

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

PROTEÇÃO AMBIENTAL E LICENCIAMENTO ÚNICO AMBIENTAL

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

JANEIRO 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Banco no edifício do CEJ

Foto

José Garrido - CEJ



O ambiente é uma preocupação global e a necessidade da sua protecção leva também a que exista uma cada vez maior regulamentação legal que lhe dê eficácia.

O Direito Administrativo foi pioneiro e mantém-se na vanguarda dessa protecção.

O e-book que agora se publica mostra também o cuidado do Centro de Estudos Judiciários em abordar estas matérias no âmbito dos seus Planos de Formação.

Os textos e vídeos aqui reunidos sobre a jurisprudência europeia em matéria ambiental, sobre licenciamento ambiental, sobre, as alterações ao regime jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental e sobre compensação ecológica ficam para registo mas, fundamentalmente, para que possam ser úteis a juízes/as e magistrados/as do Ministério Público (destinatários iniciais destas reflexões), mas também por toda a Comunidade Jurídica a quem ficam disponibilizados.

É um orgulho para o CEJ poder contar com a colaboração dos autores dos textos (Carla Amado Gomes, João Tiago Silveira, Esperança Mealha e Luís Batista) nunca sendo de mais realçá-la, pois só assim pode cumprir-se o objectivo final de divulgar o trabalho de formação feito para que todos/as o possam aproveitar!

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Proteção Ambiental e Licenciamento Único Ambiental

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Fernando Martins Duarte – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Ana Carla Palma – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Tiago Brandão de Pinho – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Organização:

Marta Cavaleira, Ana Carla Palma, Fernando Duarte

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017/2018:

Proteção Ambiental e Licenciamento Único Ambiental –25 de maio de 2018 ([programa](#))

Intervenientes:

Esperança Mealha – Juíza Desembargadora, Referendária no Tribunal Geral da União Europeia

João Tiago Silveira – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Carla Amado Gomes – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luís Batista – Jurista

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf>.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 08/01/2020	

Proteção Ambiental e Licenciamento Único Ambiental

Índice

1. A jurisprudência europeia em matéria ambiental	9
Esperança Mealha	
2. Licenciamento Ambiental	39
João Tiago Silveira	
3. A revisão do regime de avaliação de impacto ambiental (A.I.A.) no contexto da plena transposição da directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril: um impacto desfavorável	65
Carla Amado Gomes	
4. Sobre a compensação ambiental (ou ecológica) <i>ex ante</i> de danos à biodiversidade. Revisitar um tema	81
Luís Batista	

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**1. A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA
EM MATÉRIA AMBIENTAL**

ESPERANÇA MEALHA

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA EM MATÉRIA AMBIENTAL*

Esperança Mealha**

Introdução

1. Biodiversidade

2. Água (Diretiva das Águas Residuais Urbanas)

3. Ar

3.1. Diretiva Qualidade do Ar

3.2. Emissões de gases com efeito de estufa (Diretiva CELE)

4. Organismos geneticamente modificados (OGM)

5. Responsabilidade civil ambiental

Nota final

Apresentação *Power Point*

Vídeo

Introdução

As políticas e legislações ambientais da União Europeia (UE ou União) foram desenvolvidas ao longo de décadas e são das mais exigentes do mundo. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável é um objetivo abrangente para a União, que está comprometida com um elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente (artigo 3.º do Tratado da União Europeia). A política ambiental da UE tem por base, nomeadamente, os artigos 11.º e 191.º a 193.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e visa os seguintes objetivos fundamentais:

- i) Preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente;
- ii) Proteção da saúde das pessoas;
- iii) Utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- iv) Promoção de medidas destinadas a enfrentar os problemas do ambiente e, designadamente, a combater as alterações climáticas.

É entendimento geral que a política ambiental da União é uma das áreas mais positivamente influenciadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). É comum afirmar-se que um dos grandes méritos do TJUE tem sido a afirmação do princípio de que os Tratados não devem ser interpretados de forma rígida, mas antes tendo em conta o estado de integração e os objetivos dos próprios Tratados. Esta jurisprudência tem permitido à União legislar em áreas não abrangidas por disposições específicas dos Tratados. Foi na linha deste entendimento jurisprudencial que o Tribunal de Justiça reconheceu à Comissão Europeia competência para adotar legislação em matéria ambiental, apesar de a palavra “ambiente” estar omissa do texto original do Tratado CEE¹. Assim como reconheceu à então Comunidade Europeia a competência para adotar

* *O presente artigo corresponde, com algumas alterações, à intervenção proferida no CEJ, no dia 25 de maio de 2018, no âmbito da ação de formação contínua “Proteção ambiental e Licenciamento Único Ambiental”..

** Juíza Desembargadora, em licença para o exercício de funções como referendária no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas no presente artigo são estritamente pessoais e não vinculam senão a autora.

¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de março 1980, Comissão/Itália (92/79, EU:C:1980:86, n.º 8), onde se conclui que as diretivas em matéria ambiental podem enquadrar-se no artigo 100.º do Tratado CEE, na medida em que as disposições impostas por considerações de saúde e de ambiente podem ser suscetíveis de

medidas no domínio do direito penal, quando as mesmas se mostrassem “necessárias” para a prossecução do objetivo de proteção do ambiente².

A intervenção do TJUE na área do direito do ambiente depende, naturalmente, das competências que estão atribuídas às suas duas jurisdições.

A este respeito recorde-se que ao Tribunal de Justiça cabe decidir os pedidos de reenvio prejudicial (artigo 267.º TFUE) formulados pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros que são os juízes de direito comum do direito da União. Entre estes pedidos de reenvio constam, com relativa frequência, pedidos respeitantes a litígios ambientais, solicitando a clarificação ou interpretação do direito da União ou questionando a conformidade da respetiva legislação nacional com o direito da União. Além disso, o Tribunal de Justiça tem sido chamado a interpretar as regras de direito do ambiente no âmbito de ações por incumprimento (artigo 258.º TFUE), intentadas pela Comissão contra um Estado-Membro, com fundamento na violação, por parte deste, das obrigações em matéria de direito do ambiente que lhe incumbem por força do direito da União.

O Tribunal Geral, por seu turno, é a instância competente para julgar, em primeira instância, as ações (“recursos”) interpostas pelas pessoas singulares ou coletivas que visam anular os atos das instituições, dos órgãos ou dos organismos da União. Das decisões do Tribunal Geral cabe recurso jurisdicional para o Tribunal de Justiça, limitado às questões de direito.

Apresenta-se a seguir uma pequena seleção de acórdãos, proferidos pelo TJUE entre 2016 e 2018, nas seguintes matérias:

- i)* Biodiversidade (Diretiva Habitats e Diretiva Aves)
- ii)* Água (Diretiva das Águas Residuais Urbanas)
- iii)* Ar (Diretiva Qualidade do Ar e Diretiva CELE)
- iv)* Organismos geneticamente modificados (OGM)
- v)* Responsabilidade civil ambiental

prejudicar as empresas às quais são aplicáveis, e, na falta de uma aproximação das disposições nacionais na matéria, a concorrência pode ser sensivelmente falseada.

² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de setembro 2005, Comissão/Conselho (C-176/03, EU:C:2005:542, n.ºs 48, 52), onde se salientou que embora as regras de direito penal não estivessem, em princípio, abrangidas o âmbito da competência da então Comunidade Europeia, o legislador comunitário não estava impedido de tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considerasse necessárias para garantir a plena efetividade das normas em matéria de proteção do ambiente.

1. BIODIVERSIDADE

A Diretiva Habitats (Diretiva 92/43/CEE)³ tem como objetivo principal contribuir para assegurar a conservação dos habitats naturais e de espécies da flora e da fauna selvagens⁴ considerados ameaçados no território da União Europeia. Para esse efeito prevê, nomeadamente, a criação da Rede Natura 2000⁵ e estabelece um regime de proteção que identifica as espécies da fauna e flora selvagens que requerem uma proteção rigorosa, mesmo fora das áreas que integram a Rede Natura 2000. Esta Diretiva regula a captura, o abate, a colheita das espécies, a detenção, o transporte e o comércio, bem como a perturbação da fauna e a destruição de áreas importantes para as diferentes fases do seu ciclo de vida. Além do mais, esta Diretiva impõe aos Estados-Membros a obrigação de, num prazo de seis anos a contar da designação dos Sítios de Importância Comunitária (SIC), adotarem as medidas necessárias para assegurar a manutenção ou o restabelecimento do estado de conservação favorável dos valores naturais que estão na sua origem.

A Diretiva Aves (Diretiva nº 2009/147/CE), por seu turno, diz respeito à conservação de todas as espécies de aves (incluindo habitats, ovos e ninhos) que vivem naturalmente no estado selvagem no território europeu dos Estados Membros. Para a concretização deste objetivo, cada um daqueles Estados tomará as medidas necessárias para garantir a proteção das populações selvagens das várias espécies de aves no seu território da União Europeia, estabelecendo um regime geral para a sua proteção e gestão. Regulamenta, designadamente, o comércio de aves selvagens, limita a atividade da caça a um conjunto de espécies e em determinadas condições e períodos e proíbe certos métodos de captura e abate. Além disso, estabelece uma lista com espécies de aves que, conjuntamente com as espécies migradoras de ocorrência regular, requerem a designação de Zonas de Proteção Especial (ZPE), isto é, as espécies para as quais cada Estado-Membro da União Europeia deverá classificar as extensões e os habitats do seu território que se revelem de maior importância para a sua conservação.

Nos três casos a seguir referidos – todos emergentes de ações de incumprimento intentadas pela Comissão contra alguns Estados-Membros – o Tribunal de Justiça concretiza algumas das obrigações que as Diretiva Habitats e da Diretiva Aves impõem aos Estados-Membros.

