

*Sustentabilidade energética: entre os direitos subjectivos e a juridicização das políticas públicas**

RESUMO: A *sustentabilidade*, nas suas três dimensões (ambiental, social e económico-financeira), constitui hoje um *princípio estruturante* das actividades de promoção do bem-estar social, sejam elas desenvolvidas por entidades públicas ou privadas. Neste contexto, a efectividade do princípio há-de decorrer não apenas dos tradicionais instrumentos de controlo político, mas também da autonomização de novos direitos de radical subjectivo provenientes do aperfeiçoamento da *governance* e das *estratégias* enquanto instrumentos do “novo direito administrativo”.

É isso que procuraremos analisar a partir do estudo de alguns instrumentos jurídicos concretos: *certificados brancos, certificados verdes, serviços energéticos, revolving funds*.

Palavras-chave: sustentabilidade, certificados brancos, certificados verdes, estratégia, *governance*

1. Sustentabilidade energética

Não podemos desenvolver nesta sede um discurso aprofundado sobre o radical ético do conceito de sustentabilidade e os contornos normativos de uma *justiça ecológica individual*. Nem tão-pouco seria adequado desenvolver extensamente o tema da existência ou não de um *princípio supranacional* (ancorado no *jus cogens internacional*) de *desenvolvimento sustentável*¹ ou da sua possível recondução a um *direito subjectivo de natureza fundamental* (a activação dos direitos humanos como instrumento de reacção dos povos contra os

* O presente texto corresponde à comunicação apresentada nas IV Jornadas do Ambiente, Energias e Alterações Climáticas, que tiveram lugar em Aveiro, no dia 28 de Novembro de 2012, trata-se, por essa razão, de um escrito que recolhe as anotações problemáticas apresentadas em tom próximo do discurso oral e desprovido de referências bibliográficas.

¹ Bosselmann fala da passagem de uma “soberania operacional” para uma “soberania nacional formal” sobre o território, em consequência da construção do Estado Ambiental pelo direito global – uma nova abordagem dos poderes estaduais a partir da passagem dos problemas da **gestão do património comum** da humanidade para a **gestão global dos impactes ambientais**.

poderes – a emergência de uma *ciudadania ecológica* como marca da cidadania global para fazer face à cidadania económica, também ela hoje global²).

A abordagem que escolhemos para esta comunicação é mais directa e pragmática: em que medida, através de que instrumentos e com que resultados encontramos hoje um estágio de desenvolvimento da “economia verde” que nos permita aspirar, de forma realista e efectiva, a uma mudança de paradigma energético.

As mudanças ambiciosas anunciadas pela Alemanha no recente *National Renewable Energy Action Plan* suscitam muitas dúvidas em diversos sectores, e os críticos sublinham a falta de capacidade para a respectiva efectivação na prática.

Com efeito, o grande desafio actual da sustentabilidade não é político, nem cultural – as alterações climáticas e a generalização do risco têm contribuído para democratizar a “questão ambiental” como sublinha Giddens embora seja ilusório pensar que ela constitui já um *interesse público global*³ – mas sim económico: é possível mudar a matriz energética sem afectar a produtividade dos países e o nível de bem-estar das populações? É possível uma reindustrialização com uma matriz energética assente em renováveis?

2. As políticas públicas energéticas em contexto multinível, transnacional e de parceria público-privada

Tal como o ambiente é entendido hoje como uma *global policy*, na medida em que as questões têm necessariamente que ser resolvidas no contexto da

² Se se reconhece personalidade jurídica na ordem jurídica internacional ao investidor estrangeiro e ao comerciante internacional para se defenderem perante os actos dos Estados, por que não reconhecer o mesmo tratamento ao cidadão global que sofre os efeitos ambientais da má gestão das políticas? É esse balanceamento que hoje encontramos já em alguns instrumentos de direito internacional. Mas não deixa de ser importante sublinhar que a *efectividade* do direito transnacional de que beneficiam os primeiros por força do sistema de BIT e MIT é mais intensa do que a que protege os segundos no âmbito do direito internacional... será o mercado a resposta para a justiça?

³ Cf. Anthony GIDDENS, *La política del cambio climático* (tradução para o espanhol de Francisco Muñoz de Bustillo), Alianza Editorial, 2009.

condominialidade global do planeta, também a energia se pode e deve reconduzir a este tipo de enquadramento.

E não se trata apenas de uma consequência da aproximação do direito da energia ao direito ambiental, pois, em bom rigor, poderíamos até defender o contrário, ou seja, que *no plano político* o direito da energia se aproximou do direito ambiental, não como consequência do desenvolvimento daquele, mas antes como decorrência de uma nova estratégia energética que vê utilidade nesse entrosamento. Uma utilidade centrada, fundamentalmente, na resolução da equação económica do sobrecusto das energias renováveis, hoje essencial à garantia da segurança no abastecimento. Já se centrarmos a nossa análise no *plano jurídico*, iremos perceber que a aproximação é uma decorrência do desenvolvimento de um *novo direito público*, no qual emergem novos actores: os “garantes supraestaduais” de “especiais direitos subjectivos”. Algo a que voltaremos mais à frente.

