

RevCEDÖUA

N.º 21 _ Ano XI _ 1. o8

> Doutrina

Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade

Klaus Bosselmann

O princípio da conciliação : rumo a um controlo da "sustentabilidade"?

Chantal Cans

Implementação da Agenda Local 21 em Portugal:
Desafios para a Sustentabilidade Local

Teresa Fidélis

Sara Moreno Pires

O Regime Jurídico Excepcional da Reabilitação Urbana (Decreto Lei 104/2004, de 7 de Maio)
A Sustentabilidade — Princípio Determinante da Reabilitação Urbana

Ana Almeida

> Jurisprudência

Novos Paradigmas de Jurisprudência Ambiental: Um Comentário ao Acórdão Nº 02315743
da Câmara Especial de Meio Ambiente de São Paulo

Eduardo Aliosha Braga Bacal

Directiva Inundações: novas perspectivas

Márcio Albuquerque Nobre

CEOH. Le droit "à la jouissance d'un environnement sain et protégé"

Mircea Dutu

> Recensões

Wolfgang Hahl (org.) Nachhaltigkeit als Verbundbegriff

José Joaquim Gomes Canotilho

The principle of sustainability: Transforming Law and Governance

Alexandra Aragão

> Dossier

Um exemplo de reabilitação urbana. A reabilitação da Baixa do Porto

> Summaries

> Últimas Aquisições Bibliográficas

21.

RevCEDÖUA

Doutrina

Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade

Resumo

A preocupação com a protecção dos direitos humanos e a preocupação com a protecção do ambiente reforçam-se mutuamente. Os direitos humanos e o direito do ambiente são ambos necessários para garantir melhores condições de vida. O objectivo global deste artigo é mostrar as influências dramáticas que o princípio da sustentabilidade tem nos direitos humanos e no novo pensamento sobre a liberdade individual, a propriedade e as interrelações entre direitos e responsabilidades.

Introdução

A doutrina sobre direitos humanos vai respondendo às preocupações sobre sustentabilidade desde há algum tempo. O desenvolvimento mais importante foi o reconhecimento alargado de um direito humano autónomo a um ambiente protegido e saudável.

Outros desenvolvimentos incluem a importância crescente do direito à vida e ao bem-estar físico em casos de poluição ao nível local ou, mais recentemente, os processos judiciais sobre alterações climáticas um pouco por todo o mundo¹.

A interdependência entre direitos humanos e protecção ambiental é cada vez mais reconhecida em direito internacional e em direito interno. No entanto, fundamentalmente, cada área continua a ser orientada pelo seu próprio regime jurídico. Os direitos humanos preocupam-se com a protecção do bem-estar individual e o direito ambiental preocupa-se com a protecção do bem-estar colectivo. Actualmente há pouca interpenetração entre ambos os regimes, mas esta situação pode mudar com o tempo.

De uma perspectiva ecológica, a separação entre direitos humanos e direito do ambiente não levanta qualquer problema. O que interessa realmente é a racionalidade subjacente a cada um. Que tipo de paradigma ou racionalidade se aplica, quando pensamos em direitos humanos ou no ambiente²? Os paradigmas de racionalidade trazem associados sistemas de valores. Os sistemas de valores referem-se à importância relativa atribuída a valores conflitantes. Se, por exemplo, o bem-estar humano for considerado superior ao bem-estar ambiental, os conflitos serão resolvidos de forma a favorecerem as necessidades humanas (em todas as suas dimensões) relativamente às necessidades ambientais.

¹ Ver, por exemplo, J. Smith and D. Shearman, *Climate Change Litigation*, Presidian Legal Publications (Adelaide, 2006).

² Ver J Hancock, *Environmental Human Rights* (Ashgate, Aldershot, 2003), 15-33.

Em consequência, o grau de superioridade admitido vai determinar o grau de protecção ambiental. E se esta superioridade se manifestar em direitos de propriedade ilimitados, crescimento económico e utilitarismo desenfreado, então o ambiente, claramente, vai sofrer.

Uma racionalidade económica dos direitos humanos favorece os valores individuais e materiais relativamente aos valores colectivos e imateriais. Uma racionalidade ecológica dos direitos humanos, por outro lado, pode não alterar necessariamente esta ordem, mas apresentaria o seu utilitarismo subjacente. A racionalidade económica assume a posição greco-cristã de que tudo na Terra existe apenas para uso da humanidade³. Pretensões de atribuir o valor intrínseco à natureza tendem a ser afastadas por serem irracionais e não quantificáveis⁴. Até ao momento, os direitos humanos não desafiaram a racionalidade económica. Os direitos individuais são compatíveis com o individualismo e o materialismo. Similarmente, as orientações do direito ambiental também não têm sido inconsistentes com a racionalidade económica. Em última instância, a relação entre direitos humanos e ambiente é determinada pela racionalidade prevalecente e não pela lógica jurídica per se.

Este artigo trata do desenvolvimento dos direitos humanos ambientais⁵ em termos do seu reconhecimento legal e das filosofias que lhes estão subjacentes. Como veremos, ocorreram dois desenvolvimentos diferentes, um seguindo a racionalidade tradicional de proteger as liberdades individuais; o outro seguindo a nova racionalidade de protecção do ambiente. Apesar de ambos os desenvolvimentos se terem influenciado mutuamente, as suas racionalidades subjacentes só em parte se complementam.

De certo modo, a preocupação com a protecção dos direitos humanos e a preocupação com a protecção do ambiente reforçam-se mutuamente. Os direitos humanos e o direito do ambiente são ambos necessários para garantir melhores condições de vida. Os direitos de propriedade, concretamente, não conduziram a alcançar a sustentabilidade ecológica. A superior importância da sustentabilidade exige uma abordagem mais coerente, ou seja, essencialmente, um regime abrangente e unificador de obrigações e direitos humanos. Saber como deve ser configurado esse regime e os progressos reais que já foram feitos nesse sentido, são as principais preocupações deste artigo.

Na análise do desenvolvimento internacional dos direitos humanos ambientais não podemos deixar de considerar dois aspectos metodológicos. Um aspecto diz respeito aos diferentes níveis do direito: direito internacional, nacional e supranacional (União Europeia). Cada um destes níveis segue a sua própria abordagem aos direitos humanos, e ao nível nacional encontramos uma grande variedade de tradições jurídicas que exprimem diferentes conceitos de direitos humanos⁶. Mas há também uma certa dimensão comunitária, especialmente em relação às questões ambientais. A natureza global das questões ambientais induz uma certa similaridade nas respostas em termos de direitos humanos. Isto permite identificar um conjunto significativo de direitos ambientais contemporâneos.

O outro aspecto diz respeito às diferentes formas como os direitos humanos são aplicados ao ambiente. Eles podem ser usados para combater indirectamente a degradação

³ Ibid. pág. 22.

⁴ J Gowdy, *Coevolutionary Economics: The Economy, Society and the Environment* (Kluwer Boston, 1999), K Bosselmann, *When Two Worlds Collide: Society and Ecology* (RSVP, Auckland, 1995).

⁵ Entendidos aqui num sentido genérico, como direitos humanos com uma dimensão ambiental, seja pelo conteúdo seja pelo contexto.

⁶ Reference to some standard human rights texts (incl Shelton, Birnie/Boyle)

ambiental (que constituem uma ameaça aos direitos humanos existentes), podem ser usados para garantir processos de decisão ambiental mais eficazes (direitos humanos procedimentais) e podem ser usados, de forma mais directa, para garantir a protecção do ambiente (direito humano a um ambiente saudável). Enquanto cada uma destas abordagens enfatiza direitos e posições subjectivas, uma quarta abordagem põe ênfase nas responsabilidades humanas. Aqui, o que perguntamos é como é que os deveres em relação ao ambiente podem ser formulados de forma a proteger e preservar a sustentabilidade ecológica.

Numa perspectiva de sustentabilidade, os direitos devem ser complementados por obrigações. A mera defesa de direitos ambientais não alteraria a concepção antropocêntrica de direitos humanos. Se, por exemplo, os direitos de propriedade continuarem a ser compreendidos isolada e separadamente de limitações ecológicas, apenas reforçarão o antropocentrismo e encorajarão comportamentos de exploração. Devemos considerar, por isso, uma teoria baseada numa ética não-antropocêntrica. As abordagens ecológicas dos direitos humanos não são, com efeito, apenas técnicas. Como veremos mais tarde, têm informado os debates constitucionais e os documentos internacionais.

O objectivo global deste artigo é mostrar as influências dramáticas que o princípio da sustentabilidade tem nos direitos humanos e no novo pensamento sobre a liberdade individual, a propriedade e as interrelações entre direitos e responsabilidades.

Reconhecimento Internacional de Direitos Humanos Ambientais

Tal como referimos, o regime internacional de protecção dos direitos humanos desenvolveu-se de forma diferente da protecção do ambiente. O primeiro emergiu do reconhecimento, após a II Guerra Mundial, de liberdades fundamentais, e, particularmente, da declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O segundo emergiu do reconhecimento de uma crise ambiental global, e, particularmente, da Conferência de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, em 1972. Ao longo dos últimos trinta anos, ambos os regimes se têm vindo a influenciar mutuamente, cada vez mais, mas é importante lembrar a função básica dos direitos humanos no contexto do direito internacional.

Com a adopção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, os Estados restringiram, pela primeira vez na história, os seus próprios poderes soberanos. Com a adopção posterior dos Pactos Internacionais sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cívicos e Políticos, em 1966, os Estados reconheceram restrições à sua governança interna⁷. Efectivamente, isto limitou a soberania Estadual. Nenhum Estado pode eximir-se da obrigação fundamental de proteger a dignidade e a vida de um indivíduo. Isto não pode ser compreendido como uma auto-restricção voluntária dos Estados, mas como consequência da natureza dos direitos Humanos, que estão ancorados no direito natural, reflectindo princípios morais universais⁸. Na medida em que os direitos humanos reflectem uma regra de necessidade básica, o mesmo pode dizer-se do ambiente.

Os teorizadores do direito ambiental referem-se com frequência à protecção ambiental, enquanto necessidade básica⁹, de forma semelhante ao pensamento do direito natural¹⁰.

⁷ Steiner & Alston, eds., *International Human Rights in Context* (Oxford: Clarendon Press, 1996) at 148; Robert D. Sloane, "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights" 34 *Vand. J. Transnat'l L.* 527 pág. 532.

⁸ Sloane, *supra* na pág. 542-543.

⁹ Sean Coyle e Karen Morrow (2004), *Philosophical Foundations of Environmental Law* (Hart Publishing, Oxford); Richard Brooks, Ross Jones e Ross Virginia (2002), *Law and Ecology* (Ashgate Publishing, Aldershot).

¹⁰ Ver, de forma geral, K Bosselmann (1995), *When Two Worlds Collide*, 231-237.



Kiss e Shelton, por exemplo, explicam os fundamentos técnicos do direito internacional do ambiente como um conjunto de considerações religiosas, filosóficas e científicas, bem como económicas e sociais, o que exige uma abordagem verdadeiramente interdisciplinar e integrada¹¹. Apesar de não ser possível fazer derivar o direito do ambiente de uma “lei da natureza” objectiva, a sua própria existência reflecte a visão partilhada de que o ambiente é indispensável. Neste sentido, a protecção da vida e da dignidade humana e a protecção do ambiente resultam da mesma preocupação básica relativamente à vida.

A reflexão ética e legal à volta desta preocupação básica está, claramente, longe de estar completa. Legalmente os homens contam muito mais do que o ambiente enquanto objecto de protecção. Ainda não há, por agora, uma visão comumente partilhada quanto ao facto de que o bem-estar humano depende do bem-estar de toda a vida no planeta. Não é surpreendente, por isso, que o desenvolvimento dos direitos humanos ambientais, desde a década de 80, tenha sido dominado pelo tradicional antropocentrismo.

Apesar desta dominância, é significativo que tanto o direito internacional dos direitos humanos, como o direito internacional do ambiente tenham as suas origens não no direito dos tratados, mas em conferências internacionais e documentos de direito não vinculativo. Tendo ambos os seus respectivos conteúdos ancorados mais em preocupações fundamentais de humanidade do que nos interesses negociados dos Estados, partilham ambos um certo nível de partidarismo, que não se coaduna facilmente com a soberania estadual. A maior parte dos comentadores vêem os direitos humanos e o direito do ambiente mais como um desafio à ortodoxia do direito internacional do que uma mistura com ele. É por isso que a proeminência de abordagens não vinculativas ou de *soft law* é típica em ambos, e também característica do novo caminho que têm construído juntos, os direitos humanos ambientais.

Dano Ambiental e Direitos Humanos

Sempre que ocorre um dano ambiental, potencialmente o gozo de direitos humanos está em risco. A situação típica é a exposição de indivíduos à poluição atmosférica, à contaminação hídrica ou a poluentes químicos. Aqui, a abordagem dos direitos humanos é “antropocêntrica sem quaisquer reservas”¹², mas pode afectar um vasto leque de direitos humanos reconhecidos. O argumento básico utilizado é o de que o ambiente não deve ser deteriorado ao ponto de pôr gravemente em perigo o direito à vida, o direito à saúde e ao bem-estar, o direito à vida privada e familiar, o direito à propriedade ou outros direitos humanos. Nas palavras do Juiz do Tribunal Internacional de Justiça, Weeramantry:

“A protecção do ambiente é (...) uma parte vital da doutrina actual dos direitos humanos, na medida em que é um *sine qua non* para vários direitos humanos, nomeadamente o direito à saúde e o direito à própria vida. Esta é uma ideia que quase não é necessário desenvolver, já que os danos ao ambiente podem pôr em perigo e minar todos os direitos humanos de que fala a Declaração Universal e outros instrumentos de direitos humanos”¹³.

Com base nesta observação, parece bastante óbvia a consideração de que as condições ambientais saudáveis fazem parte do direito à vida. Na medida em que este direito protege

¹¹ A Kiss e D Shelton (2000), *International Environmental Law* (Transnational Publishers, Ardsley, New York), 27.

¹² Kiss e Shelton *supra* pág. 143.

¹³ Ver Gabčíkovo-Nagymaros Project, 37 I.L.M. at 206, citado por Kiss e Shelton, *ibid*.

a vida humana de riscos sérios, a fonte de tais riscos não deveria interessar. Por isso, há uma relação óbvia entre a saúde ambiental e a saúde humana e o direito internacional dos direitos humanos não teve dificuldades em fazer decorrer direitos ambientais dos direitos humanos existentes, tais como a vida, o bem estar, a vida privada ou a propriedade¹⁴. No entanto, o que é importante é a dinâmica subjacente a este resultado. Uma vez que tomamos consciência das relações entre saúde ambiental e saúde humana, começa o problema de saber como distingui-las. As perspectivas ecológicas tendem a enfatizar as conexões entre a degradação ambiental e as violações de direitos humanos. As perspectivas de direitos humanos, por outro lado, tendem a manter as diferenças entre elas, não porque sejam menos sensíveis às questões ambientais, mas por razões legais. Por que será assim?

Como veremos na discussão de casos de direitos humanos, não há qualquer limiar razoável entre os danos ao ambiente, que são considerados como meras perturbações em termos de direitos humanos, danos que ultrapassam o limiar da violação dos direitos humanos e outros danos que causam ameaças em larga escala à dignidade e à vida humanas sem, no entanto, violar direitos humanos.

Parece evidente que um desastre, como uma explosão de metano num aterro de resíduos municipais, viola o direito à vida, à privacidade ou à propriedade na vizinhança¹⁵. Mas são menos evidentes os casos em que o impacto não é tão imediato e individualizado, mas antes afecta populações inteiras a longo prazo e em larga escala. O principal exemplo é o aquecimento global. Tipicamente, as alterações climáticas são vistas como ameaças à saúde ambiental, à saúde humana e à propriedade, mas só em menor grau como uma ameaça à dignidade e aos direitos humanos. A litigância a propósito das alterações climáticas já está a ocorrer em muitos países e é razoável esperar um aumento nos próximos anos¹⁶. Todavia, para serem bem sucedidas, as dificuldades são, muitas vezes, inultrapassáveis.

Para além do estabelecimento donexo de causalidade, há também dificuldades em encontrar o nível de actuação certo e a forma processual certa. Pedir compensação por danos causados pelo aquecimento global pode ser possível, por exemplo a propósito da perda de habitações e gado pelas cheias. Mas os casos de aplicação de responsabilidade civil são raros e mais frequentemente os processos judiciais são usados para prevenir ou reduzir os níveis de aquecimento global. Tais casos são instaurados contra empresas, autoridades públicas, Governos ou Estados, mas o seu sucesso resulta principalmente do seu valor simbólico. Eles têm a atenção do público e podem ser bem sucedidas na medida em que influenciem as políticas dos Governos ou das empresas. No entanto, o âmagoo individualista dos direitos humanos não é próprio para conduzir a este tipo de acção. Mesmo quando as organizações ambientais e outros grupos de interesse público protestam contra violações de direitos humanos de populações inteiras, o instrumento legal é o direito individual à vida ou à propriedade. Isto resulta numa lógica reducionista e quase absurda: quanto mais pessoas são ameaçadas, menos provável é que sejam violações de direitos humanos. Isto assinala uma clivagem dramática entre a moralidade e a legalidade das alterações climáticas e a questão que deve ser discutida é como acabar com essa clivagem.

Uma possibilidade é insistir na superioridade da moralidade. O argumento é o de que os direitos humanos reflectem, fundamentalmente, a dignidade e a vida humana, enquanto

¹⁴ Birnie/ Boyle (2ª ed. 2002), 252.

¹⁵ Oneryıldız v. Turkey, 48939 [2004] ECHR 657 (30 de Novembro de 2004).

¹⁶ Ver, por exemplo, J. Smith an D. Sherman (2006), *Climate Change Litigation*, Presidian Legal Publications, Adelaide.

os valores mais elevados da civilização moderna. Não seria, por isso, aceitável rejeitar a protecção dos direitos humanos com base na sua natureza individual. Ameaças massivas à vida e à dignidade humana terão que ser consideradas como violações dos direitos humanos individuais¹⁷.

O argumento contra este ponto de vista é que ele subestima o poder dos direitos legalmente consagrados. Eles não são um reflexo directo, mas um reflexo, ideologicamente fechado, da legalidade. Historicamente e sistematicamente os direitos humanos emergiam do liberalismo político favorecendo a protecção da liberdade individual relativamente à protecção de grupos ou de populações inteiras. Este “conceito reduzido de liberdade”¹⁸, significa que os direitos humanos só protegem uma posição jurídica individualizada em relativo isolamento em relação às condições sociais e ecológicas. Mas este isolamento nunca foi completo e muitos casos de direitos ambientais mostram que os bens colectivos podem ser protegidos através dos direitos humanos. Mas há limites. Se se entender que a liberdade individual está a ser ameaçada por interesses colectivos - não interessa quão urgentes eles possam ser - ela vai prevalecer. Um exemplo são os direitos individuais de propriedade, predominando sobre responsabilidades sociais e ecológicas. Para acabar com o fosso entre a moralidade e a legalidade dos direitos, os próprios direitos humanos devem ser redefinidos¹⁹.

Para testar a validade destes argumentos vamos olhar mais de perto o desenvolvimento dos direitos ambientais²⁰. O meu argumento é, que, de facto, os direitos humanos têm um papel a desempenhar pelas qualidades cruciais para a melhoria da protecção ambiental que possuem, mas são também limitados no seu âmbito e podem ser contraproductivos para a sustentabilidade ecológica. Para este efeito são necessários direitos humanos ecológica e logicamente definidos.

Tal como foi mencionado anteriormente, há três categorias diferentes de direitos ambientais, nomeadamente ameaças a direitos humanos existentes, direitos humanos procedimentais e o direito humano a um ambiente saudável.

Direitos Ambientais Procedimentais

De todos os direitos, os procedimentais são os menos problemáticos. Estando essencialmente relacionados com democracia e participação, este tipo de direito visa a transparência, a responsabilização e a participação nos procedimentos decisórios. Na medida em que permitem um envolvimento do público nas decisões ambientais, eles parecem reforçar as preocupações com a sustentabilidade ecológica. No entanto, certas limitações devem ser apontadas.

A exigência de direitos ambientais procedimentais tem uma história longa. O Princípio 23 da Carta Mundial da Natureza, por exemplo, afirma que “todas as pessoas em conformidade com a sua legislação nacional, devem ter a oportunidade de participar, individu-

¹⁷ Don Brown (2008), The Case for Understanding Inadequate National Responses to Climate Change and Human Rights Violations, in L Westra, K.Bosselmann e R. Westra (eds.), *Reconciling Human Existence and Ecological Integrity*, Earthscan, London.

¹⁸ K Bosselmann, *When Two Worlds Collide*, 226.

¹⁹ P Taylor (2008), *Ecological Integrity and Human Rights*, in L Westra, K.Bosselmann and R. Westra (eds.), *Reconciling Human Existence and Ecological Integrity*, Earthscan, London.

²⁰ Ver também L.Collins (2007), “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law” 3 *McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy*, 119.

almente ou em conjunto, na formulação de decisões que digam directamente respeito ao seu ambiente e devem ter acesso a meios de reparação, quando o seu ambiente sofreu danos ou degradação”²¹. O Princípio 13 da Carta da Terra exige “reforçar as instituições democráticas a todos os níveis, e assegurar a transparência e a responsabilização da governação, incluindo a participação nas tomadas de decisão e o acesso à justiça”²². A Agenda 21 reconhece que “um dos pré-requisitos fundamentais para alcançar o desenvolvimento sustentável é uma ampla participação pública nas tomadas de decisão”²³. O Princípio 10 da Declaração do Rio estabelece aspectos específicos dos direitos ambientais procedimentais.

O instrumento internacional mais avançado é a Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público e o acesso à justiça em matéria ambiental²⁴. Enquanto convenção regional iniciada pela Comissão de Nações Unidas para a Europa, ela esteve inicialmente confinada aos Estudos Europeus. No entanto, nos finais de 2007, ela tinha sido assinada e ratificada por 40 Estados Europeus e da Ásia Central e pela União Europeia. Embora continue a ser regional quanto ao seu âmbito, o significado da Convenção de Aarhus é global²⁵ e representa o Tratado mais elaborado sobre o Princípio 10 da Declaração do Rio. Tal como sugere o próprio título, está edificado em torno de três temas: o acesso à informação, a participação do público e o acesso à justiça. No entanto, também contém algumas características gerais importantes. Entre elas está o Princípio 1 relativo ao “direito de cada pessoa das gerações presentes e futuras viver num ambiente adequado à sua saúde e bem-estar”, como um objectivo geral. A questão é saber em que medida este objectivo pode realmente ser alcançado através da Convenção.

O Princípio 9 (“Acesso à Justiça”) trata de um processo de revisão perante um tribunal para “apreciar a legalidade substantiva e procedimental” (parágrafo 2) das decisões ambientais. A própria União Europeia introduziu legislação para dinamizar o acesso do público à informação ambiental²⁶ e a participação do público na elaboração de certos planos e programas²⁷. Também há uma proposta de directiva sobre acesso à justiça em questões ambientais²⁸. A legislação europeia foi aplicada na maior parte dos Estados Membros embora haja problemas com a extensão do direito de revisão judicial.

A Alemanha, por exemplo, tem abundante legislação sobre acesso à justiça que permite que grupos ambientais e grupos de defesa de outros interesses públicos solicitem a revisão judicial. Quando o grupo de trabalho das Partes para a Convenção de Aarhus recentemente reviu o processo de execução, identificou algumas falhas e produzir um “Plano Estratégico a Longo Prazo”²⁹. Após este processo, tornou-se claro que os grupos ambientais raramente conseguem obter a revisão judicial em matéria ambiental. No caso da Alemanha, a análise do processo nacional de aplicação mostrou que as ONG só podiam invocar violações

²¹ World Charter for Nature, G.A. Res. 37/7, U.N. GAOR, 37th Sess., Supp. No. 51, pmb., para. 3(a), 17, U.N. Doc. A/37/51 (1982) 18.

²² <http://www.earthcharter.org>

²³ Agenda 21, para. 23.2.

²⁴ Ver <http://www.unece.org/env/eia/convratif.html>.

²⁵ A Convenção está aberta à adesão por Estados não Europeus, mediante a aprovação da Conferência das Partes.

²⁶ Directiva 2003/4/EEC sobre acesso do public à informação ambiental.

²⁷ Directiva 2003/35/EEC sobre Participação Pública na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente.

²⁸ COM/2003/0624 final - COD 2003/0246

Directiva 2003/35/EEC sobre Participação Pública na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente.

²⁹ www.unece.org/env/documents/2007/pp/ece_mp_pp_wg_1_2007_L_12_e.pdf COM/2003/0624 final - COD 2003/0246

de direitos procedimentais e individuais. Efectivamente, isto excluía quaisquer questões ambientais como “águas subterrâneas, protecção da natureza e outras áreas de protecção ambiental que são reguladas em função do interesse público e não do interesse privado”³⁰. Isto significa que a sustentabilidade ecológica só seria objecto de revisão judicial na medida em que os direitos individuais fossem afectados. A separação - implícita ou explícita - entre interesses públicos e direitos individuais (privados) subjaz a todos os regimes actuais de governança ambiental. Tipicamente as ONG não são vistas como representando apenas interesses ambientais mas também interesses públicos. Ambos se sobrepõem parcialmente e, como só os interesses públicos é que podem ser suportados quando o acesso à informação e a tomada de decisão está em causa, qualquer revisão judicial que se lhe siga está limitada a violações de direitos procedimentais (das ONG's) ou de direitos ambientais individuais (saúde, propriedade). A saúde ambiental e a sustentabilidade ecológica não são abrangidas pelo sistema.

Se a aplicação da convenção de Aarhus é um indicador dos direitos ambientais procedimentais em geral, então as expectativas de uma protecção ambiental efectiva devem ser evitadas. Os direitos procedimentais são direitos democráticos e daí resulta a sua importância. No entanto, eles são apenas um pré-requisito para uma melhor tomada de decisão e não são, eles mesmos, uma garantia da sustentabilidade ecológica.

Ameaças a Direitos Humanos

Desde que, em 1972, a Declaração de Estocolmo estabeleceu a relação entre a degradação ambiental e o gozo de direitos humanos, a dimensão ambiental dos direitos humanos foi reconhecida pelo direito internacional e por muitas jurisdições nacionais. Apesar de não haver um reconhecimento constante através de standards ambientais, hoje é comumente aceite que o dano ambiental pode causar uma violação de direitos humanos³¹.

Vários tribunais de direitos humanos notaram que a incapacidade das autoridades públicas, para proteger os cidadãos do dano ambiental, pode levantar questões de protecção de direitos humanos. O Comité das Nações Unidas defendeu, por exemplo, que a armazenagem de resíduos nucleares junto a uma comunidade pode constituir uma ameaça ao direito individual à vida³². Noutro caso, a comissão Inter-Americana dos Direitos Humanos considerou que o Governo Brasileiro tinha violado o direito do povo Yanomani (povo indígena) à vida, à liberdade e segurança pessoal ao não conseguir evitar os danos ambientais graves causados pelas empresas mineiras³³. Estes e outros casos sugerem uma aceitação geral de que o dano ambiental pode causar violações de direitos humanos de populações inteiras.

Contudo, há limites. No caso *Ominayak v. Canadá*³⁴, o líder do grupo índio Cree do lago Lubicon, em Alberta alegou que as terras do grupo tinham sido expropriadas e destruídas devido à exploração de petróleo e de gás. Ele invocou violações, pelo governo do Canadá,

³⁰ Working Group of the Parties to the Aarhus Convention (2007), *Compilation of Responses to the Draft Strategic Plan*, p. 15 (Christian Schrader)

http://www.unece.org/env/pp/LTSP/Compilation_public_comments_2007_o6_o1.pdf

³¹ Ver a declaração de Weeramantry's *supra*.

³² *EHP v. Canada*; Communication No. 67/1980, in UNITED NATIONS, 2 SELECTED DECISIONS OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE UNDER THE OPTIONAL PROTOCOL, at 20, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 (1990).

³³ *Yanomami Indians v. Brazil* Inter-Am. C.H.R. 7615, OEA/Ser.L.V/II/66 doc. 10 rev. 1 (1985).

³⁴ *Omniyak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, UN Human Rights Committee, comunicação n.º 167 (1984) incluída no 3 IELR, Human Rights and Environment (Cairo A. R. Robb et al. ed) pp. 27.

do direito do grupo à auto-determinação e livre disposição da sua riqueza natural e recursos naturais e a não ser privado dos seus próprios meios de subsistência, contrariamente ao que dispõem os artigos 1 a 3 do Pacto Internacional de 1996 sobre direitos civis, culturais e políticos. Para os Cree a preservação ambiental era a base fundacional da sua cultura e fazia parte integrante da sua auto-determinação. O Canadá argumentou que o Pacto não poderia ser invocado porque trata de direitos individuais, mas o Comité considerou que podia examinar o caso à luz de outros artigos do Pacto, incluindo o artigo 27. O Comité disse que “os direitos protegidos pelo artigo 27 inclui o direito de as pessoas, em conjunto com outras, se envolverem em actividades económicas e sociais que formam parte da cultura da comunidade à qual elas pertencem”³⁵. No entanto, o Comité separou tais direitos das preocupações subjacentes ao direito à soberania sobre os recursos naturais. Ele rejeitou o argumento dos Cree de que o seu direito residia na ecologia do território mais do que em direitos de propriedade ou direitos ao desenvolvimento. Numa opinião separada o Sr. Ando discordou relativamente à violação do artigo 27, defendendo que: “não é impossível que uma certa cultura esteja fortemente ligada a um certo estilo de vida e que a exploração industrial de recursos naturais possa afectar o estilo de vida do grupo...”³⁶. Este caso, juntamente com outros, ilustra a dificuldade em encaixar o contexto cultural e ambiental das pessoas nos seus direitos humanos individuais. Há tensões entre o ambiente enquanto preocupação colectiva e a protecção dos direitos humanos. Como os povos indígenas são os primeiros a sofrer com a degradação ambiental, a sua importância é comparável à dos “canários” como nota Bradford Morse³⁷. Ele sublinha também que os povos indígenas são mestres em como viver sustentavelmente, titulares de direitos únicos, incluindo a protecção ambiental, e activistas e líderes da mudança social. Na sua pesquisa recente de casos nacionais internacionais, Morse encontrou evidências de um reconhecimento crescente dos direitos dos povos indígenas. No entanto, o uso dos instrumentos legais disponíveis tem as suas limitações. Eles podem aumentar as sensibilidades ambientais mas não vão conduzir, eles mesmos, à tão necessária elevação da sustentabilidade ecológica.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem reconhecido, em alguns casos, o impacto que o dano ambiental pode ter nos direitos protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No caso *Oneryildiz v. Turquia*³⁸ os recorrentes defenderam que o direito à vida (artigo 2), o direito à vida privada e familiar (artigo 8) e o direito à fruição pacífica dos seus bens (artigo 1 do Protocolo n.º1) tinham sido violados por uma explosão de metano num aterro de resíduos municipais próximo. O Tribunal concordou e defendeu que o artigo 2 impõe “aos Estados uma obrigação positiva de tornar as medidas necessárias para salvar as vidas de quem esteja sob a sua jurisdição”³⁹. Esta obrigação “envolve acima de tudo um dever primário de o Estado adoptar um quadro legislativo e administrativo previsto para evitar efectivamente ameaças ao direito à vida...”⁴⁰.

Potencialmente, este raciocínio poderia incluir uma obrigação estadual de proteger o ambiente, que fosse atributiva de direitos e executável. A jurisprudência neste sentido, no entanto, limitou-se a formas graves de poluição ambiental que tenham um impacto directo

³⁵ *Ibid.* p. 59 para. 32.2.

³⁶ *Ibid.* p. 60 (Opinião separada do Sr. Ando).

³⁷ B. Morse (2008), *Indigenous Rights as a Mechanism to Promote Environmental Sustainability*, in L Westra, K. Bosselmann e R. Westra (eds.), *Reconciling Human Existence and Ecological Integrity*, Earthscan, London.

³⁸ 48939/99 [2004] ECHR 657 (30 November 2004).

³⁹ *Id.* para. 71.

⁴⁰ *Id.* paras. 89-90.

⁴¹ *Taskin and Others v. Turkey*, 46117/99 [2004] ECHR 621 (10 November 2004) para. 113, citando *López Ostra v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, § 51.

nos direitos dos indivíduos. No caso *Taskin e outros v. Turquia*⁴², por exemplo, o Tribunal entendeu que o “artigo 8 se aplica a poluição ambiental grave que possa afectar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de gozarem a sua habitação de tal modo que afecte de forma negativa a sua vida privada e familiar...”⁴². Para já não há qualquer indicação para ir mais longe e declarar um dever geral de protecção do ambiente com vista a satisfazer a protecção dos direitos humanos. O facto de só efeitos ambientais imediatos sobre a saúde e o bem-estar humano terem sido considerados, como violação de direitos humanos, sugere uma interpretação restritiva. A degradação ambiental só é relevante e judicialmente executável, na medida em que cause uma violação directa e grave de direitos dos indivíduos.

Infelizmente, a crise ambiental “silenciosa”, com origem em ocorrências isoladas e em locais delimitados, mas que se alastra para as regiões, os ecossistemas e, em última instância, todo o Planeta, não é tratado ao nível dos direitos humanos existentes. Relativamente aos direitos humanos, a “tragédia dos comuns” reside no facto de a maior parte das formas de degradação ambiental serem perfeitamente legais. Individualmente, direitos humanos como o direito de propriedade representam direitos de uso do ambiente. Colectivamente, o exercício de direitos conduz à degradação ambiental sistemática e em larga escala. E este fenómeno mal está a ser abordado ao confiar apenas nos direitos humanos existentes.

O Direito Humano a um Ambiente Saudável

Uma consequência lógica desta fraqueza é a defesa de um novo direito humano. Um direito humano autónomo a um ambiente saudável foi formulado no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições adequadas de vida num ambiente de qualidade que permita uma vida com dignidade e bem-estar, e tem a responsabilidade solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras”. De forma notável, o novo direito foi associado a uma nova responsabilidade “solene”. O nexó estabelecido em Estocolmo entre o direito ao ambiente e a responsabilidade pelo ambiente provavelmente reflecte o clima político daquele tempo. A experiência da crise ambiental nascente estava ainda fresca na mente do público e dos delegados à conferência, o que conduziu a uma declaração de direitos e responsabilidades em forma de Pacto⁴³. Desde Estocolmo, o direito humano a um ambiente saudável foi reconhecido em vários documentos não vinculativos e em instrumentos jurídicos, bem como nas constituições nacionais e em decisões de tribunais internos. Pelo contrário, a responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente não foi considerada como relevante para este novo direito humano ou para qualquer direito humano existente. O conceito liberal de direitos humanos não conduz a aceitar responsabilidades jurídicas, deixando-as às leis de protecção do ambiente. Leis de protecção do ambiente existem agora em muitos países. E embora os códigos⁴⁴ gerais do ambiente, incluindo os vários tipos de impactes humanos no

⁴² *Taskin and Others v. Turkey*, 46117/99 [2004] ECHR 621 (10 November 2004) para. 113, citando *López Ostra v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, § 51. Ver também *Powell and Rayner v. United Kingdom*, 172 Eur. Ct. H.R. (ser. A), (1990); *Arrondelle v. United Kingdom*, App. No. 7889/77, 5 Eur. H.R. Rep. 118, 119 (1982) (Eur. Comm. on H.R.) (acordo amigável).

⁴³ A Declaração contém responsabilidades relativamente à conservação dos recursos naturais (Princípios 2 a 7), disposições específicas sobre a implementação da protecção ambiental (Princípios 8 a 25) e os fundamentos para o desenvolvimento ulterior do Direito internacional (Princípios 21 a 26). Juntamente com um abrangente Plano de Acção para o ambiente humano”, a Declaração teve imensa importância para o desenvolvimento e evolução do Direito Ambiental. Ver Kiss e Shelton (2000), pp.60-64.

⁴⁴ Ex. A Lei Nacional de Protecção do Ambiente Norte Americana ou a Lei de Gestão de Recursos da Nova Zelândia.

ambiente, ainda sejam raros, as leis ambientais têm vindo a alargar a sua abrangência ao longo do tempo e continuam a fazê-lo⁴⁵. O problema que fica por resolver é o isolamento do direito do ambiente em relação ao seu contexto legal e ético mais vasto. A lei geralmente ainda gira à volta da propriedade⁴⁶ e não existe um conceito fundamental de responsabilidade ambiental. Não há, actualmente, nenhum enquadramento geral para resolver o problema de valores e objectivos conflitantes.

Na falta de um quadro legal coerente, as responsabilidades ambientais, mesmo quando existem na lei, não podem ser ponderadas com o direito a usar o ambiente. A questão é, portanto, saber se a existência de um direito humano a um ambiente saudável faz diferença e se elevaria consideravelmente o nível de protecção ambiental.

Nos quinze anos que decorreram entre a Conferência de Estocolmo e o aparecimento do relatório Brundtland em 1987, não houve progressos significativos em direcção a um direito humano ao ambiente. O próprio relatório Brundtland não estabeleceu qualquer relação entre a nova ideia de desenvolvimento sustentável e esse direito. Houve, no entanto, uma referência na proposta de Princípios Jurídicos para a Protecção Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável que acompanhava esse relatório⁴⁷.

Em contraste com o Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, o Princípio 1 da Declaração do Rio afirma que “os seres humanos estão no centro das preocupações relativamente ao desenvolvimento sustentável. Eles têm o direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”. Apesar de uma Resolução das Nações Unidas, adoptada em 1990, a favor de um direito humano ao ambiente⁴⁸, a Declaração do Rio evitou usar uma linguagem inequívoca. O Princípio 1 da Declaração do Rio foi aceite sem reservas em várias conferências das Nações Unidas subsequentes⁴⁹.

O relatório mais abrangente das Nações Unidas foi escrito em 1994 por Fatma Ksentini, o Relator Especial sobre Direitos Humanos e Ambiente. O relatório⁵⁰ sublinha a relação recíproca entre direitos e deveres relativamente ao ambiente. Também defende que a existência de um direito humano ao ambiente, embora seja importante, não deve ser visto como um substituto do dever de proteger o ambiente. Em apêndice ao Relatório, o Projecto de Declaração de Princípios sobre Direitos Humanos de 1994 e o Ambiente reflecte esta dualidade. O princípio 2 afirma que “todas as pessoas têm direito a um ambiente seguro, saudável e ecologicamente são” e classifica-o especificamente enquanto direito humano. O princípio 21 afirma que: “todas as pessoas, individualmente ou em associação com outras, têm o dever de proteger e preservar o ambiente”.

⁴⁵ Em termos gerais, enquanto as leis, na maior parte dos países da OCDE abrangem bastante bem o uso do solo, a água e a qualidade do ar, os resíduos, as substâncias químicas e certos aspectos da vida selvagem, outras áreas como a fertilidade do solo, a biodiversidade, o clima e a energia renovável estão muito menos legisladas, já para não mencionar as relações entre as actividades sociais e económicas e a integridade ecológica.

⁴⁶ Bosselmann (1995), 51-62.

⁴⁷ Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development (1988), *Environmental Protection and Sustainable Development, Legal Principles and Recommendations*, 14, Martinus Nijhoff.

⁴⁸ United Nations (1990), Forty-Fifth Session, General Assembly, Resolution 45/94 Document A/RES/45/94, *Need to Ensure a healthy Environment for the Well-Being of Individuals*.

⁴⁹ 1994 UN Conference on Population and Development, the 1995 World Summit for Social Development, the Second UN Conference on Human Settlements, and the OAS 1997 Hemispheric Summit on Sustainable Development, citado por J. Lee (2000), “The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law”, 25 Colum. J. Env. L. 283.

⁵⁰ *Review of Further Developments in Fields with Which the Sub-Commission Has Been Concerned, Human Rights and the Environment: Final Report Prepared by Mrs. Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur*, U.N. ESCOR Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9 (1994).

Baseando-se no Relatório Ksentini, a Declaração de Biscaia de 1999 reconhece, no artigo 1, que “todos têm direito, individualmente ou em associação com outros, a gozar um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado [o qual] pode ser invocado perante instituições públicas e entidades privadas...”. O Preâmbulo desta declaração refere não só o princípio 1 da Declaração de Estocolmo, como o reconhecimento, pela Declaração do Rio, de direitos ambientais, Tratados regionais, a Resolução n.º45/94 da Assembleia Geral das Nações Unidas e outros documentos internacionais, tal como provas de um direito humano emergente.

Uma declaração recentemente adoptada pelas Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁵¹ adopta uma abordagem diferente ao direito ao ambiente, colocando-o num contexto mais vasto. O direito dos povos indígenas a um ambiente luxuriante, seguro e sustentável é definido como fazendo parte da integridade cultural e do direito à auto-determinação. No seu livro mais recente sobre os direitos dos povos indígenas, Laura Westra mostra a importância da integridade ecológica neste contexto. Ela combina os elementos de integridade cultural e auto-determinação enquanto bases para direitos e deveres em relação ao ambiente⁵².

Também em 2007, o chefe de Estado francês e representantes das Nações Unidas adoptaram o Apelo de Paris, apelando à adopção de uma “Declaração Universal de Direitos e Deveres Ambientais”⁵³. As motivações subjacentes a este apelo foram preocupações de ética ambiental conducentes ao reconhecimento de deveres complementares de quaisquer direitos.

Ao nível regional, alguns Tratados reconheceram formalmente o direito ao ambiente. O artigo 24 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos afirma que “todas as pessoas têm o direito a um ambiente geral satisfatório, que seja favorável ao seu desenvolvimento”. Nas Américas, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos no âmbito dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (o Protocolo de São Salvador) reconhece o direito a um ambiente saudável no artigo 11. O Artigo 2 exige que os Estados promovam a protecção, preservação e melhoria de ambiente⁵⁴.

No que respeita à União Europeia, nem a Carta dos Direitos Fundamentais do Ano 2000, nem a (rejeitada) Constituição Europeia de 2004 prevêm um direito ao ambiente. No entanto, a Secção 37 da Carta⁵⁵ e a Secção 97 da Constituição⁵⁶ reconhecem, de forma similar, a importância da protecção ambiental: “um nível elevado de protecção ambiental e a melhoria da qualidade do ambiente devem ser integrados nas políticas da União e garantidos de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”. Pelo contrário, o Projecto de Constituição de 1994⁵⁷ reconhecia um direito individual⁵⁸.

⁵¹ Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, adoptada no dia 17 de Setembro de 2007. <http://www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/InternationalProcesses/DraftDeclaration/07-09-13ResolutiontextDeclaration.pdf>

⁵² Westra, L., 2007, *Environmental Justice and the Rights of Indigenous Peoples*, London, UK, Earthscan.

⁵³ Paris Appeal, <http://partnerships4planet.ch/en/environmental-rights.php>

⁵⁴ Id. (“2. Os Estados Partes devem promover a protecção, preservação, e melhoria do ambiente”). Esta obrigação dos Estados adoptarem as medidas necessárias para promover os direitos listados no Protocolo é limitado pela provisão do Artigo 1, que estabelece que os recursos disponíveis dos Estados e o seu grau de desenvolvimento devem ser tidos em consideração.

⁵⁵ 2000/C 364/01 http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

⁵⁶ Doc.2004/C310/01 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2004/c_310/c_31020041216en00410054.pdf

⁵⁷ Resolução sobre um Projecto de Tratado de Constituição da União Europeia de 9.11.1994.

⁵⁸ Título VIII (21): “Todos têm o Direito à protecção e conservação do seu ambiente natural”.

Em 2003, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adoptou um relatório sobre ambiente e direitos humanos⁵⁹ e recomendou a adopção de um projecto de protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no qual o direito a um ambiente saudável fosse claramente definido. O relatório levanta algumas questões interessantes. Primeiro, ele justifica a necessidade de existência de um direito humano ao ambiente internacionalmente reconhecido com base nos “defeitos do direito internacional do ambiente” descritos em três dimensões: o conflito entre economia e ecologia, a fragmentação do direito ambiental e o incumprimento constante⁶⁰. O objectivo de um novo direito humano é, portanto, melhorar o direito e a governança, mais do que garantir melhor protecção individual. Em segundo lugar, para ultrapassar os defeitos é necessário uma abordagem radicalmente nova: «numa perspectiva económica, o conceito de sustentabilidade deve agora ser alargado para incluir a nova ideia de “sustentabilidade forte” que se baseia no pressuposto de que há um stock limitado de capital natural que não pode ser substituído e que, por isso, deve ser mantido constante ao longo do tempo»⁶¹. Ao relacionar a sustentabilidade (forte) com os direitos humanos, o Relatório oferece considerações mais vastas do que as que habitualmente são produzidas a propósito dos direitos ambientais. Por exemplo, ele reconhece “as dificuldades óbvias relativas à definição exacta do conteúdo e âmbito de um direito individual ao ambiente”⁶² à luz da importância fundamental dos sistemas ecológicos. A este propósito, o Relatório identifica um conjunto de factores limitativos da existência de um direito humano, tal como a discrepância entre riscos individuais e riscos colectivos⁶³; o conceito redutor de soberania Estadual, e as restrições resultantes da “individualização” do ambiente, incluindo a concorrência entre direitos individuais, e a dificuldade de abarcar o ecocentrismo com base em direitos antropocêntricos⁶⁴. Todos estes factores tornam mais atractivas as abordagens alternativas, incluindo as obrigações constitucionais dos Estados, ou direitos separados para animais e plantas, embora o Relatório afaste esta última opção pela sua impraticabilidade⁶⁵. As obrigações estaduais de proteger o ambiente são, de facto, favorecidas em alguns Estados Europeus⁶⁶, enquanto um número igual de Estados Europeus adoptou um direito individual ao ambiente⁶⁷.

Em suma, o Relatório recomenda um direito a um ambiente saudável enquanto “uma extensão lógica da jurisprudência actual [do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos]”, mas acrescenta que “isso não vai poder resolver todos os problemas do direito ambiental”⁶⁸.

Passando em revista, em geral, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, verificamos que o direito a um ambiente saudável foi, em certa medida, reconhecido. No caso *Taskin e outros vs Turquia*, mencionado anteriormente, o Tribunal refere-se ao artigo 8 da Constituição Turca e nota que um tribunal interno tinha afastado a licença de funcio-

⁵⁹ Doc 9791 16 de Abril de 2003 *Environment and human rights Report*, Cristina Agudo, Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/EDOC9791.htm>

⁶⁰ *Ibid.*, Explanatory Memorandum, 1.2.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* 2.4.

⁶³ *Ibid.*, 2.5.3.

⁶⁴ *Ibid.* 2.5.4.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Incluindo as Constituições da Áustria (Art. 10-12), Finlândia (Art. 20), Alemanha (Art. 20, a), Grécia (Art. 24), Países Baixos (Art. 21), Suécia (Art. 2-2) e Suíça (Art. 24-7).

⁶⁷ Nas Constituições da Bélgica, (Art. 23-4), Hungria (Ch.I, Sec. 18), Noruega (Art. 110, b), Polónia (Art. 71), Portugal (Art. 66-2), Eslováquia (Art. 44 & 45), Eslovénia (Art. 72 & 73), Espanha (Art. 45-1) e Turquia (Art.56).

⁶⁸ Relatório, 2.5.



namento “baseando-se... no gozo efectivo, pelos recorrentes, do direito à vida e do direito a um ambiente saudável... em face desta conclusão, não é necessário examinar os aspectos materiais do caso no que diz respeito à margem de apreciação”⁶⁹. Esta referência, e outras similares, são indicadores de validação, pelo Tribunal, de um “direito de viver num ambiente saudável e equilibrado”⁷⁰. Relativamente aos “textos relevantes sobre o direito a um ambiente saudável”⁷¹, o Tribunal considera, em seguida, os direitos ambientais contidos na Declaração do Rio⁷² e na Convenção de Aarhus⁷³, bem como a recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, já mencionada. Embora o Tribunal se tenha limitado a fazer breves comentários sobre o estatuto jurídico actual do direito ao ambiente, as suas reflexões são significativas, na medida em que elas nem sequer eram necessárias, em virtude da remissão feita pelo Tribunal, em última instância, para o direito interno. Globalmente, o Tribunal Europeu foi sensível à ideia de um direito humano ao ambiente.

A Imagem Actual

Considerando os desenvolvimentos jurisprudenciais e o direito europeu, bem como as constituições de treze Estados Membros da União Europeia⁷⁴ e mais seis Estados Europeus⁷⁵, podemos concluir que a Europa e, particularmente a União Europeia, tem apoiado, amplamente, a ideia de um direito humano a um ambiente saudável⁷⁶. Este amplo reconhecimento, juntamente com o desenvolvimento de normas de direito internacional não vinculativo, sugerem que o direito a um ambiente saudável é um direito humano *in statu nascendi*.

Por outro lado, 97 constituições foram no sentido contrário, pelo menos para já. Elas incluem disposições que criam o dever de os governos nacionais prevenirem danos ao ambiente⁷⁷. As razões para favorecer as obrigações estaduais em relação a uma abordagem a partir dos direitos podem variar entre os países. No entanto, é significativo que não existe uma resposta uniforme à conceptualização de direitos e responsabilidades ambientais. Alguns preferem direitos dos cidadãos, outros preferem obrigações do Governo e alguns países consagram combinações de ambos⁷⁸. Acresce que 56 constituições reconhecem ainda a responsabilidade dos cidadãos ou dos residentes na protecção do ambiente⁷⁹.

Mesmo dentro do sistema de direitos ambientais há uma conformidade limitada. É claro que os direitos ambientais processuais estão estabelecidos com firmeza no direito vinculante e não vinculante. A maior parte dos países tem disposições para permitir, de uma forma ou de outra, o acesso à informação ambiental, às decisões ambientais e à justiça.

⁶⁹ *Supra* nota 41, parágrafo 117.

⁷⁰ *Ibid.* paras. 131-132.

⁷¹ *Id.*, Part II, B., paras. 98 *et seq.*

⁷² *Id.* para. 98

⁷³ *Id.* para. 99.

⁷⁴ Além das Constituições da Bélgica, Bulgária, República Checa, Finlândia, Hungria, Letónia, Noruega, Polónia, Portugal, eslováquia, Eslovénia e Espanha, a França adoptou recentemente a “Carta do Ambiente” (“Charte de l’environnement”) declarando o “direito a viver num ambiente equilibrado e que respeite a saúde” (“Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.”); http://www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/affiche_charte_environnement.pdf.

⁷⁵ Croácia, Macedónia, Rússia, Ucrânia, Moldávia e Turquia.

⁷⁶ Ver M. Mollo, et al. (2005), Environmental Human Rights Report: Human Rights and the Environment – Materials for the 61st Session of the United Nations Commission on Human Rights, Geneva, March 14-April 22, 2005 (Oakland, California: Earthjustice Legal Defense Fund). p.37, n. 172,

⁷⁷ *Ibid.* at 37.

⁷⁸ O Relatório Mollo não dá o número exacto de sistemas combinados, mas pode-se estimar em cerca de 30.

⁷⁹ *Ibid.*, 38.

Relativamente aos direitos substanciais, há o reconhecimento, por um lado, da dimensão ambiental dos direitos humanos existentes e, por outro lado, de um direito humano autónomo a um ambiente saudável.

Se, em termos de resultados, um direito humano autónomo vai realmente mais longe, no entanto há alguma incerteza quanto ao seu conteúdo. Dinah Shelton defendeu que o direito ao ambiente inclui elementos de afinidade intergeracional e protecção estética⁸⁰. Lynda Collins defendeu recentemente que deveria entender-se como incluindo o princípio da precaução⁸¹. Estes, e talvez outros aspectos de sustentabilidade ecológica, poderiam fazer parte do seu conteúdo. Mas farão? Há poucas provas de os tribunais terem ido muito para além daquilo que já é garantido pelos direitos à vida, ao bem-estar, à privacidade, à propriedade, etc.. Parece que a natureza antropocêntrica dos direitos humanos não permite o ecocentrismo e, portanto, o reconhecimento da sustentabilidade ecológica enquanto conteúdo distintivo do direito ao ambiente.

Em conclusão, os direitos humanos e o ambiente estão intrinsecamente ligados. Sem os direitos humanos, a protecção ambiental não poderia ser realmente executada. E, vice-versa: sem a inclusão do ambiente, os direitos humanos estariam em perigo de perder a sua função essencial, que é a protecção da vida humana, do bem-estar e da integridade.

Uma perspectiva geral do direito internacional e europeu, relativamente aos direitos humanos, revela algumas orientações tendenciais. Há um reconhecimento legal crescente da ideia de que a degradação ambiental pode dar origem a privações de direitos humanos existentes. Também há uma consciência crescente de que o mero reconhecimento de tais privações não é suficiente para promover e garantir um ambiente saudável. Para alcançar este resultado, foram seguidas duas abordagens: uma é o reforço dos aspectos processuais dos direitos humanos e a outra é o reconhecimento de um direito humano autónomo ao ambiente. Claramente, tanto o direito internacional como o direito interno abraçaram a ideia de que os conceitos tradicionais de direitos humanos são insuficientes para acomodar preocupações com a protecção ambiental e a sustentabilidade.

No entanto, será suficiente a adição de direitos procedimentais e de um direito ao ambiente do catálogo de direitos humanos? Ou será necessário revisitar a ideia central de direitos humanos entendidos como a protecção contra a arbitrariedade e o desvio de poder? Será que os seres humanos precisam de protecção “contra eles próprios”? Se há alguma verdade na noção de que os “seres humanos são os animais mais perigosos da Terra”, então a questão dos deveres ambientais para complementar os direitos ambientais ganha pertinência. Esta questão foi amplamente discutida no debate sobre direitos ambientais. Ainda não há, até à data, nenhuma teoria sobre como relacionar os direitos ambientais e os deveres ambientais. Enquanto os primeiros aparecem como estatutos jurídicos, os últimos são, quando muito, referidos enquanto obrigações morais. Numa perspectiva ecológica, este desequilíbrio revela utilitarismo e antropocentrismo. A imposição, a nós próprios, de meros deveres morais é claramente insuficiente para reconhecer a sustentabilidade ecológica de toda a vida, em sentido jurídico. A abordagem ecológica aos direitos humanos defende que não apenas os seres humanos, mas também os seres não humanos, têm o direito à protecção da vida, do bem-estar e da integridade, embora não necessariamente da mesma forma. Os direitos humanos actuam não apenas num contexto social, mas também ecológico. Mas esta realidade ainda tem que ter reflexo na teoria e na prática dos direitos humanos.

⁸⁰ D. Shelton (1991), “Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment”, 28 Stan.L.J. 103, 133/134.

⁸¹ L.Collins (2007), “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law” 3 McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy, 119.



A Ética da Sustentabilidade e os Direitos Humanos

Há um consenso entre os comentadores, relativamente à antropocentricidade inerente aos direitos humanos ambientais. Na óptica de alguns, a sua mera existência reforça a ideia de que o ambiente existe apenas para benefício do Homem e não tem valor intrínseco. Por outro lado, o resultado é a criação de uma hierarquia segundo a qual a humanidade tem uma posição superior e uma importância mais elevada e separada de outros membros da comunidade natural⁸². Mais especificamente, os objectivos e os standards aplicados centram-se no Homem. A sobrevivência da humanidade, os níveis de vida, e o acesso continuado aos recursos são os objectivos. O estado do ambiente é determinado pelas necessidades da humanidade e não pelas necessidades das outras espécies.

O carácter, centrado no Homem, de um direito humano ambiental conduz a uma tensão filosófica entre os ecologistas superficiais e profundos. Como resultado desta tensão, alguns comentadores rejeitam as propostas dos direitos humanos⁸³, enquanto outros oferecem uma posição de compromisso⁸⁴.

Aqueles, que condenam a abordagem baseada nos direitos humanos, levantam as seguintes preocupações: primeiro, as abordagens antropocêntricas à protecção ambiental perpetuam os valores e atitudes que estão na origem da degradação ambiental. Segundo, as abordagens antropocêntricas privam o ambiente de uma protecção directa e abrangente. Por exemplo, é provável que os fins da protecção ambiental sejam a vida, a saúde e os níveis de vida “humanos”. Logo, o ambiente só é protegido como consequência da protecção do bem-estar humano e na medida necessária à protecção do bem-estar humano. Um direito ambiental subjuga, portanto, todas as outras necessidades, interesses e valores da natureza aos da humanidade. A degradação ambiental enquanto tal não é causa suficiente para apresentar queixa, ela deve estar legada ao bem-estar humano. Terceiro, os humanos são os beneficiários de todas as compensações atribuídas por violação de direitos. Não há garantia da sua utilização em benefício do ambiente. Nem sequer há qualquer reconhecimento da natureza enquanto vítima da degradação. Quanto à protecção ambiental depende da queixa humana.

Por outro lado, há um conjunto de argumentos que são avançados e que podem, em certa medida, mitigar estas preocupações. Primeiro, sugere-se que um certo grau de antropocentrismo é necessário à protecção ambiental. Não no sentido de a humanidade ser o centro da biosfera, mas porque a humanidade é a única espécie, pelo menos que nós saibamos, que tem consciência necessária para reconhecer e respeitar a moralidade dos direitos e porque os seres humanos fazem, eles mesmos, parte integrante da natureza. Em suma, os interesses e os deveres da humanidade são inseparáveis da protecção ambiental.

Até aqui, Shelton concorda⁸⁵, mas vai mais longe e defende que um direito humano ambiental pode não ser complementar de uma protecção mais ampla da biosfera, que reconheça os valores intrínsecos da natureza, independentemente das necessidades humanas. Birnie e Boyle, por outro lado, salientam que “olhando para o problema [dos direitos humanos antropocêntricos] de forma moralmente isolada em relação às outras espécies,

⁸² Patricia Birnie e Alan Boyle, *International Law on the Environment*, 2nd ed. (Oxford University Press 2002), 257-258.

⁸³ N.Gibson, *The Right to a Clean Environment*, 54 *Saskatchewan Law Review* (1990), 5, and C. Giagnocavo and H.Goldstein, *Law Reform or World Re-form*, 35 *McGill Law Journal*(1990), 346.

⁸⁴ Ver, de forma geral, Shelton, *supra* nota 11, and J W Nickel, *The Human Right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification* 18 *Yale Journal of International Law* (1993), 281.

