela autoridade florestal nacional. Contudo, são, a nosso ver, já não planos sectoriais, mas verdadeiros instrumentos jurídicos *sui generis* ou “actos-plano”, sendo, em algumas hipóteses, de iniciativa e elaboração privadas e em que se integra uma componente muito importante de execução das suas disposições. Assemelham-se, em certa medida, ao conteúdo material dos projectos de intervenção em espaço rural, embora em termos procedimentais, nomeadamente quanto à detenção do poder de iniciativa e de aprovação, e formais deles se distanciem. Parece-nos, contudo, um pouco à revelia do disposto no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, que estes “Planos” devem revestir eficácia directa e imediata perante os particulares que normalmente são também os seus promotores. Só esta conclusão se retira do disposto no artigo 6.^o, n.^o 4, da Lei de Bases, que determina serem estes planos obrigatórios para os seus destinatários, podendo, inclusivamente, a autoridade competente sub-rogar-se a estes. O facto de este não ser um instrumento previsto tipicamente no Decreto-Lei n.^o 380/99, de 22 de Dezembro, não pode, a nosso ver, constituir um obstáculo intransponível a esta asserção, sob pena de contrariarmos o texto e o espírito de uma legislação especial em benefício de um diploma de cariz genérico que, embora tenha uma vocação omnicompreensiva, não clarificou nem incluiu todas as situações merecedoras de um tratamento jurídico particular ⁵⁴.

Por último, os Planos Municipais de Intervenção na Floresta deparam-se também com a ausência de um quadro de intervenção adequado no âmbito do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial. De novo, não estão incluídos no elenco limitado dos planos directa e imediatamente vinculativos dos particulares, nem parecem caber na definição competencialmente limitada dos planos sectoriais, uma vez que estes devem provir da Administração Central. Todavia, em face dos seus objectivos — estes planos “visam assegurar medidas de protecção das florestas contra incêndios” (artigo 1.^o) — do seu conteúdo material — estes planos devem incluir, nos termos do artigo 2.^o, um estudo prévio, estudos de caracterização, descrição dos quadros de acção e indicação das medidas existentes e das necessárias, o que aliado ao facto de deverem conter apenas “elementos indicativos das áreas susceptíveis de arborização e rearborização” nos leva a concluir, com o preâmbulo deste diploma, que apenas revestem “carácter estruturante” estando desprovidos de qualquer eficácia directamente vinculativa dos particulares — e do seu regime procedimental e de repartição de competências — estes planos, ainda que sejam elaborados pela câmara ou câmaras municipais interessadas, com a colaboração activa dos proprietários florestais, são acompanhados e sujeitos a pareceres por parte de entes integrados na Administração central e são, *in fine*, aprovados por portaria conjunta ministerial — temos de considerar que se trata, efectivamente, de planos sectoriais, ainda que sujeitos, também eles, a um procedimento desenhado em termos distintos do disposto no Decreto-Lei n.^o 380/99, de 22 de Setembro.

3.3.2. Ordenamento de áreas percorridas por incêndios

Apesar de os planos supra mencionados terem como fundamento uma política de prevenção da ocorrência de riscos, nomeadamente pela previsão de áreas críticas de ocorrência de incêndios, a frequência e agressividade com que eles assolam o território nacional – e que implicam que Portugal seja considerado uma zona de alto risco em termos da sua incidência –, determinaram a previsão de medidas de ordenamento posteriores à ocorrência de incêndios florestais. Estas medidas visam a “reabilitação” das zonas degradadas, de forma a “garantir uma racional recuperação dos recursos, através de beneficiação agrícola e florestal de uso múltiplo, fomento e posição dos recursos cinegéticos” (artigo 15.º, n.º 3, da Lei de Bases do Ambiente).

Aliás, esta preferência por medidas que, após a ocorrência de um dano, privilegiem a reposição do estado de equilíbrio ecológico anterior e não, em primeira linha, o deferimento de uma compensação pecuniária, vai ao encontro das exigências de uma política ambiental assente nos vectores da precaução, prevenção e recuperação. Todavia, como refere Branca Martins da Cruz, as exigências de reconstituição da floresta destruída não se bastam com “o simples replantio das árvores abatidas”, uma vez que se deve tomar em consideração a reabilitação de todo o ecossistema dependente da floresta e ecossistemas envolventes⁵⁵. Ora, um exercício deste tipo, que apreenda o carácter multifuncional do bem jurídico florestal implica a elaboração de adequados instrumentos de ordenamento florestal, que tenham em consideração os resultados da realização de avaliações prévias de impacte ambiental⁵⁶. A resposta legislativa a esta questão tem sido dada por intermédio do Decreto-Lei n.º 139/88, de 22 de Abril, que impõe a obrigatoriedade de rearboreção dos terrenos percorridos por incêndios ao seu proprietário ou arrendatário, mediante comunicação ou autorização prévia, consoante esta operação seja feita com ou sem alteração do tipo e composição do povoamento preexistente, “excepto quando esta não constituir a forma de utilização mais adequada dos terrenos em causa ou quando tal não lhe seja exigível, nomeadamente face à situação económica em que se encontre” (artigo 1.º).

Também o Decreto-Lei n.º 327/90, de 22 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 34/99, de 5 de Fevereiro, prevendo embora a impossibilidade de realização de acções urbanísticas e outras em terrenos com povoamentos florestais não incluídos em espaços classificados em planos municipais de ordenamento do território como “urbanos, urbanizáveis ou industriais” ou em terrenos não abrangidos por planos municipais de ordenamento eficazes⁵⁷, pelo prazo de 10 anos, permite derrogações a esta regra, caso não haja, comprovadamente, relação entre a causa do incêndio e os interessados ou transmitentes.

No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 639/99 (DR, II Série, de 23 de Março de 2000), foi já decidido que as normas cautelares (que não de cariz sancionatório) previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º deste diploma não enfermam de inconstitucionalidade, na medida em que não violam o conjunto de parâmetros de constitucionalidade invocados — o princípio da proporcionalidade, os princípios da igualdade, justiça da imparcialidade e da boa-fé e o princípio da confiança, inerente à ideia de Estado de Direito. Se concordamos com as conclusões deste acórdão, na medida em que, para além de a proibição não ser absoluta quer em termos temporais quer em termos materiais, pela possibilidade de haver lugar a dispensa, ela responde a imperativos de interesse público de tal ordem relevantes que podem justificar uma intervenção mais ingerente, ainda que adequada, necessária e proporcional, da esfera de liberdade e propriedade dos cidadãos, já não concordamos com outros aspectos do regime legal que não foram suscitados no acórdão. Por um lado, duvidamos da legitimidade de o despacho conjunto previsto no artigo 1.º, n.º 4, ser emanado com base num “documento emitido pela Direcção-Geral das Florestas comprovativo de que o incêndio se ficou a dever a causas a que os interessados ou transmitentes, quando haja alteração do titular de direitos sobre o imóvel após o incêndio, são alheios”, uma vez que



a imputação das responsabilidades pela ocorrência dos incêndios excede, em primeira (no caso do apuramento de responsabilidades criminais) e em segunda instância (naquele e também na hipótese de responsabilidade contra-ordenacional) o seu domínio material de atribuições. Este argumento perde, contudo, parte da sua força se se considerar que este documento tem apenas o valor de um elemento instrutório que pode contribuir para a formação da vontade das entidades decisórias. Neste caso, porém, a falta ou excessiva imprecisão dos critérios que orientam a decisão de dispensa permite continuar a duvidar da sua legitimidade constitucional, já que, embora não haja uma protecção das árvores “a qualquer custo” e a existência de dispensas cumpra a exigência de proporcionalidade na afectação do direito de propriedade dos interessados, é necessário que a prática desse acto administrativo de segundo grau não seja automática, mas resulte da ponderação de todas as circunstâncias relevantes no caso, impondo, nomeadamente, condições de minoração dos impactes ambientais ao seu destinatário ⁵⁸.

Por outro lado, a imobilização prevista neste diploma tem, em muitas situações, por ausência de um adequado ordenamento florestal, conduzido a situações indesejáveis de abandono e desinteresse pela exploração silvícola, onde prolifera descontroladamente o mato de combustão fácil, potenciando a ocorrência de novos incêndios e impedindo, sequer, a regeneração florestal natural da área em questão.

Caso os incêndios se dêem em sítios e áreas protegidas, a obrigação de reflorestação com possibilidade de substituição da Administração Pública ao proprietário ou arrendatário, quando estes não disponham de meios suficientes, resulta do disposto no Decreto-Lei n.º 180/89, de 30 de Maio. Neste diploma é mais marcada a exigência de ordenamento florestal, uma vez que, para além de a reflorestação dever ser efectuada de acordo com os respectivos planos e zonamentos, se existentes, e planos regionais de ordenamento do território e planos directores municipais, deve sempre ser submetida a aprovação do Instituto da Conservação da Natureza (ICN) um projecto de reflorestação que contenha os elementos definidos no artigo 3.º

Todos estes dispositivos legais, se emanados com uma intenção meritória de protecção deste recurso contra o mais avassalador factor de debilidade que o afecta no nosso país, revelam-se excessivamente indeterminados, uma vez que inscrevem um conjunto amplo de cláusulas de dispensa das obrigações de reflorestação, que são concedidas mediante a apreciação de situações como a de falta de meios económicos, sem que elas mereçam qualquer concretização legal ou regulamentar que reduza a discricionariedade que as entidades competentes gozam neste domínio. Também o previsto no Decreto-Lei n.º 139/88, de 22 de Abril, nos merece as mais profundas críticas, uma vez que a determinação da “utilização mais adequada dos terrenos em causa” qualificável como uma verdadeira causa de exclusão da obrigação de rearborização, deveria ser objecto de medidas de ordenamento e de planeamento integradas e não de uma apreciação casuística, necessariamente redutora das implicações múltiplas do bem jurídico florestal.

Para colmatar este “impreciso” quadro jurídico, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de Novembro de 2003, prevê a criação de zonas de intervenção florestal (ZIF) prioritariamente aplicadas em zonas percorridas pelo fogo e submetidas a um plano de intervenção que revestirá carácter vinculativo. Esperamos ansiosamente a concretização legal e regulamentar deste instrumento que, esperamos, configure um marco positivo de viragem neste domínio.

3.4. Medidas de prevenção (informação, inventariação, classificação, avaliação, etc.)

A aposta, inúmeras vezes repetida, para a protecção das florestas deve continuar a ser feita na promoção de campanhas de informação e de sensibilização de todos na prevenção da

ocorrência de danos. A formação de uma “consciência ecológica” que considere a floresta como um bem jurídico de valor inestimável e incalculável é o passo primeiro de qualquer política florestal que se queira de sucesso, pois a criação de meios jurídicos de prevenção e de reacção — como acontece, exemplarmente, pela consideração do bem ambiental, no qual as florestas se incluem, como um “interesse difuso” constitucionalmente consagrado, com as consequências legais co-implicadas —, ainda que desempenhem um marcado efeito pedagógico, funcionam limitadamente se não houver quem, consciente do valor desse bem, faça uso dos mecanismos legais que se encontram ao seu dispor⁵⁹.

Ainda assim, há que referir as medidas de cariz preventivo mais importantes existentes no nosso ordenamento jurídico, sendo que parte delas, nomeadamente o inventário de recursos, o sistema nacional de vigilância e controlo da qualidade do ambiente e o sistema nacional de prevenção de incêndios florestais são expressamente considerados instrumentos da política do ambiente [artigo 27.º, n.º 1, alíneas l) a n), da Lei de Bases do Ambiente].

Enquadrado neste âmbito surge, desde logo, o Decreto-Lei n.º 327/80, de 26 de Agosto, com a redacção introduzida pela Lei n.º 10/81, de 10 de Julho, que estabelece um conjunto de medidas tendentes à prevenção e detecção de incêndios florestais, nomeadamente através da elaboração de planos para a detecção e redução das suas causas, prioritariamente em zonas a definir como críticas. Nesta senda, o Decreto Regulamentar n.º 55/81, de 18 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto Regulamentar n.º 36/88, de 4 de Outubro, que regulamenta a defesa do património florestal, procede à zonagem do continente segundo o grau de risco de incêndio, classificando-o de acordo com uma graduação que vai de pouco sensível a extremamente sensível, bem como elenca um conjunto amplo de medidas preventivas de carácter policial (artigo 9.º).

Medidas deste tipo encontram-se igualmente previstas no Decreto-Lei n.º 334/90, de 29 de Outubro, podendo ser de proibição ou non facere (nomeadamente fazer queimadas, lançar foguetes, fazer fogo de qualquer espécie incluindo fumar, se estiverem reunidas determinadas circunstâncias, como decorre do artigo 2.º, n.º 1, deste diploma) e de obrigação ou de facere (designadamente a limpeza de mato e a existência de mecanismos de protecção contra incêndios em instalações industriais, de acordo com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo)⁶⁰.

Estas regras, se podem parecer comezinhos, têm marcado relevo no quadro global da protecção da floresta, uma vez que associam, como colaboradores activos de uma política florestal de prevenção, não apenas as entidades públicas, mas todos os particulares que se encontrem ou se coloquem em situações que possam ameaçar este bem jurídico.

Por seu lado, o Decreto-Lei n.º 459/88, de 14 de Dezembro, aplica a Portugal o regulamento comunitário relativo à protecção das florestas contra os incêndios, concretizando, desde logo do ponto de vista institucional, as responsabilidades na execução das medidas de prevenção e protecção da floresta nele previstas.

Ainda, a Portaria n.º 341/90, de 7 de Maio, estabelece normas regulamentares que tendem para uma maior rapidez nas acções de prevenção, detecção e vigilância, mas também de combate dos fogos florestais, “através de uma ligação e colaboração mais perfeita entre os órgãos e serviços para tal vocacionados” (1.º) e que se cifra na instalação de uma rede nacional de postos de vigia, de brigadas móveis de fiscalização, prevenção e vigilância e de postos e centros de comando operacionais.

Mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 327/90, de 22 de Outubro, no seu artigo 2.º, determina que compete à Direcção-Geral de Florestas, com a colaboração das câmaras municipais, a elaboração do levantamento cartográfico das áreas percorridas por incêndios florestais, de modo a contribuir para evitar a repetição de situações deste tipo.

Por último, o Decreto-Lei n.º 205/2003, de 12 de Dezembro, que transpõe a Directiva 1999/105/CE do Conselho de 22 de Dezembro, relativa à comercialização de materiais florestais de

reprodução e estabelece as normas gerais aplicáveis à produção e comercialização de materiais florestais de reprodução não abrangidos por essa directiva, prevê a organização de um catálogo nacional de materiais de base e a certificação e controlo de base dos mesmos. Deste modo, o legislador português coloca-se um passo à frente do legislador comunitário, ao adoptar as medidas de controlo e de certificação, para além do que resultaria de uma transposição estrita da Directiva, o que só pode merecer o nosso apoio pois significa o “levantar da fasquia” relativamente ao nível de protecção florestal decorrente de determinações mínimas comunitárias.

3.5. Medidas de incentivo e de apoio financeiro

3.5.1. Regimes “normais” de financiamento

A previsão de mecanismos de “fomento florestal” têm sido um factor sempre presente na política florestal portuguesa, Assim, já o Decreto de 24 de Dezembro de 1901, que estabeleceu o regime florestal, previu medidas de apoio, quer através do fornecimento de sementes e plantas, quer pela isenção de contribuição predial (artigos 41.º e 44.º). Mais recentemente, a Lei de Bases da Política Florestal torna imperativa a criação de um fundo público funcionalizado à prossecução de objectivos de cariz florestal, nomeadamente à institucionalização de um sistema bonificado de crédito florestal, a criação de um sistema de seguros de custo acessível e a previsão de incentivos fiscais, nomeadamente para promoção do associativismo neste sector, para aumentar ou manter a dimensão das explorações florestais e promover o autofinanciamento do seu investimento (artigos 18.º a 20.º). Contudo, a criação de um tal património autónomo nunca chegou a ser objecto de regulamentação, deixando sem concretização estas normas legais.

Por seu turno, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de Novembro de 2003, perante a constatação da inadequação dos regimes de ajuda pública existentes, reafirma a necessidade de criação de um fundo florestal permanente e, ainda, de um quadro financeiro e fiscal adequado aos desígnios da política florestal. Consideramos, com o legislador, serem estas questões essenciais neste domínio que, em virtude da confluência dos factores de debilidade referidos, apresenta uma baixa rendibilidade e um elevado grau de risco. Contudo, entendemos que as medidas que classificámos como “normais” não o devem ser senão de forma transitória, passando, desejavelmente, a intervir de forma supletiva. A aposta a médio/longo prazo deve ser a de, mediante a criação das condições legais e operacionais necessárias, promover a atractividade e sustentabilidade económica do sector, que elimine ou diminua os factores de dependência em relação ao financiamento público.

No que se refere aos financiamentos de origem comunitária incluídos no 3.º Quadro Comunitário de Apoio (QCA III), a medida n.º 3 do Programa Operacional de Agricultura e Desenvolvimento Rural 2000-2006 (AGRO), sobre “desenvolvimento sustentável das florestas”, e a acção n.º 3 da medida AGRIS dos Programas Operacionais Regionais sobre “Gestão sustentável e estabilidade ecológica das florestas”, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 163-A/2000, de 27 de Julho, e posteriormente objecto de regulamentação, estão especialmente vocacionados para promover, a um nível interno, a “estratégia florestal” da Comunidade. Também o Plano de Desenvolvimento Rural (RURIS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 8/2001, de 22 de Janeiro ⁶¹, sobretudo na sua vertente de Regulamento de Aplicação da Intervenção Florestal de Terras Agrícolas (estabelecido pela Portaria n.º 94-A/2001, de 9 de Fevereiro), visa a promoção destes mesmos objectivos.

3.5.2. Medidas excepcionais de apoio

Formando um quadro jurídico excepcional, decorrente da situação de calamidade pública ocorrida durante o Verão de 2003 ⁶², e declarada pela Resolução do Conselho de Ministros

n.º 106-B/2003, de 11 de Agosto ⁶³, com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Resoluções do Conselho de Ministros n.º 123/2003, de 25 de Agosto, e 161/2003, de 18 de Setembro, foram atribuídos, a título de emergência, diversas prestações, sejam elas subsídios, financiamentos ou linhas de crédito extraordinária e bonificada, às pessoas e entidades afectadas pelos incêndios. Na sequência destes actos, o Despacho Normativo n.º 39/2003, de 25 de Setembro, aprovou as normas que concretizam os apoios excepcionais concedidos a título de emergência.

Também o Decreto-Lei n.º 306/2003, de 9 de Dezembro, criou uma linha de crédito bonificado tendo como finalidade a aquisição, a armazenagem e a preservação da madeira de pinho e eucalipto afectada pelos incêndios ⁶⁴. Como complemento destas medidas, a Portaria n.º 95/2004, de 23 de Janeiro, estabelece um regime especial de alienação da madeira depositada em parques de recepção de madeira ardida, competindo ao Ministério da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas, através do Secretário de Estado das Florestas, aprovar a venda do material lenhoso atingido pelos incêndios, os preços e os contratos específicos de compra e venda.

3.6. Medidas de protecção e conservação

De acordo com o disposto na Lei de Bases do Ambiente, devem ser adaptadas várias medidas de protecção e conservação das espécies florestais, consideradas em grupo ou isoladas, que, pelo seu potencial genético, porte, idade, raridade ou outra razão o exijam (artigo 15.º, n.º 5). Nos mesmos termos, o n.º 6 desse artigo impele à adopção de legislação que se debruce sobre o controlo da colheita, abate, utilização e comercialização de certas espécies vegetais e seus derivados e sobre a importação e introdução de exemplares exóticos ⁶⁵. Respondendo a algumas destas exigências e afigurando-se como medida de protecção de carácter geral, o Decreto-Lei n.º 174/88, de 17 de Maio, torna obrigatória a declaração do corte ou arranque de árvores florestais que se destinem à venda ou ao autoconsumo para transformação industrial. Neste âmbito, também o Decreto-Lei n.º 173/88, de 17 de Maio, estabelece dimensões mínimas para os cortes finais de povoamentos florestais de pinheiro bravo e de eucalipto, de forma a evitar o seu corte prematuro ⁶⁶.

Quanto à protecção fitossanitária das florestas contra organismos nocivos aos vegetais e produtos vegetais, veja-se, designadamente, o disposto na Portaria n.º 472/89, de 27 de Junho, no Decreto-Lei n.º 14/99, de 12 de Janeiro (posteriormente alterado), e na Portaria n.º 518/2001, de 24 de Maio, e, quanto à protecção das florestas contra a poluição atmosférica, o que resulta do Decreto-Lei n.º 464/88, de 15 de Dezembro.

Por seu lado, no que concerne a medidas de protecção de espécies determinadas, é mister referir o Decreto com força de Lei n.º 18 604, de 12 de julho de 1930, relativamente à amoreira, o Decreto-Lei n.º 14/77, de 6 de Janeiro, que estabelece disposições relativas ao arranque, corte ou poda de azinheiras, o Decreto-Lei n.º 120/86, de 28 de Maio, que estabelece medidas de condicionamento relativamente ao arranque de oliveiras, o Decreto-Lei n.º 172/88, de 16 de Maio, que estabelece medidas de protecção do sobro, o Decreto-Lei n.º 423/89, de 4 de Dezembro, aplicável ao azevinho espontâneo, e o Decreto-Lei n.º 169/2001, de 25 de Maio, no que se refere a povoamentos de sobreiro ou azinheira. Normalmente, estes diplomas estabelecem não uma protecção incondicional destas espécies, mas a possibilidade de derrogação de alguns aspectos dos regimes de protecção, mediante a realização de uma participação ou a obtenção de autorização emanada pela Direcção-Geral de Florestas, que pode estabelecer condicionamentos ao arranque ou o corte das árvores visadas.

3.7. Medidas proibitivas ou restritivas

Para além das medidas aplicáveis a zonas percorridas por incêndios florestais e das normas destinadas a prevenir perigos decorrentes da queda de árvores para as pessoas e para as coisas (em virtude de incêndios, condições climatéricas adversas, doenças específicas e incidência de pragas ou dimensões excessivas das espécies), diplomas há que estabelecem regimes específicos, mais restritivos, para determinadas espécies de árvores (sobretudo eucaliptos, mimosas e acácias).

Já a Lei n.º 1951, de 9 de Março de 1937, estabeleceu, sob pena de contração e de arrancamento das mesmas, a plantação de sementeiras ou acácias a menos de 20 metros de distância de terrenos cultivados e a menos de 40 metros de nascentes, terras de cultura de regadio, muros e prédios urbanos, salvo se entre umas e outros mediar um curso de água, estrada ou desnível de mais de 4 metros, normas estas que o Decreto-Lei n.º 28 039, de 14 de Setembro de 1937, veio alterar parcialmente, limitando o seu âmbito de aplicação, desenhado em termos considerados excessivos. Assim, abrangeu apenas o ailanto e a acácia mimosa, mas não os outros tipos de acácias, por não prejudicarem culturas vizinhas mais do que outro tipo de árvores e reduziu de 40 para 30 metros a distância relativamente a nascentes ⁶⁷.

Estas proibições introduzem limitações relativamente ao regime de direito civil, o que é expressamente admitido pelo artigo 1366.º, n.º 2, do Código Civil, que visa, tipicamente, a regulação das relações de vizinhança e que admite a plantação de árvores e arbustos até à linha divisória dos prédios, sendo ao dono do prédio vizinho permitido arrancar raízes e cortar ramos que deitem para o seu prédio ⁶⁸.

Ainda neste âmbito de pertinência, o Decreto-Lei n.º 175/88, de 17 de Maio, condiciona a arborização com espécies florestais de rápido crescimento, estabelecendo a Portaria n.º 528/89, de 11 de Julho, os critérios mobilizáveis nas operações de florestação e reflorestação com recurso a estas espécies e a Portaria n.º 513/89, de 6 de Julho, os concelhos onde se passam a aplicar estas medidas restritivas ⁶⁹.

3.8. Medidas reactivas

Nos termos gerais do direito administrativo e, mais especificamente, do direito do ambiente e também do ordenamento do território e do urbanismo, a violação das disposições que configure um ilícito de mera ordenação social, co- envolve a aplicação de coimas, a possibilidade de imposição de medidas acessórias e, como medida de reposição da legalidade, a obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e da reconstituição da situação anterior (artigos 47.º e 48.º da Lei de Bases do Ambiente).

No domínio concreto de que nos vimos ocupando, o Decreto-Lei n.º 139/88, de 22 de Abril, prevê, no seu artigo 7.º, a aplicação de contra-ordenações punidas com coima no caso de infracção dos seus ditames, podendo ainda ser aplicada a sanção acessória de privação de qualquer benefício florestal até dois anos e, ainda, a reposição, a todo o tempo, da situação anterior à infracção (podendo haver execução directa por parte da Direcção-Geral de Florestas, em caso de incumprimento do obrigado e a expensas dele, de acordo com o disposto no artigo 9.º).

Em sentido similar, também os artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 180/99, de 30 de Maio, estabelecem coimas e determinam a reposição do terreno no seu *satus quo ante*. O Decreto-Lei n.º 327/90, no que se refere a actos praticados em contrariedade com a obrigação de imobilização das zonas percorridas por incêndio pelo prazo de 10 anos, comina com nulidade os actos administrativos que contrariem este regime imperativo, prevendo, igualmente, que essa violação constitui uma contra-ordenação punível com

coima, sem prejuízo da aplicação das medidas de embargo e demolição previstas na lei (artigo 1.º, n.ºs 7 e 8).

Também a Lei n.º 19/86, de 19 de Julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 334/90, de 29 de Outubro, prevê a aplicação de sanções administrativas punidas com coima a situações elencadas no seu artigo 5.º, que correspondem ao desrespeito de boas práticas florestais de intuito marcadamente preventivo, que, contudo, em virtude das pressões do desenvolvimento industrial e urbanístico e do abandono ou desinteresse pela limpeza e cuidado com as zonas rurais, são frequentemente esquecidas. Por fim, em termos institucionais, o Decreto-Lei n.º 20/98, de 3 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 253/98, de 11 de Agosto, define os serviços competentes para a decisão de aplicação das coimas e sanções acessórias em processos de contra-ordenação em matéria de legislação florestal.

O legislador nacional entendeu, porém, que a consideração como mero ilícito administrativo das condutas que atentem contra o bem jurídico florestal — para além de alguns resquícios legislativos que apelam ainda para a figura das “contravenções — não é, de todo em todo, suficiente para assegurar uma sua adequada tutela.

Deste modo, no âmbito das sanções aplicáveis no caso de incêndios florestais, torna-se essencial mencionar a criminalização de determinadas condutas específicas operadas pela Lei n.º 19/86, de 19 de Julho, que se somam aos tipos legais de crime que, como crimes ambientais, se encontram já previstos no Código Penal ⁷⁰.

Esta Lei, integrando o acervo de direito penal extravagante, determina que “quem incendiar florestas, matas ou arvoredos que sejam propriedade de outrem ou que, sendo propriedade do agente, tenham valor patrimonial considerável ou possam, pela sua natureza e localização, comunicar o incêndio a florestas, matas ou arvoredos de outrem, será punido com prisão de três a dez anos” (artigo 1.º, n.º 1). Esta moldura penal será mais exigente caso se faça perigar ou se afectem bens jurídicos individuais, como o são a vida e a integridade física, podendo a pena ser agravada relativamente a quem incitar ou determinar outrem à prática do crime para obter uma recompensa ou vantagem ou causar prejuízo a um terceiro.