O primeiro caso, julgado pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2016, Comissão/Grécia (C-504/14, EU:C:2016:847), diz respeito à tartaruga marinha *Caretta caretta* (também denominada tartaruga-comum), que é uma espécie protegida de interesse comunitário nos termos da Diretiva Habitats.

³ Diretiva 92/43/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1992, relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens (JO 1992, L 206, p. 7), alterada pela Diretiva 2006/105/CE do Conselho, de 20 de novembro de 2006 (JO 2006, L363, p. 368).

⁴ Com exceção das aves, protegidas pela Diretiva Aves - Diretiva 2009/147/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativa à conservação das aves selvagens (JO 2010, L 20, p. 7).

⁵ A Rede Natura 2000 inclui as Zonas Especiais de Conservação (ZEP), selecionadas com base em critérios específicos previstos na Diretiva Habitats, e as Zonas de Proteção Especial (ZPE), designadas ao abrigo da Diretiva Aves

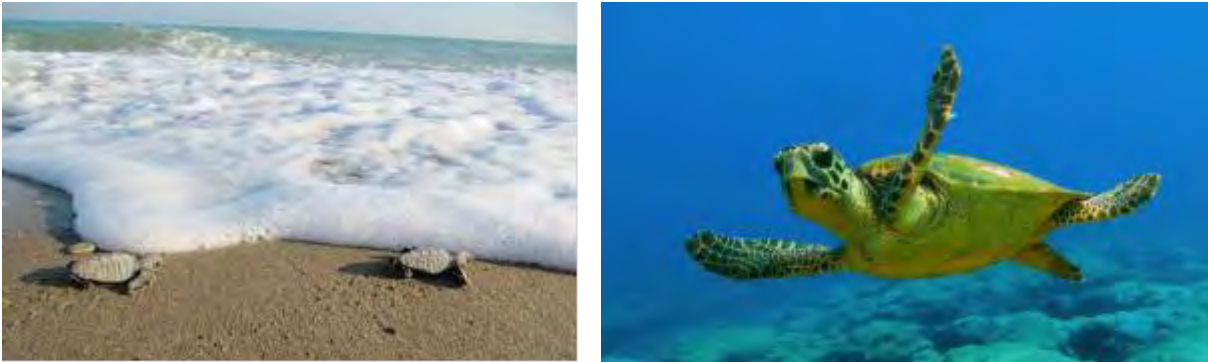


Fig. 1 e 2: Tartarugas *Caretta caretta* (Grécia)

O Tribunal de Justiça julgou parcialmente procedente a ação por incumprimento intentada pela Comissão contra a Grécia, concluindo que este Estado-Membro não cumpriu a sua obrigação de proteger as tartarugas *Caretta caretta* no golfo de Kyparissia (região do Peloponeso)⁶. Em especial, o Tribunal considerou que certas infraestruturas (tais como projetos imobiliários, hotéis, comércio e campismo selvagem), bem como o ruído, a luz e a presença humana inerentes à sua utilização posterior, eram suscetíveis de afetar de maneira significativa os habitats situados naquela zona. Além disso, os habitats dunares da tartaruga eram prejudicados pelo estacionamento não regulamentado dos automóveis e pelo alcatroamento de determinados caminhos.

A respeito do ónus da prova do incumprimento pelos Estados-Membros das obrigações que lhes incumbem por força da Diretiva Habitats (cfr. artigo 6.º/2 da Diretiva), o Tribunal de Justiça sublinhou, num primeiro momento, que a Comissão deve fazer prova bastante de que o Estado-Membro em causa não adotou as medidas adequadas para evitar que a exploração de projetos, desde que tenha sido realizada após a classificação da zona de proteção em causa, provoque deteriorações dos habitats das espécies em causa e perturbações destas espécies suscetíveis de ter efeitos significativos no objetivo desta diretiva de assegurar a conservação das referidas espécies. Num segundo momento, contudo, o Tribunal de Justiça salientou que não cabe à Comissão demonstrar a existência de uma “relação causal” entre a exploração das instalações resultantes de um projeto e uma perturbação significativa provocada às espécies em causa. Com efeito, é suficiente que se demonstre a existência de uma probabilidade ou de um risco de essa exploração provocar tais perturbações (cfr. n.ºs 28-30 do acórdão C-504/14).

Interpretando as obrigações que incumbem aos Estados-Membros por força do artigo 6.º/2 da Diretiva Habitats, o Tribunal de Justiça entendeu que das mesmas decorre a obrigação para os Estados-Membros de, além do mais, adotarem “medidas provisórias” de proteção da zona em causa (no caso, para impedir provisoriamente a construção de estradas), quando nada indica que estas seriam impossíveis e as mesmas se mostrem necessárias até à conclusão dos diferentes processos judiciais pendentes relativos à legalidade dos projetos previstos para tal zona (cfr. n.ºs 54, 55, 57 do acórdão C-504/14).

⁶ Já anteriormente o Tribunal de Justiça tinha declarado incumprimentos deste Estado-Membro relativamente à proteção da tartaruga marinha *Caretta caretta*, mas numa outra zona da Grécia (ilha de Zante) – cfr. acórdãos de 30 de janeiro de 2002, Comissão/Grécia (C-103/00, EU:C:2002:60) e de 17 de julho de 2014, Comissão/Grécia (C-600/12, EU:C:2014:2086).

Por outro lado, ainda que esteja em causa a realização de projetos por reconhecidas razões de interesse público (no caso, construção de plataforma numa praia para facilitar deslocação de pessoas com deficiência), o interesse público subjacente a tais projetos não deixa de pressupor um exame da existência de outras soluções menos prejudiciais para os interesses ambientais, implicando uma ponderação de todos os interesses em causa (cfr. n.º 77 do acórdão C-504/14).

Finalmente, a proibição de deterioração dos sítios de importância comunitária (artigo 4.º/2 da Diretiva Habitats) não se limita à obrigação de o Estado-Membro em causa proibir ou cessar *novas* atividades nocivas. Exige também que, a partir do momento da inscrição do lugar em causa como SIC, sejam tomadas medidas de proteção adequadas relativamente às infraestruturas *já existentes* (no caso, trata-se da iluminação pública existente) (cfr. n.ºs 100- 101 do acórdão C-504/14).

No segundo caso, estava em causa o sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska, cuja designação foi aprovada pela Comissão, em 2007, ao abrigo Diretiva Habitats e Diretiva Aves. Trata-se de uma das florestas naturais mais bem conservadas da Europa (e, segundo algumas fontes, a única floresta primária ainda existente na Europa), caracterizada por grandes quantidades de árvores centenárias e de madeira morta. O sítio constitui igualmente uma zona de proteção especial (ZPE) de aves, designada de acordo com a Diretiva Aves.



Fig. 3: Floresta de Białowieża (Polónia)

A Comissão intentou uma ação de incumprimento contra a Polónia, acompanhada de um processo de “medidas provisórias” (providência cautelar), com vista a impedir certas operações de gestão florestal do sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska. Concretamente, eram questionadas decisões das autoridades ambientais polacas que, em 2016 e 2017 autorizaram operações florestais ativas com fundamento no problema das árvores colonizadas pelo escolitídeo, na necessidade de extração de árvores que constituíam uma ameaça para a segurança pública e na proteção contra incêndios⁷.

No processo de medidas provisórias, julgado pelo despacho de 20 de novembro de 2017, Comissão/Polónia (C-441/17 R, EU:C:2017:877), o Tribunal de Justiça considerou que estava demonstrado o requisito da urgência, uma vez que as operações de gestão florestal ativa na floresta de Białowieża (um sítio de importância comunitária e zona de proteção especial das aves), eram

⁷ Fora designadamente autorizada a retirada de árvores secas e de árvores colonizadas pelo escolitídeo em três distritos florestais, numa zona de cerca de 34 000 hectares, correspondente a mais de metade da área total do sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska.

suscetíveis de causar um prejuízo irreparável e grave ao ambiente. Assim, o Tribunal considerou que o prejuízo resultante dos cortes e da eliminação das árvores não podia ser reparado posteriormente, na hipótese de os incumprimentos que a Comissão imputava à República da Polónia serem constatados na ação principal. Além disso, a gravidade do prejuízo invocado pela Comissão era confirmada pelo facto de estas operações, atendendo também ao seu alcance e à sua intensidade, poderem provocar a transformação irreversível de uma área significativa de “floresta natural” numa “floresta explorada”, o que podia também conduzir à perda de habitats de espécies raras (cfr. nºs 43- 45, 59, 61 do despacho C-441/17 R).

No processo principal, julgado pelo acórdão de 17 de abril de 2018, Comissão/Polónia (Floresta de Białowieża) (C-441/17, EU:C:2018:255), o Tribunal de Justiça declarou que a Polónia não cumpriu as suas obrigações resultantes das Diretivas Habitats e Aves.

A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou que as autoridades polacas violaram as suas obrigações resultantes da diretiva habitats ao não procederem, previamente às decisões contestadas, a uma avaliação apropriada das incidências que as operações de gestão florestal ativa, autorizadas por aquelas decisões, podiam ter para a integridade do sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska. Além disso, a avaliação a que procederam as autoridades polacas não era suscetível de dissipar todas as dúvidas científicas quanto aos efeitos prejudiciais de tais operações no sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska.

Analisando os eventuais efeitos prejudiciais das operações de gestão florestal ativa para os habitats e espécies protegidos no sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska, o Tribunal considerou que, primeiro, as decisões controvertidas não continham restrições relativas à idade das árvores ou aos povoamentos florestais visados por essas operações. Segundo, permitiam o abate de árvores por motivos de “segurança pública”, sem qualquer precisão quanto às condições concretas que podiam justificar o abate por esses motivos. Terceiro, a argumentação desenvolvida pela Polónia não permitia considerar que as operações de gestão florestal ativa em causa pudessem ser justificadas pela necessidade de contrariar a propagação do escolitídeo, que não fora identificado no plano de gestão elaborado pelas autoridades nacionais como um perigo potencial para a integridade do sítio Natura 2000 Puszcza Białowieska.