⁸⁵ Shelton, *supra* n 15, 110.

um tal direito pode reforçar o pressuposto de que o ambiente e os seus recursos naturais só existem para benefício humano e não têm qualquer valor intrínseco em si próprios”⁸⁶. Eles vêem as implicações da questão como amplamente estruturais, exigindo a integração das pretensões baseadas nos direitos humanos num quadro decisório mais amplo e capaz de ter em consideração, entre outros factores, os valores intrínsecos, as necessidades das gerações futuras e os interesses concorrentes dos Estados. Na sua perspectiva, as instituições de direitos humanos estão actualmente demasiado limitadas no seu escopo para poderem ponderar estes factores⁸⁷.

Rolston também advoga uma posição de compromisso. Ele aceita o paradigma dos direitos humanos para a protecção das necessidades humanas de integridade ambiental, mas complementarmente sugere a elaboração de responsabilidades humanas pela natureza⁸⁸. De acordo com Nickel, os direitos humanos jogam “um papel útil e justificável na protecção dos interesses humanos num ambiente seguro e no estabelecimento de um ponto de encontro entre os movimentos ambientais e de direitos humanos”⁸⁹. Ele rotula a sua abordagem de “acomodacionista”, defendendo que o antropocentrismo não é uma objecção importante “se puder ser complementado por outras normas que tratam de outras questões”⁹⁰. Por outras palavras, o antropocentrismo pode ser visto como uma parte útil do “repertório normativo do ambientalismo”⁹¹.

A curto prazo, estas abordagens poderiam ser úteis para auxiliar o direito ambiental a transformar-se de uma perspectiva essencialmente antropocêntrica para uma perspectiva ecocêntrica. No entanto, a longo prazo a existência de um direito humano ambiental poderia ser considerada contraditória em si mesma. Uma opção melhor é o desenvolvimento de *todos os direitos humanos* de forma a demonstrar que a humanidade faz parte integrante da biosfera, que a natureza tem um valor intrínseco e que a humanidade tem obrigações para com a natureza. Em suma, as limitações ecológicas juntamente com obrigações como corolário, deveriam fazer parte do discurso sobre direitos.

As tentativas de ultrapassar a abordagem antropocêntrica são muitas. Entre elas, o conceito de direitos da natureza está bem documentado desde o seu surgimento em 1972, na sequência da publicação, por Christopher Stone, do artigo “Devem as Árvores ter Legitimidade Processual?”⁹² Durante mais de trinta anos o conceito foi debatido entre juristas, filósofos, teólogos e sociólogos. Este debate levou à defesa de uma variedade de abordagens baseadas em direitos, incluindo: direitos justiciáveis atribuídos à própria natureza (como idealizado por Stone); os denominados “direitos bióticos” (enquanto imperativos morais não justiciáveis); “responsabilidades” morais; e “justeza” (uma norma que prescreve a necessidade de uma relação adequada e saudável entre a humanidade e a natureza). O que é comum a todos é a tentativa de dar um reconhecimento concreto e um reconhecimento significativo ao valor intrínseco da natureza. Eles diferem é no modo de alcançar este objectivo. Alguns comentadores defendem que isso deveria ser feito no contexto de direitos judicialmente executáveis, outros defendem o reconhecimento através do anúncio de va-

⁸⁶ Birnie e Boyle, *supra* nota 82, pág. 257.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ H. Rolston III, Rights and Responsibilities on the Home Planet, 18 *Yale Journal of International Law* (1993) 251, 259-262.

⁸⁹ Nickel, *supra* nota 84, 282.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 283.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² 45 *Southern California Law Review* (1972), 450. Ver também C Stone *Earth and Other Ethics: The Case for Moral Pluralism*, New York 1987 e *Should Trees Have Standing? Marking the 25th Anniversary*, Los Angeles 1997.



lores ou estatutos, o que exige que a humanidade tenha em consideração os interesses da natureza e atribua a estes interesses uma prioridade que, de outra forma, não teriam.

Gianocavo e Goldstein defenderam que o conceito de direito da natureza é equivalente a uma “reparação legal rápida” que, tal como em muitas outras soluções legais, preclui as questões mais profundas necessárias a uma mudança genuína do mundo⁹³. Particularmente, eles defenderam a teoria de que os “direitos” são um método adequado de *reforma social*, que nos conduz a mudar as nossas atitudes e entidades dotadas de valor (neste caso, a natureza) às quais são atribuídos “direitos”. Gianocavo e Goldstein rejeitam esta teoria, considerando-a como uma “falsa pretensão”. Na sua opinião, os “direitos” dão ao titular algumas vantagens (no sentido discutido por Stone) mas isto apenas tem como efeito a valorização pelas instituições jurídicas, não pela sociedade globalmente⁹⁴.

O próprio Stone reconhece as limitações da sua teoria dos “direitos” e nas páginas finais do seu artigo discute a importância de uma modificação da consciência ambiental. Ele afirma que a reforma jurídica, juntamente com a reforma social serão insuficientes sem “uma mudança radical nos nossos sentimentos relativamente ao «nosso» lugar na Natureza”⁹⁵. Stone nunca considerou os “direitos” como um fim em si mesmo, mas antes como um meio para alcançar um fim⁹⁶.

Ainda passará algum tempo antes de vermos um Tratado internacional importante, que reflecta uma posição jurídica que vá para além do antropocentrismo. O destino da “Carta da Terra” das Nações Unidas talvez seja o que melhor ilustra isto. A “Carta da Terra” estava destinada a ser uma “expressão breve, animadora, inspirada e intemporal de uma ética global completamente nova”⁹⁷. No entanto, à medida que o processo negocial se arrastava acabou por ser chamado a “Declaração do Rio”, o que muitos criticam por ser pouco mais do que uma declaração sobre os conflitos sociais e políticos que perpassaram todas as negociações da CNUAD. As ONG’s assumiram o desafio, quando se viu que a CNUAD ia falhar no seu objectivo, e prepararam a sua própria “Carta da Terra”. A Carta da Terra das ONG’s não se afasta do objectivo de aceitar responsabilidades pela natureza e define-o em termos ecocêntricos⁹⁸. O Preâmbulo diz: “Nós aceitamos uma responsabilidade partilhada por proteger e restaurar a Terra e por permitir um uso inteligente e equitativo dos recursos, com vista a alcançar um equilíbrio ecológico e novos valores sociais, económicos e espirituais”⁹⁹.

Na ausência de uma afirmação clara de uma nova ética, num documento internacional como a proposta “Carta da Terra” das Nações Unidas, os desenvolvimentos na área dos direitos humanos ambientais podem ter alguma influência na criação dos direitos da natureza. Ao considerar o enquadramento constitucional de um direito ambiental, os Estados mais preocupados em evitar o antropocentrismo de tais direitos é provável que explorem,

⁹³ Gianocavo and Goldstein, *supra* nota 83.

⁹⁴ *Ibid.*, 357.

⁹⁵ Stone, *supra* nota 92, 495. Ver, de forma geral, 489-501.

⁹⁶ Ver também K.Bosselmann, Introduction to C.Stone, *Umwelt vor Gericht* (German trans. of Should Trees have Standing?), 2nd ed. München 1993.

⁹⁷ M Grubb (et al) *The Earth Summit Agreements: A Guide and Assessment* (London 1993) 83.

⁹⁸ Enquanto negociador da Carta da Terra das ONG fiquei surpreendido por ver um comprometimento incontestado para com um ecocentrismo ético entre as cerca de cem NGO representadas nas negociações do Rio.

⁹⁹ O projecto de Carta da Terra está publicado no Instituto de Gestão de Recursos do Pacífico (ed.), *Commitment for the Future: The Earth Charter and Treaties agreed to by the International NGOs and Social Movements*, Wellington 1992. O primeiro princípio diz: “Nós aceitamos respeitar, encorajar, proteger e restaurar os ecossistemas da Terra e assegurar a diversidade biológica e cultural”.

com algum pormenor, a noção de direitos da natureza¹⁰⁰. Complementarmente, os desenvolvimentos municipais que têm em consideração as diferentes tradições morais e legais dos povos indígenas, na medida em que estas tradições se aplicam à natureza, também podem ter alguma influência no sistema jurídico internacional. O sistema jurídico internacional, tal como os sistemas municipais, está a reconhecer cada vez mais a sabedoria das culturas indígenas.

Quer o conceito de direitos da natureza seja ou não implementado, alguma vez, pelo direito internacional municipal, pelo menos a existência do debate contribui para o desenvolvimento de direitos ecológicos. Ele ajuda a desenvolver uma consciência para lá da ética antropocêntrica prevalecente, ao sugerir o que antes era “impensável”¹⁰¹. A aceitação gradual de responsabilidade moral pela natureza pode levar-nos a um ponto em que começamos a aceitar a ideia de limitações ecológicas do exercício dos nossos direitos ou, de forma mais directa, o acordo quanto à redefinição do conteúdo de certos direitos (ex.: direito de propriedade)¹⁰². Por outro lado, as limitações do debate sobre direitos da natureza devem também estar em mente. Devemos evitar uma extensão excessiva. O que pode ser conseguido olhando para os direitos da natureza num contexto adequado. Por isso, quando estão envolvidos processos jurídicos, devemos reconhecer as limitações destes processos. No entanto, estas limitações não provam necessariamente os direitos da sua utilidade enquanto instrumento no processo de transição. O seu uso, juntamente com outras mudanças na sociedade, pode conduzir à criação de certas ressonâncias em todos os sistemas sociais, o que leva a que suportem melhor a mudança. Este contexto também inclui o reconhecimento de que outras mudanças paralelas importantes também devem ocorrer, como por exemplo uma mudança na consciencialização. O direito e a luta por uma nova moralidade não podem existir e não existem no vácuo, nem podemos confiar nelas para fornecer soluções para os nossos problemas mais profundos e mais complexos.

A Aproximação Ecológica aos Direitos Humanos

Muitos juristas ambientais questionaram o carácter fundamentalmente antropocêntrico do direito ambiental. E pedem uma inflexão ecocêntrica. Alguns defenderam, portanto, que não deveríamos ver as questões ambientais através do foco dos direitos humanos, conduzindo a uma certa forma de “chauvinismo de espécie” (Günter Handl). Inversamente deveríamos pensar ou em direitos da natureza ou em limitações dos direitos humanos relativamente aos “valores intrínsecos” do ambiente.

A primeira ideia de direitos da natureza tem sido descrita como “aproximação forte baseada em direitos” e a segunda ideia de valores intrínsecos como “aproximação fraca baseada em direitos”¹⁰³, que é o que se advoga aqui. Há poucas razões para acreditar que uma viagem ecocêntrica possa ser alcançada simplesmente adicionando direitos da natureza ao catálogo dos direitos dos homens. Como vimos anteriormente, há um conjunto de dificul-

¹⁰⁰ Ver a discussão de Stone sobre *Seehunde v. Bundesrepublik Deutschland* (no qual foi iniciada uma acção em nome das focas sofrendo de poluição química no Mar Báltico, em K.Bosselmann, *Im Namen der Natur*, Munich 1992, 181-189 and C.Stone, *The Gnat is Older than Man: Global Environment and Human Agenda*, (Princeton 1993, 85-86.

¹⁰¹ Stone, supra nota 187, 453-57.

¹⁰² J.A. Nash, *The Case for Biotic Rights*, 18 *Yale Journal of International Law* (1993), 249.

¹⁰³ Catherine Redgwell, “Life, the Universe and Everything: A Critique of Anthropocentric Rights”, in: Alan Boyle and Michael Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Clarendon Press, Oxford, 1996), 71, at 73.



dades, no pensamento baseado em “direitos” e a mais importante é que só estaríamos a promover a tradição antropocêntrica e individualista de direitos, que representa o próprio quadro mental que esteve na origem da crise ambiental global desde o início.

O projecto de direitos humanos ecológicos¹⁰⁴ tenta reconciliar as fundações filosóficas dos direitos humanos com princípios ecológicos. Como resultado, os direitos humanos (como a dignidade humana, a liberdade, a propriedade, o desenvolvimento) precisam de responder ao facto de que os indivíduos não só operam num ambiente social mas também num ambiente natural. Tal como o indivíduo deve respeitar o valor intrínseco de outros seres humanos, também deve respeitar o valor intrínseco de outros seres (animais, plantas, ecossistemas). A referência ao “respeito” dos outros, enquanto factor determinante da liberdade individual, não é incidental. Em ambos, a literatura sobre ética ambiental e a literatura sobre direitos humanos, tem um certo fundo comum. As considerações éticas sobre a nossa relação com o ambiente usam frequentemente a categoria do respeito, como faz, por exemplo, Paul Taylor no seu influente trabalho *Respeito pela Natureza* (1986) e Tom Regan na sua discussão sobre obrigações morais e obrigações legais¹⁰⁵. O debate ético contemporâneo está amplamente focado nos valores intrínsecos com base na relevância moral e no respeito, como base para obrigações pessoais¹⁰⁶. Muito do impulso relativamente ao respeito provavelmente vem de Kant, cuja insistência em que as pessoas devem ser tratadas como fins e não apenas como meios se tornou a pedra de toque do humanismo dos tempos modernos. Apesar de o foco de Kant ser no respeito pelas pessoas, mais do que no respeito pela vida, isto não exclui necessariamente a vida enquanto objecto de respeito; a extensão do conceito de persona para incluir entidades não humanas foi defendida por advogados ligados ao direito ambiental como Christopher Stone e Tom Regan. Contudo, numa perspectiva Kantiana, tal extensão é proibida na medida em que está intimamente relacionada com a percepção das pessoas como escolhedores¹⁰⁷ ou centros de consciência racional e a “vida” não se presta tão facilmente a tais atributos. Mas isto não significa que a discussão sobre o respeito (do valor intrínseco) da vida não faça sentido. O respeito no sentido de reconhecimento e *referentia* (mais do que a *observantia* de Kant) não está limitado à consciência racional¹⁰⁸.

Na teoria dos direitos humanos encontramos com frequência o conceito de “respeito” na base dos direitos humanos. Mais uma vez, a categoria do respeito, de Kant, teve influência e as limitações desta categoria, na sua aplicação a um conceito não antropocêntrico de direitos humanos, deveriam aplicar-se. No entanto, a inclusão de entidades não humanas é possível.

¹⁰⁴ Bosselmann, supra nota 13. Para mais desenvolvimentos, K. Bosselmann, *Un Approcio Ecologico Ai Diritti Umani* (An Ecological Approach to Human Rights), in: M.Greco (ed.), *Diritti Umani E Ambiente* (Human Rights and the Environment), Edizioni Cultura della Pace, Fiesole, 2000, 67-87; K. Bosselmann, “Human Rights and the Environment: the search for common ground”, *Revista de Direito Ambiental*, 23, July-September, 12-28; Para mais desenvolvimentos, K. Bosselmann (1992), *Im Namen der Natur*, Scherz, Munich, pp. 181-249; K. Bosselmann (1995), *When Two Worlds Collide: Society and Ecology* RSVP, Auckland, pp. 222-263; K. Bosselmann (2001), *Ökologische Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden; Klaus Bosselmann and Schröter (2001), *Umwelt und Gerechtigkeit*, Nomos Baden-Baden; P. Taylor (1998), *An Ecological Approach to International Law*, Routledge, London, pp. 196-257; P. Taylor, “From Environmental to Ecological Rights: A New Dynamic in International Law?” *Georgetown International Environmental Law Review* Vol.X/2 (1998), 309-397; P. Taylor, “Ecological Integrity and Human Rights”, in: L.Westra, K.Bosselmann and R.Westra (eds.) (forthcoming 2008), *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity*, Earthscan, London.

¹⁰⁵ T.Regan, *Does Environmental Ethics Rest on a Mistake?*, *Monist* 75 (1992), 161-182.

¹⁰⁶ Ver R.Elliot (ed.), *Environmental Ethics*, Oxford 1996, 15.

¹⁰⁷ “Choosers” (nota de tradução).

¹⁰⁸ J.Kleinig, *Valuing Life*, (Princeton 1991), 18.

McDougal, Lanswell e Chen, no seu principal texto sobre direitos humanos (1980), por exemplo, sugerem que utilizar o respeito como um princípio universal permitiria incluir todos os aspectos da vida na protecção dos direitos fundamentais. Mas a Teoria da Justiça de John Rawls, ao pôr a ênfase no princípio universal que deve ser aceite por todos para criar uma sociedade justa¹⁰⁹, está longe disto. O respeito pelo valor intrínseco da vida poderia guiar tanto a relação entre o indivíduo e a sociedade, por um lado, como a relação entre o Homem e o Ambiente, por outro.

A Dimensão Social Dos Direitos Humanos

Estruturalmente, os direitos humanos podem ser limitados por considerações ecológicas da mesma forma que são actualmente limitados, nomeadamente por considerações sociais e democráticas. Os direitos humanos não são absolutos, mas estão sujeitos a um conjunto de factores limitativos. Há limitações gerais e específicas aos direitos individuais. Existe uma grande variedade de limitações no catálogo dos direitos humanos da Constituição Alemã, como os seguintes excertos ilustram:

Artigo 1 – Protecção da Dignidade Humana:

- 1) A dignidade do ser humano é inviolável (...)
- 2) O povo alemão reconhece direitos humanos invioláveis e inalienáveis enquanto base de cada comunidade, da paz e da justiça do mundo.
- 3) Os direitos fundamentais que se seguem são vinculativos para o legislador, o poder executivo e judiciário como normas directamente aplicáveis.

Artigo 2 – Direito à Liberdade:

- 1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não violem direitos de outrém nem ofendam a ordem constitucional e o código moral (...)

Artigo 5 – Liberdade de Expressão:

- (...)
- 3) A arte e a ciência, a investigação e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa a lealdade à Constituição.

Artigo 14 – Propriedade:

- 1) A propriedade e o direito de transmissão hereditária são garantidos. O seu conteúdo e limites serão determinados pela lei.
- 2) A propriedade impõe deveres. O seu uso deve servir o bem-estar público.

Uma referência geral frequentemente usada na legislação é a posta pelos “limites razoáveis previstos na lei, na medida em que possam ser comprovadamente justificados numa sociedade livre e democrática”. Esta frase aparece, por exemplo, na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, na Carta Canadiana de Direitos e Liberdades, ou na Lei de Direitos Fundamentais da Nova Zelândia.

¹⁰⁹ A abordagem individualista através do liberalismo de Rawls é uma questão diferente; para uma crítica geral ver por exemplo, Costas Douzinas e R. Warrington, *Justice miscarried*, (Harvester Wheatsheaf 1994); Klaus Bosselmann, *Justice and Environment: Building Blocks for a Theory of Ecological Justice*, in: Klaus Bosselmann and Benjamin Richardson (eds.), *Environmental Justice and Market Mechanisms*, (London, Kluwer, 1998), 30-57; Klaus Bosselmann, *Ecological Justice and Law*, in: Benjamin Richardson and Stepan Wood (eds.), *Environmental Law for Sustainability: A Critical Reader*, (Hart Publ. Oxford, 2006), 129-163.

Tipicamente, qualquer limitação a um direito individual deve passar um teste de proporcionalidade quanto à necessidade, menor perturbação possível e ponderação de direitos conflitantes.

Há uma grande variabilidade quanto à forma como a ponderação é efectivamente alcançada. Por exemplo, os países onde vigora o direito civil e nos Estados Unidos seguem uma “abordagem absolutista”, de acordo com a qual é posta uma grande ênfase na supremacia da lei, e particularmente da Constituição, e na tentativa de evitar questões substanciais. Por outro lado, países como a Grã-Bretanha, a Austrália ou a Nova Zelândia seguem uma abordagem de “ponderação de interesses” que tenta sopesar os vários interesses. No entanto, o nível mínimo é o mesmo em todos estes sistemas jurídicos. É sempre a preocupação com os direitos de todos os membros da sociedade que, em última instância, determina em que medida os direitos do indivíduo podem ser limitados.

Este nível mínimo pode ser referido como a “dimensão social dos direitos humanos”¹¹⁰.

Sendo assim, isto permitiria uma análise cuidada da essência dos direitos humanos e liberdades fundamentais. A essência parece ser a tentativa de definir a liberdade do indivíduo em interacção com outros indivíduos. Portanto, é com a esfera social da existência humana que os direitos humanos estão preocupados e não com a biosfera. A biosfera (ambiente) actualmente é vista como um dado adquirido e não tem qualidade jurídica. Os direitos humanos foram criados historicamente e sistematicamente para proteger os cidadãos contra o Estado, ou, por outras palavras, para proteger os seres humanos uns dos outros. Não têm nenhuma disposição para evitar que os seres humanos explorem os não humanos e de mudar fundamentalmente as condições de vida. Enquanto os direitos humanos não forem prejudicados, somos livres de destruir o ambiente e toda a vida que nos rodeia.

A única restrição existente, a este propósito, é a nossa moralidade antropocêntrica que pode exigir que não se torturem animais, que não se transforme uma bela paisagem numa paisagem lunar, ou que se limite a engenharia genética àquelas áreas que são benéficas para o homem. Os limites são sempre definidos pela nossa preocupação com o bem-estar humano e excluindo o bem-estar de outras formas de vida. O dilema, claro, é que nós não podemos sobreviver sem preocupação pelo bem-estar da vida como um todo. Esta é a dura realidade que descobrimos através da ecologia.

As limitações antropocêntricas à tradição ocidental têm uma longa história e são, talvez, sistémicas. No entanto, o que as torna hoje tão perigosas, e até uma ameaça à vida é o facto de elas reforçarem a arrogância humana, mesmo na mais avançada legislação ambiental. A lei consolida a ideia de que só os seres humanos é que interessam e que o ambiente tem apenas um valor instrumental – uma perspectiva que padece de uma grave cegueira ecológica.

Para ultrapassar esta cegueira há duas opções: ou gerimos a mudança do paradigma ético da sociedade e não nos preocupamos com direitos humanos e assumimos simplesmente que a visão humana vai prevalecer, ou então promovemos a mudança do paradigma ético em todos os níveis sociais, incluindo o direito.

¹¹⁰ Que é o termo comum usado nas teorias alemãs sobre direitos fundamentais. Identicamente, pode ser postulada uma dimensão ecológica dos direitos humanos; ver Bosselmann, supra nota 13, 132-134.

Sem discutir se o direito pode fazer alguma diferença no comportamento social, ambas as visões clássicas parecem estar erradas. Nem é verdadeira a visão tradicional liberal, que defende que há uma profunda diferença entre as normas legais e a realidade social, nem é apropriada a visão marxista, que nega qualquer diferença entre as normas legais e a realidade social. O direito reflecte claramente e influencia activamente a forma como a sociedade opera. E é por isso que interessa saber se há reflexos ecológicos nas normas legais ou não.

A Dimensão Ecológica dos Direitos Humanos

Para defender um conceito tão revolucionário como o conceito de direitos humanos não antropocêntricos, o ónus da prova impende, obviamente, sobre quem o defende. Qual é então a vantagem dos direitos humanos ecológicos? Fariam eles alguma diferença, quanto aos resultados reais do processo decisório? Um exemplo serve para ilustrar isto. Ele vai demonstrar porque é que não seria suficiente confiar puramente na dimensão social dos direitos humanos.

O exemplo é o direito sobre a biotecnologia. Ao nível internacional, a biotecnologia tornou-se um tema de direito internacional do ambiente desde a Convenção de 1992 sobre a Diversidade Biológica¹¹¹. Em consonância com a tendência geral do direito internacional do ambiente mais recente, a Convenção sobre a Biodiversidade adopta a abordagem da protecção dos ecossistemas, isto é, proteger globalmente os habitats em vez de proteger individualmente as espécies enquanto tais¹¹². Faz isso introduzindo no Preâmbulo, um “valor intrínseco da diversidade biológica”, como complemento aos “valores ecológico, genético, social, económico, científico, educativo, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e dos seus componentes”. Isto é o reconhecimento da distinção entre valores intrínsecos (ecocêntricos) e instrumentais (antropocêntricos) do ambiente.

De facto, há um conjunto autónomo de acordos ambientais com um enfoque ecocêntrico¹¹³. Os exemplos incluem o Protocolo de 1991 sobre protecção ambiental, que altera o Tratado da Antártida de 1959, a Carta Mundial da Natureza e os 32 designados Tratados Alternativos, que várias centenas de organizações não governamentais negociaram na Cimeira da Terra em 1992, no Rio. O artigo 4.º do Projecto de Tratado Internacional sobre Ambiente e Desenvolvimento estabelece o princípio do respeito por todas as formas de vida e o Princípio 1 da Carta da Terra de 2000, fixa o “respeito pela Terra e pela vida em toda a sua diversidade”. O artigo 19.º da Convenção sobre Biodiversidade apela a que os Estados contraentes adoptem medidas legislativas com vista ao controlo das actividades de investigação biotecnológicas. O problema é que a Convenção, tal como a maioria dos Tratados, deixa completamente à discrição dos Estados as formas de implementação.

Ao nível municipal, vários Estados introduziram uma legislação de controlo semelhante, e entre eles está a Alemanha com a sua *Gentechnikgesetz* (Lei de Tecnologia Genética) de 1990. Esta legislação regula pormenores de notificação e de licenciamento de produtos geneticamente modificados (como, por exemplo, a libertação destes produtos no ambiente), mas faz isso baseando-se, antes de mais, em que há um direito fundamental a desenvolver

¹¹¹ U.N. Doc. 6.10. 31 I.L.; 818 (1992).

¹¹² Alexander Kiss e Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 2nd ed. (Transnational, New York, 2000), at 17, 299-288.

¹¹³ Redgwell, *supra* nota 198.

engenharia genética. O princípio da livre produção e venda é a regra, quaisquer restrições são a excepção. O ónus da prova, portanto, não é do produtor, que introduz um novo risco potencial, mas do público em geral (representado, por exemplo, por comissões de peritos, como Autoridade de Gestão de Riscos Ambientais na Nova Zelândia ou diversas comissões no Reino Unido). Saber se as actividades de engenharia genética são aceitáveis ou não, é determinado pela ponderação de custos e benefícios sociais. O problema é que tais custos e benefícios sociais são exclusivamente determinados pelo valor da utilidade humana. Não há que considerar valores intrínsecos dos ecossistemas e dos seus componentes.

Obviamente, há uma clivagem entre a abordagem ecocêntrica da Convenção sobre biodiversidade e a sua implementação através da abordagem antropocêntrica de legislação municipal. Para acabar com esta clivagem poderíamos imaginar uma simples lei que impusesse o ónus da prova ao produtor (ou importador) com a consequência de que as dúvidas remanescentes prejudicariam o requerente. No entanto, uma interpretação tão radical dos princípios do poluidor-pagador e da precaução não foi desenvolvida em lado nenhum e é improvável ou mesmo impossível que seja feita com base no nosso conceito antropocêntrico de direitos humanos.

A investigação, o desenvolvimento e a aplicação comercial de engenharia genética são considerados livres até ao ponto em que os direitos de terceiros possam ser afectados. Tais direitos podem incluir direitos dos consumidores (com o direito a fazer escolhas informadas), direito à protecção da saúde (isto é, contra riscos para a saúde humana associados a produtos geneticamente modificados), e talvez a dignidade humana ou o direito à identidade pessoal e auto-determinação. No entanto, desde que estas preocupações estejam salvaguardadas, nada pode impedir a engenharia genética de alterar de forma fundamental a estrutura genética de que é feita a natureza. É por isso que, por exemplo, podemos considerar que a clonagem de seres humanos está limitada pelo princípio da dignidade humana ou pelo direito à identidade pessoal e auto-determinação, mas a clonagem de animais e plantas, não. Isto seria simplesmente uma questão de considerações utilitárias. Se as experiências com a ovelha Dolly parecerem úteis aos seres humanos e às suas necessidades imediatas, serão consideradas legais¹¹⁴. As ovelhas, tal como todos os animais e plantas, são receptores da nossa moralidade antropocêntrica¹¹⁵.

Claro que pode acontecer que a nossa moralidade mude com o tempo e que, um dia, os comités de ética tenham a sabedoria e o poder de evitar que a engenharia genética enlouqueça. Até ao momento, os comités de ética são orientados pela liberdade absoluta de investigação, por um lado, e por análises utilitárias de custo benefício, por outro. Considerando que estes dois princípios estão firmemente enraizados no nosso conceito de direitos humanos, as implicações ecológicas e a longo prazo da engenharia genética não contam.

Uma análise mais profunda da jurisprudência actual revela que os direitos humanos ecológicos teriam alterado o resultado. Por exemplo, no que respeita ao direito de propriedade, os tribunais alemães vêm crescentemente reconhecendo que o uso do solo e dos recursos está limitado por exigências de bem-estar público (artigo 14.^o). Isto conduziu, por exemplo, ao estabelecimento de restrições ao uso de fertilizantes químicos e pesticidas nos terrenos agrícolas, à protecção contra a sobre-pastagem causada por excesso de gado, ou à proibição de certas substâncias perigosas. No entanto, em todos os casos as restrições foram determinadas em última instância por standards de protecção de saúde humana e não por preocupações ecológicas. Como afirmou o Tribunal Constitucional Federal Alemão

¹¹⁴ Que, como é evidente, é o que são actualmente.

¹¹⁵ Para uma crítica ver, por exemplo, M.-L. Lowry, *Of Mice and Genes, Ethics and European Law on Biotechnological*, European University Institute, 1996.

(num caso de 1982, relativo aos níveis dos lençóis freáticos): “o uso privado de solo está limitado pelo direito e interesse do público em geral de ter acesso a certos activos essenciais para o bem-estar humano, tal como a água”¹¹⁶. O respeito do valor intrínseco da vida (e não só a vida humana) teria levado a restrições muito maiores do que assegurar os fornecimentos de água para as pessoas. No entanto, citando outra decisão, desta vez do Tribunal Federal Administrativo Alemão (1987): “a lei não pode garantir a saúde dos ecossistemas *per se*, mas só na medida em que isso seja exigido para protecção dos direitos das pessoas afectadas”¹¹⁷.

Uma excepção notável a este reducionismo antropocêntrico (e que é a regra) é a protecção dos animais. Vários Estados Europeus alteraram, nos últimos anos, o estatuto legal dos animais. Eles já não são vistos como “casas” que podem ser apropriadas e usadas como os carros, mas enquanto “criaturas” por direito próprio. Como consequência, há agora alguns casos de penalização do tratamento “desumano” dos animais (por exemplo, a proibição de certas formas de abate ou exigindo um tamanho mínimo para as capoeiras das aves). Portanto, o reconhecimento de uma forma, pelo menos rudimentar, de valor intrínseco dos animais fez uma grande diferença. Aparentemente o Movimento pelos Direitos dos Animais dos anos 70 e 80 está a dar frutos.

Alguma doutrina jurídica fala agora do notável efeito de “spill-over” resultante da tendência internacional em direcção a um ambiente decente e ao reconhecimento de direitos dos animais. Apesar de terem ambos, claramente, natureza antropocêntrica, o efeito de “spill-over” está claramente aí. Citando Catherine Redgwell, “a maldição do antropocentrismo foi claramente quebrada. Considerando a consciência crescente da interconexão entre os seres humanos e o ambiente e do valor intrínseco deste, (...) é pouco provável que a natureza seja simplesmente ignorada; o problema é mais de conciliar as diferentes ajudas, ambiental e de direitos humanos”¹¹⁸.

O Debate Constitucional na Alemanha desde 1985

A reconciliação destas duas agendas pode ser conseguida integrando o ambiente no conceito de direitos humanos. Os direitos humanos podem ser conformados por limitações que decorrem tanto do seu contexto social como ecológico. Na Alemanha, tais considerações fizeram parte de um debate mais alargado em torno dos valores centrais da *Grundgesetz*. Um destes valores centrais diz respeito à inflexão para uma abordagem antropocêntrica.

O desenvolvimento constitucional na Alemanha reflecte tanto apoio como oposição a esta ideia. Nos meados dos anos 80, o poder de penetração do ecologismo era suficientemente forte para instigar um debate público alargado sobre os méritos deste novo objecto estadual. Os objectivos dos Estados (“Staatsziele”) são direito constitucional vinculativo exigindo que o governo vise realizar determinadas tarefas. A incorporação de um objectivo estadual de protecção do ambiente rapidamente encontrou aceitação, mas o seu fundamento, propósito e extensão eram muito controversos revelando, eventualmente, dois blocos. Um bloco exigia que o Estado protegesse o ambiente *em si próprio* (“um ihrer selbst willen”), o outro insistia no ambiente enquanto meros *recursos naturais dos seres humanos* (“natürliche lebensgrundlagen des Menschen”)¹¹⁹.

¹¹⁶ Bosselmann, *supra* nota 13, 94-7.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Redgwell, *supra* nota 198, at 73.

¹¹⁹ Ver Bosselmann, *supra* nota 10, 195-202.

O primeiro bloco consiste em grupos ambientais, em advogados defensores do ambiente, igrejas e a oposição política de então, de Social Democratas e Verdes, e o outro bloco era constituído por advogados de direito constitucional e o Governo. A Comissão Constitucional Adjunta do Parlamento Federal (“Bundestag”) e do Senado Federal (“Bunderat”) consideraram que a questão do antropocentrismo ou não antropocentrismo era demasiado importante para ser decidido desde já e apelaram para mais debate público. A Comissão concluiu, no entanto, que o ambiente como tal não poderia transportar um valor constitucional intrínseco similar ou comparável dos seres humanos¹²⁰.

A introdução de um novo artigo 20 a), em 1994, representou um compromisso político entre ambos os blocos: “o Estado, em função da sua responsabilidade pelas gerações futuras, deve proteger os fundamentos naturais da vida no quadro da ordem constitucional, através da legislação e, através do direito e da justiça, através do poder executivo e dos tribunais”.

A introdução do conceito de “fundamentos naturais de vida” (mais do que vida humana) marcou o afastamento do simples antropocentrismo. Mas o debate não acabou em 1994. Agora o movimento dos direitos dos animais fez lobby por um objectivo específico do Estado, de proteger os animais. Em 2002, a noção de “e os animais” foi acrescentada aos fundamentos naturais da vida. Saber se este acrescentamento reforçou ou enfraqueceu a abordagem não antropocêntrica da constituição é uma questão de interpretação. Prova, no entanto, que o discurso ético fez uma inclusão no discurso legal.

As mudanças constitucionais tiveram ainda mais sucesso na Suíça. Uma alteração à Constituição Federal, de 1992, exigiu que o Estado tivesse em consideração a *Würde der Kreatur*¹²¹. Esta noção poderia ser traduzida como “dignidade da criação”¹²², o que lembra o termo alemão *Schöpfung* (reflectindo a terminologia Cristã). A outra língua oficial, Francês, capta muito melhor a ideia de *Würde der Kreatur* (em italiano: *dignità de la creatura*): l’integrité des organismes vivants. Esta “integridade dos organismos vivos” estaria perto da integridade ecológica, tal como expressa, por exemplo, na Carta da Terra. No entanto, há uma discussão pendente sobre o verdadeiro significado de *Würde der Kreatur*.

De acordo com Peter Saladin, a expressão *Würde der Kreatur* tem um núcleo essencial que não deve ser violado e que não pode ser posto de lado no processo de ponderação. No seu relatório de 1994, elaborado para a Agência Suíça para a Protecção do Ambiente (EPA) ele enfatizou que *Würde des Menschen* e *Würde der Kreatur* não apontam para algo substancialmente diferente¹²³. Ambos reflectem o valor e a dignidade intrínsecos. De forma não surpreendente, a EPA encomendou uma segunda opinião. Veio da Universidade de Zürich e do seu grupo de ética, a defesa de que a expressão *Würde der Kreatur* ambiciona ser vista como um nível diferente de dignidade humana. O relatório de 1997 do grupo¹²⁴ apela à interpretação mais estrita da dignidade, que protege os indivíduos da degradação.

¹²⁰ Bericht der gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucksache 12/6000, S. 66f. Bericht der Sachverständigenkommission “Staatszielbestimmungen / Gesetzgebungsaufträge”, RdNr. 144.

¹²¹ A nova Constituição Suíça de 2000 incorpora o artigo equivalente de 1992 enquanto artigo 120 (“tecnologia genética na área não humana):

1 As pessoas e o seu ambiente devem ser protegidos contra o abuso da tecnologia genética.

2 A Confederação legislará sobre o uso de material genético e reprodutivo de animais, plantas, e outros organismos. Ao fazê-lo, tomará em consideração a *dignidade da criação* e a segurança do homem, dos animais e do ambiente e protegerá a multiplicidade genética das espécies animais e vegetais.

¹²² Tradução facultada pelo Governo Suíço.

¹²³ P Saladin *Die Würde der Kreatur*, Schriftenreihe Umwelt Nr. 260 (1994), S. 121. Ver também the standard commentary on the Swiss constitution Peter Saladin et al., *Kommentar zur Bundesverfassung*, 1995, Art. 24 novies Abs. 3

¹²⁴ Publicado em ingles como P Balzer, KP Rippe e P Schaber “Two Concepts of Dignity for Humans and Non-Human Organisms in the Context of Genetic Engineering” (2000) 13 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 7.

O pleno reconhecimento de integridade ecológica continua na agenda e só o tempo dirá se as constituições incorporarão o ecocentrismo.

Relativamente aos direitos humanos, a reforma constitucional na Alemanha sentiu várias tentativas de formular limites ecológicos. Uma proposta do Estado de Bremen incluiu a obrigação estadual de proteger o mundo natural (“*natürliche Mitwelt*”) no seu próprio interesse (“*um ihrer selbst willen*”) e uma restrição ecológica às liberdades individuais, por exemplo nos artigos 2^o (Direito da Liberdade) e 14^o (Propriedade). Na Câmara Alta (Bundesrat) dez Estados votaram a favor desta proposta e seis abstiveram-se¹²⁵.

Após a unificação da Alemanha, em 1990, uma ampla aliança de cientistas políticos, advogados constitucionais e partidos políticos redigiram a nova constituição (“*Verfassung*” a substituir “*Grundgesetz*”). Este projecto de constituição – o único até à data – elevou a ecologia a princípio fundamental, ao lado da democracia, da liberdade individual e da justiça¹²⁶. A responsabilidade ecológica é vista como um “tecido verde que prepara toda a constituição”¹²⁷ afectando igualmente o Estado e as pessoas individuais. O projecto de constituição rejeita um direito humano ao ambiente saudável, na medida em que isso reflectiria “um ponto de vista problemáticamente antropocêntrico relativamente à natureza”¹²⁸. No entanto, vários direitos humanos contêm limitações para reflectir as responsabilidades ecológicas. O conceito de propriedade do artigo 14^o, por exemplo, inclui a preservação das condições naturais da vida (“*Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen*”) como barreira ao uso da propriedade¹²⁹. De forma similar, a liberdade científica e de investigação é também restrita. O artigo 5b(2) exige a notificação pública de qualquer investigação que envolva riscos especiais (“*besondere Risiken*”) e permite restrições se tal investigação causar uma ameaça à dignidade humana ou às condições naturais de vida¹³⁰.

O reconhecimento do valor intrínseco da vida é simultaneamente a justificação ética e legal para as limitações ecológicas. Alguns exemplos¹³¹ - usando os mesmos direitos fundamentais na Alemanha que foram mencionados acima – podem ilustrar o uso deste conceito¹³².

Artigo 1 – Protecção da dignidade humana:

- 1) A dignidade da pessoa humana é inviolável (...)
- 2) O povo alemão reconhece os direitos humanos invioláveis e o respeito pelo valor *intrínseco da vida* enquanto base de cada comunidade, de paz e de justiça no mundo.
- 3) Os direitos fundamentais que se seguem são vinculativos e directamente aplicáveis para os poderes legislativo, executivo e judicial.

Artigo 2 – Direito à liberdade:

- 1) Todos têm o direito a um livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não viole os direitos dos outros ou a *sustentabilidade das condições naturais da vida*.
(...)

¹²⁵ K Bosselmann, *supra* nota 10 , 200-202.

¹²⁶ Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder, *Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung. Denkschrift und Verfassungsentwurf* (Nomos Baden-Baden 1991), 21-23.

¹²⁷ *Ibid.*, at 39.

¹²⁸ *Ibid.*, at 40.

¹²⁹ *Ibid.*, at 40 and 86.

¹³⁰ *Ibid.*, at 73.

¹³¹ See K Bosselmann, *supra* note 10, 80-126.

¹³² Proposed amendments in italics.

Artigo 5 – Liberdade de Expressão:

(...)

3) A arte e a ciência, a investigação e o ensino são livres. *Eles respeitam a dignidade do ser humano e o valor intrínseco da vida.*

Artigo 14 – Propriedade:

1) A propriedade e os direitos sucessórios são garantidos. O seu conteúdo e limites serão determinados pela lei.

2) A propriedade impõe deveres. O seu exercício também deve servir o bem-estar público e a *sustentabilidade das condições naturais da vida.*

A importância não está tanto na letra¹³³, mas na intenção ou, mais precisamente, na dinâmica associada à interpretação ecológica dos direitos humanos.

A Aproximação Ecológica aos Direitos Humanos na Carta da Terra

Um exemplo internacional pode ser encontrado na Carta da Terra¹³⁴. Enquanto enquadramento ético para um mundo futuro justo, sustentável e pacífico, a Carta da Terra estabelece princípios e valores relevantes, incluindo a sua interconectividade.

A Carta da Terra considera os direitos humanos como a base de, e ao mesmo tempo, uma limitação ao bem-estar e existência humanos. É baseada na unidade da vida humana e não humana. Para este fim, os direitos humanos processuais e certos direitos substanciais são reforçados, enquanto outros direitos humanos substanciais são limitados. Isto é uma novidade no direito internacional de direitos humanos.

Alguns excertos podem ilustrar isto:

Preâmbulo

(...) Temos que juntar-nos para dar origem a uma *sociedade global sustentável, fundada no respeito pela natureza, em direitos humanos universais*, na justiça económica e numa cultura de Paz.

(...) O espírito da *solidariedade humana e da afinidade com toda a vida* é reforçado quando vivemos com reverência pelo mistério do ser, gratidão pelo dom da vida, e humildade relativamente ao lugar do homem na natureza.

(...) Nós afirmamos *os seguintes princípios independentes* para uma forma de vida sustentável enquanto padrão comum.

A Carta, com os seus dezasseis princípios, contém referência tanto aos aspectos de reforço dos direitos humanos como limitações aos mesmos.

(1) Reforço de Direitos Humanos na Carta:**Princípio 3 (a)**

Assegurar que as comunidades *garantem, a todos os níveis, direitos humanos e liberdades fundamentais e dão a todos uma oportunidade de realizar todo o seu potencial.*

¹³³ For a proposal with respect to the Austrian constitution see P.Pernthaler, Reform der Bundesverfassung, in: P.Pernthaler/K.Wimmer/N.Wimmer, *Umweltpolitik durch Recht*, (Wien 1992), 10; with respect to the Swiss constitution see Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (ed.), *Die Würde der Kreatur*, (Gutachten 1995).

¹³⁴ Adopted in June 2000 in The Hague; www.earthcharter.org

Princípio 7

Adoptar padrões de produção, consumo e reprodução que salvaguardem as capacidades regenerativas da Terra, *os direitos humanos*, e o bem-estar da comunidade.

Princípio 8 (a)

Garantir que a *informação* de importância vital para a protecção da saúde humana e do ambiente, incluindo informação genética, *permanece disponível, no domínio público*.

Princípio 9 (a)

Garantir o direito à água potável, ou limpa, segurança alimentar, solos não contaminados e saneamento básico.

(...)

Princípio 11

Afirmar a igualdade de género e a equidade, enquanto pré-requisitos para o desenvolvimento sustentável e assegurar o acesso universal à educação, cuidados de saúde e oportunidades económicas.

Princípio 12

Defender o *direito de todos*, sem discriminação, a *um ambiente natural* e social que apoie a dignidade humana a saúde física e o bem-estar espiritual, com especial atenção para os *direitos dos povos indígenas* e das minorias.

Princípio 13

Reforçar as instituições democráticas, a todos os níveis, e assegurar a transparência e a imputabilidade¹³⁵ da governação, incluindo a *participação nos processos de tomada de decisão e o acesso à justiça*.

(2) Deveres com Limitações a Direitos Humanos na Carta da Terra:**Princípio 1 (a)**

Reconhecer que todos os seres são independentes, que *todas as formas de vida têm valor, independentemente da sua utilidade para os seres humanos*.

Princípio 2 (a)

Aceitar que *com o direito de possuir, gerir e usar os recursos naturais vem o dever de prevenir danos ambientais, e de proteger os direitos das pessoas*.

Princípio 6 (a)

Colocar o ónus da prova sobre quem invoca que uma determinada actividade proposta não causará dano significativo, e tornar as partes em causa responsáveis pelos danos ambientais.

Historicamente, a ideia de direitos humanos foi conformada por duas tradições políticas principais: o pensamento liberal e social. Primeiro, o liberalismo do séc. XVIII estabeleceu a ideia de liberdades individuais (em francês, *liberté*). Segundo, os princípios democráticos e sociais dos séculos XIX e XX adicionaram as ideias de igualdade e solidariedade (em francês, *égalité et fraternité*).

¹³⁵ Accountability (nota de tradução).

O conceito do ser humano como indivíduo numa sociedade livre, democrática e social foi a realização da Modernidade.

Mas o tempo não parou. Enquanto os seres humanos continuaram a ser uma ameaça para si próprios, eles estão a ameaçar crescentemente as condições naturais de que dependem. Isto apela para um alargamento do conceito de solidariedade. As gerações futuras e o ambiente natural deveriam estar no âmbito da solidariedade.

Conclusão

A abordagem ecológica aos direitos humanos reconhece a interdependência de direitos e deveres. Os seres humanos precisam de usar recursos naturais, mas também dependem completamente do ambiente natural. Isto torna as auto-restrições essenciais, não apenas em termos práticos, mas também em termos normativos. As posições jurídicas subjectivas, relativamente aos recursos naturais e a um ambiente saudável, convenientemente expressas como direitos, não podem ser compreendidas em termos puramente antropocêntricos.

Os direitos humanos, tal como todos os instrumentos jurídicos, devem respeitar limites ecológicos. Estes limites podem ser expressos em termos éticos e legais, na medida em que definem o conteúdo e os limites dos direitos humanos.

Serão as instituições adaptáveis a estes novos direitos humanos ecológicos? No interesse da coerência e da eficiência do direito, deveriam ser. No interesse da sobrevivência humana, são-no obrigatoriamente!

Klaus Bosselmann
Universidade de Auckland

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

Resumo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² *Ibid.*

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

I – Consistência e valor do Princípio da Conciliação

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

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

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

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

A. Uma tradução jurídica do desenvolvimento sustentável

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ E. Bruce, supracitado.

⁴¹ A. Capitani, supracitado.

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

2. O valor constitucional do princípio da conciliação

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

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

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

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

⁴³ Ver Hauchemaille e Meyet supracitado.

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

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

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

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

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

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

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

B. Uma tradução minimalista do imperativo de protecção do ambiente

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

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

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

1. A objectivação

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

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

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

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

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

2. A integração

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

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

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

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

3. A conciliação no sentido da Carta do Ambiente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Execução do Princípio da Conciliação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. A insuficiência da técnica da ponderação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. A caminho duma teoria da conciliação?

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

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

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

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

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

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

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

1. As fontes e os objectivos dum controlo da sustentabilidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Os meios pertinentes dum controlo da sustentabilidade

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁴ Ver C Cans, *Ibid.*

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

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

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

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

Chantal Cans

Professora de Direito Público na
Universidade do Maine

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

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



Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: Desafios para a Sustentabilidade Local*

Resumo

Este artigo pretende analisar a forma como a implementação da Agenda Local 21 (AL21) em Portugal está a contribuir para uma governação local apoiada num modelo de desenvolvimento sustentável. Partindo de uma visão teórica sobre a governação para o desenvolvimento sustentável - centrada na análise dos seus principais valores e desafios e em perceber o potencial da AL21 para a sua prossecução -, este artigo desenvolve uma reflexão crítica sobre o tema a partir dos resultados mais relevantes obtidos através da implementação de um questionário dirigido aos municípios portugueses. O artigo, pretende expor algumas das principais potencialidades, limitações e desafios da realidade local portuguesa, em particular no que respeita à implementação da Agenda Local 21, e em geral, no que respeita à governação local tendo em vista modelos de governação mais coerentes com o conceito de desenvolvimento sustentável.

1. O Debate da Governação para o Desenvolvimento Sustentável

Designadamente na língua inglesa, o conceito de governação (*governance*) referia-se tradicionalmente à actividade dos governos e a como os políticos eleitos exerciam o poder, mas a reemergência do conceito a partir dos anos 80 'abriu-o' muito para além do limite semântico de "governo". Esta mutação linguística no uso de "governação" ao longo das duas últimas décadas, aparece como uma resposta às transformações de um mundo caracterizado, entre outros aspectos, por uma globalização inexorável, um processo de complexificação das relações entre o Estado e a sociedade civil, e uma fragmentação crescente de decisões (Hirst 2000, in Kjaer 2004). Nas palavras de Rhodes: "o Estado foi esvaziado superiormente (por ex. através da interdependência internacional), inferiormente (através

* O presente artigo baseia-se na versão publicada em Fidélis, T. e Pires, S. M. (2009) 'Surrender or resistance to the implementation of Local Agenda 21 in Portugal: the challenges of local governance for sustainable development', *Journal of Environmental Planning and Management*, 52(4), pp. 497-518.

da mercantilização e da criação de redes), e lateralmente (por agências)” (Rhodes 2003, p. 69), mas continua a reter, todavia, um papel fundamental. Bache e Flinders (2004) resumem bem estas mudanças institucionais: (1) um aumento da participação de actores não-estatais na tomada de decisão nos vários níveis territoriais; (2) a crescente sobreposição de redes, com as inerentes dificuldades de identificação de níveis territoriais distintos na tomada de decisão; (3) a transformação do papel do Estado, onde se tem vindo a desenvolver um conjunto de novas estratégias de coordenação, orientação e estabelecimento de redes para proteger e, em alguns casos mesmo aumentar, a autoridade Estatal; por fim, (4) um ajuste da natureza da responsabilização democrática e a necessidade de a rever, ou pelo menos de a repensar.

Estas mudanças apontam para a própria essência da governação para o desenvolvimento sustentável¹. Segundo Lafferty (2004), a governação assente em preocupações de desenvolvimento sustentável implica uma integração horizontal e vertical dos valores e princípios fundamentais da sustentabilidade na actividade governamental (algo extremamente exigente em termos de coordenação) e suscita um encontrar de formas efectivas para mobilizar e envolver a sociedade civil (desafiando a natureza da responsabilização democrática) na formulação e implementação de políticas sectoriais (em redes sobrepostas) (Lafferty 2004).

De uma forma geral, um sistema de governação pode ser considerado eficaz, se conseguir assegurar que as suas políticas são desenvolvidas e implementadas de uma forma consistente e efectiva através dos limites institucionais, apontando para fins “desejáveis”, como a sustentabilidade, e afastando-se de fins “indesejáveis”, como a insustentabilidade. As tensões entre os valores fundamentais de uma “boa” governação – entre os quais, a legitimidade, eficiência, democracia e a responsabilização – estão sempre presentes, e, no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável, os *trade-offs* entre os mesmos são particularmente vibrantes.

O primeiro grande dilema relaciona-se com o garantir da legitimidade das políticas públicas num sistema de governação sobremaneira complexo. Para Goss (2001): “a emergência das relações de governação tornam evidente que estamos numa era de legitimidades múltiplas, as quais todas são relevantes e importantes, fazendo, conseqüentemente, com que uma governação efectiva exija que todos os actores reconheçam a legitimidade uns dos outros, e que sejam capazes de negociar esta legitimidade partilhada de forma contínua” (p.23).

A questão da eficiência das decisões e das políticas públicas é igualmente importante, e levanta questões acerca de como controlar o uso de recursos por múltiplos actores de modo a funcionar eficientemente. Ser eficiente é, também, ser flexível de modo a produzir resultados tangíveis, maximizando os recursos. Isto implica a tendência para a proliferação de objectivos, critérios e indicadores face aos quais o funcionamento é avaliado, associando incentivos, recompensas e sanções a essa avaliação (PASTILLE 2002).

Adicionalmente, o próprio funcionamento democrático é posto em causa quando uma análise séria da governação para a sustentabilidade desafia as normas e os processos das democracias actuais (Lafferty 2004), particularmente quando os ciclos políticos são totalmente descoincidentes com os ciclos de vida ecológicos. No entanto, mesmo considerando

¹ Mais à frente abrevia-se a expressão ‘governação para o desenvolvimento sustentável’ para ‘governação sustentável’, por uma questão meramente de simplificação linguística.

que as redes de governação possibilitam o envolvimento de múltiplos actores, é evidente que uma participação alargada não equivale a um poder mais distribuído, e que a emergência do sistema de governação não significa, necessariamente, uma melhoria para a situação dos grupos sociais mais fracos. A participação é importante, mas está longe de ser suficiente (Meadowcroft 2004).

Por último, para Kjaer, a responsabilização implica responsabilidade; ser responsabilizável implica a possibilidade de se ser responsabilizado, e a teoria da governação preocupa-se com a definição de mecanismos de responsabilização democrática (Kjaer 2004). A capacidade de responsabilizar poderá simplesmente desaparecer ou diluir-se nas complexas redes de instituições, porque definir quem fez o quê, deixa de ser linear (Rhodes, citado por Kjaer 2004). Sempre contestada e em evolução, a intrincada distribuição de autoridade e competências entre o Estado e os actores não-estatais ao nível local, regional, nacional e internacional, é um dos aspectos mais intrigantes da governação para o desenvolvimento sustentável (Fairbrass e Jordan 2004). Os diferentes níveis de acção implicam diferentes consequências para a responsabilização e para a democracia, sendo que é provavelmente no nível local, a uma escala de acção mais pequena, que encontraremos mais facilmente medidas que promovam uma capacidade de responsabilização mais efectiva. Paralelamente, o nível local será provavelmente aquele em que mais intensamente se tem tentado integrar políticas e práticas para a sustentabilidade, implementar diferentes modos de governação, e procurar respostas para os principais problemas e desafios da sustentabilidade. No entanto, a resolução eficaz de certos problemas, como, por exemplo, o aquecimento global ou a poluição transfronteiriça, transcendem claramente o nível local e o nacional.

Para Luhde-Thompson (2004, p.485), a arte de “governar cidades sustentáveis” pode definir-se pela “criação de governos locais competentes que, em interacção com uma sociedade civil altamente responsável e responsiva, aplicam uma forma de governar que possibilita as soluções mais sustentáveis”. A questão que surge então é: Como podem esses governos locais competentes e uma sociedade civil consciente implementar políticas sustentáveis? Quais são as condições necessárias para que isso aconteça?

Vários estudos e análises comparativas no espaço Europeu (Lafferty 2001, PASTILLE 2002, Evans *et al.* 2005, entre outros) têm procurado identificar e analisar os factores e condições que reforçam a capacidade da governação local para adoptar e desenvolver iniciativas que possibilitem um desenvolvimento sustentável. Partindo desses mesmos estudos, extraímos um conjunto de factores específicos que nos parecem pertinentes para uma implementação efectiva da Agenda Local 21 (AL21) (ver tabela 1). Esses factores foram agrupados segundo dois ângulos distintos: as condições geradas pelos “governos locais” e os factores gerados pela “sociedade civil” – aqui entendida como “todas as actividades sociais, económicas e políticas que têm lugar fora do governo local” (Evans *et al.* 2005, p. 14). Assume-se aqui que o nível do governo local – o foco do presente estudo – desempenha um papel importante na melhoria da governação para a sustentabilidade. Estando mais perto do território e da sua população, tem um acesso privilegiado aos problemas e conflitos ambientais, sociais e económicos, assim como à respectiva resolução dos mesmos. Tem também uma maior capacidade para conceber possíveis linhas de desenvolvimento que promovam os objectivos de sustentabilidade. Finalmente, a proximidade aos grupos de interesse (*stakeholders*) e ao público em geral poderá facilitar uma maior mobilização local para a criação conjunta de novas abordagens e parcerias. Os cinco factores aqui assumidos como cruciais estão resumidos na Tabela 1, reflectindo *uma* forma de reforçar este papel estratégico dos governos locais.

Tabela 1 - Factores e condições determinantes para uma efectiva governação sustentável

Governos Locais	
Esforços de aprendizagem	- Habilidade/capacidade para desenvolver soluções inovadoras
Visão de longo prazo para o desenvolvimento sustentável	- Apoio a uma visão de longo prazo sem perder perspectiva sobre a acção a curto e médio prazo - Forte compromisso político para com os objectivos do desenvolvimento sustentável
Parcerias/alianças com indivíduos/organizações-chave fora da esfera pública	- Mecanismos que estabeleçam o acesso de diferentes grupos da sociedade civil aos processos de tomada de decisão e de implementação
Interação com actores nacionais e internacionais	- Desenvolvimento integrado de projectos/actividades/redes com outros níveis de governo ou com organizações nacionais e internacionais para o desenvolvimento sustentável
Condições internas e organizacionais	- Consciencialização/formação/educação dos funcionários públicos relativamente ao desenvolvimento sustentável - Organização interna/departamental que facilite a integração/avaliação/monitorização de políticas - Estabelecimento de práticas de trabalho internas sustentáveis
Sociedade Civil	
Consciencialização dos desafios do Desenvolvimento Sustentável	- Nível de educação/consciência da população/sector privado/organizações não-governamentais, etc
Capacidade de Mobilização	- Grau de actividade/mobilização/envolvimento da sociedade civil nos assuntos públicos
Confiança nas políticas locais	- Grau de confiança nos governos e políticas locais. assim como no sector público em geral
Cumprimento dos objectivos ambientais	- Nível de cumprimento com os objectivos ambientais e de sustentabilidade da parte da população e do sector privado (consumo responsável, produção responsável, etc)

Em primeiro lugar, de modo a ser o que designamos de *organizações aprendentes*, as autoridades locais necessitam ter a capacidade de desenvolver novas formas de funcionamento, que possibilitem processos de tomada de decisão mais abertos, inovadores e flexíveis, incorporando os objectivos inter-sectoriais e inter-geracionais do desenvolvimento sustentável. Kern (2008) tem argumentado por novos arranjos institucionais capazes de efectivamente aprender *lições* e transferir políticas; Evans e Theobald (2003), por seu lado, têm enfatizado a necessidade de criatividade, inovação e flexibilidade na criação de políticas, erodindo barreiras profissionais e departamentais; enquanto que outros autores sugerem aspectos como a descentralização, a construção de consensos e uma maior flexibilidade organizacional, enquanto aspectos que promovem sistemas políticos abertos e orientados para a aprendizagem. As AL21 são justamente uma oportunidade para introduzir estas mudanças e assim estimular o potencial de aprendizagem.