Também quem impedir o combate aos incêndios será punido com pena de prisão de três a dez anos e quem dificultar a extinção dos incêndios será punido com pena de prisão até 10 anos (artigo 4.º).

Na hipótese de qualquer destes crimes ser cometido por um indivíduo inimputável, é-lhe aplicada, nos termos e nos limites da lei, nomeadamente tendo em conta o respeito pelo princípio da proporcionalidade, a medida de segurança de internamento intermitente e coincidente com a época normal de fogos (artigo 5.º).

4. Conclusões

A exposição precedente pretendeu dar conta das grandes linhas de evolução da protecção do bem jurídico “florestas” num painel espacial alargado. O interesse por esta matéria demonstrado pelos vários “opinion makers” nacionais e internacionais e, consequentemente, o relevo crescente desta política pública têm gerado um clima de debate e discussão das melhores soluções em termos de protecção florestal.

Começa-se a tomar consciência, quanto a este recurso específico — limitado já não ao âmbito de protecção necessariamente reforçado da floresta tropical —, que uma perspectiva economicocêntrica, que se funde numa utilização meramente individual e ilimitada deste bem não pode gerar bons frutos em termos humanos e ambientais.

Assim, o aproveitamento económico que das florestas é feito deve ser compatibilizado, da melhor forma, com os usos recreativos e partilháveis que elas permitem, ao desempenharem funções sociais e ambientais assinaláveis ⁷¹.

A aposta, assim, deve ser feita, em primeira linha, nos instrumentos de ordenamento, maxime de planeamento, devidamente enquadrados ou complementados por mecanismos de concertação de interesses e contratualização com os vários sectores interessados no uso e fruição das florestas. A efectiva concretização destes instrumentos, ao cumprirem as funções plúrimas que lhes são assinaladas, designadamente a promoção de um adequado ordenamento territorial, a correcção dos problemas existentes, o aumento da produtividade dos povoamentos florestais, a melhoria do nível de vida das populações directamente envolvidas no sector florestal, e a preservação e melhoramento dos ecossistemas florestais ⁷², potenciará uma consideração global e integrada das áreas florestais e uma harmonização dos interesses díspares (agrícolas, urbanísticos, turísticos, etc.), que nelas se concentram. Complementarmente, as políticas florestais devem passar a integrar de forma realística e dinâmica os riscos de ocorrência de incêndios ou de outras situações de calamidade, desde logo colocando em prática sistemas integrados e funcionais de vigilância, detecção e reacção atempada e eficaz contra as mesmas.

Só assim se conseguirá responder cabalmente ao desafio inerente à política florestal: a conciliação das exigências *prima facie* contraditórias que são feitas à floresta, com vista à consecução de relações harmoniosas entre o tríptico economia/sociedade/ambiente, essencial ao conceito de “desenvolvimento sustentável”, definido como “a melhoria do nível de vida e do bem-estar das populações em causa, dentro dos limites da capacidade dos ecossistemas, através da preservação do património natural e da sua diversidade biológica tendo em vista as gerações presentes e futuras” ⁷³.



Dulce Margarida de Jesus Lopes

Assistente estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Gérard Buttoud, *Les Politiques Forestières*, Collection Que sais-je, PUF, Paris, 1998, pp. 4-5.

² Sobre a distinção entre florestas do norte e do sul e sobre os problemas específicos que cada qual levanta, cfr. Gérard Buttoud, *Les Politiques Forestières*, Collection Que sais-je, PUF, Paris, 1998, pp. 7-24.

³ [JO L 324 de 11.12.2003, p. 1]. Este Regulamento responde ao repto lançado pela publicação da Comissão Europeia, *Les Feux de Forêt — Dans le Sud de l’Union Européenne*, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Luxemburg, 1996, em que se coloca a questão da necessidade de harmonização das noções de fogo de floresta e de floresta, já que estas definições diferem de país para país. Assim, define, no artigo 3.º, d), incêndio florestal como o «incêndio que deflagra e se estende por florestas e outros terrenos com coberto arbóreo ou que tem início noutros terrenos e se propaga na floresta e outros terrenos arborizados. A definição de “incêndio florestal” exclui queimadas ou fogos controlados, geralmente destinados a diminuir ou eliminar o material combustível acumulado no terreno».

⁴ Veja-se o exemplo da Sociedade Parques de Sintra — Montes da Lua, S. A., que, enquanto sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, tem por objecto a gestão de todas as áreas, designadamente os parques, que lhe foram atribuídas pelo Decreto-Lei n.º 215/2000, de 2 de Setembro.

⁵ A paisagem é considerada pela nossa Lei de Bases do Ambiente (artigos 17.º a 19.º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril) como um componente ambiental humano, sendo igualmente objecto da Convenção Europeia da Paisagem, celebrada em Florença em 20 de Outubro de 2000, no âmbito do Conselho da Europa. Sobre a emergente protecção das paisagens pelo ordenamento jurídico, cfr. Raphaël Romi, *Droit et Administration de l’Environnement*, 4.ª ed., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 523-546.

⁶ O Regulamento (CE) n.º 2494/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Novembro de 2000, relativo às medidas destinadas a promover a conservação e a gestão sustentável das florestas tropicais e de outras florestas nos países em desenvolvimento [JO L 288 de 15.11.2000, p. 6], define populações da floresta como as

populações indígenas, que consideram a floresta o seu habitat ou que, vivendo nela ou nas suas proximidades, dependem dela de modo directo e importante.

⁷ Desflorestação tem sido definida “como a alteração permanente do uso de solos florestais, que são afectados a outros usos permanentes, tais como a agricultura, a pastagem, a construção de infra-estruturas rodoviárias ou de outras infra-estruturas”. Cfr. o ponto 2.1. da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 4 de Novembro de 1999, sobre “Florestas e desenvolvimento: a abordagem da CE” [COM(1999) 554 final].

⁸ Cfr. a publicação Estado das Florestas na Europa — Relatório de Síntese de 2000, Centro Federal de Investigação Florestal (BFB), ONU/CEE e CE, Genebra e Bruxelas, 2000. Este estudo concluiu que, em 1999, quase um quarto das árvores avaliadas (128 000) foram classificadas como danificadas, tendo por critério a desfoliação média das espécies. O funcionamento dos factores ambientais de stress depende das espécies florestais, da estação e da região geográfica (condições meteorológicas extremas, poluentes atmosféricos — enxofre, ozono e, em algumas circunstâncias, o azoto, alterações que ocorrem nos solos — acidificação, seca, ataques de insectos e infestação por fungos). Um indicador de relevo segundo Yves Zanatta, Eero Mikkola e Markus Engels — “Forêts et environnement”, *Statistics en bref*, Thème 5, 17/2000, pp. 4-5 — para se saber se a política comunitária das florestas se encontra na senda do desenvolvimento sustentável refere-se à ratio existente entre os abates e a manutenção ou plantação de novas espécies arbóreas, sendo que os valores inferiores a 100% demonstram a durabilidade da produção silvícola. Segundo os autores, a média comunitária situa-se (no período de referência 1990-1999) em cerca de 65%, não havendo nenhum país em que ultrapasse 90%. Todavia, este não é um indicador exclusivo, pois não é só a quantidade mas também o tipo e qualidade das espécies arbóreas que releva neste cotejo. Cfr., ainda sobre o mesmo tema, o estudo *Forest Report — Urgent Measures to Save European Forests*, Karl Partsch (publ.), 1993/1994.

⁹ Esse afinilamento dos motivos justifica-se pois as causas da desflorestação variam em termos geográficos, sobretudo em função das necessidades que o seu abate visa satisfazer. Assim, em África tem sido apontada como razão preponderante para a desflorestação a expansão da agricultura comercial e de subsistência, na América latina a desmultiplicação de projectos de realocização de populações a pecuária extensiva e os grandes projectos hidroeléctricos e no sudoeste asiático as grandes operações comerciais de exploração madeireira. Mesmo em Portugal, os problemas que afectam a floresta variam consoante a região a que nos referamos. Assim, para Armando Ferrão de Carvalho, *A Utilização dos Espaços Florestais*, Comissão de Coordenação da Região Centro, Coimbra, Estudos Sectoriais, n.º 4, 1992, pp. 11-12, os principais factores de debilidade da floresta do centro são: 1) problemas naturais: solos degradados; clima adverso, grande susceptibilidade e sensibilidade ao fogo e monoculturas florestais; 2) problemas estruturais: minifúndio, atomização da propriedade, absentismo dos proprietários, êxodo rural, baixa rentabilidade das técnicas de exploração; declínio das actividades económicas tradicionais; e 3) problemas de ordenamento e de gestão florestal, pela existência e expansão descontrolada de vastas áreas de monocultura, inexistência de apoio técnico, métodos e técnicas inadequadas de florestação e reflorestação, ausência de ordenamento florestal a nível regional e municipal e proliferação de exóticas infestantes.

¹⁰ De acordo com a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 4 de Novembro de 1999, sobre “Florestas e desenvolvimento: a abordagem da CE”, o sistema de preços da madeira em pé e das taxas de concessão praticadas nos países em desenvolvimento correspondem em termos de rendimento a 10% ou 20% do montante que poderia ser obtido em condições efectivas de mercado (p. 7).

¹¹ Esta descoordenação resulta, sobretudo, da falta de cruzamento das políticas de desenvolvimento económico e das políticas de salvaguarda ambiental. Todavia, também várias medidas de protecção ambiental, se não forem devidamente recortadas, podem produzir efeitos nefastos no bem jurídico florestal. Pense-se, tão-só, nos regimes da Reserva Ecológica Nacional e da Reserva Agrícola Nacional que determinam, em regra, a impossibilidade de alteração do coberto vegetal, mesmo para fins de desmate ou para a construção de empreendimentos que valorizem a dimensão florestal.

¹² Segundo Joaquim Calé — “Fogos Florestais”, *Ambiente 21. Sociedade e Desenvolvimento*, n.º 5, Ano 1, Agosto, 2002, p. 37 — em Portugal 85% das propriedades têm áreas inferiores a 5 hectares, 87% pertencem ao sector privado e existem mais de 450 000 pequenos proprietários, contando com 128 associações de produtores florestais (77% das quais a norte do Tejo).

¹³ Para um diagnóstico dos principais problemas que enfrenta a floresta portuguesa e propostas de solução, em termos que ainda hoje se podem considerar actuais, cfr. Comissão de Agricultura e Mar, Fogos Florestais, Defesa e Ordenamento da Floresta Portuguesa e do Espaço Rural: Seminário, Assembleia da República, Lisboa, 1993.

¹⁴ Sobre a importância desta Conferência das Nações Unidas e dos textos por ela aprovados no desenvolvimento do direito internacional do ambiente, cfr., por todos, Jean-Marc Lavieille, *Droit International de l'Environnement*, Ellipses, Paris, 1998, pp. 33-40.

¹⁵ Esta aposta na certificação a nível internacional é também evidenciada pelo Conselho de Gestão Florestal (CGF ou FSC na sua sigla em inglês), que é uma organização internacional que compreende a representação dos interesses económicos sociais e ambientais e que tem um papel relevante na certificação florestal (uma vez que autoriza os organismos de certificação e acompanha a utilização da sua própria marca de certificação). Assinalando os pontos positivos e negativos associados à certificação e referindo que apenas 0,5% das florestas do planeta se encontram actualmente certificadas, estando situadas essencialmente na Europa (em especial Suécia e Polónia) e na América do Norte, I. J. Bourke, “Certifier pour pieux gérer”, *Le Courier*, n.º 180, Avril-Mai 2000, pp. 44-45.

¹⁶ Dados recolhidos na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 3 de Novembro de 1998 sobre uma estratégia florestal para a União Europeia [COM (1998) 649]. No Parecer do Comité Económico e Social sobre “O alargamento da União Europeia e o sector florestal” (2002/C 149/13) [JO C 149, de 21 de Junho de 2002], informa-se que nos países candidatos, excluindo a Turquia, a superfície florestal (florestas e outras superfícies arborizadas) atinge 34 milhões de hectares, dos quais 88% representam superfícies florestais produtivas. Assim, a superfície de reservas florestais de produção da Comunidade passará de 95 para 126 milhões de hectares aumentando 31%, sendo o aumento da superfície arborizada de 25%. Quanto ao aumento das reservas de madeira ele será de mais 47%, pois muitos dos países candidatos são exportadores líquidos de madeiras redondas, ao contrário dos actuais Estados-membros, e como exportam em grande parte madeiras para a Comunidade a sua entrada significará uma maior auto-suficiência em madeira em bruto para a indústria. É também referido que essencialmente nos Estados bálticos e Polónia houve florestação de terras agrícolas e projectos de reforestação, logo o peso de florestas jovens é muito grande.

¹⁷ Segundo a conferência ministerial de Helsínquia de 1993 e o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 2494/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Novembro de 2000, relativo às medidas destinadas a promover a conservação e a gestão sustentável das florestas tropicais e de outras florestas nos países em desenvolvimento [JO L 288, de 15.11.2000, p. 6].

¹⁸ Cfr. o documento informativo da Comunidade, *Sustainable Forestry and the European Union – Initiatives of the European Commission*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003.

¹⁹ Esta profusão de bases jurídicas já levou à invalidação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades de Regulamentos Comunitários que visavam a defesa das florestas contra os riscos de degradação e destruição decorrentes de incêndios e de poluição atmosférica. Assim, no acórdão Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia de 25 de Fevereiro de 1999, Processos apensos C-164/97 e 165/97, Colectânea 1999-2, I-1139, este Tribunal considerou que as normas dos Regulamentos n.ºs 307/97 e 308/97 relevavam do âmbito da política ambiental da Comunidade, apenas tendo consequências indirectas acessórias no funcionamento da agricultura, não sendo, portanto, o então artigo 43.º (actual artigo 37.º) mas o artigo 130.º-S (actual artigo 175.º) a base jurídica adequada para a adopção desses actos. Contudo, como esta invalidação poderia prejudicar seriamente a realização de acções iniciadas pelos Estados-membros com apoio da Comunidade, o Tribunal, lançando mão da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 231.º do Tratado, manteve os efeitos dos regulamentos anulados até ao Conselho adoptar, dentro de prazo razoável, novos regulamentos com idêntico objecto.

²⁰ Cfr., entre outros, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões de 13 de Fevereiro de 2002, intitulada “Para uma parceria global no domínio do desenvolvimento sustentável” [Com(2002) 82 final], a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões de 16 de Abril de 2002, denominada “Para uma estratégia temática de protecção do solo” [Com(2002) 179 final] e a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma estratégia da Comunidade Europeia em matéria de diversidade biológica [COM (1998) 42 final]. Esta última insta ao estabelecimento de zonas protegidas, como sucede com a “Rede Natura 2000” e com as zonas de protecção especial e zonas especiais de conservação, determinando, com específico relevo para o domínio florestal, que as espécies e variedades plantadas devem ser bem adequadas às condições e ecossistemas locais, que se deve manter a sanidade e vitalidade do ecossistema florestal, promover a recuperação e reabilitação de espécies habitats e ecossistemas degradados, preservar os sistemas tradicionais de gestão silvopastoril, e conduzir e controlar a arborização de forma adequada. Por seu lado, a Resolução sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma estratégia da Comunidade Europeia em matéria de diversidade biológica A4-0347/98 [JO C 341 de 9.11.98, p. 41], sublinha, no seu considerando décimo terceiro, a importância da conservação das florestas primitivas que ainda subsistem na Comunidade, bem como das outras florestas naturais. Ainda, a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre “Alterações Climáticas — para uma estratégia da EU pós-Kyoto” [COM (1998) 353 final], assinala o importante papel desempenhado pela floresta no ciclo global do carbono.

²¹ [JO L 242 de 10.9.2002, p. 1].

²² Cfr., respectivamente, a Decisão do Conselho de 29 de Maio de 1989 (89/367/CEE), que institui um Comité Permanente Florestal [JO L 165 de 15.06.1989, p. 14], a Decisão 98/235/CE da Comissão de 11 de Março de 1998, relativa ao funcionamento dos comités consultivos no domínio da política agrícola comum, que cria um “Comité Consultivo Florestas e Cortiça” [JO L 88 de 24.3.1998, p. 59] e a Decisão n.º 97/837/CE da Comissão de 9 de Dezembro de 1997, que altera a Decisão n.º 83/247/CEE, que institui um Comité Consultivo da Política Comunitária para o Sector das Madeiras [JO L 346 de 17.12.1997, p. 95].

²³ [JO C 312 de 7.12.1988, p. 1]

²⁴ [JO C 256 de 9.10.89, p. 121]

²⁵ [JO C 264 de 16.10.89, p. 1]

²⁶ [JO C 91 de 28.3.94, p. 291]. Neste instrumento, o Parlamento defende uma política florestal que vise uma relação de equilíbrio entre a exploração económica da floresta e a utilização da sua função ecológica e exorta os Estados-membros a reverem as suas legislações florestais, de modo a que a diversidade biológica e genética da floresta seja garantida.

²⁷ [JO C 55 de 24.2.97, p. 23]. Aqui o Parlamento liga a “estratégia florestal” às exigências de sustentabilidade ecológica, económica e social, divisando várias medidas de protecção, de utilização e valorização e de ampliação que a Comunidade deve adoptar.

²⁸ Sobre este ponto cfr., ainda, o Parecer do Comité Económico e Social sobre uma “Estratégia florestal para a União Europeia” (2000/C 51/23) [JO C 51 de 23.2.2000, p. 97], e o Parecer do Comité das Regiões sobre a “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia florestal para a União Europeia” (2000/C 57/16) [JO C 57 de 29.2.2000, p. 96].

²⁹ Este instrumento estabelece como principais acções a levar a cabo pela Comunidade o apoio da concepção e a aplicação, numa base participativa, de um quadro político favorável ao sector florestal a nível nacional e internacional, de modo a preservar as suas funções múltiplas e conciliar exigências contraditórias; o reforço da viabilidade de intervenções no terreno no domínio da conservação e utilização da floresta e a promoção da agro-silvicultura e de outras formas sustentáveis e socialmente equitativas de uso dos solos; o aumento da eficiência do uso dos solos e de transformação dos produtos florestais, de acordo com uma abordagem global equitativa; e a contribuição para o desenvolvimento da investigação e da informação neste âmbito.

³⁰ [JO C 149 de 21.06.2002, p. 51].

³¹ Esta Comunicação debruça-se sobre a resolução do problema da exploração madeireira ilegal na Comunidade e nos grandes mercados de consumo no mundo, ligando necessariamente esta questão com a cooperação no desenvolvimento. Propõe o estabelecimento de um regime voluntário de emissão de licenças que certifiquem a legalidade da madeira exportada na Comunidade, a inclusão da legalidade da proveniência da madeira nas especificações técnicas dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos e a adopção de códigos de conduta voluntários de boas práticas por parte das entidades privadas.

³² [JO L 160 de 26.6.1999, p. 80].

³³ Regulamento (CE) n.º 1655/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Julho de 2000, relativo ao instrumento financeiro para o ambiente (LIFE) [JO L 192 de 28.7.2000, p. 10].

³⁴ [JO L 161 de 26.6.1999, p. 68].

³⁵ [JO L 232 de 29.8.2002, p. 1].

³⁶ Em termos temporais sucedeu-se um conjunto de instrumentos jurídicos de financiamento comunitário, designadamente o programa TACIS destinado aos Estados da ex-URSS e à Mongólia, em que a protecção ambiental tem um relevo horizontal e o programa FAIR (1994-1998) que tinha como principal objectivo a promoção e harmonização da pesquisa em sectores tais como o da floresta, tendo colocado em prática o conceito “cadeia floresta-madeira” de modo a otimizar a eficácia e a produtividade de toda a cadeia de “produção e de transformação” dos produtos florestais. Também a possibilidade de financiamento a condições favoráveis por parte do Banco Europeu de Investimento assume relevo como elemento de atractividade acrescida de alguns projectos. Em termos de tratamento jurisprudencial da natureza e termos de concessão dos financiamentos comunitários à arborização, cfr. o acórdão Irlanda contra Comissão das Comunidades Europeias de 16 de Outubro de 2003, Proc. C-339/00, consultado no endereço www.europa.eu.int.

³⁷ [JO L 326 de 21.11.1986, p. 2], alterado pela última vez pelo Regulamento (CE) n.º 804/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Abril de 2002 [JO L 132 de 17.5.2002, p. 1].

³⁸ [JO L 217 31.7.1992, p. 3], alterado pela última vez pelo Regulamento (CE) n.º 805/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Abril de 2002 [JO L 132 de 17.5.2002, p. 3].

³⁹ [JO L 159 de 28.06.1994, p. 1], posteriormente alterado.

⁴⁰ [JO L 327, de 21.12.1999, p. 53].

⁴¹ [JO L 161 de 22.6.87, p. 1].

⁴² [JO L 165 de 15.6.1989, p. 12], com a última redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1100/98 do Conselho [JO L 157 de 30.5.1998, p. 10]. Os resultados da aplicação deste mecanismo até 1996 encontram-se recolhidos na Publicação da Comissão Europeia, Study on European Forestry Information and Communication System. Reports on Forestry Inventory and Survey Systems, Vols. 1 e 2, Office for Official Publications of the European Communities, Belgium, 1997.

⁴³ [JO L 93 de 12.4.1994, p. 11]. Os Estados-membros, no âmbito deste sistema, devem, para cada incêndio oficialmente registado, apresentar os seguintes dados: data e hora do primeiro alerta, data e hora da primeira intervenção, data e hora da extinção do fogo, localização da eclosão, superfície queimada total, divisão da superfície queimada em território arborizado e não arborizado, causa suposta do incêndio florestal (origem desconhecida, origem natural, origem accidental ou devidos a negligência e origem intencional) e código do município.

⁴⁴ [JO L 125 de 18.05.1994, p. 1]. Este sistema de vigilância e inventariação incide sobre o estado das copas, o estado dos solos florestais e a composição química das agulhas e folhas, podendo os Estados membros obter um financiamento da União Europeia até 50% dos custos elegíveis do projecto apresentado.

⁴⁵ Referir-nos-emos, por estes motivos e pela extensão já excessiva do presente texto, apenas aos principais diplomas aplicáveis nesta matéria, não nos debruçando sobre as normas específicas aprovadas pelas Regiões Autónomas. O que não significa que algumas normas inovadoras adoptadas pelas mesmas não sejam exemplos para o Continente. Veja-se o exemplo do Regime Jurídico das Reservas Florestais na Região Autónoma dos Açores criado pelo Decreto-Legislativo Regional n.º 15/87/A, de 24 de Julho, e pelo Decreto-Legislativo Regional n.º 16/89/A, de 30 de Agosto, posteriormente alterado, que criaram e regulamentaram reservas florestais de recreio, que são áreas determinadas que, numa perspectiva de uso múltiplo, apresentam especial aptidão para a prática de recreio ao ar livre e de ocupação de tempos livres das populações, por forma a promover a qualidade de vida, actividades turísticas, aspectos paisagísticos e vantagens de ordem cultural e educacional.

⁴⁶ Resolução esta aprovada na sequência temporal e material da Resolução da Assembleia da República n.º 25/2003, de 2 de Abril de 2003, intitulada “Melhora as políticas de prevenção e combate aos fogos florestais”.

⁴⁷ Cfr. a Lei n.º 158/99, de 14 de Setembro, que estabelece as bases do interprofissionalismo florestal, complementada pela Portaria n.º 79/2002, que estabelece os níveis de representação mínima das organizações interprofissionais florestais.

⁴⁸ No Verão quente de 2003, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 106-B/2003, de 11 de Agosto, determinou, no seu artigo 3.º, a criação de uma Comissão de Urgência para a Reflorestação das Áreas Ardidas, coordenada pelo Director-Geral das Florestas, que poderia definir a sua própria organização, as condições e programas de reflorestação de áreas ardidas, incluindo todas as simplificações procedimentais, podendo os apoios públicos chegar aos 95%, no caso de áreas geridas por associações de proprietários ou aos 100% na hipótese de o serem pela administração local ou serem baldios.

⁴⁹ Estes projectos definitivos deveriam obedecer a um conteúdo normal, previsto na Base VIII, que incluiria a área a arborizar e a reservar para pastagens e outros fins, as espécies a empregar e os motivos dessa preferência em razão do solo, clima, necessidade de correcção do regime dos cursos de água, fins de ordem económica ou regalias dos povos, a construção de caminhos ou de outras obras nessa área, o orçamento discriminado dos trabalhos e obras e a indicação do que pode ser executado por administração directa e do que pode sê-lo por adjudicação. Também as Bases XVI e XVII estabelecem obrigações amplas de ponderação de interesses na sua elaboração e de coordenação sectorial, o que demonstra a actualidade do seu regime procedimental e material e, bem assim, a perda da oportunidade de conciliação dos interesses num correcto ordenamento florestal e de um correcto desenvolvimento silvícola já nessa altura.

⁵⁰ Cfr. Jörg-Michael Günther, “Rechtfragen bei der Anwendung von Baumschutzvorschriften”, *Natur und Recht*, 1998, Heft 12, p. 640, na sua apreciação de exemplos doutrinários e jurisprudenciais que estabelecem critérios de ponderação e harmonização de interesses urbanísticos e de protecção florestal.

⁵¹ Sobre as relações que intercedem entre este complexo de instrumentos jurídicos, cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 210-213. Cfr., igualmente, Alexandra Aragão, “Instituição concreta e protecção efectiva da Rede Natura 2000 — alguns problemas”, *Revista do CEDOUA*, n.º 10, 2002, pp. 13-44.

⁵² A Resolução do Conselho de Ministros n.º 118/2000, de 13 de Dezembro, alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 179/2003, de 18 de Novembro, determina que compete às Direcções Regionais da Agricultura a elaboração dos PROF que nela se encontram previstos, com conclusão no prazo de dois anos. Contudo, apesar de serem uma peça fundamental no sistema de ordenamento florestal e de sucessivos adiamentos concedidos por lei, estes ainda não foram elaborados.

⁵³ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 212, nota 27.

⁵⁴ Veja-se o exemplo paralelo do artigo 42.º, n.º 3, deste mesmo diploma legal. Apesar de se ter tentado, no seu procedimento de elaboração, proceder a uma ampliação dos objectivos de interesse nacional que justificariam a criação de regimes de protecção e salvaguarda similares, apenas são considerados planos especiais de ordenamento do território os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento da orla costeira. Há, contudo, situações previstas em legislação especial, como acontece com o Decreto-Lei n.º 131/2002, de 11 de Maio, que estabelece a forma de criação e gestão dos parques arqueológicos, que devem ser obrigatoriamente abrangidos por um plano especial de ordenamento do território, nos termos definidos no artigo 6.º do mesmo.

⁵⁵ Branca Martins da Cruz, “Princípios Jurídicos e Económicos para a Avaliação do Dano Florestal”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, n.º 2, 1998, p. 591.