Acresce que um dos efeitos das operações de gestão florestal ativa seria a deterioração ou à destruição dos sítios de reprodução e das áreas de repouso de certos coleópteros saproxílicos⁸. Assim como levaria à deterioração ou à destruição dos sítios de reprodução ou das áreas de repouso de certas aves protegidas.

O terceiro caso diz respeito à classificação do maciço de Rila (Bulgária) como Zona Importante para a Conservação das Aves (ZICA) e a consequente obrigação de classificação em Zonas de Proteção Especial (ZPE) dos territórios mais apropriados.

⁸ Besouros ou escaravelhos que exercem um papel fundamental no ecossistema florestal e que são protegidos pela diretiva Habitats como espécie de interesse para a União que necessita de “proteção rigorosa”.



Fig. 4 e 5: Maciço de Rila e Mosteiro de Rila (Bulgária)

No acórdão de 26 abril de 2018, Comissão/Bulgária (C-97/17, EU:C:2018:285), o Tribunal de Justiça considerou que a República da Bulgária não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 4.º/1 da Diretiva Aves, na medida em que, ao não incluir a totalidade da zona importante para a conservação das aves que cobre o maciço de Rila como ZPE, não classificou os territórios mais apropriados em número e em extensão para a conservação das espécies mencionadas no anexo I da referida Diretiva.

A ação de incumprimento intentada pela Comissão teve origem numa denúncia da Sociedade búlgara de proteção de aves, (membro da organização não-governamental BridLife International). Em síntese, o Tribunal de Justiça considerou que a Bulgária não pode invocar a margem de apreciação de que gozam os Estados-Membros para justificar a classificação apenas parcial, como ZPE, de territórios que, no seu conjunto, respondem aos critérios ornitológicos determinados pelo artigo 4.º/1 da Diretiva Aves (n.º 67). Mais relembrou o Tribunal de Justiça que, segundo jurisprudência constante, a margem de apreciação dos Estados-Membros não se refere à oportunidade de classificar como ZPE os territórios mais apropriados à conservação das espécies enumeradas no anexo I da Diretiva, mas respeita apenas à aplicação dos critérios ornitológicos definidos na Diretiva Aves com vista à identificação desses territórios mais apropriados (cfr. n.º 64 do acórdão C-97/17 e jurisprudência citada).

2. ÁGUA (DIRETIVA DAS ÁGUAS RESIDUAIS URBANAS)



Fig 6: ETAR (Alentejo)

A Diretiva das Águas Residuais Urbanas⁹ visa proteger o ambiente dos efeitos nefastos das referidas descargas de águas residuais, abrangendo no seu âmbito a recolha, tratamento e descarga de águas residuais urbanas e o tratamento e descarga de águas residuais de determinados sectores industriais (cfr. artigo 1.º).

No acórdão de 7 de maio de 2009, Comissão/Portugal (C-530/07, EU:C:2009:292), o Tribunal de Justiça tinha decidido que Portugal incumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 3.º e 4.º da Diretiva das Águas Residuais Urbanas, ao não ter equipado com sistemas coletores e ao não ter submetido a tratamento secundário ou a processo equivalente, as águas residuais urbanas provenientes de certas aglomerações do território nacional¹⁰.

Posteriormente, no acórdão de 22 de junho de 2016, Comissão/Portugal (C-557/14, EU:C:2016:471), o Tribunal de Justiça considerou que a República Portuguesa não tomou todas as medidas necessárias à execução do dito acórdão C-530/07, visto que ficara provado que, na data de referência¹¹, as aglomerações de Vila Real de Santo António e de Matosinhos ainda não estavam equipadas com um sistema de tratamento das águas residuais urbanas. Entretanto, na audiência no Tribunal de Justiça, a República Portuguesa informou que as obras necessárias relativamente à estação de tratamento de Vila Real de Santo António ficaram concluídas em 11 de abril de 2015 e provou que tinha colhido amostras, com intervalos regulares, que se revelaram conformes às exigências do artigo 4.º da Diretiva Águas Residuais Urbanas.

Atendendo ao acima referido, o Tribunal de Justiça condenou Portugal no pagamento (a contar da data da prolação do acórdão e no caso de a situação não se ter alterado) de uma sanção pecuniária compulsória de 8 000 euros por dia de atraso na execução das medidas necessárias para dar

⁹ Diretiva 91/271/CEE do Conselho Europeu, de 21 de maio de 1991, posteriormente alterada pela Diretiva 98/15/CE da Comissão Europeia, de 27 de fevereiro de 1998, que altera o anexo I da mencionada Diretiva 91/271/CEE, no que respeita aos requisitos para as descargas das estações de tratamento de águas residuais urbanas em zonas sensíveis sujeitas a eutrofização. O tratamento das águas residuais urbanas encontrasse também regulado pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro.

¹⁰ Estavam em causa, designadamente: Bacia do Rio Uima (Fiães S. Jorge), Carvoeiro, Costa de Aveiro, Costa Oeste, Covilhã, Espinho/Feira, Lisboa, Matosinhos, Milfontes, Nazaré/Famalicão, Ponta Delgada, Póvoa de Varzim/Vila do Conde, Vila Franca de Xira e Vila Real de Santo António.

¹¹ Data de expiração do prazo fixado na notificação para cumprir emitida nos termos do artigo 260.º/2 TFUE que, no caso, era o dia 21 de abril 2014

cumprimento ao dito acórdão de 7 de maio de 2009, na parte respeitante à aglomeração de Matosinhos. Para a fixação do montante da sanção, o Tribunal tomou em consideração, designadamente, como circunstâncias agravantes, a gravidade da infração (recordando que a falta ou insuficiência de sistemas de tratamento das referidas águas pode ser nefasta para o ambiente) e a reiteração de comportamentos infractores deste Estado-Membro nesta matéria. Como atenuantes, teve em consideração os esforços envidados por Portugal para cumprir integralmente o citado acórdão, a cooperação permanente que as autoridades portuguesas mantiveram com a Comissão, e a diminuição do PIB português entre 2009 e 2013. Não obstante, o Tribunal condenou ainda Portugal no pagamento à Comissão Europeia, na conta «Recursos próprios da União Europeia», da quantia fixa de 3 000 000 de euros, como medida preventiva da repetição futura de infrações análogas ao direito da União.

Num caso com contornos idênticos, mas agora respeitante à República Helénica, o Tribunal de Justiça decidiu que este Estado-Membro não cumpriu completamente as suas obrigações decorrentes de um acórdão proferido em 2004, que havia decidido que a Grécia não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força da Diretiva Águas Residuais Urbanas¹².

Assim, pelo acórdão de 22 de fevereiro de 2018, Comissão/Grécia (C-328/16, EU:C:2018:98), a Grécia foi condenada no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória de 3 276 000 euros por cada semestre de atraso. A fixação deste montante teve em consideração, nomeadamente, a circunstância agravante consubstanciada num atraso de quase vinte anos na adequação das instalações em causa à diretiva; e as circunstâncias atenuantes relacionadas com o património arqueológico importante que esta região encerra, bem como a capacidade de pagamento reduzida deste Estado-Membro na sequência da crise económica por ele atravessada. Além disso, tendo nomeadamente em conta as circunstâncias atenuantes invocadas pela Grécia, o Tribunal de Justiça considerou adequado condená-la a pagar, para o orçamento da União, uma quantia fixa de 5 000 000 euros com vista a prevenir a repetição futura de infrações análogas ao direito da União.

¹² No caso, por não tomar as medidas necessárias para a instalação de um sistema coletor das águas residuais urbanas numa região a oeste de Atenas e por não sujeitar a um tratamento mais rigoroso do que o tratamento secundário as águas residuais da referida região.

3. AR

3.1. Diretiva Qualidade do Ar

A Diretiva Qualidade do Ar (Diretiva 2008/50/CE¹³), que agregou vários instrumentos jurídicos que lhe antecederam, tem como objetivo incorporar os últimos progressos científicos e técnicos neste domínio. Esta Diretiva define e fixa, nomeadamente, os objetivos relativos à qualidade do ar ambiente destinadas a evitar, prevenir ou reduzir os efeitos nocivos para a saúde humana e para o ambiente na sua globalidade; a avaliação da qualidade do ar ambiente nos Estados-Membros; e a obtenção e disponibilização ao público das informações sobre a qualidade do ar ambiente.

No acórdão de 22 de fevereiro de 2018, Comissão/Polónia (C-336/16, EU:C:2018:94), o Tribunal de Justiça declarou que a Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Diretiva Qualidade do Ar, na medida em que:

- (i) Excedeu, nos períodos temporais aí identificados, os valores-limite diários e anuais aplicáveis às concentrações de PM₁₀ (poluição por partículas inaláveis)¹⁴ em várias zonas de avaliação e de gestão da qualidade do ar;
- (ii) Não adotou, nos planos de qualidade do ar, medidas adequadas destinadas a que o período de ultrapassagem dos valores-limite aplicáveis às concentrações de PM₁₀ no ar ambiente fosse o mais curto possível;
- (iii) Não transpôs corretamente o artigo 23.º/1, segundo parágrafo, da referida Diretiva.