Um segundo factor diz respeito ao estabelecimento de uma *visão de longo prazo para a sustentabilidade*, sem perder a perspectiva de curto prazo da sua implementação. Particularmente no nível local, a existência de lideranças fortes e sólidas é extremamente importante para incluir aspectos de sustentabilidade na agenda política. No entanto, um compromisso político sólido necessita de ser acompanhado de mecanismos que apoiem a adopção e manutenção de programas e políticas integradas de longo prazo, o que se tem revelado um desafio difícil de superar, mesmo em países “pioneiros” na implementação da Agenda 21, como a Suécia, como veremos mais à frente.

Em terceiro lugar, se é imperativo forçar alterações concretas ao nível de padrões de consumo, de escolhas de transporte, de alteração de hábitos e preferências relativas a alimen-

tação ou habitação, entre outros aspectos, os governos locais necessariamente devem *interagir com organizações cívicas, empresas, comunidades, e com os cidadãos de um modo geral*. Para além disso, a inclusão de novos actores possibilita um acréscimo de recursos disponíveis, não só em termos financeiros, mas também em termos de conhecimentos, habilitações, tempo, etc. Uma vez que os problemas financeiros são geralmente apontados como umas das causas principais para a falta de implementação da AL21, este aspecto é da maior importância. Contudo, como é evidente, proporcionar acesso aos processos decisórios e de implementação a diferentes grupos da sociedade civil é um princípio chave da AL21, o qual vai muito para além desta argumentação de acréscimo de “recursos”.

O quarto factor, levantado pela natureza transversal do desenvolvimento sustentável, reflecte a forma como os *governos locais interagem com os actores nacionais e internacionais*. O desenvolvimento de projectos, de actividades e redes com os outros níveis do governo, ou com organizações nacionais ou internacionais envolvidas com a promoção do desenvolvimento sustentável através da AL21, é considerado crucial.

Finalmente, o quinto factor relaciona-se com as *condições internas e organizacionais das autoridades locais*, o que determina a forma como estas abraçam os desafios levantados pelos factores que temos mencionado. Estas condições implicam um grau adequado de formação, educação e saber técnico dos funcionários públicos e eleitos das administrações locais, particularmente em relação a questões de sustentabilidade (Evans et al. 2005). A forma como o governo local é estruturado para facilitar a integração de políticas – a importância relativa dos departamentos, como estes interagem, o grau de autonomia, e os recursos alocados pelos governos nacionais, etc. –, têm igualmente grande importância. Por fim, o estabelecimento de “boas” práticas de trabalho internas, como o Orçamento Ecológico (*eco-Budget*) ou as Compras Públicas Ecológicas (*eco-Purchasing*), poderá ter um efeito multiplicador fora da esfera das autoridades locais.

A próxima secção irá aprofundar de que forma a AL21 poderá promover os princípios fundamentais da governação para o desenvolvimento sustentável, substanciando esse potencial com as aprendizagens que a sua prática tem produzido e reunido até agora na Europa.

2. O Debate Internacional da Importância da Agenda Local 21

A discussão académica e política em torno da intervenção local para o desenvolvimento sustentável tem contribuído para a elaboração de vários documentos, os quais têm dado especial importância a uma reformulação das administrações locais, de forma a melhorar a sua prestação. Entre estes documentos, destacamos o Capítulo 28 da Agenda 21 (1992), a Agenda Local 21 (AL21) propriamente dita, a Carta de Aalborg (1994) - a qual resultou da Campanha Europeia das Cidades e Vilas Sustentáveis-, e os mais recentes Compromissos de Aalborg (*Aalborg + 10: Inspirando o Futuro* - 2004). Essencialmente, a AL21 é um programa que fornece um quadro para a implementação do desenvolvimento sustentável ao nível local. Está concebido de forma a aproveitar os recursos e as estratégias previamente existentes dos governos locais, de forma a melhor integrar os objectivos ambientais, económicos e sociais.

Como mencionado na secção anterior, os conceitos-chave associados à governação – como a sustentabilidade, a legitimidade, a eficiência de decisões e de políticas públicas, a

democracia e a capacidade de responsabilização –, estão na base dos objectivos da AL21. Desde 1992, várias experiências locais têm sido desenvolvidas um pouco por todo o mundo, e muitas auditorias, questionários e relatórios têm sido preparados para avaliar as mudanças e desafios desses processos como, por ex., o *Local Authorities Self Assessment of Local Agenda 21 Research Project* (LASALA), com foco nos casos europeus (ver por ex. ICLEI 2000). De forma semelhante, têm sido feitos vários estudos sobre experiências ao nível regional (por ex. Adolffson 2002, Barrutia et al. 2007) e nacional (por ex. O’Riordan and Voisey 1997, Laferty e Eckerberg 1997, Bond et al. 1998, Gram-Hansen 2000, Echebarria et al. 2004). O continente europeu tem sido portanto muito fértil relativamente à prática e ao *savoir-faire* produzido pela implementação de vários processos AL21. Não obstante, em países como a Suécia e o Reino Unido (R.U.), com longas e amplas experiências com a implementação da AL21, ou como a Alemanha, que aderiu tarde, mas que se tornou rapidamente um líder mundial em termos do número de processos iniciados (aproximadamente 2500 em 2004), observamos agora sinais de cansaço e de perda de interesse causados por vários anos de alterações e disputas em torno da AL21 (Wong 2006, Eckerberg e Dahlgren 2007, Kern et al. 2007). Eckerberg e Dahlgren (2007) anunciaram uma fase menos activa na Suécia, Kern et al. (2007) afirmaram peremptoriamente o fim do efeito de difusão desta inovação política na Alemanha, e no R.U., Wong (2006) enfatizou o facto de, ironicamente, os processos AL21 espontâneos terem perdido o seu impulso ao serem substituídos por “Estratégias Comunitárias” centralmente controladas.

O interessante caso da Suécia justifica uma breve análise. Apesar do apoio maciço do governo central para a disseminação da AL21, e da devoção e capacidade dos municípios (através da autonomia local em competências políticas e fiscais), vários obstáculos têm causado um efeito “nebuloso” ao longo dos 15 anos de actividades AL21. Eckerberg e Dahlgren (2007) sugerem, curiosamente, que a falta de recursos tem-se revelado o obstáculo mais difícil para as autoridades locais. Mesmo depois de um forte apoio financeiro inicial, os fundos terminaram pois estavam associados a um projecto de curto-médio prazo. Contudo, foram ainda identificados como obstáculos importantes o carácter de curto prazo da tomada de decisão política local, e a conseqüente falta de compromisso a longo prazo. Os mesmos autores chamam também a atenção para o facto de o carácter voluntário da AL21 necessitar competir por recursos que são reivindicados por actividades municipais legalmente obrigatórias. Isto poderá explicar parcialmente as “soluções locais ad hoc” e as suas características de curto prazo. No que respeita ao decréscimo de entusiasmo e a dificuldade em sustentar o compromisso político, estes autores explicam que isso estará provavelmente relacionado com a “integração iniciada mas não continuada da AL21 nas rotinas de trabalho e nos diferentes sectores que entram em conflito com outros pontos de vista temporais na política e na administração” (Eckerberg e Dahlgren 2007, p. 137). Os mesmos sublinham que a institucionalização da AL21 requer muito mais do que a mera produção e implementação de um plano de acção como um projecto de curto prazo.

Por toda a Europa, as várias experiências dizem-nos que o carácter voluntário e de curto prazo da AL21, assim como a falta da integração prática dos aspectos sociais, económicos e ambientais, são questões problemáticas. De forma a explorar o potencial da AL21, o ICLEI (2002) tem enfatizado a importância do desenvolvimento de mecanismos localmente relevantes para monitorizar e avaliar o progresso e a promoção de campanhas de AL21 de longo prazo ao nível nacional.

Estes dois aspectos foram alvo de atenção pelo governo central do R.U., quando através de imperativos legais e de um acompanhamento próximo, determinou a obrigatoriedade de cada administração local preparar uma “Estratégia Comunitária” (*Community Strategy*)

através de uma *Parceria Estratégica Local* segundo o *Local Government Act* de 2000 (DETR 2000). Depois das várias experiências de AL21 nos anos 90, e de um forte apoio “retórico” da administração central, os vários obstáculos em torno da sua implementação começaram a tornar-se aparentes, notando-se cada vez mais a falta de recursos, o seu carácter não-estatutário, as culturas políticas enraizadas das autoridades locais, a apatia do público e dos interesses privados, etc. (ver Jonas *et al.* 2004). A substituição de uma “AL21 ambiental” por “Estratégias Comunitárias integradas”, pretendia levar os governos locais a ter de evidenciar, através de metas, planos de acção, e indicadores de “qualidade de vida”, como estavam, em termos concretos, a contribuir para a dimensão ambiental do bem-estar e da qualidade de vida das suas comunidades (DETR 2000c, citado em Jonas *et al.* 2004). Além disso, pretendia também consolidar, através de orientação central, um enquadramento de política local em torno de várias iniciativas comuns que extravasavam a AL21, tais como planos de transporte público local, estratégias de combate ao crime e outros problemas locais, planos de melhoria no acesso aos serviços de saúde, e outros planos e estratégias locais de âmbito ambiental (Wong 2006). A AL21 no R.U., quando apareceu, oferecia oportunidades para a participação local, uma maior responsabilização democrática, assim como formas de contornar o governo central e participar directamente na governação ambiental transnacional, num contexto em que os poderes locais estavam a perder competências para o nível nacional e órgãos não imputáveis (ver Jonas *et al.* 2004). Presentemente, os dilemas da governação local criados pela fase actual de reestruturação do Estado e da economia, e das estratégias centrais para o nível local, estão a apresentar oportunidades para visões e estratégias alternativas para o desenvolvimento local e regional (Jonas *et al.* 2004).

As conclusões de Kern *et al.* (2007), sobre a exploração deste assunto na Alemanha, são significativas para a análise do caso português. Juntamente com a necessidade de apoio do governo central, estes autores identificam as capacidades económicas e políticas das autoridades locais como determinantes para a acção no âmbito da AL21. Concluem igualmente que existe uma maior probabilidade de a AL21 ser implementada por municípios de maior dimensão, em cidades mais densamente populadas, do que em pequenos municípios afastados das cidades pioneiras; que as cidades mais prósperas tendem a iniciar os processos de AL21 mais cedo devido à disponibilidade de recursos; que certos partidos políticos (em especial os de orientação ecologista) e os seus representantes na assembleia e no governo municipal tendem a mostrar-se mais favoráveis a iniciar uma AL21; e que a *existência de capital social*² é uma pré-condição importante para a adopção de uma AL21. Um outro factor importante para a disseminação das mesmas, o qual é também significativo internacionalmente, é a existência de *instituições de transferência de agendas* ao nível regional (Kern *et al.* 2007). Estas instituições podem ser agências públicas ou privadas e que promovam e apoiem as autoridades locais na implementação da AL21, ajudando a difundir os respectivos processos.

Finalmente, é no caso dos países do Sul da Europa, tal como a Espanha, que podem ser encontradas características mais próximas às do contexto da AL21 em Portugal. De forma semelhante, o governo nacional espanhol não desempenhou um papel central, “deixando estas iniciativas nas mãos das autoridades regionais e locais” (Hanf e Morata 2008, p. 108). Os mesmos identificam os departamentos provinciais, tal como o Departamento de Ambiente do *Generalitat de Catalunya* (Governo da Região de Barcelona), enquanto agências

² Putnam, por exemplo, define *capital social* como as práticas sociais, normas e relações de confiança que existem entre cidadãos de uma dada sociedade e que estimulam a cooperação, coordenação e educação desses cidadãos para benefício da sociedade (Putnam, 1993 e 2000) (Ver discussão sobre o conceito de capital social e da sua importância para o desenvolvimento sustentável em Evans *et al.* 2005, p. 14-20).

de transferência de políticas que se revelam cruciais para a promoção da AL21. Quando não existe este nível provincial, as experiências com a AL21 tendem a ser assimétricas e desarticuladas, e desencadeadas nesse caso por estratégias mais gerais de planeamento local. No entanto, a maior parte dos municípios em Espanha não parece entender a AL21 como um instrumento estratégico de planeamento que incorpora o conceito transversal de desenvolvimento sustentável, e a natureza fragmentada das organizações e do funcionamento das instituições administrativas locais em Espanha continua a representar um enorme entrave para a implementação da AL21 (Hanf e Morata 2008).

3. A Agenda Local 21 em Portugal – Uma Visão Geral

Relativamente à implementação da AL21 em Portugal, a prática revela um longo caminho a percorrer uma vez que, só muito recentemente, estas iniciativas começaram a assumir alguma expressão. Foi anteriormente mencionado que as campanhas nacionais para promover a adopção da Agenda Local 21 revelaram ser fundamentais. No entanto, os governos centrais Portugueses não têm atribuído muita relevância a estas estratégias locais. Nem os principais documentos estratégicos tal como o *Plano Nacional da Política de Ambiente* (1995), nem os sucessivos programas governamentais anuais, nem os principais documentos regulamentares como a *Lei de Bases do Ordenamento do Território e Urbanismo* e as respectivas regulações, incluíram referências ou incentivos para a adopção da AL21. Apesar de uma versão anterior (2002) ter mencionado a necessidade de promover a AL21 em Portugal, a actual *Estratégia Nacional para o Desenvolvimento Sustentável 2007-2015* não refere em parte alguma objectivos ou medidas relacionadas com a AL21, e sequer refere o papel dos municípios enquanto actores indispensáveis para o desenvolvimento sustentável. O apoio político e financeiro dos governos centrais não foi, desta forma, um factor desencadeador do crescente número de experiências de Agendas 21 no nosso país, contrariamente ao que aconteceu no R.U., na Suécia, na Holanda ou em Itália, mas revela ser um dos factores que (pela sua inexistência) mais poderá ter contribuído para esse crescimento se desse tardiamente.

Entre os estudos que produziram dados sobre a implementação da AL21 em Portugal, três, em especial, ilustram bem a sua recente evolução. Em 2000, Carter *et al.* (2000) fazem referência a um questionário de 1997, que concluiu que o conhecimento da, e o entendimento sobre, a AL21 em Portugal era muito pobre, mencionando apenas quatro municípios que começavam a desenvolver uma AL21. Mais tarde, Quental e Silva (2003) referem-se a um inquérito realizado em 2002. Embora mostrassem resultados semelhantes (com apenas uma autarquia³ com uma AL21 em processo de implementação), revelavam uma crescente tomada de consciência e interesse sobre o assunto por parte dos municípios, assim como uma intenção crescente de as promover num futuro próximo. O inquérito revelava igualmente a existência de vários tipos de iniciativas dedicadas à gestão e ao planeamento ambiental, tal como a preparação de *Planos Municipais de Ambiente* em 20 autarquias, mas que todavia careciam de abordagens mais integradas e participativas. Um outro inquérito feito em 2002, constata a existência de 13 municípios com AL21 e de 23 com um Plano Municipal de Ambiente (ver Schmidt *et al.* 2005). Adicionalmente, de acordo com dados mais recentes, apenas dois municípios são membros do *International Council for Local Environment Initiative* (ICLEI) e 26 (mais a LIPOR – uma associação regional para a gestão de

³ Para o efeito deste artigo, importa salientar que nos referimos no texto a 'autarquias' ou 'municípios' da mesma forma, representando aqui o conceito de 'autarquia local' uma versão reduzida do seu significado, em que apenas nos queremos referir a câmaras municipais e não a freguesias locais, meramente por uma questão de simplificação terminológica que importava esclarecer.

resíduos no norte de Portugal que integra oito municípios⁴) assinaram a Carta de Aalborg. Isto não significa, no entanto, que estes 26 municípios tenham necessariamente implementado planos de acção para o desenvolvimento sustentável, apenas que assumiram a responsabilidade de os desenvolver num futuro próximo. Destes 26 casos, a nossa recente investigação identificou 5 que tinham assinado a Carta de Aalborg há muito, mas que responderam ao nosso questionário como não tendo de todo uma AL21. Outros 10 declararam estar a implementar a AL21, e 11 autarquias signatárias não responderam ao questionário.

Vários obstáculos têm sido mencionados para explicar o baixo nível de adopção da AL21 em Portugal relativamente a outros países europeus (ver Schmidt *et al.* 2005). Uma dificuldade advém da falta de conhecimento sobre a AL21 e os desafios colocados pelo desenvolvimento sustentável por partes das autoridades municipais, o que realça a necessidade de campanhas ao nível nacional, como foi já referido. A própria Associação Nacional de Municípios Portugueses tem tido um papel limitado na promoção efectiva destas iniciativas. Um outro obstáculo está relacionado com a falta de apoio informativo e logístico de um ponto de vista técnico⁵. Além disso, a falta de recursos financeiros para apoiar as iniciativas relacionadas com a AL21 restringem as autarquias – as quais já têm, à partida, um orçamento limitado para lidar com todas as actividades reguladas pela lei –, de acumular encargos adicionais, principalmente se estes forem voluntários⁶. Por isso mesmo, o novo *Quadro de Referência Estratégico Nacional* (2007-2013) pode servir como um forte instrumento financeiro, ao incluir várias medidas sob as quais a promoção da AL21 em Portugal poderá ser apoiada, potenciador de novas iniciativas neste âmbito.

4. A Agenda Local 21 em Portugal – Um Olhar Sobre a Prática

4.1 O Questionário – Objectivos e Questões

Os principais objectivos do questionário, desenvolvido pela Universidade de Aveiro, visavam, por um lado, fazer uma apreciação do grau de implementação da AL21 em Portugal, e, por outro, avaliar a forma como esta tem sido incorporada na gestão e planeamento ao nível local. Sobretudo, pretendeu-se identificar os principais factores facilitadores e inibidores da implementação dos processos de AL21. Numa primeira fase, o questionário foi enviado, por correio, a todos os Presidentes de Câmara dos 308 municípios Portugueses, em Novembro de 2006. O reduzido número de respostas dos municípios dos arquipélagos da Madeira e dos Açores fez com que o estudo se reorientasse apenas para os municípios de Portugal continental (278). Numa fase seguinte, foram enviados questionários, por correio electrónico, em Maio de 2007, para todos os municípios que não tinham respondido à primeira série. Esta estratégia possibilitou um número de respostas considerável de 158 municípios, representando cerca de 57% de todos os municípios do continente.

O questionário incluía um total de 19 questões fechadas, com várias categorias de respostas, das quais se geraram dados percentuais simples. Primeiramente, as questões pretendiam caracterizar os processos relativamente ao grau de implementação da AL21, as

⁴ LIPOR - Serviço Intermunicipalizado de Gestão de Resíduos do Grande Porto.

⁵ Mesmo assim, desde 2006, um sítio web foi criado pelo *Grupo de Estudos Ambientais* na Escola Superior de Biotecnologia da Universidade Católica do Porto, com o objectivo de ser uma ferramenta nacional para a partilha sistemática de informação e boas práticas relativamente às experiências com a AL21.

⁶ O orçamento nacional para 2005 previu, pela primeira vez, um fundo de €150.000 para a implementação da LA21. No entanto, este nunca chegou a ser usado após a mudança de governo resultante das eleições legislativas do mesmo ano, e os orçamentos posteriores de 2006, 2007 e 2008 confirmaram a ausência de apoio financeiro.

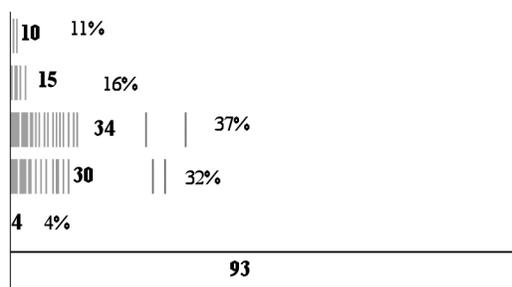
principais forças impulsionadoras por detrás desses esforços, assim como identificar os diferentes tipos de actores envolvidos nos processos. Um segundo grupo de questões procurava observar a capacidade de se integrar a dimensão ambiental nos objectivos socio-económicos mais latos do desenvolvimento sustentável, e ver de que forma as estruturas dos governos locais facilitam a integração de políticas. Relativamente aos esforços de implementação, o nosso estudo procurou analisar, em particular, as parcerias estabelecidas e os mecanismos adoptados pelas Câmaras Municipais para promover o desenvolvimento sustentável. Por último, um conjunto final de questões destinava-se a examinar os mecanismos de avaliação e monitorização implementados ou previstos.

4.1 Principais Resultados

4.2.1. Um Bilhete de Identidade da AL21: número de processos e respectiva fase de implementação, nível territorial e distribuição

Relativamente ao grau de implementação da AL21 em Portugal, os resultados obtidos com este questionário revelam uma situação bem diferente da avaliada em 2002 (ver Quental e Silva 2003), identificando 86 municípios envolvidos em processos de AL21 e 7 que adoptaram Planos Municipais de Ambiente, o que constituiu uma evolução surpreendente para um período de apenas 5 anos. Tal como em Itália e Espanha (ver Sancassiani 2005; Hanf e Morata 2008), as Agendas 21 Portuguesas têm seguido um percurso contrário ao das tendências dos países dianteiros, crescendo fortemente em número apenas a partir de 2005. As respostas mostram que a vasta maioria dos processos é muito recente: 63 foram iniciados depois de Janeiro de 2005; 24 entre 2002 e 2004; e apenas 6 terão sido iniciados antes de 2002. Como podemos observar na Fig. 1, a grande maioria não chegava ainda, à data, à fase de implementação do plano de acção. Embora muitos dos processos sejam recentes, uma percentagem considerável dos mesmos (11%) está suspensa, não estando os processos a ser implementados.

Figura 1 – Fases do processo de Agenda Local 21



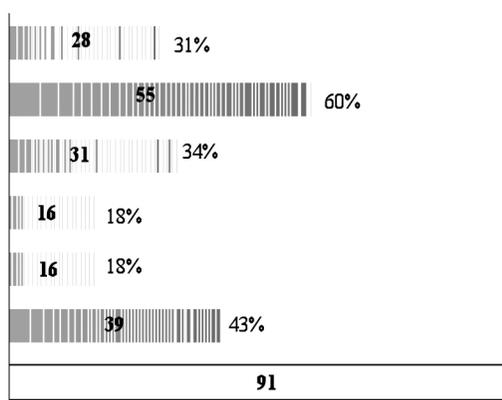
Entre os vários casos, encontramos 6 Agendas Regionais que estão a ser desenvolvidas através duma abordagem inter-municipal, envolvendo 47 municípios, num dos casos integrando mesmo municípios espanhóis (Eixo-Atlântico). Finalmente, e significativamente, a distribuição de processos AL21 parece não ter nenhum tipo de correlação com a localização em áreas onde as pressões ambientais são maiores. Contrariamente às conclusões de Kern *et al.* (2007), os resultados do questionário revelam que 51% dos processos de AL21 são desenvolvidos em pequenos municípios com menos de 20,000 habitantes e distantes das cidades “pioneiras”, e apenas 24% pelas autarquias mais populosas, com mais de 50,000 habitantes. Paralelamente, também não se constatou qualquer tipo de correlação entre a

promoção dos processos AL21 e a orientação política das autarquias, sendo que tanto os partidos de direita como os de esquerda partilham um número semelhante de experiências.

4.2.2. Forças impulsionadoras

O principal ímpeto para desenvolver um processo de AL21, como vemos na Fig. 2, parece ter sido originado pela participação em redes internacionais e nacionais (60% dos casos), prevalecendo claramente a influência nacional em detrimento da internacional. A principal explicação para este facto terá a ver com o crescente número de agendas regionais, e em particular através da influência das associações regionais de municípios enquanto *instituições de transferência de agendas políticas*, as quais têm constituído uma importante força impulsionadora para a promoção da AL21. Um aspecto menos positivo das respostas prende-se com a notória deficiência de intercâmbio de experiências ao nível internacional.

Figura 2 – Principal factor impulsionador da implementação de uma AL21
(eram possíveis múltiplas respostas)



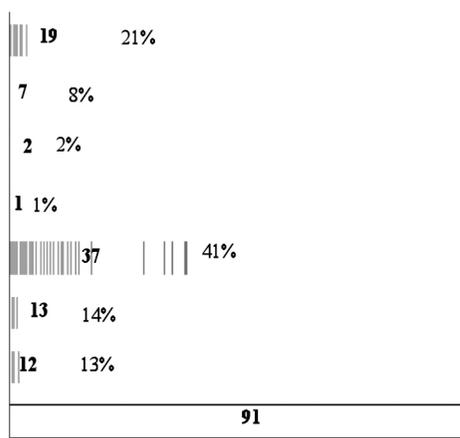
A importância do compromisso pessoal dos Presidentes das Câmaras para com a AL21 é também um factor impulsionador determinante (43% das respostas), que deve ser destacado. Outros tipos de motivações para a implementação da AL21 provieram do aconselhamento de especialistas ou de consequências visíveis de impactes ambientais locais negativos, ou, com menos peso, da pressão de pequenos grupos de interesse ou de exemplos de municípios vizinhos. Estes resultados são muito próximos daqueles referidos por Fidélis (2005).

4.2.3. Envolvimento de Cidadãos e Grupos de Interesse

O envolvimento de cidadãos e de diferentes grupos de interesse nos processos AL21 é um princípio-chave consensual, e que reflecte a essência do conceito de acção conjunta para o desenvolvimento sustentável. Um primeiro grupo de questões pretendeu por isso mesmo, em primeiro lugar, avaliar o grau de envolvimento de equipas técnicas especializadas no desenvolvimento do processo. Uma parte relativamente significativa de processos estava a ser desenvolvida tecnicamente por empresas privadas de consultoria isoladamente (21%) ou, em menor escala, por equipas universitárias (8%). Isto indicia alguma falta de interacção entre os especialistas e os municípios, assim como uma definição pouco clara do papel da administração autárquica na formulação do processo. Ainda assim, a abordagem mais comum são equipas conjuntas entre municípios e universidades (41%), ou empresas de consultoria (14%), ou com ambos (13%) (ver Fig. 3). Os dados, no seu conjunto, sublinham o facto de as Câmaras Municipais sentirem necessidades concretas de apoio técnico

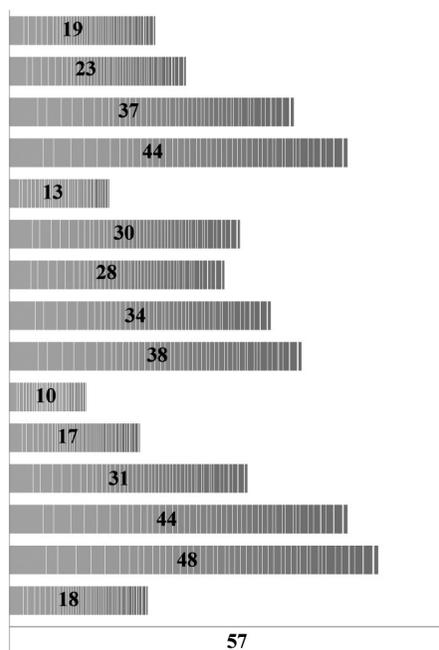
externo para conseguirem desenvolver os seus próprios processos, uma característica que tem sido indicada como comum nos países sul-europeus (ver Evans e Theobald 2003).

Figura 3 – Responsabilidade técnica pelo processo de AL21



No que diz respeito à identificação dos principais grupos de interesse envolvidos no decorrer do processo, 46% dos municípios declararam que a população local foi amplamente envolvida no debate sobre a Agenda 21, 33% indicaram que esta foi debatida por um grupo restrito de instituições e organizações locais, e em 21% dos casos, a discussão ocorreu envolveu tanto debates mais alargados como mais restritos (de um total de 66 respostas). Adicionalmente, 53 autarquias mencionaram ter já preparado um total de 128 workshops públicas durante o processo. Relativamente à tipologia dos grupos de interesse (ver Fig. 4), as respostas indicaram as escolas, empresas e juntas de freguesia como os actores dominantes, seguidos por ONGs ambientais, grupos culturais, grupos desportivos e recreativos, assembleias locais e universidades. Curiosamente, o governo central aparece em 49% das respostas como uma parte interessada no processo. Sendo de alguma forma surpreendente, este dado revela a necessidade de investigação adicional acerca deste aspecto. Uma leitura preliminar sugere uma imagem mais positiva da contribuição do governo nacional do que havia sido referido. Alguns cuidados devem, no entanto, estar presentes na leitura destes dados. Embora os municípios tenham referido vários grupos de interesse como altamente envolvidos no processo, existirá um risco considerável de se sobrestimar estes resultados. É importante mencionar que o grau de envolvimento (abordagens e estratégias participativas) não foi discriminado no questionário, e que portanto poderá variar significativamente em função das circunstâncias locais, sendo também um aspecto que merece uma maior investigação.

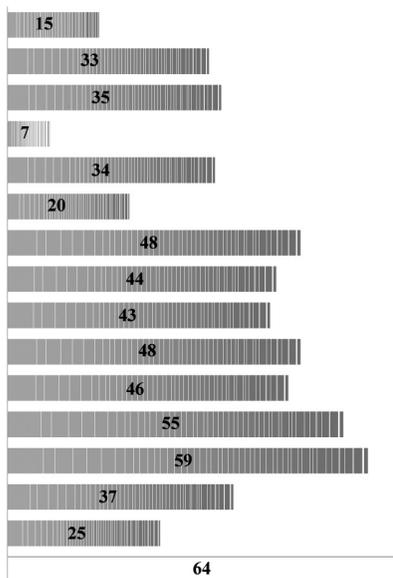
Figura 4 – Principais grupos de interesse envolvidos no processo de AL21
(eram possíveis múltiplas respostas)



4.2.4. Áreas de actuação e mecanismos de integração de políticas

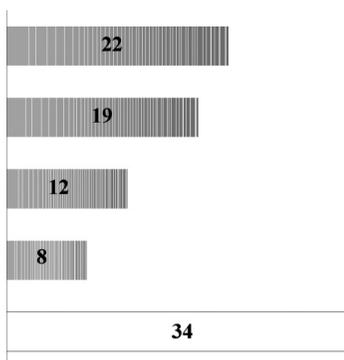
No que diz respeito às principais áreas de actuação da AL21, as mais citadas foram a gestão da água, os resíduos, o ordenamento do território, o ambiente urbano, os espaços verdes, a mobilidade/transportes, e a energia (Fig.5). Não sendo surpreendente, as questões que recebem menos atenção são aquelas associadas ao sector económico e ao de desenvolvimento social. O foco prende-se mais na resolução de graves problemas ambientais, do que em fazer uma análise do desenvolvimento económico e dos problemas sociais juntamente com a dimensão de sustentabilidade ambiental. Esta realidade retrata uma abordagem limitada e pouco integrada para com o conceito de desenvolvimento sustentável na prática, e revela que a AL21 em Portugal se depara com o mesmo tipo de limitações (e, conseqüentemente, com o mesmo tipo de críticas) que se tem observado na maioria das experiências europeias.

Figura 5 – Principais áreas abrangidas pela Agenda 21
(eram possíveis múltiplas respostas)



Em relação à identificação de mecanismos de integração de políticas (ver Fig. 6), constata-se que a maioria dos 34 municípios que responderam a esta questão detêm mecanismos para promover os fluxos de informação entre os departamentos (65%) e têm grupos de trabalho com funcionários responsáveis pela AL21 e funcionários de diversos departamentos (56%). Bem mais raras foram as referências a novas estratégias de trabalho mais integradas, tais como projectos interdepartamentais, ou trabalho conjunto de chefias de departamentos diferentes, o que poderia contribuir para um modelo de tomada de decisão menos compartimentado. Uma vez que a ausência de respostas foi muito maior para esta questão, assim como para as seguintes, podemos retirar daqui duas interpretações. Uma tem a ver com o facto de a generalidade dos processos estar ainda nas fases iniciais, sendo que a última parte do questionário se refere mais à fase de implementação. A segunda é menos evidente e optimista, e indica a falta de um real compromisso para com a AL21, – uma vez passadas as primeiras fases, o processo recebe muito menos atenção (e canaliza muito menos recursos), enfraquecendo a sua institucionalização efectiva no médio-longo prazo.

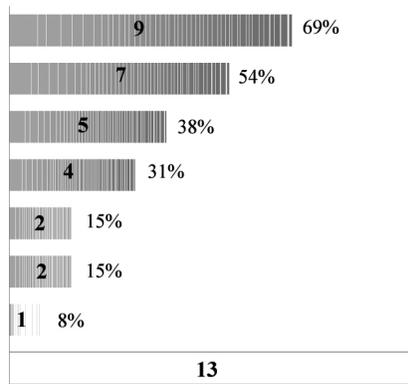
Figura 6 – Mecanismos de integração de políticas
(eram possíveis múltiplas respostas)



4.2.5. A implementação do processo

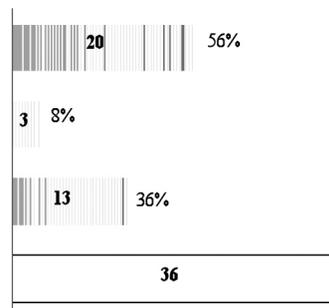
Relativamente ao estabelecimento de acordos para implementar o processo, das poucas autarquias que responderam (14%), a maior parte estabeleceu parcerias com escolas e grupos locais. Algumas empresas privadas e organizações nacionais tiveram um envolvimento superficial, o que também foi o caso do governo nacional e de algumas empresas municipais (ver Fig. 7).

Figura 7 – Parcerias estabelecidas para a implementação do processo
(eram possíveis múltiplas respostas)



Relativamente aos mecanismos adoptados pelas autoridades municipais para promover o desenvolvimento sustentável, as respostas vão de encontro ao já mencionado (ver Fig. 8). Das 36 respostas, apenas 8% tinham criado um novo departamento na sua estrutura interna, 56% acrescentaram meramente novas responsabilidades a um departamento já existente, e 36% declararam ter adoptado outras soluções. Destes últimos, quase todos (64% dos respondentes) estão envolvidos em agendas regionais, declarando existir de grupos de coordenação regionais; 18% afirmam ter distribuído novas competências por vários departamentos, enquanto que os outros 18% dizem ter novas equipas de trabalho.

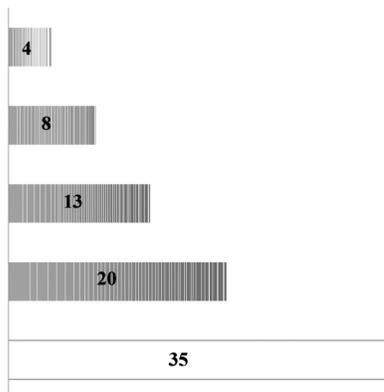
Figura 8 – Organização formal do processo dentro da Câmara Municipal



Quando questionados acerca de mecanismos para incorporar o contributo da AL21 na formulação das políticas e nos processos de tomada de decisão locais, as respostas foram igualmente escassas. Pouco mais de metade das respostas (57%) afirmou ter mecanismos para promover a consulta dos grupos locais envolvidos na AL21 sempre que sejam tomadas decisões (Fig. 9). Apenas 37% respondeu ter meios para reportar internamente o grau de sustentabilidade local na Câmara Municipal, e 23% meios de comunicação/informação para reportar sobre o desenvolvimento sustentável entre a Câmara Municipal e outras organiza-

ções públicas locais. Uma minoria (11%) refere ter mecanismos para apresentar e debater regularmente nas Assembleias Municipais a informação relevante para a sustentabilidade.

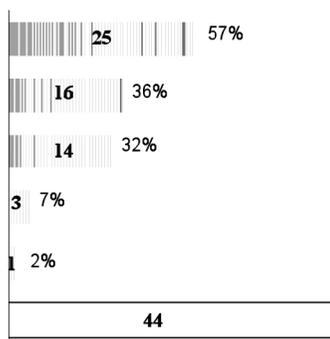
Figura 9 – Mecanismos para incorporar as decisões da Agenda 21 na tomada de decisões locais
(múltiplas respostas eram possíveis)



4.2.6. Mecanismos de monitorização

O grupo final de questões focava o tipo de ferramentas de monitorização implementadas. A maior parte dos respondentes (57%) declarou ter um conjunto de indicadores especificamente desenvolvidos para o processo, ou uma página de internet sobre a AL21 (36%) (ver Fig. 10). As acções nas escolas foram também frequentemente mencionadas (32%), embora esta ferramenta de “monitorização” tenha um efeito limitado. Algumas outras autarquias referem ter um observatório municipal ou outras ferramentas (7% e 2% respectivamente). Os resultados parecem menos positivos quando são consideradas as respostas acerca do tipo específico de indicadores de monitorização desenvolvidos: apenas 14 dos 21 municípios confirmaram o uso de indicadores desenhados localmente, e dois mencionaram a aplicação de indicadores europeus. Estas questões revelam assim uma fraca presença de mecanismos de monitorização.

Figura 10 – Mecanismos de monitorização previstos ou implementados
(múltiplas respostas eram possíveis)



5. Algumas reflexões sobre os resultados através da revisão de Literatura

Partindo da revisão de literatura, valerá a pena interligar criticamente os factores para uma “boa” governação local sustentável com os resultados do questionário feito aos municípios portugueses – o grupo alvo e objecto de estudo deste artigo.

5.1. Esforços de aprendizagem

Uma reflexão preliminar do conjunto de dados demonstra que os esforços de aprendizagem e de inovação, muito embora sejam cruciais para a Agenda 21 e para o desenvolvimento sustentável em geral, ainda se encontram, na realidade local Portuguesa, numa fase prematura de governação local. Se é verdade que se observam alguns sinais positivos, estes tendem a prender-se com as fases iniciais do processo, isto é, com a discussão sobre o potencial e a relevância destes exercícios de planeamento do desenvolvimento sustentável, com a elaboração de diagnósticos locais, ou com a criatividade e diversidade de soluções e acções formuladas nos planos de acção. No entanto, e uma vez que se está numa fase inicial de implementação destes processos em Portugal, o potencial de aprendizagem ainda é muito grande.

5.2. Visão de longo prazo

Apesar de termos um contexto temporalmente muito reduzido para avaliar esta dimensão, uma visão de desenvolvimento sustentável de longo prazo parece estar pouco presente nos municípios portugueses que adoptaram Agendas 21. Apesar de assistirmos a um crescente número de processos, há, particularmente aqui, dois factores que limitam uma perspectiva actual de longo prazo. Um, prende-se com o facto de se verificar ainda um frágil investimento em parcerias para implementar as estratégias no longo prazo, assim como uma fraca adopção de mecanismos que permitam assegurar a sua monitorização e revisão. A isto acresce que, apesar de uma alta percentagem de processos adoptados como resultado do compromisso político dos presidentes de Câmaras Municipais, os vários casos de desistência de processos de AL21 após mudanças eleitorais testemunham a debilidade institucional da AL21, assim como a realidade desta não ter penetrado no substrato da administração municipal. Por outro lado, um outro factor prende-se com a fraca adopção de estratégias que integrem verdadeiramente o desenvolvimento económico com as dimensões sociais e ambientais, assim como a não consideração de cenários mais integrados de evolução futura. Podemos concluir que, pelo menos até agora, as AL21 não estão a contribuir para uma assimilação mais madura, ampla e de longo-prazo do conceito de desenvolvimento sustentável e das respectivas exigências administrativas.

5.3. Participação e parcerias estabelecidas

Em muitos dos processos de AL21 em Portugal, os níveis de participação da comunidade – geralmente alienados dos processos participativos convencionais como aqueles associados à aprovação dos planos territoriais ou aos procedimentos das avaliações de impacto ambiental (ver Vasconcelos 2001) – e de diferentes grupos de interesse foram mais elevados do que o habitual, particularmente nos municípios com baixa densidade populacional. A vontade das populações para participar ultrapassou as expectativas, contradizendo o lugar comum de os portugueses serem adversos a qualquer processo de participação pública. Contudo, tal como noutros países europeus, continuam a persistir problemas de representatividade democrática, claramente negligenciando alguns grupos de cidadãos em detrimento de outros. Para além disso, os líderes locais, quando confrontados com o facto de as discussões políticas proporcionadas pela AL21 poderem trazer desafios (in)oportunos às práticas instaladas de definição de políticas, prioridades e modelos de desenvolvi-

to, tenderão a sentir-se postos em causa na arena pública e, conseqüentemente, a restringir o seu envolvimento no processo, assim como a receptividade às propostas resultantes.

A partir do questionário, é difícil obter uma imagem autêntica do tipo e da 'força' das parcerias e alianças entre os governos locais e indivíduos e organizações-chave. Os resultados indicam uma presença promissora de vários grupos de interesse durante as primeiras fases de implementação, mas por outro lado, é desanimador ver o reduzido estabelecimento de parcerias para implementar as acções formuladas durante o processo. A maior parte da responsabilidade pela implementação tem recaído sobre (ou sido assumida por) as Câmaras Municipais, que não dispõem dos recursos técnicos e financeiros necessários.

5.4. Interacção com actores nacionais/internacionais

Considerando os dados obtidos, constata-se que as ligações entre as Câmaras Municipais e redes nacionais ou internacionais associadas à AL21 ainda estão numa fase muito incipiente. A falta de apoio do governo central, e a necessidade de se racionalizar os esforços e recursos, explica talvez o surgimento do número considerável de agendas regionais. Desta forma, consideramos que o papel das associações regionais de municípios tem sido um factor crucial para explicar a disseminação da AL21 em Portugal. Estas associações regionais - ao facilitar o acesso a Fundos Comunitários para a concretização dos processos, ao promover a formação de funcionários envolvidos com AL21, ao fornecer um quadro estruturado para o seu desenvolvimento e implementação, sublinhando a necessidade de apoio a vários níveis, nomeadamente técnico e financeiro-, têm funcionado como instituições de transferência de conhecimento, possibilitando a criação de plataformas em que os municípios têm a oportunidade de interagir de forma estruturada e, sobretudo, mais informada.

Vale igualmente a pena mencionar a aparentemente fraca influência internacional, reflectida no número reduzido de municípios associados à Carta de Aalborg ou ao ICLEI. Exceptuando os poucos casos em que existem algumas relações com as autoridades locais espanholas, não parece existir grande interesse em aprender com as experiências de outros países no âmbito da AL21.

5.5. Condições internas e organizacionais

Finalmente, o que será provavelmente o factor mais crítico para o sucesso da governação local para o desenvolvimento sustentável em Portugal, reside nas estruturas internas do governo local, tanto culturais como organizacionais. Até agora, a AL21 não tem sido capaz de introduzir melhorias no funcionamento tradicional dos governos locais - caracterizados, entre outros aspectos, por uma acção compartimentada e isolada, com fracos fluxos de informação entre departamentos, e entre as próprias câmaras municipais e as respectivas comunidades, que não facilitam a identificação de prioridades e rumos de acção para um desenvolvimento local integrado. O questionário, assim como alguns casos de implementação que temos acompanhado, sugerem que muitas ideias e planos iniciais se perdem na arena de interesses e *lobbies*. A nossa revisão de literatura sugere que, neste panorama actual - sem instrumentos que exijam uma maior co-responsabilização e legitimidade democrática na definição de estratégias de desenvolvimento -, a promoção de novas práticas de 'boa governação' não é garantida nem mesmo com o compromisso pessoal dos presidentes das câmaras que se verifica inicialmente. Com baixos níveis de responsabilização democrática e parcerias débeis, a eficácia dos processos poderá estar deteriorada à partida, o que fará com que seja difícil suster o compromisso político a longo prazo.

6. Conclusões

Tal como os vários estudos comparativos sobre a AL21 na Europa têm indicado, a combinação de um forte apoio do governo central com a vontade política das autoridades locais é crucial para a sua evolução. Dada a falta de campanhas e apoio ao nível nacional, em Portugal a AL21 está genuinamente enraizada em iniciativas locais voluntárias, o que também faz com que tenham um carácter mais descoordenado. Curiosamente, verificamos que são especialmente os municípios mais pequenos – com menos população e pressões ambientais, e com mais fragilidades económico-sociais –, que mais aderem à AL21 em Portugal. Este aspecto contrasta claramente com as experiências dos países europeus mais ricos, onde as administrações centrais têm desempenhado um papel importante, e/ou os municípios têm mais recursos financeiros e competências políticas. Devido aos muitos obstáculos, algumas das experiências com a AL21 em Portugal revelam ser autênticas “caixas de Pandora”, revelando até que ponto a tomada de decisão local pode ser tão discricionária, *ad-hoc*, e vulnerável a interesses, e pouco aberta à discussão com os restantes membros da comunidade local.

Ao aprender a lidar com as vicissitudes da implementação da AL21, os processos desta poderão ser percebidos pelas autoridades locais como oportunidades para reforçar e melhorar a governação local, em vez de meros obstáculos ao exercício do poder político. Em combinação, será importante investir mais no desenvolvimento de parcerias para a implementação de acções e projectos, assim como no funcionamento e integração inter-departamental dos municípios. Por último, chamamos a atenção para a necessidade premente de monitorizar e avaliar as sucessivas etapas da AL21 e sua respectiva eficácia, sendo para isso indispensável a criação de meios de recolha, análise e comunicação de informação ao nível local.

Teresa Fidélis
Departamento de Ambiente e Ordenamento
da Universidade de Aveiro

Sara Moreno Pires
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O Regime Jurídico Excepcional da Reabilitação Urbana (Decreto Lei 104/2004, De 7 De Maio) A Sustentabilidade – Srinício Determinante da Reabilitação Urbana

Resumo

Ana Maria Almeida:
Administradora Executiva da APOR –
Agência para a Modernização do Porto S.A

As políticas de requalificação urbana surgem hoje como uma das tendências do moderno direito urbanístico, em reacção contra um modelo de desenvolvimento urbano assente essencialmente em fenómenos de expansão urbana com o alargamento dos perímetros das cidades.

As sociedades de reabilitação urbana visam criar dinâmicas de reabilitação – atrair novos habitantes, novo comércio, mais turismo e mais serviços – e lançam-se as bases para que os investidores comprem e reabilitem prédios, contribuindo assim, de forma eficaz, para que se verifique uma reversão da situação de escassez, envelhecimento e empobrecimento da população e para que se atraiam jovens num evidente esforço de miscigenação social.

A melhoria do ambiente urbano num processo de reabilitação integrada e sustentável é resultado da transversalidade da intervenção ao nível sectorial.

Sustentabilidade ou Desenvolvimento Sustentável, que, em sentido lato, se definem como “satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas”, enunciado, em 1987, pela Comissão Mundial do Meio Ambiente e do Desenvolvimento (WCED), ao publicar o Relatório Brundtland (“O nosso Futuro Comum”). Tal ideia era já corroborada num provérbio popular do Quênia: “NÃO HERDAMOS A TERRA DOS NOSSOS PAIS, PEDIMO-LA EMPRESTADA AOS NOSSOS FILHOS”.

Enquadramento Geral

As políticas de requalificação urbana surgem hoje como uma das tendências do moderno direito urbanístico, em reacção contra um modelo de desenvolvimento urbano assente essencialmente em fenómenos de expansão urbana com o alargamento dos perímetros das cidades.

A requalificação e regeneração dos centros das cidades através de um processo sistemático de reabilitação urbana é um grande desafio para todas as partes envolvidas, particularmente para os proprietários e investidores que, de mote próprio, são os verdadeiros agentes da reabilitação urbana, são aqueles que contribuem para a criação de um mercado rentável e competitivo, de uma economia dinâmica e sustentável, de forma a promover a melhoria da qualidade de vida urbana.

À Administração Pública, central e local competem tarefas que passam pelo incentivo ao investimento privado, adequação da legislação, descentralização dos poderes públicos, criação de apoios e incentivos à reabilitação urbana através, nomeadamente, de benefícios

fiscais para todos os que estão ou queiram regressar aos centros das cidades, de forma a alavancar todo o processo.

Não esqueçamos também a grande importância que o desenvolvimento de parcerias, entre entidades públicas e privadas, assume nestas matérias. Juntar as partes envolvidas, desenvolver de forma criativa o partenariado é um dos mecanismos que em muito contribui para a sustentabilidade de todo o processo de reabilitação urbana.

Neste processo existe para todas as entidades, públicas e privadas, um especial dever de cooperação activa e empenhada na prossecução do interesse público de reabilitação urbana.

A verdadeira questão que se coloca ao nosso País é a questão de saber como e se queremos aproveitar o nosso património, protege-lo, usá-lo, vivê-lo. Trata-se de um problema que indubitavelmente atinge e causa sequelas ao posicionamento de cada cidade, e à sua competitividade no seio da rede urbana nacional e internacional.

A grandeza de um País vê-se aí, vê-se na forma como se protegem os valores, a cultura, como se mantém aquilo que constitui a nossa herança, aquilo que em nós foi depositado pelos nossos antepassados. Temos pois fortes responsabilidades.

Os conceitos fundamentais fornecem um enquadramento, um pano de fundo, ajudam a equacionar os aspectos a desenvolver, a definir o que realmente se pretende.

REABILITAÇÃO – conservação, recuperação, readaptação de edifícios e de espaços públicos com o objectivo de melhorar as suas condições de uso e habitabilidade, mantendo o seu carácter fundamental. Trata-se de uma perspectiva de conservação do edificado.

RENOVAÇÃO – apela para uma actuação de modernização, de readaptação ou de substituição dos imóveis.

REQUALIFICAÇÃO/REVITALIZAÇÃO/REGENERAÇÃO URBANAS – Processo sistemático (e não isolado, prédio a prédio) de intervenção no tecido urbano existente com a finalidade de o adequar às exigências da vida actual em matérias relacionadas com a qualidade de vida e a promoção sustentável de um saudável ambiente urbano, sendo a escolha dos seus instrumentos jurídicos ditada por considerações de adequação, de equilíbrio e de proporcionalidade relativamente ao fim proposto.

A regeneração urbana e a sua ligação às questões de cariz social

O processo de reabilitação urbana é algo complexo e muito abrangente.

Invariavelmente confunde-se reabilitação urbana com a recuperação física de edifícios. O grande problema que se coloca na reabilitação dos centros das cidades e, sobretudo na dos Centros Históricos, não se centra na reabilitação dos imóveis em termos práticos.

Aí, nesses espaços urbanos de elevado valor patrimonial, mas imensamente degradados, falta o mais importante, o investimento. Num processo de reabilitação é necessário convencer proprietários e investidores a aplicar fundos para recuperarem os seus prédios.

Quem investe quer ter uma garantia de que haverá retorno pelo que, é importante a tarefa de atracção de investidores, de pessoas que, a par da criação de habitação, desenvolvam o comércio e outras actividades económicas locais.

Trata-se afinal de criar a necessária confiança para o investimento e conceder credibilidade ao projecto que se está a desenvolver.

Criam-se assim dinâmicas de reabilitação – atrair novos habitantes, novo comércio, mais turismo e mais serviços – e lançam-se as bases para que os investidores comprem e reabilitem prédios, contribuindo assim, de forma eficaz, para que se verifique uma reversão da situação de escassez, envelhecimento e empobrecimento da população e para que se atraiam jovens num evidente esforço de miscigenação social.

A melhoria do ambiente urbano num processo de reabilitação integrada e sustentável é resultado da transversalidade da intervenção ao nível sectorial.

A par da recuperação e modernização do parque habitacional, renovam-se e adequam-se os equipamentos sociais e as infra estruturas públicas, promove-se a instalação de ener-

gias ou de indústrias “limpas”, criam-se espaços verdes, altera-se positivamente a situação de poluição visual e sonora, reequaciona-se a forma de solucionar os problemas de mobilidade e de saneamento.

Aspectos determinantes da degradação física, económica e social dos centros históricos

A legislação relativa ao arrendamento urbano que, tendo historicamente permitido o congelamento das rendas, contribuiu decisivamente para a degradação do parque urbano na medida em que gerou desinteresse dos proprietários pelo estado de conservação dos seus imóveis;

Os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) apenas se debruçaram sobre a delimitação dos núcleos históricos e a inventariação do património existente, sem terem apresentado opções próprias de ordenamento e gestão para essas áreas, demonstrando uma ausência de estratégia a este propósito;

A inexistência de adequados planos de urbanização ou de planos de pormenor ou, ainda de planos que enquadrem as preocupações de protecção do património cultural e do património edificado num quadro normativo mais amplo;

As políticas de planeamento e de habitação que, privilegiando a expansão urbana e a construção de zonas mono funcionais descuraram o potencial tradicionalmente integrador dos centros das cidades;

A descoordenação entre políticas sectoriais, sobretudo a de mobilidade e transportes e a cultural e recreativa, conduz a uma insuficiente ou temporalmente delimitada procura dos centros urbanos, gerando graves problemas de insegurança;

A ausência de critérios de localização de actividades comerciais e de prestação de serviços em toda a zona urbana conduziu à deslocalização de actividades tradicionalmente ligadas aos centros urbanos para zonas peri-urbanas, gerando novas centralidades desarticuladas entre si.

Os instrumentos para a reabilitação e requalificação urbanas, nomeadamente os Planos de Pormenor aliam uma nítida intenção estratégica a mecanismos de contratualização e concertação das opções neles plasmadas, coadjuvados por um sistema de financiamento complexo e disperso:

(Programa de Recuperação de Áreas Urbanas Degradadas, PRAUD; Programas de Urbanismo Comercial, URBCOM; Regime Especial de Participação de Imóveis Arrendados, RECRUA; Apoio Financeiro aos Condóminos proprietários na realização de obras nas partes comuns e fracções autónomas em prédios urbanos constituídos em regime de propriedade horizontal, RECRIPH; Regime de Concessão de Empréstimos sem remuneração de capital, SOLARH; Regime de Apoio à Recuperação Habitacional em Áreas Urbanas antigas, REHABITA; Programa de Financiamento para Acesso à Habitação, PROHABITA)

As Sociedades de Reabilitação Urbana - SRU

Ao cabo de décadas de abandono de muitos dos centros das cidades do nosso País, repositórios de património, vivência e identidade próprias, têm estas um instrumento decisivo para fazer a reabilitação daquilo que elas têm de mais valioso.

O estado calamitoso em que muitos centros de cidades se encontram é resultado de políticas públicas erradas que ao longo de muitos anos comprometeram gerações. O congelamento das rendas levou a que os senhorios não dispusessem de recursos para fazer a manutenção das suas casas e, como estas não são eternas, há muito que chegou o dia em que começaram a cair.

São muitas as casas que um pouco por todo o País, e com especial destaque para Lisboa e Porto, ameaçam ruína. Casas que ou estão já abandonadas ou então não dispõem do conforto e segurança mínimos para quem, por falta de meios, nelas ainda é obrigado a residir.

Em face da dimensão e importância deste enorme problema de carácter social, económico e urbano, o DL n.º 104/2004 de 7 de Maio criou finalmente a figura das SRU, elemento indispensável à reabilitação urbana dos centros das cidades onde a degradação atingiu níveis absolutamente inadmissíveis.

Insistir num modelo de reabilitação urbana exclusivamente público, pontual, edifício a edifício, significaria não perceber a realidade, por isso, é hoje fundamental assentar o investimento na reabilitação em escala e na iniciativa privada, dando aos investidores sinais de confiança.

Para além do tradicional planeamento físico, o planeamento das vertentes social e económica das cidades é também um aspecto fundamental no contexto actual das principais economias desenvolvidas e no desenvolvimento estratégico das cidades.

Também especialmente importante é promover intervenções que garantam a sustentabilidade nos seus mais diversos domínios, que respeitem a identidade dos locais onde se projecta a mudança e apostem na criatividade, no conhecimento e na inovação numa perspectiva de resolver os problemas de hoje assegurando a sua actualidade no futuro.

Os Motivos da Excepcionalidade do Regime Jurídico

A intervenção do Estado no processo de reabilitação urbana teve como objectivo a criação de instrumentos de política de inversão da degradação das condições de habitabilidade, de salubridade, de segurança e de estética de significativas áreas urbanas do País.

A tomada de consciência da necessidade de actuar fortemente quer nas Áreas Críticas de Recuperação e Reversão Urbanística quer nas Zonas Urbanas Históricas, promovendo a sua conservação, recuperação e readaptação, constituiu-se assim como um verdadeiro imperativo nacional.

A criação de um regime jurídico excepcional de reabilitação daquelas áreas obedeceu a um conjunto de princípios orientadores e integradores:

Primeiro princípio: é o princípio de que no quadro dos poderes públicos, a responsabilidade pelo procedimento de reabilitação urbana cabe, em primeiro lugar, a cada município a quem é concedida a possibilidade de constituir Sociedades de Reabilitação Urbana (SRU) às quais são atribuídos poderes de autoridade e de polícia administrativa como os de expropriação e licenciamento;

Segundo princípio: é o princípio de que necessário conceder aos poderes públicos meios efectivos de intervenção através da criação das SRU, instrumento empresarial por via do qual se promoverá, mediante decisão dos órgãos autárquicos, o procedimento de reabilitação urbana;

Terceiro princípio: é o princípio de que os poderes públicos mantêm intacta a reserva do controlo de todo o procedimento de reabilitação e de todos os passos que este implica, quer através do domínio e iniciativa dos municípios quer através da SRU que para o efeito constituírem;

Quarto princípio: é o princípio de que os direitos e as obrigações dos proprietários devem ser sistematicamente ponderados e deverá subsistir equilíbrio na protecção dos direitos dos arrendatários.

Como princípio geral é reafirmado, ao longo de todo o regime, que a reabilitação urbana deverá ser prioritariamente levada a cabo pelos proprietários e demais titulares de direitos reais sobre os imóveis a recuperar.

Os proprietários têm, durante a elaboração do documento estratégico e respectiva execução, o direito de requererem ao município ou à SRU que a realização das obras programadas não ponha em causa o seu direito de propriedade, ou que mediante contrato fiquem habilitados a realizarem as obras directamente e por sua conta.

Em caso de expropriação, os expropriados beneficiarão ainda do direito de preferência na aquisição dos seus antigos imóveis depois de reabilitados caso estes venham a ser postos à venda no mercado imobiliário.

Os proprietários que aceitarem as condições de reabilitação definidas terão sempre a oportunidade de manter a propriedade do imóvel, suportando os custos em que se incorra com a reabilitação.

Os arrendatários vêm os seus direitos reforçados, em caso de expropriação, pela possibilidade de suspensão do seu contrato e de reocupação do imóvel e, ainda, pela possibilidade de exercício do direito de preferência em caso de novo arrendamento.