⁵⁶ Entre nós, a exigência de avaliação de impacte ambiental é feita, no âmbito silvícola, para as hipóteses de florestação e reflorestação, desde que implique a substituição de espécies preexistentes, em áreas isoladas ou contínuas, com espécies de rápido crescimento (desde que iguais ou superiores a 350 hectares ou 70 hectares em áreas sensíveis, ou então, respectivamente, 140 e 30 hectares, se, em conjunto com povoamentos preexistentes das mesmas espécies, distando entre si menos de um quilómetro, der origem a uma área florestada superior a, respectivamente, 350 e 70 hectares) e desflorestação destinada à conversão para outro tipo de utilização das terras. Contudo, se estes projectos incluídos no Anexo II ao Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, estão necessariamente sujeitos a este procedimento, não se deve descurar a hipótese, prevista no artigo 1.º, n.º 3, do mesmo diploma, de sujeição ao mesmo de outros projectos que, em função das suas especiais características, dimensão e natureza tenham impactes sensíveis no ambiente. Ora, esta faculdade de sujeição ao procedimento de avaliação de impacte ambiental já foi analisada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, tendo em consideração uma hipótese atinente, nomeadamente, a primeiros repovoamentos florestais e reconversão de terras. No acórdão Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda de 21 de Setembro de 1999, Proc. C-392/96, Colectânea 1999 — 8/9 (B), I-5901, este Tribunal decidiu que a Irlanda havia transposto incorrectamente a Directiva comunitária sobre a avaliação de determinados projectos públicos e privados sobre o ambiente, pois, ainda que o artigo 4.º, n.º 2, da mesma preveja uma margem de apreciação dos Estados na aferição dos projectos atinentes às categorias enumeradas no anexo II que podem ser submetidos a uma avaliação, exige que ela integre os projectos que são susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização, o que não aconteceu in casu pois, lançando mão apenas do critério da dimensão (fixada em 70 hectares), não se ponderou a possibilidade da existência de um efeito cumulativo de projectos que pode ter como resultado prático a mesma afectação.

⁵⁷ O artigo 1.º, n.º 4, complementa esta obrigação de non facere (imobilização) ao proibir que, no prazo de dez anos a contar da ocorrência do incêndio, não possam ser revistas ou alteradas as disposições dos planos municipais de ordenamento do território no sentido de admitir a ocupação urbanística dessas áreas. Da mesma forma, o n.º 7.º do mesmo artigo comina com nulidade quaisquer actos administrativos praticados em violação desta imposição.

⁵⁸ Cfr. Jörg-Michael Günther, “Rechtfragen bei der Anwendung von Baumschutzvorschriften”, *Natur und Recht*, 1998, Heft 12, pp. 639-640.

⁵⁹ Sobre a formação de uma consciência ambiental e a sua relação com as pré-compreensões do direito do ambiente, cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, “Juridicização da Ecologia ou Ecologização do Direito”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 4, Dezembro 1995, em especial pp. 70-72.

⁶⁰ Para maiores desenvolvimentos, cfr. António Pereira da Costa, *Direito dos Solos e da Construção*, Livraria Minho, Braga, 2000, pp. 90-92.

⁶¹ Esta regulamentação global sofreu algumas modificações em virtude da aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 58/2003, de 11 de Abril. As modificações introduzidas têm como principal objectivo simplificar os procedimentos administrativos, adequar as condições de acesso aos objectivos pretendidos e incrementar os incentivos, de forma a evitar, como tem sido usual, o não esgotamento da totalidade dos montantes financeiros disponíveis para as quatro medidas cobertas por este programa (reforma antecipada, indemnizações compensatórias, medidas agro-ambientais e florestação de terras agrícolas).

⁶² A dimensão catastrófica, em termos humanos e materiais, destes incêndios pode ser aferida pela profundidade e linguagem utilizada na Resolução da Assembleia da República n.º 71/2003, de 22 de Agosto, intitulada “Pesar e solidariedade perante a calamidade nacional motivada pelos fogos florestais”.

⁶³ Esta Resolução foi antecedida de uma mais comedida – Resolução do Conselho de Ministros n.º 106-A/2003, de 9 de Agosto – mas a renitência em declarar as áreas ardidas de áreas de calamidade pública cedo foi, perante a gravidade da situação, superada.

⁶⁴ Sobre esta situação de excepcional gravidade, cfr. o Livro Branco dos Incêndios Florestais ocorridos no ano de 2003, do Ministério da Administração Interna, Outubro de 2003.

⁶⁵ Esta mesma Lei de Bases, no que se refere à protecção do componente ambiental natural “luz” estabelece normas com reflexo imediato no domínio florestal, ao proibir, em certas circunstâncias, a eliminação dos montados de sobre e azinho, ao proibir a eliminação de vegetação nas margens dos cursos de água e a eliminação da compartimentação, sebes vivas, uveiras e muros, para além da dimensão da folha de cultura considerada mínima regionalmente (artigo 9.º, n.º 5).

⁶⁶ Cfr., ainda, o Decreto-Lei n.º 139/89, de 28 de Abril, que estabelece a protecção ao relevo natural, solo arável e revestimento vegetal.

⁶⁷ Para tentar conciliar as partes, verificando se as árvores se encontram ou não na faixa e deferindo a indemnização justa, instituiu, igualmente, um júri avintor, composto por três homens bons da freguesia, que foi regulamentado no Decreto n.º 28 040, de 14 de Setembro de 1937.

⁶⁸ De acordo com a jurisprudência, o vizinho que sofrer danos decorrentes deste “espraçamento” arbóreo não tem direito a qualquer indemnização, uma vez que a lei lhe dá mecanismos para evitar a ocorrência desses danos. Também o artigo 1367.º admite a apanha de frutos que caíam no prédio vizinho, havendo, contudo, responsabilidade pelos danos decorrentes da apanha e o artigo 1368.º determina que as árvores e arbustos situados na linha divisória se presumem comuns, podendo qualquer dos consortes arrancá-los, mas tendo o outro direito a metade do valor dos mesmos ou da lenha, como lhe convier. Para uma análise da aplicação jurisprudencial destes artigos, Cfr. Esmeralda Nascimento e Márcia Trabulo, *Florestas, Árvores e Arbustos: Incentivos e Legislação*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 9 a 16.

⁶⁹ Cfr., ainda, o artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 180/99, de 30 de Maio, que estabelece a exigência de cantonamento por faixas de folhosas, mais resistentes ao fogo, nos projectos de reflorestação à base de resinosas.

⁷⁰ São eles o crime de danos contra a natureza, previsto no artigo 278.º do Código Penal, o crime de poluição, previsto no artigo 279.º, e o crime de poluição com perigo comum, previsto no artigo 280.º Sobre estes tipos legais de crime e a característica da acessoriedade do direito penal em face do direito administrativo, cfr. Cláudia Maria Cruz Santos, José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias e Maria Alexandra de Sousa Aragão, *Introdução ao Direito do Ambiente*, José Joaquim Gomes Canotilho (coord.), Universidade Aberta, Lisboa, 1998, pp. 153-169.

⁷¹ Neste sentido, Demetrio Loperena Rota, *Los Principios del Derecho Ambiental*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 165-190.

⁷² Armando Ferrão de Carvalho, *A Utilização dos Espaços Florestais*, Coimbra, Comissão de Coordenação da Região Centro, Estudos Sectoriais n.º 4, 1992, pp. 13-16.

⁷³ Artigo 2.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 2494/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Novembro de 2000, relativo às medidas destinadas a promover a conservação e a gestão sustentável das florestas tropicais e de outras florestas nos países em desenvolvimento. Sobre os modelos de durabilidade biológica, económica e ambiental, aplicados à floresta, exigindo, assim, um (re)equilíbrio permanente entre conservação e produção, Gérard Buttoud, *Les Politiques Forestières*, Collection Que sais-je, PUF, Paris, 1998, pp. 25-37.



Jurisprudência

Loteamento, acessão e usucapião: Encontros e desencontros.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20/02/2002, da 3.^a Subsecção da 1.^a Secção
(Processo n.º 047854)
Relator: Cons. Jorge de Sousa ¹

Licenciamento de obras particulares — Operação de loteamento urbano ilegal — Construção Urbana — Construção de vedação em prédio rústico — Direito de Tapagem

Sumário:

I. A divisão de um prédio rústico em várias parcelas não constitui, só por si, uma operação de loteamento, pois, só o será se um dos lotes, pelo menos, se destinar imediata ou subsequentemente a construção urbana.

II. Constatando-se que, após a divisão de um prédio rústico se vierem a efectuar obras de urbanização nos terrenos por aquele abrangidos, os actos que a concretizaram devem ser qualificados como operações de loteamento, para efeitos do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, passando o licenciamento de qualquer construção urbana na área do prédio dividido a depender de prévio licenciamento de uma operação de loteamento.

III. Esta destinação subsequente a construção urbana não tem qualquer efeito sobre a validade do acto ou actos de divisão do prédio, estando a validade dependente apenas das regras sobre fraccionamento de prédios rústicos, pelo que a eventual ilegalidade das operações de loteamento tem apenas o alcance de inviabilizar o licenciamento de construções urbanas, não afectando a possibilidade de utilização do prédio resultante do fraccionamento como rústico.

IV. A construção da vedação de um prédio rústico, correspondendo ao exercício de um direito de tapagem imanente ao direito de propriedade, não constitui uma construção urbana, nem é incompatível com a utilização dos solos por ele abrangidos para fins agrícolas.

Acordam na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

1. A... e B... interpuseram no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa recurso contencioso de anulação do despacho proferido em 20 de Janeiro de 1997 pelo Senhor Director do Departamento de Administração Urbanística da Câmara Municipal de Loures.

O Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa julgou procedente o recurso e anulou o acto recorrido. Inconformada, a autoridade recorrida interpôs o presente recurso jurisdicional para este Supremo Tribunal Administrativo, apresentando alegações com as seguintes conclusões:

1. A douta sentença recorrida não tomou na devida conta todos os antecedentes do acto recorrido, já que um conjunto de actos e comportamentos que apontam, para loteamento e construções ilegais.

2. O Processo Camarário atesta que tais actos constituem indícios e pressupostos de loteamento ilegal que a douta sentença recorrida desprezou.

3. As obras cujo pedido de licenciamento foi indeferido implicam desconformidade com instrumentos de planeamento territorial, designadamente com o P.D.M. de Loures, já que se trata de solos florestais e silvo-pastorais.

4. Tal área foi objecto (por parte dos anteriores proprietários) de uma operação de loteamento ilegal, já que foi efectuada a divisão da mesma em cinco lotes, tendo sido efectuadas obras de urbanização (um aterro de 1000 m² e abertura de um arruamento de 400 metros de extensão por 6 metros de largura), indiciando-se a destinação do referido terreno para construção urbana.

5. Foi feito um pedido de viabilidade de construção de uma moradia unifamiliar para a referida parcela dirigido à C.M. de Loures ao abrigo do ponto 5 do Reg. do P.D.M.

6. Os próprios recorridos construíram uma vedação de 60 metros de comprimento e colocaram 19 pilares de betão com cerca de 2 metros de altura, cada um, assentes numa sapata de betão, sem a devida licença camarária e que indiciam mais do que a mera vedação do terreno.

7. Esta obra foi embargada e os proprietários intimados à reposição da situação inicial.

8. Em 9/6/97 a vedação estava derrubada, mas permaneciam os pilares (embora sem estarem assentes nas sapatas).

9. Assim, a referida parcela de terreno resultou efectivamente de uma anterior operação de loteamento ilegal, não podendo apreciar-se a questão “sub judice” sem ter presente todo o processo anterior, assente em comportamentos, circunstâncias e pressupostos de loteamento ilegal.

10. Inexiste o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de direito, não se podendo imputar ao acto recorrido errada aplicação da alínea a) do n.º 1 do art. 63.º, do DL 445/91, de 20/11, ao contrário do que pretende a douta sentença recorrida.

Os recorrentes apresentaram contra-alegações, com as seguintes conclusões:

1. Todos os factos constantes das alegações da recorrente, ao contrário do que ela afirma, constavam já da contestação e foram criteriosa e doutamente sindicados na sentença em recurso, tendo-se concluído, como não pode deixar de se continuar a concluir, com os fundamentos de direito que aqui se dão por reproduzidos, que o pressuposto em que a autoridade recorrente assentou a sua decisão — o terreno faz parte de um loteamento ilegal — não se verificava nem se verifica.

2. E, na verdade, tal como na mesma sentença se julgou, o terreno para o qual foi pedido pelos ora recorridos a licença para a construção de uma vedação não resulta de qualquer ilegal operação de loteamento, mas, sim, de acto de fraccionamento de prédio rústico, com total respeito das normas que o disciplinam (Decretos-Leis n.ºs 384/88, de 25 de Outubro, e 103/90, de 22 de Março, e ainda os arts. 1376.º a 1379.º do Código Civil).

3. As obras cujo pedido de licenciamento foi indeferido não comportam qualquer desconformidade com instrumentos de planeamento territorial nem, nomeadamente, com o Plano Director Municipal de Loures, ao classificar o solo do terreno em questão como florestal e silvo-pastoril, uma vez que o referido plano não contém qualquer norma que impeça os donos de tais terrenos de procederem à sua vedação.

4. Devem, assim, ser julgadas improcedentes todas as conclusões da recorrente e deve manter-se a sentença recorrida.

O Excelentíssimo Procurador-Geral Adjunto emitiu douto parecer no sentido do não provimento do recurso, pelos fundamentos em que assenta a decisão recorrida.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

2. Na sentença recorrida deu-se como assente a seguinte matéria de facto:

1. Os Recorrentes adquiriram, através de escritura pública de compra e venda celebrada em seis de Dezembro de 1996, o prédio rústico constituído por parcela de terreno destinada a fins hortícolas, sito em Covões e Frente da Estrada, freguesia de Santo Antão do Tojal, concelho de Loures, com a área de 7095 m² — cf. doc. fls. 11 e 13 a 17 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

2. Tal prédio mostra-se descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 1509, e registado em nome dos recorrentes — cf. doc. fls. 10 a 12 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

3. Em data indeterminada, os Recorrentes procederam nesse prédio à construção de uma vedação de cerca de 60 metros de comprimento, tendo colocado 19 pilares de betão com cerca de dois metros de altura cada, assentes numa sapata de betão — cf. fls. 3 e 4 do processo camarário n.º 28.743/CG/N apenso a estes autos e acordo dos recorrentes;

4. Tal obra foi objecto de fiscalização dos competentes serviços da Câmara Municipal de Loures tendo a mesma sido embargada em 2 de Dezembro de 1996 e notificado o ora Recorrente A..., na qualidade de promitente comprador com B... para suspender os trabalhos — doc. fls. 8 do processo camarário n.º 28.743/CC/N;

5. Em 9 de Junho de 1997 os mesmo serviços constataram que a vedação se encontrava derrubada, embora permanecessem no local os pilares, os quais já não se encontravam assentes nas sapatas — cf. doc. fls. 20 do mesmo processo camarário;

6. Por requerimento dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Loures, apresentado em 12 de Dezembro de 1996, os ora Recorrentes solicitaram a emissão de licença para efectuarem a vedação desse terreno — cf. doc. fls. 7;

7. Vedação essa constituída por pilares de betão ligados entre si por arame em volta do terreno — cf. doc. fls. 7;

8. Em 13 de Janeiro de 1997, e sob a epígrafe “A... e outro — Licença para vedação da sua propriedade — Covões — Frente à Estrada — Santo Antão do Tojal” informaram os serviços da Câmara Municipal de Loures:

1.º Com o requerimento de fls. 51 é solicitado pelo requerente a execução de uma vedação num terreno localizado numa parcela inscrita na matriz sob o art. 52.º da Secção A da freguesia de Santo Antão do Tojal, cuja divisão foi efectuada ilegalmente como se poderá constatar pela informação e planta anexas e que dizem respeito ao processo n.º 25160/CC/N com o nome... e....

2.º Para o lote que se pretende a votação existem os seguintes antecedentes:

2.1. Processo n.º 26003/VE/N em nome de... e que consta de um pedido de viabilidade para a construção de uma moradia unifamiliar cujo processo foi indeferido devido à propriedade ter sido dividida de forma ilegal.

Processo n.º 28743/CC/N em nome de B... e outro que trata de execução de uma vedação sem licença municipal.

3.º Ao nível do zonamento do plano director municipal, para a parcela em causa estão previstos solos florestais e silvo-pastoris.

3.1 De acordo com o referido anteriormente julga-se de prestar parecer desfavorável devido ao facto de se tratar de um loteamento ilegal.

4.º Face ao exposto e caso seja superiormente aceite, julga-se ser de propor o indeferimento ao abrigo da alínea a) do ponto 1 do art. 63.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20-11 — cf. fls. 19 e 20.

9. Sobre esta informação recaiu a decisão, proferida em 20 de Janeiro de 1997, pelo Director do Departamento de Administração Urbanística da Câmara Municipal de Loures

“Por subdelegação do Sr. Vereador

Concordo com a proposta dos serviços” (cf. documento. fls. 20).

Com base no processo instrutor adita-se a seguinte matéria de facto:

10. A utilização da parcela de terreno que constitui o prédio referido em 1, ao nível do zonamento do Plano Director Municipal, é a de solos florestais e silvo-pastoris;

11. A referida parcela de terreno fazia parte de um prédio rústico com a área aproximada de 30.000 metros quadrados, descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 1409 (fls. 11 e arts. 22.º a 25.º da petição);

12. Tal prédio foi objecto de divisão em cinco parcelas, efectuada pelos seus anteriores proprietários (... e...) (processo n.º 20160/CC/N, da Câmara Municipal de Loures, incluído no processo instrutor);

13. Na sequência da divisão, os referidos anteriores proprietários procederam, em Setembro de 1995, a obras de urbanização, efectuando, designadamente, um aterro de 1.000 m² e abrindo um arruamento com 400 metros de extensão, por 6 metros de largura (processo n.º 20160/CC/N, da Câmara Municipal de Loures, incluído no processo instrutor);

14. Não foi licenciada pela Câmara Municipal de Loures qualquer operação de loteamento no prédio rústico referido em 11

3. Pelo acto recorrido, a autoridade recorrida indeferiu uma pretensão dos recorrentes de construir uma vedação num prédio rústico que adquiriram.

A decisão de indeferimento foi proferida invocando suporte jurídico no art. 63.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

Este diploma estabeleceu o regime de licenciamento de obras particulares, indicando o seu art. 63.º os fundamentos de indeferimento.

Na alínea a) do n.º 1 deste artigo, indica-se como fundamento de indeferimento “desconformidade com alvará de loteamento ou com instrumentos de planeamento territorial, válidos nos termos da lei”.

No caso em apreço, o suporte jurídico para a decisão da autoridade recorrida só pode consistir na desconformidade da construção com o plano director municipal, que, segundo se refere no acto recorrido, prevê, para o terreno em causa, solos florestais e silvo-pastoris.

No entanto, no ponto 3.1 da informação em que se baseou o acto recorrido refere-se que o parecer desfavorável é “devido ao facto de se tratar de um loteamento ilegal”.

Assim, conjugando esta razão do indeferimento com o suporte jurídico indicado, conclui-se que a razão do indeferimento foi a de a construção da vedação que os recorrentes pretendem construir se integrar num loteamento ilegal e que não se compagina com o Plano Director Municipal.

Coloca-se, assim, em primeiro lugar, a questão de saber se os factos levados ao probatório permitem concluir pela existência de um loteamento ilegal.

4. Nos termos do art. 3.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, são operações de loteamento “todas as acções que tenham por objecto ou por efeito a divisão em lotes, qualquer que seja a sua dimensão, de um ou vários prédios, desde que pelo menos um dos lotes se destina imediata ou subsequentemente a construção urbana”.

No caso em apreço, ocorreu uma divisão de um prédio em várias parcelas, por iniciativa dos proprietários daquele, sendo ponto sobre o qual não há controvérsia, pois os próprios recorrentes reconhecem que o prédio que adquiriram foi desanexado de outro.

Mas, como se refere na sentença recorrida, a divisão de um prédio rústico em vários não constitui, só por si, uma operação de loteamento, pois, só o será se um dos lotes, pelo menos, se destinar imediata ou subsequentemente a construção urbana.

Assim, a distinção entre operações de loteamento e outras divisões de prédios, para efeitos do Decreto-Lei n.º 448/91, faz-se, desde logo, tendo em conta a finalidade com que foi efectuada a divisão, merecendo aquela qualificação os actos de divisão que forem praticados com intenção de afectar alguma parcela de terreno a construção urbana.

No caso em apreço, não há elementos probatórios que permitam concluir que a divisão referida tenha sido efectuada com o fim imediato de construção urbana, em qualquer das parcelas de terreno autonomizadas com a divisão. Porém, para uma operação de divisão de prédio ser considerada como operação de loteamento para efeitos do Decreto-Lei n.º 448/91, não é imprescindível que haja concomitância entre ela e a intenção de construção urbana, pois a destinação de qualquer dos lotes a construção urbana pode ser subsequente, como resulta daquela norma.

No caso em apreço, ocorreram as obras de urbanização que se referiram, realizadas pelos proprietários anteriores do prédio que foi dividido, obras essas efectuadas já depois da divisão, que revelam inequivocamente a existência de uma intenção de proceder a construção urbana, pelo menos em um dos lotes. Por isso, bastando que um dos lotes seja destinado a construção urbana para a divisão ser considerada como operação de loteamento, tem de concluir-se que à divisão efectuada tem de atribuir-se tal qualificação. (Essencialmente nesse sentido, pode ver-se Fernando Alves Correia, *As grandes linhas da recente reforma do urbanismo português*, página 81, que escreve:

O destino de pelo menos um dos lotes para construção urbana pode ser imediato ou subsequente. Significa isto que não é necessário que a intenção de construir se manifeste no momento da divisão. Ela pode manifestar-se posteriormente (embora a lei não refira qualquer prazo dentro do qual a construção urbana deva ser concretizada.)

Caracterizada a divisão como operação de loteamento, o licenciamento de qualquer construção urbana na área do prédio dividido dependerá de prévio licenciamento de uma operação de loteamento. (Refere o mesmo autor, na obra e local citados:

Assim, se em data posterior à divisão em dois ou mais lotes de um terreno, alguém manifestar a pretensão de construir em pelo menos um dos lotes, deve ser-lhe recusada a licença de construção, enquanto não tiver sido deferido pela câmara municipal um pedido de licenciamento de uma operação de loteamento.)

5. Assim, conclui-se que as obras de urbanização referidas foram realizadas ilegalmente e que se está perante um loteamento ilegal, como sustenta a autoridade recorrida no acto recorrido, pelo que se justifica o indeferimento, com esse fundamento, de pedidos de construção urbana na área do prédio dividido.

No entanto, essa destinação subsequente a construção urbana não tem qualquer efeito sobre a validade do acto ou actos de divisão do prédio, pois não há norma legal que o preveja, estando a validade dependente apenas das regras sobre fraccionamento de prédios rústicos, previstas nos Decretos-Leis n.ºs 384/88, de 25 de Outubro, e 103/90, de 22 de Março, cuja aplicação é reafirmada pelo n.º 1 do art. 52.º do Decreto-Lei n.º 448/91.

Assim, a ilegalidade das operações de loteamento urbano tem apenas o alcance de inviabilizar o licenciamento de construções urbanas, não afectando a possibilidade de utilização do prédio resultante do fraccionamento como rústico.

Por isso, as parcelas autonomizadas manterão a sua autonomia como prédios rústicos.

A construção da vedação de um prédio rústico não constitui uma construção urbana, pois esta denominação é adequada apenas a edifícios e, por isso, a ilegalidade das operações de loteamento

urbano não é um obstáculo a que possam ser construídas vedações, em condições idênticas às que é legalmente admissível construir em qualquer prédio rústico que não tenha sido objecto de operação de loteamento.

Na verdade, se for válido o acto que gerou as várias parcelas desanexadas do prédio inicial, os proprietários daquelas não podem deixar de gozar de todos os direitos iminentes ao direito de propriedade, constitucionalmente garantido, em que se inclui o direito de tapagem, nos termos previstos nos arts. 1356.º a 1359.º do Código Civil.

Aliás, não se compreenderia outra solução legal, pois, sendo inviável, presumivelmente com carácter definitivo, a urbanização da parcela dos recorrentes, por incompatibilidade desta com o Plano Director Municipal, não seria razoável que a parcela de terreno, inutilizável para construção urbana, não fosse utilizável, plenamente, como prédio rústico, que aquele Plano pretende que seja.

Decerto que a construção de uma vedação do tipo da referida nos autos, num prédio resultante do fraccionamento de um prédio rústico, como obra de construção civil que é, estava sujeita a licenciamento à face do regime legal então vigente sobre a matéria (designadamente o Decreto-Lei n.º 445/91). (O licenciamento pode estar dependente da observância de regras relativas aos materiais a utilizar e dimensões das vedações, para além de condicionamentos ao exercício do direito de tapagem impostos administrativamente, no âmbito do licenciamento de obras, visando salvaguardar quer a estética do local quer a segurança das pessoas e dos terrenos vizinhos, como se refere no acórdão deste Supremo Tribunal Administrativo de 3-2-94, proferido no recurso n.º 32 381, publicado em Apêndice ao Diário da República de 20-12-96, página 797.)

Mas, não se tratando de uma construção urbana, o seu licenciamento não estava dependente da existência de um licenciamento de loteamento relativo à fracção de prédio rústico que se pretende vedar. Por outro lado, a construção de uma vedação num prédio rústico não obsta à utilização dos solos que o integram para os fins florestais ou silvo-pastoris indicados no Plano Director Municipal. (Salvo, naturalmente, no próprio espaço ocupado pela vedação, o que é irrelevante em termos da gestão da utilização dos solos que os planos directores municipais pretendem assegurar, pois não é razoável entender que a intenção de reservar solos para fins agrícolas assumida em planos directores municipais seja tão obsessiva que tenha ínsita a perda do direito de tapagem que, ao proteger a utilização dos prédios pelos seus proprietários, até se sintoniza com aquela intenção.)

Conclui-se, assim, que o acto recorrido, ao indeferir a pretensão de licenciamento apresentada pelos recorrentes com fundamento na ilegalidade das operações de loteamento e por contrariedade ao Plano Director Municipal não tem suporte legal, pelo que o acto recorrido enferma de vício de violação de lei, por erro sobre os pressupostos de direito, que justifica a sua anulação (art. 135.º do C. P. A.).

Termos em que, com esta fundamentação, acordam em negar provimento ao recurso e confirmar a sentença recorrida.

Sem custas, por a autoridade recorrida estar isenta (art. 2.º da Tabela de Custas)

Lisboa, 20 de Fevereiro de 2002

Jorge de Sousa, relator — Costa Reis — Abel Atanásio.

Comentário

1. Justificação do tema

Tivemos a oportunidade de publicar nesta Revista um artigo subordinado ao título “Propriedade Horizontal e Loteamento: Compatibilização”, no qual focámos a distinção entre ambas as figuras e chamámos a atenção para o aproveitamento da propriedade horizontal como meio de fuga a operações de loteamento, sobretudo em casos de propriedade horizontal sobre conjuntos de edifícios². Fernanda Paula Oliveira e Sandra Passinhas, nesta mesma publicação, abordaram o mesmo tema e trataram-no de acordo com a legislação ora vigente (Dec.-Lei n.º 555/99, de 16/12), em artigo a que atribuíram o sugestivo título “Loteamentos e Propriedade Horizontal — Guerra e Paz!”³. O acórdão que escolhemos

para anotação traz à colação outra forma de fuga às leis sobre loteamentos, que tem como característica a cobertura judicial. É o caso da usucapião sobre parcelas de prédios separadas de facto, nas quais, por vezes, já existem outras edificações ⁴. Semelhante a este caso é o da acessão industrial imobiliária sobre parcelas destacadas de facto e nas quais se constrói. A pergunta que então surge é a de saber se, em ambos os casos, o juiz tem de preocupar-se com a eventual violação da legislação sobre loteamentos. Se o não tiver, estão escancaradas as portas para verdadeiras fraudes à lei. A jurisprudência cível sobre esta temática é abundante, mas não pacífica, sendo certo que o acórdão em anotação veio, por assim dizer, pôr um pouco de água na fervura, equacionando nos devidos termos uma parte da problemática em causa, embora não responda àquela pergunta. A apimentar um pouco a discussão, foi publicado recentemente um artigo da autoria de Durval Ferreira, sob o título “Posse e Usucapião – Loteamentos e Destaques Clandestinos”, no qual é sustentada a tese de que a existência de uma operação de loteamento ou de um destaque ilegais não impede a aquisição de uma parcela por usucapião ⁵.