O acesso a fontes de energia primária de origem fóssil (petróleo, gás natural) e a fontes de energia renovável (água, vento, biomassa...) é uma questão que tende, em certa medida, a aproximar-se.

Por um lado, o desenvolvimento do direito do investimento estrangeiro e dos mercados globais para as energias fósseis constituíram instrumentos de “limitação/regulação” dos poderes estaduais soberanos dos Estados-produtores relativamente aos respectivos recursos naturais, permitindo assim superar a “fase” das guerras e das conquistas pelo domínio das zonas onde estes recursos são abundantes, bem como “juridicizar” a mera resolução dos conflitos por via diplomática.

Por outro, contudo, não é menos verdade que o *direito do ambiente*, ancorado no *princípio do desenvolvimento sustentável*, constitui hoje um instrumento do mesmo tipo – *transnacional* (basta pensar nos mecanismos do *Protocolo de Quioto* e do *Protocolo de Gotemburgo*⁴ para as emissões; na *Convenção*

⁴ Protocolo para redução da acidificação, eutrofização e ozono troposférico, integrado na Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância (CLRTAP), da Comissão Económica para a Europa da Organização das Nações Unidas, estabelecido em 1999, em Gotemburgo, que fixou os limites de emissão de quatro poluentes atmosféricos a respeitar por cada país até 2010.

de Aarhus em matéria de obrigação de troca e partilha de informações ambientais; na *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar* em matéria de limites ao aproveitamento dos recursos haliêuticos e da biodiversidade marinha⁵; no *Convénio sobre a Cooperação para a Protecção e o Aproveitamento Sustentável das águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas*, habitualmente denominado Convénio de Albufeira, que estabelece regras para o benefício mútuo, sobre o uso e aproveitamento dos rios ibéricos transfronteiriços) – e que tem subjacente a mesma finalidade – limitar o poder soberano dos Estados (transformar os “*property rights*” em “*quase property rights*” e em “*property rights in common pool*”) no aproveitamento dos respectivos recursos naturais endógenos, mesmo quando eles são renováveis.

O ambiente constitui, nesta perspectiva, um instrumento essencial de regulação dos poderes de soberania sobre os bens. Perspectiva que nos leva a questionar o novo tipo de propriedade aqui subjacente e, nessa medida, a adequação e actualidade do instituto jurídico do domínio público enquanto feixe de poderes públicos sobre bens públicos, mesmo que se admita a respectiva rentabilização por privados através da “velhinha figura da concessão”.

Por exemplo: a reserva para o Estado de todos os direitos de utilização em *offshore* do vento para produção de energia eléctrica (direitos que são concessionados por concurso) promovida pelo Governo Dinamarquês no contexto das medidas de promoção das energias renováveis (*Act on Promotion of Renewable Energy* n.º 1392, de 27.12.2008) constitui, neste contexto, uma expressão de poder soberano sobre os recursos ou uma medida que alia a protecção ambiental, o clima e o Estado activador da sustentabilidade energética? Por outras palavras, o Governo Dinamarquês com esta medida pretendia afirmar a sua soberania ou gerir de forma mais eficiente a implantação de parques eólicos *offshore* através da criação de procedimentos concursais⁶?

Com efeito, também as modificações no contexto das relações entre o Estado e a Sociedade se repercutem neste domínio, com a emergência de novos imperativos sociais, económicos e políticos, como o dever de não poluir e de

⁵ O Regulamento (CE) N.º 2371/2002, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2002, relativo à conservação e à exploração sustentável dos recursos haliêuticos no âmbito da Política Comum das Pescas, constitui como um instrumento normativo europeu que, neste nível, garante a execução do disposto no artigo 117.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

⁶ Cf. [Market-based procedures for new offshore wind farms in Denmark](#)

“suportar” a evitação e mitigação das externalidades negativas⁷, ou ainda de reduzir o consumo energético (planos de eficiência energética, e de melhoria da eficiência energética das habitações e dos veículos⁸). Estes “deveres” não só afectam também o conceito e o âmbito do direito de propriedade privada, com a intensificação dos constrangimentos resultantes da *função social da propriedade*, como também transformam os privados em *stakeholders* dos usos e aproveitamentos da propriedade pública.