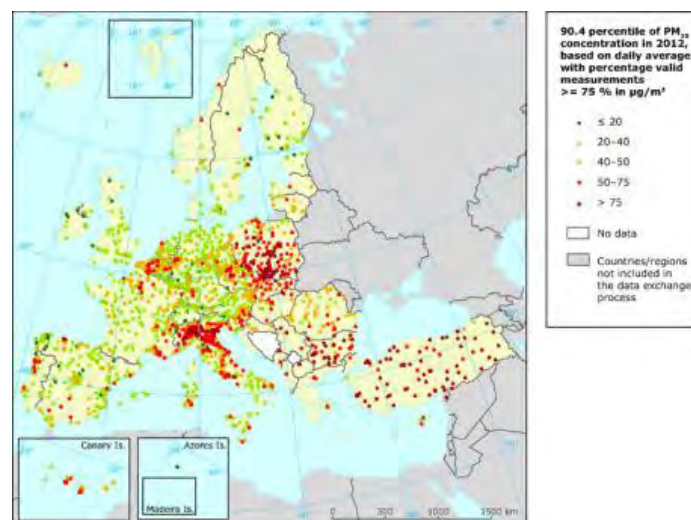


Figura 7: Concentração de PM₁₀ na UE em 2012

¹³ Diretiva 2008/50/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa à qualidade do ar ambiente e a um ar mais limpo na Europa (JO 2008, L 152, p. 1).

¹⁴ As PM₁₀ são partículas em suspensão, que podem penetrar no aparelho respiratório, provocando doenças respiratórias e podem ainda entrar na corrente sanguínea, provocando doenças cardíacas graves. O limite diário de PM₁₀, que não deve ser excedido mais de 35 dias por ano civil, é de 50 µg/m³ (cfr. Anexo XI da Diretiva Qualidade do Ar).

3.2. Emissões de gases com efeito de estufa (Diretiva CELE)



Fig. 8: Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE)

O regime europeu de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa (CELE) foi criado pela Diretiva CELE (Diretiva 2003/87/CE)¹⁵, com o objectivo de promover a redução dessas emissões em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes (cfr. artigo 1.º da Diretiva CELE). Para o efeito, os Estados-Membros podem atribuir às empresas emissoras de gases com efeito de estufa direitos de emissão, denominados “licenças”¹⁶. Parte das licenças disponíveis é atribuída a título gratuito¹⁷. No caso em que a quantidade máxima de licenças gratuitas atribuídas provisoriamente pelos Estados-Membros seja superior à quantidade máxima de licenças gratuitas determinada pela Comissão, é aplicado um fator de correção uniforme transectorial («fator de correção») a fim de igualizar esses valores e reduzir as licenças atribuídas provisoriamente.

Os dois acórdãos a seguir citados foram proferidos no âmbito de pedidos de reenvio prejudicial que suscitavam questões de interpretação de certas disposições da Diretiva CELE.

No acórdão de 28 de abril de 2016, *Borealis Polyolefine e.a.* (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 à C-393/14, EU:C:2016:311), o Tribunal de Justiça respondeu a um conjunto de questões prejudiciais, conexas entre si, emergentes de vários litígios que opunham empresas produtoras de gases com efeito de estufa às autoridades nacionais competentes para a atribuição das licenças de emissão de gases com efeito de estufa a título gratuito em Itália, nos Países Baixos e na Áustria, a respeito da validade das decisões nacionais de atribuição de licenças para o período de 2013 a 2020.

As questões prejudiciais tinham por objecto a validade de duas decisões da Comissão de 2011 e de 2013. A decisão de 2011, que o Tribunal considerou válida, excluía as emissões dos produtores de electricidade para efeitos da determinação da quantidade anual máxima de licenças (exclusão que

¹⁵ Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32), conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO L 140, p. 63).

¹⁶ Uma licença representa a emissão na atmosfera do equivalente a uma tonelada de dióxido de carbono (CO₂), sendo este o principal gás responsável pelo efeito de estufa da Terra.

¹⁷ Após um período considerado experimental, entre 2005-2007, a Diretiva CELE previa, para o período 2008-2012, que os Estados-Membros atribuissem gratuitamente pelo menos 90% das licenças de emissão. No período 2013-2020, a regra principal para atribuição de licenças de emissão é o leilão, mantendo-se marginalmente a atribuição gratuita, feita por aplicação de *benchmarks* definidos a nível europeu.

se encontra expressamente prevista no artigo 10.º-A/5 da Diretiva CELE). A decisão de 2013, que determinava o factor de correção, foi considerada inválida, designadamente, porque a Comissão tinha tomado em consideração, para o cálculo da quantidade anual máxima de licenças, as emissões das instalações sujeitas ao regime de comércio de licenças antes de 2013, quando devia ter tomado em consideração apenas as emissões das instalações incluídas no regime europeu a partir de 2013.

Para além das questões diretamente relacionadas com o regime europeu de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, cujo detalhe escapa ao âmbito do presente artigo, este acórdão tem particular interesse pelo facto de constituir um dos poucos casos em que o Tribunal de Justiça fez uma aplicação por analogia do artigo 264.º, segundo parágrafo, do TFUE (cujo âmbito de aplicação são os recursos de anulação contra atos das instituições e organismos europeus), no quadro de um reenvio prejudicial destinado a apreciar a validade dos atos da União (artigo 267.º TFUE). Nos termos daquela primeira disposição, sempre que considerações imperiosas de segurança jurídica o justifiquem, o Tribunal de Justiça dispõe de um poder de apreciação para determinar, em cada caso concreto, quais os efeitos do ato que devem ser considerados definitivos.

No acórdão sob análise, o Tribunal limitou os efeitos no tempo da declaração de invalidade da referida Decisão de 2013. Por um lado, salvaguardou as atribuições finais de licenças que já tivessem ocorrido antes da prolação do acórdão, preservando relações jurídicas anteriores, estabelecidas de boa-fé. Por outro lado, estabeleceu um período transitório de dez meses para o início da produção de efeitos do acórdão, assim evitando um vazio jurídico temporário e permitindo que a Comissão procedesse à adoção das medidas necessárias.

Mais recentemente, no acórdão de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245), em resposta a um pedido de reenvio prejudicial formulado pelo Tribunal Regional de Bratislava, o Tribunal de Justiça decidiu que a Diretiva CELE deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional, como a legislação eslovaca que estava em causa no processo principal, que tributa em 80% do seu valor as licenças de emissão de gases com efeito de estufa atribuídas a título gratuito que foram vendidas ou não utilizadas pelas empresas sujeitas ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. O Tribunal considerou, em síntese, que o imposto eslovaco que estava em causa no processo principal tinha como efeito neutralizar o princípio da atribuição a título gratuito das licenças de gases com efeito de estufa, previsto no artigo 10.º da Diretiva 2003/87 e prejudicava os objetivos prosseguidos por esta diretiva.

O Tribunal começou por salientar que os Estados-Membros são em princípio livres de adotar medidas fiscais no que se refere à utilização dessas licenças. Contudo, tais medidas não podem prejudicar o objetivo da Diretiva CELE, sendo certo que o valor económico das licenças constitui uma pedra angular do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa.

4. ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGM)



Fig. 9 e 10: soja e milho geneticamente modificados

Os OGM são organismos cujo material genético (ADN) não foi modificado por processo natural, mas antes pela introdução de um gene modificado ou de um gene pertencente a outra variedade ou espécie. Os problemas emergentes da autorização ou não autorização do cultivo e colocação no mercado de OGM pertencem, antes de mais, ao domínio da saúde. Contudo, apresentam também fortes conexões com o direito do ambiente. Neste sentido veja-se o acórdão do Tribunal Geral 14 de março de 2018, *TestBioTech/Comissão* (T-33/16, EU:T:2018:135)¹⁸, proferido numa ação de anulação de uma decisão da Comissão que havia indeferido o pedido de uma organização não governamental (formulado com base no direito de participação destas organizações no processo de decisão em matéria ambiental previsto no Regulamento de Aarhus) para que fosse efetuado um reexame interno de certas decisões da Comissão de autorização de colocação no mercado de determinados géneros alimentícios e ingredientes contendo soja geneticamente modificada. A Comissão havia indeferido o pedido de reexame com base no entendimento de que os aspetos associados à avaliação sanitária dos géneros alimentícios não podiam ser reexaminados no âmbito do Regulamento de Aarhus, uma vez que não respeitavam à avaliação dos riscos ambientais, mas antes ao domínio da saúde.

O Tribunal Geral contrariou este entendimento da Comissão, concluindo que o direito do ambiente na aceção do Regulamento de Aarhus¹⁹ abrange qualquer disposição legislativa da União que regule os OGM que tenha por objetivo gerir os riscos para a saúde humana ou animal decorrentes desses OGM ou de fatores ambientais que possam ter repercussões sobre os OGM no momento do seu cultivo ou da sua criação no ambiente natural²⁰.

A respeito das medidas de emergência que os Estados-Membros podem adotar relativamente aos OGM, veja-se o acórdão de 13 de setembro de 2017, *Fidenato e.a.* (C-111/16, EU:C:2017:676). Neste pedido de reenvio prejudicial o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar o artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 178/2002 21, que sob a epígrafe “Princípio da precaução” autoriza os Estados-Membros a adotar medidas provisórias de gestão do risco «nos casos específicos em que [...] se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico».

¹⁸ Cumpre salientar que ainda se encontra a decorrer o prazo de recurso deste acórdão para o Tribunal de Justiça.

¹⁹ Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários (JO 2006, L 264, p. 13).

²⁰ No mesmo sentido, quanto a esta questão, já se tinha pronunciado, pela primeira vez, o Tribunal Geral no acórdão de 15 de dezembro de 2016, *TestBioTech e.a./Commission* (T-177/13, EU:T:2016:736), que se encontra sob recurso junto do Tribunal de Justiça (processo C-82/17 P).