A principal diferença de camuflagem de uma operação de loteamento ou de um destaque através da utilização de cada um dos institutos referidos consiste em que, no caso da propriedade horizontal, são as câmaras municipais quem decide optar por uma das soluções possíveis, loteamento ou propriedade horizontal, o que significa que as mesmas dominam as situações que lhes surgem, ao serem-lhes apresentados os projectos de licenciamento ou autorização, enquanto que, em relação à acessão industrial imobiliária e à usucapião, as soluções são encontradas pelos tribunais, estando a Administração Pública, por vezes, impossibilitada, ou, pelo menos, com dificuldades, de efectuar o respectivo controlo. No caso da propriedade horizontal é apresentado à câmara municipal um projecto que a mesma aprecia e aceita ou não. Decidida pelo tribunal a constituição de um novo prédio por usucapião ou por acessão, a câmara municipal é colocada perante um facto consumado que tem de respeitar.

Dividido de facto um prédio, rústico ou urbano, em dois ou mais, com colocação de divisórias, e possuídas ambas as fracções durante o prazo necessário à aquisição da propriedade por usucapião, deve o juiz cível aceitar essa constituição de vários prédios, sem se certificar de que não existe operação de loteamento ou destaque? Não é inócuo referir que, aceite por sentença uma tal divisão, podem os respectivos proprietários descrever na conservatória do registo predial ambos os prédios e inscrevê-los em seu nome. A partir daí, como pode a câmara municipal controlar essa divisão no caso de vir a ser requerido o licenciamento de construções em ambos os prédios?

Se o proprietário de um prédio urbano ceder a outrem, de facto, parte do logradouro e lhe permitir a construção de uma moradia, é adquirida, por via da acessão, o direito de propriedade sobre a parcela autonomizada, sendo certo que se entende que duas ou mais construções sobre o mesmo prédio constituem operação de loteamento⁶?

2. A posição dos tribunais comuns

Como dissemos, os casos da acessão industrial imobiliária e da usucapião que configuram autênticas operações de loteamento ou de destaque surgem com relativa frequência nos tribunais comuns, acontecendo ainda que, em relação à aquisição por usucapião, os interessados podem lançar mão da escritura de justificação notarial, prevista nos arts. 89.^o a 101.^o do Código do Notariado e 116.^o do Código do Registo Predial, para, decorrido o prazo para a impugnação desta, depois de publicada por extracto nos jornais, proceder ao registo dos prédios, estabelecendo-se a partir deste a presunção de propriedade do terreno ⁷.

Mas, vejamos cada um dos institutos de direito civil em causa.

2.1 Acesso industrial imobiliária

Diz o art. 1340.^o, n.^o 1, do Código Civil que se alguém, de boa fé, construir obra em terreno alheio e o valor que as obras tiverem trazido à totalidade do prédio for maior do que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras. É a acesso industrial imobiliária, que constitui uma das formas de aquisição originária da propriedade. O caso mais frequente é o de o proprietário, sem título translativo de propriedade, consentir que um familiar, normalmente um filho, construa a sua habitação numa parcela de terreno pertencente a prédio onde, por vezes, tem a sua própria habitação. Uma operação deste género constitui um loteamento ou um destaque, um e outro sujeitos a licenciamento ou autorização da câmara municipal. Surge então o problema de saber se, na ausência da apreciação prévia municipal, o juiz cível deve considerar verificada a acesso e, conseqüentemente, considerar procedente o respectivo pedido.

Mas o problema só existe quando se entenda que a aquisição se restringe à parcela destacada, o que não obtém o sufrágio universal quer da jurisprudência quer da doutrina. Com efeito, segundo uma das teses em confronto, a aquisição deve abranger todo o prédio e não apenas a parcela destacada, mesmo que se tenha formado uma nova unidade económica ⁸. Contudo, a posição maioritária da jurisprudência é no sentido de a aquisição incidir sobre a parcela de terreno onde a obra é incorporada, desde que da mesma resulte uma unidade económica independente (acesso parcelar) ⁹.

Em alguns acórdãos em que é sufragada a tese da acesso parcelar, não é feita referência ao cumprimento da legislação sobre loteamentos ou a qualquer outra que possa inviabilizar a aquisição. Todavia, no acórdão da Relação de Coimbra de 25/05/99 refere-se que “antes de se decidir pelo reconhecimento de uma acesso parcelar por efeito de acesso industrial imobiliária, deve o julgador certificar-se de que não irá consolidar uma situação desconforme com as regras que condicionam o fraccionamento de prédios rústicos e as operações de loteamento urbano”. Na mesma linha, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/02/2000, o Cons. Sousa Inês justifica o seu voto de vencido nos seguintes termos: “importa tomar em consideração as exigências da lei administrativa que regula os loteamentos e destaques para fins de construção, cujas normas são de interesse e ordem pública, não podendo ser atropeladas pelos tribunais, nem as respectivas questões ignoradas, pois que são, dada aquela sua natureza, de conhecimento oficioso. Por isto, a decisão do acórdão recorrido, na parte em que declarou que o réu adquiriu por acesso o direito de propriedade sobre uma parcela do prédio dos autores, só pode manter-se, vindo aos autos prova de a câmara municipal competente haver emitido alvará de loteamento ou, por outra forma, autorizado o destaque”. Por sua vez, a Relação de Lisboa, no acórdão de 08/05/97, sustentou que “a acção em que os autores pretendem ver reconhecido o seu direito de propriedade, adquirido por acesso industrial imobiliária, sobre prédios, constituídos por terrenos de que eram meros promitentes compradores e casas construídas nesses terrenos, com autorização do proprietário destes, mas sem o prévio licenciamento e loteamento, é não só um acto jurídico de objecto contra — legem, mas também um acto jurídico em fraude à lei” ¹⁰.

2.2. Usucapião

O mesmo problema existe quando se dividem indocumentadamente prédios e, decorrido o respectivo prazo, se invoca a usucapião, o que normalmente sucede também entre familiares e ainda entre comproprietários ou entre proprietários e promitentes-compradores de parcelas. Em sentido favorável à aquisição por usucapião, mesmo em caso de loteamento ilegal, a Relação de Coimbra, em acórdão de 28/03/2000, decidiu que havendo loteamento

ilegal, mas estando na mesma acção invocada a usucapião e verificando-se os respectivos pressupostos, procede a acção com esse fundamento, não obstante a ilegalidade do loteamento, com a fundamentação de que “é a tutela especialmente conferida ao possuidor que permite a transformação da posse num verdadeiro direito real que, independentemente do acto de vontade do anterior titular e sobrepassando o aspecto de ordem formal ou substancial, surge originariamente na esfera jurídica do possuidor; incidindo a posse sobre bens corpóreos, a invocação da usucapião apenas é vedada perante obstáculos legais expressos, como sucede nos casos assinalados no art. 1293.⁹ do CC (direito de uso e habitação e servidões prediais não aparentes), naqueles que resultem de normas jurídicas que impedem a apropriação individual de determinados bens, como são os bens do domínio público ou de baldios, ou das que obstam à colocação de certos bens no comércio jurídico”¹¹. E, no acórdão de 11/05/99, decidiu que “a proibição de fraccionamento de terreno apto e destinado à cultura, em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima, cede perante a usucapião” e que “a transacção celebrada entre as partes, onde reconhecem que parcelas nessa situação se constituíram prédios autónomos pela via da usucapião, é legal, não representando fraude à lei, nem que as partes, só por isso, e na ausência de outros elementos, tenham feito um uso anormal do respectivo processo”¹². Também a Relação de Évora, em acórdão de 26/10/2000, argumentando que a usucapião, como forma originária de aquisição de direitos reais, rompe com todas as limitações legais que tenham a coisa possuída por objecto (por exemplo, a exigência de forma para a partilha de uma herança e a proibição de divisão de um prédio), e operará, mesmo relativamente a uma parcela de um prédio, ainda que na sua génese tenha estado um fraccionamento ilegal porquanto constitutivo de infracções com área inferior à unidade mínima de cultura ou nulo por falta de forma, sustentou que são usucapíveis as parcelas com área inferior à unidade de cultura, resultantes da divisão, efectuada por partilha verbal, de um prédio rústico apto para fins agrícolas¹³.

Em sentido contrário, a Relação de Lisboa, em acórdão de 18/10/2001, decidiu que “não pode proceder acção de justificação judicial, visando a obtenção de título para efeitos de registo, com fundamento em aquisição, por usucapião, de parcela de prédio rústico, que resulte numa desanexação desconforme com a licença de loteamento desse prédio já registada”¹⁴, e em acórdão de 30/04/2002, sustentou que “não é permitida a aquisição por usucapião de parcela de terreno de um prédio rústico ilicitamente loteado, por isso contrariar disposições legais imperativas. Refere-se neste acórdão que o prédio está situado no perímetro de uma AUJL (área urbana de génese ilegal), como sucedeu em mais trinta e seis processos”¹⁵.

2.3. Qual a melhor de entre as soluções dos tribunais comuns?

As divergências que ressaltam das decisões indicadas incidem exclusivamente sobre esta única questão: deve o juiz cível, ao analisar a usucapião e a acessão industrial imobiliária desprezar a legislação sobre loteamentos, de modo a que esse regime não influencie a solução ou, ao contrário, considerando o ordenamento jurídico como um todo harmónico em que cada solução passa pela análise de todos os ramos de direito, deve o juiz verificar se, ocorridos os diversos elementos daquelas duas figuras, não devem as mesmas ser consideradas de acordo com a violação ou não das regras sobre operações de loteamento ou de destaque.

O incumprimento sistemático das normas de direito do ordenamento do território e do urbanismo não são novidade para ninguém. E, lamentável é poder afirmá-lo, tal desprezo pela ordem jurídica recebe o exemplo nada dignificante da própria Administração Pública

que, com toda a sem cerimónia, foi permitindo desmembramentos sucessivos de prédios através de certidões com que os notários se contentavam para celebrarem escrituras que “legalizavam” operações de loteamento e consentindo na construção de milhares e milhares de construções clandestinas, muitas das quais visíveis dos próprios edifícios dos Paços do Concelho. As consequências estão à vista de quem quiser ver!

Nos casos que ora nos ocupam, a situação é, em nosso entender, ainda pior, visto configurar uma autêntica fraude à lei. Consistindo esta na utilização de um meio legal para fugir ao cumprimento de outras leis, é precisamente isso que acontece quando se criam situações de factos equivalentes a operações de loteamento ou destaques e, através dos institutos da usucapião e da acessão industrial imobiliária, se consegue a consagração judicial e legal de tais operações, obtendo-se uma espécie de “legalização” de loteamentos e destaques clandestinos.

Antes de analisarmos o acórdão do STA de referência, vejamos qual das duas soluções sufragadas pelos tribunais cíveis merece o nosso acolhimento. Decididamente aquela que evita a violação das normas urbanísticas. Entendemos que o ordenamento jurídico não é constituído por compartimentos estanques, mas por normas e princípios de diversa origem e tutelando interesses diferenciados que devem constituir um conjunto harmónico de modo a evitar lacunas no cumprimento das obrigações que a cada um são atribuídas.

Por isso, pensamos que a Relação de Lisboa, no citado acórdão de 08/05/97, põe o dedo na ferida, ao considerar a divisão de facto de um prédio em diversas parcelas com construções, sem prévio licenciamento de loteamento, não só um acto jurídico contra-legal, mas também um acto jurídico em fraude à lei, que o mesmo Tribunal faz corresponder ao “procedimento pelo qual um particular realiza, por forma inusitada, um tipo legal em vez de um outro, a fim de provocar a consequência jurídica daquele, em vez deste, sendo seus elementos constitutivos: a) norma fraudada; b) norma-instrumento; c) actividade fraudatária; d) intenção fraudatária”¹⁶. Na verdade, sabendo-se as implicações que uma operação de loteamento, considerada pelos autores como um verdadeiro plano de pormenor, mas de iniciativa particular e não administrativa, acarreta em termos procedimentais e de custos, designadamente através de cedências de parcelas para infra-estruturas, principais e secundárias, é apetecível camuflar tal operação com a constituição de propriedade horizontal, com a invocação da acessão industrial imobiliária e da usucapião. Resta a atenção, que tem de ser constante e eficaz, para obviar a tais atentados à lei e à criação de urbanizações sem o mínimo de condições infra-estruturais. O cancro das urbanizações ilegais, que o legislador, a muito custo, tenta combater através da legislação sobre as chamadas AUGI (áreas urbanas de génese ilegal)¹⁷, nem sempre eficaz, deve ser combatido por todos os meios, cabendo uma grande responsabilidade nessa luta às câmaras municipais e aos tribunais, na defesa da legalidade urbanística e das camadas populacionais mais débeis. O fraquejar nessa fiscalização há-de, mais tarde ou mais cedo, traduzir-se em encargos acrescidos da Administração Pública, à qual, como no acórdão se lembra, caberá a realização de todas as infra-estruturas não realizadas pelos particulares, sendo conveniente lembrar que, trinta e sete pedidos de reconhecimento judicial de aquisição por usucapião, em violação da legislação sobre as áreas urbanas de génese ilegal, é obra com a qual os tribunais não podem pactuar, sob pena de inutilização de toda a legislação com que os diversos Governos têm procurado combater o flagelo dos loteamentos e construções clandestinas.

A permissão por sentença de operações urbanísticas ilegais viola ainda o regime jurídico para a reconversão das áreas urbanas de génese ilegal (AUGI), fixado pelo Dec.-Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro (redacção da Lei n.º 64/2003, de 23 de Agosto)¹⁸.

A reconversão urbanística do solo e a legalização das construções integradas em AUGI constituem dever dos respectivos proprietários ou comproprietários, dever esse que inclui as obrigações de conformar os prédios que integram a AUGI com o alvará de loteamento

ou com o plano de pormenor de reconversão, nos termos e prazos a estabelecer pela câmara municipal e de participar nas despesas da reconversão (art. 3.^o, n.ºs 1 a 3). Neste momento, a quase totalidade de terrenos materialmente fraccionados incluídos em AUGI estão possuídos há vinte anos, o que significa que a aceitação da cobertura judicial da ilegalidade acarreta a inaplicabilidade do diploma que regula a matéria.

Por outro lado, permitir uma operação urbanística ilegal através da usucapião teria a consequência de se estabelecer um prazo de prescrição para as infracções urbanísticas. Efectuado um loteamento sem a obtenção da correspondente licença, o mesmo será nulo, sendo certo que a nulidade pode ser invocada a todo o tempo e por qualquer pessoa. A sua “legalização” através da usucapião equivale ao desaparecimento da nulidade pelo decurso do prazo e gera a situação aberrante de a câmara municipal poder e ser obrigada a ordenar demolições e reposições de terrenos no estado anterior à infracção sem limites temporais ¹⁹, salvo o caso de sentença pela qual fosse admitida a aquisição por usucapião. O loteador e o construtor, desde que decorrido o prazo de usucapião veriam os seus actos serem declarados conformes à lei, qualquer que fosse o interesse público em causa. A questão não se prende somente com a legislação sobre operações urbanísticas, designadamente loteamentos, ou com a área mínima de cultura. Todas as chamadas áreas de protecção (de Reserva Agrícola Nacional, Reserva Ecológica Nacional, áreas classificadas, domínio público marítimo, fluvial, rodoviário, aeronáutico e ferroviário, protecção de imóveis classificados, etc., etc.) passariam a ser ignoradas, apesar de as infracções derivadas de operações urbanísticas ilegais serem muitas vezes infracções continuadas. A mesma legislação teria leituras diferentes conforme a entidade que aplicasse a lei. O juiz acabaria por impor prazos para a nulidade de actos e para a tomada de medidas de reposição da legalidade urbanística que compete à Administração Pública. A jurisprudência e a doutrina conhecidas são maioritariamente no sentido de o direito à demolição por razões urbanísticas não estar sujeito a prazo de prescrição ²⁰.

Em relação à usucapião, poderá obter-se que há a considerar o decurso de um determinado espaço de tempo que permite uma consolidação da situação de facto existente e que é a própria lei a atribuir-lhe uma importância tal, de acordo com o princípio da certeza que deve vigorar nas relações jurídicas, que ultrapassa todos os óbices legais. Aceita-se que tal necessidade de certeza se fundamenta em razões de ordem pública, como refere Durval Ferreira no seu trabalho referido. Para além desse interesse geral, fundamenta a aquisição derivada da posse o facto de esta resultar da lassidão do anterior proprietário, que se desinteressa dos bens. Ora, o que acontece normalmente, nas acções em que se questiona a posse ou a acessão, é que uma ou outra são opostas ao anterior proprietário, que tem o direito e a possibilidade de argumentar em sentido contrário. Quando se coloca o problema da violação de uma norma de ordem pública, como no caso analisado, a nenhuma das partes no processo compete a defesa dessa norma, podendo, até suceder, e muitas vezes isso acontece, a existência de conluio entre autores e réus no sentido da legalização da situação de facto que eles próprios criaram, sem que as entidades públicas a quem compete a defesa da legalidade tenham possibilidades de intervenção. Essas entidades são apanhadas desprevenidas, perante factos consumados.

Há, inclusivamente, normas de ordem pública que invalidam os actos, como é o caso da aquisição sem o formalismo legal (escritura pública, por exemplo) e cujo não cumprimento não obsta à aquisição originária por usucapião. Contudo, apesar de serem normas de ordem pública, não afectam terceiros, podendo dizer-se que esse interesse se reduz aos próprios interessados, em cada caso concreto, razão por que se justifica que o mesmo interesse geral ceda perante o interesse da certeza das relações jurídicas.

Ora, no caso de um loteamento ilegal, como noutros casos, por exemplo de violação da lei da Reserva Agrícola Nacional ou da lei de protecção do património cultural, o interesse

público em causa é muito mais amplo, vai muito mais para além das relações entre as partes no processo, abarca inclusivamente toda a população de uma circunscrição territorial (freguesia, concelho, etc...), inclusivamente o País. Quem paga as infra-estruturas, primárias e secundárias, impostas pelas operações urbanísticas ilegais? Quem é prejudicado com a violação da lei das áreas classificadas ou da lei da Reserva Ecológica Nacional? Seguramente, todos os cidadãos e não apenas os interessados no processo. E, entre dois interesses de ordem pública, o interesse na estabilidade e certeza das relações jurídicas, por um lado, e o interesse no correcto ordenamento do território e na legalidade urbanística, por outro, indubitavelmente que o segundo é de grau superior. E, sendo de grau superior, porque não podem os dois produzir igualmente os seus efeitos, deve prevalecer sobre o interesse público respeitante à usucapião, conforme dispõe o art. 335.º do Código Civil.

Durval Ferreira analisa o problema unilateralmente, focando-o somente através da posse-usucapião. Refere que “a solução dependerá da análise da situação quer numa perspectiva de posse, quer numa perspectiva de usucapião”, desprezando as normas de direito público que protegem valores de grau mais elevado. Não é relevante o facto de a aquisição do direito por usucapião ser originária, pois isso equivale a dar como assente a premissa de que parte. Na verdade, o nó da questão está em saber o valor que tal posse tem, saber se a mesma se impõe contrariando normas de interesse público de valor constitucional (art. 66.º da Constituição) ²¹.

A pergunta que se coloca e a que não foi dada resposta pelo citado autor, é esta: os actos de posse baseados num facto proibido pelas leis de loteamentos (divisão de facto em lotes sem aprovação municipal) permitem a aquisição por usucapião?

É certo que a responsabilidade da criação de loteamentos ilegais através da usucapião é da Administração, em muitos casos. Mas nem sempre tal acontece, pois se, em muitos casos a Administração é demasiado permeável, noutros é praticamente impossível detectar as situações de ilegalidade. Mas, como quer que seja, é de convir que o interesse público em causa não lhe pertence, antes tem como destinatários os cidadãos. É o interesse público destes que se contrapõe ao interesse dos particulares na invocação da posse ilegal.

O art. 1.287.º do Código Civil exclui da aquisição com fundamento na posse a existência de disposição em contrário, mas não afasta a possibilidade de outras razões, que não tinham de ser mencionadas no preceito ou noutro semelhante. O legislador não tinha possibilidades, nem tem, de referir expressamente a violação da lei de loteamentos ou de outra legislação de ordem pública, porque as restrições são muitas, impossíveis de abarcar num preceito do género. O citado preceito não é indicado para exceptuar a situação ora analisada.

O acto material de divisão em lotes, desde que configure uma operação de loteamento, o que nem sempre acontece como se dirá ao comentar o acórdão do STA transcrito, é nulo, porque contrário a disposição legal de carácter imperativo (art. 294.º do Código Civil). Em Espanha, Carrillo Donaire, apoiando-se nas sentenças do Supremo Tribunal de 26 de Novembro de 1980, 25 de Maio de 1979 e 23 de Maio de 1979, relativas à constituição de servidões de passagem de fios telefónicos em que a ocupação dos terrenos se processou sem o consentimento dos proprietários e à margem do procedimento expropriatório, nega a possibilidade da aquisição por usucapião das servidões administrativas, quando para o seu estabelecimento se requiera a ocupação permanente dos terrenos ou a colocação de suportes ou instalações fixas, visto ter por fundamento uma via de facto expropriatória nula de pleno direito ^{22 23}.

Gian Carlo Mengoli, referindo-se à possibilidade de derrogação pelos particulares, por acto voluntário, das normas do Código Civil italiano que estabelecem a distância e a altura das construções no sentido de as fixarem para mais ou para menos, constituindo uma servidão, admite essa mesma derogabilidade de normas semelhantes dos regulamentos urbanísticos e planos reguladores, quando a distância seja ampliada em relação à prevista,



por o interesse público ficar satisfeito, mas adverte que, nos casos em que não é possível a derrogação convencional, não se poderá constituir a relativa servidão por usucapião ²⁴.

3. A posição do acórdão anotado

O acórdão anotado, sem tomar posição no problema, em termos de sim ou não, indica os caminhos certos para a avaliação no caso de o tribunal cível conhecer da violação da lei de loteamentos.

Um prédio com cerca de 30.000 m² foi dividido em cinco parcelas. Posteriormente, os proprietários que procederam à divisão efectuaram obras de urbanização, designadamente um aterro de 1.000 m² e um arruamento com 400 m de extensão por 6 m de largura. Não foi licenciada qualquer operação de loteamento desse prédio. O Supremo Tribunal Administrativo, no acórdão transcrito, entendeu que estes factos configuram uma operação de loteamento, não somente pela divisão em cinco lotes, visto que essa divisão não é suficiente, só por si. Na verdade, como dispunha o art. 3.º, alínea a), do Dec.-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, e dispõe o art. 2.º, alínea i), do Dec.-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, só há loteamento quando pelo menos um dos lotes se destine imediata ou subsequentemente a construção urbana (edificação urbana, no diploma actual). A divisão em lotes, desacompanhada de outros elementos não permite concluir que se realiza uma operação de loteamento, que pode nunca ter passado pela cabeça do proprietário. Se, aquando da divisão, for requerido o licenciamento de uma edificação, por exemplo, não restam dúvidas de que há loteamento. Mas pode suceder que, só passado algum tempo, surjam tais elementos indiciadores da operação urbanística, caso em que se tratará de uma destinação subsequente a construção urbana. É o que sucede com o aterro e a abertura de um arruamento pelo proprietário. O STA considerou, e bem, que tal divisão consistiu numa operação de loteamento.

Numa das cinco parcelas (a dos autos) resultantes da divisão, o proprietário seu adquirente requereu uma viabilidade (informação prévia) para a construção de uma moradia unifamiliar. O pedido foi indeferido com fundamento em que a propriedade foi dividida de forma ilegal. O STA não se pronunciou sobre este indeferimento, mas ressalta da fundamentação do acórdão que tal indeferimento está correcto. Estamos plenamente de acordo, designadamente quando se refere que é na fase da aprovação da construção (ou edificação) pela câmara municipal que deve ser avaliada a situação, exigindo-se então a prévia instauração do procedimento respeitante à legalização do loteamento. A câmara municipal não tem de se preocupar com a divisão do prédio desde que continua a ter o destino que tinha anteriormente à mesma. É de referir, aliás, que a parcela dos autos foi identificada na escritura de compra e venda como “prédio rústico constituído por parcela de terreno destinada a fins hortícolas”. Como o Supremo bem afirma, a afectação posterior da parcela a construção não tem qualquer reflexo sobre a validade do acto ou actos de divisão do prédio mãe. No momento em que ocorreu a divisão, nada (em termos urbanísticos) a impedia, pelo que a mesma se mantém válida. A afectação diferente à que o prédio tinha é que tem de ser travada, se houver violação de normas urbanísticas.

Os recorrentes solicitaram a emissão de licença para a vedação, constituída por pilares de betão ligados com arame a toda a volta, da parcela em causa, identificada como parcela rústica. O pedido foi indeferido por se tratar de um loteamento ilegal. O STA, apesar de considerar que tinha sido efectuada uma operação de loteamento ilegal, de acordo com a ideia de que a ilegalidade apenas inviabiliza operações urbanas e de que as parcelas autonomizadas mantêm a sua autonomia como prédios rústicos, confirmou a decisão do Tribunal de Círculo, de anulação do acto administrativo de indeferimento do pedido de licença, por considerar que a construção da vedação não constitui uma “construção urbana”,

especificidade que a lei previa e prevê. O Dec.-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965, referia-se a lotes “destinados à construção de habitações ou estabelecimentos comerciais ou industriais”. Esta parte em itálico foi suprimida pelo diploma seguinte, o Dec.-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, visto que, no dizer de Augusto Lopes Cardoso, “é des-necessária, pois que é evidente os destinos de uma construção: a habitação ou o estabelecimento comercial ou industrial”²⁵. José Osvaldo Gomes sustenta que o termo “construção” deve ser entendido em sentido amplo, de modo a abranger, não apenas prédios urbanos, muito menos para habitação, mas ainda outras obras mesmo que não sejam edifícios, como muros ou quaisquer outras vedações, embora, neste caso, deva restringir-se o alcance do termo aos casos em que se torna necessária a realização de trabalhos de urbanização, como é o caso de construção de muros destinados a modificar a natureza rural do prédio²⁶. O Dec.-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, manteve o mesmo termo, mas o seguinte Dec.-Lei n.º 448/91, substituiu-o pelo de “construção urbana”, o que, no entendimento de José Miguel Sardinha, não significa que fosse intenção do legislador de apenas permitir os loteamentos em zonas urbanas, já não nas zonas rurais, antes demonstra o desejo de privilegiá-los nas zonas urbanas²⁷. Para este autor a palavra “urbana” não se refere aos prédios mas às zonas de construção²⁸. Qualquer que seja a interpretação que se atribua à expressão “construção urbana”, julgamos, com o STA, que a vedação de um prédio dito rústico em que não se vislumbra qualquer intenção de alterar a sua natureza não se enquadra nesse conceito, o que afasta a possibilidade de se considerar a existência de uma operação de loteamento.