Quinto princípio: é o princípio de que o incentivo económico à intervenção dos promotores privados no processo de reabilitação, através da celebração, entre o município ou a SRU e Parceiros Privados, de contrato de reabilitação urbana assente num quadro de referência específico nos termos do qual as Partes, dotadas de ampla liberdade contratual, ajustarão o modo e a forma em que o promotor privado procederá às operações de reabilitação urbana.

Por razões de transparência a escolha do parceiro privado é feita por concurso público de acordo com uma ampla margem de fixação dos critérios de contratação os quais serão adequados a cada caso concreto.

Sexto princípio: é o princípio de que o empenhamento dos agentes económicos assenta basicamente em dois elementos essenciais, a certeza quanto ao tempo de duração dos procedimentos e a celeridade procedimental.

Relativamente ao Código do Procedimento Administrativo, alguns procedimentos são simplificados, os prazos legais são reduzidos, recorre-se em todas as situações ao deferimento tácito e a autoridade pública de reabilitação dispõe sempre do domínio e iniciativa dos procedimentos.

Finalmente o regime jurídico em análise visa concertar o imperativo público da reabilitação com os interesses sociais envolvidos.

Devem as SRU apoiar os proprietários na preparação e execução das acções de reabilitação.

As SRU são titulares de um especial dever de informação devendo prestar aos proprietários, arrendatários, usufrutuários e demais titulares de direitos reais, todos os elementos informativos de que disponha no que concerne a direitos e deveres das partes em todo o processo de reabilitação urbana, nomeadamente sobre as eventuais participações financeiras públicas ou bonificações de crédito a que os mesmos podem aceder.

Não menos relevante é o dever de cooperação activo e empenhado de todas as entidades públicas e privadas na prossecução do interesse público de reabilitação urbana.

O DECRETO LEI 104/2004, DE 7 DE MAIO - Particularidades

Instituiu o regime jurídico excepcional para a reabilitação:

- das Zonas Históricas, tal como definidas nos PMOT, ou, não existindo plano ou, sendo este omissivo, tais zonas são delimitadas por deliberação da Assembleia Municipal mediante aprovação de Plano de Pormenor que será elaborado nos casos em que a natureza e dimensão das operações de reabilitação urbana o tornam absolutamente necessário e conveniente

e

- das Áreas Críticas de Recuperação e Reconversão Urbanística as quais são declaradas nos termos da Lei dos Solos

Trata-se de promover as intervenções de reabilitação urbana no território mais problemático e degradado das cidades revestindo-se estas operações, para todos os efeitos de interesse público urgente. (Excepcionam-se do âmbito de aplicação deste regime os bens imóveis afectos a uso militar)

O conceito legal de “reabilitação urbana” para efeitos deste regime:

PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DO SOLO URBANIZADO compreendendo

1. a execução de obras de construção, reconstrução, alteração, ampliação, demolição e conservação de edifícios, tal como definidas no regime jurídico da urbanização e da edificação,

com o objectivo de:

melhorar as suas condições de uso;

conservar o seu carácter fundamental,

2. o conjunto de operações urbanísticas e de loteamento e obras de urbanização que visem a recuperação de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística”

O Modelo Organizatório das Sru

Enquanto instrumentos de operacionalização do regime excepcional:

Os municípios podem criar empresas municipais de reabilitação urbana (EM) nas quais detenham a totalidade ou a maioria do seu capital social sendo estas reguladas pelo regime das empresas municipais;

Em casos de excepcional interesse público poder-se-ão criar sociedades anónimas (SA) de capitais exclusivamente públicos com participação municipal e estatal nas quais a participação do Estado seja maioritária (através, neste último caso da participação de pessoas colectivas da administração indirecta do estado ou pessoas colectivas empresariais do Estado).

A qualquer uma destas empresas – municipais ou sociedades anónimas – é de forma igual aplicável o presente regime jurídico excepcional no que se refere aos poderes de autoridade, de planeamento, de licenciamento e de expropriação

O objecto social das Sociedades de Reabilitação Urbana (SRU), fixado em Pacto Social será sempre a promoção da reabilitação urbana das respectivas zonas de intervenção devidamente identificadas.

O Contrato de Constituição das sociedades deverá também estabelecer os limites geográficos das respectivas zonas de intervenção. Posteriormente pode a Câmara Municipal deliberar, sendo caso disso, a atribuição à SRU de novas zonas de intervenção.

AS COMPETÊNCIAS LEGAIS DAS SRU

No âmbito dos procedimentos de reabilitação compete às SRU:

- Licenciar e autorizar operações urbanísticas (da iniciativa dos proprietários ou dos parceiros privados);
- Expropriar por utilidade pública os bens imóveis e os direitos a eles inerentes;
- Constituir servidões administrativas necessárias à reabilitação urbana;
- Proceder a operações de realojamento;
- Fiscalizar as obras de reabilitação urbana com excepção da competência para aplicação de sanções administrativas acessórias por infracção contra-ordenacional (mantém-se a competência do município)
- Tomar posse administrativa dos bens nos termos da Lei dos Solos.

São atribuições próprias dos municípios, transferidas para as SRU, que as exercerão em exclusivo, durante o procedimento de reabilitação urbana nas respectivas Unidades de Intervenção como tal definidas e com Documento Estratégico aprovado.

As competências dos órgãos autárquicos mantêm-se no que diz respeito a:

- obras a executar nas zonas de intervenção antes da aprovação do Documento Estratégico;
- obras que, mesmo depois da aprovação do Documento Estratégico, não se insiram no procedimento de reabilitação urbana.

Licenciar e autorizar operações urbanísticas

Quando executadas pela SRU:

- as operações urbanísticas estão isentas dos procedimentos de licenciamento e autorização legalmente previstos (Regime Jurídico da Urbanização e Edificação);
- carecem os projectos de simples aprovação da Câmara Municipal depois de ouvidas as entidades exteriores ao município que, por lei, devam emitir parecer, autorização ou aprovação.

Quando executadas pelos proprietários ou por parceiros privados no âmbito de procedimentos de reabilitação:

- a SRU autoriza ou licencia operações de loteamento e as obras de construção de acordo com as seguintes especificidades:

- há lugar a autorização administrativa se a área em questão está abrangida por Plano de Pormenor;
- há lugar a licença administrativa se a área em questão não está abrangida por Plano;
- no procedimento de licenciamento e em simultâneo com este, deverão ser consultadas as entidades que nos termos legais se devam pronunciar;
- por regra vigora o deferimento tácito findos os prazos legalmente previstos

Com o objectivo de atribuir celeridade e eficácia a todo o processo admite-se a constituição de uma Comissão Especial de Apreciação composta pelas entidades que legalmente se devam pronunciar sobre os pedidos de licenciamento.

O parecer emitido por esta Comissão Especial substitui, para todos os efeitos, os pareceres autorizações e aprovações das entidades que, por lei, se devam pronunciar em processo de licenciamento ou autorização administrativa.

O Modelo Procedimental

1. Unidades de Intervenção (UI)

As SRU definem, através de uma deliberação do seu Conselho de Administração, devidamente fundamentada, as Unidades de Intervenção de acordo com a estratégia de reabilitação entretanto delineada.

Cada Unidade de Intervenção corresponderá, em regra, a um quarteirão, pátio ou rua.

Em casos de excepcional interesse público poderá corresponder a um edifício.

Sempre que a unidade de intervenção se insira em zona para a qual não exista Plano de Pormenor, deverá a SRU notificar a Câmara Municipal para que se pronuncie sobre se entende necessária ou conveniente a elaboração para a zona daquele instrumento de gestão territorial.

Da referida notificação deve constar o teor da deliberação sobre a Unidade de Intervenção e, ainda, todos os elementos disponíveis relativos à intervenção que a SRU pretende que seja levada a efeito. (art. 12^o, 3 e 4)

A Câmara Municipal, na sequência da mencionada notificação, poderá:

- deliberar elaborar para a zona um Plano de Pormenor, devendo a Sociedade aguardar pela sua elaboração ou,
- poderá optar por não elaborar o plano, remetendo o procedimento para a SRU para que esta o prossiga ou,

- poderá encarregar a SRU da execução técnica do Plano de Pormenor.
- poderá não se pronunciar no prazo previsto na lei (20 dias) verificando-se neste caso deferimento tácito no sentido de que se considera que dispensa a elaboração de Plano de Pormenor.

2. Documento Estratégico (DE)

Após a definição de uma concreta Unidade de Intervenção ou posteriormente à elaboração e aprovação do Plano de Pormenor acima referido, compete à SRU a elaboração de um Documento Estratégico.

Este documento poderá também ser elaborado pela totalidade dos proprietários da UI, directamente ou através de um promotor, ou, pela entidade vencedora do concurso que venha a ser aberto pela SRU com o objectivo de apresentação de propostas de Documento Estratégico.

Neste caso, o DE será apresentado à SRU que deverá pronunciar-se sobre a proposta no prazo de 30 dias sob pena de a mesma ser considerada rejeitada.

O DE deverá conter um conjunto de elementos que:

- permitam o conhecimento objectivo da situação de facto e de direito relativamente a cada um dos imóveis que compõem a UI e aos espaços públicos nela incluídos;
- permitam apontar e descrever, fundamentadamente, as opções de reabilitação para aquele espaço urbano;
- permitam dar a conhecer a viabilidade económica da intervenção e a sua sustentabilidade;
- permitam ajudar os proprietários a encontrarem soluções, por si próprios ou através de promotores privados, para a recuperação dos seus prédios.

Assim, consta do DE o seguinte:

- Definição, do ponto de vista cadastral, dos edifícios a reabilitar e a extensão das intervenções a levar a cabo;
- Auto de vistoria de cada uma das edificações, de forma a identificar o respectivo estado de conservação do ponto de vista da segurança, salubridade e estética;
- Indicação dos respectivos proprietários, usufrutuários, demais titulares de direitos reais e arrendatários;
- Um projecto base de intervenção que descreva e explique sumariamente as razões das opções tomadas relativamente às opções estratégicas em matéria de reabilitação, designadamente no que concerne a habitação, acessibilidades, equipamentos, infra estruturas ou espaço público tudo de molde a reflectir a ponderação entre os diversos interesses públicos relevantes;
- Planificação e estimativa orçamental das operações a realizar;
- Indicação dos eventuais parceiros interessados em colaborar com os proprietários na recuperação dos imóveis.

O DE deve ter em conta os direitos adquiridos através de licenças ou autorizações eficazes.

3. A participação dos interessados

A SRU deve garantir o direito de participação dos interessados – proprietários, arrendatários, usufrutuários, titulares de direitos reais e todos aqueles que sejam portadores de direitos juridicamente tutelados - no procedimento de elaboração do DE para o que deverá comunicar publicamente a conclusão da elaboração de um projecto base de documento estratégico através da fixação de avisos em todos os edifícios integrados na UI.

Os interessados poderão apresentar à SRU as sugestões e críticas que entenderem, e deve esta disponibilizar, para consulta, o projecto base de documento estratégico e todos os elementos relevantes relativos ao mesmo.

Consideram-se titulares de direitos reais sobre os edifícios ou fracções aqueles que:

- no registo predial, na matriz ou em títulos bastantes de provas que exibam, figurem como titulares de tais direitos;

- sempre que se trate de prédios omissos ou haja manifesta desactualização dos registos e das inscrições, aqueles que publica e notoriamente forem tidos como tais.

Quando está em causa a necessidade de suprimento de incapacidade de menores, inabilitados ou interditos que sejam titulares de direitos reais sobre imóveis objecto dos procedimentos de reabilitação urbana, as SRU podem, e têm legitimidade para tanto, requerer judicialmente o suprimento de tais incapacidades jurídicas.

4. Requisitos de publicidade – notificação aos proprietários e sujeição a registo predial

A definição de uma concreta Unidade de Intervenção e o conteúdo do projecto de DE entretanto elaborado pela SRU deverão ser notificados a todos os interessados. (carta registada)

Inicia-se assim a promoção e dinamização activas do processo de reabilitação urbana com vista à assunção pelos proprietários da responsabilidade de reabilitação dos seus imóveis.

Caso esteja prevista no DE a expropriação de imóveis, nomeadamente por o espaço em questão se destinar a arruamentos ou equipamentos públicos, a SRU deverá, de imediato, dar início às negociações de aquisição da propriedade apresentando a respectiva proposta.

Em caso de desconhecimento da identificação ou do paradeiro de algum dos proprietários ou titulares de direitos reais procede-se à citação edital no próprio prédio e publica-se anúncio em jornal de grande tiragem nacional.

O acto de aprovação do DE fica sujeito a registo, competindo à SRU pedir a sua inscrição no registo predial de cada um dos prédios abrangidos.

O DE deverá ficar arquivado na Conservatória, ainda que sobre o mesmo o qualificador nada terá ou possa dizer.

No entanto, até para permitir analisar ulteriormente a adequação dos factos ocorridos na dinâmica do processo de reabilitação urbana àquele DE, matéria sobre a qual o qualificador já terá algo a dizer.

A inscrição no registo predial justifica-se uma vez que os trâmites posteriores à aprovação do DE e que implicam a efectivação das opções nele plasmadas, são impostos por lei.

Contudo, à inscrição a que se refere a legislação não podem ser imputados os efeitos que, normalmente, são assinalados ao registo, desde logo a oponibilidade relativamente a terceiros dos actos nele inscritos e a presunção de titularidade dos bens.

Servirá, assim, como registo de mera notícia-publicidade da existência de tal documento.

Ou seja, a inscrição no registo predial, servindo como mera notícia-publicidade, destina-se a dar a conhecer que aquele imóvel existe e que sobre ele impende o ónus, isto é, a obrigação, de que os seus titulares o reabilitem.

Os Modos de Execução das Operações de Reabilitação Urbana:

1. Por acordo – Contratos de Reabilitação Urbana

Após a notificação do DE os proprietários poderão optar por:

- assumir directamente a reabilitação do seu imóvel, contratando, para tanto, com a SRU os termos daquela reabilitação.

O contrato a estabelecer deverá fixar prazos, quer para a sujeição das obras a autorização ou licença administrativa quer para a execução das mesmas; ou

- encarregar a SRU, de proceder à reabilitação dos seus imóveis.

Para o efeito é celebrado um contrato no qual se prevêm as obrigações das partes, designadamente no que se refere aos termos da reabilitação do edifício, à obrigação do

pagamento à SRU, das obras a levar a cabo, de uma comissão de gestão e das demais taxas devidas nos termos legais.

O valor das obras deverá corresponder a valores razoáveis de mercado e a comissão de gestão deverá ser calculada tendo em vista o equilíbrio orçamental da SRU e não objectivos lucrativos da sociedade.

O acordo dos proprietários deverá ser prestado no prazo máximo de 60 dias contados da notificação do DE, podendo este prazo ser prorrogável pela SRU.

No caso das obras a realizar respeitarem a partes comuns do edifício (propriedade horizontal) o acordo dos proprietários será prestado por deliberação da assembleia de condóminos.

O silêncio dos proprietários equivale a falta de acordo.

2. Através de intervenção forçada – instrumentos coercivos

No caso de edifícios afectos ao regime da propriedade horizontal, ou no caso de edifícios em regime similar informal, não havendo acordo de todos os proprietários ou deliberação da assembleia de condóminos quanto à reabilitação quer das fracções autónomas quer das partes comuns do imóvel, a SRU assume directamente a tarefa de reabilitação do edifício ou de parte deste.

Para o efeito, deverá adquirir a propriedade daqueles que não consentiram na reabilitação, ou, se necessário, do edifício, quando se trate de reabilitação de partes comuns.

O presente regime jurídico excepcional consagra um regime especial de constituição de propriedade horizontal, uma vez que no âmbito dos procedimentos da reabilitação urbana, pode ser constituída propriedade horizontal relativamente a fracções que não reúnam as condições legalmente exigíveis para o efeito (art. 1415^o do CC), sob condição resolutive de virem a satisfazê-las no termo das operações de reabilitação urbana.

A falta de observância dos requisitos legais da propriedade horizontal no final das obras de reabilitação urbana importa a sujeição do prédio ao regime de compropriedade. (aplicando-se o disposto no art. 1416^o do CC)

Os proprietários que aceitem reabilitar as suas fracções deverão celebrar com a SRU ou com o parceiro privado, que actue no processo por conta daquela, um contrato de reabilitação urbana encarregando a SRU de:

- proceder à reabilitação da sua fracção, ou
- obrigando-se a proceder eles mesmos à realização das obras necessárias, nos prazos fixados, e, à prestação de garantias adequadas.

Havendo falta de acordo, desinteresse, impossibilidade, silêncio durante o procedimento, ou outras situações que de forma definitiva impeçam a reabilitação dos imóveis e a prossecução das operações definidas e estipuladas no DE, deverá a SRU iniciar o processo tendente à expropriação por utilidade pública dos respectivos prédios e dos direitos a eles relativos.

Vigora nesta matéria princípios fundamentais como sejam os da necessidade e da proporcionalidade, gozando os expropriados de todos os direitos e garantias consagrados na lei, salvo os que sejam expressamente afastados pelo presente regime jurídico.

O interesse público da reabilitação urbana sobrepor-se-á aos interesses particulares na exacta medida em que aquele se lhe sobreponha clara e inequivocamente. A expropriação surge sempre como a última ratio, como a medida coerciva mais difícil do ponto de vista da afectação dos interesses dos particulares, mas como meio de defesa do interesse colectivo.

Assim, revelando-se necessário, a SRU procederá à expropriação, com carácter de urgência e posse administrativa imediata, dos imóveis ou fracções a reabilitar, nos termos do previsto no Código das Expropriações, com as especificidades previstas no presente regime jurídico excepcional.

Por contrapartida à expropriação, deverão ser pagas aos expropriados as respectivas indemnizações, cujos montantes são calculados nos termos previstos no Código das Expropriações com as seguintes especificidades:

- o montante da indemnização calcula-se com referência à data da declaração de utilidade pública;
- o montante da indemnização deverá corresponder ao valor real e corrente dos imóveis expropriados no mercado;
- no calculo do valor não deverão ser tidas em conta as mais valias resultantes da reabilitação da zona de intervenção e do próprio imóvel;
- a justa indemnização, na expropriação de edifícios ou construções e respectivos logradouros, deverá corresponder ao valor da construção existente e ao valor do solo com os edifícios ou construções nele implantados.

Direitos Especiais dos Proprietários e dos Arrendatários

1. Opção de compra e direito de preferência dos antigos proprietários

Os antigos proprietários dos bens expropriados terão direito de preferência no momento da primeira alienação das fracções ou imóveis já reabilitados de acordo com o seguinte:

- A entidade que pretenda vender o bem reabilitado manifestará tal intenção ao antigo proprietário indicando-lhe o preço base pelo qual o bem será colocado no mercado.

O antigo proprietário terá uma opção de compra por esse preço base.

- Não tendo sido exercido a opção de compra referida e a entidade expropriante venha a encontrar comprador por um preço inferior ao preço base, deverá notificar o antigo proprietário comunicando-lhe o projecto de venda e as cláusulas do respectivo contrato.

O antigo proprietário poderá exercer o direito de preferência pelo preço de venda ao potencial adquirente no prazo legal de oito dias.

2. Direitos dos arrendatários habitacionais

Por regra a expropriação faz caducar o contrato de arrendamento.

Contudo, o presente regime jurídico excepcional atribui aos arrendatários habitacionais, durante a fase de expropriação amigável, as seguintes opções, no caso de imóveis que não se destinem a ser demolidos durante a operação de reabilitação urbana ou que, sendo demolidos se destinem a ser reconstruídos mantendo-se em ambos os casos a existência de fracções destinadas a habitação:

a. - celebrarem com a SRU um acordo tendente à reocupação futura dos imóveis estipulando contratualmente o modo e a forma de o concretizarem (ampla liberdade contratual);

b. - optarem pela suspensão do contrato de arrendamento caso não possam ocupar o imóvel por força das operações de reabilitação devendo a SRU assegurar o realojamento temporário durante o período das obras (em habitações individuais ou em unidades residenciais).

Findas as obras têm direito a reocupar a respectiva fracção, ou, não havendo fracção que lhe corresponda na nova planta, outra, no mesmo imóvel ou noutro imóvel construído no mesmo local da UI, que satisfaça as necessidades do seu agregado familiar. Caso o número de fogos reabilitados seja insuficiente para o número de arrendatários com contrato de arrendamento suspenso aplica-se um regime de prioridades (os mais idosos, os de rendimentos mais baixos, os titulares de arrendamentos mais antigos)

c. - optarem pela manutenção do contrato de arrendamento com actualização de renda, no caso de não ser necessário desocupar a fracção durante as obras

Às opções referidas segue-se a aplicação de um Regime especial de actualização de renda, a vigorar por períodos de doze meses, segundo critérios de mercado, até ao limite de:

10% do rendimento líquido mensal do agregado familiar, caso este não exceda dois salários mínimos nacionais;

15% do rendimento líquido mensal, nos restantes casos

Os arrendatários habitacionais cujos contratos de arrendamento caduquem em consequência da expropriação têm direito de preferência em qualquer arrendamento que o proprietário pretenda celebrar até 18 meses a contar do alvará de utilização que tenha como objecto a respectiva fracção ou imóvel depois de reabilitado, ou outra fracção que lhe corresponda, com maior ou menor área ou com diversa disposição interna.

3. Direitos dos arrendatários não habitacionais

No caso de arrendamento comercial, industrial, profissões liberais e outros fins não habitacionais, e durante a fase de expropriação amigável, caso para o mesmo local esteja prevista uma utilização similar, depois da operação de reabilitação urbana, o arrendatário pode optar:

- pela indemnização pela caducidade do arrendamento;
- pela reocupação da fracção nos termos de um novo contrato de arrendamento mediante o pagamento de uma renda calculada com base em valores de mercado, sem prejuízo da indemnização pela interrupção da actividade durante o período das obras.

(não havendo acordo relativamente ao valor da renda será a mesma fixada por um tribunal arbitral)

Parceiros Privados

Nos casos em que a SRU opte por não celebrar contrato de reabilitação urbana ou, quando tendo lançado concurso público para a escolha de um parceiro privado este tenha ficado deserto e não recorra ao ajuste directo, competirá à SRU promover directamente a reabilitação urbana.

Nestes casos, e atendendo à urgência das intervenções as SRU ficam isentas da aplicação do disposto no regime das empreitadas de obras públicas relativamente às empreitadas de valor inferior ao estabelecido para efeitos da aplicação da Directiva Comunitária relativa à coordenação de processos de adjudicação de obras públicas.

Especificidade própria deste regime jurídico e novidade em matéria de procedimento de reabilitação urbana é a possibilidade atribuída às SRU de celebrarem contratos de reabilitação urbana com Parceiros Privados que se encarregarão de executar a reabilitação da unidade ou unidades de intervenção, ou de parte delas, de acordo com a estratégia preconizada no DE aprovado para tal espaço urbano.

Seleção por Concurso Público – requisitos

A escolha dos Parceiros Privados será feita através de concurso público, o qual deverá respeitar e cumprir os princípios concursais e prazos adequados de apresentação das propostas.

Se o DE enquadrador do processo de reabilitação a levar a cabo, tiver sido aprovado por via de concurso e elaborado por um concorrente deste concurso para seleção de parceiro privado, esse aspecto ser considerado como factor de preferência na escolha do concorrente vencedor em igualdade de circunstâncias, isto é, em caso de propostas que mereçam, à luz dos outros critérios, ponderação semelhante.

Caso o concurso fique deserto, o contrato poderá ser celebrado por ajuste directo, desde que o seja em condições substancialmente idênticas às estabelecidas para efeitos de

concurso.

A elaboração e aprovação de cada um dos programas dos concursos públicos para escolha dos parceiros privados competem às SRU e do mesmo devem nomeadamente ter os seguintes requisitos:

- Identificação do objecto do concurso;
- Delimitação clara e objectiva da área a reabilitar;
- Requisitos de admissibilidade dos concorrentes no que toca a exigências de idoneidade, habilitações profissionais e capacidades técnicas, económicas e financeira mínimas;
- Prazo de apresentação das propostas;
- Prazo de pedido e prestação de esclarecimentos;
- Prazo de manutenção de propostas;
- O modo de apresentação das propostas;
- Critérios de adjudicação e respectivas ponderações;
- Existência, ou não, de uma fase de negociações com um ou mais candidatos.

Contrato de Reabilitação Urbana – especificidades

Depois de seleccionado o Parceiro Privado será celebrado entre este a SRU um Contrato de Reabilitação Urbana no qual aquele se obriga a executar as operações de reabilitação urbana da unidade ou unidades de intervenção ou de parte destas.

A SRU deverá fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e a execução das obras de reabilitação, impendendo sobre o parceiro privado o dever de colaborar com a SRU no exercício da fiscalização, nomeadamente permitindo, sempre que solicitado, o acesso aos imóveis e, bem assim, aos documentos relacionados com a intervenção em curso.

O contrato deverá regular, entre outros aspectos, os seguintes aspectos:

- A transferência, ou não, para o parceiro privado da obrigação de aquisição dos imóveis existentes na área em questão, sempre que tal aquisição se possa fazer por via amigável;
- A responsabilidade pela condução dos processos expropriativos que se revelem necessários para aquisição da propriedade pela SRU;
- O modo de pagamento entre as partes do valor das indemnizações devidas por força das expropriações;
- A obrigação de preparar os projectos a submeter a licenciamento;
- A obrigação de submeter os projectos a licenciamento;
- A obrigação de promover activamente as obras de reabilitação urbana;
- A obrigação de requerer as respectivas licenças de utilização;
- Os prazos em que as obrigações das partes devem ser cumpridas;
- As contrapartidas a serem pagas, em dinheiro ou em espécie, por qualquer das duas partes contratantes;
- O eventual dever do parceiro privado procurar chegar a acordo com os proprietários interessados na reabilitação da respectiva fracção sobre os termos da reabilitação da mesma;
- A eventual cessão da posição contratual da SRU a favor do parceiro privado, no caso daquela já ter chegado a acordo com os proprietários;
- O eventual dever, da SRU ou do parceiro privado por conta desta, de proceder ao realojamento temporário dos arrendatários que pretendam reocupar o imóvel reabilitado;
- As garantias de boa execução do contrato a serem prestadas pelo parceiro privado.

A reabilitação urbana conduzida pelos municípios nas ACRRU e nas Zonas Históricas, sem intervenção da SRU, poderá seguir, totalmente e em toda a sua extensão, o presente

regime jurídico excepcional.

Aplicação do presente regime jurídico aos procedimentos em curso

Sem prejuízo dos direitos adquiridos, o presente regime aplica-se aos procedimentos de reabilitação urbana já iniciados e pode ser atribuído às SRU que venham a ser constituídas o exercício de competências relativas a procedimentos de reabilitação já indicados.

Os municípios com procedimentos de reabilitação em curso poderão transferir as respectivas posições contratuais para as SRU que venham a constituir.

Os Fundos de Investimento Imobiliário - FII

Para a execução da reabilitação urbana, poderão constituir-se FII fechados de subscrição particular, que são fundos cujas unidades de participação são em número fixo.

Estes fundos são configurados, nos termos da legislação porque se regem (Decreto-Lei n.º 60/2002, de 20 de Março), sendo instituições de investimento colectivo, cujo único objectivo consiste no investimento dos capitais obtidos junto dos investidores e cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos.

Um activo de um FII pode ser constituído por imóveis e liquidez, contudo, de um modo geral, um fundo faz as suas aplicações fundamentalmente em bens imóveis e intervém no mercado imobiliário através da compra, arrendamento, permuta, construção e venda de bens imóveis.

(Considera-se liquidez, numerário, depósitos bancários, certificados de depósito, unidades de participação de fundos de tesouraria e valores mobiliários emitidos ou garantidos por um Estado-Membro da Comunidade Europeia)

Os FII constituem patrimónios autónomos sujeitos a um regime especial de comunhão, pertencendo a uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas, designadas “participantes” que, no nosso caso, poderão ser proprietários ou titulares de outros direitos sobre os imóveis ou suas fracções, ou ainda, demais interessados que subscram, em dinheiro, as Unidades de Participação, títulos representativos do investimento realizado.

A subscrição de Unidades de Participação pode ser feita em dinheiro ou através da entrega de prédios ou fracções a reabilitar.

Os imóveis podem integrar o activo de um FII em direito de propriedade, de superfície, ou através de outros direitos com conteúdo equivalente, devendo encontrar-se livres de ónus ou encargos que dificultem excessivamente a sua alienação.

Os imóveis detidos pelos FII correspondem a prédios urbanos ou fracções autónomas, podendo a CMVM definir outros valores, designadamente prédios rústicos ou mistos, unidades de participação em FII e outros activos equiparáveis que possam integrar o activo de um fundo de investimento.

Não podem ser adquiridos para os FII imóveis em regime de compropriedade com excepção dos imóveis em compropriedade com fundos de investimento ou fundos de pensões, devendo existir um acordo sobre a constituição da propriedade horizontal ou sobre a repartição dos rendimentos gerados pelo imóvel.

A avaliação dos prédios ou fracções a reabilitar, realizada, pelo menos, por dois peritos avaliadores independentes, registados na CMVM e por esta designados, e constitui uma garantia adicional, perante o mercado e os investidores em geral, do rigor e objectividade essenciais à actividade de avaliação de imóveis:

A avaliação deve ser efectuada:

- previamente à sua aquisição e alienação;
- previamente ao desenvolvimento de projectos de construção, por forma, designadamente a determinar o valor do imóvel a construir;
- sempre que ocorram circunstâncias susceptíveis de induzir alterações significativas no

valor do imóvel; e

- com uma periodicidade mínima de dois anos.

A administração do FII deve ser exercida por uma Sociedade Gestora, entidade que tem por objecto exclusivo a administração em representação dos participantes dos FII que tenha sobre gestão.

As Sociedades Gestoras podem concorrer aos concursos para selecção de Parceiros Privados, para efeitos de celebração de um Contrato de Reabilitação Urbana.

Existe outra entidade que intervém neste processo, a Entidade Depositária (regra geral um Banco) que recebe em depósito os valores do Fundo e que, entre outras funções, recebe e satisfaz os pedidos de subscrição e de resgate das unidades de participação.

Para além disso é solidariamente responsável pelo cumprimento do Regulamento de Gestão do Fundo

O funcionamento destes fundos, em especial a distribuição dos respectivos resultados, equipara-se, em grande medida ao funcionamento dos mecanismos de perequação, ficando a meio caminho da perequação directa entre privados e da constituição de fundos de compensação, que serão geridos pela câmara municipal.

Enquadramento Fiscal

1. Imposto Sobre o Valor Acrescentado – IVA

É aplicável a taxa reduzida de 5%:

- às empreitadas realizadas no âmbito dos programas RECRUA, REHABITA, RECRIPH, SOLRH e outros apoiados financeiramente pelo Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana;
- às empreitadas de reabilitação urbana realizadas nas unidades de Intervenção da SRU;
- dentro das Áreas Críticas de Recuperação e Reconversão Urbanística; e
- às empreitadas que, independentemente da localização, sejam realizadas no âmbito de regimes especiais de apoio ou ao abrigo de programas apoiados financeiramente pelo Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana.

2. Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis - IMT

- Ficam isentas deste imposto as aquisições de prédios classificados como de Interesse Nacional, de Interesse Público ou de Interesse Municipal.

As Zonas Históricas inseridas na lista do Património Mundial são classificadas como imóveis de Interesse Público, podendo, assim, requerer-se a isenção do pagamento do IMT.

- Nos restantes casos, o valor pago de IMT será restituído se os prédios forem objecto de Reabilitação Urbana, no prazo de dois anos a contar da data da aquisição.

3. Imposto Municipal sobre Imóveis - IMI

- Estão isentos de IMI os prédios classificados como Monumentos Nacionais e os prédios individualmente classificados como de Interesse Público, de Valor Municipal ou Património Cultural;

A isenção tem início no ano em que ocorra a classificação do imóvel (realça-se que a parte do Centro Histórico que está classificada como Património Mundial, beneficia deste regime), e deve ser requerida no prazo de 90 dias contados da classificação junto do Serviço de Finanças.

No caso de imóveis que tenham beneficiado na isenção de IMT com base no mesmo motivo, o reconhecimento da isenção é automático;

- Ficam isentos de IMI os prédios objecto de Reabilitação Urbana, pelo período de dois anos a contar do ano, inclusive, da emissão da respectiva licença de construção;

Caso venha a ser aprovado em Assembleia Municipal, qualquer prédio urbano que seja

objecto de acção de reabilitação urbana poderá beneficiar de uma isenção de IMI por um período de cinco anos, renovável por outros três, a contar do ano, inclusive, da conclusão da empreitada.

4. Taxas e Licenças Municipais

Os órgãos competentes do município poderão deliberar, como forma de incentivo à reabilitação urbana, a redução do valor das:

- taxas de ocupação do domínio público;
- taxas de licenciamento de publicidade (telas);
- taxas de licenciamento/autorização de operações urbanísticas, designadamente da taxa de compensação e que só se aplica sobre a área de construção que excede a área bruta pré-existente;
- taxa municipal de infra estruturas - TMI

Breve nota sobre a competência das SRU para cobrar TAXAS

Somos da opinião de que a lei não só não impede como até obriga a que seja liquidada a taxa pela emissão do alvará nos procedimentos de licenciamento e de autorização que corram termos nas SRU, dando-se por assente que:

- tal liquidação deve ser realizada pelo presidente do seu conselho de administração aquando da aprovação do pedido, nos termos do disposto no artigo 117.º do RJUE e de acordo com o disposto no regulamento municipal de taxas territorialmente aplicável, e que,
- o seu pagamento efectivo deve constituir uma condição da emissão do respectivo alvará de licença ou autorização.

Isto porque,

Deve atender-se ao facto de que as competências de licenciamento e de autorização de operações urbanísticas transitam da esfera do presidente da câmara municipal para a do presidente do conselho de administração da SRU apenas e quando é aprovado o Documento Estratégico previsto no Decreto-Lei nº 104/2004, não podendo conceber-se, em atenção ao princípio da igualdade, que sendo aquelas taxas exigíveis antes e depois da aprovação do mesmo, apenas se deixem de cobrar na sua vigência.

Deve também atender-se à ratio subjacente à previsão deste tipo de taxas, que se destinam a assegurar a cobertura das despesas geradas com a apreciação dos requerimentos para licenciamento ou autorização de operações urbanísticas.

Com efeito, a taxa é a contrapartida pela prestação de um serviço, neste caso um serviço burocrático de apreciação e aprovação de projectos, pelo que não faz sentido outra solução que não passe pela atribuição às SRU dos poderes para liquidar e cobrar taxas pela emissão de alvarás de licença ou autorização para a realização de operações urbanísticas realizadas ao abrigo do procedimento especial previsto no presente regime jurídico excepcional.

Por um lado, porque a necessidade coberta pelo produto da taxa é a mesma, tanto no âmbito do funcionamento dos órgãos e serviços do Município, como no âmbito do funcionamento de uma SRU.

Por outro lado, porque não faz sentido transferir a função sem transferir os meios financeiros necessários para a realizar. Se é a SRU que suporta o custo inerente à prestação desse serviço burocrático, necessariamente é a ela que deve ser afectada a correspondente

Ana Almeida

(Após a conclusão do presente artigo, entrou em vigor o Decreto-lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro, que revoga o Decreto Lei 104/2004, de 7 de Maio, e entra em vigor 60 dias após a sua publicação. Julgou-se conveniente incluir, como aditamento, algumas breves notas a propósito do novo regime jurídico da reabilitação urbana em áreas de reabilitação urbana).

O regime jurídico da reabilitação urbana que é agora consagrado neste diploma, surge da necessidade de encontrar soluções para cinco grandes desafios que se colocam à reabilitação urbana:

- i. Articular o dever de reabilitação dos edifícios, que incumbe aos respectivos proprietários privados, com a responsabilidade pública de qualificar e modernizar o espaço, os equipamentos e as infra-estruturas das áreas urbanas a reabilitar;
- ii. Garantir a complementaridade e coordenação entre os diversos actores, concentrando recursos em operações integradas de reabilitação nas “áreas de reabilitação urbana” nas quais se intensificam os apoios fiscais e financeiros;
- iii. Diversificar os modelos de gestão das intervenções de reabilitação urbana, abrindo novas possibilidades de intervenção dos proprietários e outros parceiros privados;
- iv. Criar mecanismos que permitam agilizar os procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas de reabilitação;
- v. Desenvolver novos instrumentos que permitam equilibrar os direitos dos proprietários com a necessidade de remover os obstáculos à reabilitação associados à estrutura de propriedade nestas áreas.

Deste modo, considera-se como objectivo central deste novo decreto lei substituir um regime que regula essencialmente um modelo de gestão das intervenções de reabilitação urbana, centrado na constituição, funcionamento, atribuições e poderes das sociedades de reabilitação urbana, por um outro regime que proceda ao enquadramento normativo da reabilitação urbana ao nível programático, procedimental e de execução. Complementarmente, associa-se à delimitação das áreas de intervenção a definição, pelo município, dos objectivos da reabilitação urbana da área delimitada e dos meios adequados para a sua prossecução.

Apoiando-se num conceito amplo de reabilitação urbana salienta-se a necessidade de atingir soluções coerentes entre os aspectos funcionais, económicos, sociais, culturais e ambientais das áreas a reabilitar.

Este regime jurídico da reabilitação urbana estrutura as intervenções de reabilitação com base em dois conceitos fundamentais:

- o conceito de “área de reabilitação urbana”, cuja delimitação pelo município tem como efeito determinar a parcela territorial que justifica uma intervenção integrada, e
- o conceito de “operação de reabilitação urbana”, correspondente à estruturação concreta das intervenções a efectuar no interior da respectiva área de reabilitação urbana.

À delimitação de área de reabilitação urbana é associada a exigência da determinação dos objectivos e da estratégia da intervenção definindo-se nesse momento qual o tipo de operação de reabilitação urbana a realizar e da escolha da entidade gestora.

Opta-se por permitir a realização de dois tipos distintos de operação de reabilitação urbana:

- A “operação de reabilitação urbana simples”, dirigida à reabilitação do edificado, e
- A “operação de reabilitação sistemática”, dirigida à reabilitação do edificado e à qualificação das infra-estruturas, dos equipamentos e dos espaços verdes e urbanos de utilização colectiva, com os objectivos de requalificar e revitalizar o tecido urbano. Este acto tem como imediata consequência a declaração de utilidade pública da expropriação ou da venda forçada dos imóveis existentes ou, bem assim, da constituição de servidões.

A ambos os casos de delimitação da área urbana a reabilitar atribui-se um conjunto significativo de efeitos dos quais se detaca desde logo a emergência de uma obrigação de definição dos benefícios fiscais associados aos impostos municipais sobre o património

reabilitação urbana. Os proprietários do acesso aos apoios e incentivos fiscais e financeiros à reabilitação urbana.

Entidades gestoras das operações de reabilitação urbana

Podem corresponder ao próprio município ou a entidades do sector empresarial local existentes ou a criar.

Quando as entidades gestoras de tipo empresarial tiverem por objecto social exclusivo a gestão de operações de reabilitação urbana revestem a qualidade de sociedades de reabilitação urbana. Em casos excepcionais admite-se a participação de capitais do Estado nessas empresas municipais.

Em qualquer caso, cabe ao município, sempre que não promova directamente a gestão da operação de reabilitação urbana, determinar os poderes da entidade gestora através de delegação de poderes.

Apesar do papel atribuído aos intervenientes públicos na promoção e condução das medidas necessárias à reabilitação urbana, não deixa de se destacar o dever de reabilitação dos edifícios ou fracções a cargo dos respectivos proprietários.

Relativamente aos proprietários, e aos demais interessados, na operação de reabilitação urbana, releva o facto de que são reforçadas as garantias de participação – pelas consultas promovidas aquando da delimitação das áreas de reabilitação urbana, na elaboração dos instrumentos de estratégia e programação das intervenções a realizar e na execução dessas intervenções.

Na prossecução das tarefas de reabilitação urbana e de modo a promover a participação de particulares neste domínio, permite-se às entidades gestoras o recurso a parcerias com entidades privadas – desde a concessão da reabilitação urbana à administração conjunta entre entidade gestora e proprietários.

Particularmente relevante no presente decreto lei é a regulação dos planos de pormenor de reabilitação urbana com um importante efeito associado à sua aprovação que é o de habilitar a dispensa de audição das entidades públicas a consultar no âmbito dos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas na área de intervenção do plano sempre que aquelas entidades hajam dado parecer favorável ao mesmo.

Especialmente inovador é o mecanismo da venda forçada de imóveis, que obriga os proprietários que não realizem as obras e trabalhos ordenados à sua alienação em hasta pública, permitindo assim a sua substituição por outros que estejam na disponibilidade de realizar a função social da propriedade.

Este procedimento de venda forçada é construído de forma próxima ao da expropriação, consagrando-se as garantias equivalentes às previstas no Código das Expropriações e garantindo-se o pagamento ao proprietário de um valor nunca inferior ao de uma justa indemnização.

O presente regime jurídico permite ainda aos municípios a criação de um regime especial de taxas de forma a criar um incentivo à realização de operações urbanísticas.

Aspecto essencial e determinante da realização de operações de reabilitação urbana é a matéria relacionada com financiamento - prevê-se a possibilidade de concessão de apoios financeiros por parte do Estado e dos municípios às entidades gestoras e equaciona-se a hipótese de constituição de fundos de investimento imobiliário dedicados à reabilitação urbana.

Jurisprudência

Novos Paradigmas de Jurisprudência Ambiental: Um Comentário ao Acórdão N^o 02315743 da Câ- mara Especial de Meio Ambiente de São Paulo

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n^o 859.956-5/0-00, da Comarca de VOTUPORANGA, em que é apelante MADEIREIRA VILAPAR LTDA ME sendo apelado COMANDANTE DO 1^o PEL. DE POLÍCIA AMBIENTAL DA 2^a CIA DO 4^o BTL DO POLIC. AMBIENTAL DO ESTADO SÃO PAULO:

ACORDAM, em Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REGINA CAPISTRANO e AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 16 de abril de 2009.

RENATO NALINI Presidente e Relator

VOTO N^o 14.640

APELAÇÃO CÍVEL N^o 859.956.5/0-00 - VOTUPORANGA Apelante: MADEIREIRA VILAPAR LTDA. Apelado: COMANDANTE DO 1^o PELOTÃO DE POLICIAMENTO AMBIENTAL DA 2^a CIA. DO 4^o BATALHÃO DE POLÍCIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MANDADO DE SEGURANÇA - MEIO AMBIENTE - APREENSÃO DE CAMINHÃO E CARGA DE MADEIRA SEM LICENÇA VÁLIDA - ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - INADMISSIBILIDADE - TRATA-SE DE MATÉRIA NOVA, NÃO DISCUTIDA NA INICIAL OU NA SENTENÇA - OFENSA AO ART. 515, § 30, DO CPC - PRELIMINAR NÃO CONHECIDA

MANDADO DE SEGURANÇA - MEIO AMBIENTE - APREENSÃO DE CAMINHÃO E CARGA DE MADEIRA SEM LICENÇA VÁLIDA - ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR TER O MOTORISTA DO CAMINHÃO APRESENTADO LICENÇA DA MADEIRA TRANSPORTADA INADMISSIBILIDADE - PRELIMINAR REJEITADA

MANDADO DE SEGURANÇA - MEIO AMBIENTE - APREENSÃO DE CAMINHÃO E CARGA DE MADEIRA SEM LICENÇA VÁLIDA - OCORRÊNCIA - TOLERÂNCIA DE EXCESSO DE PESO INADMISSIBILIDADE - INEXISTE DIPLOMA LEGAL A PERMITIR A REFERIDA TOLERÂNCIA - PONDERAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - INTELIGÊNCIA DO ART. 170, VI, DA CF/88 - APELO DESPROVIDO

Vistos etc.

A sentença do MM. Juiz ANTÔNIO CARLOS FRANCISCO¹ denegou a ordem em mandado de segurança impetrado por MADEIREIRA VILAPAR LTDA contra o COMANDANTE DO 1^o PELOTÃO DE POLICIAMENTO AMBIENTAL DA 2^a COMPANHIA DO 4^o BATALHÃO DE POLÍCIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, para manter a apreensão da madeira e do caminhão, bem como o auto de infração lavrado. Ficou a impetrante condenada ao pagamento das custas processuais, sem condenação a honorários advocatícios, nos termos das súmulas 512, do STF, e 105, do STJ.

Irresigna-se e apela a impetrante², a aduzir, preliminarmente, que é parte ilegítima, na medida em que a carga não lhe pertencia. Sustenta também que o motorista do caminhão apresentou licença

¹ Fls. 104/108.

que atesta a legalidade da madeira transportada, no que resta nulo o auto de infração. No mérito, aduz que: a) há tolerância de 10% além do peso total, declarado, da carga, e que, se não aceita essa variação, deveria ser apreendida apenas a madeira excedente; b) a preservação da natureza deve ser ponderada com a geração de empregos. Pugna pela reforma da sentença, para ver anulado o auto de infração e a liberação do veículo e da madeira apreendidos.

Contra-razões foram oferecidas³, pela manutenção da sentença. Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça⁴, pela denegação da ordem. É uma síntese do necessário.

Trata-se de mandado de segurança interposto pela Madeireira Vilapar LTDA contra ato de integrante da Polícia Ambiental do Estado de São Paulo.

De acordo com a exordial, a impetrante transportava madeira pela Rodovia Euclides da Cunha, quando, no km 510, teve seu caminhão e carga apreendidos, por “transportar 42,52 m³ de madeira, sem licença válida para todo o tempo da viagem, outorgada pela autoridade competente, incorrendo no disposto do art. 49 da Resolução SMA nº 37/2005”⁵, de acordo com o Auto de Infração Ambiental nº 225721, de 28 de junho de 2008.

Consta que a impetrante carregava quantidade de madeira acima do declarado, e também madeira que não constava da Guia Florestal para Transporte de Produtos Florestais Diversos – GF - 3⁶.

Sobreveio sentença, desfavorável à sua pretensão. Com ela não concorda o impetrante, que apela.

Sem razão, contudo.

Preliminarmente, não há que alegar a ilegitimidade passiva, vez que se trata de matéria não ventilada na inicial ou na sentença, razão pela qual não se conhece do recurso quanto a este ponto, sob pena de supressão de um grau de jurisdição e ofensa ao disposto no art. 515, § 1º do CPC.

Há jurisprudência nesse sentido:

“As questões não suscitadas e debatidas em grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição (JA 111/307)”⁷

Desnecessário, por sua vez, avança no argumento de que o motorista apresentou a licença da madeira transportada, na medida em que se aplica no feito não o caput do art. 49, mas sim seu parágrafo § 2º, por se tratar de licença inválida. E inválida porque não se verificou verossimilhança entre os dados apresentados e a madeira de fato apreendida, que não correspondia nem em quantidade e tampouco em espécie à declarada.

Rejeita-se, portanto, a matéria preliminar.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante. Isso porque inexistente diploma legal a autorizar qualquer tolerância sobre variações entre a carga declarada e a verificada no momento da autuação.

No tocante a controvérsia sobre a semântica da expressão “beneficiamento”, a dicção do art. 49 da Resolução SMA nº 37/2005 é clara:

“Art. 49 -Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.

² Fls. 117/122.

³ Fls. 131/135

⁴ Fls. 145/147.

⁵ Fl. 12.

⁶ Fl. 13.

⁷ GOUVEA, José Roberto F. e NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p 626.

§ 1º - Aplicam-se, isolada ou cumulativamente, as sanções previstas nos incisos II, IV, VI, IX, X e XI, do art. 5º, desta Resolução.

§ 2º - Incorre nas mesmas penalidades, quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente (g.n)”

Assim, não se está diante de discussão sobre o significado do termo “beneficiamento”, contido no caput do art. 49, mas sim da aplicação do conteúdo de seu § 2º. O que ocorreu não foi a circulação da madeira desprovida de licença, e sim o transporte sem licença válida, já que esta referia-se a carga distinta daquela encontrada no momento da autuação.

E isso porque, de acordo com as informações prestadas pela Polícia Militar de São Paulo, “**1. constava na Guia Florestal (GF3) produtos declarados como madeira beneficiada de resíduo, onde deveria estar especificado o nome correto do produto, como por exemplo: caibro, ripas, para que sejam corretamente fiscalizados, conforme orientação do próprio IBAMA, por meio do Memorando/Circular nº 009/2007. 2. Constava na GF3 36,3174 m³ de madeira serrada, tipo viga, das espécies Peroba-mica, Pinho-cuiabano e Maracatiara, porém após mensuração foi constatado somente 27,6070 m³, com a divergência de 8,7104 m³ de viga. 3. Na carga havia 5,1458 m³ de madeira serrada tipo caibros e 0,8832 m³ de palanques que não estavam declarados na GF3. 4. Constava na GF3 3,0526 m³ de madeira beneficiada de resíduo, que segundo o condutor do veículo, tratava-se de ripas da espécie jatobá, porém, ao realizar mensuração constatou-se 8,8850 m³, configurando a divergência de 5,8324 m³ de ripa”⁸. Daí que a inconsistência dos dados lançados tornou a GF3 inválida.**

Tampouco merece guarida a alegação de que a apreensão deve recair apenas sobre o excedente. Como bem sentenciou o juízo a quo: “*Não há falar em que somente o excesso é que deve ser apreendido. Inválida a guia, toda a carga está irregular. Vale dizer: aquela guia, espúria, não se referia àquele transporte daquela madeira, pois os dados não conferiam com a realidade. Aliás, como é de conhecimento geral através da imprensa, fraudadores têm utilizado uma mesma guia para vários transportes*”⁹.

Inadmissível submeter o meio ambiente ao interesse econômico, sob o frágil argumento de que este deve prevalecer em prol da geração de empregos. Os empresários mais conscientes já comprovaram há muito que o desenvolvimento sustentável é uma realidade e que já se foi o tempo em que era necessário optar entre “árvores” ou “empregos”.

Nesse sentido, foi evidente a intenção do legislador constituinte:

“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

A r. sentença deu correto desatê/ao feito e merece subsistir.

Por estes fundamentos, rejeitada a matéria preliminar, nega-se provimento ao apelo.

RENATO NALINI
Relator

⁸ Fl. 34. 9 Fl. 107.

⁹ Fl. 107

Comentário

1. Introdução

Por meio deste texto, trazemos ao debate acadêmico uma das mais modernas tendências no âmbito da organização judiciária, que se vem constituindo em alguns tribunais brasileiros.

Trata-se da recente experiência relativa à introdução de órgãos jurisdicionais especializados em direito ambiental para apreciar e julgar os litígios cada vez mais frequentes e, muitas vezes, complexos que se instauram em causas que dizem respeito ao ambiente.

Neste contexto, optamos por tecer alguns comentários sobre acórdão lavrado pela Câmara Especial de Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se discute claramente uma das maiores dicotomias dos tempos atuais: o desenvolvimento econômico, de um lado, e a tutela do ambiente, por outro.

É nesta perspectiva que a nossa abordagem compreende as seguintes etapas: (i) comentar acórdão proferido pelo referido órgão jurisdicional, e demonstrar de que forma a Câmara Especial de Meio Ambiente relevou-se eficiente na solução do caso que lhe foi submetido; (ii) e, por fim, relatar outras experiências brasileiras de especialização de órgãos jurisdicionais ambientais como instrumento indispensável de alcançar maior eficiência nos processos destinados à preservação do ambiente.

Concluiremos, portanto, a partir da análise do referido acórdão, sobre a importância da introdução de Câmaras Especiais de Meio Ambiente e outros órgãos semelhantes instituídos no Brasil para o aperfeiçoamento prático do conceito de desenvolvimento sustentável, como sustentáculo do Estado de Direito Democrático.

2. O acórdão da Câmara Especial de Meio Ambiente

O acórdão n.º 02315743¹, de 16 de Abril de 2009, foi lavrado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Seção Direito Público, Câmara Especial de Meio Ambiente. No presente caso, a empresa Madeireira Vilapar Ltda. impetrou mandado de segurança² contra o Comandante do 1º Pelotão de Policiamento Ambiental da 2ª Companhia do 4º Batalhão de Polícia Ambiental do Estado de São Paulo. A impetrante transportava madeira pela Rodovia Euclides da Cunha, quando, no Km 510, o seu caminhão e a carga foram apreendidos, uma vez que transportava 42,52 metros cúbicos de madeira, sem licença válida para o transcurso da sua viagem, outorgada por autoridade competente, enquadrando-se no disposto do artigo 49 da Resolução da Secretaria de Meio Ambiente (SMA) n.º 37/2005.

Refere-se no Relatório da Polícia Ambiental que a empresa Madeireira carregava quantidade de madeira acima do declarado, além de a madeira transportada não constar de Guia Florestal para Transporte de Produtos Florestais Diversos – GF-3.

A impetração do mandado de segurança teve por finalidade impedir a apreensão da madeira e do caminhão de propriedade da empresa, bem como o auto de infração contra ela lavrado.

O Juízo de primeira instância não concedeu a segurança e, inconformada, a Madeireira interpôs apelação. Como argumento preliminar, alega que é parte ilegítima, uma vez que a

¹ Neste acórdão, foi submetido à apreciação da Câmara Especial de Meio Ambiente a Apelação Cível com Revisão n.º 859.956-5/0-00, da Comarca de Votuporanga.

² Segundo a definição de HELY LOPES MEIRELLES, o mandado de segurança no Direito Brasileiro “é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n.º 1.533/51, art. 1º)”. MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, 31ª edição, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 25/26.

carga não lhe pertencia. Acrescenta que o motorista do caminhão apresentou licença que demonstra a legalidade da madeira transportada, razão pela qual o auto de infração seria nulo. No mérito do recurso, apresenta os seguintes argumentos: (i) existe tolerância de 10% além do peso total declarado da carga e que, se não aceita a variação, deveria ser apreendida apenas a madeira excedente; (ii) a preservação da natureza deve ser ponderada com a geração de empregos.

O Relator do recurso, Desembargador Renato Nalini, negou provimento à apelação interposta pela impetrante.

Primeiramente, o Relator não conheceu da preliminar de ilegitimidade passiva, visto que a matéria não foi suscitada na petição inicial e na sentença, ocorrendo, na espécie, supressão de um grau de jurisdição. No mérito, o Relator sublinhou que o fato de o motorista ter apresentado a licença da madeira transportada é irrelevante, pois se aplica ao caso em exame não o *caput* do artigo 49 – no domínio das infrações contra a flora –, mas sim o seu parágrafo segundo, que se refere à licença inválida³. Isto se deve à circunstância de que a licença dizia respeito à carga distinta daquela encontrada no momento da autuação. Da mesma forma, o Relator foi contundente ao negar a submissão do meio ambiente ao interesse econômico no intuito de favorecer-se a geração de empregos, sustentando, para este efeito, que incide o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal Brasileira.

Parece-nos acertada a decisão objeto de análise. Sem entrar nos pormenores da preliminar suscitada, avancemos em direção ao mérito do recurso apresentado pela Madeireira Vilapar Ltda. e a sua apreciação pelo acórdão em referência.

Como bem ressaltou a decisão em exame, inexistente dispositivo legal que autorize qualquer tipo de tolerância sobre variações entre a carga declarada e a verificada no momento da autuação. Na realidade, revela-se infundada a alegação de que a apreensão da madeira deveria recair apenas sobre o excedente, pois a licença que a recorrente detinha era absolutamente incompatível com a mercadoria transportada. Para confirmar a inconsistência dos dados contidos na licença da recorrente, as informações prestadas pela Polícia Militar do Estado de São Paulo mostraram-se incontestáveis. Segundo o laudo emitido por parte da Polícia, “1. constava na Guia Florestal (GF3) produtos declarados como madeira beneficiada de resíduo, onde deveria estar especificado o nome correto do produto, como por exemplo: caibro, ripas, para que sejam corretamente fiscalizados, conforme orientação do próprio IBAMA, por meio do Memorando/Circular n.º 009/2007; 2. Constava na GF3 36,3174 m³ de madeira serrada, tipo viga, das espécies Peroba-mica, Pinho-cuiabano e Maracatiara, porém após mensuração foi constatado somente 27,6070 m³, com a divergência de 8,7104 m³ de viga; 3. Na carga havia 5,1458 m³ de madeira serrada tipo caibros e 0,8832 m³ de palanques que não estavam declarados na GF3; 4. Constava na GF3 3,0526 m³ de madeira beneficiada de resíduo, que segundo o condutor do veículo, tratava-se de ripas da espécie jatobá, porém, ao realizar mensuração, constatou-se 8, 8850 m³, configurando divergência de 5,8324m³ de ripa”.

³ O artigo 49 da Resolução SMA n.º 37/2005 assim estabelece:

Caput. “Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada por autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento”.

Parágrafo 2º: “Incorre nas mesmas penalidades, quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente”.

As penalidades incidentes estão previstas no parágrafo 1º deste artigo, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente: (i) multa simples; (ii) apreensão dos animais, produtos ou subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza, utilizados na infração; (iii) suspensão de venda e fabricação do produto; (iv) suspensão parcial ou total das atividades; (v) restritiva de direitos; e (vi) reparação dos danos causados.

Daí resultar incontroverso que a Madeireira incorreu não no caput do artigo 49 da Resolução SMA nº 37/2005, que trata da falta de licença para o transporte efetuado; a ela se aplica, na realidade, o parágrafo 2º daquele mesmo dispositivo, que versa acerca da ausência de licença *válida* para todo o transcurso da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

No que concerne à insubmissão do direito fundamental ao meio ambiente em relação ao interesse econômico associado à geração de empregos, também foi irretocável o presente acórdão. O artigo 225 da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente em favor das presentes e futuras gerações. Extraem-se, deste dispositivo, portanto, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente e a consagração do princípio da solidariedade entre as gerações, o qual obriga *“as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras”*⁴.

Por sua vez, o artigo 170 da Constituição Brasileira prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve pautar-se, entre outros princípios, na *“defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”*. Com efeito, configura-se claramente a importância de compatibilizar-se o crescimento econômico e as atividades que lhe são inerentes com a preservação da natureza, de modo a assegurar-se, com maior rigor, o desenvolvimento sustentável. Não se trata, pois, de submissão de um direito em relação ao outro, mas de conciliação e interação entre estes valores.

Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca a importância de *“compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”*⁵.