O Tribunal de Justiça considerou que, quando não for manifesto que um produto geneticamente modificado é suscetível de representar um risco grave para a saúde humana, a saúde animal ou o ambiente, nem a Comissão nem os Estados-Membros têm a faculdade de adotar medidas de emergência (no caso, estavam em causa medidas proibição do cultivo do milho MON 810 no território de Itália, adotadas pelo Governo italiano). O Tribunal sublinhou que o princípio da precaução, que supõe uma incerteza científica quanto à existência de um certo risco, não é suficiente para adotar tais medidas. Embora este princípio possa justificar a adoção de medidas provisórias de gestão do risco no âmbito dos alimentos no geral, não permite eliminar ou alterar, em particular flexibilizando-as, as disposições previstas para os alimentos geneticamente modificados, visto que estes já foram submetidos a uma avaliação científica completa antes da sua colocação no mercado.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL



Fig. 11: rio Mürz, Áustria

No acórdão de 1 de junho de 2017, Folk (C-529/15, EU:C:2017:419), o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar diversas disposições da Diretiva da Responsabilidade Ambiental (Diretiva 2004/35/CE). O pedido de reenvio emergiu de uma ação com vista à efetivação de responsabilidade civil ambiental, intentada por um titular de uma licença de pesca no rio Mürz, na Áustria, com fundamento em atentados ao ambiente, provocados por uma central hidroelétrica, que comprometiam a reprodução natural dos peixes. A jurisdição nacional de primeira instância havia indeferido a ação com o argumento de que tendo a exploração da dita central hidroelétrica sido autorizada nos termos da legislação nacional, o dano invocado não podia ser qualificado como dano ambiental nos termos da Diretiva 2004/35/CE.

No que respeita à aplicação no tempo das disposições desta diretiva, o Tribunal declarou que artigo 17.º da mesma deve ser interpretado no sentido de que a referida diretiva se aplica *ratione temporis* aos danos ambientais que ocorreram depois de 30 de abril de 2007, mas que foram causados pela exploração de uma instalação autorizada (no caso, nos termos da legislação sobre as águas), que estava em atividade antes dessa data.

De seguida, o Tribunal de Justiça afirmou que a Diretiva da Responsabilidade Ambiental – em especial o seu artigo 2.º/1-b) que define a noção de “dano ambiental” – deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma disposição de direito nacional que exclui, de forma geral e automática, que um dano que produz efeitos significativos adversos no estado ecológico, químico ou quantitativo ou no potencial ecológico das águas afetadas possa ser qualificado de «dano ambiental» pelo simples facto de estar abrangido por uma autorização concedida em aplicação desse direito.

Mais considerou o Tribunal de Justiça que os artigos 12.º e 13.º da Diretiva da Responsabilidade Ambiental (na redação dada pela Diretiva 2009/31) devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição de direito nacional, como a que estava em causa no processo principal, que proíba os titulares de uma licença de pesca de interpor um recurso relativo a um dano ambiental, na aceção do artigo 2.º, ponto 1, alínea b), da referida diretiva.

NOTA FINAL

A partir deste pequeno acervo de acórdãos recentes do TJUE, que se juntam às várias centenas de decisões que este Tribunal tem proferido ao longo dos anos em matéria de direito do ambiente, destaco três breves notas:

- Primeiro, a proteção do ambiente requer uma intervenção a nível europeu (e mundial), desde logo porque o ambiente não respeita fronteiras e porque as ameaças ambientais e o risco de alterações climáticas são um problema real, exigindo uma ação forte e constante;
- Segundo, a jurisprudência “verde” do TJUE revela muitas vezes uma abordagem pragmática e flexível na interpretação dos objectivos dos Tratados, que tem influenciado muito positivamente a política ambiental europeia;
- Terceiro, a jurisprudência do TJUE demonstra uma elevada eficácia ao nível do *enforcement* da legislação ambiental junto dos Estados-Membros.

Apresentação Power Point

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE


Esperança Mealha

CEJ, 25/05/2018

[1]

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Notas introdutórias




- **Política ambiental UE**
- Artigos 3.º TUE e 11.º e 191.º-193.º TFUE
- Princípios :
 - Precaução (gestão de riscos/ incerteza científica)
 - Prevenção
 - Correção da poluição na fonte
 - Poluidor-pagador (Responsabilidade Ambiental)

CEJ, 25/05/2018

A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

[2]



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS


Notas introdutórias

E. Mealha, CEJ, 25/05/2018

- **Programas e Estratégias UE**
 - Programas plurianuais de ação em matéria ambiente (PAA)
 - Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável (EDS)
 - AIA; AAE; participação do público
 - Rede europeia para Implementação e Execução Legislação Ambiental (IMPEL)
 - Agência Europeia do Ambiente (AEA)
 - Cooperação internacional (Rio+20)


A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

3



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Notas introdutórias




E. Mealha, CEJ, 25/05/2018

- **Influência jurisprudência TJUE na política ambiental da UE**
 - Interpretação “não rígida” dos Tratados
 - Ex:
 - ✓ Acórdão TJ de 18/3/1980, *Comissão/Itália* (92/79)
 - ✓ Acórdão TJ de 13/9/2005, *Comissão/Conselho* (C-176/03)

A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

4



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Notas introdutórias

E. Medalha, CEJ, 25/05/2018


➤ **Litígios ambientais**

- **Tribunal de Justiça**
 - Reenvio prejudicial (267.º TFUE)
 - Ação por incumprimento (258.º TFUE)
- **Tribunal Geral**
 - Recurso de anulação*

A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

(*) Há recurso jurisdicional das decisões TG para o TJ (questões direito)

5



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Jurisprudência selecionada

E. Medalha, CEJ, 25/05/2018

(2016-2018)

1. Biodiversidade (Diretiva Habitats e Diretiva Aves)
2. Água (Diretiva das Águas Residuais Urbanas)
3. Ar (Diretiva Qualidade do Ar e Diretiva CELE)
4. Organismos geneticamente modificados (OGM)
5. Responsabilidade civil ambiental

A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

6

1. Biodiversidade

- **Diretiva Habitats** (Diretiva 92/43/CEE, alterada pela Diretiva 2006/105/CE)
- **Diretiva Aves** (Diretiva 2009/147/CE)
- **Rede Natura 2000**
 - ZEC; ZPE; SIC
- **Obrigações dos Estados-Membros**

1.1. Acórdão TJ de 10/11/2016, *Comissão/Grécia* (C-504/14)

- Ação incumprimento: obrigação proteção as tartarugas *Caretta caretta* no golfo de Kyparissia (Grécia); autorização projetos imobiliários e outras infraestruturas suscetíveis afetar habitats situados naquela zona.
- TJ decide que a República helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 6.º/2 /3 e 12.º/1-b)-d) da Diretiva *Habitats*



1.2. Despacho TJ de 20/11/2017, *Comissão/Polónia* (C-441/17 R)
Acórdão TJ de 17/4/2018, *Comissão/Polónia* (C-441/17)

Sítio Natura 2000 *Puszcza Białowieska* (Polónia)



Despacho TJ de 20/11/2017, *Comissão/Polónia*
(C-441/17 R)

TJ decreta medida provisória de cessação imediata das operações de gestão florestal ativa no Sítio Natura 2000 *Puszcza Białowieska* até à prolação do acórdão no processo principal, salvo se as mesmas constituírem único meio preservar segurança pública das pessoas.



Acórdão TJ de 17/4/2018, *Comissão/Polónia (Floresta de Białowicza)*
(C-441/17)

- Ação incumprimento
 - Sítio Natura 2000 *Puszca Białowieska*
 - Decisões autoridades ambientais polacas autorizando operações florestais ativas
 - Obrigações decorrentes Diretivas *Habitats* e *Aves*
- TJ decidiu que República da Polónia não cumpriu obrigações decorrentes dos artigos 6.º/1/3 e 12.º/1-a)-d) Diretiva *Habitats* e dos artigos 4.º/1/2 e 5.º/b)-d) Diretiva *Aves*

1.3. Acórdão TJ de 26/4/2018, *Comissão/Bulgária*
(C-97/17)

- Ação incumprimento: não inclusão, como zona de proteção especial (ZPE), da totalidade da zona importante para a conservação das aves que cobre o maciço de Rila, Bulgária (classificado como ZICA)
- TJ decide que República da Bulgária incumpriu artigo 4.º/1 da Diretiva *Aves*



Maciço de Rila e Mosteiro de Rila (Bulgária)

2. Água Residuais Urbanas

- Diretiva das Águas Residuais Urbanas (Diretiva 91/271/CEE)
 - proteger o ambiente dos efeitos nefastos das descargas de águas residuais
 - recolha, tratamento e descarga de águas residuais urbanas / tratamento e descarga de águas residuais de certos setores industriais



ETAR (Alentejo)

2.1. Acórdão TJ de 22/6/2016, *Comissão/Portugal* (C-557/14)

- **Ação incumprimento** por EM não ter tomado todas as medidas necessárias à execução do Acórdão 7/5/2009, *Comissão/Portugal* (C-530/07)
- **Acórdão C-530/07** havia decidido incumprimento obrigações decorrentes Diretiva das Águas Residuais Urbanas, por falta sistemas coletores e tratamento secundário das águas residuais urbanas provenientes de várias aglomerações do território nacional
- **Acórdão C-557/14** decidiu República Portuguesa não tomou todas as medidas necessárias à execução do referido acórdão (respeitantes às aglomerações de Vila Real de Santo António e de Matosinhos); e condenou em:
 - sanção pecuniária compulsória de 8 000 euros por dia de atraso na execução
 - pagamento quantia fixa de 3 000 000 de euros, como medida preventiva

2.2. Acórdão TJ de 22/2/2018, *Comissão/Grécia* (C-328/16)

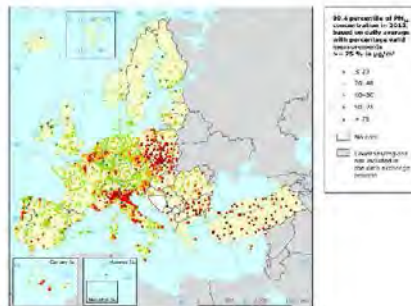
- **Ação incumprimento** por EM não ter tomado todas as medidas necessárias à execução de acórdão anterior que, em 2004, havia decidido que Grécia não cumpria as obrigações que lhe incumbem por força da Diretiva Águas Residuais Urbanas (insuficiências tratamento águas região oeste Atenas)
- **Acórdão C-557/14** decidiu República helénica não tomou todas as medidas necessárias à execução do referido acórdão e condenou em:
 - sanção pecuniária compulsória de 3 276 000 euros por semestre de atraso na execução
 - pagamento quantia fixa de 5 000 000 de euros, como medida preventiva