O direito de tapagem constitui uma das faculdades incluídas no direito de propriedade que permitem um melhor uso deste. Não parece que uma vedação em arame apoiada em pilares de betão tenham outra finalidade que não seja a de vedar o prédio, impedindo a entrada de estranhos. Também aceitamos a afirmação de que a construção da vedação de um prédio rústico não é incompatível com a utilização dos solos por ele abrangidos para fins agrícolas, na mesma linha do decidido pelo mesmo Tribunal em acórdão de 14/02/2002, acerca do indeferimento de um pedido de licenciamento da construção de um muro de vedação de terreno incluído na Reserva Agrícola Nacional²⁹.

António Pereira da Costa
Docente do CEDOUA

¹ Internet, <http://www.sta.mj.pt/>.

² Revista do CEDOUA, n.º 3, 1999, pp. 65 e segs.

³ Revista do CEDOUA, n.º 9, 2002, pp. 45 e segs.

⁴ A questão aqui equacionada também se coloca quando estão em causa outros interesses de ordem pública, como é o caso da violação de preceitos que prevêm a unidade mínima de cultura.

⁵ Separata de SCIENTIA IURIDICA, Janeiro-Abril 2003, Tomo LII — N.º 295, pp. 91 e segs.

⁶ Nosso artigo referido na Revista do CEDOUA, n.º 3, 1999, p. 72, e autores aí citados.

⁷ O n.º 1 do art. 116.º diz o seguinte:

1 — O adquirente que não disponha de documento para a prova do seu direito, pode obter a primeira inscrição por meio de acção de justificação judicial, de escritura de justificação notarial, de justificação administrativa regulada em lei especial.

⁸ Pires de Lima/Antunes Varela, Código Civil anotado, III, Coimbra Editora, 1.ª edição, 1972, p. 149; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25/07/75, Boletim do Ministério da Justiça n.º 249, p. 489, e de 03/04/2003, <http://www.dgsi.pt/>.

⁹ Acórdãos: do Supremo Tribunal de Justiça de 06/07/89, Boletim do Ministério da Justiça n.º 388, p. 583, de 27/01/98, <http://www.dgsi.pt/>, de 16/04/98, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 476, p. 428, de 17/02/2000, Colectânea de Jurisprudência, VIII, 2000, tomo I, p. 105, e de 10/10/2002, <http://www.dgsi.pt/>, e de 04/02/2003, <http://www.dgsi.pt/>; da Relação do Porto de 30/11/95 e de 08/05/2001, ambos em <http://www.dgsi.pt/>; da Relação de Coimbra de 25/05/99, Colectânea de Jurisprudência, ano XXIV-1999, tomo III, p. 30, de 02/10/2001, Colectânea de Jurisprudência, ano XXVI, tomo IV, p. 19; de 30/10/2002, <http://www.trc.pt/>.

¹⁰ Todos os acórdãos em <http://www.dgsi.pt/>.

¹¹ Colectânea de Jurisprudência, ano XXV-2000, II, p. 32.

¹² <http://www.trc.pt/>.

¹³ Colectânea de Jurisprudência, ano XXV-2000, IV, p. 272.

¹⁴ Colectânea de Jurisprudência, ano XXVI-2001, IV, p. 121.

¹⁵ Colectânea de Jurisprudência, ano XXVII-2002, II, p. 126.

¹⁶ Os actos executados em fraude à lei realizam-se a coberto de uma norma e perseguem um resultado proibido por quaisquer normas do ordenamento jurídico ou contrário a elas. A maior parte da jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol e da doutrina não exigem a consciência ou intenção de burlar a lei (Maria Dolores Mesquita García-Granero, El Fraude de Ley en la Jurisprudência, Thomson – Aranzadi, 2003, pp. 17, 75, 95 e 105; Jesús González Pérez, El principio general de la buena fé en el derecho administrativo, Madrid, Civitas, 3.ª edição actualizada e ampliada, 1999, p. 27).

¹⁷ Lê-se no Relatório da Comissão de Administração do Território, Poder Local, Equipamento Social e Ambiente da Assembleia da República sobre o projecto de lei de que resultou a Lei n.º 165/99, que nesse ano estavam ainda por reconverter 1111 AUGI, que compreendiam 138.075 fogos e abrangiam uma população estimada em cerca de 450.000 pessoas (Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 58, de 3/5/99).

¹⁸ As AUGI são constituídas por prédio os conjuntos de prédios contíguos:

- a) parcelados anteriormente à entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965; e
- b) que, sem licença de loteamento, tenham sido parcelados fisicamente com destino à construção, até à data da entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, e que, nos respectivos planos municipais de ordenamento do território, estejam classificados como espaço urbano ou urbanizável (art. 1.º).

¹⁹ A Administração em nenhum caso poderá deixar de tomar as medidas tendentes a restaurar a ordem urbanística vulnerada ou repor os bens no estado anterior à produção da situação ilegal (Pablo González Mariñas / Javier Álvarez Barbeito, Disciplina urbanística en Galicia, Revista Xurídica Galega, 2001, p. 190).

²⁰ Acórdãos da Relação de Lisboa de 23/10/59, 19/2/60, 13/1/61 e 19/4/61 (Jurisprudência das Relações, ano 5.º, p. 702, ano 6.º, p. 79, ano 7.º, p. 17 e ano 7.º, p. 320, respectivamente) e do Supremo Tribunal de Justiça, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 100, p. 494; Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, III, p. 652; J. G. Sá Carneiro, Revista dos Tribunais, ano 79.º, p. 19; J. G. S. Gomes Alves, Despejos extrajudiciais, Braga, Livraria Cruz, 1970, p. 83; António Pereira da Costa, Regime jurídico de licenciamento de obras particulares anotado, Coimbra Editora, 1993, p. 176.

²¹ Nos termos do art. 66.º, incumbe ao Estado ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico [n.º 2, alínea b)] e promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana [alínea e)].

²² Las servidumbres administrativas, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 220.

²³ A “via de facto” é uma criação da jurisprudência francesa de fins do século XIX e princípios do século XX e consiste no acto ou operação material da administração manifestamente irregular ou sem título, em casos de inexistência de circunstâncias excepcionais, que atente contra os direitos fundamentais ou a propriedade privada. Da “voie de fait” constituem exemplos a execução irregular de servidões de utilidade pública (por exemplo, a

instalação de uma linha eléctrica em terreno privado), a tomada de posse pela administração, sem nenhum título nem procedimento, de um bem pertencente a um particular (Serge Petit, *La voie de fait administrative*, Que sais-je?-PUF, Paris, 1.^a edição, 1995, ps. 40, 47 e 96; Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant/Pierre Delvolvé/Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 12.^a edição, 1999, p. 310; García de Enterría, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 101).

²⁴ *Manuale di diritto urbanistico*, Milano — Giuffrè Editore, 4.^a edição, 1997, pp. 964-966.

²⁵ “Do conceito do loteamento urbano”, *Revista dos Tribunais*, ano 72.^o, 1974, p. 206.

²⁶ *Manual dos Loteamentos Urbanos*, Coimbra Editora, 2.^a edição, 1983, p. 93.

²⁷ *O novo regime jurídico das operações de loteamento e de obras de urbanização*, Coimbra Editora, 1992, p. 19.

²⁸ *O Código do Urbanismo francês*, no art. L.315-1, refere-se à finalidade de implantação de “bâtiments”.

²⁹ Sumário do acórdão (<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf>):

I – O art. 8.^o do D.L. 196/89 visou a criação de um regime jurídico de protecção de áreas agrícolas com melhores potencialidades, não cabendo às autarquias locais pronunciar-se, em princípio, sobre a aptidão dos solos agrícolas para indeferir projectos de construção de muros de vedação implantados naquelas áreas.

II – A construção de um muro de vedação corresponde, em regra, a uma alteração mínima do perfil dos terrenos agrícolas, não conduzindo à diminuição ou destruição de potencialidades agrícolas, pelo que não tendo sido demonstrada essa diminuição ou destruição de potencialidades agrícolas durante o processo instrutor, a Câmara Municipal de.... não podia indeferir a construção do muro de vedação com esse fundamento, previsto no art. 8.^o, n.^o 1, do D.L. 196/89.

Comentário ao Acórdão do STA de 5 de Junho de 2001, Rec. n.º 47 514

1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Rec. n.º 47 514

ACÓRDÃO DE 5 DE JUNHO DE 2001

ASSUNTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DE MUNICÍPIO POR FACTOS LÍCITOS. NULIDADE PROCESSUAL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO DE OBRAS PARTICULARES. CAUSALIDADE ADEQUADA.

SUMÁRIO: I – A falta de vista ao M.º P.º que precede a sentença nos termos do n.º 2 do art. 72.º da LPTA consubstancia nulidade processual secundária, visto que tem influência no exame e decisão da causa, que determina a anulação do acto onde se verificou e dos termos subsequentes que dela dependam absolutamente (art. 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, aqui aplicável ex vi dos arts. 1.º e 102.º da LPTA).

II – Porém, tal nulidade não é do conhecimento oficioso do tribunal, tendo de ser arguida ou no próprio acto se a parte nele estiver presente ou, então, no prazo de dez dias a contar do dia em que, depois de cometida, a parte intervier em algum acto praticado no processo ou for notificada para qualquer termo dele, mas neste último caso só quando deva presumir-se que então tomou conhecimento da nulidade ou quando dela pudesse conhecer, agindo com a devida diligência, sob pena de se considerar sanada por falta de arguição tempestiva (arts. 202.º, 205.º, n.º 1, e 153.º do CPC).

III – O Estado e demais pessoas colectivas públicas deverão indemnizar os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais (art. 9.º, n.º 1, do DL n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967).

IV – São nulos os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento que violem o disposto em plano municipal do ordenamento do território ou alvará de loteamento em vigor, constituindo-se o município, em tais situações, na obrigação de indemnizar os prejuízos causados aos interessados (art. 52.º, n.º 2, al. b), e n.º 5 do DL n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção dada pelo DL n.º 250/94, de 15 de Outubro).

V – Porém, para que tal responsabilidade exista, é necessário que haja um nexo de causalidade adequada entre os danos sofridos e a actuação dos titulares do órgão do município que praticaram os actos declarados nulos.

VI – Tal nexo de causalidade existe, bem como a obrigação de indemnizar, quando os licenciamentos nulos sejam imputáveis à conduta consciente e culposa dos titulares dos órgãos, ou seja, quando estes, com dolo ou mera negligência, licenciem obra que sabem ou deviam saber, violar plano urbanístico válido e eficaz ou alvará de loteamento em vigor.

VII – Já tal nexo de causalidade não existe se o licenciamento declarado nulo for imputável à conduta do próprio requerente do licenciamento que induziu em erro os titulares do órgão do município licenciadores, apresentando o termo de responsabilidade a que alude o art. 6.º do DL n.º 445/91, na redacção do DL n.º 250/94, e demais elementos instrutórios do processo no sentido de fazerem crer a legalidade do licenciamento, quando este, em boa verdade, violava as regras do Regulamento de Plano de Pormenor e do próprio alvará de loteamento em vigor.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

SECÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Recurso n.º 47 514

Recorrente: Vieiras, Domingues e Pascoal — Imobiliária, lda.

Recorrido: Município de Vagos

Relator: Ex.º Conselheiro NUNO SALGADO

Rec. n.º 47 514

ACORDAM, NA 1.ª SECÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO:

1. “VIEIRAS, DOMINGUES E PASCOAL — Imobiliária, Lda”, com os demais sinais dos autos, interpôs, para este STA, o presente recurso jurisdicional do saneador sentença da TAC de Lisboa, datado de 05.01.01, constante de fls. 297 a 318, que — na acção declarativa com processo ordinário emergente de responsabilidade civil extracontratual por acto lícito de gestão pública moveu ao Município de Vagos, para ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência dos despachos do Presidente da Câmara Municipal do Município Réu e do Vereador Substituto da mesma Câmara que declararam nulos e de nenhum efeito os despachos anteriores de aprovação de projecto de arquitectura e de deferimento global de construção, com concessão do respectivo alvará, de um edifício com 12 fracção autónomas sito no lugar da Gafanha da Vagueira, cuja construção fora entretanto parcialmente concluída — julgou improcedente por não provada, com a conseqüente absolvição do pedido do R. Município de Vagos, por considerar não verificado o pressuposto da requerida responsabilidade civil extracontratual do nexo de casualidade adequada entre a lesão verificada e a medida determinada pelos titulares dos órgãos do Réu que na perspectiva do A. a provocou.

2. Na sua alegação, apresentou a recorrente as seguintes conclusões:

“ 1.ª — O artigo 72.º, n.º 2, da LPTA exige a emissão de parecer pelo M.P. antes de ser proferida a decisão pelo M.º Juiz do processo, parecer esse cuja falta constitui, igualmente, omissão de um acto prescrito na lei, assumindo plena relevância, ou seja, produzindo nulidade, enquanto susceptível de influir no exame ou na decisão da causa (cfr. art. 201.º, n.º 1, do C.P.Civil).

2.ª — A nulidade fundada na falta do referido parecer prévio não está sanada, nos termos do disposto no artigo 200.º, n.º 1, do C.P.Civil, uma vez que a intervenção do M.P., prevista na referida norma da LPTA (no âmbito, portanto, da justiça administrativa), visa defender a legalidade e promover a realização do interesse público (cfr. artigo 69.º, n.º 1, do ETAF) e não a prestação de assistência a uma das partes (que aquele artigo do C.P. Civil pressupõe).

3.ª — A sentença objecto do presente recurso viola a lei substantiva, mais concretamente, o disposto no art. 52.º, n.º 2, al. b), e n.º 5, do Regime jurídico do licenciamento de obras particulares (Dec. Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Dec. Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

4.ª — Do licenciamento da Obra (em si e por si) não resultam quaisquer prejuízos para o particular (requerente).

5.ª — Sofre prejuízos, o particular que obteve o licenciamento da construção de uma obra que violava um plano de pormenor, que gastou largos milhares de contos na construção e, depois, viu declarada a nulidade desse licenciamento, ou, até, viu esse prédio ser demolido por ordem do presidente da Câmara Municipal (nos termos do disposto no art. 58.º do referido Regime de licenciamento).

6.^a — É esse particular o interessado que tem direito a ser indemnizado, nos termos do art. 52.^o, n.^o 5, do Regime de licenciamento, não obstante serem lícitos os actos que declarem a nulidade do licenciamento.

7.^a — A expressa consagração da obrigação de indemnizar justifica-se, precisamente, para dissipar dúvidas a respeito da existência desse dever quando a Câmara Municipal ou o seu Presidente actue licitamente, para restabelecer a legalidade, declarando a nulidade do licenciamento anterior.

8.^a — O entendimento sufragado pelo M.^o Juiz a quo teria, mesmo, consequências verdadeiramente absurdas, conforme as descritas em 2.7.1 a 2.7.3 supra.

9.^a — Ao decidir pela improcedência da acção intentada pela ora recorrente, com fundamento em que a eventual existência de prejuízos para a A. apenas poderia resultar dos despachos declarados nulos e não dos que declararam a sua nulidade (em que se baseia o pedido formulado pela A. na presente acção), por só aqueles poderem constituir, em abstracto, causa adequada dos danos, o M.^o Juiz a quo incorreu em erro de julgamento.

10.^a — A violação, pelo M.^o Juiz a quo, do disposto no art. 52.^o, n.^o 5, do referido Regime de licenciamento, implica, igualmente, uma errada aplicação do disposto nos artigos 483.^o, n.^o 1, in fine, e 563.^o do C.Civil, porquanto os danos indemnizáveis por força daquela norma não são os resultantes «do próprio licenciamento que não respeitou as pertinentes normas urbanísticas a que estava sujeito», mas, sim, da «declaração de nulidade», por só esta declaração constituir, em abstracto, causa adequada da produção desses danos.

11.^a - Por todo o exposto, deve considerar-se verificada a violação do disposto nos artigos 72.^o, n.^o 2, da LPTA, 52.^o, n.^o 2, al. b), e n.^o 5 do Regime jurídico do licenciamento de obras particulares (Dec.-Lei n.^o 445/91, de 20 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.^o 250/94, de 15 de Outubro), 483.^o, n.^o 1, e 563.^o do C. Civil, e, conseqüentemente, deve ser revogada a sentença recorrida.

1. O Réu Município de Vagos, ora recorrido, contra-alegou, formulando as seguintes conclusões:

“a) O MP teve vista do processo por duas vezes, pelo que se não proferiu parecer é porque assim o entendeu.

b) Caso assim se não entenda compete ao M.^o Juiz do tribunal a quo, antes da subida do recurso ao Supremo Tribunal Administrativo, suprir tal eventual nulidade, nos termos do n.^o 4 do art. 668.^o do CPC.

c) Sendo lícita a declaração de nulidade do acto ilegal de licenciamento de construção os danos invocados pela A. derivam deste e não daquela, não havendo, por isso, nexo de casualidade.

d) A responsabilidade por acto lícito que declarou a nulidade do licenciamento por este violar o Plano de Pormenor tem como pressuposto necessário o erro ou a culpa do autor do acto (Câmara Municipal de Vagos) declarado nulo, o que não é o caso.

e) No caso vertente, foi a A. que induziu em erro o R quanto ao licenciamento ao indicar nos respectivos projectos medidas e áreas não permitidas pelo Plano de Pormenor, como se mostra provado no recurso contencioso de anulação n.^o 698/95, cuja sentença transitou em julgado em 28/4/96, não obstante o termo de responsabilidade de um técnico daquela que garantia a conformidade dos referidos projectos com as normas legais em vigor para o local.

f) Mas ainda que assim não fosse, não foi imposto à A, no interesse geral, um sacrifício anormal face à culpa da mesma.

Termina, pedindo que seja negado provimento ao recurso.

4. O Ex.^{mo} Magistrado do M.^o P.^o junto deste Supremo Tribunal emitiu o parecer de fls. 381, no sentido de ser concedido provimento do recurso, anulando-se a sentença recorrida por não ter sido dada vista ao M.^o P.^o antes de proferida a sentença recorrida.

5. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

6. Os factos que têm de considerar-se assentes e com interesse para o presente recurso são os seguintes:

a) A A. requereu oportunamente à Câmara Municipal de Vagos o licenciamento da construção de um edifício com 12 fracções autónomas, sito no lugar da Gafanha da Vagueira;

b) O referido licenciamento (aprovação do projecto de arquitectura e deferimento global de construção) foi deferido por despachos do vereador e do Presidente da CM de Vagos, respectivamente, de 25.02.94 e de 10.03.94, tendo sido concedido o respectivo alvará de licença de obras n.^o 58/94 em 14.03.94;

c) Por despachos do vereador e do presidente da CM Vagos, respectivamente, de 28/07/95 e de 03/08/95, foram declarados nulos e de nenhum efeito os despachos de licenciamento referidos em b), tendo a A. sido notificada para devolver o alvará respectivo;

d) A A. interpôs recurso contencioso destes despachos anulatórios (Proc. n.^o 691/95 do TACC), tendo sido negado provimento a tal recurso por sentença de 30.03.98, transitada em julgado a 28.05.98;

e) Antes de ser proferida a decisão recorrida de fls. 328 e 329 não foi dada vista ao M.^o P.^o para efeitos do n.^o 2 do art. 72.^o da LPTA;

7. Fixada a matéria de facto pertinente, há que conhecer agora do direito.

7.1. Antes, porém, do conhecimento da matéria de fundo do presente recurso, há que conhecer na nulidade processual invocada pela recorrente nas conclusões 1.^a e 2.^a da sua alegação, pelos efeitos preclusivos que do seu provimento advêm para aquele conhecimento da matéria de fundo.

Diz a recorrente que a sentença recorrida foi proferida sem a emissão de parecer do M.^o P.^o a que alude o n.^o 2 do art. 72.^o da LPTA, o que constitui nulidade, porquanto consubstancia um acto prescrito na lei susceptível de influir no exame ou decisão da causa e não se encontra sanado.

E tem razão nesta parte a recorrente.

Na verdade, a lei (n.^o 2 do art. 72.^o da LPTA) prescreve que o M.^o P.^o tem vista no processo que precede a sentença com vista a emitir parecer sobre a decisão recorrida.

Tal formalidade consubstancia irregularidade que tem influência no exame e decisão da causa, pelo que é considerada nulidade processual que determina a anulação do acto onde se verificou e dos termos subsequentes que dela dependem absolutamente (art. 201.^o, n.^{os} 1 e 2, do CPC, aqui aplicável ex vi dos arts. 1.^o e 102.^o da LPTA).

Acontece, porém, que tal nulidade não é do conhecimento oficioso do tribunal, tendo de ser arguida ou no próprio acto se a parte nele estiver presente ou, então, no prazo de dez dias a contar do dia em que, depois de cometida, a parte intervier em algum acto praticado no processo ou for notificada para qualquer termo dele, mas neste último caso só quando deva presumir-se que então tomou conhecimento da nulidade ou quando dela pudesse conhecer, agindo com a devida diligência (art. 202.^o, 205.^o, n.^o 1, e 153.^o do CPC).

In casu, o primeiro acto praticado no processo após a prática da nulidade de que a recorrente foi notificada foi a sentença recorrida de fls. 328 e 329, o que ocorreu por ofício enviado à sua Ex.^{ma} Advogada em 09.01.01, pelo que esta se considera notificada no dia 12.01.01 (n.^o 3 do DL n.^o 121/76,

de 11 de Fevereiro). Porém, só na sua alegação, entregue no Tribunal em 16.02.01, de fls. 340 a 349, é que arguiu a referida nulidade, ou seja, muito depois de ter expirado o prazo de dez dias que a lei lhe concedia para o efeito (art. 153.^o do CPC), pelo que se encontra precludido o conhecimento de tal nulidade por este Tribunal, dado que tal nulidade secundária se encontra sanada por falta da sua arguição tempestiva (arts. 202.^o e 205.^o, n.^o 1, do CPC).

Improcede, assim, esta questão prévia da nulidade processual invocada pela recorrente nas conclusões 1.^a e 2.^a da sua alegação.

7.2 Estamos, assim, em situação de conhecer de fundo do presente recurso.

A presente acção emergente de responsabilidade civil extracontratual foi interposta pela A., ora recorrente, por actos lícitos de gestão pública praticados pelo Presidente da Câmara e do Vereador Substituto da mesma Câmara do Réu Município de Vagos, para ressarcimento dos prejuízos sofridos em consequência dos despachos daqueles titulares do órgão executivo do Município que declararam nulos e de nenhum efeito os despachos anteriores de aprovação do projecto de arquitectura e de deferimento global de construção, com concessão do respectivo alvará, sita no lugar da Gafanha da Vagueira, do concelho de Vagos.

A sentença ora recorrida julgou improcedente, por não provada, aquela acção e, em consequência, absolveu o Réu do pedido por entender que a causa adequada dos eventuais prejuízos sofridos pela A., ora recorrente, não foi a declaração de nulidade dos despachos dos titulares do órgão executivo do Município Réu, mas sim o próprio licenciamento declarado nulo por tais despachos que não respeitou as pertinentes normas urbanísticas a que estava sujeito. Assim, não ocorreu, na perspectiva da sentença, a necessária relação de causalidade adequada entre a arguida actividade lícita imputada ao Réu e os eventuais prejuízos sofridos pela A., nos termos dos arts. 483.^o e 563.^o do CC, de modo que não se verifica a pretendida responsabilidade por factos lícitos.

É contra esta decisão que reage a A., ora recorrente, entendendo haver erro de julgamento na sentença recorrida porquanto esta viola a lei substantiva, mais concretamente, o disposto no art.^o 52.^o, n.^o 2, al. b), e n.^o 5, do DL n.^o 445/91, de 20 Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo DL n.^o 250/94, de 15 de Outubro, o que implica igualmente uma errada aplicação do disposto nos arts. 483.^o, n.^o 1, in fine, e 563.^o do CC, porquanto os danos indemnizáveis por força daquela norma não são os resultantes “do próprio licenciamento que não respeitou as pertinentes normas urbanísticas a que estava sujeito”, mas, sim, da declaração de nulidade, por só esta declaração constituir, em abstracto, causa adequada da produção desses danos.

Vejamus para que lado tende a razão.

A responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos do Estado e demais pessoas colectivas públicas, consagrada no art. 9, do DL n.^o 48 051, de 21.11.67, é uma modalidade da responsabilidade administrativa sem culpa, visto que sacrifica certos e determinados interesses legítimos em benefício da colectividade inteira, ou seja, dá lugar a uma colisão de direitos, na medida em que a administração exerce um direito que sacrifica outros direitos, baseando-se no princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos (Prof. Marcello Caetano, in Manual de Direito Administrativo, Vol. II, pp. 1238 e segs.).

Assim, o Estado e demais pessoas colectivas públicas deverão indemnizar os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais (ibidem, art. 9.^o, n.^o 1).

Deste modo, os prejuízos sofridos têm de ser especiais e anormais, ou seja, “só podem fundar-se na necessidade de um duplo travão ou limite:

1) Evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves.



2) Procurar ressarcir danos que, sendo graves, incidiram designadamente sobre certos cidadãos.

Introduzem-se, assim, dois momentos perfeitamente diferenciáveis: em primeiro lugar, saber se um cidadão ou grupo de cidadãos foi, através de um encargo público, colocado em situação desigual aos outros; em segundo lugar, constatar se o ónus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício” (Prof. Gomes Canotilho, in “O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos”, pp. 282-283).

Além destes pressupostos, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das autarquias locais por factos lícitos exige ainda outro que é o nexó de casualidade entre a conduta e o dano, apurado segundo a teoria da causalidade adequada ou a determinação do nexó causalístico entre a lesão e a medida soberana que a provocou, na sugestiva terminologia do Prof. Gomes Canotilho (in obra citada, pp. 309 e segs.).

Ora, é deste último pressuposto que vamos agora tratar de forma especial, visto ter sido apenas com base nele que a sentença recorrida deu por não provada a presente acção e absolveu o Réu do pedido.

Analisando a matéria de facto apurada nos autos, chegamos à seguinte conclusão:

A A., ora recorrente, requereu oportunamente à Câmara Municipal de Vagos o licenciamento da construção de um edifício com 12 fracções autónomas, sito no lugar da Gafanha da Vagueira;

O referido licenciamento (aprovação do projecto de arquitectura e deferimento global de construção) foi instruído com diversos elementos legalmente exigidos, nomeadamente com o termo de responsabilidade a que alude o art. 6.º do DL n.º 445/91, com a redacção do DL n.º 250/94, onde o responsável pelo projecto declarou a conformidade deste com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, designadamente com os instrumentos de planeamento territorial e alvará de loteamento válidos nos termos da lei (doc. de fls. 170) e, no final de tal procedimento, foi tal licenciamento deferido por despachos do Vereador e do Presidente da CM de Vagos, respectivamente, de 25.02.94 e de 10.03.94, tendo sido concedido o respectivo alvará de licença de obras n.º 58/94, em 14.03.94. Em virtude de uma acção inspectiva efectuada no Município pela Inspecção-Geral da Administração do Território (IGAT), foram detectadas irregularidades em tal processo de licenciamento, o que determinou que, por despachos do vereador e do presidente da CM de Vagos, respectivamente, de 28.07.95 e de 03.08.95, fossem declarados nulos e de nenhum efeito os despachos de licenciamento e concessão do alvará atrás referidos, tendo a A., ora recorrente, sido notificada para devolver o alvará respectivo.

