CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA
apresentadas em 19 de Maio de 1987

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No seguimento das acções movidas contra vários Estados-membros por incumprimento da Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à protecção das aves selvagens, a Comissão visa desta vez a legislação da República Federal da Alemanha, concretamente a Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) — Lei Federal sobre a Protecção da Natureza — de 20 de Dezembro de 1976.

2. Inicialmente, a Comissão formulara contra a referida lei três acusações relativas à sua não compatibilização com o direito comunitário. Todavia, no decurso do processo, a República Federal da Alemanha alterou, por lei de 18 de Dezembro de 1986, a BNatSchG; em consequência, a Comissão reconheceu, na audiência, que deixaram de ter razão de ser duas dessas acusações, às quais o novo texto da lei dava resposta adequada.

3. A Comissão não retirou, contudo, a outra acusação, respeitante ao artigo 22.°, n.° 3, da BNatSchG, que foi reproduzido integralmente no artigo 20.°, alínea f), n.° 3, da lei de 18 de Dezembro de 1986.

4. Segundo a Comissão, a derrogação aí prevista, abrangendo várias das proibições incluídas nos artigos 5.° e 6.°, n.° 1, da Directiva 79/409, seria demasiado genérica, não obedecendo aos critérios estritos previstos no artigo 9.° da directiva. Em particular, tal disposição da legislação alemã não conteria qualquer referência ao princípio da proporcionalidade nem à exigência, constante do artigo 9.° da directiva, de as derrogações só serem admitidas para evitar «danos importantes» (ao contrário do que pode ler-se, por exemplo, no artigo 26.°, n.° 3, ponto 1). No conflito de interesses entre a protecção das aves selvagens e a exploração normal do solo ligada às actividades agrícolas, silvícolas e da pesca, a legislação alemã daria sempre prevalência a esta última, enquanto a directiva só permitiria tal ordem de prioridades tratando-se de prevenir danos importantes às culturas, ao gado e às florestas, e não por razões de carácter económico.

5. O Governo alemão parte, por sua vez, da constatação de que os artigos 5.° e 6.° da directiva respeitam unicamente a actos intencionais, no sentido de actos praticados com um determinado objectivo e no interesse da realização desse objectivo. Logo, o mecanismo de derrogação a tais artigos, contido no artigo 9.° da directiva, limitar-se-ia igualmente aos actos intencionais previstos nos referidos artigos. Quanto aos actos não intencionais, não estando abrangidos pelos artigos 5.° e 6.°, não seriam proibidos, não se pondo, relativamente a eles, o problema da aplicação do artigo 9.° da directiva.

6. Ora, a disposição do n.° 2 do artigo 22.° da BNatSchG [n.° 1 do artigo 20.°, alínea f), da versão de 1986], inserida num diploma que visa genericamente a protecção da natureza, iria mais longe que a própria directiva, já que a protecção que institui

para as aves selvagens abrangeria quer os actos intencionais, quer os actos cometidos por imprudência.

7. As derrogações do n.° 3 devem portanto, segundo o Governo alemão, apreciar-se relativamente ao nível de protecção estabelecido no n.° 2 do artigo 22.° (n.° 1 do artigo 20.°, alínea f), da versão de 1986); nesse contexto, o n.° 3, designadamente quando fala em «exploração normal do solo», não abrangeria senão os actos de carácter não intencional, únicos compatíveis com os objectivos da disposição e, em geral, da BNatSchG, incluindo os imperativos de protecção da natureza e das paisagens.

8. Como resolver?

9. É indiscutível que a proibição do n.° 2 do artigo 22.° (n.° 1 do artigo 20.°, alínea f) da BNatSchG não distingue entre actos intencionais e não intencionais, abrangendo (tal como decorre da disposição sancionatória do artigo 30.°) perturbações cometidas por negligência.

10. Mas igualmente não distingue entre as duas categorias de actos a derrogação prevista no n.° 3 do referido artigo 22.° (artigo 20.°, alínea f) da actual versão), cabendo uns e outros no respectivo dispositivo.

11. Todo o problema estará então na interpretação a dar à noção de «exploração normal do solo», por aí se definindo o âmbito da derrogação.