3. Ar

- **3.1. Diretiva Qualidade do Ar** (Diretiva 2008/50/CE)
 - objectivos relativos à qualidade do ar ambiente
- **3.2. Diretiva CELE** (Diretiva 2003/87/CE)
 - regime europeu de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa (CELE)
 - promover a redução emissões, com boa relação custo eficácia e eficiência económica
 - Atribuição, pelos EM, de “licenças” (direitos de emissão) às empresas emissoras de gases com efeito de estufa (abrangidas pela Diretiva)
 - “fator de correção” das licenças atribuídas pelos EM a título gratuito que excedam a quantidade máxima determinada pela Comissão

3.1. Acórdão TJ de 22/2/2018, *Comissão/Polónia* (C-336/16)

- Polónia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Diretiva Qualidade do Ar:
 - (i) excedeu valores limite diários e anuais aplicáveis às concentrações de PM₁₀ (poluição por partículas inaláveis);
 - (ii) não adotou medidas adequadas destinadas a que o período de ultrapassagem dos valores limite fosse o mais curto possível;
 - (iii) não transpôs corretamente artigo 23.º/1, segundo parágrafo, da referida Diretiva.



Concentração de PM₁₀ na UE (2012)

3.2. Acórdão TJ de 28/4/2016, *Borealis Polyolefine e.a.* (C-191/14, C 192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 à C-393/14)

- Processos principais: litígios entre empresas produtoras de gases com efeito de estufa e autoridades italianas competentes para a atribuição das licenças de emissão de gases com efeito de estufa
- Reenvios prejudiciais com questões conexas, respeitantes validade duas decisões da Comissão de 2011 e 2013
- TJ considerou válida decisão de 2011 (exclusão emissões dos produtores de eletricidade – cfr. 10.º-A/5 da Diretiva CELE)
- TJ considerou inválida decisão de 2013 (fator de correção)
- TJ limitou efeitos no tempo da sua decisão (salvaguardar relações jurídicas estabelecidas de boa-fé; evitar vazio jurídico temporário)

3.3. Acórdão TJ de 12/4/2018, *PPC Power* (C-302/17)



- Pedido reenvio prejudicial Tribunal eslovaco
- TJ: Diretiva CELE deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que tributa, em 80% do seu valor, as licenças de emissão de gases com efeito de estufa atribuídas a título gratuito que foram vendidas ou não utilizadas pelas empresas.
 - Imposto eslovaco que estava em causa “neutralizava” o princípio da atribuição a título gratuito das licenças de gases com efeito de estufa e prejudicava os objetivos prosseguidos por esta diretiva.
 - Estados-Membros são em princípio livres de adotar medidas fiscais no que se refere à utilização dessas licenças, contudo, tais medidas não podem prejudicar o objectivo da Diretiva CELE.
 - O valor económico das licenças constitui a pedra angular do regime de comércio.

4. Organismos geneticamente modificados (OGM)

- Acórdão TG de 14/3/2018, *TestBioTech/Comissão* (T-33/16)
 - conexão OGM – direito do ambiente
- Acórdão TJ de 13/9/2017, *Fidenato e.a.* (C-111/16)
 - medidas provisórias relativas a OGM – reenvio prejudicial



Soja e milho geneticamente modificados

4.1. Acórdão TG de 14/3/2018, *TestBioTech/Comissão* (T-33/16)

- **Ação de anulação** decisão da Comissão indeferiu pedido de ONG para reexame decisões da Comissão de autorização de colocação no mercado de alimentos e ingredientes contendo soja geneticamente modificada.
- **Indeferimento Comissão:** decisões não podem ser reexaminadas com fundamento Regulamento de Aarhus (Regulamento n.º 1367/2006) porque respeitam ao domínio da saúde e não à avaliação dos riscos ambientais.
- **Decisão TG:** direito do ambiente na aceção do Regulamento de Aarhus abrange qualquer disposição legislativa da União que regule os OGM que tenha por objetivo gerir os riscos para a saúde humana ou animal decorrentes desses OGM ou de fatores ambientais que possam ter repercussões sobre os OGM no momento do seu cultivo ou da sua criação no ambiente natural.
- **Notas:**
 - Encontra-se a decorrer prazo para interposição recurso para o TJ
 - cfr. no mesmo sentido acórdão T-177/13, sob recurso junto do TJ (Processo C-82/17 P)

4.2. Acórdão TJ de 13/9/2017, *Fidenato e.a.* (C-111/16)

- **Reenvio prejudicial:** interpretação artigo 7.º do Regulamento n.º 178/2002 que, sob a epígrafe “Princípio da precaução”, autoriza os Estados-Membros a adotar medidas provisórias de gestão do risco *nos casos específicos em que se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico.*
- **Decisão TJ:**
 - Quando não for manifesto que um produto geneticamente modificado é suscetível de representar um risco grave para a saúde humana, a saúde animal ou o ambiente, nem a Comissão nem os Estados-Membros têm a faculdade de adotar medidas de emergência
 - Princípio da precaução não é suficiente para adotar tais medidas (não permite eliminar ou alterar as disposições previstas para os alimentos geneticamente modificados)

5. Responsabilidade ambiental (Diretiva 2004/35/CE)

Acórdão TJ de 1/6/2017, *Folk* (C-529/15)

**Aplicação no tempo da Diretiva Responsabilidade Ambiental* (artigo 17.º da Diretiva Responsabilidade Ambiental): abrange danos ocorridos depois de 30 de abril de 2007, ainda que causados por instalação autorizada, em atividade antes dessa data.

**Conceito de dano ambiental*: artigo 2.º/1-b opõe-se a uma disposição de direito nacional que exclui, de forma geral e automática, que um dano que produz efeitos significativos possa ser qualificado de «dano ambiental», pelo simples facto de estar abrangido por uma autorização.

**Acesso à justiça*: artigos 12.º e 13.º opõem-se a uma disposição de direito nacional que proíbe os titulares de uma licença de pesca de interporem um recurso relativo a um dano ambiental.




Notas finais

1. A proteção do ambiente requer uma intervenção a nível europeu (e mundial);
2. A jurisprudência “verde” do TJUE revela abordagem pragmática e flexível que tem influenciado muito positivamente a política ambiental europeia;
3. A jurisprudência do TJUE demonstra uma elevada eficácia ao nível do “enforcement” da legislação ambiental junto dos Estados-Membros.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Obrigada pela vossa atenção!



A proteção do ambiente na jurisprudência recente do TJUE

E. Mealha, CEJ, 25/05/2018

[25]

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919u8m/streaming.html?locale=pt>

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

JOÃO TIAGO SILVEIRA

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

João Tiago Silveira*

Apresentação *Power Point*

1. Noção
 2. Natureza
 3. Distinções
 4. Âmbito
 5. Procedimento
 6. Vicissitudes
 7. O Licenciamento Único Ambiental
 8. Integração com outros procedimentos
- Vídeo

Apresentação *Power Point*





* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.




1. Noção

1. Noção

1. Noção



1. Noção

- Ato permissivo (ou que viabiliza um ato permissivo) destinado a garantir a prevenção e controlo integrados da poluição relativamente às atividades identificadas no anexo I ao DL 127/2013, de 30/8 (artigo 1.º e 3.º-ii) do DL 127/2013, de 30/8)
- Refere-se a:
 - Emissões para ar, solo e água
 - Produção de resíduos
 - Poluição sonora
- Regime previsto no DL 127/2013, de 30/8 (transpõe Diretiva 2010/75/EU, do Parlamento e do Conselho, de 24/11 de 2010)
- Normalmente, integrado noutros procedimentos relativos a atividades económicas: ato intermédio
 - Ex: Sistema da Indústria Responsável (DL 169/2012, de 1/8, subsequentemente alterado)
- Integrado noutros procedimentos ambientais devido ao regime do Licenciamento Único Ambiental – LUA (DL 75/2015, de 11/5)




2. Natureza

2. Natureza

2. Natureza

2. Natureza

Licença ou autorização?

- Letra da lei é equívoca: refere que a “licença” é uma “autorização” (artigo 3.º-hh))
- Deferimento tácito aponta para a pré-existência de direito/autorização (artigo 23.º)
- Pode estar em causa uma autorização. Causas de indeferimento reportam-se, em regra, a:
 - ✓ Outros atos permissivos e de controlo (artigo 40.º-6-a) a e))
 - ✓ Razões ligadas ao incumprimento de disposições legais ou regulamentares (artigo 40.º-6-f) e i))
 - ✓ Circunstâncias suficientemente objetivas (artigo 40.º-6-g))

2. Natureza

Licença ou autorização?