A A. interpôs, então, recurso contencioso dos referidos despachos anulatórios, ao qual foi negado provimento por sentença de 30.03.98, transitada em julgado (doc. de fls. 41-48), onde foi reconhecido que aqueles actos primários aprovaram o projecto de arquitectura e licenciaram a obra contra as prescrições do alvará de loteamento e plano urbanístico em questão — art. 52.º, n.º 2, al. b), do DL n.º 445/91, pelo que eram nulos, porquanto, concretamente, foram violadas as regras do art. 23.º do Regulamento do Plano de Pormenor, ex vi do seu art. 39.º, segundo o qual “a diferença entre as cotas do arruamento pelo qual se faz o acesso à construção e o tecto da cave não poderá exceder 1 metro”, bem como as regras de implantação dedutíveis das peças gráficas “indissociáveis e complementares” do mesmo instrumento jurídico, já que houve um aumento da área de implantação da obra e a invasão do domínio público com deslocação do lote, ou seja, uma delimitação no terreno diversa da prevista no alvará de loteamento e no plano urbanístico referidos.

Pois bem.

O art. 52.º, n.º 2, al. b), do DL n.º 445/91, na redacção que lhe foi dada pelo DL n.º 250/94, considera “nulos os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento que violem... plano municipal do ordenamento do território... ou alvará de loteamento em vigor”.

Em tais situações, prescreve o n.º 5 do mesmo normativo, o município constitui-se na obrigação de indemnizar os prejuízos causados aos interessados.

Mas, será este normativo suficiente para determinar a responsabilidade civil extracontratual do Réu Município no caso concreto dos autos, como pretende a recorrente?

É, desde que entre a actuação dos órgãos representativos do Município e os danos causados ao interessado haja o nexu causalístico atrás referido, ou seja, o dano seja consequência normal, directa e imediata da actuação daqueles órgãos.

E essa consequência existe, bem como a obrigação de indemnizar, quando os licenciamentos, embora nulos, sejam imputáveis à conduta consciente e culposa dos titulares dos órgãos, ou seja, quando estes, com dolo ou mera negligência, licenciem obra que sabem, ou deviam saber, violar plano urbanístico válido e eficaz ou alvará de loteamento em vigor.

No caso dos autos, tal nexu causalístico não existe entre os danos causados à A., ora recorrente, e a medida soberana do Município que os provocou, que não foi a declaração de nulidade, visto que com esta os titulares dos órgãos do Município nada mais fizeram que repor a legalidade da ordem jurídica violada e de que não tinham outra alternativa, dado que estavam no âmbito de actividade vinculada, mas sim os actos administrativos que legalizaram, contra as normas legais e instrumentos urbanísticos aplicáveis, a aprovação do projecto de arquitectura e o deferimento global da construção, com a concessão do respectivo alvará.

Todavia, os referidos danos também não foram consequência adequada da conduta dos titulares do órgão executivo que emitiram os actos de legalização, dado que estes não foram consciente e culposamente emitidos pelos titulares do órgão executivo do Município, sendo, antes, emitidos em estado de erro sobre os respectivos pressupostos para o qual contribuiu decisivamente a conduta negligente da própria A., que, ao requerer o licenciamento da construção, o fez, instruindo o processo com elementos todos eles tendentes a fazer convencer o Município Réu que tal licenciamento era legal e estava de acordo com os instrumentos de planeamento territorial e alvará de loteamento em vigor, como se prova através do termo de responsabilidade a que alude o art. 6.º do DL n.º 445/91, com a redacção do DL n.º 250/94, e plantas de localização do prédio a construir (docs. de fls. 162 a 166), quando em boa verdade tal licenciamento violava as regras dos arts. 23.º e 39.º do Regulamento do Plano de Pormenor e ainda a delimitação do próprio alvará de loteamento, com o aumento da área de implantação da obra e a invasão do domínio público com a deslocação do lote, ou seja, com uma delimitação no terreno diversa da prevista no alvará de loteamento e naquele instrumento de planificação urbanística.

Deste modo, os danos sofridos pela A., ora recorrente, são consequência adequada da sua própria conduta negligente e do erro em que com ela fez cair o Réu, ora recorrido, pelo que não pode vir agora beneficiar de tal actuação.

Face ao exposto, bem andou a sentença recorrida, embora de forma não muito fundamentada, em considerar os eventuais danos sofridos pela A. não resultantes de uma relação de casualidade adequada da actividade imputada ao Réu, absolvendo, em consequência, este do pedido.

Não havendo censura a dirigir a tal decisão, dado não terem sido violados os normativos indicados pela recorrente nas conclusões da sua alegação, dão-se como improcedentes todas estas conclusões.

8. Nos termos expostos, acordam em negar total provimento ao presente recurso jurisdicional interposto pela A., ora recorrente, e em confirmar a sentença recorrida.

Custas pela Autora, ora recorrente.

Lisboa, 05 de Junho de 2001



Comentário

1. Os normativos legais aplicáveis ao caso sub judice

A responsabilidade civil extracontratual do município no âmbito da gestão urbanística (concretamente, no domínio do licenciamento de obras particulares) é o tema subjacente ao Acórdão do STA aqui em anotação.

Antes de mais saliente-se que, embora a solução a que nele se chega tenha tido por base o regime jurídico consagrado no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, a solução não seria diferente à luz do regime actualmente em vigor: Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro — que aprovou o Regime Jurídico de Urbanização e Edificação (RJUE) —, com as alterações do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

A solução a que chega o presente Acórdão tem na sua base a aplicação de um normativo legal nos termos do qual são nulas as licenças que violem o disposto em plano municipal de ordenamento do território e alvará de loteamento em vigor [artigo 52.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 445/91, a que corresponde, com pequenas alterações, a alínea a) do artigo 68.º do RJUE] e a previsão de que nesta situação o município constitui-se na obrigação de indemnizar os prejuízos causados aos interessados (n.º 5 do artigo 52.º, que tem correspondência, naquilo que aqui interessa, com o artigo 70.º do RJUE, artigo que determina expressamente ser o município civilmente responsável pelos prejuízos causados em caso de declaração de nulidade sempre que esta resulte de uma conduta ilícita dos titulares dos respectivos órgãos ou dos seus funcionários e agentes).

2. Responsabilidade por actos lícitos ou por actos ilícitos?

A primeira questão tratada no Acórdão com relevo para o presente comentário é a de saber se a responsabilidade prevista no n.º 5 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 445/91 (e actualmente no artigo 70.º do RJUE) é uma responsabilidade por actos lícitos — tal como a questão foi colocada pelo recorrente — ou, pelo contrário uma responsabilidade por actos ilícitos, como se defendeu no presente aresto. A resposta a esta questão está naturalmente dependente de saber qual é o facto que dá origem à obrigação de indemnizar: o licenciamento da operação urbanística em violação de plano ou alvará de loteamento ou a declaração de nulidade da mesma?

Para o recorrente, o licenciamento da obra, mesmo que em violação do previsto naqueles instrumentos urbanísticos, não provocou quaisquer prejuízos na sua esfera jurídica. Os seus prejuízos resultaram, na sua perspectiva, de a licença emitida ter sido declarada nula, o que teve como consequência a demolição do próprio edifício e a inutilidade de todos os encargos financeiros assumidos na e com a sua construção. Assim, não obstante serem lícitos os actos de declaração de nulidade, foram eles a origem dos prejuízos sofridos. No que concerne a esta questão o STA entendeu, e quanto a nós bem, que não existe um nexo de causalidade adequada entre a declaração de nulidade das licenças urbanísticas nulas e os prejuízos sofridos pelo requerente: a causa adequada dos eventuais prejuízos não foi, de facto, a declaração de nulidade, mas sim o próprio licenciamento declarado nulo por não ter respeitado as normas urbanísticas pertinentes a que estava sujeito. Com efeito, tivesse a licença respeitado as normas urbanísticas aplicáveis e não teria o respectivo titular qualquer prejuízo.

Esta é, aliás, a solução que decorre de uma forma muito clara do normativo legal aplicável ao caso (n.º 5 do artigo 52.º): segundo este, é a situação de nulidade referida no n.º 2 que origina a obrigação de indemnizar os prejuízos causados aos interessados e não a

declaração da mesma, que nem sequer é directamente referida neste normativo. Por sua vez, como também resulta claramente do artigo 70.º, n.º 1, do actual RJUE, “... em caso de (...) declaração de nulidade...” (e não por causa dela), o município responde civilmente quando “... a causa da (...) declaração de nulidade resulte de uma conduta ilícita dos titulares dos seus órgãos ou dos seus funcionários e agentes”. Na base ou origem da obrigação de indemnizar está pois, como resulta claramente deste preceito legal, a causa da declaração da nulidade (nulidade da licença) e não esta mesma declaração. Estamos, pois, neste domínio, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual subjectiva da Administração por actos ilícitos, como muito bem entendeu o presente Acórdão.

3. Causalidade adequada

Se concordamos inteiramente com a primeira premissa dada como assente no presente Acórdão, já a segunda questão aí tratada nos merece algumas reservas, necessitando de um tratamento mais cuidado e de alguns esclarecimentos suplementares.

Trata-se agora de saber se existe um nexo de causalidade entre a conduta administrativa (a prática do acto nulo — licença —, por violação de um plano urbanístico e de um alvará de loteamento) e o dano sofrido pelo requerente (demolição da edificação e perda de todo o investimento nela feito), segundo a teoria da causalidade adequada. A esta questão o STA respondeu negativamente.

Para o efeito, o Tribunal começa por afirmar que, não obstante os normativos legais supra referidos determinarem expressamente a obrigação indemnizatória do município pela prática dos actos nulos, tal obrigação não é automática. Trata-se, de facto, de um dado inegável: o de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado e de pessoas colectivas por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta nos pressupostos de idêntica responsabilidade prevista na lei civil que são o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o prejuízo ou dano e o nexo de causalidade, sendo, por isso, necessário verificar se, no caso sub iudice, todos aqueles pressupostos estão verificados. Apenas em caso afirmativo haverá responsabilidade da Administração. Basta, no entanto, que falte um deles para que tal responsabilidade tenha de ser afastada.

É precisamente na defesa da inexistência do último pressuposto referido (nexo de causalidade), que o Tribunal se baseia para negar, in casu, a responsabilidade da Administração. Com efeito, entende o Tribunal ser necessário, para que haja responsabilidade da Administração, que o dano causado ao interessado seja uma consequência normal, directa e imediata da actuação daqueles órgãos. Ora, no seu entender, tal não se verificou no caso em análise porque, como afirma o Acórdão, a nulidade da licença concedida não foi imputável à conduta consciente e culposa dos titulares dos órgãos — que apenas ocorre quando estes, com dolo ou mera negligência, licenciam obras que sabem, ou deviam saber, violar plano urbanístico válido e eficaz ou alvará de loteamento em vigor —, mas a uma situação de erro sobre os respectivos pressupostos, que teve na sua origem uma conduta negligente do próprio requerente, na medida em que o mesmo instruiu o respectivo requerimento com elementos (termo de responsabilidade e plantas de localização do prédio) tendentes a convencer o município de que tal licenciamento era legal e estava de acordo com os instrumentos de planeamento territorial e alvará de loteamento em vigor.

Ora, se a situação tiver, de facto, decorrido da forma acabada de descrever, isto é, com o requerente a induzir em erro a entidade administrativa que pensa, por exemplo, estar a licenciar uma edificação com uma certa localização que, na realidade, não tem (como acontece no caso de junção de plantas de localização erradas), não há dúvida de que tal

facto não pode ser imputado à entidade administrativa, faltando o nexo de causalidade necessário para a imputação de responsabilidade civil à Administração.

Temos, no entanto, dúvidas de que os factos tenham efectivamente ocorrido deste modo, uma vez que, como contra-alegou o município, o que se verificou foi ter o requerente indicado “... nos respectivos projectos medidas e áreas não permitidas pelo Plano de Pormenor...”. Ora, se assim tiver sido, isto significa que o requerente não induziu a entidade administrativa em erro. Pelo contrário, identificou devidamente a operação que pretendia concretizar, sendo certo que do requerimento apresentado resultavam claramente as respectivas características violadoras do plano.

Pode, no entanto, afirmar-se que, mesmo que tal seja verdade, nem assim se pode imputar a responsabilidade à entidade administrativa, visto que o processo estava também instruído com um termo de responsabilidade do técnico autor do projecto, termo este que, como lhe é próprio, atestava a conformidade do projecto com todas as normas legais e regulamentares aplicáveis. Poderia, por isso, afirmar-se que, também por este motivo, teria o requerente induzido a entidade competente em erro, sendo, assim, acertada a decisão do STA de imputar a causalidade do dano não ao município, mas sim ao próprio requerente. Com esta premissa não podemos, no entanto, concordar, pelas razões que exporemos de seguida.

4. O termo de responsabilidade dos autores dos projectos e a actividade de controlo municipal das operações urbanísticas

Como é sabido, a realização de operações urbanísticas, com especial relevo para as de iniciativa privada, há muito que se encontram, entre nós, sujeitas a um controlo preventivo por parte do município consubstanciado, até há pouco tempo, apenas num acto de licenciamento e, desde a entrada em vigor do novo RJUE, também, em determinadas circunstâncias, num acto de autorização. Para situações muito simples, prevê ainda a lei a comunicação prévia que consiste também num procedimento de controlo preventivo mais simples, uma vez que não pressupõe uma decisão final expressa.

Assim, perante pretensões urbanísticas privadas, tem a administração não apenas o poder, mas também o dever, de promover a apreciação técnica dos respectivos projectos para verificar da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis e, caso se verifique violação das mesmas deve, nuns casos, e pode, noutros, indeferir a respectiva pretensão. Caso a desconformidade seja com planos urbanísticos (actualmente apenas os directamente vinculativos dos particulares) ou com alvará de loteamento, existe uma obrigação de indeferimento do pedido, sob pena de nulidade do respectivo acto (licença ou autorização). A apreciação dos projectos pelos técnicos municipais e a verificação do cumprimento das normas de planificação territorial e alvarás de loteamento não é, em caso algum, mesmo que se trate do processo de autorização, dispensado. Com efeito, mesmo no procedimento de autorização, apesar de a lei não referir a fase de apreciação dos projectos (ao contrário do que acontece no procedimento de licenciamento — artigos 20.º e 21.º), a verdade é que tal apreciação tem de ser feita, se tivermos em consideração o alargamento dos motivos de indeferimento dos pedidos de autorização introduzida no artigo 31.º pelo Decreto-Lei n.º 177/2001. É que, apenas com a apreciação técnica dos projectos (designadamente do projecto de arquitectura) é possível verificar se a obra afecta ou não a estética das povoações, a sua adequada inserção no ambiente urbano ou a beleza das paisagens [alínea a) do n.º 3 do artigo 31.º], se verifique ou não ausência de infra-estruturas de abastecimento de água e saneamento [alínea b) do mesmo n.º 3]; se a operação constitui ou não, de uma forma comprovada, uma sobrecarga inoportável para as infra-estruturas existentes [alínea b) do n.º 6 do mesmo normativo legal], etc.¹ Em todo o caso, mesmo

no âmbito do procedimento de autorização tal como se encontrava concebido na versão original no RJUE — que se caracterizava por um controlo municipal muito mais limitado —, a autoridade administrativa competente tinha sempre de verificar a conformidade do projecto com o plano de pormenor e a licença de loteamento, com a única diferença de que estes eram, nessa versão, os únicos parâmetros apreciados.

A previsão de dispensa da apreciação dos projectos pelos técnicos municipais apenas esteve consagrada no âmbito do Decreto-Lei n.º 455/99, nas situações em que os mesmos fossem acompanhados de certificados de conformidade previstos no artigo 5.º daquele diploma legal e regulados no Decreto-Lei n.º 83/94, de 14 de Março. Os certificados de conformidade dos projectos eram verdadeiros mecanismos de simplificação dos procedimentos administrativos de licenciamento — os projectos com eles instruídos não só ficavam dispensados de apreciação pelos serviços técnicos municipais, como o prazo para a respectiva decisão era reduzido para metade. O inêxito da sua utilização — que sabemos, não só a maior parte (para não dizer a totalidade) dos municípios não definiram quais os projectos que podiam ser instruídos com certificados de conformidade (cfr. n.º 5 do artigo 5.º), como não chegaram a constituir-se entidades habilitadas para o efeito — levaram o legislador português a abandonar este instituto.²

Podemos assim concluir que, em qualquer situação, os técnicos municipais têm de apreciar os projectos a eles submetidos e verificar o cumprimento, pelos mesmos, dos parâmetros aplicáveis, nomeadamente os constantes de plano de pormenor e licença de loteamento. E isto é assim, mesmo que o processo esteja instruído (e terá de estar sempre) com um termo de responsabilidade do técnico autor do projecto.

Não pode, por isso, concluir-se, apenas porque o requerimento vem acompanhado de um termo de responsabilidade do autor do projecto, que deixa de existir um nexo de causalidade entre a conduta da administração (que emite a licença em contradição com plano de pormenor ou alvará de loteamento) e o prejuízo daí decorrente. Tal apenas aconteceria se o termo de responsabilidade, tal como o referido certificado de conformidade dos projectos, dispensasse a apreciação dos mesmos pelos técnicos municipais, o que, como vimos, não aconteceu o caso do projecto de arquitectura. Quando muito pode defender-se que, porque o requerimento vem acompanhado de tal termo de responsabilidade, há uma concorrência de culpas com influência no montante da indemnização a pagar pelo município, mas nunca uma desresponsabilização da Administração por falta do nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo. Aliás, se assim fosse, não se compreenderia a previsão legal da responsabilidade da Administração pela prática dos actos de licenciamento nulos uma vez que todos os pedidos têm de ser necessariamente acompanhados do termo de responsabilidade dos Autores dos projectos.

5. Sentido e alcance do termo de responsabilidade

Naturalmente que se o termo de responsabilidade não dispensa a apreciação dos projectos por parte dos órgãos competentes, sempre se poderá questionar qual o sentido prático do mesmo.

Parece-nos que tal documento tem várias finalidades quer não devem ser descuradas. Em primeiro lugar, como vimos, o facto de o pedido vir acompanhado de um termo de responsabilidade que afirma o cumprimento dos normativos aplicáveis tem, desde logo, a consequência imediata de repartir a responsabilidade, em caso de violação dos mesmos, entre o município e o técnico autor do projecto. Isto significa, que na parte em que o requerente não é indemnizado pelo município, poderá (e deverá) accionar o técnico para o ressarcimento da totalidade dos prejuízos.³

Para além disso, tem ainda a função de declarar a conformidade do projecto com um conjunto de normas aplicáveis ao mesmo e que não cabe ao órgão municipal, porque fora do âmbito das suas atribuições, apreciar, como acontece com as normas de direito privado aplicáveis. É que as licenças e as autorizações urbanísticas estão sujeitas, exclusivamente, a regras de direito do urbanismo, não competindo aos órgãos municipais apreciar a conformidade com outros ordenamentos jurídicos, designadamente o privatístico. Por isso se afirma que as licenças são emitidas sob reserva de direitos de terceiros. Tal não significa, só porque não compete à administração apreciá-las, que a operação possa ser realizada em violação daquelas normas. No entanto, responsável por eventuais prejuízos perante terceiros que decorram da violação das mesmas não é, nem em parte, o município, mas exclusivamente o requerente, que pode posteriormente accionar o autor do respectivo projecto que se responsabilizou, precisamente no termo de responsabilidade, pelo cumprimento de todos os normativos aplicáveis.⁴

Isto significa que o termo de responsabilidade tem o sentido, perante a câmara municipal, de servir de garantia de que o restante ordenamento jurídico (excluindo o urbanístico, que lhe compete apreciar) está cumprido. No restante, o seu relevo jurídico limita-se à relação (privada) autor do projecto/dono da obra visto que, em caso de violação das respectivas normas que causem prejuízos a este último, o termo de responsabilidade permite imputar àquele a respectiva responsabilidade.

Fernanda Paula Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Tal apreciação é, no entanto, feita, no caso da autorização, de uma forma informal dada a ausência de previsão legal expressa, com todos os inconvenientes daí resultantes, designadamente, do facto de o prazo para a decisão final não se interromper para efeitos dessa apreciação. Sobre este aspecto, cfr. o nosso "O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação", in Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 8 (2001).

² Cfr. artigo 129.º do RJUE, que revogou o Decreto-Lei n.º 83/94.

³ De notar que as falsas declarações dos técnicos nos termos de responsabilidade configuram ainda um crime de falsificação de documentos punido criminalmente (cfr. artigo 56.º-A do Decreto-Lei n.º 445/91 e n.º 2 do artigo 100.º do RJUE).

⁴ Sobre a responsabilidade dos titulares das licenças e a ausência da mesma por parte do município no caso de violação pela licença de direitos de terceiros vide o nosso "As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coleção Studia Iuridica, Ad Honorem – 1 Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RevCEDÖUA



Interfextos

Apreciação da Tese de Mestrado da Licenciada
Mafalda Carmona

“O Acto Administrativo com Efeito Conformador de Relações Jurídicas entre Particulares”

I. Apreciação na Generalidade

A senhora Lic. Mafalda Carmona apresentou-se a provas de Mestrado com uma dissertação intitulada “O acto administrativo com efeito conformador de relações jurídicas entre os particulares”.

1. Méritos

1.1. A centralidade do tema

Num primeiro juízo valorativo, cumpre-nos felicitar a Autora pela escolha do tema. Além do seu manifesto relevo prático, ele obriga os investigadores a visitarem ou revisitarem os problemas dogmáticos e teóricos mais difíceis da teoria geral do direito, em geral, e do direito público, em particular.

1.2. Matéria pouco estudada

A escolha do tema é acertada, tendo em conta a indiferença e sobrançeria da doutrina nacional relativamente aos problemas em discussão. A Autora põe em relevo o “cisma” entre publicistas (administrativistas) e civilistas. Uns respondem aos costumes, afirmando a precedência do direito administrativo sobre o direito privado. Porquê, perguntar-se-á. Porque sim! Outros respondem aos mesmos costumes, reiterando a permanência, preferência e autonomia do direito civil. Porquê, perguntar-se-á. Porque sim!

1.3. A abordagem da Autora

Se há um problema que não pode ser analisado com ideias feitas, este é precisamente um deles. As respostas carecem de uma suspensão reflexiva profunda. A senhora Mestranda procedeu a uma minuciosa análise, esgotando praticamente todas as dimensões problemáticas. Quem quiser doravante discutir o efeito conformador do acto administrativo nas relações entre particulares tem de ler obrigatoriamente este livro.

1.4. Tese de doutoramento

Acontece ainda que a dissertação que nos compete apreciar não é, em rigor, uma tese de mestrado. Tem quase todas as qualidades de uma tese de doutoramento. Os júris académicos costumam assinalar as virtudes que uma tese doutoral deve possuir:

- a. novidade do tema
- b. artesanía jurídica
- c. autonomia problemático-discursiva

Que o tema é, em grande medida, pautado pela novidade (pelo menos entre nós), já o dissemos. A artesanaria jurídica está também à prova. A consulta e leitura das mais importantes obras justificam as trinta páginas de bibliografia. Embora sejam dominantes as obras de direito público, a senhora Mestranda fez também as incursões necessárias pelo direito civil e pelo direito penal. Dir-se-á, mesmo, que os escolhos teórico-dogmáticos, estivessem lá onde estivessem, tinham de ser enfrentados. A intertextualidade riquíssima verifica-se, mesmo, a nível de notas de rodapé. Não são apenas exhibições artificiais de erudição. A Autora aproveita estes momentos intertextuais para conversar com os Autores fazendo críticas, sugestões e comentários demonstrativos de uma notável autonomia problemático-discursiva. Esta autonomia revela-se ainda nas teses sustentadas pela Autora. Não envereda por posições saturadas. Submete ao crivo analítico as várias posições, sugerindo soluções originais, baseadas em retórica argumentativa cientificamente sustentada.

1.5. O domínio das *leges artis* da profissão

Não podemos deixar de relevar, nesta apreciação na generalidade, o domínio das *leges artis* da profissão revelado pela senhora Mestranda. Quer quando discute questões jurídico-dogmáticas de cunho estritamente jus-administrativista (ex. acto administrativo) quer quando analisa a doutrina civilista (por ex., quanto a acções negatórias, ao conceito de ilicitude e de responsabilidade), quer quando se concentra em problemas de direito constitucional (ex. a eficácia externa dos direitos fundamentais), a Autora demonstra um domínio seguro das ferramentas jurídicas. É, em termos teóricos, uma excelente jurista.

2. Deméritos

Como facilmente se deduzirá, o esforço da Autora no sentido de não fugir às dificuldades acaba por explicar e originar algumas debilidades no discurso argumentativo. Referimos algumas delas.

a) Arrastamentos retórico-discursivos

As palavras indiciam mesmo isso. A Autora arrasta-se na análise de algumas matérias:

- distinção entre direito público e direito privado pp. 17, 37, 118 e 119
- efeito legalizador, direito de polícia, pp. 42, 59ss.
- direito administrativo/direito penal, pp. 77ss e 108ss.
- vinculação de entidades privadas, p. 141
- responsabilidade e ilicitude, p. 169 ss.

b) Banalização do discurso

O discurso da Autora não é, de nenhum modo, banal. Pelo contrário, só notamos “dissonâncias” quando utiliza fórmulas “passpartout” em voga: “Estado pós-social”, “sociedade de risco”, “importância da ponderação como novo paradigma”. Algumas destas banalizações devem-se, precisamente, ao facto de a senhora Mestranda desconhecer obras básicas nesta problemática. Basta assinalar as ausências de Luhmann e Beck na análise da sociedade de risco. O mesmo se diga sobre a “administração pública infra-estrutural” onde são notórias as falhas respeitantes aos problemas da regulação de redes infra-estruturantes como dimensão básica do novo direito administrativo.

c) Saltos lógico-argumentativos

Por vezes, é difícil descortinar o encadeamento dos argumentos. A Autora parece saltar ou introduzir extractos temáticos novos (v. p. 141 sobre a Constituição alemã; p. 160 sobre as relações jurídico-ambientais; p. 265 sobre o dever fundamental de respeito ao ambiente; p. 271 sobre a proximidade do dano).

II. Apreciação na Especialidade

Já é tempo de nos ocuparmos dos problemas discutidos na tese.

1. A intriga/o título

Verificamos que a descoberta da intriga (p. 241) se deve à leitura da obra exemplar de G. Wagner, — Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit. Também nós, na nossa lição de agregação, havíamos ficado devedores da leitura desta monografia. Sendo assim, nada melhor do que recolher a localização do problema:

“Se um comportamento produzir danos que possibilitariam a aplicação de normas de direito privado (acção negatória, responsabilidade civil), tal aplicação encontra-se excluída pela circunstância do comportamento se encontrar autorizado pela Administração?”

A Autora, a p. 346, também considera esta interrogação como hipótese de partida:

“Trata-se de saber se o acto administrativo pode validamente conformar as relações de vizinhança de modo a excluir pretensões jurídico-privadas que os vizinhos teriam se aquele acto não surgisse.”

Nesta colocação do problema, feita por Wagner e pela Autora, há algumas diferenças. O autor alemão alude a aplicação de normas de direito privado e a Autora refere-se à conformação de relações de vizinhança. O título da tese aproxima-se da primeira formulação. Uma parte substancial da tese é dedicada às relações de vizinhança. A primeira pergunta será então esta: o acto administrativo como efeito conformador de relações jurídicas entre particulares ou como conformador de relações de vizinhança?

2. A localização do problema

A senhora Mestranda entendeu e bem que a pergunta a fazer, em primeiro lugar, era esta: o problema do chamado efeito conformador localiza-se onde? Por outras palavras: de que problema se trata?

- de um problema respeitante à unidade do ordenamento jurídico?
- de um problema de direitos fundamentais dos “terceiros” e dos “autorizados”?
- de um problema de segurança jurídica e de protecção da confiança?
- de um problema dos efeitos do acto administrativo e da função administrativa?
- de um problema de colisão de direitos fundamentais?
- de um problema relativo à construção da ilicitude e, até, de pluralidade de ilicitudes?
- de um problema de vinculação do juiz civil a decisões administrativas, o que vale dizer que é um problema de separação de poderes?