12. Não se contesta que uma apurada actividade hermenêutica possa levar a incluir nesse conceito, e portanto na derrogação a ele ligada, apenas os actos negligentes ou, quando muito, cometidos com o chamado «dolo eventual». Esse resultado poderia, até, estar de acordo com os hábitos prevalecentes entre os agricultores e pescadores da República Federal da Alemanha.

13. No fundo, seria a ideia de «consequência inevitável» — ou, porventura, a de «inexigibilidade de outro comportamento» — que permitiria delimitar o âmbito da derrogação, evitando qualquer desconformidade com a directiva.

14. A distinção — que aliás é difícil de estabelecer — não transparece, porém, do texto da disposição, nem de qualquer outro texto normativo.

15. Ora, não pode excluir-se que uma interpretação mais lata da noção de «exploração normal do solo» permita nela abranger também os actos intencionais, designadamente os praticados com «dolo necessário» ou, mesmo, com «dolo directo». Aí, então, a derrogação teria de respeitar os critérios do artigo 9.°, designadamente a referência a qualquer dos motivos nele enunciados e a inexistência de outra solução satisfatória.

16. E isso, manifestamente, não acontece.

17. Tornar-se-iam, então, legítimos, ao abrigo da lei, comportamentos à margem de qualquer preocupação de protecção, que a directiva procura, justamente, evitar.

18. Independentemente disso, a noção de «exploração normal do solo» é compatível com actos — por exemplo, os praticados com «negligência consciente» ou com «negligência grosseira» — que conviria desencorajar no quadro de tal actividade, de acordo, aliás, com os objectivos da directiva.

19. A obrigação, imposta às autoridades jurisdicionais de cada Estado-membro, de interpretar o seu direito nacional à luz do texto e da finalidade da directiva que aquele deveria executar [1], não elimina a obrigação,

1 — Ver acórdãos de 10 de Abril de 1984 nos processos 14/83, Von Colson e Kamann, e 79/83, Harz/Deutsche Tradax, Recueil 1984, p. 1891 e 1909, ponto 26, 1921 e 1942, ponto 26.

imposta a todas as demais autoridades desse Estado-membro, designadamente às autoridades legislativas, de tomar, no âmbito das respectivas competências, todas as medidas aptas a assegurar a transposição e, portanto, a realização dos objectivos do diploma comunitário.

20. Não se quer com isto dizer que a disposição incriminada viole de modo flagrante os comandos da directiva; deixa, porém, subsistir uma ambiguidade quanto ao âmbito das obrigações que impõe, que não permite afirmar que ela respeite cabalmente as exigências de clareza e segurança das situações jurídicas pretendidas pela directiva, as quais, à luz da jurisprudência do Tribunal, podem considerar-se como condição para reconhecer a conformidade com as directivas dos textos normativos que devem dar-lhes execução [2].

21. Talvez possa, aliás, encontrar-se uma expressão dessa ambiguidade no seguinte facto citado pelo governo da República Federal da Alemanha na resposta à notificação de incumprimento: certos *Länder* reproduziram o artigo 22.°, n.° 3, da BNatSchG nas suas leis de protecção da natureza, ao passo que outros adoptaram, ao abrigo do mesmo preceito, disposições derrogatórias de formulação mais estrita. Foi este último o caso da Baixa Saxónia, que limitou a derrogação em causa à hipótese de *não ser possível evitar* as consequências danosas do funcionamento normal da agricultura e da silvicultura sobre as plantas e os animais especialmente protegidos.

22. É por estas razões que vos propomos que declareis que a República Federal da Alemanha não adoptou, no prazo fixado, as disposições necessárias para dar cumprimento integral às obrigações decorrentes da Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, e que, por tal motivo, não cumpriu uma obrigação que lhe incumbe por força do Tratado CEE.

23. De harmonia com o disposto no n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento Processual, a parte vencida deve ser condenada nas despesas.

2 — Ver, por exemplo, o acórdão de 6 de Maio de 1980 no processo 102/79, Comissão/Bélgica, Recueil 1980, p. 1473 e seguintes; no mesmo sentido, acórdão de 30 de Janeiro de 1985 no processo 143/83, Comissão/Dinamarca, Recueil 1985, p. 427 e seguintes.