- Mas questão não é clara:
- ✓ Existem valores constitucionais relevantes em ambos os sentidos (iniciativa económica vs proteção do ambiente)
- ✓ Há circunstâncias que apontam para juízos valorativos (artigo 40.º-6-h))
- ✓ Outros atos permissivos e de controlo de que depende a licença ambiental podem envolver margens de liberdade conferidas à Administração incompatíveis com a pré-existência de um direito
- ✓ Existência de regimes de caducidade e necessidade de alteração e renovação

3. Distinções

3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

Existem outros procedimentos ambientais que dão origem a atos permissivos e que não se confundem com a licença ambiental, embora se possam sobrepor a aplicar às mesmas realidades

• Avaliação de Impacte Ambiental (DL 151-B/2013, de 31/10, subsequentemente alterado)

- Visa a avaliação e minimização do impacte sobre o ambiente de projetos que possam produzir efeitos significativos nesta área
- Origina a Declaração de Impacte Ambiental (DIA)

3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

- Procedimentos de avaliação de incidências ambientais (artigos 33.º-R a 33.º-U da secção IV do DL 172/2006, de 23/8, subsequentemente alterado)
 - Específico para centros electroprodutores que utilizem energia renováveis e que não estejam sujeitos a AIA, mas se encontrem em REN, Rede Natura 2000 ou Rede Nacional de Áreas Protegidas
 - Origina a DIncA
- Comércio Europeu de Licenças de Emissão de gases com Efeito de Estufa (DL 38/2013, de 15/3, e DL 93/2010, de 27/7, no que se refere ao setor da aviação)
 - Visa a diminuição da emissão de gases com efeitos de estufa para combater as alterações climáticas, criando um comércio europeu de licenças de emissão
 - Origina Título de Emissão de Gases com Efeito de Estufa e licenças de emissão

3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

- Gestão de Resíduos (DL 178/2006, de 5/9, subsequentemente alterado)
 - Envolve:
 - ✓ Registo do transporte de resíduos
 - ✓ Licenciamento do tratamento de resíduos
 - ✓ Obrigação de registo de resíduos

- Gestão de Resíduos das Explorações de Depósitos Minerais e de Massas Minerais (DL 10/2010, de 4/2, subsequentemente alterado)
 - Envolve:
 - ✓ Licença de instalações de resíduos
 - ✓ Aprovação de plano de lavra/plano de pedreira

3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

- Prevenção de Acidentes Graves que envolvam Substâncias Perigosas e a limitação das suas consequências para o Homem e o Ambiente (DL 150/2015, de 5/8)
 - Decisão de avaliação da compatibilidade de localização
 - Aprovação do relatório de segurança

- Títulos de Utilização de Recursos Hídricos (DL 226-A/2007, de 31/5)
 - Comunicação prévia, autorização, licença e concessão são títulos de recursos hídricos

3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

- Operações de Deposição de Resíduos em Aterro e conceção, licenciamento, construção, exploração, encerramento e pós-encerramento de aterros (DL 183/2009, de 10/8, subsequentemente alterado)
 - Licença para deposição de resíduos em aterro
- Licenciamento da instalação e exploração dos centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos perigosos - CIRVER (DL 3/2004, de 3/1, subsequentemente alterado)
 - Licenciamento para instalação e exploração de CIRVER



3. Distinção de outros atos permissivos e procedimentos ambientais

- Licenças para as atividades de incineração ou coincineração de resíduos (artigo 60.º e segs. do DL 127/2013, de 30/8)
 - Visa permitir o desenvolvimento de atividades que consistem:
 - ✓ Na geração de energia ou materiais utilizando como combustão os resíduos (coincineração)
 - ✓ Na utilização de unidades especificamente dedicadas ao tratamento térmico de resíduos, através da sua incineração
- Notificações obrigatórias para certas entidades que utilizem solventes orgânicos, com vista à constituição do registo nacional de compostos orgânicos voláteis (artigo 96.º e segs. e parte 9 do anexo VII do DL 127/2013, de 30/8)
 - Mera obrigação de prestação de informação à APA, não dando origem a um ato permissivo




Licenciamento Ambiental

4. Âmbito

4. Âmbito

4. Âmbito



Certas instalações dos seguintes setores (anexo I ao DL 127/2013, de 30/8):

<ul style="list-style-type: none"> ➤ Setor da energia ➤ Produção e transformação de metais ➤ Instalações da indústria dos minérios ➤ Setor químico ➤ Gestão de resíduos ➤ Fabrico de pasta de papel/papel/cartão ➤ Fabrico de painéis à base de madeira ➤ Pré-tratamento ou tingimento de têxteis ➤ Curtimento de peles ➤ Matadouros ➤ Tratamento e transformação de leite ➤ Eliminação/valorização de carcaças ou resíduos animais 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Tratamento e transformação de matérias-primas destinadas ao fabrico de produtos para a alimentação humana e animal ➤ Tratamento de superfície de matérias/objetos/produtos que utilizem solventes orgânicos ➤ Produção de carbono (carvões minerais)/eletrografite ➤ Captura de fluxos de CO2 para armazenamento geológico ➤ Conservação de madeiras/produtos à base de madeira com químicos ➤ Etc
---	---




5. Procedimento

5. Procedimento

5. Procedimento

5. Procedimento

1.ª Fase: pedido (artigos 35.º e 36.º)

- Deve conter elementos referidos no artigo 35.º-1
- Efetuado através do formulário eletrónico do LUA ou do balcão eletrónico destinado à atividade económica em causa (artigo 15.º do DL 75/2015, de 11/5 e diplomas respeitantes à atividade económica em causa)
- Recebido o pedido, a entidade responsável pelo procedimento deve enviar o pedido à APA em 3 dias (úteis)
- Possibilidade de utilização de informação e documentos constantes de outros procedimentos ambientais, caso o interessado pretenda (artigo 35.º-2 do DL 127/2013, de 30/8 e artigo 14.º do DL 75/2015, de 11/5)

5. Procedimento

2.ª Fase: apreciação liminar (artigo 37.º)

- ImproPRIAMENTE designada “instrução” pelo artigo 37.º
- APA verifica, em 15 dias úteis, se pedido está bem instruído
- APA pode:
 - Convocar interessado para audiência, com vista ao esclarecimento de aspetos do pedido
 - Solicitar à entidade responsável pelo procedimento que sejam solicitados elementos em falta/efetuadas retificações/prestadas informações complementares
 - ✓ Interessado tem 45 dias úteis para responder
 - ✓ Prazo para decisão do pedido fica suspenso até resposta
 - Indeferir liminarmente o pedido, nos casos do artigo 37.º-1-c)

5. Procedimento

3.ª Fase: instrução (artigo 38.º)

- Recolha de elementos técnicos preparatórios da decisão
- Possibilidade de realização de visitas aos locais e solicitação de informações

4.ª Fase: participação dos interessados/consulta pública (artigo 39.º e anexo IV)

- Publicitação por edital ou meios eletrónicos na APA + CCDR competente + CM competente
- APA divulga pedido ao público, nos seguintes casos:
 - Início de exploração de novas instalações
 - Alteração substancial (de quê?)
 - Renovação da licença ambiental
 - Adesão a condições técnicas padronizadas

5. Procedimento

4.ª Fase: participação dos interessados (artigo 39.º e anexo IV)

- Prazo de consulta pública: 15 ou 20 dias úteis, consoante instalação tenha sido sujeita a procedimento de AIA, ou não, respetivamente
- Interessados apresentam observações por escrito
- Documentos sujeitos a segredo comercial/industrial excluídos da consulta pública

5. Procedimento

5.ª Fase: decisão (artigo 40.º e 41.º)

- APA decide no prazo de 80 dias úteis da receção do pedido, mas há várias regras especiais:
 - Mas prazo pode ter ficado suspenso pelo período em que, em fase de apreciação liminar, foi solicitado ao interessado para corrigir/completar o pedido
 - Prazo pode ser de 50 dias úteis, se tiver existido procedimento prévio de AIA
 - Se pedido for apreciado em simultâneo com DIA (procedimento de AIA), a decisão é adotada 10 dias úteis após a emissão da DIA
 - Se pedido for apreciado em simultâneo com regime de prevenção de acidentes graves, a decisão é adotada 10 dias úteis após a decisão sobre a compatibilidade da localização e /ou aprovação do relatório de segurança
 - Se for necessário título de recursos hídricos e este não tiver sido emitido nos prazos de decisão da licença ambiental, esta é emitida 3 dias úteis após a emissão deste título

5. Procedimento

5.ª Fase: decisão (artigo 40.º e 41.º)

- Fundamentos de indeferimento constam do artigo 40.º-6
- Conteúdo da licença:
 - Medidas para assegurar proteção do ar, água e solo
 - Medidas para prevenir ou reduzir a poluição sonora
 - Medidas para prevenir ou reduzir a produção de resíduos
 - Artigo 41.º-3 contém lista exemplificativa de aspetos a incluir na licença
- Validade máxima da licença ambiental é de 10 anos
- Licença é comunicada à entidade responsável pelo procedimento em questão

5. Procedimento

5.ª Fase: decisão (artigo 40.º e 41.º)

- Regime de deferimento tácito em caso de incumprimento dos prazos previstos (artigo 23.º)
- Contagem do prazo geral para a formação de deferimento tácito. Aspetos a ter em conta:
 - Contagem do prazo só se conta a partir da data da receção do pedido pela APA, enviado pela entidade responsável para o fazer (tem 3 dias úteis para o enviar)
 - Prazo pode ficar suspenso pelo período necessário para o interessado corrigir/completar o pedido em sede de apreciação liminar

5. Procedimento

5.ª Fase: decisão (artigo 40.º e 41.º)

- O problema da compatibilização com os acórdãos TJUE C-360/87 e C-230/00
- Regime previsto para o deferimento tácito tem problemas estruturais e não satisfaz os interesses dos particulares (artigo 23.º):
 - Prevê-se que só se forma deferimento tácito se não houver causas de indeferimento, o que não faz sentido: deferimento tácito envolve, por natureza, silêncio e ausência de apreciação dessas causas
 - Prevê-se a emissão automática, através do balcão único, de certidão comprovativa do decurso do prazo, mas não se esclarece se esta é suficiente para iniciar o desenvolvimento da atividade
 - Depois da emissão da certidão automática ainda se prevê a emissão da licença ambiental “assim que possível”

5. Procedimento



Não deve esquecer-se que:

- Frequentemente o licenciamento ambiental se encontra enxertado num procedimento administrativo mais amplo (ex: para obtenção de um título de instalação industrial)
- A licença ambiental se encontra integrada no procedimento de LUA (DL 75/2015, de 11/5)
 - Segundo as regras do LUA, os atos permissivos ambientais respeitantes a uma dada situação são desencadeados através de um único pedido e dão origem a um único título – o Título Único Ambiental