Assim se pronunciou o acórdão em análise: *“Inadmissível submeter o meio ambiente ao interesse econômico, sob o frágil argumento de que este deve prevalecer em prol da geração de empregos. Os empresários mais conscientes já comprovaram há muito que o desenvolvimento sustentável é uma realidade e que já se foi o tempo em que era necessário optar entre ‘árvores’ e ‘empregos’”*.

A partir desta análise, é possível chegar a algumas conclusões. Saliente-se, entretanto, antes de tudo, que não é nosso propósito debater aqui questões ambientais mais complexas, subjacentes ao comportamento empresarial censurado por parte do referido órgão jurisdicional, nomeadamente a exploração da madeira e a desflorestação. Mas mesmo cingindo-se à análise da questão do transporte, é visível que os Tribunais Brasileiros caminham no sentido de reconhecer o valor conferido, em nossa sociedade, ao desenvolvimento sustentável. Trata-se, contudo, de uma conquista recente, favorecida pela iniciativa que alguns estados da Federação implementaram de criar órgãos especializados em matéria ambiental. É o caso do acórdão aqui comentado, lavrado por parte da Câmara Especial de Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

Os resultados vêm apontando o sucesso desta medida, não apenas em virtude da qualidade técnica das suas decisões, mas também por causa da maior celeridade com que os recursos são julgados. Em matéria publicada no Jornal O Estado de São Paulo, o JOSÉ RENA-

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português, *Direito Constitucional AMBIENTAL brasileiro* (organizado por J.J. GOMES CANOTILHO e JOSÉ RUBENS MORATO LEITE), Saraiva, São Paulo, 2007, p. 10

⁵ Silva, José Afonso da, *Direito Ambiental Constitucional*, 6ª edição, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 26/27.

TO NALINI assim pontuou na sequência desta discussão: “A criação da Câmara Especial do Meio Ambiente se preordenou a conferir tratamento o quanto possível homogêneo às causas ecológicas. Os recursos que versam o meio ambiente são imediatamente destinados a um de seus membros. A jurisdição em segundo grau se acelerou de forma evidente. É um benefício inegável. Seja qual for a decisão do tribunal, os interessados não precisam aguardar anos para que ela seja conhecida”⁶.

À luz do exposto, evidenciam-se com absoluta nitidez os benefícios de que uma demanda judicial como esta seja apreciada por uma Câmara especializada em direito ambiental. Admitir-se o contrário abriria margem a uma análise superficial da controvérsia suscitada, o que não se compatibiliza com as necessidades intrínsecas à tutela ambiental.

3. Outras experiências relacionadas

Outras experiências praticadas no Brasil atestam como a experiência de instituir órgãos especializados em matéria ambiental é bem sucedida. A título de ilustração, a Vara Especializada do Meio Ambiente e de Questões Agrárias foi criada no Estado do Amazonas, por meio da Resolução n.º 5, de 25/07/1997, depois referendada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado⁷.

Sem dúvida, as inúmeras agressões à natureza que se cometeram naquele estado federativo motivaram a criação do órgão jurisdicional especializado, composto por juízes com melhores condições técnicas para apreciar e julgar ações relacionadas ao ambiente. A competência da referida vara é estabelecida da seguinte forma: “(i) na esfera cível: a) processar e julgar as ações referentes ao Meio Ambiente, assim definidas em Lei, bem como os executivos fiscais oriundos de multas aplicadas por ofensa ecológica; b) processar e julgar as ações relativas às questões fundiárias assim definidas na Lei; (ii) na esfera criminal, processar e julgar as infrações de competência dos Juizados Especiais, definidos na Lei Federal n.º 9.099/95”⁸.

Os efeitos provenientes da criação deste órgão especializado são promissores, dentre os quais cumpre destacar⁹: (i) o aumento da percepção por parte da população de ser titular de um direito ao meio ambiente equilibrado, do qual todos gozam indistintamente, levando-os à possibilidade de propor medidas judiciais perante o Poder Judiciário e dele obterem respostas mais rápidas e efetivas, quando se sentirem lesadas em seus direitos (indisponíveis) a um meio ambiente saudável; (ii) a formação de um mecanismo suplementar que permita a aplicação da lei ambiental de modo eficiente, pois, ironicamente, o Estado do Amazonas era o único do país a não dispor de um segmento da polícia militar preparado para atuar contra agressões ambientais; (iii) por fim, despertou a atenção de uma expressiva parcela da sociedade para a importância das questões ecológicas, incluindo governos

⁶ A matéria *Um Judiciário Sustentável* foi publicada no Jornal o Estado de São Paulo no dia 20 de Abril de 2009.

⁷ Convém esclarecer que o Amazonas é o maior estado brasileiro em termos de extensão geográfica e onde se situa boa parte da Floresta Amazônica. Foi sempre palco de graves problemas ambientais, como nos relata ADALBERTO CARIM ANTÔNIO: “Para o maior número dos brasileiros, o Estado do Amazonas é referência ecológica, pois possui a maior parte de seu ‘território verde’ inalterado. Sua exuberância ambiental não impede, no entanto, mal que desconhece fronteiras, estenda seu manto de destruição sobre esse verdadeiro ‘continente úmido’. De fato, em aproximadamente três décadas de pujante incentivo governamental com escopo de promover a ocupação da Amazônia, foram colhidos, além do almejado desenvolvimento, grandes impactos ambientais, materializados em vastas áreas desmatadas e incontroláveis queimadas direcionadas para implementação da agricultura e pecuária”. ANTÔNIO, Adalberto Carim, *Vara ambiental: uma realidade, Direito Ambiental em Evolução 2*, 1ª edição, Editora Afiliada, São Paulo, 2001, p. 11.

⁸ ANTÔNIO, Adalberto Carim, *Vara ambiental...*, cit., p. 15.

⁹ ANTÔNIO, Adalberto Carim, *Vara ambiental...*, cit., p. 20/22.

locais, funcionários públicos, profissionais liberais e, sobretudo, aos executivos amazonenses, que passaram a considerar, em suas decisões empresariais, a proteção (ou ao menos não violação) do ambiente.

Mencionem-se, ainda, outras experiências levadas a cabo no Brasil¹⁰. É o caso daquela instituída pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, mediante a Resolução nº. 54 de 11 de Maio de 2005, estabelecendo a especialização parcial da 5.^a Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de Porto Alegre em *direito ambiental e agrário*, passando a denominá-la de Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual.

Na exposição de motivos da referida Resolução, o Presidente do Tribunal ofereceu as seguintes justificativas para a concretização desta iniciativa¹¹: (i) a especialização é um ato de máxima relevância para a melhoria da prestação jurisdicional; (ii) a prática de especialização de vara com ênfase temática tem sido bem sucedida, gerando ganhos de produtividade e eficiência na solução dos litígios pendentes de processamento e decisão; (iii) o Direito Ambiental vem ocupando um espaço cada vez maior nas discussões judiciais envolvendo disputas cada vez mais complexas e que a especialização ou semi-especialização de Tribunais Ambientais é uma tendência internacional, já tendo sido implementada, de diferentes formas e em jurisdições diversas, na Nova Zelândia, Austrália, Suécia, Grécia, Costa Rica, Estados Unidos, Bélgica e no Brasil, Comarcas de Cuiabá (MT) e Manaus (AM), e na Justiça Federal de Curitiba.

Tais circunstâncias apontam, desde logo, para a necessidade de qualificação específica dos juízes encarregados por prestar a jurisdição ambiental, assim como dos funcionários que atuam nesta matéria. Conforme assinala VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, “*uma ação ambiental, seja de natureza administrativa, civil ou penal, acaba sendo solucionada, regra geral, por um Juiz Federal ou um Juiz de Direito que tem sob sua responsabilidade uma grande diversidade de processos e que, regra geral, não teve aulas de Direito Ambiental no seu curso da graduação. A questão que lhe é submetida a julgamento traz consigo temas novos, leis e atos administrativos pouco conhecidos e nem sempre expostos com o esmero técnico desejado. Sem a menor sombra de dúvida, a especialização constitui a melhor via para que haja eficiência e ganho de qualidade*”¹².

São de absoluta pertinência as palavras do autor. Ainda que para muitos o conhecimento científico especializado gere uma formação compartimentada, sob o argumento de que limita a visão do conjunto tornando o saber mais confinado, a especialização acabou por tornar-se algo extremamente profícuo segundo a lógica da civilização ocidental. É justamente neste contexto que se enquadra a importância de fomentar a qualificação dos juízes, passando a dotá-los dos recursos intelectuais indispensáveis à prestação da jurisdição em matéria ambiental, de modo a concretizar-se, futuramente, o projeto de verdadeiros Tribunais Ambientais no Brasil e em outros quadrantes geográficos.

Há dados interessantes, também, sobre a Câmara Especial de Meio Ambiente, que integra a segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no âmbito da qual

¹⁰ Note-se que a especialização de instituir-se a especialização com ênfase temática já é recorrente na experiência brasileira, tal qual ocorreu com a criação de varas empresariais. Para maiores informações, veja-se: AGUILAR, Adriana, Em favor da especialização: Justiça de São Paulo caminha para a criação de varas empresariais e Bovespa lança site de jurisprudência para o mercado de capitais, *Capital Aberto*, Ano 3, n.º 26, São Paulo, 2005.

¹¹ Cfr. http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/leg_normas_adm/res54_1.05.pdf. Segundo VLADIMIR DE PASSOS FREITAS, referindo-se à iniciativa do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, “*As três Varas Federais sobressaem-se pelo preparo de seus Juízes, pelas decisões bem fundamentadas, julgamentos mais céleres e, acima de tudo, pela segurança jurídica que dão às partes, outrora sujeitas a julgamentos que variavam de um para outro Juízo*”. FREITAS, Vladimir de Passos, *O Poder Judiciário e o Direito Ambiental no Brasil*, p. 45, consultado no site http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/21161/1/poder_judiciario_direito_ambiental.pdf, no dia 16 de julho de 2009.

¹² Cfr. FREITAS, Vladimir de Passos, *O Poder Judiciário e o Direito...*, cit., p. 44.

centramos a maior parte da discussão em razão de o acórdão objeto dos nossos comentários no item 3 ter sido por ela proferido.

Este órgão foi criado por meio da Resolução nº 240/2005. O seu artigo 1º assim estabelece: “É criada a “*Câmara Especial do Meio Ambiente*”, com competência para os feitos de natureza civil e medidas cautelares, que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão se mostrar de ordem constitutiva, meramente declaratória ou de condenação a pagamento de quantia certa ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”¹³.

A partir da sua instalação, em 21 de Novembro de 2005, até a presente data, foram realizadas 62 sessões de julgamento, e foram julgados 6.277 processos (871 em 2006; 1.646 em 2007; 2.434 em 2008; e 1.326 em 2009 até 13/08/2009). São julgados em média 150 processos por mês e distribuídos, aproximadamente, 220 processos mensalmente, sendo que se encontram em cartório, atualmente, 495 processos. Desde a primeira distribuição, realizada em 29 de Novembro, até o dia 31 de Agosto de 2009, foram distribuídos 6.982 processos.

A Câmara Especial de Meio Ambiente tem como principal objetivo examinar e decidir ações judiciais que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais concernentes à defesa do ambiente. Os processos mais frequentes são aqueles relacionados à recomposição da reserva florestal, loteamentos em áreas de mananciais, queima de palha de cana-de-açúcar, implantação de estação de tratamento de água e esgotos, ocupação ilegal em áreas de preservação permanente, maus tratos e, finalmente, execuções fiscais ambientais.

Com base em estudo recente de jurisprudência ambiental realizado no Estado de São Paulo¹⁴, verificou-se que o Ministério Público desempenha papel fundamental na propositura de ações judiciais submetidas à Câmara Especial de Meio Ambiente. Têm sido autores, sobretudo, além do Ministério Público, associações ambientais e pessoas físicas. Por outro lado, têm sido réus, principalmente, O Estado de São Paulo, pessoas físicas e empresas. Este último dado traduz uma realidade lamentável: o Estado, que deveria servir de exemplo a todos os atores sociais, e a quem é imposto o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente em benefício das presentes e futuras gerações, possivelmente corresponde àquele que mais contribui para a degradação ambiental, quer de forma ativa quer de forma omissiva.

4. Considerações Finais

As experiências e medidas aqui discutidas se revelam de grande valia para o contexto brasileiro e mundial, impondo ao Poder Judiciário uma percepção mais ampla dos problemas que circundam esta realidade¹⁵. Por ser o Brasil um país onde a litigiosidade ambiental é enorme, não se justifica que um juiz comum, com um número muito elevado de proces-

¹³ Tal dispositivo acrescenta, ademais, que “*Essa competência se estende às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostas individualmente, na forma do disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigos 81 e 104, bem como aos feitos concernentes à aplicação de penalidades administrativas impostas pelo Poder Público e aos processos referentes a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental (Lei n. 6.938, artigo 14, “caput” e parágrafos 1º a 3º)*”.

¹⁴ Veja-se: FREITAS, Gilberto Passos de, A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tomo II, Millennium, Campinas, 2009.

¹⁵ Nesse sentido, CONSUELO YOSHIDA alerta: “Em matéria ambiental o Judiciário deve ter a percepção de que não é pelo fato de se estar diante de uma atividade lícita, de uma atividade licenciada – que tem, portanto, o aval governamental –, que ela está imune a questionamentos. Dentro de uma abordagem mais ampla, no interesse da sociedade, aquela atividade pode ser licenciada irregular e indevidamente, e pode estar causando danos ambientais,

para apreciar diariamente, se depare com causas ambientais de grande complexidade. Apenas a especialização de varas ambientais, dotadas de juízes com conhecimento aprofundado e sensibilidade nesta matéria, pode assegurar o acesso à justiça dos cidadãos para obterem uma resposta célere, eficaz e qualificada, o que se harmoniza com os postulados de um *Estado de Direito ambiental e ecológico*¹⁶.

Sob este ponto de vista, a Câmara Especial de Meio Ambiente, e órgãos jurisdicionais similares vêm cumprindo o seu papel com notável êxito e eficiência. Sendo assim, tal circunstância pode contribuir para desmistificar uma acusação recorrente à legislação ambiental brasileira: a de que, embora bastante avançada quando comparada aos padrões mundiais, sempre careceu de mecanismos efetivos para colocar em prática a sua aplicação.

No caso objeto de análise, o órgão jurisdicional especializado do Estado de São Paulo aplicou com recomendável rigor as leis de proteção ambiental, condicionando o transporte de madeira à apresentação da licença válida e necessária para a atividade desenvolvida pela empresa Vilapar Ltda. Constatado que a empresa detinha licença incompatível com a mercadoria transportada, o acórdão desconsiderou o argumento segundo o qual o meio ambiente deveria submeter-se ao interesse econômico consubstanciado na geração de empregos.

A forma acertada com que o acórdão abordou a questão revela a necessidade de refletir e concretizar ações que conduzam à especialização dos juízes e dos respectivos órgãos em que atuam, dedicados à apreciação de questões ambientais. Apenas assim promover-se-á o direito constitucional de acesso à justiça e conferir-se-á eficácia prática a um direito fundamental de grande magnitude como é o direito ao meio ambiente. Somente desta forma o Poder Judiciário assumirá a missão que lhe é incumbida, enquanto indispensável Poder do Estado, de implementar nos casos concretos o princípio do desenvolvimento sustentável.

Eduardo Aliosha Braga Bacal

cabendo, inclusive, responsabilização por crime contra a administração ambiental". YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário, *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado* (organizado por SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI, SOLANGE TELES DA SILVA e INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES), Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 441.

¹⁶ A expressão é de J.J. GOMES CANOTILHO. Confira-se: CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores), Saraiva, São Paulo, 2007 p. 8.

Directiva Inundações: novas perspectivas

Comentário

Na madrugada do dia 27 de Janeiro de 2001, a ruptura de um dique no Baixo Mondego originou danos em várias explorações agro-pecuárias e numa loja de vestuário situados a jusante. A ruptura do dique deu-se na sequência de três inundações consecutivas ocorridas entre Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001.

Os particulares afectados reagiram judicialmente contra o INAG junto do TAF de Coimbra, tentando obter o ressarcimento dos danos provocados pela inundação¹. Apesar de a factualidade ser idêntica, o TAF de Coimbra não se pronunciou uniformemente.

Apresentaremos de seguida duas sentenças contraditórias emitidas pelo TAF de Coimbra. Com efeito, o INAG foi absolvido em três dos quatro casos julgados pelo TAF de Coimbra. Só numa das sentenças o juiz responsabilizou o INAG pelos danos resultantes da ruptura do dique.

O TCAN ainda não se pronunciou relativamente aos recursos interpostos, quer pelos particulares – nos casos de absolvição – quer pelo INAG – no caso de condenação. De facto, ainda existe a possibilidade de uniformizar o tratamento judicial das situações mencionadas.

Finalmente, indagaremos sobre os contributos que a Directiva 2007/60/CE, de 23 de Outubro, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações (*Directiva Inundações*), pode trazer para a solução de casos semelhantes no futuro.

1. Absolvição do INAG

Um dos casos judiciais diz respeito a uma exploração localizada em Formoselha em que morreram aproximadamente 160 bovinos. O proprietário, Fernando Reis, exigiu ao INAG uma indemnização superior a 198 mil euros. O Autor fundamentou a sua pretensão na negligência do INAG no que respeita à manutenção e conservação do dique da margem esquerda do Baixo Mondego.

O INAG opôs-se a este entendimento afirmando a “excepcionalidade do fenómeno”. Sustentou que o projecto de Regularização do Baixo Mondego foi elaborado para suportar cheias com um período de retorno de 100 anos (cheia centenária, isto é, cheia cuja probabilidade é de uma em cada 100 anos). Ora, ficou provado que, no seu conjunto, as cheias de Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001 constituíam um evento cujo período de retorno era de 140 anos. E acrescentou ainda que as fragilidades reveladas pelos diques longitudinais em vários pontos resultaram de assentamentos e erosão provocados pelos danos das cheias anteriores.

O tribunal considerou que as circunstâncias do caso concreto eram “absolutamente imprevisíveis ou incontroláveis”, e concluiu que não foi a falta de diligência do Réu que causou os danos provocados ao Autor.

¹ Ver os processos n.º 7/04, n.º 9/04, n.º 10/04 e n.º 912/06, ainda pendentes no TAF de Coimbra.

Para além disso, o tribunal lembrou que o terreno do Autor se localiza numa “Zona Ameaçada por Cheia” identificada na Carta de Reserva Agrícola Nacional e Reserva Ecológica Nacional.

O TAF de Coimbra decidiu por isso absolver o INAG². Decisão idêntica a esta foi também proferida em dois outros casos: acção proposta pela *Agripartes Portuguesa – Acessórios e Máquinas Lda.*⁴; e acção proposta pelo *Pronto-a-vestir Veneza Lda.*⁵.

2. Condenação do INAG

Em sentido divergente ao do caso anterior, o TAF de Coimbra condenou o INAG no âmbito do processo n.º 7/04.5 BECBR⁶.

Neste processo, os Autores⁷ pretendiam ver indemnizados os danos que a cheia de 2001 provocou no estabelecimento agro-pecuário conhecido como Quinta da Giralda. A cheia destruiu construções, culturas, equipamentos, máquinas e a maioria dos animais da quinta. No total, os danos atingiram aproximadamente 450 mil euros (contabilizaram-se os danos emergentes e os lucros cessantes).

Mais uma vez, o INAG procurou eximir-se de responsabilidade invocando a excepcionalidade das cheias (período de retorno superior a cem anos). Referiu também que as edificações dos Autores se encontravam em zonas inundáveis e por isso sujeitas aos efeitos das cheias que ultrapassassem o período de retorno de cem anos. E defendeu ainda a inexistência denexo de causalidade entre a ruptura do dique e os danos produzidos. Estas alegações não foram acolhidas pelo tribunal. O TAF de Coimbra considerou que “a destruição e desaparecimento dos bens dos autores (...) foi um resultado adequado e normal do facto (colapso do dique)”.

Ficou provado neste processo que dois dos três sifões de descarga situados na margem direita do leito central não funcionaram na sua plenitude, não descarregando os volumes de água para que foram projectados.

Além disso, a cidade de Coimbra (Açude) deveria estar protegida contra a cheia milenária (2000 m³/segundo). Ora, este valor não foi ultrapassado por nenhuma das três cheias ocorridas em Dezembro de 2000 e Janeiro de 2001. Assim, a ruptura do dique só pode ter resultado de uma anomalia na obra.

Acrescente-se ainda que foram elaborados relatórios e pareceres pela Ordem dos Engenheiros (Região Centro) e pelo Departamento de Engenharia Civil. Num desses relatórios pode ler-se que houve ineficiência e deficiente organização do INAG na gestão da obra. O INAG foi atacado por “gestão de cheias não adequada”, “gestão corrente de diques não adequada” e “gestão de emergência dos diques não adequada”. E mais, num dos relatórios afirma-se que “teria bastado que uma só das três gestões referidas tivesse sido adequada para que o desastre se não tivesse verificado”.

² Ver sentença do TAF de Coimbra, de 13 de Fevereiro de 2009, processo n.º 912/06.8BECBR.

² O INAG alegou a ocorrência do efeito “piping”, mas não conseguiu provar tal efeito.

³ Consideramos que houve um aspecto que não foi esclarecido: saber se o INAG poderia ou não ter comunicado o risco de inundação, uma vez que ficou provado que os dados fornecidos pelo SVARH (Sistema de Vigilância e Alerta de Cheias) permitiam prever antecipadamente, em cerca de três horas, a ocorrência da cheia de 27 de Janeiro de 2001, na bacia do Mondego.

⁴ Ver sentença do TAF de Coimbra, de 19 de Setembro de 2008, processo n.º 9/04.9BECBR.

⁵ Ver sentença do TAF de Coimbra, de 29 Setembro de 2008, processo n.º 10/04.9BECBR.

⁶ Ver sentença do TAF de Coimbra, de 19 de Setembro de 2008, processo n.º 7/04.5 BECBR.

⁷ Os Autores desta acção são: Maria Amélia Vicente de Carvalho de França Martins, Maria João Vicente de Carvalho de França Martins, José Manuel Rodrigues de Oliveira, e António Miguel Vicente de Carvalho de França Martins.

Houve portanto violação de um dever de cuidado⁸. Não foi cumprido o dever de vigiar as condições de segurança e funcionamento do dique. O INAG actuou portanto de um modo que fica abaixo do exigido e esperado. Não sendo possível determinar a autoria pessoal da omissão ilícita, a culpa será imputada à pessoa colectiva em virtude do funcionamento anormal do serviço⁹.

Uma vez verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado (facto, ilicitude, culpa, nexo de causalidade e dano), o TAF de Coimbra condenou o INAG ao pagamento duma indemnização de aproximadamente 121 mil euros¹⁰.

3. Autonomização do regime jurídico relativo à prevenção e mitigação das inundações

Actualmente, não existe um diploma que estabeleça uma disciplina jurídica autónoma no domínio da prevenção e mitigação dos riscos de inundações.

Todavia, esta situação será em breve alterada por impulso comunitário. Com efeito, em 2007 foi adoptada a *Directiva Inundações*. Deve assinalar-se que esta é a primeira directiva a incidir sobre a prevenção de riscos naturais, o que só por si indicia a importância dos riscos de inundações ao nível comunitário.

Contudo, esta directiva ainda não foi transposta para o ordenamento jurídico português¹¹. Isto significa que os cidadãos ainda não se podem fazer valer do enquadramento jurídico a que a directiva dará origem.

No entanto, já é possível reflectir sobre os contributos que a *Directiva Inundações* pode trazer para a resolução de casos idênticos àqueles que acima descrevemos.

3.1. Directiva Inundações: definições e cartografia

A *Directiva Inundações* começa por estabelecer as definições de inundações e risco de inundações. Assim, estabelece-se que deve entender-se por *inundações* toda a "cobertura temporária por água de uma terra normalmente não coberta por água. Inclui as cheias ocasionadas pelos rios, pelas torrentes de montanha e pelos cursos de água efémeros mediterrânicos, e as inundações ocasionadas pelo mar nas zonas costeiras, e pode excluir as inundações com origem em redes de esgotos" (artigo 2.º n.º 1). O *risco de inundações*, por seu turno, é "a combinação da probabilidade de inundações e das suas potenciais consequências prejudiciais para a saúde humana, o ambiente, o património cultural e as actividades económicas" (artigo 2.º n.º 2).

No entanto, e uma vez que a origem e as condições de surgimento das inundações são muito heterogêneas nos diversos Estados-Membros, a directiva deixa uma ampla margem de manobra aos Estados no que diz respeito ao nível de protecção a exigir e às medidas a adoptar para atingir esse nível de protecção. Deste modo, são os Estados-Membros que fixam os objectivos em matéria de gestão das inundações¹².

⁸ O INAG alegou a ocorrência do efeito "piping", mas não conseguiu provar tal efeito no caso concreto.

⁹ Cfr. Acórdão do STA, de 20 de Novembro de 2002, processo n.º 903/02: "A culpa de uma pessoa colectiva (...) não se esgota na imputação de uma culpa psicológica aos agentes que actuaram em seu nome, pois o facto ilícito gerador dos danos pode resultar de um conjunto, ainda que imperfeitamente definido, de factores próprios da deficiente organização ou falta de controlo, de vigilância ou fiscalização exigíveis em determinadas funções, ou de outras falhas que as reportam ao serviço como um todo".

¹⁰ A indemnização concedida foi de apenas 121 mil euros e não de 450 mil euros porque se descontou o montante das ajudas do Estado a que os Autores acederam no âmbito de uma linha de apoio criada para minorar as consequências da cheia de 2001.

¹¹ O prazo de transposição da Directiva Inundações é o dia 26 de Novembro de 2009.

¹² Ver artigo 7.º n.º 2.

A margem de manobra concedida pela directiva não deve todavia confundir-se com uma total discricionariedade. De facto, a *Directiva Inundações* fixa uma série de procedimentos que os Estados-Membros terão de executar obrigatoriamente no âmbito da avaliação e gestão do risco de inundações.

Desde logo, a *Directiva Inundações* começa por impor a realização de uma avaliação preliminar (capítulo II da *Directiva Inundações*). Trata-se de uma fase em que a análise do risco é um pouco superficial, até porque o prazo para apresentar os resultados é curto.

A avaliação preliminar visa determinar quais as zonas em relação às quais se pode concluir que existem riscos potenciais significativos ou em que a concretização de tais riscos é provável (artigo 5.^o). Esta avaliação deverá fundar-se em informações disponíveis ou facilmente dedutíveis (artigo 4.^o n.^o2). Estas informações incluem registos históricos e estudos sobre a evolução do risco de inundações a longo prazo, que devem ter em consideração o impacto das alterações climáticas.

A avaliação preliminar deverá fornecer, no mínimo, cartas da bacia ou sub-bacia hidrográfica; a descrição das inundações ocorridas no passado que tenham tido impactos negativos importantes; a descrição de inundações significativas no passado, sempre que se possam prever consequências prejudiciais significativas resultantes da ocorrência de inundações semelhantes no futuro; e a avaliação das potenciais consequências prejudiciais futuras das inundações (artigo 4.^o n.^o2).

Quando se trata de regiões hidrográficas internacionais, existe o dever de os Estados-Membros garantirem o intercâmbio das informações relevantes entre as autoridades competentes interessadas (artigo 4.^o n.^o3).

Salienta-se ainda o facto de ser da competência de cada Estado a decisão sobre quais as zonas em que existem riscos significativos ou cuja materialização seja bastante provável. No fundo, após a avaliação preliminar, caberá a cada Estado a decisão sobre quais as zonas sobre as quais incidirão as cartas de zonas inundáveis e de riscos, e os planos de gestão do risco de inundações.

A avaliação preliminar dos riscos de inundações terá de ser concluída até 22 de Dezembro de 2011 (artigo 4.^o n.^o4).

Depois da fase da avaliação preliminar, a *Directiva Inundações* impõe ainda a elaboração de cartas de zonas inundáveis (CZI) e cartas de riscos de inundações (CRI). Estas são um instrumento de informação que fornece a base para fixar prioridades e tomar decisões no âmbito da gestão dos riscos de inundações. Estas cartas permitem mostrar as consequências negativas potenciais para diferentes cenários, e contêm informações sobre as fontes potenciais de poluição ambiental¹³.

As CZI são cartas que cobrem zonas geográficas susceptíveis de serem inundadas (artigo 6.^o n.^o 3), e podem ser desenhadas de acordo com três cenários possíveis: probabilidade fraca (cenário de fenómenos extremos); probabilidade média de cheias (periodicidade igual ou superior a 100 anos); e probabilidade elevada¹⁴. Cada um dos cenários terá de mencionar a amplitude da inundações, a profundidade de água (só nalguns casos), e a velocidade da corrente ou do caudal.

¹³ Estas informações são muito importantes na medida em que permitem que se atenda à existência de outros riscos que podem ser desencadeados pelas inundações. Com efeito, as inundações podem gerar outros riscos. Pense-se no caso de uma inundações que atinja uma indústria química. Nesse caso, ao risco de inundações acresce o risco de poluição ambiental.

¹⁴ A *Directiva Inundações* não determina o que deve entender-se por *probabilidade elevada*. Contudo, tal probabilidade era fixada na proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à avaliação e gestão das inundações [SEC(2006)66] apresentada pela Comissão em 18 de Janeiro de 2006. Assim, considerava-se inundações de *probabilidade elevada*, aquelas cuja periodicidade provável fosse de uma em cada dez anos.

Apesar de tudo, a *Directiva Inundações* não determina qual a probabilidade a ter em conta na projecção de um cenário de fenómeno extremo. Caberá por isso aos Estados-Membros fixar qual a probabilidade a atender. Todavia, terão de se considerar obrigatoriamente os cenários que já se tenham produzido no passado, ainda que a sua periodicidade seja inferior à probabilidade fixada pelo Estado-Membro. Assim, em Portugal, deverá cartografar-se a hipótese de ocorrer uma inundação idêntica à que se produziu na sequência do terramoto de 1755.

Para além das CZI, é ainda necessário elaborar as CRI. As CRI são cartas em que se indicam as consequências da ocorrência das inundações nos cenários previstos nas CZI (artigo 6.º n.º 5). É nestas cartas que devem constar elementos relativos a pessoas potencialmente afectadas pelas inundações; instalações que possam originar poluição ambiental caso sejam atingidas pelas inundações; tipos de actividade económica nas zonas potencialmente afectada; informação sobre eventuais inundações que possam arrastar elevados volumes de sedimentos e detritos; informações relativas a importantes fontes de poluição; e outras informações que os Estados-Membros considerem úteis.

Os Estados-Membros podem decidir que nas zonas costeiras que já são alvo de uma protecção adequada, e nas zonas em que as inundações se devem a águas subterrâneas, a elaboração das CZI e das CRI se limita às zonas abrangidas nos cenários de eventos extremos.

As zonas em que não existam riscos significativos não devem ser imediatamente excluídas do domínio da gestão do risco de inundação. Pode acontecer que essas áreas de riscos pouco significativos tenham um elevado potencial de protecção contra as inundações.

Tanto as CZI como as CRI deverão estar concluídas até 22 de Dezembro de 2013 (artigo 6.º n.º 8). O prazo é relativamente curto pelo que deverá proceder-se rapidamente à avaliação dos recursos humanos e financeiros disponíveis para atingir os objectivos visados.

3.2. *Directiva Inundações*: planeamento

Com base nas informações contidas nas CZI e nas CRI, deverão de seguida elaborar-se os planos de gestão dos riscos de inundação (PGRI) – capítulo IV da *Directiva Inundações*. Estes planos deverão ser elaborados nas zonas em que existem riscos potenciais significativos, ou em que a materialização desses riscos pode considerar-se bastante provável.

Cabe a cada Estado-Membro decidir os locais onde considera que o nível de exposição de interesses é tal que convém planear a gestão do risco, assim como o objectivo de gestão do risco.

Os planos deverão conter objectivos apropriados para reduzir as consequências negativas potenciais sobre a saúde humana (inclui-se aqui não apenas a perda de vida humanas mas também o risco de poluição), o ambiente e a actividade económica.

Dada a diversidade das situações existentes na Comunidade, os planos deverão ter em consideração as características próprias da zona, sem deixar de assegurar a coordenação apropriada no seio das bacias hidrográficas.

Apesar da heterogeneidade dos Estados-Membros, os planos de gestão terão de conter: as conclusões da avaliação preliminar dos riscos de inundação; as cartas de zonas inundáveis e as cartas de riscos de inundações e as conclusões que delas podem ser tiradas; a descrição dos objectivos apropriados em matéria de gestão de riscos de inundação definidos; a síntese das medidas que visam atingir os objectivos apropriados em matéria de gestão dos riscos de inundação.

Ora, como decorre do exposto, os planos fixarão com exactidão não só as áreas expostas aos riscos, mas também os níveis de protecção almejados para cada zona. Assim, evitar-se-ão eventuais imprecisões quanto ao nível de protecção que deverá garantido pelas estruturas hidráulicas.

3.3. A informação e participação do público

A *Directiva Inundações* impõe também a obrigação de os Estados-Membros porem directamente à disposição do público os resultados da avaliação preliminar, as CZI, as CRI e os PGRI. Esta obrigação resulta do artigo 10.º n.º 1 que consagra desta forma o direito de informação em matéria de risco de inundação.

Por outro lado, prevê-se ainda a obrigação de promover a participação dos cidadãos na elaboração dos PGRI no artigo 10.º n.º 2: “Os Estados-Membros devem encorajar a participação activa dos interessados na elaboração, no reexame e na actualização dos planos de gestão dos riscos de inundações”.

Estas obrigações revestem grande importância por várias ordens de razões. Primeiro, permite-se que os cidadãos tomem conhecimento dos riscos e adoptem, por sua própria iniciativa, medidas de auto protecção. Em segundo lugar, aumenta-se a aceitação pública das medidas tomadas pelos Estados¹⁵. Com efeito, a imposição de proibições ou condicionamentos à edificação, por exemplo, é mal aceite tanto pelos cidadãos, como pelos próprios detentores do poder ao nível local, quando não existe uma percepção clara dos riscos. O risco é pura e simplesmente ignorado ou negado, condenando à partida todo o tipo de políticas de prevenção de riscos.

Nos casos que acima descrevemos, a informação e participação do público contribuiriam para consciencializar os Autores para os riscos que correm. Na verdade, não existem estruturas de protecção infalíveis. É portanto necessário preparar as pessoas para a possibilidade de ruptura das estruturas de protecção, designadamente com a realização de seguros que cubram os riscos de eventos com um período de retorno superior ao previsto na projecção das estruturas de protecção. Para além disso, a consciencialização dos cidadãos contribui também para o abandono de comportamentos de auto-exposição aos riscos, designadamente a realização de construções em zonas expostas aos riscos de inundações. Com efeito, a auto-exposição ao risco é em muitos casos o resultado da ignorância relativamente a esta mesma exposição.

4. *Directiva Inundações*: novo rumo

Apesar de ainda não termos conhecimento das decisões do TCAN, a realização de juízos contraditórios tendo por base uma factualidade idêntica (ruptura de um dique) acaba por contribuir para o descrédito da justiça. O INAG foi simultaneamente condenado e absolvido pelos mesmos factos.

Os juízos contraditórios resultaram da dificuldade na obtenção de dados relativos aos níveis de protecção para os quais as estruturas hidráulicas foram projectadas. Na verdade, a entidade com acesso privilegiado a estes dados é exactamente aquela que se procura responsabilizar: o INAG. Por isso, é necessário criar instrumentos que facilitem o acesso a documentos desta natureza.

Neste sentido, consideramos que a transposição da *Directiva Inundações* terá uma importância significativa. Desde logo, será criado um regime jurídico específico e autónomo para a prevenção das inundações. Em segundo lugar, permitirá não só a determinação do grau de exposição aos riscos de inundações como também a fixação do nível de protecção adequado para cada zona exposta a estes mesmos riscos.

¹⁵ Cfr. THIERRY TANQUEREL, *La Participation de la Population à l'Aménagement du Territoire*, Payot Lausanne, 1988, p.70 : “Grâce à la force de l'idéologie démocratique ou parce que l'habitant sait, ou croit, que son avis a été examiné dans le processus de décision, la participation de la population exerce un effet de légitimation”.

Desta forma, nos casos em que ocorram danos provocados por inundações, será mais fácil determinar qual a medida da responsabilidade do Estado, visto que os PGRI terão de prever obrigatoriamente os objectivos de protecção para a respectiva circunscrição.

Em contrapartida, os cidadãos passarão a ter mais responsabilidades no caso de se instalarem ilegalmente em zonas expostas aos riscos, uma vez que passarão ter ao seu dispor a informação relativamente aos riscos a que estão expostos.

Em síntese, a transposição da *Directiva Inundações*, ao identificar claramente as zonas expostas e os níveis de protecção exigíveis, acaba por transformar-se numa espada de dois gumes para os cidadãos que procuram responsabilizar o Estado: se é verdade que os juízes terão mais facilidade em encontrar o nível de protecção exigível, também não é mentira que as edificações ilegais serão mais facilmente identificadas.

Finalmente, deve recordar-se que o facto de existir uma directiva relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações significa que, em última instância, será sempre possível activar a responsabilizar o Estado junto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. E se estiverem em causa direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, será ainda possível recorrer à protecção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Márcio Albuquerque Nobre
Investigador do CEDOUA

CEDH. Le droit „à la jouissance d'un environnement sain et protégé”.

Arrêt du 27 janvier 2009 prononcé dans l'affaire
Tatar v./Roumanie (Requête n°67021/01)*

Acórdão

(Requête no 67021/01)

Cette version a été rectifiée conformément à l'article 81 du règlement de la Cour le 17 mars 2009

ARRÊT

STRASBOURG

27 janvier 2009

DÉFINITIF

06/07/2009

Cet arrêt peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Tătar c. Roumanie,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :

Boštjan M. Zupančič, *président*,
Corneliu Bîrsan,
Elisabet Fura-Sandström,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
Ineta Ziemele,
Isabelle Berro-Lefèvre, *juges*,
et de Stanley Naismith, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 9 décembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 67021/01) dirigée contre la Roumanie et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Vasile Gheorghe Tătar et Paul Tătar (« les requérants »), ont saisi la Cour le 17 juillet 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

*Définitif à 06.07.2009

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par Me Diana Olivia Hatneanu, avocate à Bucarest, Raluca Cojocaru Stăncescu, juriste de l'organisation non-gouvernementale APADOR-CH., M^{es} Stephen Fietta et Ram Murali, avocats à Londres. Le gouvernement roumain (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. Răzvan Horațiu Radu, du ministère des Affaires étrangères.¹

3. Les requérants alléguaient que le procédé technologique utilisé par la société S.C. Aurul Baia Mare S.A. représentait un danger pour leur vie. Ils se plaignaient en outre de la passivité des autorités face à la situation et aux nombreuses plaintes formulées par le premier requérant.

4. Par une décision du 5 juillet 2007, la chambre a déclaré la requête recevable et a décidé qu'une audience dédiée aux questions de fond serait opportune (article 54 § 3 du règlement).

5. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 octobre 2007 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

MM. R.-H. Radu, agent du Gouvernement, *conseil*,

H. Rogoveanu,

M^{mes} I. Ilie,

I. Popescu,

I. Chidu *conseillers* ;

– pour les requérants

M^{es} D.-O. Hatneanu,

S. Fietta, *conseils*,

Mme R. Stăncescu-Cojocaru,

M^e R. Murali, *conseillers* ;

M. V.G. Tătar, *requérant*.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Les requérants, MM. Vasile Gheorghe Tătar et Paul Tătar, père et fils, sont des ressortissants roumains nés respectivement en 1947 et 1979. A l'époque des faits, ils résidaient à Baia Mare, dans un quartier d'habitations situé à proximité de l'exploitation de minerai d'or de la société « Aurul » Baia Mare S.A., à 100 mètres de l'usine d'extraction et de l'étang de décantation Săsar (25 hectares) et à 8,5 km des autres étangs de décantation. En 2005, le deuxième requérant a quitté Baia Mare. Il vit actuellement à Cluj-Napoca.

¹ Rectifié le 17 mars 2009 : le texte était le suivant : « Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés par Mes Diana Olivia Hatneanu et Raluca Cojocaru Stăncescu, avocats à Bucarest, et Mes Stephen Fietta et Ram Murali, avocats à Londres. Le gouvernement roumain (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. Răzvan Horațiu Radu, du ministère des Affaires étrangères. »

A. L'activité de la société « Aurul » Baia Mare S.A. et le contexte environnemental

7. S.C. *Aurul* Baia Mare S.A. (ci-après « la société *Aurul* ») était une société par actions, créée le 4 avril 1996 et détenue par cinq sociétés: *Esmeralda Exploration Limited*, société australienne, Regia Autonomă a Plumbului și Zincului, société publique gérante des biens de l'Etat, et trois autres sociétés anonymes roumaines, *Geomin S.A.*, *Institutul de cercetări și proiectări miniere S.A.* et *Uzina de utilaj minier și reparații S.A.* L'objet de l'activité de la société *Aurul* était l'exploitation des minerais stériles non ferreux. Le 18 décembre 2001, la société *Aurul* fut remplacée, par voie de cession d'actifs, par une nouvelle société, *Transgold S.A.* A la suite d'une nouvelle cession d'actifs, l'exploitation des minerais stériles non ferreux passa, en janvier 2006, à une nouvelle société commerciale, S.C. *Romaltyn Mining S.R.L.*

8. D'après une étude d'impact sur l'environnement réalisée par l'Institut de recherche du ministère de l'Environnement en 1993, le sol et les eaux souterraines de cette région étaient déjà très pollués en 1990; la quantité de poudres industrielles et de dioxyde de soufre (à l'origine des pluies acides) contenue dans l'air était largement supérieure à celle admise au niveau mondial; le niveau de métaux lourds dans les sols dépassait également les seuils admis; les eaux des rivières étaient considérées comme dégradées. La situation était identique pour les eaux souterraines. Une autre étude d'impact sur l'environnement, réalisée en 2001, confirma le dépassement des seuils de pollution, notamment dans la région d'exploitation de l'usine Săsar (pollution des sols, de l'air et des eaux souterraines et de surface). Du point de vue climatique, la région concernée est une région abondante en précipitations (environ 900 mm/an, avec une moyenne annuelle de 140 jours de pluie).

9. Un rapport du Programme des Nations unies pour l'environnement/Bureau de la coordination des affaires humanitaires (UNEP/OCHA) réalisé en mars 2000 dans le but d'identifier les conséquences de l'accident écologique de janvier 2000 (voir les paragraphes 21-29 ci-dessous), décrit cette région comme polluée en raison d'une activité industrielle intense. Selon le même rapport, dans une étude intitulée « *Concerns for Europe Tomorrow* », l'Organisation mondiale de la santé (« OMS ») a identifié Baia Mare comme un « point chaud » en ce qui concerne la pollution.

B. La technologie d'exploitation et les normes pour la gestion environnementale de l'industrie minière

10. L'exploitation du minerai dans les bassins de décantation Săsar, Flotatia Centrala et Bozinta (environ 15 millions de tonnes) se basait sur une technologie nouvelle, dite « à circuit fermé », qui, en principe, devait empêcher tout déversement de déchets dans l'environnement. Avant d'être traité dans l'usine, le minerai devait être déposé dans un des bassins et soumis à la séparation et au lessivage (prélavage) au cyanure de sodium. Enfin, le minerai issu de ce dernier processus devait arriver à l'usine Săsar, afin d'être soumis au processus d'extraction. D'après les auteurs d'une des études d'impact sur l'environnement, cette technologie avait déjà été utilisée par la société commerciale australienne au Canada, en Afrique du Sud, au Ghana et en Australie.

11. En 1995, l'Agence australienne pour la protection de l'environnement avait édicté une série de normes pour la gestion environnementale de l'industrie minière, en général (« *Best practice environmental management in mining* »). Ces normes définissaient les règles à respecter pour la gestion des déchets, le choix de l'emplacement de l'activité technologique, la vérification de sa compatibilité avec le terrain et l'eau, son déroulement et son suivi.

C. L'étude d'impact sur l'environnement réalisée en 1993 (résumé)

12. Cette étude comporte une évaluation générale de l'impact sur l'environnement de la technologie utilisée pour le traitement des minerais d'or dans la région de Baia Mare. Comme ses auteurs le soulignent, cette étude représentait une condition pour l'obtention de l'autorisation environnementale de fonctionnement. Selon ses conclusions, la documentation présentée par la société

commerciale australienne qui était impliquée dans l'élaboration et l'exécution du projet technologique n'était pas conforme aux normes législatives roumaines. Sa mise en conformité aux normes internes fut confiée à l'Institut pour les recherches minières de Baia Mare.

13. Au chapitre intitulé « Habitations et paysage », il était indiqué que l'étang de décantation et l'usine d'extraction Săsar se situaient à 100 m d'une route nationale bordant un quartier d'habitations et que Flotatia Centrala était située, au nord près d'un chemin de fer, à proximité des habitations du village Tăutii de Sus, et au sud à proximité des habitations du village de Satul Nou. Pour ce qui est de l'étang de décantation Bozinta, il était situé à 5 km de la ville de Baia Mare et à 500 m du village de Bozinta Mare.

14. Quant au degré de pollution déjà existant, les auteurs de l'étude reconnaissaient Baia Mare comme une ville industrielle polluée, en raison d'une activité industrielle intense, notamment dans le domaine minier. Pour les auteurs de l'étude, l'ancienne usine d'extraction Săsar constituait déjà une source de pollution pour l'air et le sol et portait préjudice à la qualité de la vie dans la ville de Baia Mare.

15. Parmi les risques et dangers liés à l'utilisation de la technologie en cause, les auteurs de l'étude mentionnaient la contamination des eaux de surface et des eaux souterraines par le cyanure de sodium. D'après eux, une telle contamination pouvait se produire à la suite d'un accident (effondrement, par exemple) touchant les digues des étangs, d'une infiltration d'eau cyanurée dans le fond de l'étang ou de fuites d'eau cyanurée au moment du passage par les conduits.

16. L'étang Săsar, en raison de sa proximité avec le quartier d'habitations de Baia Mare, était considéré comme une source potentielle de pollution phonique (par le fonctionnement des moteurs des différents outillages) et atmosphérique (par les aérosols contenant du cyanure de sodium et les poudres, les uns et les autres ayant un effet irritant sur les voies respiratoires). En fonction de la direction et de l'intensité du vent, les gouttes d'eau cyanurée pouvaient, d'après l'étude, se diriger vers les zones habitées situées à proximité de l'exploitation et avoir des effets dommageables pour la santé humaine.

17. Toutefois, dans leur analyse des effets du cyanure de sodium sur la santé humaine, les auteurs de l'étude n'avaient identifié aucun risque d'empoisonnement, à condition que l'exploitation se déroulât conformément aux normes et en l'absence de tout accident. Des incertitudes quant à l'impact de cette technologie sur l'environnement étaient exprimées, surtout liées à l'impossibilité d'apprécier l'ampleur des nuisances générées par l'activité de l'usine (aérosols contenant du cyanure de sodium, poussière, bruits et vibrations). Une incertitude était exprimée quant au contact des oiseaux migrateurs avec l'eau des étangs de décantation, contenant du cyanure de sodium. Cela pouvait les exposer à une mortalité en masse.

18. Les conclusions des spécialistes de l'Institut se basaient sur les avantages économiques et sociaux mentionnés et sur le fait que, dans le département de Baia Mare - région dotée d'un vaste réseau routier qui accueillait déjà d'autres activités industrielles (industrie minière et usinage des minerais non ferreux) ou agricoles, et où la densité de la population était élevée - l'activité en question ne pouvait influencer d'une « manière significative les caractéristiques actuelles de la région ».

D. Les intérêts et avantages économiques et écologiques attribués au projet

19. D'après les spécialistes ayant réalisé l'étude d'impact sur l'environnement de 1993, l'investissement de la société australienne devait être jugé opportun car, selon leurs estimations, 8 035 kilogrammes d'or et 76 135 kilogrammes d'argent pourraient être ainsi extraites, le profit de l'Etat roumain étant estimé à 8,8 millions de dollars américains (« USD »). D'autres bénéfices que ceux d'ordre financier étaient en outre avancés par les auteurs de l'étude, et notamment la création d'environ 54 nouveaux emplois, la formation du personnel à des méthodes de travail modernes et

l'affluence d'investisseurs dans la région de Baia Mare. Selon les conclusions de la même étude, l'assainissement d'une grande superficie de terrain affectée au dépôt des minerais, soit les 70 hectares occupés par les étangs Săsar et Flotatia Centrala, et le transfert de ces minerais vers l'extérieur de la ville de Baia Mare représentaient les principaux avantages écologiques de ce projet industriel. Les auteurs de l'étude voyaient un autre avantage dans la durée de vie limitée du projet (2 ans et demi pour l'étang Săsar et 7 ans et demi pour l'usine d'extraction Săsar ainsi que pour le nouvel étang Bozinta).

E. L'accès aux informations et la participation du public au processus décisionnel préalable à la délivrance de l'autorisation de fonctionnement

20. Le 23 avril 1997, une autorisation fut accordée pour la reconstruction des étangs Săsar et Bozinta. Le 30 décembre 1998, les ministères du Travail et de la Santé autorisèrent la société *Aurul* à utiliser le cyanure de sodium ainsi que d'autres substances chimiques dans le processus technologique d'extraction. Le 3 juin 1999 fut publiée dans le Journal officiel (« *Monitorul Oficial* ») une décision du Gouvernement autorisant une licence de concession pour l'exploitation des étangs de décantation Săsar et Flotatia Centrala (représentant une superficie totale de 71,4 hectares) en faveur de la société *Aurul*. Conformément à l'article 16 de la licence d'exploitation, le titulaire était tenu de protéger l'environnement par une série de mesures telles que l'utilisation d'une technologie adéquate pour la protection de l'eau, l'épuration des eaux usées, l'utilisation d'un procédé technologique ne générant pas de nuisances ou d'acide cyanhydrique, etc.

21. Le 4 février 1999, la société *Aurul* avait publié, dans un journal local, l'existence d'une demande d'autorisation environnementale de fonctionnement, formulée pour les étangs Bozinta et Săsar, ainsi que pour l'usine d'extraction. Il ressort d'un rapport d'expertise technique réalisé le 15 juin 2001, sur demande de la Police de Maramures, que l'activité effective d'exploitation aurait commencé après le 11 juin 1999 et que la capacité de production était déjà dépassée de 75 % vers la fin de l'année. Copie de ce rapport fut versée au dossier par le Gouvernement. Le 23 août 1999, la mairie de Baia Mare autorisa le fonctionnement de l'exploitation sous réserve de l'obtention d'une autorisation environnementale de fonctionnement. Cette dernière autorisation fut délivrée le 21 décembre 1999. Cette date marque le moment où la société *Aurul* a commencé officiellement son activité d'exploitation.

22. Après l'audience devant la Cour, le Gouvernement versa au dossier copie de deux procès-verbaux (partiellement illisibles), dressés le 24 novembre 1999 et le 3 décembre 1999, concernant le débat public portant sur l'autorisation de fonctionnement. Le premier procès-verbal ne mentionne pas son auteur et ne porte aucune signature. Il ressort de son contenu que dix personnes ont participé au débat et qu'au moins cinq d'entre elles ont abordé des questions liées au danger de l'utilisation de la technologie en cause pour l'environnement, ainsi que pour leur santé. Il n'apparaît pas du dossier que les organisateurs aient répondu à ces questions.

23. Le deuxième procès-verbal semble avoir été dressé par un représentant de l'Autorité pour la protection de l'environnement, mais il ne porte aucune signature ni aucun cachet de l'institution en cause. Il en ressort que onze personnes ont soulevé différentes questions, notamment concernant la qualité de l'eau en cas d'autorisation de l'activité industrielle visée. Les participants V.S. et P.A. exprimèrent leurs inquiétudes quant aux effets de cette activité sur la flore et la faune. Enfin, une autre question portait sur l'existence d'une étude d'impact sur l'environnement. Il ressort de la copie du procès-verbal que le représentant de l'Autorité pour la protection de l'environnement assura aux participants qu'il n'y avait aucun indice laissant supposer l'existence de poussières en suspension dans l'atmosphère. Aucune étude d'impact sur l'environnement ne fut présentée à cette occasion.

F. L'accident écologique du 30 janvier 2000, ses conséquences et ses causes

24. Le 30 janvier 2000, une grande quantité d'eau polluée (estimée à près de 100 000 m³) contenant, entre autres, du cyanure de sodium se déversa dans la rivière Săsar, puis dans les rivières Lăpuș et Someș. L'eau polluée de la Someș se déversa dans la rivière Tisa. Se déplaçant à une vitesse de 2,1–2,4 km/h, elle traversa la frontière entre la Roumanie et la Hongrie (à Tszalok), passa à proximité de Szolnok, traversa la frontière entre la Roumanie et la Serbie-Monténégro, à proximité de Belgrade, et rentra en Roumanie, à Porțile de Fier, pour se déverser ensuite dans le Danube. En 14 jours, l'eau polluée parcourut 800 km. Elle se déversa enfin dans la mer Noire, par le delta du Danube.

25. Selon le rapport UNEP/OCHA la teneur en cyanure de sodium de ces eaux industrielles était d'environ 400 mg/l, dont 120 mg/l de cyanures libres. La quantité de cyanures libérés était estimée entre 50 et 100 tonnes, auxquelles s'ajoutait la libération de métaux lourds. Dans la région de l'exploitation des étangs appartenant à la société *Aurul*, il y avait une grande concentration de cyanures libres (entre 66 mg/l et 81 mg/l), ainsi que de zinc, de cuivre, de fer et de magnésium. Hormis les concentrations de cyanure de sodium décelées en Hongrie et en Serbie-Monténégro, l'équipe des Nations unies releva un certain niveau de cyanure dans le delta du Danube (à Cheatal Izmail, une concentration de 0,058 mg/l).

26. Selon le rapport Task Force Baia Mare, réalisé en décembre 2000 sur demande du Commissaire chargé de l'environnement de l'Union européenne, les mines abandonnées représentent un risque réel et important pour la santé humaine, notamment pour les populations vivant à proximité (voir § 21 et suivants ci-dessous). D'après la délégation ayant réalisé cette étude, les États doivent, en principe, prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la protection adéquate de l'environnement dans cette situation (surveillance, fermeture et réparation immédiate). Un communiqué de presse attaché à ce rapport d'étude incluait l'exploitation de la société *Aurul* dans la catégorie des activités minières « à haut risque ».

27. D'après les conclusions du rapport Task Force, il n'y eut pas de preuves directes des conséquences sur la santé de la population. Selon les estimations faites par les auteurs du rapport, environ 1 000 tonnes de poissons furent empoisonnés dans les rivières Lăpuș, Tisza et Someș. La Hongrie subit d'importants dégâts dans le domaine piscicole. 1 240 tonnes de poissons y furent empoisonnés : essentiellement des carpes, mais aussi des espèces protégées en voie de disparition, comme le saumon du Danube, ou certaines espèces d'esturgeons. Selon les conclusions du rapport, trois autres espèces de poissons furent totalement éliminées. Certaines espèces d'organismes vivants, tels que les planctons, furent empoisonnées et disparurent en totalité. D'autres, comme les mollusques, disparurent partiellement. Les loutres furent également victimes de l'accident.

28. La Serbie-Monténégro eut également à pâtir de cet accident écologique, mais, d'après les auteurs du rapport Task Force, à un moindre degré pour ce qui est des effets directs sur l'environnement. Des examens de laboratoire révélèrent un empoisonnement partiel de certaines espèces de poissons.

29. Le rapport Task Force indique également une contamination des sources dans la région de Bozinta Mare, mais précise que les autorités fournirent de l'eau potable aux habitants. Une incertitude subsiste, selon le rapport, sur les effets à long terme de l'accident, en raison de la dispersion du cyanure de sodium (qui n'est toutefois pas bioaccumulable) ainsi que des métaux lourds déposés dans les sols à la suite de l'accident. Les auteurs du rapport des Nations unies ont également indiqué que, dans la région du village Bozinta Mare, la pollution due aux activités minières pourrait avoir un impact important, à long terme, sur la santé de la population, en raison d'une exposition excessive à des cyanures et métaux lourds.

30. Les principaux effets socio-économiques immédiats de l'accident se manifestèrent principalement sur le marché de l'emploi (notamment en ce qui concerne les employés de la société *Aurul* et des sociétés contractantes), dans le domaine piscicole (surtout en Hongrie, en raison de la dimi-

nution du nombre des licences de pêche), dans le domaine du tourisme (en raison de la diffusion de l'accident par les médias). Les opérations que les autorités durent entreprendre (transport des poissons morts, distribution d'eau potable, suivi des conséquences et recherches) entraînent, elles aussi, des coûts immédiats.

31. Quant aux causes de l'accident, les auteurs du rapport Task Force en ont décelé trois. Une première cause aurait été l'utilisation d'une technologie pour l'extraction de l'or basée sur un design inadéquat de construction des étangs de décantation. La principale critique concernait l'absence d'un système de déversement en cas d'urgence. Une deuxième cause aurait été l'autorisation de plans de construction non adéquats et non adaptés aux conditions climatiques spécifiques de la région. La même conclusion est reprise par le rapport UNEP/OCHA, qui met en exergue l'existence, contraire au principe de base de la technologie « circuit fermé », de deux « ouvertures » dans les étangs. Cela permettait, selon les auteurs du rapport, à des quantités non contrôlées de cyanure de sodium d'être libérées dans l'air ou dans les eaux souterraines. Enfin, une troisième cause aurait été le suivi inadéquat de l'aménagement des étangs, du fonctionnement de la technologie utilisée et de l'entretien des installations. D'après les auteurs du rapport, le facteur météo n'est que partiellement responsable de la survenue de l'accident et les conditions météo étaient difficiles, mais pas exceptionnelles. Le suivi des opérations, notamment le contrôle du niveau d'eau dans les étangs, aurait été effectué par les employés de la société *Aurul*, qui ne se seraient livrés qu'à une surveillance visuelle.