Tudo isto resulta num novo enquadramento dos poderes públicos que há-de ser tido em conta no momento da negociação de contratos administrativos relativos a outorga de licenças e concessões, pois a instabilidade que informa o quadro de actuação dos poderes públicos deve ser interpretada como um risco que se comunica aos co-contratantes, não sendo possível (sustentável!) continuar a imputar à esfera do Estado, como fundamento para a reposição do equilíbrio contratual, eventuais modificações no plano supranacional, internacional e transnacional que afectem os direitos económicos daqueles e que não resultem de medidas adoptadas pelo Estado enquanto fonte autónoma de decisão soberana.

Isto significa, em suma, que o *desenvolvimento do direito do ambiente* representa um “*enfraquecimento*” do direito de propriedade em geral (pública e privada), como consequência da valorização (e mais tarde, como veremos, “*comoditização*”) dos recursos naturais enquanto bens globais subordinados a esquemas de *global governance*. A busca de efectividade na implementação destas medidas (combate à “*tragédia dos comuns*”), obrigou, em parte, a abandonar os instrumentos tradicionais de direito administrativo e a “migrar” para esquemas de mercado, cuja linguagem mais universal e assente em esquemas de cooperação baseados na *teoria dos jogos* se revelaram mais

⁷ Veja-se o esquema de compensação de incómodos gerados pelos aerogeradores instituído na Dinamarca, que não se compagina com a tradicional regulação do ruído, antes se complementando com a criação de um “Fundo Verde” para reinvestimento em desenvolvimento local e projectos de mitigação de impactes ambientais.

⁸ Medidas que estavam em fase de franca expansão através do recurso a políticas fiscais de agravamento da tributação de veículos e habitações energeticamente menos eficientes, mas que foram “suspensas” na Europa por causa da crise.

eficientes e eficazes: *créditos de água, créditos de biodiversidade*⁹, *créditos de carbono, certificados verdes, direitos florestais, serviços de ecossistema e créditos de eficiência energética ou certificados brancos*).

Sublinhe-se, porém, que a equação económica das políticas públicas sustentáveis na energia é mais complexa do que no ambiente, pois o encadeamento de áreas de mercado (consumo e produção), com áreas de mercado mitigado (redes), e a inevitável interdependência entre elas na promoção global de soluções mais eficientes, torna difícil conceber, unilateralmente (mesmo no plano do Estado), soluções aceites e adequadas. Nesta medida, o aparecimento de novas formas de produção de bens públicos é ainda mais impressionante, seja nas *joint-ventures* reguladas para a construção de redes de interligação ou infra-estruturas de armazenamento, seja na concepção de mercados virtuais com o exclusivo propósito de melhorar a eficiência do sistema, como acontece, por exemplo, com: 1) os *certificados brancos* e os *contratos de gestão de procura* para garantir a segurança de um sistema eléctrico perante picos de procura; 2) os regimes de *virtual power plants* para financiar e reduzir os custos da capacidade instalada ociosa do sistema eléctrico (substituto da garantia de potência); e 3) os leilões de capacidade para o armazenamento do gás natural.

3. Os novos direitos subjectivos de radical transnacional

Para além da modificação jurídica no plano das políticas públicas, onde assistimos, como tivemos oportunidade de analisar, a uma “mitigação” dos poderes soberanos do Estado sobre os recursos naturais (e também ao fim da propriedade pública das infra-estruturas) em decorrência do avanço de “esquemas globais” de *governance ambiental* (avanços que contam com um

⁹ Sobre o sistema de *créditos de biodiversidade* como um dos instrumentos do *esquema de registo público de biobancos* criado pela Austrália – v. [Overview of the Biodiversity Credit Market](#). Um mecanismo que está também a ser estudado para implementação na Europa v. [The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking –Technical Report](#), afectando, por exemplo a localização de parques eólicos.

enorme trabalho da *bio-diplomacy* na preparação das agendas nacionais para as grandes cimeiras mundiais), também no plano dos direitos subjectivos se assiste, por via da *internormatividade*, a um reforço da protecção de posições subjectivas por parte de tribunais internacionais e órgãos jurisdicionais transnacionais, que acabam por consubstanciar uma limitação aos poderes dos Estados e dos privados. Trata-se, como muitos autores vêm sublinhando, de um processo de juridicização dos *direitos humanos ambientais*, baseado na activação de direitos pessoais (direitos fundamentais materialmente constitucionais), previstos em instrumentos de direito internacional.

[Case study 1 - Wildlife Preservation Society of Qld v Min. for Environment](#)

Na sequência da não sujeição a medidas ambientais de uma exploração de duas minas de carvão na Austrália, a Wildlife Whitsunday, uma ONG de North Queensland, intentou uma acção judicial (judicial review) contra as decisões do Federal Environment, considerando que violavam o disposto no Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act) em matéria de emissões de gases com efeito de estufa pelas actividades de mineração, transporte e uso do carvão em Queensland (era expectável que estas minas estivessem em exploração por 15 anos, com uma produção de 48 milhões de toneladas destinadas à exportação).