A resposta da Autora é esta: é um problema que foca todos estes problemas. Há que os debater a todos, mesmo que a título de incidente. Mas há também que defender teses. Mesmos que elas sejam provocatórias. Falámos de provocação? Isso mesmo: a Autora aponta para rupturas discursivas e dogmáticas. A mais radical é esta: a inconstitucionalidade de todas as características imputadas ao acto administrativo. Vejamos como.

3. A inconstitucionalidade de todas as características imputadas ao acto administrativo

Contrárias aos princípios constitucionais (p. 298) são todas as características imputadas aos actos administrativos.

- (1) o acto administrativo não é uma fonte de direito mas um mero facto jurídico;
- (2) o efeito vinculativo do acto administrativo encontra-se dependente do que se admita ser o seu conteúdo;

(3) deve ser excluído deste a autodeterminação da validade do acto administrativo, podendo e devendo o juiz apreciar em qualquer momento a validade do acto;

(4) o caso decidido limita-se à determinação dos efeitos jurídicos, não abrangendo a certificação de validade do mesmo;

(5) a figura do caso decidido tem que ser confrontada com os princípios constitucionais que a justificam (a ela e às respectivas normas legitimadoras)

A Autora propõe a degradação do acto administrativo a mero facto jurídico de forma a poder integrar-se numa relação jurídica, regulada por diversos princípios constitucionais e por normas jurídicas pertencentes a vários ordenamentos. Esta provocação permite-lhe defender uma outra tese, pondo o problema do efeito conformador precisamente ao contrário (p. 257):

“A questão que se deve colocar, perante um acto administrativo que permite a produção de efeitos prejudiciais para os vizinhos, não é se este acto (válido) consegue afastar a ilicitude civil; pelo contrário, o que se deve questionar é se um acto administrativo que permite a produção de efeitos jurisdicionais potencialmente valorados como ilícitos pelo direito privado, pode ser considerado como acto válido.”

e acrescenta (p. 261) de forma mais incisiva

“em vez de o acto administrativo legalizar a ilicitude civil, é antes esta que ilegaliza o acto administrativo.”

A estratégia da Autora passa por submeter a um minuciosa análise o chamado *Legalisierungswirkung*, distinguindo-o, em rigor, do *privatrechtliche Gestaltungswirkung*. Aproveita ainda para passar em revista as relações entre direito penal e direito administrativo reconduzíveis à equívoca expressão de acessoriedade do direito penal (*Akzessorietät*) e às relações entre direito civil e administrativo discutidas sob o conceito “*Vorgabe*” (precedência). Para conseguir dar coerência dogmática à sua retórica argumentativa a Autora discute e critica um a um todos os efeitos atribuídos os actos administrativos:

(1) *Bindungswirkung* (efeito vinculativo)

(2) *Bestandkraft* (caso decidido)

(3) *Tatbestandswirkung* (acto como pressuposto)

(4) *Feststellungswirkung* (fixação de efeitos)

Assim “domesticado”, o acto pode degradar-se em “facto”. Temos dúvidas quanto à sua tese central. Por um lado, a degradação justificaria a radicalização do discurso pondo em causa a aceitação do próprio “privilégio” da decisão prévia da administração que, segundo uma representativa parte da doutrina (que não a nossa), continua subjacente ao regime jurídico-constitucional da administração pública. Por outro lado, a construção da Autora deixa entrever claramente que a centralidade deve recair no conceito de relação jurídica, mais especificamente relações jurídicas de vizinhança. Mas é aqui que se localiza a deficiência estrutural da tese. Vejamos porquê.

4. Vizinho e relação de vizinhança

A senhora Mestranda entende (e bem) que muitos dos problemas do efeito conformador dizem respeito a relações de vizinhança jurídico-ambiental e jurídico-urbanística. No entanto, ficamos sem saber se se faz apelo a um conceito unitário de relações de vizinhança ou se, não obstante a referência indiferenciada a vizinhos, tem como pano de fundo relações plurais e diferenciadas de vizinhança — civilísticas, urbanísticas e ambientais. Querirá explicitar o seu pensamento, respondendo a esta objecção? A pergunta tem tanto mais cabimento quanto é certa a permanência da indefinição ao longo da tese:

— quando trata das relações de vizinhança (p. 33) fala de direito público dos vizinhos (p. 34)

— quando se refere à pacífica leitura ambientalista das normas de direito privado (p. 82)

— Quando se refere à publicização do direito dos vizinhos (p. 82)

As coisas ficam ainda mais obscuras quando a Senhora Mestranda sugere (p. 177) o conceito de relação jurídico poligonal, relação poligonal jurídico-fundamental. Volta a repetir a ideia quando, ao recolher a definição (p. 192) de acto administrativo do Professor Sérvulo Correia, insiste na necessidade do estudo da relação jurídica poligonal (aqui não utiliza o adjectivo fundamental). O problema não fica, por fim, esclarecido ao discutir os pressupostos da acção negatória (p. 242).

5. Colisão de direitos e ilicitude

A intransparência dogmática da relação jurídica conduz a que uma outra sua tese — e importante tese! — fique prejudicada. Com efeito, a p. 160, diz a Senhora Mestranda: “As relações jurídico-ambientais, de dimensão trilateral, onde entram em jogo não só os direitos dos particulares contra a Administração, mas igualmente os direitos particulares entre si, devem assim ser perspectivados como situações de colisão de direitos fundamentais.”

Se bem compreendemos as coisas, os problemas das relações de vizinhança resolvem-se através de uma metódica do direito constitucional de conflitos. Isso mesmo escreve a p. 177: “O problema do efeito conformador de relações jurídicas entre privados tem que ser perspectivado como um problema de colisão de direitos fundamentais.”

Não admira, assim, que, localizando o cerne do problema na ideia de colisão de direitos fundamentais, tenha necessidade de forçar o próprio conceito de ilicitude. Embora dedique páginas excelentes ao recorte conceitual de ilicitude pesando cuidadosamente as teses que ligam a ilicitude ao comportamento ou conduta (*Handlungsunrechwidrigkeit*) e as teses que associam ilicitude a resultado lesivo (*Erfolgsunrechwidrigkeit*), sugere (p. 178) que a ilicitude é um resultado da colisão de direitos fundamentais. Gostaria que me explicitasse melhor o seu pensamento a este respeito.

III. Operacionalidade prática das suas teses

Temos dúvidas quanto à bondade prateológica das suas teses. Assim, se colocarmos um problema de relações de vizinhança entre proprietários, qual é a “mais-valia” que se obtém pelo facto de reconduzirmos o conflito de interesses a um conflito entre dois direitos fundamentais de propriedade em vez de discutirmos um problema de conflito de dois direitos civilísticos de propriedade? A deslocação de todos os conflitos jusprivatísticos para conflitos jusfundamentais pode não trazer nenhuns ganhos e dificultar a própria jurisdictio jurídico--civilista. Poderá contestar a bondade da nossa observação.

Observações finais

As objecções colocadas confirmam a excelente impressão que colhemos do estudo da sua tese. Gostaria de lhe agradecer o facto de me ter obrigado a visitar os temas do direito administrativo da minha preferência (felizmente que o “delírio” do acto administrativo está em crise) e de ter analisado os problemas de uma forma mais completa e informada do que eu o fiz quando me confrontei com as questões agitadas na sua dissertação. Parabéns!



José Joaquim Gomes Canotilho
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RevCEDÖUA

Recensões

Scira Menoni,
Pianificazione e Incerteza.
Elementi per la Valutazione e la Gestione
dei Rischi Territoriali,
Franco Angeli,
Itália, Milão, 1997, 256 p.

1. O tema central da obra

A presente obra, prefaciada por Bruna Marchi e com uma introdução de Maria Cristina Treu (e posfácio de Elisa Guagenti Grandori), tem por objecto central a necessária introdução, na temática do urbanismo e da planificação territorial, da ideia genérica do risco, que deles tem estado praticamente excluída. A figura tradicional do plano urbanístico ou, mais amplamente, do plano territorial, resulta desadequada para responder às exigências colocadas pelo fenómeno do risco, obrigando a sua introdução na planificação territorial a repensar este instrumento e a forma da respectiva elaboração. Contudo, como o autor acentua, o problema aqui em debate não é tanto o de introduzir a relevância do risco no plano urbanístico, mas o de compreender como a planificação pode fornecer indicações e instrumentos úteis a reduzir e/ou mitigar os níveis de riscos crescentes a que estão expostas as colectividades humanas e a fornecer modos de tutela a utilizar para tornar o território menos vulnerável. O conceito fundamental aqui subjacente, — objecto de atenção especial da parte do autor — é o dos riscos territoriais.

2. Sistemática da obra

A obra em análise é fruto da revisão de uma tese de doutoramento elaborada pelo autor durante os anos de 1992 a 1994, em parte no Departamento de Ciências do Território do Instituto Politécnico de Milão, em parte no Department of Geography and Geology da Universidade de Massachusetts nos Estados Unidos. Encontra-se dividida em três grandes partes. A primeira, de carácter mais teórico, contém uma proposta de definição de riscos territoriais relativamente a três componentes fundamentais: a espacial (isto é, relativa às várias áreas em que o evento calamitoso tem repercussão, distinguível, segundo alguns, entre a o coração do evento, a sua coroa e a zona periférica), a temporal (isto é, relativa às fases temporais de um evento desastroso, socialmente recognoscível em impacto, emergência e reconstrução ¹⁾ e, por fim, a da vulnerabilidade territorial. Acentua-se o importante papel desempenhado pela planificação territorial nesta temática, designadamente através da formulação de standards de qualidade ou de risco aceitável.

Na segunda parte procede-se à análise de alguns casos de estudo relativos a situações ocorridas nos EUA, dois deles referidos a riscos naturais (o terramoto de Alaska em 1964 e o aluvião de Tulsa, Oklahoma, em 1993), o outro a riscos tecnológicos (o caso do desastre químico de Love Canal), para a compreensão dos quais o autor lança mão dos conceitos e instrumentos definidos na primeira parte. O objectivo da terceira e última parte da obra é

o de fornecer os dados necessários para um ulterior aprofundamento da realidade do risco em Itália com base nos conceitos elaborados na primeira parte e verificados na segunda: a análise dos casos de êxito dos EUA serve de pretexto para avaliar a susceptibilidade de os instrumentos aí referidos serem levados para a realidade italiana.

3. Conteúdo material

a) Apresentação geral

A discussão em causa nesta obra — o risco territorial — coloca-nos, claramente, perante um tema novo para as disciplinas que dele se ocupam, em particular, para o urbanismo. O esforço de explicitar o mais possível os conceitos, as categorias e os esquemas interpretativos utilizados neste domínio constitui a linha de guia da presente obra, na tentativa de relacionar a planificação territorial e a gestão dos grandes riscos. A convicção do autor é a de que a mitigação e a redução dos danos dos desastres naturais ou de outro tipo se pode alcançar tendo em conta os aspectos mais especificamente urbanísticos da localização de funções e serviços e dos destinos do uso do solo.

A primeira dificuldade que se coloca no estudo desta problemática é a da obtenção de uma definição universalmente válida e aceitável do risco, dificuldade que resulta, desde logo, de a literatura na matéria ser sectorial e variada. Existem, segundo o autor, três filões de pensamento sobre o risco: um derivado do âmbito de saber técnico, onde estão a engenharia e a medicina (em especial a de trabalho); outro relativo a disciplinas que têm como objecto o homem, seja através da sua percepção como indivíduo (psicologia) seja na sua integração social e cultural (sociologia e antropologia); o último o da economia. Estes três filões não devem, no entanto, ser vistos como autónomos e independentes. Por exemplo, à planificação territorial serve quer uma aproximação técnica, quer uma aproximação sociológica: da parte dos técnicos decorre um conjunto de recomendações prevalentemente normativas, direccionadas para os edifícios, bem como a predisposição para os sistemas de alarme e de emergência e para a infra-estruturação ordinária ou espacial; sociólogos e psicólogos convidam o planificador a um mais atento exame das questões sociais, de modo a tornar participativa a colectividade nas decisões em matéria de risco.

b) Riscos e planificação: ideias gerais

Da presente obra duas são, desde logo, as ideias de relevo a reter: a primeira, a de que o risco não é isolável do seu contexto espacial e temporal; a segunda, a de que na gestão dos riscos se deve dar prevalência a uma intervenção antecipatória em detrimento dos instrumentos de reacção. No que diz respeito a esta última, não restam dúvidas de que a planificação tem uma importante função a desempenhar, na medida em que pode predispor, antes do impacto, serviços que tornem a fase de emergência menos longa e dura possível, função essencialmente desempenhada pelos planos de emergência que não devem conter, contudo, apenas um sistema de alarme e de mobilização das forças de ordem e militares, devendo prever ainda modalidades de acesso às zonas que, em caso de um evento calamitoso, tenham maiores probabilidades de permanecer isoladas e a localização de centros de assistência nas zonas limítrofes às que são mais vulneráveis. Acentua-se, contudo, que nas zonas de risco, o estado de alerta, ou melhor, de pré-alarme, deveria constituir a normalidade, parte do viver quotidiano, e não um mecanismo activado pelo desastre já ocorrido ou em pleno desenvolvimento. A melhor forma de o garantir é introduzindo os aspectos fundamentais da gestão do risco no planeamento territorial ordinário, dando um tratamento integrado à planificação de funções e serviços, designa-

damente do ponto de vista das infra-estruturas.

O plano é, ainda, o instrumento mais apto a prever a reconstrução e o retorno à normalidade, sendo certo que interessa, para este efeito, não tanto um plano desenhado, quanto um plano com alternativas e opções possíveis entre as quais escolher. Acresce que a reconstrução não deve ser, em muitos casos, apenas a garantia do retorno à realidade — reposição da realidade tal como ela era —, mas a ponderação das soluções mais adequadas em relação a eventos futuros e à sua prevenção.

Aspecto importante a ter em consideração, na perspectiva do autor, é o de que para efeitos de planificação territorial interessa particularmente analisar como funciona a sociedade durante e a propósito dos desastres, sobretudo no que concerne à actuação das organizações competentes na matéria e à distribuição das instalações, ou seja, a capacidade que a comunidade tem para lhe fazer frente na emergência e na reconstrução. Para este efeito não tem particular relevo a distinção entre riscos naturais e riscos tecnológicos, na medida em que os instrumentos metodológicos, normativos e de decisão elaborados para os enfrentar são idênticos em ambos os tipos de riscos. As únicas categorias com interesse do ponto de vista da planificação são, na perspectiva do autor, o espaço e o tempo.

c) Conceitos fundamentais: riscos, perigosidade, exposição e vulnerabilidade

Para Menoni, o risco deve ser medido em termos de dano esperado, sendo obtido pela combinação entre a perigosidade do evento e a vulnerabilidade do sistema afectado, a que, numa versão mais completa, se acrescenta a exposição, seja relativa à componente humana, seja económica. No que concerne à perigosidade, a mesma depende de parâmetros específicos, como a característica do fenómeno ou do agente em causa, embora o mesmo, para fins de planificação, deva ser caracterizado por três ordens de grandeza: a intensidade, a frequência e a localização. No que diz respeito à exposição, deve a mesma ser determinada em função do número de pessoas co-envolvidas e do amontoar complexo de bens económicos e de capital fixo social presente no território com risco. Quando da avaliação de um risco obtida pela combinação entre um certo evento e a vulnerabilidade se pretende chegar ao dano esperado numa área, é necessário considerar a exposição, ou melhor, calcular quanto do património exposto é efectivamente vulnerável. Por exemplo, a concentração numa área, em particular metropolitana, de bens, serviços e pessoas é um indicador de vulnerabilidade, no sentido de que aumenta a probabilidade de que se tornem elementos frágeis, por um lado, e que, por outro, se multipliquem as interdependências e interconexões que tornam mais insidiosa a vulnerabilidade sistémica. O risco territorial é, para o autor, tendo em consideração os conceitos trabalhados, a combinação de uma fonte de perigo presente num território, de perigos induzidos neste e da quota de bens e pessoas expostos vulneráveis.

Por fim, com relevo no problema do risco territorial, estão as questões da vulnerabilidade entendida como a propensão para o risco: trata-se do grau de capacidade (ou de incapacidade) de um sistema para fazer frente e superar uma solicitação externa, considerando-se o sistema pouco vulnerável se o mesmo for capaz de responder eficazmente perante um evento muito violento (isto é, se for capaz de restabelecer a sua própria funcionalidade mesmo perante solicitações elevadas), e muito vulnerável se não for capaz de resistir a solicitações mínimas (ou seja, se o sistema territorial não conseguir sequer manter a sobrevivência mesmo perante fontes de solicitação de média ou mínima intensidade). Torna-se, no entanto, praticamente impossível definir vulnerabilidade em abstracto, se não se tiver em consideração o tipo e a intensidade de solicitações existentes em concreto. Um dos aspectos de maior relevo para garantir que a vulnerabilidade se mantém em níveis baixos é o grau de conhecimento, por parte da comunidade, dos riscos a que está



sujeita (não apenas do agente, mas também da distribuição espacial e temporal da própria vulnerabilidade e dos recursos humanos e materiais que existem para a combater): quanto maior for a informação, mais atenta está a população e mais predisposta a contribuir para o custo de se proteger do risco. Para o autor a vulnerabilidade organizativa interna é aquela que exprime a capacidade de uma implantação ameaçada resistir e fazer frente a uma situação de crise, sendo indicadores úteis todos os que se referem à localização de serviços de emergência, à acessibilidade a estes e ao sítio do desastre. Importante é também avaliar o nível de coordenação entre entidades da protecção civil e a existência de planos e de protocolos para a gestão da emergência levados a cabo antes do evento.

d) O risco e a planificação: a relação necessária

Tendo em consideração os constantes e complexos fenómenos de risco a que as sociedades actuais estão sujeitas acentua-se, desde logo, a ideia de que todas as medidas que sejam decisivas para os evitar e mitigar devem tornar-se ordinárias, no sentido de se conjugarem com prática urbanística e a gestão corrente dos planos comuns.

Fundamental é também a elaboração de planos de prevenção e de planos de reconstrução. Quanto a estes últimos a sua elaboração antes da ocorrência do evento danoso adquire particular relevo na medida em que permite antecipar escolhas e decisões de localização permitindo a atenuação dos seus efeitos danosos. O grau de consciência da administração sobre a importância de se dotar de normas e de medidas de mitigação ou redução dos próprios danos torna-se um factor crucial para avaliar a oportunidade da reconstrução, bem como a possibilidade efectiva de prevenir. Um dos parâmetros mais importantes para avaliar esta consciência é a existência de carta de riscos ou cartas das áreas mais perigosas no plano director em vigor na área.

Torna-se, pois, fundamental que a questão dos riscos seja ponderada e problematizada na elaboração dos instrumentos de planeamento correntes (ordinários), revestindo estes grande importância no âmbito da política de mitigação e redução dos riscos. A existência de um plano que tenha em conta os factores de risco existentes sobre o território e que incorpore no seu interior medidas para uma prevenção, mitigação e redução mais eficazes dos danos futuros, constitui um objectivo essencial. Com efeito, o plano territorial não pode aparecer apenas como um instrumento de racionalização dos fenómenos de crescimento contínuo e de reorganização das estruturas urbanísticas e territoriais, devendo também servir como instrumento que pode e deve gerar um modelo sustentável de uso dos recursos para a unidade territorial e ambiental de referência às diversas escalas.

A introdução da problemática do risco nos instrumentos de planeamento territorial apela assim a um conjunto de novas realidades. Em primeiro lugar, a exigência de uma nova interdisciplinaridade feita funcionar através de modelos que garantam a reunião de informação relevante e que se traduza em algo mais do que a mera troca de informação e de dados, pressupondo, antes, que os vários sectores da administração disponham da informação em tempo útil sobre o estado de inquinamento existente, das substâncias tóxicas processadas pela indústria, etc. Esta exigência apela igualmente a novas formas de relacionamento interadministrativo que se suporte sobretudo em decisões conjuntas e integradas dos diversos pontos de vista trazidos pelas várias disciplinas. Para que o plano possa ter um papel útil a este propósito é necessário que se delimitem convenientemente quais são os riscos relevantes que devem ser considerados, sendo necessário proceder, para este efeito, desde logo, à individualização de alguns indicadores chave a ter sob controlo e cuja eficácia explicativa, após a respectiva medição e avaliação, possa ser considerada correcta. A consideração dos riscos pelo plano exige, pois, uma colaboração intensa entre o urbanista/planificador e os peritos de outras áreas (biologia, geografia, geologia), não

podendo o urbanismo, como disciplina normativa e racional em matéria de uso do solo, desconhecer, como aconteceu durante muito tempo, os acidentes que ao longo da história foram ocorrendo no território. Para este efeito, a necessidade de uma contínua interacção entre peritos e decisores no processo de aquisição de conhecimento, interpretação de dados e escolhas normativas e de intervenção é fundamental. A relação com consultores externos adquiriu, assim, uma nova importância nos últimos anos, consequência de uma crescente complexidade dos problemas em que o plano se vê co-
-envolvido, seja como parte em causa, seja como instrumento para a respectiva solução. À necessidade de colaboração entre o urbanista e peritos de outras disciplinas acresce, em segundo lugar, a necessidade de suscitar a participação da colectividade sujeita às fontes de perigo, o que se torna particularmente importante para a implementação (execução) do plano, ao menos no que diz respeito às questões do risco. No caso dos riscos naturais, apenas a co-envolvidência da população afectada poderá pôr em execução programas de consolidação de residências e estruturas públicas, de aplicação de fundos para fazer face a futuras emergências ou futuros danos. E isto não só porque o empenhamento financeiro recairá prevalentemente sobre a comunidade – local ou nacional – mas também porque muitas normas de correcta gestão do território e dos recursos apenas podem ser actuadas num clima de consentimento. Para garantir esta participação é fundamental assegurar que o público conheça tudo quanto pode acontecer (direito à informação); que exprima a sua opinião (direito de ser consultado); que tal opinião seja tomada em consideração pelo decisor; e que conheça o teor da decisão e os motivos que a determinaram. No caso dos riscos tecnológicos apenas a negociação com a população que sofrerá com a localização de uma instalação química poderá evitar que se generalizem situações de not in my backyard ou locally unwanted land use que não podem apenas ser lidas como reacções de egoísmo perante uma obra de carácter supra-local, regional ou nacional.

Em terceiro lugar, a consideração das questões do risco pelo plano exige a produção da representação cartográfica. Os mapas produzidos pelos técnicos na representação de uma fonte de perigo, nada têm em comum com os mapas utilizados nos planos correntes. Tornar coerente e comunicantes entre si os diferentes mapas, pensando na sua utilização pela planificação, é uma passagem verdadeiramente decisiva.

Com relevo para planeamento deve dar-se prioridade às cartas que fazem uma indagação directa sobre o território (de tipo geológico, hidrográfico, mais do que cadastral), isto é, uma descrição de tudo o que é possível reconhecer sobre o território a propósito de diversos pontos de vista especiais. Existem, no entanto, mapas de outro tipo, que são elaborados num segundo nível, em que à descrição dos fenómenos associam juízos valorativos (instabilidade ou propensão à instabilidade, por exemplo) que são passíveis de ser verificados e corrigidos. É de extrema importância em sede de programação determinar claramente qual das duas categorias de mapas é que se está a utilizar e garantir, relativamente às primeiras, que as mesmas estão actualizadas. Os mapas de risco são elementos que o plano urbanístico e territorial deve contemplar para contribuir para uma estratégia de atenuação de riscos. No que diz respeito às situações de riscos tecnológicos verifica-se também a necessidade da existência de mapas das instalações de risco assinalando, por exemplo, a localização das estações de tratamento e os depósitos de produtos químicos, determinando, ainda, a distância a que as mesmas devem ficar das áreas residenciais, escolas, hospitais.

e) Possíveis estratégias planificatórias de atenuação dos níveis de riscos

Existem três tipos de estratégias que se colocam à disponibilidade do planeador para atenuar o nível dos riscos que ocorrem sobre o território: estratégias de adaptação aos eventos

calamitosos; estratégias de mitigação (tentativa de evitar os efeitos e as consequências mais graves de um desastre, que tem a sua plena eficácia sobretudo na fase da emergência) e estratégia de redução dos danos futuros. Para uma boa gestão de riscos através do plano é fundamental, ainda, a distinção entre nova expansão e áreas consolidadas. Um programa eficaz de redução do risco não pode incidir apenas sobre novas construções ou áreas de nova expansão, o que é especialmente certo naqueles países em que o edificado constitui objecto da maior parte da planificação actual. Exemplos claros de intervenção nas áreas já urbanizadas são a consolidação de áreas particularmente sísmicas ou a transferência parcial das funções de áreas de maior risco para áreas menos vulneráveis. Para este efeito não é sequer necessária a criação de novos instrumentos, pois muitos dos já existentes podem servir estas finalidades, como acontece com os planos de recuperação do edificado. Os instrumentos de planificação territorial têm uma importante função na gestão dos riscos na medida em que podem ainda incorporar políticas reguladoras consubstanciadas em normas de natureza prestacional e em standards que impõem limitações ao uso dos solos e à sua mudança/transformação a fim de evitar o aumento de vulnerabilidade já existente.

f) Conclusão

Decorre da obra aqui recenseada a necessidade de introduzir e de reforçar uma cultura do risco, ainda muito pouco desenvolvida e sentida não apenas entre o cidadão comum, mas também em muitos âmbitos políticos e técnicos e, em última instância, da planificação urbana e territorial. O grau de sucesso do empenho no sentido de mitigar e/ou reduzir os danos será melhor alcançada se as políticas contra o risco forem, não apenas implementadas, mas também incorporadas no interior do procedimento de planeamento ordinário, isto é, integradas no interior dos planos directores, quer na sua parte regulamentar, quer na respectiva execução, como elementos de rotina. A disciplina urbanística e a planificação territorial será chamada a desenvolver, no futuro, um papel importante na prevenção, mitigação e redução dos riscos territoriais, através do controlo do uso do solo. Decorre daqui igualmente a necessidade de colaboração e de integração do planeador com as restantes disciplinas. A esta integração de novas disciplinas deve corresponder a actualização dos instrumentos urbanísticos, em especial a planificação.

Fernanda Paula Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Note-se, contudo, a inexistência de uma perfeita sequenciabilidade destas fases podendo interferir umas nas outras: muitas vezes, embora esteja já em curso a reconstrução, podem permanecer ainda aspectos típicos da emergência.

Franco Bassi e Leopoldo Mazzaroli (Coord.)
Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente,
G. Giappichelli Editore,
Torino, 2000, (233 páginas)

1. Apresentação global da obra

Esta obra reflecte os resultados de alguns estudos elaborados no âmbito do curso de aperfeiçoamento em direito dos bens culturais e ambientais promovido pela Universidade de Bolonha e do Congresso sobre «Tutela dell'ambiente e del território: le pianificazioni», que teve lugar em Ravenna, nos dias 3 e 4 de Dezembro de 1999. A mensagem central da obra, e que se infere dos dez artigos que a compõem, é no sentido de alertar para a necessidade de intervenção global sobre o território, de forma a evitar contrariedades ao nível das políticas sectoriais com incidência territorial.