G. Recommandations de bonne pratique

32. A la suite de cet accident écologique, plusieurs séminaires et conférences internationales ayant pour objet les risques que l'activité d'extraction des minerais non ferreux peut représenter pour la santé humaine ainsi que pour l'environnement furent organisés. Une série d'études et de rapports scientifiques analysant les conséquences de l'accident de Baia Mare du 30 janvier 2000 furent également réalisées à partir de mai 2000, à l'initiative de l'UNEP. Une de ces études, réalisée le 25 mai 2000 par l'École des Mines de Paris, posa les bases de la création d'un code réunissant les principes directeurs de la gestion des activités impliquant l'usage du cyanure de sodium. A la suite de la même initiative de l'UNEP fut établi, en mai 2002, un code international de gestion du cyanure, qui porte exclusivement sur la gestion sécurisée du cyanure produit, transporté et utilisé pour la récupération de l'or dans les résidus de la cyanuration et les produits de lixiviation. Cet instrument définit également les obligations liées aux garanties financières, à la prévention des accidents, aux secours d'urgence, à la formation, à la communication des informations, à l'implication des parties prenantes et aux procédures de vérification de la conformité.

33. Le 24 septembre 2007, le Gouvernement versa au dossier de la requête plusieurs documents en vue de l'audience du 23 octobre 2007. Il s'agit d'environ 2 000 pages de documents, la plupart faisant partie d'un dossier pénal d'enquête (no 139/P/2002) ayant pour objet des investigations relatives à l'accident écologique de janvier 2000: études d'impact sur l'environnement, ordonnances des différents parquets, déclarations des témoins, procès-verbaux portant sur le début de l'activité de la société *Aurul*, copie du rapport Task Force, communications entre les autorités roumaines et hongroises, copies des études d'impact réalisées par une société anonyme roumaine, CAST SA.

H. Le contentieux portant sur l'activité de l'usine « *Aurul* » Baia Mare SA

a) Les plaintes administratives

34. En 2000, à la suite de l'accident écologique, le premier requérant saisit certaines autorités administratives (le ministère de l'Environnement, la mairie de Baia Mare, la délégation de la Commission européenne en Roumanie, le cabinet du Premier Ministre, le Président de la Roumanie, la Préfecture de Maramureş) de plusieurs plaintes concernant le risque auquel lui et sa famille étaient exposés à raison de l'utilisation par la société *Aurul* (dont une partie de l'activité était située à proximité de leur domicile) d'un procédé technologique utilisant le cyanure de sodium.

35. Dans ses plaintes, il demandait aux autorités de mener une enquête afin de vérifier si l'activité en question fonctionnait conformément aux normes légales et si la société *Aurul* détenait une licence d'exploitation valable.

36. Par une lettre du 5 mars 2002, le Conseil départemental de Maramureş informa le premier requérant que la société, *Transgold*, n'avait pas encore obtenu de licence d'exploitation.

37. Le 1er avril 2002, les représentants du ministère de l'Environnement lui répondirent que la société *Transgold* fonctionnait en vertu d'une licence d'exploitation légale.

38. Le 29 avril 2002, la mairie de Baia Mare adressa à cette dernière société une lettre l'invitant à accomplir les démarches nécessaires à l'obtention d'une licence d'exploitation.

39. Le 26 septembre 2003, la Commission de surveillance pour l'environnement (« Garda de mediu ») informa le premier requérant que le procédé technologique utilisé par la société avait beaucoup évolué et que, s'agissant de la protection de l'environnement, l'exploitation s'effectuait en toute sécurité.

40. Par une lettre du 27 novembre 2003, le ministère de l'Environnement informa le premier requérant que les activités de la société *Transgold* ne représentaient aucun danger pour la santé publique et que la technologie utilisée l'était également dans d'autres pays.

b) les plaintes pénales

41. En 2000, le premier requérant déposa des plaintes pénales contre les membres de la direction de l'usine auprès du parquet du tribunal de première instance de Maramureş, auprès du parquet du tribunal départemental de Maramureş, auprès du parquet général de la Cour suprême de justice et auprès du ministère de la Justice.

42. Il dénonçait à la fois le danger que l'utilisation de la technologie litigieuse représentait pour la santé des habitants de la ville de Baia Mare, les risques pour l'environnement et l'aggravation de l'état de santé de son fils, qui souffrait d'asthme.

43. Le 5 décembre 2000, le parquet de la Cour suprême de justice informa le premier requérant que sa plainte avait été renvoyée au parquet du tribunal départemental de Maramureş pour y être instruite.

44. Par une lettre du 20 décembre 2000, le parquet du tribunal départemental, après avoir sollicité des informations auprès du ministère de l'Environnement, envoya copie de la réponse obtenue au premier requérant. D'après les informations soumises par le ministère de l'Environnement le 18 décembre 2000, il n'y avait aucun risque de pollution lié au procédé technologique utilisé par la société.

45. Le 9 février 2001, le ministère de la Justice informa le premier requérant que sa plainte avait été renvoyée devant le parquet près la Cour suprême de justice pour y être instruite.

46. Par une ordonnance du 20 novembre 2001, le parquet du tribunal départemental de Maramureş rendit un non-lieu relativement à l'accident du 30 janvier 2000, au motif que les faits dont le premier requérant se plaignait ne constituaient pas des infractions au sens du code pénal roumain.

47. Les 22 février, 11 mars et 28 mars 2002, la Cour suprême de justice se déclara incompétente en la matière et rejeta la plainte du premier requérant.

48. Par deux ordonnances des 6 et 8 mars 2002, le parquet de la Cour suprême de justice renvoya la plainte du premier requérant devant le parquet de la cour d'appel de Cluj pour instruction.

49. Une nouvelle plainte formulée en 2005 par le premier requérant et dénonçant le danger que l'activité technologique en question représentait pour la santé et la vie de la population fit l'objet

d'un dossier pénal (67/III/2005). Aucune ordonnance n'a été rendue concernant cette plainte.

c) Le dossier pénal d'enquête no 139/P/2002

50. Le 22 février 2000, le parquet du tribunal départemental de Maramureş ouvrit d'office une enquête pour pollution accidentelle (art. 85, 1er alinéa, lettre c, de la loi no 137/1995). Étaient visés par cette enquête les membres du conseil d'administration de la société Aurul. Le 25 juillet 2002, le parquet de la Cour suprême de justice infirma un non-lieu du 3 décembre 2001 et ordonna au parquet de la cour d'appel de Cluj de réexaminer l'affaire.

51. Le 12 décembre 2002, le parquet de la cour d'appel de Cluj, retenant la force majeure due aux conditions météo défavorables (augmentation brusque de la température suivie d'une forte pluie) ordonna un non-lieu concernant M.N.N. (dirigeant de la société Aurul S.A.).

52. Le 29 janvier 2003, le procureur en chef du parquet de la Cour suprême de justice infirma cette dernière ordonnance et invita le parquet à reprendre les poursuites.

I. L'étude d'impact sur l'environnement réalisée en 2001 (résumé)

53. Une deuxième étude d'impact sur l'environnement fut réalisée en 2001, à la demande de la société Aurul, par le Centre pour l'environnement et la santé de Cluj, l'Institut pour la santé publique de Bucarest, l'Institut de recherche et développement pour l'écologie industrielle de Bucarest et le Bureau pour la médecine et l'environnement de Cluj-Napoca. Concernant l'impact que le cyanure de sodium pouvait avoir sur la santé humaine, les auteurs de cette étude indiquaient que la présence de cette substance dans l'organisme humain contribuait à l'altération des systèmes cardiovasculaire et nerveux central ; l'intoxication au cyanure de sodium provoquait comas, convulsions et arythmie cardiaque. Une exposition à des cyanures pouvait également provoquer des troubles neurologiques et hypothyroïdie. Il était également précisé que l'exposition excessive de l'appareil respiratoire au cyanure de sodium pouvait avoir des effets négatifs sur la santé (asthme professionnel et pneumopathies) et que l'exposition à de grandes quantités d'isocyanate et les infections des voies respiratoires supérieures étaient des facteurs favorables à l'asthme. Selon les conclusions du rapport, une exposition à une quantité de 0,020 ppm d'isocyanate suffisait pour mettre en danger l'appareil respiratoire.

54. Se référant à l'activité spécifique de la société Aurul, l'étude, après avoir analysé en détail le procédé technologique, identifiait quelques risques potentiels pour la santé humaine et pour l'écosystème. Un risque éventuel tenait au « transport » des aérosols contenant du cyanure de sodium vers les zones habitées. Quant à l'eau souterraine, le rapport concluait à une pollution excessive, surtout dans le voisinage des étangs de décantation Săsar et Bozinta, en raison de la présence de plomb. Un dépassement du seuil limite de pollution au cyanure de sodium était constaté pour l'eau souterraine. Concernant la pollution du sol à proximité de l'usine Săsar, le rapport concluait à un « dépassement des concentrations maximales admises ». S'agissant de l'exposition au plomb des enfants de 0 à 7 ans habitant à proximité de l'usine Săsar, des étangs Săsar et Bozanta et des villages Busag et Merisor, les concentrations étaient supérieures aux limites admises au niveau mondial.

55. Toutefois, d'après la même étude, l'exposition de la population au cyanure contenu dans le sol ne pouvait pas influencer la prévalence des maladies des voies respiratoires. Quant au niveau des poudres industrielles, il n'était pas en mesure d'aggraver l'état de santé de la population vivant à proximité des exploitations industrielles susmentionnées. Les mêmes conclusions étaient formulées relativement aux concentrations en cadmium et en arsenium.

56. L'étude contenait également une liste de contrôle concernant l'impact de l'activité industrielle en question sur l'état de santé de la population. Elle n'excluait pas, parmi les risques d'exploitation, la survenance d'un accident dont les effets négatifs ne pourraient être atténués par les mesures habituelles de protection. Selon les réponses données par les auteurs du rapport, l'activité en question était située dans une importante zone d'habitation. Quant aux conditions météo, les

auteurs du rapport décrivaient l'emplacement de l'activité litigieuse dans une zone soumise à des conditions météo défavorables (changements brusques de température, brouillard, vents).

57. Une évaluation de l'état de santé des enfants habitant le secteur des exploitations industrielles de Baia Mare, qui avait été incluse dans ledit rapport, attestait une augmentation des maladies des voies respiratoires pour la période 1995 – 1999.

58. Toutefois, selon la même étude, à la suite d'un certain nombre de plaintes concernant l'aggravation de l'état de santé d'une partie de la population censée être résultée du fonctionnement de la technologie en cause à proximité des habitations, les autorités médicales avaient effectué des analyses médicales sur neuf enfants et trois adultes. Elles avaient conclu à des valeurs normales, à l'exception du niveau de plombémie qui était assez élevé.

59. L'étude concluait que les recherches ainsi réalisées n'avaient mis en évidence aucun effet significatif quant à l'état de santé de la population vivant à proximité de l'exploitation en question. Elle signalait toutefois la persistance de maladies de l'appareil respiratoire, notamment à partir de l'année 1999. Elle ajoutait que l'existence des étangs de décantation ainsi que leur exploitation pourrait représenter un risque pour la santé de la population vivant dans leur voisinage, ainsi que pour la faune. Afin de prévenir les effets nocifs sur l'état de santé de la population de cette région, les auteurs de l'étude formulaient une série de recommandations à l'intention des autorités.

60. L'étude indiquait enfin qu'aucune influence majeure de la technologie litigieuse sur l'état de santé des employés de l'usine de Baia Mare n'avait pu être décelée. Elle précisait toutefois qu'une irritation des voies respiratoires supérieures avait été observée chez plusieurs employés.

J. Autres études d'impact sur l'environnement (résumé)

61. Huit autres études d'impact sur l'environnement ont été réalisées, à des dates non précises, à la demande de la société *Aurul*, par une société spécialisée, CAST SA. Ces études réaffirment l'existence d'une forte pollution du sol et de l'eau et indiquent la possibilité de transport des vapeurs contenant du cyanure vers les zones de végétation situées à proximité des étangs. Elles concluent toutefois à l'inexistence de risques de pollution du sol liés à l'activité de la société *Aurul*. Elles attirent en revanche l'attention des responsables de la société *Aurul* sur la nécessité d'effectuer des travaux de réparation aux conduits de transport.

62. Une étude concernant la qualité des eaux souterraines réalisée en 2004 par le ministère roumain de l'Environnement précise que sur les lieux de l'exploitation le niveau du cyanure dépasse le niveau admis. D'autres métaux dépassent de plusieurs fois le niveau admis : de quinze fois pour le zinc et de cent une fois pour le cuivre.

K. L'autorisation de fonctionnement

63. Le 18 décembre 2001, l'Agence nationale pour les ressources minérales (« *Agenția națională pentru resurse minerale* ») rédigea un avenant à la licence initiale (voir le paragraphe 15 ci-dessus) modifiant le nom du titulaire de la licence de concession, qui était désormais S.C. *Transgold S.A.*

64. Trois autorisations de fonctionnement (« *autorizația de mediu* ») furent délivrées par le ministère de l'Environnement en faveur de cette dernière société. Une première autorisation, délivrée le 8 août 2002, concernait l'étang de décantation *Săsar*. Elle autorisait également un dépôt de résidus (« *depozitul de sterile* ») et l'exploitation de l'étang et des constructions attenantes. La deuxième, délivrée le même jour, concernait l'usine d'extraction des métaux précieux (« *Uzina de extragere a metalelor prețioase* ») chargée de l'extraction et de la préparation des minerais non ferreux (à l'exclusion des minerais radioactifs). Une troisième autorisation, délivrée le 12 août 2002, concernait le transport des minerais entre l'usine et l'étang de décantation *Săsar*.

L. Le cyanure de sodium et la santé humaine

65. Des documents officiels attestent la toxicité du cyanure de sodium. Cette substance réagit violemment avec les oxydants forts tels que les nitrates et les chlorates, en provoquant des risques d'incendie et d'explosion. La substance se décompose en présence d'air, d'humidité et de dioxyde de carbone, produisant un gaz très toxique et inflammable (le cyanure d'hydrogène). Elle peut être absorbée par l'organisme par inhalation, à travers la peau et les yeux, et par ingestion. Elle peut être dangereuse pour l'environnement. Une attention particulière doit être accordée aux poissons. Il est fortement recommandé de ne pas laisser ce produit contaminer l'environnement, en raison de sa persistance.

66. Selon une étude intitulée « *Hydrogen Cyanide and Cyanides : Human Health Aspects* », réalisée en 2004 par l'OMS, il n'y aurait pas d'informations sur les éventuels effets nocifs du cyanure de sodium pour la santé humaine, hormis sa toxicité élevée. Une expérience effectuée sur des rats aurait montré l'absence d'effets nocifs de l'inhalation de la substance (voir p. 6 du rapport). Les exploitations minières utilisant le cyanure de sodium seraient l'une des sources du cyanure présent dans l'atmosphère. Selon la même étude, il n'y aurait pas de risques de cancer liés au cyanure de sodium et seules des doses d'une concentration très élevée pourraient avoir des effets nocifs sur les femmes enceintes. Enfin, il n'y aurait pas assez d'informations pour conclure à un rapport dose-effet dans les cas d'intoxication chronique au cyanure de sodium. Copie du rapport en question a été versée au dossier par les requérants.

67. Selon les conclusions d'une autre étude scientifique, réalisée par l'Agence américaine pour les substances toxiques (« ATSDR ») en juillet 2006, le cyanure peut être assimilé par l'organisme humain en raison de l'exposition des voies respiratoires à l'air contenant du cyanure de sodium. Une autre étude invoquée par les requérants, réalisée par un groupe consultatif sur les normes concernant la qualité de l'air œuvrant sous l'égide du gouvernement britannique (« EPAQS »), affirme que l'exposition à des cyanures provoque, entre autres, des difficultés respiratoires. Le cyanure d'hydrogène serait, selon les auteurs de cette étude, une substance irritante pour les voies respiratoires. Aussi l'une des recommandations en cas de traitement pour l'asthme serait-elle d'éviter le contact avec les cyanures. Toutefois, selon le même rapport, même si l'exposition à des niveaux élevés de substances irritantes peut provoquer de l'asthme, les données concernant les doses nécessaires pour provoquer telle ou telle maladie des voies respiratoires sont insuffisantes. Copies de ces deux études ont été versées au dossier par les requérants.

68. Selon le gouvernement défendeur, l'étude réalisée en 2001 démontre l'absence d'un lien de causalité entre l'utilisation du cyanure de sodium et les maladies de l'appareil respiratoire, notamment l'asthme. Malgré le caractère hypothétique des résultats de l'étude réalisée en 1993, une activité de suivi menée par le ministère de l'Environnement entre 2001 et 2005 aurait mis en évidence une absence totale de cyanures de sodium. Le Gouvernement affirme que le cyanure de sodium est un produit utilisé dans plusieurs autres domaines de l'industrie, sans que cela représente un risque pour la santé des populations en contact avec cette substance.

M. L'état de santé du deuxième requérant

69. En 1996, le deuxième requérant développa les premiers symptômes de l'asthme. D'après les requérants, cette affection s'aggrava en 2001, en raison de la pollution générée par la société *Aurul*. Les intéressés ont déposé au dossier un certificat médical daté du 21 novembre 2001 qui atteste un asthme modéré persistant. L'auteur de ce certificat, le Dr D.M., recommanda également au deuxième requérant d'arrêter de fumer. Le 18 juin 2002, un troisième certificat médical attesta l'existence de ladite affection et déclara le deuxième requérant inapte à accomplir le service militaire obligatoire. Le 14 août 2007, l'affection du deuxième requérant fut reconfirmée (asthme modéré persistant). Copie des certificats médicaux fut versée au dossier.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit et la pratique internes pertinents

a) La Constitution énonce :

Article 35

- « 1) L'État reconnaît à toute personne le droit à un environnement sain et équilibré.
2) L'État instaure le cadre législatif pour assurer l'exercice de ce droit.
3) Les personnes physiques et morales ont le devoir de protéger et d'améliorer l'environnement »
(...) »

b) La loi no 137/1995 pour la protection de l'environnement, du 29 décembre 1995, publiée au Journal officiel (« *Monitorul Oficial* »), première partie, no 70, du 17 février 2000, telle qu'elle était rédigée à l'époque des faits, se lisait ainsi :

Article 5

« L'État reconnaît à toute personne le droit à un environnement sain et garantit :

- a) l'accès aux informations concernant la qualité de l'environnement ;
b) le droit de s'associer dans des organisations pour la défense de l'environnement ; (...)
d) le droit de s'adresser, directement ou par l'intermédiaire d'associations, aux autorités administratives ou judiciaires dans un but de prévention ou en cas de préjudice direct ou indirect ;
e) le droit à un dédommagement pour le préjudice subi. »

Article 6

« La protection de l'environnement est un devoir pour les autorités de l'administration centrale ainsi que pour toute personne physique ou morale. »

Article 7

« La responsabilité pour la protection de l'environnement incombe à l'autorité centrale pour la protection de l'environnement et à ses agences territoriales. (...) »

Article 9

« L'autorisation environnementale de fonctionnement ne sera pas délivrée si aucune variante du programme de conformité ne prévoit une solution conforme aux réglementations et standards en vigueur pour éliminer les effets négatifs sur l'environnement. »

Article 10

« (...) L'autorisation environnementale de fonctionnement est suspendue, après notification, en cas de non-conformité de l'activité avec les conditions de l'autorisation, et ce tant que persiste cette non-conformité, sans toutefois que la suspension puisse excéder six mois. Une fois ce délai échu, les autorités peuvent ordonner l'arrêt de l'activité en question. (...) »

Article 81

« La responsabilité pour faute a un caractère objectif (...). En cas de pluralité d'auteurs, il y a une responsabilité collective. (...) »

Article 85

« Sont constitutifs d'infractions et seront punis:

1. d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an ou d'une amende de 250 000 lei à 1 500 000 lei s'ils ont été de nature à mettre en danger la vie ou la santé humaines, animales ou végétales :

(...)

c) le fait de provoquer une pollution d'une manière accidentelle, par défaut de surveillance dans l'exécution de nouveaux travaux, fonctionnement des installations, équipements technologiques et de traitement et neutralisation mentionnées dans les conditions prévues par l'autorisation environnementale de fonctionnement (...). »

Article 86

« Les constats d'infractions et les poursuites seront effectués d'office par l'autorité compétente. »

c) Une procédure de réglementation des activités économiques et sociales ayant un impact sur l'environnement, élaborée conformément à la loi no 137/1995 pour la protection de l'environnement, entra en vigueur au moment de sa publication, le 11 avril 1996, dans le Journal officiel. Cette réglementation fut abrogée le 5 août 2004, par une décision gouvernementale (no 1076/2004). Telles qu'applicables à l'époque des faits, ses dispositions pertinentes se lisaient ainsi :

« 1. Les buts d'un débat public sont: l'obtention d'informations supplémentaires concernant l'impact du projet sur l'activité de la population vivant à proximité et sur les biens d'utilité publique ; la mise en relief d'aspects méconnaissant la législation sur la protection de l'environnement; l'obtention d'informations non déclarées concernant l'activité en cause et susceptibles d'éclairer son possible impact sur l'environnement ; la création d'une possibilité de présentation de propositions pour l'amélioration du projet où de l'activité, avec des effets favorables sur l'environnement, lesquelles pourront servir de base pour la prise de la décision par l'autorité compétente.

2. Méthodes pour un débat public. Tout en ne s'y limitant pas, un débat public peut inclure les éléments suivants: l'affichage à proximité des installations en cause et au siège de l'administration locale; la publication dans les journaux connus de la population; la présentation à la télévision ou à la radio; des communications écrites, envoyées directement aux personnes où aux associations intéressées; l'organisation d'un débat public dans un endroit accessible à la population intéressée. Peu importe la méthode utilisée, l'Autorité territoriale pour la protection de l'environnement affiche à son siège une brève présentation du projet où de l'action proposée au débat public. Si les informations concernant le projet où l'activité en cause représentent un secret d'Etat où si elles imposent l'application de la règle de confidentialité, elles ne seront pas soumises à un débat public.

3. Parmi les informations communiquées doivent au minimum figurer: les données d'identification de la société ayant sollicité l'autorisation; la dénomination du projet ou son profil d'activité, ainsi que son lieu d'implantation; le but de l'action proposée; une brève présentation du projet où de l'activité; des informations générales sur les mesures de protection de l'environnement et l'éventuel impact sur les facteurs environnementaux; les coordonnées de l'Autorité pour la protection de l'environnement, afin que les intéressés puissent obtenir des renseignements supplémentaires où déposer d'éventuelles contestations et suggestions (...). Toutes les discussions menées dans le cadre du débat public seront résumées par écrit et serviront, avec les autres documents, de base à la décision.

4. Les critères de base dans la prise de décision sont les suivants: le risque pour la population vivant à proximité; la possibilité d'un effet nocif sur l'état de santé de la population; le respect des limites maximales admises pour les concentrations polluantes émises; l'amélioration de la qualité des facteurs environnementaux; le respect des conditions de sécurité de fonctionnement; la résolution de certains problèmes d'ordre social; l'utilité publique; la mise en valeur rationnelle et efficace des ressources et déchets dans le contexte d'un développement durable; la réalisation d'objectifs et de plans spécialement approuvés (...). Pour les situations présentant un degré élevé de difficulté pour la prise des décisions, la consultation préalable, par écrit, des autorités de l'administration publique centrale impliquées est recommandée.

5. Précisions procédurales. Avant la discussion publique du rapport concernant l'étude d'impact sur l'environnement, l'Autorité territoriale pour la protection de l'environnement, en accord avec le demandeur de l'autorisation, établira un calendrier pour cette action; ce calendrier devra contenir les étapes suivantes: la rédaction d'une annonce, sa publication, la centralisation et l'analyse des contestations où propositions, les vérifications supplémentaires des installations, si besoin; la consultation d'autres autorités, la présentation d'une proposition, la prise de la décision, sa publicité et sa communication au bénéficiaire (...).

d) Le 23 octobre 2001, jour de sa publication au Journal officiel, est entrée en vigueur la loi no 544/2001 sur l'accès aux informations d'intérêt public. Les textes d'application de cette loi ont été publiés le 8 mars 2002. La loi définit les principes régissant la communication d'informations d'intérêt public par les autorités de l'État.

e) L'ordonnance gouvernementale no 195/2005 sur la protection de l'environnement a été approuvée par la loi no 265/2006. Publiée au Journal officiel, première partie, no 586 du 6 juillet 2006, et entrée en vigueur le 9 juillet 2006, elle abroge la loi no 137 du 29 décembre 1995 sur la protection de l'environnement. Elle réaffirme les principes de base régissant la protection de l'environnement, redéfinit certains termes spécifiques ainsi que le régime de certaines substances, renforce la protection des eaux et du sol et augmente la responsabilité des autorités centrales et locales et celle des personnes physiques et morales.

f) L'ordonnance gouvernementale no 68/2007 sur la responsabilité pour la prévention et la réparation des préjudices en matière d'environnement, publiée au Journal officiel, première partie, no 446 du 29 juin 2007, et entrée en vigueur à la même date, transpose, dans le droit interne, les principes définis dans la directive no 2004/35/CE. Elle prévoit l'adaptation de la législation nationale aux fins de permettre l'engagement de la responsabilité pour la prévention et la réparation des préjudices dans ce domaine, ainsi qu'une étroite collaboration avec les États membres de l'Union européenne. L'Agence nationale pour la protection de l'environnement (« A.N.P.M. ») devra présenter, d'ici le 31 décembre 2012, un rapport portant sur la mise en œuvre de cette ordonnance. Ce rapport devra être envoyé, pour le 31 décembre 2013, à la Commission européenne.

B. Le droit et la pratique internationaux pertinents

a) La Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, à Stockholm, du 5 – 16 juin 1972, comporte les dispositions suivantes:

(...)

Principe 1

L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures.

A cet égard, les politiques qui encouragent ou qui perpétuent l'apartheid, la ségrégation raciale, la discrimination, les formes, coloniales et autres, d'oppression et de domination étrangères sont condamnées et doivent être éliminées.

Principe 2

Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin.

Principe 3

La capacité du globe de produire des ressources renouvelables essentielles doit être préservée et, partout où cela est possible, rétablie ou améliorée.

Principe 4

L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat, qui sont aujourd'hui gravement menacés par un concours de facteurs défavorables. La conservation de la nature, et notamment de la flore et de la faune sauvages, doit donc tenir une place importante dans la planification pour le développement économique.

(...)

Principe 6

Les rejets de matières toxiques ou d'autres matières et les dégagements de chaleur en des quantités ou sous des concentrations telles que l'environnement ne puisse plus en neutraliser les effets doivent être interrompus de façon à éviter que les écosystèmes ne subissent des dommages graves ou irréversibles. La lutte légitime des peuples de tous les pays contre la pollution doit être encouragée.

Principe 7

Les Etats devront prendre toutes les mesures possibles pour empêcher la pollution des mers par des substances qui risquent de mettre en danger la santé de l'homme, de nuire aux ressources biologiques et à la vie des organismes marins, de porter atteinte aux agréments naturels ou de nuire à d'autres utilisations légitimes de la mer.

(...)

Principe 13

Afin de rationaliser la gestion des ressources et ainsi d'améliorer l'environnement, les Etats devraient adopter une conception intégrée et coordonnée de leur planification du développement, de façon que leur développement soit compatible avec la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement dans l'intérêt de leur population.

(...)

Principe 17

Il convient que des institutions nationales appropriées soient chargées de planifier, de gérer ou de régler l'utilisation des ressources de l'environnement dont disposent les Etats, en vue d'améliorer la qualité de l'environnement.

Princípio 18

Il convient de recourir à la science et à la technique, dans le cadre de leur contribution au développement économique et social, pour déceler, éviter ou limiter les dangers qui menacent l'environnement et résoudre les problèmes qu'il pose, et d'une manière générale pour le bien de l'humanité.

Princípio 19

Il est essentiel de dispenser un enseignement sur les questions d'environnement aux jeunes générations aussi bien qu'aux adultes, en tenant dûment compte des moins favorisés, afin de développer les bases nécessaires pour éclairer l'opinion publique et donner aux individus, aux entreprises et aux collectivités le sens de leurs irresponsabilités en ce qui concerne la protection et l'amélioration de l'environnement dans toute sa dimension humaine. Il est essentiel aussi que les moyens d'information de masse évitent de contribuer à la dégradation de l'environnement et, au contraire, diffusent des informations de caractère éducatif sur la nécessité de protéger et d'améliorer l'environnement afin de permettre à l'homme de se développer à tous égards.

(...)

Princípio 21

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Princípio 22

Les Etats doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces Etats ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.

(...)

Princípio 24

Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats.

Princípio 25

Les Etats doivent veiller à ce que les organisations internationales jouent un rôle coordonné, efficace et dynamique dans la préservation et l'amélioration de l'environnement.

(...)».

b) La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, du 3-14 juin 1992, comporte les dispositions suivantes :

(...)

Principe 2

Conformément à la Charte des Nations unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. (...)

Principe 10

La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. (...)

Principe 13

Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle. (...)

Principe 14

Les États devraient concerter efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres États de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme.

Principe 15

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. (...)

Principe 17

Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente.

(...)».

c) La convention internationale du 25 juin 1998 (Aarhus, Danemark) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, a été ratifiée par la Roumanie par la loi no 86/2000, publiée au Journal officiel, première partie, no 224 du 22 mai 2000. Ses dispositions pertinentes se lisent ainsi :

(...)

Article 3

« 1. Chaque Partie prend les mesures législatives, réglementaires ou autres nécessaires, y compris des mesures visant à assurer la compatibilité des dispositions donnant effet aux dispositions de la présente Convention relatives à l'information, à la participation du public et à l'accès à la justice, ainsi que des mesures d'exécution appropriées, dans le but de mettre en place et de maintenir un cadre précis, transparent et cohérent aux fins de l'application des dispositions de la présente Convention.

2. Chaque Partie tâche de faire en sorte que les fonctionnaires et les autorités aident le public et lui donnent des conseils pour lui permettre d'avoir accès à l'information, de participer plus facilement au processus décisionnel et de saisir la justice en matière d'environnement. (...)

7. Chaque Partie œuvre en faveur de l'application des principes énoncés dans la présente Convention dans les processus décisionnels internationaux touchant l'environnement ainsi que dans le cadre des organisations internationales lorsqu'il y est question d'environnement. (...)

9. Dans les limites du champ d'application des dispositions pertinentes de la présente Convention, le public a accès à l'information, il a la possibilité de participer au processus décisionnel et a accès à la justice en matière d'environnement sans discrimination fondée sur la citoyenneté, la nationalité ou le domicile et, dans le cas d'une personne morale, sans discrimination concernant le lieu où elle a son siège officiel ou un véritable centre d'activités. »

Article 4

« 1. Chaque Partie fait en sorte que, sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les autorités publiques mettent à la disposition du public, dans le cadre de leur législation nationale, les informations sur l'environnement qui leur sont demandées, y compris, si la demande leur en est faite et sous réserve de l'alinéa b) ci-après, des copies des documents dans lesquels ces informations se trouvent effectivement consignées, que ces documents renferment ou non d'autres informations :

a) Sans que le public ait à faire valoir un intérêt particulier ;

b) Sous la forme demandée à moins :

i) Qu'il soit raisonnable pour l'autorité publique de communiquer les informations en question sous une autre forme, auquel cas les raisons de ce choix devront être indiquées ; ou

ii) Que les informations en question aient déjà été rendues publiques sous une autre forme.

2. Les informations sur l'environnement visées au paragraphe 1 ci-dessus sont mises à la disposition du public aussitôt que possible et au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle la demande a été soumise, à moins que le volume et la complexité des éléments d'information demandés ne justifient une prorogation de ce délai, qui pourra être porté au maximum à deux mois. L'auteur de la demande est informé de toute prorogation du délai et des motifs qui la justifient (...). »

Article 9

« 1. Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que toute personne qui estime que la demande d'informations qu'elle a présentée en application de l'article 4 a été ignorée, rejetée abusivement, en totalité ou en partie, ou insuffisamment prise en compte ou qu'elle n'a pas été traitée conformément aux dispositions de cet article, ait la possibilité de former un recours

devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi. Dans les cas où une Partie prévoit un tel recours devant une instance judiciaire, elle veille à ce que la personne concernée ait également accès à une procédure rapide établie par la loi qui soit gratuite ou peu onéreuse, en vue du réexamen de la demande par une autorité publique ou de son examen par un organe indépendant et impartial autre qu'une instance judiciaire.

Les décisions finales prises au titre du présent paragraphe 1 s'imposent à l'autorité publique qui détient les informations. Les motifs qui les justifient sont indiqués par écrit, tout au moins lorsque l'accès à l'information est refusé au titre du présent paragraphe. »

d) L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 27 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo Nagymaros (Hongrie Slovaquie)*, se lit comme suit dans sa partie pertinente :

« (...)

... l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépend la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir (...).

La conscience que l'environnement est vulnérable et la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques se sont affirmées de plus en plus (...).

La Cour reconnaît (...) la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent (...).

e) La résolution no 1430/2005 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur les risques industriels, dans sa partie pertinente, se lit comme suit:

« 1. Certaines installations industrielles présentent, par la nature de leur activité et des substances utilisées, des risques d'autant plus importants qu'elles se trouvent à proximité de zones habitées, car celles-ci et leurs habitants sont particulièrement exposés en cas d'accident.

2. L'Assemblée parlementaire est d'avis que disposer d'une législation adéquate en matière d'implantation d'installations industrielles est une condition indispensable pour mener une politique efficace de prévention et de limitation des accidents majeurs. En 1976, l'accident chimique de Seveso (Italie) fut à l'origine de la première directive des Communautés européennes en la matière. Son champ d'application a été progressivement élargi. On peut rappeler à cet égard les accidents industriels à Baia Mare (Roumanie) en 2000, à Enschede (Pays-Bas) en 2000 ainsi qu'à Toulouse (France) en 2001. Encore plus récemment, la catastrophe de Ghislenghien (Belgique), survenue en juillet 2004, a accru la nécessité d'une législation appropriée qui soit appliquée rigoureusement.

(...)

8. En conséquence, l'Assemblée invite instamment les États membres :

i. à signer et/ou à ratifier, s'ils ne l'ont pas encore fait, la Convention no 174 de l'OIT sur la prévention des accidents industriels majeurs;

ii. à signer et/ou à ratifier, s'ils ne l'ont pas encore fait, la Convention CEE-Onu sur les effets transfrontaliers des accidents industriels;

iii. à élaborer ou à mettre à jour rapidement une législation nationale en matière de prévention et de limitation des accidents majeurs de certaines activités industrielles, conformément aux conventions internationales précitées et en s'inspirant de la Directive 96/82/CE de l'Union européenne ;

iv. à améliorer la diffusion de l'information sur les bonnes pratiques de prévention et de limitation des accidents majeurs, déjà mises en œuvre par certains Etats membres;

v. à développer une politique de limitation des risques d'accidents majeurs liés à des activités qui ne relèvent pas de la réglementation internationale et européenne précitée, notamment, dans le cadre d'activités industrielles impliquant des substances dangereuses présentes dans des quantités inférieures aux seuils utilisés dans la réglementation ou en ce qui concerne le transport de substances dangereuses par canalisations;

vi. à définir clairement les compétences des différentes autorités concernées par la politique d'aménagement du territoire, en particulier en matière de prévention et de gestion des risques industriels;

vii. à développer des réglementations appropriées, notamment en ce qui concerne:

a. l'autorisation de nouvelles implantations d'habitations près d'établissements industriels existants;

b. la délivrance des permis de bâtir pour des nouveaux établissements à risque ou pour des extensions importantes de ceux-ci, surtout quand des habitations se trouvent à proximité;

c. le contrôle des activités industrielles dans les établissements à risque, en ce qui concerne l'organisation d'inspections régulières et approfondies;

d. l'interdiction d'exploitation si des manquements graves sont constatés;

viii. à intensifier les efforts pour résorber rapidement le retard considérable constaté dans l'élaboration et la mise à l'essai des plans d'urgence pour les établissements concernés;

ix. à inciter leurs collectivités territoriales à conclure des accords de coopération transfrontalière en matière de prévention des risques industriels et de collaboration en cas d'accident, en s'inspirant des modèles d'accord prévus par la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales (STE no 106).

9. L'Assemblée invite également:

i. les Etats membres de l'Accord partiel ouvert du Conseil de l'Europe EUR-OPA Risques majeurs à développer les travaux et la coopération en ce qui concerne l'étude, la prévention et la gestion des risques industriels majeurs ;

ii. la Conférence européenne des ministres responsables de l'aménagement du territoire (Cemat) à se pencher d'une manière approfondie sur le sujet de l'emplacement des établissements industriels à risque par rapport aux zones habitées et à faire des propositions visant à une harmonisation des politiques européennes d'aménagement du territoire en la matière.

10. L'Assemblée invite en outre la Commission européenne et les Etats membres de l'Union européenne:

i. à œuvrer pour la réalisation rapide de la banque de données techniques visée à l'article 19 de la Directive 96/82/CE;

ii. à mettre toutes les connaissances accumulées au niveau communautaire à la disposition des autres Etats membres du Conseil de l'Europe. »

Instruments de l'Union Européenne

f) La Commission européenne a publié une communication relative à la sécurité des activités minières : étude de suivi des récents accidents miniers (COM/2000/0664 final), en vertu de laquelle

le Parlement européen a adopté le 5 juillet 2001 une résolution (JO C 65 E du 14.3.2002, p. 382). La Communication de la Commission se lit comme suit dans sa partie pertinente:

« (...) La pollution du Danube provoquée à Baia Mare, en Roumanie, par une fuite de cyanure consécutive à la rupture d'une digue entourant un bassin de stériles, ajoutée à un accident qui s'est produit en 1998 à Aznalcóllar, en Espagne, où une rupture de digue s'est traduite par l'empoisonnement de l'environnement du parc national de Coto Doñana, ont sensibilisé davantage le public aux risques que font courir les activités minières à l'environnement et la sécurité.

L'accident de Baia Mare a révélé que le public connaissait et comprenait très mal les risques inhérents à l'exploitation minière et aux processus industriels qui y sont liés dans la région concernée. Il a également montré l'insuffisance de la communication entre les autorités des divers niveaux ainsi qu'entre les autorités, les organisations non gouvernementales (ONG) et le public en ce qui concerne les options et possibilités en matière de préparation aux situations d'urgence, de réaction aux urgences et de prévention des dommages.

Ces accidents ont également soulevé la question de l'efficacité des politiques communautaires de prévention de tels désastres, et attiré l'attention sur la nécessité d'examiner la politique environnementale dans ce domaine.

La Commission a déjà arrêté sa politique en vue de promouvoir le développement durable de l'industrie extractive non énergétique dans l'UE, qui englobe également l'extraction des minerais métalliques, dans sa communication du 3 mai 2000. La présente communication, qui doit être placée dans ce contexte, vise à présenter les accidents et à informer le Conseil et le Parlement européen d'une manière plus approfondie sur certaines des actions annoncées dans la communication précédente, en mettant l'accent sur la prévention des accidents dans le domaine de l'extraction des minerais métalliques. Elle vise également à permettre aux principales parties intéressées, notamment l'industrie, les ONG, les États membres et d'autres parties concernées, d'exposer leurs points de vue sur ces actions. La communication a été établie en consultation étroite avec la Task Force "Baia Mare" (voir chapitre 3.1.). Pour les informations techniques concernant l'accident de Baia Mare, la présente communication a largement utilisé le rapport du PNUE/OCHA.

(...) ».

g) La directive 2006/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive et modifiant la directive 2004/35/CE prévoit des mesures, des procédures et des orientations destinées à prévenir ou à réduire autant que possible les effets néfastes de la gestion des déchets des industries extractives sur l'environnement, en particulier sur l'eau, l'air, la faune, la flore et les paysages, ainsi que sur la santé humaine. La gestion de ces déchets spécifiques doit se faire dans des installations spécialisées et doit respecter des contraintes particulières. Cette activité est susceptible d'entraîner l'engagement de la responsabilité de l'exploitant en cas de dommages causés à l'environnement, conformément à la directive 2004/35/CE.

Le principe de précaution

h) En vertu du principe de précaution, l'absence de certitude compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne saurait justifier que l'État retarde l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement. Dans l'histoire de la construction européenne, le principe de précaution a été introduit par le Traité de Maastricht (art. 130 R devenu 174 avec le Traité d'Amsterdam). Cette étape marque, au niveau européen, l'évolution du principe d'une conception philosophique vers une norme juridique. Les lignes directrices du principe ont été fixées par la Commission européenne dans sa communication du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution. La jurisprudence communautaire a fait application de ce principe dans des affaires concernant surtout la santé, alors que

le traité n'énonce le principe qu'en ce qui concerne la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. La Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») considère ce principe, à la lumière de l'article 17 § 2, 1^{er} alinéa, CE, comme l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement. Selon la jurisprudence de la CJCE, lorsque « des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées » (CJCE, 5 mai 1998, *Royaume Uni/Commission*, Aff C-180/96, Rec. I-2265 et CJCE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union*, C-157/96, Rec. I-2211).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

70. Invoquant l'article 2 de la Convention, les requérants allèguent que le procédé technologique utilisé par la société *Aurul Baia Mare S.A.* représente un danger pour leur vie. Ils se plaignent en outre de la passivité des autorités face à la situation et aux nombreuses plaintes formulées par le premier requérant concernant les risques pour leur vie, pour l'environnement et pour la santé du deuxième requérant, qui souffre d'asthme.

71. La Cour rappelle qu'elle a indiqué dans sa décision sur la recevabilité du 5 juillet 2007 que les doléances des requérants devaient être examinées sous l'angle de l'article 8 de la Convention, aux termes duquel:

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Thèses des parties

1. Les requérants

73. Les requérants se plaignent de la passivité des autorités nationales, qui étaient tenues, selon eux, de diffuser les informations propres à leur permettre d'évaluer les risques pouvant résulter pour eux et leurs proches du maintien de leur domicile dans le voisinage de l'exploitation de minerai d'or de la société *Aurul*. De ce fait, l'État roumain serait responsable de ne pas avoir pris les précautions nécessaires pour protéger la santé de la population et l'environnement, obligation qui serait prévue par l'article 8 de la Convention. Les intéressés invoquent la jurisprudence *Guerra* et autres c. Italie (arrêt du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-I, p. 223, § 58). En particulier, le premier requérant affirme qu'il ne disposait d'aucune possibilité de former un recours effectif contre la décision d'autoriser l'activité en question et contre le fonctionnement de celle-ci. Il estime, en effet, n'avoir eu aucune information officielle concernant le degré de danger que le fonctionnement de cette activité impliquait.

74. D'après les requérants, il n'y a pas eu une consultation efficace du public avant le début du fonctionnement de l'exploitation. Les deux « débats publics » ont eu lieu, l'un en novembre, l'autre en décembre 1999, alors que l'activité technologique avait débuté au mois de mai 1999, et ils n'ont pas impliqué la population concernée d'une manière efficace, car aucune information concernant les risques éventuels n'a été diffusée à cette occasion. Les requérants reprochent aux autorités roumaines un manque de vigilance relativement à la mise en place, au fonctionnement et au suivi

de cette activité, qualifiée de dangereuse par plusieurs rapports officiels. Ce manque de vigilance se serait traduit par l'accident écologique de janvier 2000. Une réalisation de plans de construction et un suivi de l'activité d'extraction inadéquats seraient les causes principales de cet accident écologique. Les requérants invoquent en ce sens les affaires *Giacomelli c. Italie* (arrêt du 2 novembre 2006, § 83), *Hatton et autres c. Royaume Uni* ([GC], no 36022/97, § 128, ECHR 2003-VIII), *Guerra et autres précité* (§ 60) et *Taşkin et autres c. Turquie* (no 46117/99, § 119, CEDH 2004-X).

75. Tout en reconnaissant que l'Etat défendeur disposait en la matière d'une certaine marge d'appréciation, les requérants allèguent qu'en l'espèce les autorités n'ont pas su ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la communauté et la jouissance effective par les requérants du droit au respect de leur domicile et de leur vie privée et familiale. En ce sens, ils invoquent l'affaire *López Ostra c. Espagne* (arrêt du 9 décembre 1994, § 51, série A no 303-C). Ils considèrent que l'inefficacité des normes internes imposées par les autorités roumaines, directement intéressées dans l'activité en question, notamment en ce qui concerne la prévention d'un déversement de cyanure de sodium, s'analyse en une atteinte au principe de précaution.

76. Ils estiment qu'en autorisant le fonctionnement des étangs de décantation, sans une protection adéquate, à proximité immédiate de leur habitation, les autorités les ont exposés à un risque de contact avec une substance dangereuse présente dans l'air, dans le sol et dans les eaux souterraines. D'après eux, un ensemble de preuves directes et indirectes et de présomptions clairement concordantes démontreraient l'aggravation de l'état de santé du deuxième requérant, qui souffre d'un asthme bronchique. En prenant en considération les effets d'un contact avec le cyanure de sodium, substance qui bloque l'ingestion de l'oxygène par l'organisme humain, on pourrait raisonnablement y voir une cause d'aggravation de l'affection dont souffre le deuxième requérant. Les requérants invoquent en ce sens l'affaire *Fadeyeva c. Russie* (no 55723/00, § 88, CEDH 2005-IV). Pour ce qui est du lien de causalité, ils s'appuient sur les certificats médicaux attestant l'affection du deuxième requérant, sur les conclusions de l'étude réalisée en 2004 par l'OMS, sur celles de l'étude réalisée par le groupe britannique d'information sur les normes de qualité de l'air (« EPAQS ») et sur celles de l'étude réalisée par l'agence pour les substances toxiques et le répertoire des maladies (« ATSR »), ainsi que sur une statistique émanant d'un hôpital de Baia Mare qui montre un accroissement de ce type de maladies pour la période 1999-2001.

77. Selon les requérants, les avantages économiques dérivés de l'activité litigieuse ont été minimes (l'emploi de 150 personnes) au regard de l'incidence économique de l'accident écologique. Le but initial évoqué par les études préliminaires, à savoir le traitement des déchets toxiques, n'aurait jamais été atteint. Les requérants considèrent que l'impossibilité pour le gouvernement roumain de démontrer avoir effectué un suivi adéquat de la réalisation des plans de construction et du fonctionnement de l'activité est suffisant pour justifier l'application de la jurisprudence *Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva et Romashina c. Russie* (53157/99, 53247/99, 53695/00 et 56850/00, § 104, 26 octobre 2006).

2. Le Gouvernement

78. Le Gouvernement soutient que l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer dans les cas de pollution grave, directement imputable à un État, comme dans l'affaire *Lopez Ostra* précitée. Souscrivant à ce que la Cour a dit dans l'affaire *Hatton* précitée, le Gouvernement admet que, dans le domaine particulièrement sensible de la protection de l'environnement, des études et enquêtes approfondies et exhaustives doivent précéder l'activité économique envisagée, ce afin de trouver un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et ceux de la société dans son ensemble. Or en l'espèce, contrairement au gouvernement défendeur dans l'affaire *Lopez Ostra* précitée, le Gouvernement pourrait se prévaloir de la réalisation d'études d'impact sur l'environnement: d'abord celle réalisée en 1993, qui mettait en évidence, entre autres, des avantages de nature écologique et économique du projet, ensuite celles réalisées par la société CAST (voir le paragraphe 62 ci-dessus) en 1999, qui portaient sur les étangs de décantation et qui auraient conclu à l'absence d'une pollution atmosphérique à l'acide cyanhydrique, et enfin celle réalisée en 2001, qui aurait

apporté la preuve de l'inexistence d'un lien de causalité entre les maladies de l'appareil respiratoire (asthme, bronchite, pneumonie) et l'utilisation du cyanure de sodium. Cette dernière étude aurait également conclu à l'absence d'une pollution atmosphérique au cyanure de sodium.

79. Le Gouvernement renvoie à deux affaires que l'absence d'un lien de causalité entre la violation alléguée et l'atteinte à leur vie privée qu'aurait subie les requérants rapprocherait de la présente espèce: les affaires *Asselbourg c. Luxembourg* ((déc.), no 29121/95, CEDH 1999-VI) et *Gronus c. Pologne* (no 29695/96, 28 mai 2002).

80. En ce qui concerne l'accès aux informations, le Gouvernement soutient que la présente affaire s'apparente davantage à l'affaire *McGinley et Egan c. Royaume Uni* (arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III) qu'à l'affaire *Guerra* précitée, où les requérants s'étaient heurtés à l'absence d'une voie de recours interne. Comme ceux de l'affaire *McGinley*, les requérants dans la présente affaire n'auraient pas effectué les démarches nécessaires en vue de l'obtention des informations concernant les risques que pouvait présenter pour leur santé la pollution régnant à Baia Mare. En vertu de la loi no 137/1995, ils auraient pu s'adresser, directement ou par le biais d'associations, aux autorités administratives ou judiciaires pour se plaindre d'un préjudice direct ou indirect. Ils auraient par ailleurs pu se prévaloir de la loi no 544/2001 concernant l'accès aux informations publiques.

81. Le Gouvernement affirme que les documents sur lesquels l'autorisation de fonctionnement avait été délivrée pouvaient être consultés au siège de l'Autorité pour la protection de l'environnement. Cette documentation pouvait également, selon lui, faire l'objet d'un recours. Actuellement, la législation interne serait renforcée par l'existence de deux ordonnances d'urgence (nos 195/2005 et 152/2005), qui répondraient aux exigences de la Convention internationale d'Aarhus. La jurisprudence interne serait unitaire en ce sens. Le Gouvernement rappelle par ailleurs que les requérants n'ont pas participé aux débats publics des 24 novembre et 3 décembre 1999, dans le cadre desquels ils auraient pu exprimer toute opinion concernant l'autorisation de fonctionnement de la société *Aurul*. Il se prévaut là encore de l'existence de la loi no 544/2001 sur l'accès aux informations d'intérêt public.

82. A l'audience, le Gouvernement a indiqué que les cyanures sont utilisés dans le domaine minier dans environ 90 pays du monde, dont trois situés en Europe : l'Espagne, la Finlande et la Suède. Il a renvoyé à cet égard à la Directive 2006/21/CE, laquelle, dans son article 13, établit des valeurs limites pour les concentrations de cyanure. Le Gouvernement précise que les requérants habitent à une distance de plusieurs kilomètres de la source de pollution prétendue. Selon lui, l'utilisation des cyanures dans l'industrie minière ne pourrait représenter un danger pour la santé humaine qu'en cas de non-respect des normes imposées relativement au fonctionnement des différents procédés technologiques. L'exposition aux cyanures serait négligeable dans certains métiers et l'exposition de la population vivant dans le voisinage de telles exploitations serait inoffensive.

83. Pour ce qui est de la maladie dont souffre le deuxième requérant, le Gouvernement affirme que le diagnostic de l'asthme date de 1996, soit d'une période bien antérieure à la mise en fonctionnement de la société *Aurul*. Il ajoute que les données fournies par l'Autorité pour la santé publique à la suite d'une enquête effectuée entre 2001 et 2005 indiquent l'absence de cyanure dans l'air, y compris à proximité de l'habitation des requérants.

84. Le Gouvernement soutient qu'aucun cas de maladie professionnelle n'a été rapporté dans la région de Baia Mare et qu'en général les maladies chroniques ont une causalité multifactorielle. Cela rendrait quasiment impossible l'existence d'un lien de causalité entre l'asthme du deuxième requérant et l'activité de l'usine Săsar. Par ailleurs, l'intéressé ne souffrirait que d'une forme modérée de cette affection et son médecin traitant lui aurait formellement recommandé d'arrêter de fumer.

B. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux

85. Dans l'affaire *López Ostra* précitée, qui portait sur la pollution par le bruit et les odeurs d'une station d'épuration, la Cour a considéré que « des atteintes graves à l'environnement [pouvaient] affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée » (paragraphe 51). Dans l'affaire *Guerra* précitée, elle a conclu que « l'incidence directe des émissions de substances nocives sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permettait de conclure à l'applicabilité de l'article 8 » (paragraphe 60). Dans l'affaire *Surugiu c. Roumanie* (no 48995/99, 20 avril 2004), qui concernait divers actes, dont l'entrée de tierces personnes dans la cour de la maison du requérant et le déversement par ces personnes de plusieurs charrettes de fumier devant la porte et sous les fenêtres de la maison, la Cour a estimé que ces actes constituaient des ingérences répétées dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de son domicile et elle a conclu à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

86. Lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8. Ainsi, dans l'affaire *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 février 1990, série A no 172, p. 18, § 40), dans laquelle les requérants se plaignaient des nuisances sonores générées par les vols d'aéronefs pendant la journée, la Cour a estimé que l'article 8 entrainait en ligne de compte car « le bruit des avions de l'aéroport de Heathrow avait diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer des requérants ». Dans une affaire qui avait trait à un problème de pollution acoustique (*Moreno Gómez c. Espagne*, no 4143/02, CEDH 2004-X), la Cour a de nouveau considéré que les nuisances dénoncées avaient des incidences tant sur la vie privée que sur le domicile de la requérante.

87. L'article 8 peut donc trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement, que la pollution soit directement causée par l'État ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence d'une réglementation adéquate de l'activité du secteur privé. Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, p. 17, § 32). Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État qui consisterait à adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins.

88. L'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8 implique, avant tout, pour les États, le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé humaine (*Budayeva c. Russie*, nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, §§ 129-132, 20 mars 2008). Lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, et notamment lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux spécificités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter. Cette obligation doit déterminer l'autorisation, la mise en fonctionnement, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de l'activité en question ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause (*Oneryildiz c. Turquie*, [GC], no 48939/99, § 90, CEDH 2004-XII). Il convient également de souligner que le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus, et à permettre ainsi l'établissement d'un juste



équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu (*Hatton et autres*, précité, § 128). L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (*voir, mutatis mutandis*, Guerra précité, § 60, et McGinley et Egan précité, § 97). Enfin, les individus concernés doivent aussi pouvoir former un recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux s'ils considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel (*voir, Hatton*, précité, § 128, et Taşkın, précité, §§ 118-119).

b) Sur l'applicabilité de l'article 8 en l'espèce

89. La Cour observe que les intéressés résidaient, à l'époque des faits, dans la ville de Baia Mare, au sein d'un quartier d'habitation situé à environ 100 mètres de l'usine d'extraction et de l'étang Săsar (*voir le paragraphe 7 ci-dessus*), éléments de l'exploitation minière de la société *Aurul*, qui utilisait une technologie d'extraction d'or et d'argent impliquant le lessivage au cyanure de sodium (*voir le paragraphe 11 ci-dessus*).

90. La Cour note que, comme le Gouvernement l'a indiqué à l'audience, une étude d'impact sur l'environnement réalisée en 1993 présentait la future activité de la société *Aurul* comme globalement avantageuse. Elle constate que c'est sur la base de cette étude que les autorités administratives ont délivré à la société en question une autorisation de fonctionnement (*voir le paragraphe 13 ci-dessus*).

91. Examinant les conclusions de cette étude préliminaire, la Cour observe que ses auteurs, des médecins, des ingénieurs, des biologistes, avaient signalé que l'activité en question n'était pas sans risques pour l'environnement et la santé humaine (*voir notamment les paragraphes 15-18 ci-dessus*). Elle note également qu'en 2001, soit huit ans après la réalisation de cette première étude, d'autres spécialistes tirèrent un signal d'alarme relativement au dépassement des seuils de pollution admis dans la région en cause (*voir les paragraphes 55, 57 et 58 ci-dessus*).

92. La Cour prend également en compte l'accident écologique de janvier 2000, dont les conséquences nocives pour l'environnement sont amplement décrites dans le rapport Task Force (établi à l'initiative de l'Union européenne) ainsi que dans le rapport des Nations unies (*voir les paragraphes 25-32 ci-dessus*). L'étude réalisée en 2001 renforce la thèse d'une pollution dépassant les limites admises dans le voisinage de l'exploitation de l'usine Săsar (*voir le paragraphe 55 ci-dessus*). De plus, la Cour observe qu'il est incontestable qu'à l'origine de cet accident se trouvait la société *Aurul* dont l'État roumain était l'un des actionnaires (*voir le paragraphe 8 ci-dessus*).

93. La Cour note qu'à la différence d'autres affaires similaires, où les requérants s'appuyaient sur des décisions de justice reconnaissant les activités en cours comme dangereuses pour l'environnement et la santé de la population (Taşkın et autres précité, § 112), sur des décisions administratives déclarant ces activités incompatibles avec les normes environnementales (*Giacomelli* précité, §§ 38 et 41) ou sur des rapports accessibles au public indiquant un certain degré de pollution d'une activité (Fadeyeva précité, §§ 31-32), elle se trouve en l'espèce confrontée à une difficulté, en raison de l'absence de toute décision interne ou de tout autre document officiel qui indiqueraient d'une manière suffisamment claire le degré de danger que l'activité de la société *Aurul* représentait pour la santé humaine et l'environnement.

94. Sur ce point, la Cour rappelle, comme elle l'a déjà fait dans sa décision sur la recevabilité du 5 juillet 2007, que le premier requérant a essayé, sans succès, à plusieurs reprises d'utiliser les voies de recours internes disponibles (*voir la décision sur la recevabilité*, 5 juillet 2007).

95. La Cour observe qu'au moins pendant un certain laps de temps après l'accident écologique de janvier 2000 différents éléments polluants (cyanures, plomb, zinc, cadmium) dépassant les normes internes et internationales admises ont été présents dans l'environnement, notamment à proximité de l'habitation des requérants. C'est ce que confirment les conclusions des rapports offi-

ciels établis après l'accident par les Nations unies (UNEP/OCHA), l'Union européenne (Task Force) et le ministère roumain de l'Environnement (voir les paragraphes 26, 28 et 63 ci-dessus).

96. La Cour ne voit aucune raison de douter de la sincérité des observations formulées par les requérants à cet égard. Certes, ainsi qu'il ressort d'une première analyse de la situation de fait, ceux-ci n'ont pas réussi à obtenir des autorités internes le moindre document officiel attestant que l'activité de la société *Aurul* représentait un danger pour leur santé (voir les paragraphes 35-53 ci-dessus). L'existence d'un danger de pollution par des substances chimiques dangereuses pour la santé humaine peut toutefois être dégagée sans aucun doute des études d'impact sur l'environnement versées au dossier par le Gouvernement défendeur après la communication de la requête.