A questão central decorria de a lei australiana não prever o controlo das emissões, algo que os recorrentes invocavam ser essencial à finalidade da legislação ambiental e cuja “falha” foi explicada por muitos autores pela “falta” de *internormatividade* da Austrália neste ponto. O que acabaria por ser superado pela participação no [Asia-Pacific Partnership on Clean Development and Climate](#).

Sublinhe-se que no caso da barragem de Nathan ([Nathan Dam case](#)) – onde estavam em confronto os interesses da construção da barragem para exploração agrícola e produção de energia eléctrica e os interesses na defesa do ecossistema sensível da World Heritage Area – foi possível alcançar uma solução diferente a partir da aplicação da legislação nacional.

[Case study 2 - Comunidad Yanomami. Caso N° 7615. Resolución N° 12/85 CIDH](#)

O Brasil foi condenado pela CIDH por não ter garantido de forma conveniente, conforme lhe incumbia de acordo com os instrumentos de direito internacional, os direitos dos índios Yanomami na outorga de licenças de exploração mineiras em terras ocupadas por este povo tribal e nómada, pondo assim em risco a vida e a subsistência da referida comunidade.

4. O papel dos mercados e dos revolving funds como instrumentos do “enabling state”

Vejamos alguns exemplos de como um Estado, transmutado em *enabling state*, preferindo portanto os instrumentos financeiros de gestão dinâmica aos esquemas de “*command and control*”, poderá reorientar de forma sustentável a sua matriz energética, “gerindo” os valores da segurança no abastecimento e a mitigação dos custos das renováveis.

Se houve um avanço assinalável na *Cimeira de Durban* ele foi com certeza a criação do *Fundo Verde para o Clima*¹⁰, cujo propósito fundamental é assegurar financiamento para as acções de *mitigação* nos países desenvolvidos e *adaptação* nos países em desenvolvimento. Um instrumento que se espera, entre outros elementos, que contribua para financiar a modificação da matriz energética nos países desenvolvidos, auxiliando, conjuntamente com outros instrumentos de tipo semelhante – sobretudo os *revolving funds*, que em termos ambientais-energéticos são, em nosso entender, mais eficientes do que os *cash funds* (ex. fundo para o renove carro e renove casa) ou os *endowment funds*¹¹ – a sustentar financeiramente a redução de tecnologias energéticas associadas a uma “pegada ecológica” bem vincada, sobretudo nos sectores da habitação e dos transportes.

Ainda sobre esta matéria e para optar por um outro tema que não será abordado (penso!) pelas comunicações seguintes, pergunto se será efectiva a aposta no *biocombustível* e no mercado de títulos de biocombustível para enfrentar a *sustentabilidade na mobilidade*. Os dados da questão até ao momento são os seguintes: a produção de *biocombustíveis* tem aumentado, mas até agora

¹⁰ O [Fundo Verde para o Clima](#) é um instrumento (um *trust*) com personalidade jurídica internacional e com competência para a prossecução das suas principais finalidades – *financing adaptation and mitigation: “promote the paradigm shift towards low-emission and climate-resilient development pathways by providing support to developing countries to limit or reduce their greenhouse gas emissions and to adapt to the impacts of climate change, taking into account the needs of those developing countries particularly vulnerable to the adverse effects of climate change”*.

¹¹ Grande parte dos autores considera que as três modalidades de fundos são igualmente eficientes desde que cada uma seja aplicada a acções adequadas, mas entendemos que melhor do que redistribuir (como se faz através de sistemas de *cash fund*) ou investir (como acontece nos *endowment funds*) é o *investimento comprometido*, típico dos *revolving funds*, que permite uma maximização da eficiência na aplicação dos recursos.

não há tecnologia capaz de substituir o petrocombustível; a utilização de óleo de palma tem enormes custos ambientais (desflorestação) e pouca rentabilidade; outros produtos de base alimentar suscitam questões éticas¹²; as algas são uma tecnologia promissora, associada à sua qualidade de captura de CO₂, mas ainda não está em estágio de comercialização e faltam estudos para garantir a sustentabilidade da sua produção; o recurso ao cultivo de plantas oleaginosas de espécie silvícola e pequeno porte destrói os solos e tem pouca qualidade como carburante. Com estas condicionantes, o biocombustível está condenado a ser um complemento do petrocombustível ou pode o seu uso ser racionado para transporte mais eficiente, como o transporte colectivo?

Os autores defendem que a chave para o sucesso está na complementaridade, a qual pode ser melhorada com o mercado de títulos de biocombustível, e com um sistema de tributação mais justo, acrescentamos nós, enquanto não surgem formas de reinventar a mobilidade para lá do combustível líquido!

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

¹² Segundo um relatório do Banco Mundial, a quantidade de cereal necessária na produção de combustível para encher o tanque de um SUV com etanol alimentaria uma pessoa um ano inteiro.