2. Planificação ambiental e planificação territorial no contexto das autonomias

Girolamo Sciuolo aborda a questão da planificação ambiental e planificação territorial no contexto das autonomias, ou seja, como é que se pode integrar a planificação territorial relativa ao uso e ocupação dos solos com a planificação ambiental de preservação de recursos, no contexto do “federalismo administrativo” resultante da lei de 1997. Para o autor, apesar das críticas dos urbanistas, os planos constituem ainda a forma mais relevante de regulação do território. Pese embora a desregulação emergente da multiplicação dos centros de decisão em matéria de execução dos planos, o autor acredita que o jurista não pode prescindir deste instrumento racionalizador e uniformizador. É o poder planificador do Estado, de carácter geral, que permite coordenar a implantação de grandes infra-estruturas com a defesa de áreas naturais e com o sistema de cidades e áreas metropolitanas. Para além deste nível global, destaca ainda a planificação que permite a coordenação provincial em matérias sectoriais como, por exemplo, a defesa do ambiente e dos bens ambientais, defesa do mar e da orla costeira, ou mesmo o plano de despoluição das águas doces superficiais. O autor avalia ainda o nível de planificação regional, comunal e provincial no cumprimento dos objectivos de protecção do ambiente, bem como a articulação entre este nível planificador e os níveis superiores. Em matéria de hierarquia, o autor conclui que os planos ambientais devem prevalecer sobre os planos territoriais e que os planos globais devem prevalecer sobre os inferiores, embora quando estejam em causa questões ambientais deva prevalecer o plano mais recente.

3. Planos de bacia

Paolo Stella Richter apresenta um pequeno contributo para a compreensão dos planos de bacia, desde a sua criação em 1989. Aborda, essencialmente, a questão da repartição de competências entre entidades administrativas. O autor chama, também, a atenção para os perigos de a planificação regional, com separação rígida de competências entre as entidades administrativas, poder pôr em causa os objectivos de coesão e desenvolvimento sustentável da ocupação do território. Acrescenta ainda que os planos de bacia constituem excelentes

exemplos de actividades que exigem coordenação entre as entidades administrativas envolvidas (comunas e regiões) e entre as opções por estas tomadas e as indicações da lei geral em matéria de coordenação de infra-estruturas.

4. Áreas naturais protegidas

Nicola Aicardi aborda a questão das áreas naturais protegidas. O autor refere a importância das normas que versam sobre a conservação e valorização do património natural italiano e que instituem um regime especial de tutela e de gestão das referidas áreas. A primeira preocupação deve assentar na determinação do objecto a proteger, ou seja, no conceito de bens naturais, que o autor entende poder reconduzir-se à noção clássica de «formação física, geológica, geomorfológica e biológica, que tenha relevante valor naturalístico ou ambiental». Já o conceito de «área natural protegida» deve reconduzir-se à identificação de áreas territoriais nas quais seja notória a exigência de bens naturais a proteger, tais como: algumas espécies animais ou vegetais, comunidades biológicas, ou apenas o equilíbrio hidráulico e hidrogeológico. Dentro da matéria de áreas protegidas a lei distingue, ainda que não de forma clara, entre parques, reservas naturais, reportando-se, também, às áreas marinhas. No que toca à repartição de competências entre os diferentes níveis de administração em matéria de áreas naturais protegidas deve utilizar-se o mesmo critério que se utiliza na protecção do ambiente em geral, partindo da identificação do tipo de interesses que importa salvaguardar. De resto, foram criadas entidades administrativas especializadas para a definição e gestão dos parques naturais, sendo o modelo de gestão das reservas naturais e das áreas marinhas um pouco mais flexível. A regulamentação das áreas protegidas condiciona, a actividade planificadora, porquanto as medidas (regulamentos ou actos administrativos gerais) que visam a protecção dos bens naturais prevalecem sobre as restantes opções de ocupação do solo. Refere, em especial, os planos de parques que através de normas vinculativas sobre localização e zonamento constituem instrumentos específicos de planificação urbanístico-territorial de áreas naturais protegidas. Ao seu nível, o plano de parque substitui o plano paisagístico, o plano territorial ou urbanístico e qualquer outro instrumento de planificação que incida sobre aquela área. São planos vinculativos, quer para a Administração, quer para os particulares. As áreas protegidas devem ser valorizadas através da promoção de actividades económicas compatíveis com as restrições que a respectiva protecção implica. Isso significa que não existe uma proibição absoluta de edificar nessas áreas (embora seja necessário o controlo preventivo, excluindo-se os procedimentos simplificados), devendo promover-se a sua utilização. O autor fala mesmo em gestão de parques como serviço público sociocultural.

5. Actividade normativa e planificação

Agostino Meale trata das relações entre a actividade normativa, mais concretamente, o poder regulamentar e a planificação. O autor começa por esclarecer a diferença entre acto normativo e acto administrativo na concepção da doutrina tradicional, para depois se centrar na análise da actividade planificadora. Distingue, dentro desta última, a planificação territorial — que impõe regras gerais sobre a utilização do solo e que inclui a planificação ambiental e paisagística —, da planificação urbanística — que cuida apenas da ocupação dos solos para edificação urbana, instalação de infra-estruturas e restrições à propriedade privada. O autor distingue ainda outras categorias de planos e refere-se à importância do estudo das relações entre eles, desde logo, dando prevalência aos planos mais recentes e aos planos que contemplem a protecção de interesses fundamentais. Quanto à natureza jurídica dos planos, o autor faz referências às várias doutrinas: desde aquelas que consi-

deram o plano um acto administrativo de conteúdo geral; àquelas que o consideram um acto normativo (seguida recentemente pela doutrina), até às que o identificam com um acto de natureza mista. O autor conclui que a matéria (determinação da natureza jurídica dos planos) está ainda em desenvolvimento, não podendo deixar de se salientar que aqueles contêm normas gerais e abstractas que necessitam de concretização, conjuntamente com normas directamente aplicáveis, o que dificulta a sua qualificação.

6. Acordos e planificação ambiental e territorial

Giorgio Cugurra refere-se à possibilidade de celebração de acordos entre a administração pública e os particulares em matéria de planificação territorial e ambiental. O autor começa por analisar a problemática do urbanismo contratado no âmbito da legislação de 90, em particular os acordos integrativos ou substitutivos das soluções dos planos. Segue-se uma referência à figura da conferência de serviços, enquanto mecanismo procedimental de valorização conjunta de interesses diversos sobre o mesmo projecto. Embora vocacionada para a harmonização de interesses públicos, a conferência de serviços pode também ser uma forma de fazer valer interesses privados manifestados numa fase anterior do procedimento. O autor refere, ainda, os acordos-programa, pelos quais a Administração que a eles adere assume o encargo de promover o procedimento administrativo necessário à prossecução do fim comunitário que aqueles prosseguem. Estes acordos podem também incluir a participação de entidades privadas, às quais é permitido, por exemplo, auxiliar na densificação do conteúdo discricionário de um procedimento de programação geral. Esta possibilidade está, porém, vedada, nos procedimentos relativos a programas urbanísticos e ambientais. Por último, a referência aos programas de requalificação urbana, que consistem em propostas de requalificação urbana e ambiental de uma zona edificada (no todo ou em parte) do território da comuna. Nestes programas podem participar entidades públicas e privadas, individualmente ou consorciadas, com financiamento público, privado, ou misto. O autor sublinha o facto de os acordos em matéria urbanística e ambiental serem, em regra, proibidos pela legislação administrativa especial e a legislação sectorial adoptar uma solução diametralmente oposta.

7. A planificação paisagística

A Giuseppe Severini coube o tema da planificação paisagística. A preocupação com a necessidade de defesa da paisagem tem, como demonstra o autor a propósito do caso da lagoa de Veneza, tradição na legislação de defesa do ambiente, devendo assumir-se como parâmetro fundamental daquela. Neste tema é essencial compreender a importância e o enquadramento dos planos paisagísticos. O «Consiglio di Stato» considerou que estes planos se definem através de uma relação com outros institutos fundamentais que compõe o ordenamento sectorial: os vínculos paisagísticos e as autorizações pontuais de intervenção. O plano paisagístico deve acautelar que as intervenções efectuadas em determinada área não prejudiquem a beleza panorâmica. O plano paisagístico é, essencialmente, um instrumento de tutela preventiva.

8. Plano urbano de tráfego e planificação em matéria de inquinamento acústico

Fabrizio Fracchia trata da relação entre o plano urbano do tráfego e o inquinamento acústico. A protecção contra o inquinamento acústico começa com a classificação do território da comuna em zonas (por níveis e qualidades de ruídos) e pela adopção de planos de recuperação em zonas cujos índices possam pôr em risco a qualidade de vida, ou mesma



a saúde humana. A protecção contra o inquinamento acústico está presente, entre outros, no momento da planificação de localização de zonas sensíveis como áreas desportivas, comerciais ou plurifuncionais. Uma das dimensões avaliadas em sede de protecção contra o inquinamento acústico é, precisamente, a planificação do tráfego. São tomados em consideração aspectos como o tipo de piso, a redução de velocidade em certas áreas e a promoção de transportes colectivos. O autor reporta-se à necessidade de coordenação entre aqueles dois planos, que culmina na denominada planificação acústica. Esta planificação coordenada pode também ser analisada sob duas ópticas: a planificação urbanística em função da planificação do tráfego e da planificação acústica e a planificação urbanística em função da planificação acústica e da defesa do ambiente.

9. A tutela ambiental entre a responsabilidade civil e a planificação urbanística

Giovanni Acquarone aborda a questão da relação entre a responsabilidade e a planificação administrativa no contexto da tutela ambiental. O autor parte dos conceitos de dano ambiental e do tipo legal de responsabilidade, bem como das críticas que a doutrina civilística tece àquele modelo legal de responsabilidade (responsabilidade objectiva). Segue depois com uma referência histórica à tutela ambiental civilística e a posterior intervenção pública, concluindo pela necessidade de coordenação de ambas. Refere-se, também, à superação do modelo de responsabilidade objectiva pelo modelo subjectivista, fazendo particular referência à actividade industrial. Centra, depois, a sua análise no modelo publicístico de tutela ambiental, caracterizado essencialmente pela planificação ambiental, procurando enquadrar jurídico-constitucionalmente aquela actividade enquanto meio de protecção de interesses diversos: públicos, subjectivos e difusos. O autor termina com uma referência ao conceito de desenvolvimento sustentável e forma de articulação de todas estas dimensões: interesse público, interesses privados, interesses colectivos, interesses difusos, protecção do ambiente e necessidade de progresso e criação de bem-estar.

10. Planificação para tutela da água e gestão de resíduos

Mauro Renna aborda a questão da planificação para tutela da água e gestão de resíduos. Começa por fazer referência à necessidade de articular a planificação global, sectorial e subsectorial. Reporta-se, em particular, à gestão de resíduos, ao ciclo de “regeneração da água” e ao papel dos planos de bacia. Sobre a gestão de resíduos, dá ênfase à planificação do escoamento dos mesmos a nível de planificação provincial e à coordenação daquelas tarefas com a recuperação de áreas inquinadas, o que consubstancia já uma preocupação de nível regional. Estas incumbências, de âmbito subsectorial, não substituem a planificação sectorial, de âmbito nacional, através da qual se procura dar prosseguimento a objectivos mais gerais de gestão global e sustentável. No que refere à tutela da água, salienta a função de planificação em matéria de inquinamento hídrico, os planos de tutela da água e o seu enquadramento no contexto dos planos de bacia. Há uma preocupação constante em demonstrar a importância da “descentralização da actividade planificadora” em matérias subsectoriais, bem como a sua articulação com o nível sectorial.

11. O reordenamento da normaçoão sobre ambiente e tutela do território

Carlo Malinconico trata do reordenamento e revisão da legislação ambiental e de tutela do território enquanto elementos de uma reforma estrutural. A proliferação de legislação sobre estas matérias obriga a um esforço grande de sistematização, já que a normativa

vem desde o nível comunitário até aspectos particulares do federalismo administrativo. O mesmo esforço é exigido para a coordenação dos vários interesses ambientais (subjectivos, públicos, difusos, colectivos) presentes na elaboração dos planos urbanístico-territoriais. Mais uma vez é feita referência à conferência de serviços enquanto mecanismo procedimental adequado à redução da complexidade nestes casos.

12. Conclusão

Trata-se de uma compilação de textos cuja leitura nos parece essencial para uma correcta compreensão das tarefas de planificação urbanística e territorial. A necessidade de ponderar, logo ao nível da elaboração dos planos, as soluções que melhor defendem e preservam o ambiente, seja urbano (inquinamento acústico, a paisagem, a gestão dos resíduos), seja natural (áreas protegidas) é uma forma de actuação que deve ser seguida por todos os Estados.

Suzana Tavares da Silva
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RevCEDÖUA

Dossier

Incêndios Florestais: a prevenção e a reacção através dos instrumentos jurídicos

O presente dossier procura uma fotografia do país antes, durante e após os incêndios florestais do Verão de 2003. Procurar o retrato da floresta portuguesa, em particular da zona de Vila de Rei por ter sido uma das mais fustigadas com os incêndios, e analisar o poder dos instrumentos jurídicos como elementos operativos na prevenção dos incêndios, bem como na recuperação dos território ardidos é o objectivo central a cumprir.

I. A protecção da floresta

A floresta requer, em particular nos países em vias de desenvolvimento, meios de tutela específicos que acautelem este recurso ambiental. As suas potencialidades económicas são responsáveis pela maior parte dos casos de má gestão deste património, o que pode consubstanciar situações de risco para o equilíbrio das zonas afectadas e para o ecossistema em geral. A preservação de áreas florestais e a imposição de limites aos direitos dos proprietários dos respectivos terrenos tem sido uma constante na legislação nacional e até em medidas de carácter supranacional.

A importância deste recurso vital tem igualmente sido objecto de tratamento por normas de direito internacional, na sua maior parte através de acordos e pactos. De facto, convém sublinhar que a preservação dos recursos florestais vai muito além das fronteiras dos Estados, bem como do interesse das gerações presentes. A devastação de grandes áreas floresta é capaz de





influenciar o equilíbrio do planeta e pôr em risco os níveis de protecção das gerações futuras, cujas exigências ganham cada vez maior relevo e densificação.

Não é, porém, a este nível que pretendemos desenvolver a nossa análise, mas sim a nível interno, mais concretamente a nível de medidas concretas tomadas a propósito de situações especiais como os incêndios.

II – A protecção da floresta portuguesa

As áreas florestais nacionais beneficiam, se assim pudemos dizer, de dois níveis de protecção: o nível internacional e comunitário, decorrente da assinatura das convenções internacionais sobre esta matéria em especial ou sobre temas mais genéricos como a protecção do ambiente, em que também se incluem disposições de protecção da floresta, bem como da integração de Portugal na União Europeia e da aplicação no território nacional das medidas que a este nível têm sido adoptadas para promover e proteger a floresta (para maiores desenvolvimento vide supra secção de doutrina).

Também a nível interno, encontramos inúmeros instrumentos de protecção e promoção dos espaços florestais, de entre os quais se podem destacar os decorrentes da planificação com incidência territorial (os planos regionais de ordenamento florestal e os planos municipais de intervenção na floresta), bem como a consagração, agora também numa componente marcadamente ambiental, de áreas de protecção de espaços naturais integrados por espécies florestais.

Assim, podemos afirmar que existem actualmente instrumentos jurídicos de gestão florestal que visam a protecção deste recurso nas suas variadas dimensões (essencialmente, ambiental e económica), os quais incluem, entre outras, medidas de protecção, de restrição de direitos, de coordenação de interesses e até de fomento. Toda esta instrumentária jurídica permite-nos afirmar que a importância da gestão florestal não foi esquecida a nenhum dos níveis jurídicos de protecção. Questão diferente é saber se as medidas adoptadas

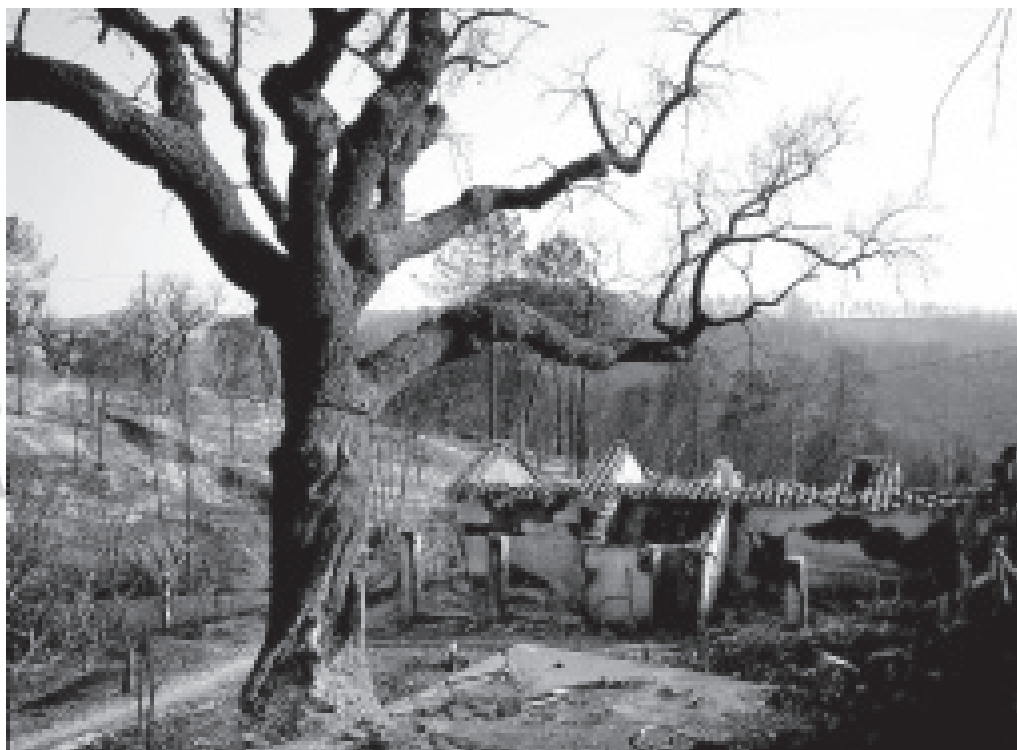
são correctamente postas em prática e, mesmo antes disso, saber se serão as mais adequadas aos fins que se visa alcançar. De facto, determinar em cada zona o coberto florestal que deve existir, bem como optar pela reflorestação de algumas áreas com espécies diferentes são medidas igualmente necessárias e até fundamentais aos objectivos de gestão que referimos no início.

Não podemos esquecer que a floresta tem uma componente natural e uma componente humana, decorrente da intervenção do homem sobre o solo florestal. Não podemos esquecer também que a floresta é um recurso sensível, de risco, pois está sujeita às “agressões” típicas dos fenómenos naturais (períodos de seca e de chuvas intensivas) e humanos (desflorestação, repovoamentos florestais não adequados). Os incêndios, objecto do nosso interesse, podem decorrer de ambas situações: naturais ou humanas. Assim, no caso particular dos incêndios, o legislador tem também uma palavra importante a dizer, quer a nível da prevenção, quer a nível da reacção pós-catástrofe, quer ainda quando os mesmos decorram de fenómenos naturais, quer quando decorram da acção do Homem.

A nível preventivo destacamos, como mais eficazes, as medidas que obriguem todos os agentes (proprietários dos terrenos e autoridades administrativas competentes) a criar condições que diminuam o risco de ocorrência, bem como de progresso dos incêndios. A criminalização das condutas, apesar dos efeitos da prevenção geral, não aparenta ter produzido, nos últimos anos, os efeitos dissuasores que seriam desejáveis, talvez devido a falta de eficácia na punição em concreto dos agentes.

No que se refere a meios de reacção pós-catástrofe, destacam-se a consagração de medidas e incentivos destinados a assegurar a reflorestação, mantendo o coberto original ou adaptando-o com espécies mais resistente à propagação do fogo. Sobre este ponto em especial destacam-se as recentemente aprovadas Resoluções do Conselho de Ministros n.º 178/2003, de 17 de Novembro, e n.º 17/2004, de 2 de Março. Ambas





aprovadas sob a pressão da situação vivida entre nós após os incêndios do Verão de 2003. A primeira antecipa algumas medidas de intervenção prevista no programa de Acção para o Sector Florestal e a segunda cria uma estrutura de missão, por dois anos, para dinamizar a reflorestação do território ardido.

II. Os incêndios: o caso de Vila de Rei*

O Verão de 2003 ficou particularmente marcado pelos incêndios florestais, não apenas pela quantidade – verificaram-se um pouco por todo o território continental –, mas sobretudo pelas proporções que assumiram. Um dos principais concelhos atingidos foi o de Vila de Rei, situado na área do pinhal interior e incluído no Plano Regional de Ordenamento Florestal do Pinhal Interior Sul.

No concelho de Vila de Rei, da sua área total que é de 19200ha, arderam cerca de 17000ha, o que representa uma proporção de área ardida de cerca de 88% do total. São, no fundo, estes números que justificam a linguagem utilizada na Resolução da Assembleia da República n.º 71/2003, de 22 de Agosto, intitulada “pesar e solidariedade perante a calamidade nacional motivada pelos fogos florestais”.

Entre os danos matérias resultantes destes incêndios contam-se, para além da área florestal, habitações, animais, equipamentos agrícolas, bem como perturbações no abastecimento de energia eléctrica e água.

A reacção a esta catástrofe, particularmente no que se refere a programas de financiamento e recuperação, tem sido suportada, no referido concelho, através de algumas medidas, como a de implementação de um parque de madeiras para compra da madeira queimada, e de auxílios da Comissão Nacional de Apoio Solidário às vítimas dos incêndios, do Governo Civil, da Associação de Municípios Portugueses, Cruz Vermelha Portuguesa, Instituições de Solidariedade Social, particulares e Candidatura ao Fundo de Solidariedade da União Europeia.

No que se refere à reflorestação têm sido adoptadas as seguintes medidas: nas áreas onde existe regeneração natural foi feita apenas a sua condução e ordenamento do povoamento; nas áreas onde essa regeneração natural não existe estava em estudo o repovoamento com espécies diferentes do pinheiro bravo, recorrendo-se à multifuncionalidade da floresta, escolhendo espécies com maior resistência ao fogo, quebrando assim as grandes manchas contínuas. Estas medidas contam agora com o apoio do disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 17/2004, de 2 de Março.

A Resolução consagra a criação de uma estrutura de missão designada «Equipa de Reflorestação», a funcionar na dependência do Ministro da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas que compreende o Conselho Nacional de Reflorestação (CNR) e as Comissões Regionais de Reflorestação (CRR). Vila de Rei ficará abrangida pela CRR da área do Pinhal Interior e Beira Interior.

Entre as incumbências da CRR contam-se as de constituir um mosaico florestal diversificado, com recurso ao fomento de folhosas e de um leque variado de resinosas, ao aproveitamento da regeneração natural e à utilização de material genético melhorado; estabelecer medidas de silvicultura preventiva na óptica da defesa da floresta contra incêndios e identificação e estimulação da constituição de zonas de intervenção florestal que permitam a adopção de sistemas de gestão florestal sustentável., bem como uma série de medidas tendentes a minimizar os impactes de eventuais incêndios.

Conclusão

As Resoluções referidas antecipam a aprovação e entrada em vigor do novo modelo orgânico para o sector das florestas, que se espera venha a corresponder aos objectivos requeridos para uma completa e eficaz protecção deste recurso. O esforço desenvolvido após a catástrofe tem motivado a adopção de medidas de incentivo e consciencialização para a importância das florestas, onde cabe também referir a criação do Programa especial de



voluntariado «Jovens e floresta», aprovado pela Resolução da assembleia da República n.º 27/2004. Foi precisamente com o intuito de reforçar a consciência cívica para a protecção estratégica deste recurso que elaborámos o presente relatório.

RevCEDOUA

Os elementos a que aqui fazemos referência foram-nos gentilmente cedidos pela Câmara Municipal de Vila de Rei.

As fotografias aqui publicadas são de autoria de Rui Óchôa, a quem deixamos aqui público reconhecimento da oferta.



RevCEDÖUA

A large, light gray, stylized number '10' is centered on the page, serving as a background for the title. The number has a slightly irregular, hand-drawn appearance.

Summaries

The Conservation of Natural Habitats in European Law

The farther ecological zones are from one other, the greater the risk that this distance will provoke the extinction of the more isolated species; the more one restrains plane surfaces, less faunistical and floral diversity can be found.

In order to counteract these tendencies that in the short term will create the risk of eroding biological diversity in Europe, the community legislator adopted, in the continuation of the obligations foreseen in the Ramsar Convention relative to humid zones of international importance, particularly as water bird habitats, and of Bern relative to the conservation of wild life and natural habitats in Europe, an ambitious program of putting into place a network of protected zones.

For historic reasons, special protection zones designed to protect wild bird habitats were consecrated in Directive n^o 79/409/CEE concerning the conservation of wild birds (hereinafter bird directive). After entering into force, Directive n^o 92/43/CEE concerning the conservation of natural habitats as well as the wild faun and floral (hereinafter habitats directive), special zones of conservation designed to protect, ornithological sites, certain natural habitats of community interest must also be designated. In the short term, the special protection zones that cover these ornithological sites and the special zones of conservation designed to conserve other types of habitats will coincide at the heart of the same network, named Natura 2000 that will stretch from the Tagus to the Oder, from Sicily to a Fennoscandie. These ecological zones should not be designated in light of a public evaluation that considers their territorial management policy, but rather on scientific criteria, that should be applied in a uniform manner throughout all of the European Community, although member states are still found to be tied to an intensive economic utilisation of vast amounts of their territories.

Putting this network into place will also stumble upon some serious difficulties: member states fail to identify the appropriate sites and transmit scientific data to the Commission; if the sites are designated, their protection status is not necessarily appropriate to the species that can be found in them; the financial resources are not enough to set up a real biodiversity conservation policy.

The object of the present contribution seeks to systemise, for the needs of the practitioners, the set of community rules relative to the protection of habitats. The author has also made reference to a certain number of decisions rendered by national administrative courts. These courts have resorted to interpretative techniques like “direct effect” and therefore have usefully collaborated in the jurisprudential work laid down by the European Court of Justice.

Forest Legal Regime: The Affirmation of a Resource

In this article, the study of the legal regime pertaining to forests is done in a plural manner and seeks to discuss the main aspects that are recurrently stressed in the specialised circuits and media but have not, in a broad manner, been treated by the national doctrine. In the beginning, specific characteristics pertaining to the forest legal regime are underlined. These characteristics determine the necessity of an integrated approach.

In this manner, one stresses the diversity, the multi-functionality and the trans-national significance of this renewable resource and, one alerts, in the final part, to the adverse effects that the incomprehension of this resource allows or potentiates. In particular, one refers to the question of forest fires which recently occurred in our country with particular intensity and seriousness and which need a full answer.

Secondly, one discusses the legal framework given to this resource. The analysis is centred on the main levels of relevance of this question: international, community, and national (and within the latter, the regional and local). One also notes how international and community law has served to foster an adequate consideration of the status and the legal regime of this natural resource, namely through the launching of discussion forums, sustaining international compromises, establishing monitoring and evaluation mechanisms and making financial aid and incentives available.

At the national level, the visibility of this question, many times attained due to the worst reasons, has originated the approval of substantive and successive legal and regulatory dispositions as well as organic restructurings that have only complicated the protection of this legal good.

Finally, the legal soundness of some of the instruments foreseen, namely the obligation to elaborate Regional Forest Planning Plans, is hampered by the absence of the practical fulfilment of these plans. This allows for the maintenance of a reactive logic, instead of the creation of a forest policy based on the vectors of precaution and prevention and the basic guiding concept of a sustainable forest management.