97. Dans ces conditions, la Cour, prenant en considération les constats des rapports officiels et ceux des études environnementales susmentionnées, conclut que la pollution générée par l'activité de l'usine Săsar pouvait causer une détérioration de la qualité de vie des riverains et, en particulier, affecter le bien-être des requérants et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale. L'article 8 trouve donc à s'appliquer (voir, *mutatis mutandis*, *Lopez Ostra* précité, §§ 50, 52).

c) Sur l'observation de l'article 8 de la Convention

98. La Cour rappelle qu'en l'espèce les requérants se plaignent en substance non pas d'un acte, mais d'une inaction de l'État. Ils dénoncent la non-réalisation par les autorités nationales d'enquêtes et d'études appropriées qui auraient permis d'évaluer à l'avance et de prévenir les effets de l'activité de la société *Aurul* propres à porter atteinte à l'environnement et à leurs droits. Ils allèguent qu'ils n'avaient aucune possibilité de recours effectif contre la décision d'autoriser l'activité en question et contre le fonctionnement de celle-ci. Enfin, le deuxième requérant affirme que son état de santé s'est aggravé à raison de la pollution générée par l'activité en question.

99. La Cour observe d'abord que l'État défendeur a autorisé le fonctionnement de la société *Aurul*, dont il était actionnaire et qui avait pour objectif principal l'exploitation des minerais présents, depuis plusieurs années, dans des étangs de décantation situés à proximité de la ville de Baia Mare.

100. La Cour note ensuite que cette société était à l'origine de l'accident écologique de janvier 2000, qui fut amplement décrit par les médias internationaux et qui fit l'objet d'un rapport de l'Union européenne et d'un autre des Nations unies. C'est après cet accident que le premier requérant a commencé à faire des démarches pour s'informer sur le danger de l'activité en cause pour sa vie et celle de son fils, le deuxième requérant, qui souffre d'asthme (voir les paragraphes 35 et 42 ci-dessus).

101. A la lumière des principes énoncés ci-dessus et compte tenu de la spécificité de l'affaire, la Cour considère qu'il lui faut déterminer si le processus décisionnel ayant abouti à l'autorisation de fonctionnement de la société *Aurul* s'est appuyé sur des études et enquêtes de nature à permettre l'évaluation à l'avance des risques éventuels de l'activité en question et si les conclusions des études menées ont été rendues accessibles au public. La Cour analysera également si, dans le contexte ultérieur à la survenance de l'accident de janvier 2000, les autorités nationales ont informé la population de la ville de Baia Mare, dont les requérants, d'éventuels risques et conséquences de cet accident pour la santé humaine et l'environnement. Dans le même contexte, il convient également d'analyser si les autorités nationales ont informé la population des mesures de prévention d'un futur accident similaire à celui de janvier 2000. Enfin, la Cour examinera si les autorités nationales ont informé la population de la ville de Baia Mare des mesures de nature à pallier aux risques pour la santé humaine et l'environnement, dans le cas de la reproduction d'un tel événement.

102. Avant de procéder à cette analyse, la Cour estime nécessaire d'analyser s'il y a des indices qui permettent de penser que l'affection dont souffre le deuxième requérant peut avoir été aggravée par l'activité de la société *Aurul*, qui utilise une technologie de lessivage du minerai au cyanure de sodium à proximité de son habitation.

103. Premièrement, la Cour ne voit aucune raison de douter de la réalité de l'affection du deuxième requérant, la maladie de celui-ci étant diagnostiquée, pour la première fois, en 1996, soit avant le fonctionnement de l'activité de la société Aurul. Cette maladie se trouve attestée par des certificats médicaux. Deuxièmement, il est incontestable que le cyanure de sodium est une substance toxique qui peut, dans certaines conditions, mettre en danger la santé humaine (voir le paragraphe 66 ci-dessus). Troisièmement, comme la Cour l'a constaté au paragraphe 95 ci-dessus, il ne fait aucun doute qu'un degré élevé de pollution a été décelé à proximité de l'habitation des requérants à la suite de l'accident écologique de janvier 2000.

104. La Cour a examiné les études scientifiques versées au dossier de la cause par les requérants. Pour ce qui est de l'étude réalisée par l'OMS en 2004 (voir le paragraphe 67 ci-dessus) elle note qu'il est difficile, pour les spécialistes, d'établir un lien dose-effet en cas d'ingestion de cyanure de sodium. La deuxième étude, réalisée par l'Agence pour les substances toxiques en 2006 (voir le paragraphe 68 ci-dessus), va dans le sens de la thèse selon laquelle le contact avec le cyanure de sodium peut avoir des effets irritants pour les voies respiratoires, tout en précisant qu'aucune information n'est encore disponible concernant la dose de cyanure à partir de laquelle il peut y avoir une incidence sur les maladies respiratoires (page 4 du rapport). Enfin, la troisième étude ne fait que confirmer les conclusions des deux premières : on ne connaît pas encore la dose de cyanure de sodium à partir de laquelle les affections des voies respiratoires, comme l'asthme, peuvent se trouver aggravées (voir le paragraphe 68 ci-dessus *in fine*).

105. En l'absence d'éléments de preuve à cet égard, la Cour pourrait éventuellement se livrer à un raisonnement probabiliste, les pathologies modernes se caractérisant par la pluralité de leurs causes. Cela serait possible dans le cas d'une incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants.

106. La Cour considère cependant qu'en l'espèce l'incertitude scientifique n'est pas accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants. Le document réalisé par un hôpital de Baia Mare et attestant un certain accroissement du nombre des maladies des voies respiratoires ne suffit pas, à lui seul, à créer une probabilité causale. La Cour constate donc que les requérants n'ont pas réussi à prouver l'existence d'un lien de causalité suffisamment établi entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de l'asthme.

107. Elle estime toutefois que malgré l'absence d'une probabilité causale en l'espèce, l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables à protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé. En l'espèce, cette obligation subsistait à la charge des autorités tant avant la mise en fonctionnement de l'usine Sasar qu'après l'accident de janvier 2000. A cet égard, la Cour observe qu'en 1992 l'État roumain invita l'Institut de recherche du ministère de l'Environnement à mener une étude d'impact sur l'environnement. Sept ans plus tard, l'État défendeur, actionnaire de la société Aurul, décida d'autoriser la mise en fonctionnement de celle-ci, en se basant principalement sur les conclusions de cette étude, réalisée en 1993.

108. La Cour estime n'avoir pas qualité pour substituer son propre point de vue à celui des autorités locales quant à la meilleure politique à adopter en matière environnementale et industrielle : il y va de l'ample marge d'appréciation que sa jurisprudence reconnaît aux États dans des domaines sociaux et techniques difficiles, tels que celui ici en cause (Hatton précité, §§ 100-101). Analysant les conclusions de ladite étude, la Cour relève que la ville de Baia Mare était déjà un lieu très pollué, en raison d'une activité industrielle intense, notamment dans le domaine minier (voir les paragraphes 9, 10 ci-dessus). De plus, la Cour note qu'il s'agissait d'une technologie nouvelle, jamais utilisée en Roumanie, et dont les conséquences pour l'environnement étaient inconnues. L'étude réalisée en 1993 évoquait également la proximité de l'activité par rapport aux zones habitées de la ville de Baia Mare pour souligner les risques potentiels de pollution phonique et atmosphérique. En l'espèce, les mesures préventives requises étaient celles qui rentraient dans le cadre des pouvoirs

conférés aux autorités et qui pouvaient raisonnablement passer pour aptes à pallier les risques portés à leur connaissance.

109. La Cour rappelle qu'en droit roumain le droit à un environnement sain est un principe ayant valeur constitutionnelle. Ce principe a été repris par la loi no 137/1995 sur la protection de l'environnement, qui était en vigueur à l'époque des faits (voir pp. 16-17, a et b). Par ailleurs, le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique où technique (voir p. 27, h).

110. La Cour observe qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que les autorités roumaines aient débattu des risques que, d'après l'étude précitée, l'activité industrielle en cause représentait pour l'environnement et pour la santé de la population. Quant aux huit études que la CAST SA aurait réalisées, la Cour ne saurait les prendre en compte, faute de certitude quant à la date de leur réalisation (voir le paragraphe 62 ci-dessus).

111. La Cour note de surcroît que, contrairement à l'affaire *Hatton* précitée, où plusieurs études avaient conclu à une incidence minimale de l'activité litigieuse sur les aspects de la vie privée des requérants, le danger pour l'environnement et pour le bien-être de la population était en l'espèce prévisible. De plus, l'accident écologique de janvier 2000 a confirmé la thèse d'une contamination par des métaux lourds en cas d'effondrement des digues des étangs, déjà évoquée par les auteurs de l'étude réalisée en 1993 (voir le paragraphe 16 ci-dessus). Deux autres pays (la Hongrie et la Serbie Monténégro) furent également touchés par cet accident. Concernant ce dernier aspect, la Cour rappelle, dans l'esprit des principes no 21 de la Déclaration de Stockholm et no 14 de la Déclaration de Rio, le devoir général des autorités de décourager et prévenir les transferts dans d'autres États de substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement (voir pp. 21 et 23 ci-dessus).

112. La Cour observe également qu'au-delà du cadre législatif national instauré par la loi sur la protection de l'environnement, des normes internationales spécifiques existaient, qui auraient pu être appliquées par les autorités roumaines (voir le paragraphe 12 ci-dessus). Contrairement à l'affaire *Asselbourg* précitée, que le Gouvernement défendeur invoque, les conditions d'exploitation fixées par les autorités roumaines en l'espèce se sont révélées insuffisantes pour prévenir une situation lourde de conséquences pour l'environnement et le bien-être de la population (cf. *Budayeva* précitée, § 149). La Cour conclut que les autorités roumaines ont failli à leur obligation d'évaluer au préalable d'une manière satisfaisante les risques éventuels de l'activité en question et de prendre des mesures adéquates capables de protéger les droits de intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé.

113. Dans le cadre des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, la Cour tient à souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par sa jurisprudence (voir, *mutatis mutandis*, *Taşkin* précité, § 119, et *Giacomelli* précité, 83). Elle rappelle que l'importance de l'accès du public aux conclusions des études environnementales préliminaires ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, *Guerra* précité, p. 223, § 60, et *McGinley et Egan* précité, § 97).

114. A cet égard, la Cour observe que, comme le fait valoir le gouvernement défendeur, un débat public a eu lieu les 24 novembre et 3 décembre 1999. Au-delà de la question de l'authenticité des copies des deux procès-verbaux annexés par le Gouvernement à ses observations supplémentaires, la Cour relève qu'aucune étude d'impact sur l'environnement ne fut présentée aux participants à ces deux débats. De plus, il ressort du contenu du procès-verbal dressé le 24 novembre 1999 que les participants ayant demandé des précisions sur le danger que le fonctionnement de la technologie en question pouvait représenter n'ont obtenu aucune réponse (voir le paragraphe 23 ci-dessus). Sont de même restées sans réponse les questions soulevées par les participants lors du débat organisé le 3 novembre 1999 (voir le paragraphe 24 ci-dessus).

115. La Cour note que d'après la procédure de réglementation des activités économiques et sociales ayant un impact sur l'environnement élaborée conformément à la loi no 137/1995 sur la protection de l'environnement, telle qu'elle était en vigueur à l'époque des faits, les autorités nationales devaient, dans le cadre d'un débat public, informer les intéressés de l'impact que l'activité industrielle pouvait avoir sur l'environnement (voir p. 18, c., troisième paragraphe). De surcroît, le rapport d'impact environnemental devait être rendu public à l'occasion de ce débat (voir p. 19, c., cinquième paragraphe). La Cour relève notamment que les autorités nationales s'abstinrent de rendre publiques les conclusions de l'étude préliminaire réalisée en 1993, qui est à la base de l'autorisation de fonctionnement de la société Aurul (voir, *mutatis mutandis*, Guerra précité, § 60).

116. Contrairement aux affaires Hatton et autres, précitée (§ 120), et Taşkin et autres, précitée (§ 120), les participants audit débat n'ont pas eu accès aux conclusions de l'étude ayant servi de base à l'octroi de l'autorisation de fonctionnement de la société, et aucune autre information officielle concernant ce sujet ne leur a été présentée. Il ressort des documents versés par le Gouvernement au dossier que les dispositions internes en matière de débats publics n'ont pas été respectées en l'espèce. Une situation similaire a été sanctionnée dans l'affaire Guerra précitée (§ 60). Compte tenu de ce constat, l'argument du Gouvernement relatif au défaut de participation de la part des requérants ne saurait être retenu (voir, *a contrario*, McGinley et Egan précité, § 102).

117. Pour ce qui est de la loi no 544/2001 concernant l'accès aux informations d'intérêt public, la Cour constate que ce texte est entré en vigueur le 22 octobre 2001 et que ses normes d'application ont été publiées le 8 mars 2002, alors que les démarches entamées par le premier requérant ont commencé en 2000, à la suite de l'accident. A cet égard, la Cour rappelle, comme elle l'a déjà fait dans sa décision sur la recevabilité du 5 juillet 2007, qu'un requérant qui a utilisé une voie de droit apparemment effective et suffisante ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir essayé d'en utiliser d'autres qui étaient disponibles mais ne présentaient guère plus de chances de succès (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *A. c. France* du 23 novembre 1993, série A no 277-B, p. 48, § 32, et *De Moor c. Belgique* du 23 juin 1994, série A no 292-A, p. 16-17, § 50).

118. Au niveau international, la Cour rappelle que l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement sont consacrés par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, ratifiée par la Roumanie le 22 mai 2000 (voir p. 23, c). Dans le même sens, la Résolution no 1430/2005 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les risques industriels renforce, entre autres, le devoir pour les États membres d'améliorer la diffusion d'informations dans ce domaine (voir p. 25, f).

119. Quant à la possibilité pour les requérants de contester devant les tribunaux les résultats des études effectuées en l'espèce et d'avoir accès aux documents pertinents, la Cour estime que cette question est étroitement liée aux conclusions précédentes, relatives à la participation de la population résidant à proximité de l'exploitation de l'usine Săsar au processus décisionnel (voir le paragraphe 115 ci-dessus).

120. Pour ce qui est des suites de l'accident de janvier 2000, la Cour observe qu'il ressort des éléments du dossier que l'activité industrielle en question n'a pas été arrêtée par les autorités, qui ont continué à utiliser la même technologie (voir le paragraphe 8 ci-dessus, *in fine*). En ce sens, la Cour rappelle l'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio), qui « a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la Communauté ».

121. La Cour note que les obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale à la charge des autorités nationales s'étendaient également et même *a fortiori* à la période ultérieure à l'accident de janvier 2000.

122. Étant donné les conséquences sanitaires et environnementales de l'accident écologique,

telles que constatées par des études et rapports internationaux, la Cour estime que la population de la ville de Baia Mare, y inclus les requérants, a dû vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales, qui avaient le devoir de fournir des informations suffisantes et détaillées quant aux conséquences passées, présentes et futures de l'accident écologique sur leur santé et l'environnement et aux mesures de prévention et recommandations pour la prise en charge de populations qui seraient soumises à des événements comparables à l'avenir. A cela s'ajoute la crainte due à la continuation de l'activité et à la possible reproduction, dans le futur, du même accident.

123. La Cour observe que le premier requérant a effectué, sans aucun succès, de nombreuses démarches administratives et pénales afin de connaître les risques potentiels à la suite de l'accident écologique de janvier 2000, auxquels lui et sa famille étaient exposés et de voir punir les responsables de cet incident (voir §§ 35-53 ci-dessus).

124. Dans le même contexte ultérieur à l'accident de janvier 2000, la Cour est convaincue, après avoir analysé les éléments du dossier, que les autorités nationales ont manqué à leur devoir d'information de la population de la ville de Baia Mare, et plus particulièrement des requérants. Ces derniers se sont trouvés dans l'impossibilité de connaître les éventuelles mesures de prévention d'un accident similaire ou les mesures d'action dans le cas de la reproduction d'un tel accident. Cette thèse est également soutenue par la Communication de la Commission européenne relative à la sécurité des activités minières (voir p. 27, g).

125. La Cour constate donc que l'État défendeur a failli à son obligation de garantir le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

126. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

127. Le deuxième requérant demande la somme de 146 789 euros (« EUR ») pour dommage matériel au titre de la détérioration de son état de santé qui serait résultée de l'activité de la société *Aurul*. Il fournit à l'appui un relevé détaillé des frais entraînés par le traitement de son asthme. Il invite la Cour à tenir compte, pour établir son préjudice, de la nécessité, constitutive à ses yeux d'un préjudice futur, d'une poursuite de ce traitement à l'avenir. Il invoque à cet égard l'affaire *Mikheyev c. Russie* (no 77617/01, §§ 159-161, 26 janvier 2006).

128. Les requérants demandent par ailleurs 50 000 EUR pour dommage moral à raison de la mise en fonctionnement, à proximité de leur domicile, d'une exploitation industrielle dangereuse pour la vie humaine. Ils voient dans l'autorisation de mise en fonctionnement de cette exploitation un manquement de la part des autorités nationales à leur obligation de prendre les mesures appropriées afin de protéger leur droit au respect de la vie privée. Ils allèguent également le non-respect des garanties de procédure liées au processus décisionnel ayant abouti à l'octroi de ladite autorisation (absence d'études d'impact appropriées qui auraient pu leur permettre d'évaluer le danger éventuel de l'activité en cause, défaut d'accès du public aux informations officielles sur ce point, absence de recours effectifs contre les décisions concernant le fonctionnement de l'activité). Ils affirment que ces carences leur ont causé des souffrances psychiques, de l'angoisse et un sentiment d'injustice. Ils invoquent en ce sens les arrêts *Lopez Ostra* et *Guerra* précités.

129. Pour ce qui est de la demande du deuxième requérant pour dommage matériel, le Gouvernement prie la Cour de rejeter cette prétention. D'abord, il considère que la présente espèce se distingue de l'affaire *Mikheyev* précitée, dans la mesure où il s'agissait dans cette dernière d'une violation de l'article 3 de la Convention à la suite de laquelle le requérant avait perdu sa capacité de travail. Or le deuxième requérant en l'espèce n'aurait pas réussi à prouver avoir perdu sa capacité de travail. De plus, il n'y aurait aucun lien de causalité entre l'aggravation de son état de santé et la violation alléguée.

130. Quant à la demande d'une indemnité pour préjudice moral, le Gouvernement estime la prétention des requérants excessive et insiste sur l'absence d'un lien de causalité entre les prétendues violations et le préjudice moral allégué par les intéressés. Pour ce qui est du montant sollicité à ce titre, le Gouvernement invoque une série d'affaires similaires, dans lesquelles la Cour aurait décidé d'allouer des montants nettement inférieurs à ceux demandés par les requérants (3 000 EUR dans l'affaire *Lemke c. Turquie* (no 17381/02, § 62, 5 juin 2007), 12 000 EUR dans l'affaire *Giacomelli* précitée (§ 104), 3 000 EUR dans l'affaire *Ockan c. Turquie* (no 46771/99, § 62, 28 mars 2006) et 3 000 EUR dans l'affaire *Taskin* précitée). Enfin, le Gouvernement estime que le simple constat d'une violation pourrait constituer en soi une réparation équitable au titre de l'article 41 de la Convention.

131. En ce qui concerne le préjudice matériel allégué par le deuxième requérant, la Cour partage l'avis du Gouvernement selon lequel il n'y a aucun lien de causalité entre la violation de la Convention et le préjudice allégué (voir le paragraphe 106 ci-dessus).

132. En revanche, pour ce qui est du préjudice moral allégué par les requérants, la Cour rappelle qu'elle a conclu à la violation de l'article 8. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce elle décide ne de rien allouer au titre du dommage moral.

B. Frais et dépens

133. Les requérants sollicitent le remboursement d'une somme de 7 916 EUR qu'ils ventilent comme suit : 7 616 EUR correspondant aux honoraires de leur avocat (montant à payer directement à leur conseil) et 300 EUR correspondant à des frais divers (poste, téléphone, courrier électronique, papeterie). Ils produisent à l'appui copie d'une note détaillée d'honoraires, ainsi qu'un contrat d'assistance juridique. En revanche, ils ne demandent pas le remboursement des honoraires de représentation et assistance par les avocats de la société *Latham & Watkins*, exception faite de ceux occasionnés par l'audience du 23 octobre 2007, qui se trouvent inclus dans le montant total de 7 616 EUR. Pour ce qui est de la somme de 300 EUR réclamée pour frais divers, les requérants ne soumettent aucun justificatif. Ils invoquent la jurisprudence issue des affaires *Iosub Caras c. Roumanie* (no 7198/04, § 65, 27 juillet 2006) et *Buzescu c. Roumanie* (no 61302/00, § 116, 25 mai 2005), selon laquelle les frais non justifiés peuvent néanmoins être remboursés s'ils correspondaient à une nécessité et si leur montant apparaît raisonnable.

134. Le Gouvernement considère que la demande des requérants concernant le remboursement des frais et dépens ne peut être qualifiée de « raisonnable » au sens de la jurisprudence de la Cour. Il fait observer que l'avocat des intéressés n'est intervenu qu'après la communication de la requête, comme dans l'affaire *Karov c. Bulgarie* (no 45964/99, § 104, 16 novembre 2006). Il estime en outre que le montant sollicité à ce titre est excessif au regard des sommes accordées par la Cour dans des affaires similaires : 4 500 EUR dans l'affaire *Moreno Gomez c. Espagne*, (no 4143/02, § 70, 16 novembre 2004), 3 598 EUR dans l'affaire *Giacomelli* précitée (§ 108), 5 000 EUR (pour la représentation des 311 requérants) dans l'affaire *Ockan* précité (§ 65), et 6 500 EUR (pour les trois avocats russes) et 5 540 livres sterling (pour les deux avocats anglais) dans l'affaire *Fadeyeva* précitée (§ 150).

135. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les frais et dépens exposés par le requérant ne peuvent lui être remboursés que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (voir, parmi beaucoup d'autres, *Belziuk c. Pologne*, arrêt du 25 mars 1998, *Recueil* 1998-II, p. 573, § 49, et *Sardinias Albo c. Italie*, no 56271/00, § 110, 17 février 2005).

136. En l'espèce, la Cour note le volume important des documents versés au dossier de l'affaire (plus de 2000 pages) et considère que même si l'avocat des requérants est intervenu seulement après la communication de la requête, son travail a été important. Comme dans l'affaire *Buzescu* précitée, la Cour observe que le Gouvernement n'a pas réussi à démontrer l'absence de nécessité des frais exposés et le caractère déraisonnable de la note d'honoraires détaillée produite par les requérants. Prenant en considération l'ensemble des éléments en sa possession et la complexité de l'affaire, la Cour, statuant en équité, estime raisonnable la somme de 7 916 EUR, dont il convient de déduire les 1 650 EUR accordés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire. En conséquence, elle alloue aux requérants 6 266 EUR, somme devant être versée, conformément aux autorisations soumises par les requérants, sur le compte bancaire de leur conseil, M^e Diana Olivia Hatneanu.

C. Intérêts moratoires

137. La Cour juge approprié de baser le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;

2. *Dit*, à l'unanimité,

a) que l'État défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 6 266 EUR (six mille deux cent soixante-six euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par ceux-ci, pour frais et dépens, à convertir dans la monnaie nationale de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement et à verser directement sur le compte bancaire de leur conseil, Me Diana Olivia Hatneanu²;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

3. *Rejette* par cinq voix contre deux la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 janvier 2009 en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Stanley Naismith Boštjan M. Zupančič

Greffier adjoint Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion partiellement dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie le juge Gyulumyan.

B.M.Z.

S.H.N.

² Rectifié le 17 mars 2009 : le texte était le suivant : « a) que l'État défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 6 266 EUR (six mille deux cent soixante-six euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par ceux-ci, pour frais et dépens, à convertir dans la monnaie nationale de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement »

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ À LAQUELLE SE RALLIE LA JUGE GYULUMYAN

Je suis d'accord avec la majorité pour dire qu'il y a eu violation procédurale de l'article 8 de la Convention. Toutefois, je suis en désaccord avec le constat du paragraphe 106 de l'arrêt selon lequel le deuxième requérant n'a pas réussi à prouver « le lien de causalité » entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de sa maladie.

Il convient tout d'abord d'observer que la démarche probabiliste adoptée par la Cour dans le paragraphe 105 de l'arrêt (« (...) *spécifique dans le contexte des maladies modernes ayant* [comme celle du deuxième requérant] *une pluralité de causes* ») est remplacée, sans aucune explication, par la démarche causale classique (qui ne maîtrise pas la notion d'incertitude).

Des sociologues ont souligné que « la manie du lien causal » est « une caractéristique forte de la mentalité primitive mystique et prélogique », particulièrement active dans la sorcellerie (décrite comme une théorie des causes) et qui s'oppose à la mentalité « civilisée », bien plus sereine à envisager la causalité dans un cadre probabiliste (*P. Peretti-Watel, Sociologie du risque, Paris, A. Colin, 2000*).

Quant aux effets à tirer de la probabilité, les études scientifiques existantes ont remis en cause l'approche que donnait le sens commun lorsque plusieurs facteurs sont à l'origine d'un dommage: alors que l'approche « de bon sens » envisage une « répartition » entre chaque facteur, la science établit que ces facteurs ne s'additionnent pas, mais se multiplient. On peut parler d'une potentialisation des effets.

Dès lors qu'il n'y a pas de trace claire d'un agent causal, l'approche individu par individu se révèle obsolète, inappropriée, dans le cas des pathologies du type évoqué ci-dessus ; on ne peut pas démontrer avec certitude qu'une personne a une certaine maladie parce qu'elle a été exposée à une source toxique, mais on peut établir qu'une population exposée à une telle source toxique va présenter, par rapport à une autre population qui n'y aura pas été exposée, une augmentation statistique significative de telle maladie ou une aggravation de la maladie qui préexistait.

Un exemple éloquent est celui du cancer des poumons : on ne peut jamais affirmer avec certitude pourquoi tel ou tel individu est atteint d'un cancer des poumons, mais il est scientifiquement établi que 92 % des personnes présentant ce cancer sont des fumeurs et/ou anciens fumeurs.

Contrairement au dommage résultant d'un accident de la route (dont les atteintes peuvent apparaître immédiatement ou peu après le fait dommageable et être imputable sans discussion possible à la collision), les atteintes toxiques peuvent ne pas être immédiates et surtout rester invisibles de longues années. Ce type d'atteinte peut être imputable à une série de facteurs et pas forcément à une cause unique. Il est bien connu que la spécificité des pathologies modernes réside dans l'absence de « signature » de l'agent causal.

Longtemps les victimes ont dû supporter, en la payant du prix de leur vie ou de leur santé, une présomption de responsabilité. En France, c'est la direction indiquée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 28 février 2002 dans des arrêts « amiante », relayée aujourd'hui par la jurisprudence de la deuxième chambre civile, prémisse d'un droit à la réparation intégrale des victimes d'AT-MP que la Cour suprême a fini par découvrir au sein même du contrat de travail.

Les juridictions françaises ont déjà admis l'existence d'une corrélation, après avoir établi celle d'un lien statistique et d'un dommage. Dans un arrêt du 30 avril 2004, la cour d'appel de Versailles a retenu la responsabilité d'un laboratoire dans un cas où la victime avait été exposée in utero au *distilbène* et souffrait d'une tumeur cancéreuse du vagin (CA Versailles, 30 avril 2004, D. 2004, IR p. 1502). Elle a considéré que s'il était difficile de reconnaître au *distilbène* le caractère d'une condition *sine qua non* dans le cas de l'espèce, la prise de ce médicament constituait indiscutablement un facteur majeur de la maladie, relevé au demeurant par des experts.

Pour ce qui est de la nécessité d'accompagner l'incertitude d'éléments statistiques, il convient d'observer que la tâche la plus difficile appartient au juge, qui doit apprécier – après avoir consulté les conclusions des épidémiologistes - si un accroissement de 7 % ou de 30 % de la fréquence d'une maladie suggère une corrélation.

En général (et malheureusement), dans le cas des « nouveaux risques » (santé publique/environnement), la répétition des événements passés fait défaut au point qu'il est impossible de définir une fréquence statistique avant un laps de temps assez long.

En l'espèce, comme la Cour l'a constaté « *il n'y aurait pas assez d'informations pour conclure à un rapport dose-effet dans les cas d'intoxication chronique au cyanure de sodium* » (paragraphe 67). Le risque pour la santé humaine existe ; des études scientifiques affirment que « *l'exposition à des cyanures provoque, entre autres, des difficultés respiratoires* » (paragraphe 68). De plus, les mêmes études scientifiques citées par la Cour mettent en évidence l'incertitude quant au « *rapport dose-effet effets dans le cas d'intoxication chronique au cyanure de sodium* » (paragraphe 67 et 68 in fine). On se trouve ici, comme dans d'autres affaires (amiante, exposition au risque nucléaire), face à une catégorie particulière d'atteinte que l'on pourrait appeler « toxique ». L'industrie moderne a souvent utilisé des substances sans prendre ou sans être à même de prendre en compte leurs effets sanitaires (dioxine, amiante, cadmium, éthers de glycol, plomb et autres substances cancérigènes ou mutagènes). Le cyanure de sodium est une substance toxique qui peut être absorbé par l'organisme par inhalation, à travers la peau et les yeux, et par ingestion (paragraphe 66).

En l'espèce, l'étude d'impact environnemental de 2001, déposée au dossier par le Gouvernement défendeur, atteste d'une augmentation du nombre des maladies de l'appareil respiratoire chez les enfants habitant à proximité de l'exploitation (voir le paragraphe 58), notamment en 1999, année au cours de laquelle la société *Aurul* a commencé à utiliser le procédé technologique en question.

Certes, l'exposition à un certain produit ne constitue pas la condition suffisante du dommage. Mais une cause absolument suffisante est quasi introuvable dans la réalité concrète : la plupart des causes supposent, pour produire leurs effets, la présence d'autres facteurs qui n'intéressent pas toujours la responsabilité civile. La présence d'une circonstance favorisant combinée à l'absence d'une cause discernable rend, aux yeux du juge, la causalité suffisamment probable pour qu'elle puisse être acquise. La solution contraire présenterait un double inconvénient : le premier serait d'affirmer par une décision judiciaire une absence de causalité, alors que, scientifiquement parlant, il existe une probabilité, en sorte que conclure de manière négative reviendrait pour le juge à renoncer à user de la technique pourtant classique de la présomption ; le second serait de priver de toute indemnisation la victime, qui en l'occurrence est presque toujours la partie la plus faible.

Le fait qu'en l'espèce un rapport officiel indiquait un accroissement du nombre des maladies de l'appareil respiratoire dans la proximité de l'exploitation (paragraphe 58) n'était-il pas suffisant pour nous suggérer une corrélation ?

La preuve de l'absence de nocivité aurait du être faite, en principe, par l'Etat, sans imposer aux requérants un fardeau impossible (*probatio diabolica*), surtout en l'absence d'informations concernant les effets nocifs du cyanure de sodium sur l'organisme humain. De plus, la Cour dénonce en l'espèce l'absence d'informations de la part des autorités de l'Etat. Ne serait-il pas excessif de demander aux requérants de prouver une cause absolument suffisante, surtout dans un contexte de manque d'informations officielles ? Cette situation n'est-elle pas en mesure de générer une inégalité des armes ?

Il convient de prendre conscience qu'en présence de ces risques invisibles la conception classique du lien de causalité représente un archaïsme ; il suffit pour s'en convaincre de l'appliquer sur le plan médical (comparaison particulièrement appropriée pour ce genre de risques) : exiger pour prendre des mesures de prévention une certitude causale absolue reviendrait à supprimer toute médecine préventive, en particulier des maladies cardiovasculaires, puisque les actions de prévention sont toutes basées sur une approche statistique.

Enfin, j'aimerais me référer à l'origine du traitement formaliste de la causalité. Dans le système accusatoire, la faute doit absolument être attribuée à l'une des parties. Dans un sens très réel, le fétichisation du lien de causalité est le produit secondaire du besoin de répartir la faute, d'une manière discrète, selon le modèle de l'alternative.

Le processus juridique, dans lequel la recherche de la vérité est juste un moyen de résoudre le conflit, et pas un but en lui-même, a tendance à déformer la perception de la réalité. Autrement dit, l'approche scientifique objective ne souffre pas du besoin de coincer la partie responsable ; elle peut ainsi se permettre de rester plus nuancée. Les langages de la science et du droit sont souvent en désaccord. Cela est plus évident lorsque les experts prenant part au processus juridique, notamment dans les affaires criminelles, défient les interprétations « noir et blanc » que les juristes et les tribunaux attendent d'eux.

Le respect de la vie privée est une valeur primordiale, dont la défense, par le juge européen, ne saurait être limitée par l'absence d'une certitude absolue, surtout dans le contexte des maladies modernes.

Quant à l'article 41 de la Convention, je trouve scandaleux qu'aucune réparation pour préjudice moral ne soit accordée aux requérants, d'autant que le Gouvernement lui-même était d'accord pour octroyer un certain montant à ce titre aux requérants (paragraphe 130). Combiné avec les efforts (de nature procédurale) déployés par les requérants, l'état d'incertitude dans lequel les intéressés ont été laissés pendant des années représente une souffrance morale qui méritait d'être réparée au titre de l'article 41 de la Convention. C'est d'ailleurs la seule affaire de ce type où la Cour ait décidé de ne rien allouer pour préjudice moral.

Comentário

L'arrêt prononcé dans l'affaire Tatar v./Roumanie reflète l'évolution sinueuse de la jurisprudence de la juridiction de Strasbourg en matière de la reconnaissance „du droit à l'environnement”. C'est un progrès notable, quant cette solution mène à la reconnaissance du droit, à la jouissance d'un environnemennt sain et protégé”, elle consolide la thèse des obligations positives des états de prendre des mesures pour la protection de l'environnement et constate, pour la première fois, la violation par l'Etat roumain au droit à un environnement sain. Cependant, il s'agit aussi d'un pas en arrière, car pour la première fois dans une affaire de ce type, la Cour a décidé de ne pas accorder des dédommagements.

En fait, les requérants V.G. Tatar et P. Tatar, père et fils, ont saisi la Cour de Strasbourg sur la base de l'article 2 de la Convention en prétendant que le processus technologique utilisé par la fabrique appartenant à s.c. „A” de Baia Mare, ville située dans le N-O de la Roumanie, constitue un danger pour leur vie, étant donné qu'ils résident dans un quartier d'habitation situé à proximité de l'exploitation de minerai d'or, à 100 mètres de l'usine d'extraction et de l'étang de décantation S (25 ha), et a 8,5 km des autres etangs de décantation. Ils ont également invoqué la passivité des autorités vis-à-vis de cette situation de fait, en dépit de nombreuses réclamations émanant du premier requérant.

S.c. „A” Baia Mare S.A. a obtenu, en 1998, une autorisation d’exploitation de l’or dans cette ville. Le processus technologique est basé sur l’utilisation du cyanure de sodium et un des points de travail de la société se trouve à la proximité du domicile des demandeurs. Le 30 janvier 2000, un grave accident écologique causé par les cyanures a eu lieu dans la zone. Selon un rapport des l’ONU (UNEP/OCHA), 100.000 m.c. d’eau contenant des cyanures se sont déversés dans l’environnement. Cependant, l’activité de la s.c. „A” SA a continué.

À la suite de cet accident, V.G. Tatar a déposé plusieurs plaintes administratives, en invoquant le risque que représentait pour lui-même et pour sa famille l’utilisation de la cyanure de sodium dans le processus technologique employé par la société en question. Il mettait, en même temps, en discussion la validité de l’autorisation d’exploitation accordée à celle-ci.

Une lettre de réponse du part du Ministère de l’environnement, de novembre 2003, adressée au requérant, l’informait que l’activité dont il se plaignait ne mettait aucunement en danger sa santé et que des technologies similaires étaient employées dans autres pays.

Par ailleurs, en 2000, le requérant avait introduit devant la juridiction compétente plusieurs plaintes pénales. Il invoquait le danger de la technologie utilisée pour la santé des habitants de Baia Mare, le risque pour l’environnement ainsi que l’aggravation de l’état de santé de son fils qui souffrait de l’asthme. Mais le 2 novembre 2001, le Parquet competent décidait de ne mettre pas en examen la société en cause pour l’accident du 30 janvier 2000, au motif que, selon le droit pénal roumain, les faits invoqués ne constituaient pas une infraction.

Un arrêt d’admissibilité de la CEDH, du 5 juillet 2007, apprécie que la requête des demandeurs ne peut être examinée que prenant en considération l’article 8 de la Convention.

L’arrêt de la CEDH, prononcé le 27 janvier 2009, constate la violation par l’Etat roumain de l’article 8 de la Convention et précise que celui-ci n’a pas respecté l’obligation positive d’informer les habitants de la ville de Baia Mare et en particulier les requérants, de manière que ceux-ci se sont trouvés dans l’impossibilité de prendre connaissance des éventuels mesures nécessaires afin de prévenir un accident similaire ou du mode d’action dans l’hypothèse de la répétition d’un accident pareil. La Cour a montré que, à la différence de l’affaire Hatton, le danger pour l’environnement et le bien-être de la population était en l’occurrence prévisible. De plus, l’incident écologique de janvier 2000 a confirmé la thèse d’une contamination avec des métaux lourds lors de l’écroulement des digues des étangs, contamination évoquée déjà par les auteurs d’un étude élaboré en 1993. Toutefois, la CEDH a accepté le point de vue du Gouvernement, en considérant que les requérants n’ont pas apporté la preuve d’un rapport de causalité entre l’exposition à des doses déterminées de cyanure et l’aggravation de l’état de santé du deuxième requérant¹.

¹ Il faut mentionner l’opinion partiellement dissidente du juge Zupancic, auquel s’est joint le juge Gyulumyan qui manifeste son désaccord avec la conclusion de la Cour concernant l’absence de causalité entre l’existence dans l’environnement de certaines concentrations de cyanure et l’aggravation de la maladie du deuxième requérant. Cette critique de l’inexistence de rapport causal exprimée par l’opinion dissidente est fondée sur les arguments suivants :

- En 2001, un étude d’impact du Gouvernement a mis en évidence le fait que le nombre d’enfants présentant des affections respiratoires qui habitaient dans la zone contiguë de l’usine s’est accru, surtout en 1999, quand s.c. « A » SA a commencé à utiliser la technologie mise en question. Ainsi la présence d’une circonstance favorable combinée avec l’absence d’une cause explicative détermine le juge à considérer que le niveau de « causalité probable » est suffisant. La solution contraire présenterait deux désavantages majeurs : tout d’abord ce serait nier par une arrêt judiciaire un rapport de causalité, car même si du point de vue scientifique il existe un probabilité, et en deuxième instance, ce serait dénier à la victime qui est la partie la plus faible dans cette affaire, un droit de compensation.

- Si la Cour considère que l’existence d’un rapport n’est pas suffisante, cela signifie mettre les requérants dans la situation d’effectuer une espèce de « probatio diabolica » où la charge de la preuve leur reviendrait, chose difficile surtout dans les conditions de manque d’information sur les effets du cyanure sur la santé humaine.

En motivant son arrêt, la CEDH a rappelé les principes qui découlent de sa jurisprudence antérieure. Concernant les atteintes subies, suite à l'accident écologique susmentionné, par l'état de santé du deuxième requérant, la CEDH a souligné qu'elle ne conteste pas la réalité de l'affection de P. Tatar, diagnostiquée en 1996 et attestée médicalement. Elle considère également qu'on ne saurait pas contester que le cyanure de sodium est une substance toxique, susceptible, dans certaines conditions, de mettre en danger la santé humaine, ni douter que la pollution a atteint un degré élevé à la proximité du logement des requérants. Néanmoins, les études mises à la disposition de la Cour dans cette affaire, tout en admettant la possibilité que les voies respiratoires soient affectées à la suite d'un contact avec des cyanures, n'ont pas pu établir la dose dangereuse.

CEDH considère donc que les requérants se sont avérés incapables de fournir la preuve d'un rapport de causalité suffisant entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de la maladie du deuxième requérant.

1. La consolidation de la thèse des „obligations positives” qui incombent aux Etats.

Il est connu que „l'invention” ,par voie prétorienne, des droits de l'homme à un environnement sain par la Cour, a eu lieu non seulement par l'extension des droits contenus dans la Convention, mais aussi par le biais des obligations positives imposées aux États.

On sait que la convention ne faisait pas peser sur ceux-ci que des obligations négatives, des devoirs de ne pas faire; „la créativité de la jurisprudence leur a imposé – en outre – des devoirs de faire, ce qui fait penser à des notions devenues classiques, comme le principe de la précaution, ou encore la responsabilité de protéger (cette formule est plus utilisée en droit international²). Les obligations positives qui relèvent de la procédure présupposent, d'une part, la réalisation des études d'impact sur l'environnement et, d'autre part, l'écoute du public. Même si l'article 8 ne comprend aucune exigence explicite de procédure en matière d'environnement, il faut „que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable” (Taskin et autres, 10 novembre 2004, par. 114). Celui-ci „doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus” (Hatton, par. 128; Giacomelli v./ Italie, arrêt du 2 novembre 2006, par. 83). La Cour contrôle l'ensemble des éléments de procédure, notamment „la mesure dans laquelle les points de vue des individus ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel” (Hatton, précit., par. 104; Taskin, précit., par. 118). Les obligations positives de nature procédurale consistent, d'autre part, à informer le public sur les dangers et les risques graves de la pollution. Il s'agit de garantir l'accès du public à l'information, laquelle doit permettre aux personnes intéressées d'évaluer les risques qu'ils encourent tant concernant le droit à la vie que le droit au respect de la vie privée et de la propriété. La question soulevée le plus souvent à cet égard a été celle de savoir si l'Etat a pris ou pas les mesures nécessaires pour protéger la vie privée et pour empêcher les atteintes à la vie privée et à la santé portées par des personnes ou des entités extérieures.

Dans l'espèce, la CEDH a considéré que *le risque sérieux et substantiel pour la santé des requérants imposait à l'Etat l'obligation positive d'adopter les mesures raisonnables et adéquates à même de protéger les droits du respect de la vie privée et du domicile et en général „à la jouissance d'un environnement sain et protégé”* (par.107), des personnes intéres-

² Jean-Paul Costa et Patrick Titiun, La Cour Européenne des Droits de l'Homme et l'Environnement, en vol. „Terres du droit”, Mélanges en l'honneur de Yves Jéguzo, Editions Dalloz, Paris, 2009, p. 38.

sées. Or, à cet égard, il incombait à l'Etat une telle obligation, aussi bien avant d'autoriser l'activité de production que après l'accident survenu en 2000. De surcroît, le principe de précaution recommandait aux Etats de ne pas tarder d'adopter des mesures effectives visant à prévenir le risque des atteintes graves et irréversibles à l'environnement, dans les conditions de l'incertitude technique et scientifique. De même parmi les obligations positives qui découlent de l'article 8 de la Convention, la Cour retient l'importance du droit du public à l'information, ce qui implique l'accès aux conclusions et aux études préliminaires d'impact sur l'environnement, ainsi que les informations de nature à permettre l'évaluation du danger auquel peuvent être exposées les personnes. Dans ce sens la, CEDH a retenu que, en mai 2000, la Roumanie a ratifié la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 concernant la participation du public à la prise de décision et l'accès à la justice en matière d'environnement. En l'espèce, pour pouvoir invoquer l'article 8 de la Convention, la CEDH a notamment relevé l'état d'inquiétude et d'incertitude où se sont trouvés les requérants, en le corroborant avec la passivité des autorités auxquelles incombait l'obligation de fournir des informations suffisantes et détaillées concernant les conséquences passées, présentes et futures sur la santé et l'environnement de l'accident écologique, ainsi que les mesures de prévention et les recommandations dans le cas où un tel accident se reproduirait dans l'avenir si l'activité en question continuait. En dépit de l'existence d'une législation nationale pertinente et des normes internationales susceptibles d'être appliquées, la Cour a tiré la conclusion que les autorités roumaines n'ont pas réussi à remplir leur obligation de garantir les droits des requérants concernant le respect de leur vie privée et de famille, dans le sens que donne à ces termes l'article 8 de la Convention.

En premier lieu, elles n'ont pas rempli leur obligation d'évaluer préalablement et d'une manière satisfaisante les éventuels risques engendrés par l'activité litigieuse et de prendre les mesures adéquates en mesure de protéger les droits des requérants en ce qui concerne leur vie privée et leur domicile, ainsi que leur droit de jouir d'un environnement sain et protégé. Ensuite, elles n'ont pas respecté l'obligation d'informer la population de Baia Mare, laquelle s'est trouvée dans l'impossibilité de connaître les éventuelles mesures de prévention, ainsi que les mesures ultérieures à prendre au cas où un accident similaire survienait dans l'avenir.

2. La consécration du droit „à la jouissance d'un environnement sain et protégé”.

Bien que la Convention européenne des Droits de l'homme (CEDH) n'ait pas (encore) intégré dans son texte le droit à l'environnement et en dépit de nombreuses propositions/tentatives faites dans ce sens, par voie prétorienne et par ”ricochet” par rapport aux droits fondamentaux expressément prévus dans ce document (tout particulièrement le droit au respect de la vie privée et de famille, prévu à l'article 8), surtout après 1994, la Cour a consacré un tel droit. Son profil et ses significations ont été précisés par la jurisprudence graduellement. Ainsi avec l'arrêt *Tatar v./ Roumanie* on est arrivé à considérer que le droit au respect de la vie privée et familiale équivaut à protéger plus généralement le droit „à la jouissance d'un environnement sain et protégé” (par. 112). Mais pour y arriver, il a fallu parcourir un long chemin de 15 ans, parsemé d'environ 30 arrêts de la Cour concernant ce domaine.

Ce processus a débuté avec l'arrêt du 9 décembre 1994, rendu dans l'affaire **Lopez Ostra v./Espagne** (Rec. CEDH A-303 –c) qui concernait des émanations nauséabondes d'une station d'épuration des eaux et de traitement des déchets d'une tannerie, et qui a conclu que „des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale.” Ainsi, suite à une simple corrélation entre une situation de fait (une atteinte à la qualité de

l'environnement) et un droit fondamental prévu dans la Convention, on allait plus loin dans l'appréciation du contenu de la notion de nuisance, car si la définition large que donne l'OMS à la santé englobe le bien-être de la population, celui-ci est en quelque sorte un degré „idéal” de la santé.

Des arrêts ultérieurs de la Cour, comme ceux dans les affaires Guerra et autres v./ Italie (du 19 février 1998), McGinley et Egan v./ Royaume Uni (du 9 juin 1998), Athanasoglou et autres v./ Suisse (du 6 avril 2000), Fadeyeva v./ Russie (du 9 juin 2005) etc. ont admis que les atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale. Un pas important dans la direction de l'autonomisation du droit à l'environnement et de l'affirmation d'un statut spécifique a été fait, en dépit d'une évolution sinueuse, par l'arrêt du 8 juillet 2003, prononcée dans l'affaire Hattson v./ Royaume Uni où l'on a fait référence à un „droit de l'homme environnemental” (environmental human right) (Grande Chambre, par. 122). Même si le progrès est resté plutôt sémantique, il n'est pas dépourvu d'importance au plan de *opinio juris*. En effet, l'arrêt de la Grande Chambre „a privilégié d'une certaine façon les considérations économiques au détriment des conditions sanitaires de base, décrivant la „sensibilité au bruit” des requérants comme étant celle d'une faible minorité de personnes”. La tendance à minimiser cette sensibilité est à confronter avec l'importance croissante attachée à l'environnement, dans toute l'Europe et à travers le monde.”³ Dans l'affaire Hamer v./ Belgique (Arrêt de 2007) qui concernait la démolition forcée d'une maison érigée sans permis dans une zone forestière non-constructible, la Cour a déclaré pour la première fois que „l'environnement constitue une valeur” et que „des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit à la propriété ne devraient pas voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'Etat a légiféré en la matière.” L'environnement est ainsi devenu une valeur qui doit être protégée.

L'arrêt Tatar v./ Roumanie marque un notable progrès, dans le sens qu'il va plus loin dans „le verdissement” des dispositions de l'article 8 de la Convention, en considérant que le droit au respect de la vie privée et familiale équivaut à protéger plus généralement le droit „à la jouissance d'un environnement sain et protégé” (par. 112), mais néanmoins pas assez loin de plusieurs autres points de vue. Cette formulation est proche de celles des textes internationaux fondateurs du droit de l'environnement, adoptés depuis plusieurs décennies, comme celle du principe 1 de la Déclaration de Stockholm de 1972 selon laquelle „l'homme à un droit fondamental [...] à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et bien-être”, ou bien de celle de la Résolution 45/94 du 14 décembre 1990 de l'Assemblée générale de l'ONU qui proclame que „chaque a le droit de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être”.

Dans l'arrêt dont nous nous occupons, on caractérise l'environnement auquel donne droit l'article 8 de la Convention comme „sain” et „protégé”. Nous pouvons remarquer que, si dans l'affaire Powel et Rayner ce qui était en jeu était le bien-être des requérants, c'est leur santé même qui était menacé dans les affaires Lopez Ostra et Tatar. On allait ainsi plus loin dans le degré de nuisance, car si la définition large que donne l'OMS de la santé englobe le bien-être de la population, celui-ci est en quelque sorte un degré „idéal” de la santé! Rappelons à cet égard que le concept de „santé de l'environnement” évoqué dans les documents de l'OMS, comprend les aspects de la santé humaine relatifs y compris à la qualité de la vie qui sont déterminés de facteurs chimiques, biologiques, sociaux, psychologiques et environnementaux. Le progrès accompli par l'arrêt en question concerne manifestement

³ Jean-Paul Costa et Patrick Titun, op. cit., p. 36.

l'ajout de la syntagme „environnement protégé”. Il engendre du point de vue de la jurisprudence l'obligation positive générale des Etats parties à la Convention d'adopter, en vertu de l'article 8, des mesures adéquates pour la protection de l'environnement. Une telle position est en désaccord avec les développements enregistrés au niveau national dans les Etats membres du Conseil de l'Europe concernant la reconnaissance et la garantie constitutionnelles et législatives du droit à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique. Il serait donc souhaitable d'opérer les harmonisations nécessaires en faveur du plus haut degré de protection.

En tout cas, il convient de constater qu'au niveau de la jurisprudence de la CEDH on a abouti à la consécration du "droit à un environnement sain et protégé"

3. Les requérants n'ont obtenu aucun montant au titre de dommages matériels et/ou moraux.

C'est la première affaire du genre dans laquelle la Cour a décidé de ne pas accorder des dédommagements.

Dans leur demande de satisfaction équitable, formulée conformément à l'article 41 de la Convention, les requérants prétendaient 50.000 Euros au titre de dommages moraux (pour le préjudice moral engendré par la mise en fonction, à proximité de leur domicile, d'une exploitation industrielle dangereuse pour la vie humaine) et le deuxième requérant se prévalant d'un préjudice matériel demandait 146.789 Euros (pour le préjudice subi comme suite à la détérioration de l'état de sa santé, résultant de l'activité de s.c. „A” S.A.)

La Cour n'a pas accordé aux requérants aucun montant au titre de dommages matériels et moraux.

Concernant la réparation du préjudice matériel demandé par le deuxième requérant, la Cour a rejeté la demande en concluant qu'il n'y avait aucun lien causal entre la violation de la Convention et le préjudice prétendu. Elle a apprécié également que en l'espèce, la simple constatation de la violation de l'article 8 de la Convention constitue une réparation équitable (dans le sens de l'article 41 de la Convention) sans qu'il soit nécessaire, en tenant compte des circonstances de l'affaire, d'accorder des dédommagements pécuniaires pour les dommages moraux. En ce qui concerne les frais judiciaires, d'un montant de 7916 Euros, la Cour a obligé l'Etat roumain à payer 6266 Euros, le reliquat de 1650 Euros étant couvert par une aide du Conseil de l'Europe.

Rappelons toutefois l'opinion partiellement dissidente du juge Zupacic, à laquelle s'est rallié le juge Gyulumyan, qui a considéré que la Cour aurait dû accorder des dommages moraux en raison des efforts procéduraux des requérants et de l'état d'incertitude qu'ils ont connu pendant plusieurs années.

4. Le mécanisme roumain interne.

La Cour a relevé dans sa jurisprudence le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention et le fait que lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles des profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national, et elle a déclaré que l'Etat devait jouir d'une marge d'appréciation étendue.

Dans ce contexte, il convient de souligner, même s'il y a des limites, l'importance du mécanisme interne du droit de l'environnement.

Précisons tout d'abord que la condamnation de l'Etat roumain par la CEDH, pour la violation des dispositions de l'article 8 qui garantit le droit à un environnement sain et protégé,

est le premier arrêt en la matière et intervient à presque 15 ans de la ratification de la CEDH par la Roumanie (la Loi n°30 du 20 juin 1994)⁴.

Dans son arrêt, la Cour fait remarquer qu'il existe un cadre législatif national créé par la loi sur la protection de l'environnement (Loi n° 137/1995, au moment des faits) ainsi que des normes internationales spécifiques qui auraient pu être appliquées par les autorités roumaines. Dans l'esprit de sa jurisprudence restrictive, correspondant à la conception générale de la Convention, la juridiction de Strasbourg "rappelle que, dans la législation roumaine, le droit à un environnement sain est un principe à valeur constitutionnelle". Et même dans les conditions de l'année 2000, quand les faits s'étaient déroulés, le droit à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique n'était pas un simple „principe constitutionnel, mais un véritable droit fondamental”⁵.

Suite à la révision constitutionnelle intervenue en 2003, la Constitution roumaine consacre expressément „le droit de toute personne à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique (art. 35)⁶, et la loi cadre en la matière (L'ordonnance du Gouvernement n°195/2005 concernant la protection de l'environnement prévoit des garanties procédurales de ce droit: l'accès à l'information concernant l'environnement, en respectant les conditions de confidentialité prévues par la législation en vigueur, la consultation dans le processus de prise de décision dans le domaine de la politique et la législation environnementales, l'émission des actes réglementaires en la matière, l'élaboration des plans et des programmes, le droit de s'adresser directement ou par l'intermédiaire des organisations de protection de l'environnement, aux autorités administratives et/ou judiciaires lorsqu'il s'agit de problèmes environnementaux, le droit à la réparation pour le préjudice environnemental subi (art.5). Le texte constitutionnel consacre également le droit de toute personne à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique, ainsi que le devoir corrélatif de protéger et améliorer l'environnement. Nous précisons que la Décision du Gouvernement n° 878/2005 institue un cadre particulier pour faciliter l'accès du public à l'information concernant l'environnement.

⁴ A suivi l'Arrêt du 7 avril 2009, dans l'affaire Brânduse v./Roumanie (requête 6586/03). Le requérant a prétendu, parmi d'autres faits, que en raison de la présence d'un dépôt d'ordure dans le voisinage du pénitencier où il exécutait une peine privative de liberté et de la passivité des autorités pour trouver une solution, il était obligé de respirer l'air pollué et supporter l'odeur pestilentielle des ordures étant soumis à un risque réel de maladie. La cour a décidé que l'Etat n'a pas respecté les obligations découlant de l'article 8 de la Convention et que, par conséquent, le droit du requérant à une vie privé a été ainsi violé.

⁵ Dans l'affaire Surugiu c/ Roumanie (no. 48995/99, 20 avril 2004, qui concernait diverses actes, dont l'entrée de tierces personnes dans la cour de la maison du requérant et le déversement par ces personnes de plusieurs charrettes de fumier devant la porte et sous les fenêtres de la maison, la Cour a estimé que ces actes constituent des ingérences répétées dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de son domicile et elle a conclu à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, sans invoquer toutefois le droit à l'environnement.

Concernant le processus de constitutionnalisation du droit de l'environnement, voir : Mircea Dutu, *La reconnaissance et la garantie constitutionnelles et législatives du droit fondamental à l'environnement en Roumanie*, en **Revue européenne de droit de l'environnement**, nr.1/2004, p. 5 - 19.

⁶ „(1) L'Etat reconnaît le droit de toute personne à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique. (2) L'Etat assure le cadre législatif nécessaire à l'exercice de ce droit (3) Les personnes physiques et juridiques ont le devoir de protéger et d'améliorer l'environnement. A ces dispositions constitutionnelles s'ajoutent celles de l'alinéa 7 de l'article 44 selon lesquelles :”le droit de propriété oblige au respect des charges concernant la protection de l'environnement” ainsi que celles de l'alinéa 2 lettre e) de l'article 135 qui oblige l'Etat d'assurer, entre autres, „la restauration, la protection et le maintien de l'équilibre écologique”.

Enoncé dans le chapitre II du Titre II de la loi fondamentale (Les droits et les libertés fondamentaux), le droit à un environnement sain et équilibré du point de vue écologique est considéré par la doctrine comme appartenant à la fois à la catégorie des droits-libertés et à celle des droits-créances. Il correspond aussi à un droit individuel de jouir d'un environnement sain et équilibré du point de vue écologique (ce qui implique des droits-créances à la fois vis-à-vis de l'État et des tiers) et, en même temps, à un droit collectif, étant donné que la protection de l'environnement constitue un objectif „d'intérêt public majeur” et exige la protection de certains biens collectifs, qui ne peuvent pas être l'objet de la propriété privée comme l'air, la mer ou la faune sauvage.

La Roumanie a été le premier pays qui a ratifié la Convention d'Aarhus concernant l'accès à l'information, la participation du public à la prise de décision et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, par la Loi n° 86 du 10 mai 2000, et les droits procéduraux qui en découlent ont été introduits dans la législation interne. La Décision du Gouvernement n° 879/2005 a créé un cadre spécifique pour faciliter l'accès du public à l'information concernant l'environnement.

Sont consacrés aussi les principes essentiels de l'action de protection de l'environnement: le principe de précaution, le principe de prévention, le principe de la rétention des polluants à la source, le principe du pollueur payeur, celui de la conservation de la biodiversité et des écosystèmes spécifiques du cadre biogéographique naturel. En tant „qu'éléments stratégiques”, on prend en considération: l'information et la participation du public à la prise de décisions, l'accès à la justice en matière d'environnement, l'utilisation durable des ressources naturelles et en tant que modalités de leur mise en oeuvre le contrôle intégré de la pollution, l'évaluation de l'environnement, l'introduction et l'utilisation des leviers et des instruments économiques stimulatifs ou coercitifs etc.

La législation en vigueur établit également le régime des autorisations d'environnement, en tenant compte de l'acquis communautaire d'environnement. Précisions que l'Ordonnance du Gouvernement n° 68/2007 sur la responsabilité pour la prévention et la réparation des préjudices en matière d'environnement a transposé en droit interne les principes et les éléments essentiels de la Directive n°2004/35/CE. Par conséquent il existait et il existe au plan interne une législation suffisante et pertinente dont l'application assure le respect des exigences imposées par l'article 8 de la Convention⁷.

5. Conclusion: La place de l'Arrêt dans l'affaire Tatar v./ Roumanie dans le jurisprudence de la CEDH.

Après plusieurs dizaines d'arrêts dans lesquelles, en appliquant les dispositions de l'article 8 de la Convention concernant le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, par une interprétation extensive et évolutive, on a admis, par ricochet, la reconnaissance et la garantie de certains éléments „des droits à l'environnements”, l'Arrêt Tatar v./ Roumanie marque une étape importante de ce processus.

Le progrès principal qu'il accomplit concerne, en sus de la confirmation et la consolidation des obligations positives des Etats parties à la Convention, la réalisation des exigences de ce droit. La signification de ce premier cas de condamnation de la Roumanie renforce, dans ce contexte, la nouvelle perception globale du „droit à l'environnement”.

En effet, si l'Arrêt Lopez Ostra c/ Espagne (1994) établissait l'article 8 de la Convention comme base de la condamnation pour violation des obligations concernant l'environnement, huit ans ont été nécessaires pour que l'Arrêt Hatton c/ Royaume-Uni se réfère au „droit de l'homme environnemental” (environmental human right). Six ans plus tard, la Cour a défini également deux aspects de ce droit: celui d'environnement „sain” et celui d'environnement „protégé”. Le premier aspect a la primauté dans le temps et manifestement un caractère anthropocentrique intermédiaire qui correspond au stade de perception du droit de l'environnement par rapport et par ricochet avec les autres droits reconnus dans la Convention (comme le droit à la vie et, implicitement, celui à la santé) tandis que le second aspect constitue un saut quantitatif, représentant le passage à la consécration dans la jurisprudence de la CEDH d'un droit à un „environnement protégé”.

⁷ La jurisprudence de la CEDH y compris celle concernant l'article 8 de la Convention a montré „qu'il appartient à l'État de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique pour se conformer aux dispositions de la Convention ou redresser une situation ayant entraîné une violation.” – affaire Guerra et autres c/ Italie, arrêt du 19 février 1998, par. 74.



Ainsi, une obligation de moyens, celle de promouvoir „un environnement sain” est doublée par une obligation de résultats dans le but d’assurer „un environnement protégé”, même si elle est limitée à des droits procéduraux.

De cette façon, l’environnement devient l’objet de la protection, peu dépendant de l’intérêt humain, ce qui ouvre la voie à des conséquences importantes au plan des obligations positives en la matière des Etats.

Des développements nouveaux, allant dans le sens de la consolidation des significations environnementales de l’article 8 de la Convention et de l’autonomisation du nouveau droit à un environnement sain et protégé, sont à attendre dans la future jurisprudence de la Cour. Il apparaît néanmoins que la réception indirecte, par ricochet, dans les conditions de l’extension des significations des droits existants dans la Convention, présente des limites insurmontables et n’offre pas une protection suffisante et adéquate au droit de l’environnement qui correspond aux réalités qu’il affronte et à son importance actuelle.

C’est dans ce contexte et pour cette raison que les arguments et les chances d’un amendement de la CEDH, en vue d’une reconnaissance expresse de ce droit humain fondamental et de ses significations spécifiques, sont en train d’augmenter leur impact.

*Professeur Mircea Dutu
Université Ecologique de Bucarest*

Recensões

Wolfgang Kahl (org.)
Nachhaltigkeit als Verbundbegriff,
Mohr Siebeck, Tübingen, 2008

1. A obra em referência é um trabalho de consulta indispensável para todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito do ambiente em geral e à problemática da sustentabilidade em particular. Trata-se de uma obra colectiva que não deixa de reflectir o mundo plural da própria “*ambiance*” ambiental. Mas são os diversos saberes nela condensados que nos permitem ter acesso aos três pilares básicos do problema da sustentabilidade: a *sustentabilidade ecológica* (p. 425-535), a *sustentabilidade económica* (p. 535-620) e a *sustentabilidade social* (p. 620-669).

2. Seria, porém, redutor, insinuar que o trabalho consiste basicamente na análise dos pilares acabados de mencionar. Longe disso. Logo no capítulo 1^o os nossos horizontes ambientais ficam enriquecidos pelos desenvolvimentos dedicados à origem e contexto da sustentabilidade: delimitação conceitual numa perspectiva histórica, iluminação das relações entre sustentabilidade e ética, raízes da sustentabilidade no contexto do cristianismo e conexão da sustentabilidade com a ideia de bem comum.

3. No capítulo 2^o, a obra tenta oferecer-nos a problematização do enquadramento jurídico da sustentabilidade. Klaus Gärditz oferece uma cuidada análise da sustentabilidade no plano do direito internacional e Peter Häberle, no seu insuperável estilo, apresenta-nos o direito constitucional da União Europeia da sustentabilidade com base numa meticulosa construção erguida a partir de textos jurídicos.

4. O capítulo 3^o é dedicado a uma problemática raras vezes relacionada com a sustentabilidade. Basta, porém, um relance de olhos pelos contributos de Volker Ulrich, Eckhard Nagel, Michael Ebert e Wolfgang Kahl, para descobrirmos os laços escondidos da sustentabilidade com a mudança social. Mais concretamente, a sustentabilidade não pode continuar a ser analisada sem nos debruçarmos sobre os problemas demográficos da transformação da sociedade e da imigração e integração.

5. Pouco visível é também o processo de sustentabilidade no quadro das instituições jurídicas e políticas. Daí o grande interesse das abordagens de Wolfgang Kahl sobre a sustentabilidade e as instituições a partir de um prisma jurídico, de Martin Leschke, sob o ponto de vista da ciência económica, de Oliver Lepsius, centrado no Parlamento, e de Guido Schröder interessado nos aspectos da decisão política.

6. A sustentabilidade não se concebe, hoje, sem a análise da problemática do planeamento. É esse o objectivo de Konrad Goppel e Jörg Maier, dedicando desenvolvimentos interessantes ao ordenamento do território, e de Jens Kersten articulando sustentabilidade e planos urbanísticos (“*construção urbana*”).

7. Finalmente, o capítulo 6º é expressamente consagrado aos três pilares da sustentabilidade. Se dúvidas houvessem quanto à utilidade e operacionalidade de um conceito amplo de sustentabilidade, esta obra vem demonstrar três coisas. Em primeiro lugar, que a sustentabilidade ecológica exige o aprofundamento do estudo ambiental, da questão energética, da utilização ou usos do território, dos impostos e dos sistemas sancionatórios. Em segundo lugar, é impensável a discussão da sustentabilidade sem ter em conta o pilar da sustentabilidade económica, o que exige uma cuidadosa e informada análise da política de desenvolvimento, da economia de mercado, dos esquemas orçamentais e das estratégias empresariais. Por último, o terceiro pilar torna-se hoje vertebrador dos problemas sociais da sustentabilidade. O Estado Social e a segurança social passam por aqui.

Um livro a não perder. A sustentabilidade é também um problema de ignorância.

Coimbra, 10 de Novembro de 2009
José Joaquim Gomes Canotilho

The principle of sustainability: Transforming Law and Governance Ashgate Publ., Aldershot/UK, 2008, 242 págs

1. Introdução

Depois de “Em Nome da Natureza, o Caminho para um Estado Constitucional Ecológico”¹ e “Quando Dois Mundos Colidem: Sociedade e Ecologia”², Klaus Bosselmann volta a publicar uma obra de referência sobre uma temática nuclear do Direito Ecológico. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance (O princípio da sustentabilidade: transformando a lei e a governância)* é um marco da literatura jurídica ambiental que sistematiza, de forma persuasiva e lúcida, as linhas mestras do princípio da sustentabilidade.

A obra é encabeçada por um prefácio de Christopher Gregory Weeramantry, Vice-presidente do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ)³. A escolha deste juiz do Sri Lanka para prefaciar uma obra sobre sustentabilidade está estritamente relacionada com o julgamento do caso Gabcíkovo-Nagymaros, no TIJ, em 1997. As declarações de Weeramantry, afirmando o desenvolvimento ecologicamente sustentável como uma das ideias mais antigas da humanidade⁴ mas, sobretudo, como princípio fundamental de direito internacional moderno, têm merecido grande destaque na doutrina do Direito Internacional do Ambiente.

2. Breve história da sustentabilidade

Tal como Christopher Weeramantry, Klaus Bosselmann acredita que a ideia de sustentabilidade é uma ideia muito antiga e procura mostrar-nos as suas raízes históricas.

Em todas as civilizações, desde o início da agricultura, podemos identificar uma ideia consistente de sustentabilidade: explorar as *dádivas* da Natureza sem pôr em risco a substância dos recursos, sempre foi o maior desafio das civilizações. Na Europa, a história mais recente da sustentabilidade recua até ao século XIV, quando o desenvolvimento agrícola e a excessiva exploração da madeira (utilizada para aquecimento, para cozinhar e para construção), conduziram a uma crise ecológica grave. A erosão, as inundações, a descida dos níveis freáticos e a fome, seguidos pela Peste Negra, dizimaram, em meados do século XIV, um terço da população europeia. Pela primeira vez se teve consciência de que a protecção ambiental era condição de prosperidade económica a longo prazo. A resposta à crise foi um movimento de reflorestação em larga escala e a adopção de leis sobre exploração sustentável das florestas.

¹ Tradução nossa do título *Im Namen der Natur - Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, Scherz, Munich/Germany, 1992.

² Tradução nossa do título *When two worlds collide: Society and Ecology*, RSVP, Auckland/NZ, 1995.

³ Foi juiz entre 1991 e 2000 e vice-presidente entre 1997 e o final do seu mandato.

⁴ Com base numa análise das culturas mais antigas, o Juiz Weeramantry defende a gestão fiduciária dos recursos da terra, os direitos inter-geracionais, a protecção da fauna e da flora, o respeito pelo solo e a maximização do uso e preservação da capacidade regenerativa dos recursos naturais.

Avançando até ao século XX, Bosselmann olha para a contribuição das Nações Unidas para a sustentabilidade. No início da década de 80, a Comissão das Nações Unidas para o Ambiente e o Desenvolvimento (mais conhecida por *Comissão Brundtland*, em homenagem à sua Presidente, Gro Harlem Brundtland) com os seus membros provenientes de vinte e um Estados muito diferentes, muitos deles do hemisfério sul, estava tão preocupada com a degradação ambiental global, como com as discrepâncias sociais e económicas entre o “Norte” e o “Sul”.

Assim, a famosa definição *Brundtland* de desenvolvimento sustentável incluía duas dimensões éticas essenciais: a protecção dos pobres e a protecção do futuro. De facto, a justiça social é a dimensão mais presente em todo o *Relatório Brundtland*, não só devido às circunstâncias históricas em que foi elaborado⁵, mas também em virtude da composição da própria Comissão⁶. O grande desafio do relatório “O Nosso Futuro Comum”, foi conciliar o insustentável *sobre-desenvolvimento* do “Norte” com o *sub-desenvolvimento* do “Sul”, o que exigiu uma **fórmula** de desenvolvimento que reflectisse tanto a sustentabilidade ecológica como a justiça sócio-económica. O conceito adoptado pela CNUAD foi “desenvolvimento sustentável”, que, nas palavras da Comissão Brundtland, é “o desenvolvimento que permite satisfazer as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades. Ele engloba dois conceitos-chave: o conceito de necessidades, especialmente as dos pobres do mundo, a quem deve ser dada prioridade absoluta; e a ideia de limites impostos pelo estado da tecnologia e pela organização social na capacidade de o ambiente satisfazer as necessidades presentes e futuras”.

A partir daqui iniciou-se um uso inflacionado da ideia de sustentabilidade em combinações terminológicas como *economia sustentável*, *produção sustentável*, *comércio sustentável* ou *políticas sustentáveis*.

Mas a ultra-célebre definição de desenvolvimento sustentável, cunhada pela CNUAD, é frontalmente criticada por Bosselmann, que considera que as aproximações antropocêntricas ao desenvolvimento sustentável – como a de Brundtland – só complicam, porque tentam o impossível. A defesa da importância igual do desenvolvimento e do ambiente, o “modelo dos três pilares”, ou o também chamado “triângulo mágico” é pura ideologia.

Nesta acepção, se olhássemos para a história da Humanidade, não encontraríamos nenhuma sociedade sustentável, porque mesmo as sociedades pré-históricas ou as civilizações antigas (que pareciam fazer um uso parcimonioso da natureza e duraram milhares de anos), foram caracterizadas pela injustiça, pela opressão e pela violência.

Ora, se as características da justiça social e económica forem simultaneamente incluídas no conceito de sustentabilidade, nenhuma sociedade ou civilização foi alguma vez sustentável e, mesmo no futuro, a sustentabilidade seria uma ideia utópica e inalcançável.

⁵ Referimo-nos à seca na Etiópia, durante o ano de 1983, que, associada a uma guerra civil, pôs 7 milhões de pessoas à beira da morte. Esta catástrofe humana, com mais de um milhão de mortos confirmados entre 1984 e 85, esteve na origem de numerosos movimentos de solidariedade e de originais iniciativas filantrópicas por todo o mundo, como o *concerto Live Aid* a gravação do disco de beneficência *We Are The World*, em Julho de 1985.

⁶ Além da Noruega (de onde era originária a Presidente, Gro Harlem Brundtland, Primeira Ministra da Noruega), e do Sudão (país da nacionalidade do Vice-presidente, Mansour Khalid, Ministro dos Negócios Estrangeiros do Sudão), e os restantes membros vinham da Alemanha, Arábia Saudita, Argélia, Brasil, Canadá, China, Colômbia, Costa do Marfim, Estados Unidos da América, Guiana, Hungria, Índia, Indonésia, Itália, Japão, Jugoslávia, México, Zimbabué, Nigéria e URSS.

Por isso, Bosselmann acredita que, só simplificando-se, o termo pode ganhar operacionalidade e significado. Em vez de envolver as três formas de sustentabilidade — sustentabilidade *económica*, sustentabilidade *social* e sustentabilidade *ecológica* — num único conceito de **desenvolvimento sustentável**, a ideia só ganhará sentido útil se for a sustentabilidade *ecológica* a fornecer a direcção. As preocupações com a justiça social e a prosperidade económica são importantes, mas secundárias quando comparadas com o funcionamento dos ecossistemas ecológicos da Terra.

Ao contrário da visão habitual, que defende que a sociedade, a economia e o ambiente têm a mesma importância, (habitualmente conhecida como sustentabilidade fraca ou “business as usual”) defende-se agora que o desenvolvimento só será sustentável se permitir a preservação e a existência continuada dos sistemas ecológicos e será insustentável se a impedir.

A sustentabilidade ecológica é um pré-requisito do desenvolvimento e não um mero aspecto dele. Só o desenvolvimento ambientalmente sadio é que pode, de alguma forma, satisfazer as necessidades das gerações actuais e futuras.

Mas, para Bosselman, o próprio conceito de necessidades não é um conceito adequado, na medida em que é baseado em pura especulação acerca do futuro. Ora, se faz algum sentido pensar no futuro, é no futuro da vida, e não só da vida humana: o componente eco-cêntrico do desenvolvimento sustentável é crucial para tornar o conceito operacional.

Citando autores, como Edith Brown Weiss e Ulrich Beyerlin, favoráveis ao repensar do componente intergeracional do desenvolvimento sustentável em termos eco-cêntricos, conclui que “claramente a preservação do *stock* natural determina a capacidade de satisfazer as necessidades das gerações actuais e futuras”.

Sobretudo para os países desenvolvidos, não se trata de escolher livremente entre três objectivos políticos igualmente relevantes. Os objectivos como a prosperidade económica e a justiça social são secundários, no sentido de que só podem ser prosseguidos se não ameaçarem os sistemas ecológicos terrestres. O uso dos recursos naturais deve ser sustentável. Já os países em desenvolvimento não têm a mesma responsabilidade. O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, definido na declaração do Rio de Janeiro, afirmado na Convenção para as Alterações Climáticas e repetido seis vezes no plano de implementação de Joanesburgo, significa que os países desenvolvidos devem suportar uma parte especial da responsabilidade pela redução e eliminação dos padrões insustentáveis de produção e consumo.

Em suma, Bosselmann desenvolve um conceito holístico de “desenvolvimento ecológicamente sustentável”, cujo conteúdo é o seguinte: “não pode haver prosperidade económica sem justiça social; não pode haver justiça social sem prosperidade económica e ambas dentro dos limites da sustentabilidade ecológica”. Por outras palavras, defende a “obrigação de promover a prosperidade económica duradoura e a justiça social dentro dos limites da sustentabilidade ecológica”.

3. A sustentabilidade e a justiça

Para Klaus Bosselmann o princípio da sustentabilidade é um princípio jurídico tão amplo e tão fundamental como outros princípios, também eles considerados pilares da sociedade moderna: a justiça, a igualdade, a liberdade ou a paz.

Comparando a sustentabilidade com a ideia de justiça, verificamos que apesar de ser

difícil definir o que é a justiça, intuitivamente sabemos o que é justo ou injusto. Do mesmo modo, podemos ter dificuldade em definir a sustentabilidade, mas também conseguimos identificar situações sustentáveis e, sobretudo, insustentáveis. Exemplificando: a produção intensiva de resíduos, o consumo desenfreado de combustíveis fósseis, a utilização indiscriminada de veículos poluentes, são indubitavelmente insustentáveis.

Tal como temos um *sentido de justiça* também temos um *sentido de sustentabilidade*. Se uma pessoa vive a expensas de outra, nós dizemos que é injusto. Se as sociedades ricas vivem à custa das sociedades pobres, nós sabemos que isso é injusto. Por que é que havemos de considerar aceitável viver à custa das gerações futuras e do ambiente natural?

Por outro lado, o facto de termos escolha entre viver sustentável ou insustentavelmente faz com que a sustentabilidade seja uma questão de ética. A própria Declaração do Milénio das Nações Unidas⁷ reconhece o respeito pela Natureza como um dos “valores essenciais às relações internacionais” e apela a uma “nova ética” nas relações com a Natureza. Mas o princípio da sustentabilidade tem qualidades normativas. Ele é um princípio jurídico porque além de reflectir uma certa ética fundamental (respeito pela integridade ecológica) exige uma acção (proteger e restaurar) e é capaz de produzir efeitos jurídicos. O acórdão proferido pelo Tribunal Internacional de Justiça, no caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, constitui precisamente o reconhecimento de que a sustentabilidade tem funções jurídicas.

Segundo Bosselmann, a importância dos princípios não vem tanto do seu estatuto legal, mas da sua interpretação pelos tribunais, pelos governos e por quem tem que tomar decisões que possam afectar a integridade dos ecossistemas do Planeta. Assim, para tornar o princípio da sustentabilidade operacional e vinculativo deve ser detectado o seu âmago normativo. E mesmo que o princípio da sustentabilidade, como princípio fundamental, não possa ser definido em termos muito precisos, ele não deixa de ser indispensável como linha orientadora para a definição de políticas públicas. Na maior parte dos Estados europeus, a prossecução da sustentabilidade é um dever constitucional. Por isso, mesmo que o princípio da sustentabilidade ainda não tenha atingido um estatuto capaz de o tornar *ratio decedenti* nos tribunais (e, pelo contrário, se limite a ser sobretudo *obiter dicta*, como aconteceu no *Gabcíkovo-Nagymaros*, no Tribunal Internacional de Justiça), o valor prático deste princípio é fornecer-nos uma bitola para avaliar cada medida política.

Se a justiça tem a ver com uma distribuição justa de bens e encargos sociais, e a sustentabilidade implica escolhas entre necessidades e aspirações concorrentes, então, a aplicação do princípio da sustentabilidade envolve questões de justiça distributiva.

Além de organizar uma distribuição justa dos bens e encargos entre os Estados ricos e hiper-desenvolvidos do Norte e os Estados pobres e menos desenvolvidos do Sul, a preocupação agora é como proceder a uma distribuição ainda mais delicada, de recursos escassos, entre as gerações actuais e futuras. A dimensão intergeracional da justiça distributiva resulta do reconhecimento de que estamos a falhar no cumprimento da obrigação mais básica de cada geração, que é proporcionar um **futuro** para os nossos filhos. Uma das críticas habituais ao conceito *Brundtland* de desenvolvimento sustentável, é precisamente a definição das necessidades das gerações futuras. Ora, se é difícil saber quais as aspirações das gerações futuras, se não estamos seguros de quais sejam as suas necessidades ou as suas aspirações, esta incerteza exige prudência e precaução. E não há opção mais razoável

⁷ Adoptada pela Resolução da Assembleia Geral da Nações Unidas A/RES/55/2, de 8 de Setembro de 2000.

ou precaucional do que admitir que as gerações futuras aspirarão a viver num planeta tão *flourescente* como aquele que nós encontramos. Temos, por isso, o dever de transmitir a integridade dos ecossistemas planetários.

Porém, não é suficiente proteger os homens que vivem hoje e os que viverão amanhã, quando os próprios processos naturais que sustentam a vida estão em risco. É aqui que Klaus Bosselmann dá um salto qualitativo para defender uma justiça ecológica ou interespecies.

Explica-nos o nosso autor que, quaisquer considerações de justiça, aplicáveis ao mundo não humano, ficam de fora de todas as teorias da justiça. Pegando por exemplo na teoria da justiça de John Rawls, verificamos que os “agentes morais” de Rawls podem ser pessoas existentes hoje, ou até pessoas fictícias, vivendo amanhã, mas têm que ser **peçoas**. Tradicionalmente, as relações jurídicas são compreendidas como relações apenas entre pessoas. E nem as pessoas têm obrigações jurídicas para com a Natureza, nem a Natureza tem direitos para com as pessoas.

Mas se, numa perspectiva jurídica, podem ser atribuídos direitos a certos tipos de entidades não humanas – como empresas ou Estados – por que é que não poderão igualmente ser atribuídos direitos a outras entidades **vivas** não humanas? Não há, na opinião de Bosselmann, nenhuma razão nem legal nem lógica, para confinar os direitos à esfera dos seres humanos. A protecção do mundo não humano – a justiça interespecies – é uma dimensão incontornável da sustentabilidade. Claro que a protecção de espécies em perigo, como o panda gigante, por ex. pode ser defendida por razões antropocêntricas, mas a protecção dos ecossistemas, incluindo neles os Homens, é mais complexa e exige que pensemos ecocentricamente. A *ecojustiça* reflecte a ética subjacente à sustentabilidade e é um dos desenvolvimentos mais recentes do direito ambiental.

Naturalmente que a justiça interespecies exigirá alguma forma de representação institucional – por exemplo através de agências de curadoria (“*guardianship*”) ou de fideicomisso (“*trusteeship*”). Cabe ao Direito encontrar a figura jurídica adequada para a assegurar.

Em suma, da relação entre a sustentabilidade e a justiça, resultam os três elementos do conceito de justiça ecológica: a justiça intrageracional, a justiça intergeracional e a justiça interespecies.

Concordando que a proposta de ampliação do conceito de justiça (para abranger, além das gerações futuras, também os seres vivos não humanos) é, em termos teóricos, uma proposta bastante ousada, Bosselmann defende, todavia, que a sua aplicação prática será gradual e não exigirá qualquer revolução. Simplesmente, ao tomar decisões com incidências ambientais (por exemplo sobre a atribuição ou não de licenças ambientais, sobre a utilização dos solos ou a afectação das águas), as autoridades que deveriam ter em consideração o interesse público ou o interesse nacional, deverão agora, substituir esses interesses pelos interesses de todas as comunidades bióticas, incluindo os interesses colectivos e a longo prazo, tanto das gerações presentes como das futuras, e tanto dos seres humanos como de outras espécies.

4. A dimensão ecológica dos direitos humanos

Historicamente, os direitos humanos resultaram do liberalismo do século XVIII, que estabeleceu a ideia de liberdades individuais. Depois, nos séculos XIX e XX, os princípios democrático e social acrescentaram aos direitos humanos as dimensões de igualdade e

solidariedade. Em qualquer dos casos, a necessidade de protecção dos direitos humanos resultou do facto de os seres humanos precisarem de *defesa contra si próprios*. Mas os tempos mudaram. Além de representar uma ameaça para si próprio, actualmente o Homem é o animal mais perigoso do Planeta. Um animal que ameaça as próprias condições naturais de vida e os equilíbrios ecológicos de que depende. Por isso se exige o alargamento do conceito de solidariedade, passando as gerações futuras e o ambiente natural a estar também no âmago das preocupações, e a beneficiar dessa solidariedade.

Na realidade, os direitos humanos e o ambiente estão intrinsecamente ligados, na medida em que sem a consideração do ambiente, os direitos humanos correriam o perigo de perder a sua função fundamental, que é a protecção da vida humana, da saúde, da integridade física e do bem-estar: tanto os direitos humanos como o direito ambiental são necessários para proporcionar, a todos os Homens, melhores condições de vida.

As dimensões ecológicas dos direitos humanos podem ser analisadas em três perspectivas: primeiro, as ameaças ambientais aos direitos humanos clássicos; segundo, os novos direitos humanos ambientais de carácter procedimental, e terceiro, o novíssimo direito humano a um ambiente saudável.

A primeira perspectiva resulta do reconhecimento de que um dano ambiental pode violar direitos humanos. Por isso, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não foi muito difícil fazer derivar direitos ambientais dos direitos humanos existentes: a protecção ambiental resulta do direito à vida, ao bem-estar, à vida privada ou à propriedade. A degradação ambiental é relevante e os comportamentos degradadores do ambiente devem ser sancionados na medida em que causem uma violação directa e grave dos direitos dos indivíduos. Por exemplo, o direito à vida envolve o direito de prevenir riscos sérios para a vida humana, seja qual for a fonte dos riscos.

Por outro lado, na segunda perspectiva, desenvolveram-se direitos ambientais procedimentais: direito de acesso à informação ambiental, direito de participação pública em procedimentos ambientalmente relevantes, e direito de recurso judicial para protecção do ambiente. Muito ligados ao ideal democrático, estes novos direitos são apenas pré-requisitos para um melhor processo de decisão ambiental e não salvaguardam, eles próprios, a sustentabilidade ecológica.

A consequência lógica da fraqueza das duas anteriores dimensões, foi a defesa de um novo direito humano autónomo, o direito a um ambiente saudável. Este novo direito humano foi formulado, pela primeira vez, na declaração de Estocolmo: “o Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas, num meio ambiente de qualidade que lhe permita levar uma vida com dignidade e bem-estar, e é portador de uma obrigação solene de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras (...)”⁸. Desde então, as Constituições do mundo têm vindo a consagrar a protecção ambiental como um dever do Estado ou como um direito e até como um dever dos cidadãos⁹.

⁸ Princípio 1 da Declaração da Comissão das Nações Unidas sobre o Ambiente, reunida em Estocolmo, em 16 de Junho de 1972.

⁹ Segundo M. Mollo e outros (*Environmental Human Rights Report, Materials for the 61st Session of the United Nations Commission on Human Rights, 2005, Oakland, CA, Earthjustice Legal Defense Fund*), citado por Klaus Bosselmann (p.126), são noventa e sete as Constituições no mundo que, directa ou indirectamente, consagram o direito fundamental ao Ambiente.

Paradoxalmente, não deixa de ser igualmente verdade que, em certa medida, a protecção de certos direitos humanos individuais – direito de propriedade, liberdade de iniciativa económica – tem sido contraproducente para a protecção do ambiente. Assim, o fenómeno do chamado “esverdear” dos direitos humanos resulta da necessidade de abolir o direito de poluir e explorar, inerentes ao direito de propriedade dos recursos naturais, e de instalar, pelo contrário, um dever de uso sustentável.

Tal como são presentemente limitados por considerações sociais e democráticas, os direitos humanos devem ser também limitados por considerações ecológicas. Mas serão as instituições capazes de se adaptar aos novos direitos humanos ecológicos? No interesse da coerência e da eficiência do Direito, seria conveniente. No interesse da sobrevivência humana é obrigatório.

É verdade que, em virtude da diversidade, e por vezes até contradição, entre as tradições culturais, a ideia de que há direitos humanos universalmente aceites está, quando muito, a emergir. Mas, em termos de direitos humanos ambientais, uma coisa é certa: o ambiente é global por natureza e as funções dos ecossistemas terrestres ultrapassam qualquer identidade cultural. Por isso, o ambiente é o maior unificador da Humanidade.

Esta questão leva à análise das funções do Estado na protecção ambiental, ou seja o papel do Estado como curador (*trustee*) ambiental.

5. O Estado como curador ambiental

As funções do Estado como garante do princípio da sustentabilidade exigem a assunção de um novo papel: o papel de *curador* (“*trustee*”) ambiental.

A densificação do conteúdo deste novo estatuto do Estado vai ser feita de duas perspectivas: primeiro, no cumprimento das suas funções nacionais e depois no cumprimento das suas funções externas.

No plano nacional, as funções internas do Estado resultam da Constituição e são cumpridas através da legislação. Por isso, analisando os objectivos constitucionalmente atribuídos ao Estado, é possível desenvolver uma tipologia de *descrições* do Estado: Estado liberal, Estado social, etc.. Quando se enfatizam os objectivos ambientais, o Estado pode ser classificado como um “Estado ambiental”. Mas, se juntar o atributo ambiental à palavra “Estado” não diz muito sobre o real desempenho do Estado na protecção do ambiente, pelo menos ajuda a focar o debate sobre as políticas, os princípios e as leis mais relevantes, como aconteceu na Alemanha, com o debate em torno do *Umweltstaat* ou *Estado ambiental*. Muito debatida foi também a relação entre o *Umweltstaat* (*Estado ambiental*) e o *Rechtstaat* (*Estado de Direito*): estarão as obrigações constitucionais de proteger o ambiente em conflito com as liberdades individuais e direitos humanos protegidos pelo Estado de Direito ou, pelo contrário, serão as obrigações ambientais conciliáveis e até inerentes à ideia de liberdade e direitos humanos? Este último entendimento conduziu a um outro conceito, o de *Ökologischer Rechtsstaat* ou *Ökologischer Verfassungsstaat* (o *Estado de Direito ecológico* ou *Estado constitucional ecológico*) cujos ingredientes são a sustentabilidade ecológica, a justiça ecológica e os direitos humanos ecológicos, tal como anteriormente descritos.

No plano externo, o debate sobre as funções internacionais do Estado gira à volta da soberania territorial. Como pode a integridade territorial do Estado ser conciliada com a integridade ecológica da Terra?

Parte da resposta a esta questão encontra-se no princípio 21 da Declaração de Estocolmo: “de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos, em prossecução da sua própria política ambiental, e a responsabilidade de garantir que as actividades desenvolvidas dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora dos limites da jurisdição nacional”.

Porém, olhar para o ambiente apenas na perspectiva dos Estados tem um efeito absurdo, criando a percepção de que existem “*quatro ambientes*”: um ambiente que pertence ao próprio Estado (o seu território, incluindo os espaços terrestre, aquático e aéreo), um segundo ambiente que pertence aos outros Estados (os respectivos territórios), um terceiro ambiente que é pertença de todos os Estados (o alto mar, a Antártida e o espaço aéreo supra-jacente) e, por fim, um quarto ambiente, o ambiente global, que não pertence a ninguém (por exemplo, os sistemas climáticos ou o espaço extra-atmosférico).

Em relação a cada um destes “*quatro ambientes*” verifica-se uma hierarquia de obrigações. O primeiro ambiente é governado pelos direitos soberanos (direito de preservar mas também de usar e de explorar), o segundo é governado por uma obrigação de não causar danos (*alterum non laedere*, na acepção da Declaração de Estocolmo), o terceiro por um dever mais abstracto, de não danificar (que permite explorar, mas não sobre-explorar) e o quarto por uma mera obrigação de cooperação.

Na mesma linha, podemos também distinguir quatro formas de poluição:

1. A poluição intra-territorial, que é a que está confinada ao território do Estado no qual tem origem. Embora haja tratados que impõem obrigações¹⁰, aqui não há qualquer obrigação genérica de não poluir ou de proteger o *ambiente* interno do Estado.

2. A poluição transfronteiriça, que se refere à poluição que é originada em áreas sob a jurisdição de um Estado mas que tem efeitos (sobre o ar, a água, o solo ou a biodiversidade) na área sob a jurisdição de outro Estado. Aqui, há tratados sobre as várias formas de poluição transfronteiriça e ainda se aplicam princípios gerais do Direito, com efeitos limitadores do exercício da soberania territorial, e dos quais a prevenção e a precaução são os mais importantes. O objectivo destes limites não é a protecção directa do ambiente, mas apenas da integridade territorial dos Estados vizinhos e a utilização justa e equitativa dos recursos. A protecção do ambiente é só um efeito lateral. A mesma lógica se aplica ao conceito de recursos naturais partilhados, *maxime*, as águas internacionais.

3. A poluição que afecta áreas fora da jurisdição estadual e que podem ser classificadas como património comum da humanidade (fundos marinhos, Antártida), ou recursos partilhados (alto mar, espaço aéreo sobrejacente). Com a excepção de protecção do meio marinho (Convenção das Nações Unidas, de 1982, sobre o Direito do Mar¹¹), há poucos sinais de uma limitação da soberania territorial relativamente às áreas comuns.

¹⁰ Por exemplo, a Convenção sobre a Diversidade Biológica fala de um dever de os Estados evitarem a destruição das espécies, habitats e dos ecossistemas. Esta obrigação deve ser aplicada dentro das fronteiras nacionais mesmo quando não haja efeitos transfronteiriços ou globais óbvios.

¹¹ Especialmente os artigos 192.^o (“os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio marinho”) e 194.^o, n.^o 25 (“as medidas tomadas de conformidade com a presente parte devem incluir as necessárias para proteger e preservar os ecossistemas raros ou frágeis, bem como o habitat de espécies e outras formas de vida marinha em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo.”).

4. A poluição global inclui os impactes que se fazem sentir sobre o Planeta como um todo. Pela primeira vez, os limites à soberania dos Estados que venham a ser impostos não resultam de interesses territoriais dos Estados mas da necessidade de protecção ao ambiente em si mesmo. Como exemplos, temos a Convenção de Camberra, de 1980, para Protecção dos Recursos da Antártida, a Convenção para Protecção da Fauna e Flora Selvagem e Habitats na Europa, de 1979, a Convenção das Nações Unidas, de 1992, sobre Diversidade Biológica, etc. No entanto, todos estes regimes repousam na cooperação, em negociações, na boa fé, e em formas tradicionais de cumprimento voluntário.

Mas a Era da territorialidade está ultrapassada. O que um Estado faz **no** “seu” e **ao** “seu” território, afecta não só o “seu” território, mas o território de outros Estados e o ambiente planetário partilhado por todos.

As fronteiras perderam gradualmente as suas funções de protecção territorial e tornaram-se permeáveis às trocas humanas, materiais e intelectuais. Pela sua própria natureza, o armamento, o terrorismo, as tecnologias da comunicação, o livre comércio, o ambiente e os direitos humanos ignoram as fronteiras. Exercer a soberania territorial para protecção do Estado contra *invasões indesejadas*, faz, actualmente, pouco sentido.

Em suma, na Era da globalização, o Estado territorial deve procurar uma nova identidade e, sendo um facto que a territorialidade nacional está nos antípodas da indivisibilidade do ambiente global, a única opção válida é reajustar a ficção legal, à realidade ecológica.

A governança para a sustentabilidade exige o reconhecimento de que o ambiente está confiado ao Estado não em virtude da sua soberania ou de um qualquer título legal, mas em virtude das *leis* da física: qualquer território existe num ambiente global indivisível. Os Estados não podem reclamar soberania ou propriedade sobre o ambiente. O ambiente é um privilégio, e não um direito, e todos os títulos estão limitados pelo uso sustentável dos recursos ambientais. Nenhum Estado nem nenhuma entidade territorial podem reclamar direitos soberanos sobre os recursos naturais sem aceitar o dever de os usar sustentavelmente. Mais do que proprietários dos recursos, o Estado é *curador* ou *guardião* do ambiente.

Este estatuto não é inédito, mesmo fora do âmbito ambiental: na Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural, de 1972, também se restringe a soberania sobre recursos nacionais. Nas palavras da Convenção da UNESCO: “o património cultural e natural faz parte dos bens inestimáveis e insubstituíveis não só de cada país mas de toda a humanidade. A perda, por degradação ou desaparecimento, de qualquer desses bens eminentemente preciosos constitui um empobrecimento do património de todos os povos do mundo”.

Poder-se-ia pensar que pedir aos Estados soberanos que aceitem o cumprimento de um dever fundamental fiduciário, seria como pedir à raposa que tomasse conta das galinhas. Com efeito, o *apetite* dos Estados pela exploração do ambiente global é maior do que o interesse em preservá-lo. Porém, qualquer conceito realista da governança global tem que incluir os Estados. Os Estados estão no centro da arquitectura actual da governança internacional, e a União Europeia mostra que os Estados são capazes de reorganizar a sua soberania com imaginação e eficácia. Por isso, a questão não é **se**, mas **como** é que os Estados podem contribuir para uma efectiva governança global.

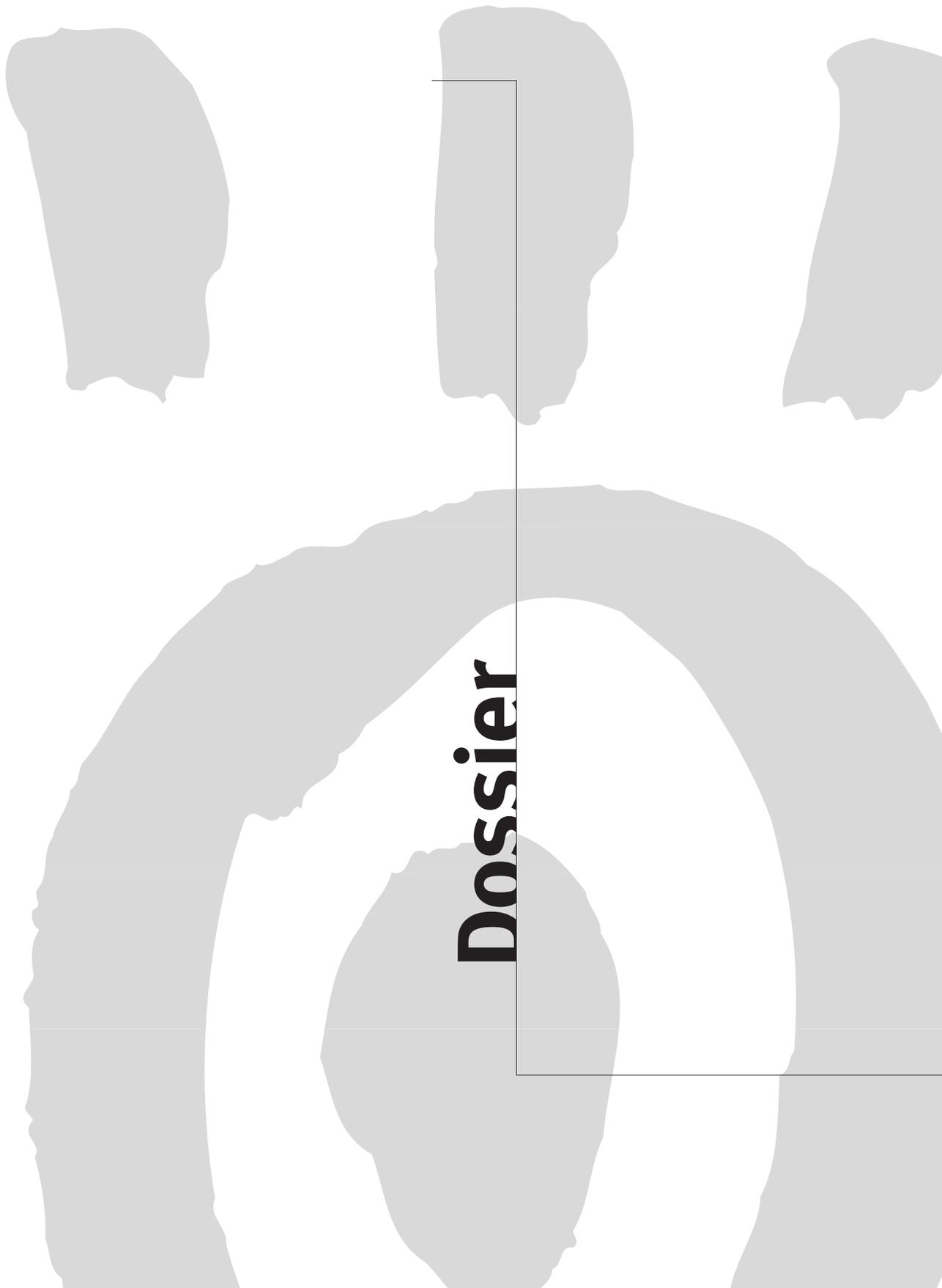
6. Conclusão

Nas palavras do autor, *as distâncias estão a desvanecer-se. O mundo tornou-se num lugar pequeno e o futuro já está aqui* (não podemos esquecer que as gerações não se sucedem em formação linear, mas coexistem contemporaneamente. Em cada momento podem co-habitar o Planeta até seis gerações).

Actualmente, são muitos os *sinais* da gravidade das perturbações globais, de origem humana, à integridade ecológica: são as secas, as cheias, as extinção de espécies, o aquecimento global, etc.. Numa nota de pessimismo, Bosselman acredita que a Humanidade está a caminhar para o desastre e que o Planeta ou será destruído pelos poderes de Estados militares ou pelos poderes da Natureza. Por isso, uma nova governança para a sustentabilidade é a única escolha que temos.

Em conclusão, através da obra *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, o autor dá-nos conta de um *Direito da Sustentabilidade* emergente, baseado na justiça ecológica, nos direitos humanos e em instituições adequadas. Torna-se assim claro que todo o Direito existente deve ser interpretado à luz do princípio da sustentabilidade. Além de auxiliar de interpretação, o princípio da sustentabilidade fixa um ponto de referência para a compreensão da justiça, dos direitos humanos e da soberania estadual.

Alexandra Aragão
Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra e CEDOUA



Dossier

Um exemplo de reabilitação urbana. A reabilitação da Baixa do Porto



A reabilitação urbana tem sido enquadrada de forma fragmentária pela legislação portuguesa, seja urbanística, seja de arrendamento urbano, de tal forma que o dever de conservação que impende sobre os proprietários não foi suficiente para travar os processos de degradação urbana. O investimento em reabilitação, pese embora os mecanismos financeiros disponíveis (como o RECRUA, o REHABITA, o SOLARH, etc.), escasseou e a tendência para a expansão urbanística, potenciada pelos amplos perímetros dos emergentes planos directores municipais, converteram a política de reabilitação urbana num parente pobre do direito do urbanismo.

De entre os principais problemas que, neste âmbito, se têm identificado, contam-se os seguintes:

i) Os planos municipais de ordenamento do território (de primeira geração) apenas se debruçaram sobre a delimitação dos núcleos históricos e a inventariação do património existente, sem, no entanto, terem apresentado opções próprias de ordenamento e gestão para essas áreas, demonstrando uma ausência de estratégia a este propósito;

ii) A legislação relativa ao arrendamento urbano que, tendo historicamente permitido o congelamento das rendas, contribuiu decisivamente para a degradação do parque urbano, na medida em que gerou desinteresse dos proprietários pelo estado de conservação dos seus imóveis;

iii) As políticas de planeamento, de habitação social (programas municipais e especiais de realojamento) e de localização das actividades comerciais que, privilegiando a expansão urbana e a construção de zonas mono-funcionais, descaram o potencial tradicionalmente integrador dos centros urbanos consolidados;

A degradação física, económica e humana, que resulta, em grande medida, da ausência de uma verdadeira política de reabilitação urbana, é particularmente visível em zonas urbanas históricas que, como a do Porto, se viram enredadas em ciclos de estagnação e de desinvestimento público, mas sobretudo de desinvestimento privado.

Efectivamente, de acordo com os dados estatísticos relevantes da reabilitação urbana elaborado pela SRU, e datado de 13 de Outubro de 2009, o estado de conservação dos edifícios reclamava uma intervenção urgente no património edificado do centro histórico do Porto. (tabela 14)



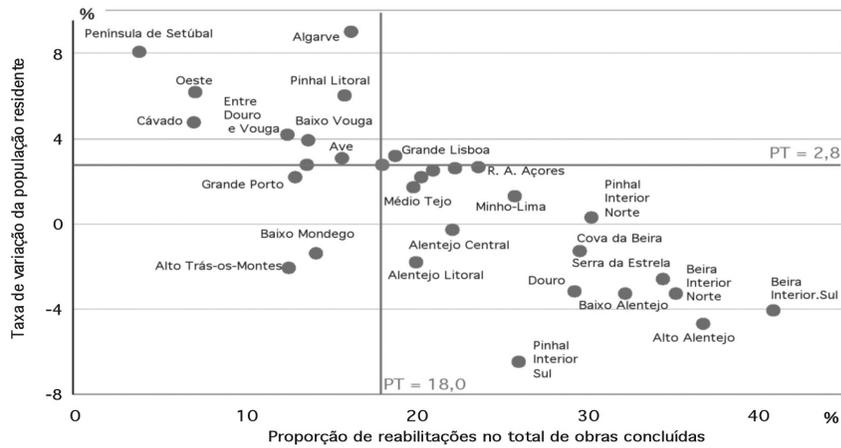
Reabilitação Urbana
Dados Estatísticos Relevantes

Estado de conservação	Antes de 1919		Antes de 1945		1946-1970		1971-1990		1991-2001		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
GRANDE PORTO												
Sem necessidade de reparação	3.508	1,3	12.463	4,7	31.856	12	26.423	10	34.404	13	35.932	13,6
Pequenas reparações / Reparações médias	10.506	4	28.846	10,9	36.062	13,6	15.207	5,7	12.045	4,5	5.164	2
Grandes reparações / Muito degradado	7.971	3	16.517	6,2	7.323	2,8	1.577	0,6	491	0,3	295	0,1
PORTO												
Sem necessidade de reparação	1.366	2,9	4.267	9,4	5.910	12,7	2.196	4,7	1.874	4	2.430	5,2
Pequenas reparações / Reparações médias	4.003	8,6	10.651	22,8	7.385	15,8	1.625	3,5	891	1,9	584	1,3
Grandes reparações / Muito degradado	3.338	7,2	6.840	14,7	1.570	3,4	174	0,4	95	0,2	69	0,1
ESPINHO												
Sem necessidade de reparação	47	0,6	324	4	972	12,1	872	10,9	1.385	17,3	1.129	13,8
Pequenas reparações / Reparações médias	182	2,4	699	8,7	964	11,9	451	5,6	365	4,4	232	2,9
Grandes reparações / Muito degradado	97	1,2	353	4,4	237	3	44	0,5	39	0,5	1	0
GONDOMOR												
Sem necessidade de reparação	434	1,2	1.368	3,9	4.780	13,6	3.936	11,2	4.773	13,6	5.582	15,9
Pequenas reparações / Reparações médias	1.296	3,7	3.075	8,7	4.763	13,5	2.020	5,7	1.472	4,2	783	2,2
Grandes reparações / Muito degradado	940	2,7	1.995	4,5	745	2,1	197	0,5	105	0,3	35	0,1
MAIA												
Sem necessidade de reparação	229	1	743	3	2.239	9,1	2.818	11,5	4.228	17,2	4.524	18,7
Pequenas reparações / Reparações médias	791	3,2	2.041	8,3	2.892	11	1.418	5,8	1.061	4,3	437	1,8
Grandes reparações / Muito degradado	703	2,9	1.243	5,1	663	2,7	237	1	66	0,3	20	0,1
MATOSINHOS												
Sem necessidade de reparação	307	1,9	1.459	9,1	4.418	27,6	3.892	24,3	4.793	29,9	3.129	19,5
Pequenas reparações / Reparações médias	652	5,3	3.095	19,3	5.300	32,2	2.203	13,8	2.004	12,5	528	3,3
Grandes reparações / Muito degradado	578	3,6	1.513	9,4	999	6,2	218	1,4	104	0,6	28	0,2
PÓVOA DE VARSIM												
Sem necessidade de reparação	99	0,7	492	3,4	1.692	28,8	1.932	32,8	2.613	44,4	2.605	44,3
Pequenas reparações / Reparações médias	229	3,9	805	13,7	1.810	30,8	1.132	19,2	859	14,6	309	5,3
Grandes reparações / Muito degradado	152	2,6	414	7	409	6,9	81	1,4	55	0,9	11	0,2
VALONGO												
Sem necessidade de reparação	160	0,9	492	2,8	1.680	9,7	1.875	10,9	2.749	15,9	3.331	19,3
Pequenas reparações / Reparações médias	378	2,2	1.147	6,7	2.214	12,8	1.079	6,3	998	5,8	336	1,9
Grandes reparações / Muito degradado	306	1,8	670	3,9	491	2,8	132	0,8	47	0,3	15	0,1
VILA DO CONDE												
Sem necessidade de reparação	236	1,2	722	3,5	2.179	10,7	2.574	12,6	3.389	16,6	3.905	19,1
Pequenas reparações / Reparações médias	670	2,8	1.345	6,6	1.930	9,5	1.252	6,1	1.095	5,4	475	2,3
Grandes reparações / Muito degradado	404	2	793	3,8	507	2,5	147	0,7	85	0,4	37	0,2
VILA NOVA DE GAIA												
Sem necessidade de reparação	576	1	2.498	3,9	7.986	12,5	6.338	9,9	8.590	13,5	9.237	14,5
Pequenas reparações / Reparações médias	2.195	3,4	5.989	9,4	8.994	14,1	4.027	6,3	3.310	5,2	1.480	2,3
Grandes reparações / Muito degradado	1.455	2,3	2.916	4,6	1.701	2,7	357	0,6	238	0,4	84	0,1

Fonte: Instituto Nacional de Estatística (INE)

Em contrapartida, da proporção das reabilitações físicas no total de obras concluídas e taxa de variação da população residente, por NUT III, 2001-2007, resultava para o Grande Porto um posicionamento negativo relativamente à média nacional, quer quanto ao parco peso da reabilitação (pouco mais de 10% das obras totais) quer quanto à fraca capacidade de captação de residentes.

Figura 3 - Proporção de reabilitações físicas no total de obras concluídas e taxa de variação da população residente, por NUTS III, 2001-2007



Fonte: INE, Estatísticas das Obras Concluídas. INE, Estimativas Anuais da População Residente.

Apesar desta e de outras situações de alarme, apenas com o Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio, revestiu o legislador as intervenções de reabilitação urbana no território mais problemático e degradado das cidades de interesse público urgente, dotando-as de mecanismos tendencialmente mais ágeis e eficazes, tanto ao nível institucional, como ao nível procedimental.

Na sequência da publicação deste regime legal, foram constituídas várias Sociedades de Reabilitação Urbana, de entre as quais a Porto Vivo, Sociedade de Reabilitação Urbana da Baixa Portuguesa S.A., que assumiu a seu cargo a tarefa de reabilitação urbana no centro histórico.



Esta tarefa, para além de co-envolver a atribuição àquela entidade de amplos poderes de programação do desenvolvimento/ recuperação urbanísticos da sua área de intervenção – através da definição de unidades de intervenção e da aprovação de documentos estratégicos –, comportou igualmente uma vasta competência em matéria de gestão urbanística (aprovação da realização de obras) e de contratualização com privados, proprietários ou não na área de intervenção.



A Porto Vivo SRU assumiu, desde sempre, que o seu papel não era apenas, ou sobretudo, o de “dirigir” a intervenção urbanística dos privados, impondo-lhes modelos pré-formatados de actuação ou, em última linha, substituindo-se a estes, mas actuar como agente público facilitador ou potenciador do investimento privado na reabilitação urbana. A visão empresarial e empreendedorista da Porto Vivo SRU tem conduzido a que promova, por exemplo, a contratação com entidades privadas para a disponibilização de produtos financeiros, designadamente crédito a habitação e crédito para a realização de obras por privados na zona de intervenção prioritária.



Os resultados são já visíveis, sobretudo nos quarteirões que contam há mais tempo com documentos estratégicos aprovados e eficazes, e nos quais as obras de reabilitação conhecem avanço significativo. É o caso do quarteirão Carlos Alberto e do quarteirão das Cardosas.



Unidade de intervenção do quarteirão de Carlos Alberto – Documento estratégico



Vistas interiores dos logradouros na área central do quarteirão



Cartograma de Síntese de Estado de Conservação (EC) e necessidade de Intervenção (NI)



EC/NI

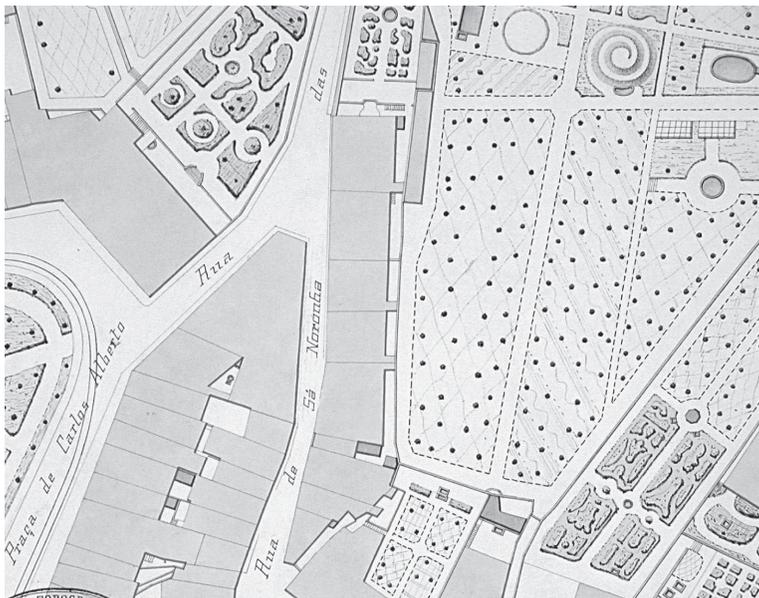
- BOM/ LIGEIRA
- RAZOÁVEL/MÉDIA
- MAU/PROFUNDA
- em OBRA







Fonte: Jorge, Filipe; Monteiro, Ana; Meneres, António.
O Porto visto do céu, Argumentum, ed., Lisboa 2000.



Fonte: Planta de Telles Ferreira – 1892. Arquivo Histórico / Casa do Infante

Alia-se ainda a esta intervenção da Porto Vivo SRU um inovador sistema multicritério que, nos termos do Plano Director Municipal do Porto e do Regulamento Municipal do Sistema Multicritério de Informação da Cidade do Porto SIM-Porto, giza compensações que assumem a forma de atribuição de direitos concretos de construção como contrapartida pelo interesse público da operação urbanística de reabilitação urbana que seja levada a cabo pelos interessados.



Recentemente, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro, apesar de se manter o modelo das Sociedades de Reabilitação Urbana (que, não obstante, têm de integrar o sector empresarial local), alteraram-se os mecanismos de intervenção destas, designadamente pela não manutenção da figura do documento estratégico e pela revalorização do plano de pormenor vocacionado para a reabilitação urbana. Os receios manifestados pelas SRU's existentes a esta solução foram, porém, ouvidos, já que o artigo 79.º do Decreto-Lei n.º 307/2009 mantém, para estas, um regime similar ao plasmado no Decreto-Lei n.º 104/2004: os documentos estratégicos continuarão, assim, a ser os motores da reabilitação urbana na baixa do Porto.

RevCED'06UA

Summaries

Human Rights Environment and Sustainability

Human rights, like all legal instruments, must respect ecological limits. These limits can be expressed in ethical and legal terms, considering that they define the limits and contents of human rights. This article deals with the development of environmental human rights, their legal recognition and the underlying philosophies.

In some way, the concerns for human rights protection and for environmental protection reinforce each other. Human rights and environmental law are both necessary to guarantee better living conditions.

Human rights can be applied to the environment in different ways. They can be used to indirectly combat environmental degradation (threats to existing human rights), they can be used for more effective environmental decision-making processes (procedural human rights), and they can be used to more directly enforce environmental protection (human right to a healthy environment).

The overall aim of this article is to show the dramatic influence that the principle of sustainability is having on human rights and our thinking about individual freedom, property and the interrelations between rights and responsibilities.

Klaus Bosselmann
University of Auckland

The conciliation principle: towards a sustainability control?

In the present context the administrative judge is faced with a new challenge: being a judge for the planet's sustainability.

The conciliation among the three pillars of sustainable development is the lowest level of environmental protection since the emergence of environmental protection as a public policy. The evolution from "public policies for environmental protection" to "sustainable development" wasn't done in one day and the conciliation principle corresponds to the present status of this evolution. The conciliation principle is the legal expression of sustainable development and a new methodological principle of constitutional value formulated by the French Constitutional Council. It offers a more tangible content to the concept of sustainable development and a constitutional value to the safeguard of the environment.

Chantal Cans
Maine University

The implementation of Local Agenda 21 in Portugal: the challenges for sustainable development

The aim of this article is to understand how Local Agenda 21 (LA21) is contributing to update local policy and decision making towards sustainable development in Portugal. Departing from a theoretical view of governance for sustainable development – its core values and challenges - and the role of LA21 in its endorsement, the paper presents the main results of a questionnaire survey submitted to Portuguese municipalities, with the purpose of under-

standing how far LA21 is being incorporated into planning and management. The paper then tries to expose some of the main potential, limitations and challenges in the local Portuguese case for the short-term sustainable future.

The exceptional legal regime of urban rehabilitation (Decree-law n.104/2004 of the 7th may). Sustainability as a determining principle of urban rehabilitation

Rehabilitation policies are one of the recent trends of modern urban law, as a reaction to the model of urban development based on phenomena of urban expansion and enlargement of the city's perimeter. Urban rehabilitation societies aim at creating rehabilitation dynamics – attracting new inhabitants, new businesses, more tourism and more services – and launching the bases for the investors and developers to buy and rehabilitate buildings, contributing effectively to the reversion of the process of population reduction, aging and impoverishment. Urban rehabilitation in the city center is a great challenge for all the parts involved, and particularly to the owners and investors which are the real actors of urban rehabilitation, those who contribute for a profitable and competitive market, a dynamic and sustainable economy in order to promote the improvement of the quality of urban life.

Urban rehabilitation societies are an indispensable element in the city management, in critical areas, where degradation has reached unacceptable levels and in historic areas, where conservation, recuperation or readaptation of urban heritage is a national imperative.

*Ana Maria Almeida:
APOR Executive Administrator
(Agency for the Modernization of Porto S.A)*