6. Vicissitudes

6. Vicissitudes

6. Vicissitudes

6. Vicissitudes

A. Alteração da licença ambiental (artigo 19.º)

- Alteração da licença pode ter de ser requerida pelo interessado em várias situações, nomeadamente por evolução das Melhores Técnicas Disponíveis (artigos 19.º-7 e 31.º)
- Lei estabelece procedimento específico para alterações
 - Procedimento simplificado, caso a alteração não seja substancial (artigo 19.º-4)
 - Procedimento de licença ambiental, quando se trate de alteração substancial (artigo 19.º-3)

B. Renovação da licença ambiental (artigo 21.º)

- Licença tem prazo e interessado deve pedir a renovação 6 meses antes do termo do prazo
- Deve igualmente comunicar elementos da licença ambiental que necessitem de atualização
- Pode existir vistoria

6. Vicissitudes

C. Caducidade da licença ambiental (artigo 22.º)

- Causas de caducidade
 - Ausência de atividade por certo período
 - Caducidade do título de exploração
 - Outras causas previstas no artigo 22.º-2 e 3

D. Transmissão da licença ambiental (artigo 20.º)

- Transmissão pode ser pedida pelo transmitente ou transmissário
- Parece tratar-se de um poder vinculado, mas a lei não é absolutamente clara



7. O licenciamento Único Ambiental



7. O licenciamento único ambiental

A. Noção

- O Licenciamento Único Ambiental (LUA) visa, com um único pedido, numa única plataforma, desencadear um conjunto de vários procedimentos ambientais
- Origina o Título Único Ambiental (TUA), que inclui vários atos permissivos, correspondentes aos procedimentos desencadeados (licenças, autorizações, etc)
 - Trata-se de uma simples declaração relativa a outros atos, correspondentes a procedimentos ambientais integrados no LUA
- Mas os regimes próprios de cada procedimentos, a sua tramitação, boa parte das suas formalidades próprias e os seus prazos não são alterados
- Origina o pagamento de uma única taxa
- Regulado pelo DL 75/2015, de 11/5

7. O licenciamento único ambiental

B. Âmbito (artigo 2.º do DL 75/2015, de 11/5)

- Avaliação de Impacte Ambiental (DL 151-B/2013, de 31/10, subsequentemente alterado)
 - Origina a DIA
- Procedimentos de avaliação de incidências ambientais (artigos 33.º-R a 33.º-U da secção IV do DL 172/2006, de 23/8, subsequentemente alterado)
 - Específico para centros electroprodutores que utilizem energia renováveis e que não estejam sujeitos a AIA, mas se encontrem em REN, Rede Natura 2000 ou Rede Nacional de Áreas Protegidas
 - Origina a DIInA
- Regime das Emissões Industriais/Prevenção e Controlo Integrado da Poluição (DL 127/2013, de 30/8)
 - Origina licença ambiental
 - Original a licença para atividades de incineração e co-incineração de resíduos

7. O licenciamento único ambiental

B. Âmbito (artigo 2.º do DL 75/2015, de 11/5)

- Comércio Europeu de Licenças de Emissão de gases com Efeito de Estufa (DL 38/2013, de 15/3, e DL 93/2010, de 27/7, no que se refere ao setor da aviação)
 - Origina Título de Emissão de Gases com Efeito de Estufa e a Licença de Emissão
- Gestão de Resíduos (DL 178/2006, de 5/9, subsequentemente alterado)
 - Registo do transporte de resíduos (artigo 21.º)
 - Licenciamento do tratamento de resíduos (artigo 23.º e segs.)
 - Obrigação de registo de resíduos (artigo 48.º)
- Gestão de Resíduos das Explorações de Depósitos Minerais e de Massas Minerais (DL 10/2010, de 4/2, subsequentemente alterado)
 - Licença de instalações de resíduos (artigo 21.º e segs.)
 - Aprovação de plano de lavra/plano de pedreira (artigo 37.º)

7. O licenciamento único ambiental

B. Âmbito (artigo 2.º do DL 75/2015, de 11/5)

- Prevenção de Acidentes Graves que envolvam Substâncias Perigosas e a limitação das suas consequências para o Homem e o Ambiente (DL 150/2015, de 5/8)
 - Decisão de avaliação da compatibilidade de localização (artigos 8.º e 9.º)
 - Aprovação do relatório de segurança (artigo 19.º)
- Títulos de Utilização de Recursos Hídricos (DL 226-A/2007, de 31/5)
 - Comunicação prévia, autorização, licença e concessão são títulos de recursos hídricos (artigo 1.º e 16.º)

7. O licenciamento único ambiental

B. Âmbito (artigo 2.º do DL 75/2015, de 11/5)

- Operações de Deposição de Resíduos em Aterro e conceção, licenciamento, construção, exploração, encerramento e pós-encerramento de aterros (DL 183/2009, de 10/8, subsequentemente alterado);
 - Licença para deposição de resíduos em aterro

- Licenciamento da instalação e exploração dos centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos perigosos - CIRVER (DL 3/2004, de 3/1, subsequentemente alterado)
 - Licenciamento para instalação e exploração de CIRVER

7. O licenciamento único ambiental

C. Regimes jurídicos relacionados com o LUA

- Sistema de Indústria Responsável (DL 169/2012, de 1/8, subsequentemente alterado)
- Exercício da atividade pecuária (DL 81/2013, de 14/6, subsequentemente alterado)
- Licenciamento de instalações de armazenamento de produtos petrolíferos e postos de abastecimento de combustíveis (DL 267/2002, de 26/11, subsequentemente alterado)
- Exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade (DL 172/2006, de 23/8, subsequentemente alterado)
- Acesso à atividade de cogeração (DL 23/2010, de 25/3, subsequentemente alterado)
- Acesso à exploração de depósitos minerais/minas e massas minerais/pedreiras (L 54/2015, de 22/6, DL 88/90, de 16/3 e DL 270/2001, de 6/10, subsequentemente alterado)
- Outros

7. O licenciamento único ambiental

D. Aspetos relevantes do regime

- Permite que se efetue um único pedido, englobando todos os procedimentos e atos permissivos ambientais necessário (artigo 12.º do DL 75/2015, de 11/5)
- Origina um único documento: o TUA (artigo 17.º do DL 75/2015, de 11/5)
 - Documento criado com a emissão da primeira decisão (artigo 16.º-3 do DL 75/2015, de 11/5)
 - As restantes integram-se no documento já criado
 - Produção de efeitos só ocorre com a emissão de todas as decisões necessárias (artigo 16.º-4 do DL 75/2015, de 11/5)
- Origina uma taxa única (artigo 19.º do DL 75/2015, de 11/5)
- LUA integra-se noutras plataformas e procedimentos de que dependem e onde se enxertam os procedimentos ambientais (artigo 15.º-1 e 3 do DL 75/2015, de 11/5)

7. O licenciamento único ambiental

D. Aspetos relevantes do regime

- Permite que se utilizem documentos existentes num dos procedimentos, aproveitando-os para outros procedimentos do LUA (artigo 14.º-1 do DL 75/2015, de 11/5)
- São mantidos inalterados os procedimentos, seus prazos, formalidades, etc: não é criado um verdadeiro “procedimento único ambiental” (artigo 12.º do DL 75/2015, de 11/5)
- Mas são criados novos deveres, como se estivesse em causa um verdadeiro procedimento único (artigo 18.º do DL 75/2015, de 11/5)
 - À inobservância destes deveres, muitos deles dependendo do preenchimento de conceitos extremamente vagos e indeterminados (artigo 18.º-f, g) e m) do DL 75/2015, de 11/5, por exemplo), ficam associadas contraordenações relevantes (artigo 21.º do DL 75/2015, de 11/5)



8. Integração com outros procedimentos

8. Integração com outros procedimentos



8. Integração com outros procedimentos

8. Integração com LUA e outros procedimentos

Consequências da integração da Licença Ambiental no LUA

- Licença ambiental pode estar integrada no TUA ou não, consoante o interesse do requerente (artigo 12.º-2 do DL 75/2015, de 11/5)
- Procedimento específico e decisão específica de licença ambiental continua a existir
 - LUA/TUA não elimina procedimentos específicos para cada regime ambiental: Destina-se a criar um canal de entrada eletrónico único, um título único de onde constem as respetivas decisões e identificar uma taxa única a pagar
- Regras sobre prazos de emissão da licença ambiental após a emissão de outros atos em matéria ambiental não fica prejudicada, porque o TUA vai incluindo os atos à medida que forem sendo emitidos, sendo criado com o primeiro deles (artigo 16.º-3 do DL 75/2015, de 11/5)

8. Integração com LUA e outros procedimentos

Integração e relação com outros procedimentos

- Quando a atividade principal é a gestão de resíduos, a licença ambiental é integrada na licença de emissões (artigo 6.º-1)
- Licença ambiental integra (artigo 6.º-2 e 3):
 - Condições do licenciamento de instalações de incineração/coincineração de resíduos
 - Condições relativas ao licenciamento de instalações de combustão/produção de dióxido de titânio
 - Condições relativas ao licenciamento de certas instalações que desenvolvam atividade de tratamento de águas residuais

8. Integração com LUA e outros procedimentos

Integração com outros procedimentos

- Continuam a manter-se como títulos autónomos, com procedimentos próprios:
 - AIA (artigo 27.º)
 - Título de emissão de gases com efeitos de estufa, que é anexado à licença ambiental (artigo 24.º)
 - Título de recursos hídricos, que é anexado à licença ambiental (artigo 25.º)
- Mas os títulos e licenças relativas à gestão de resíduos são integrados na licença ambiental, quando a gestão de resíduos não seja a atividade principal do operador

8. Integração com LUA e outros procedimentos

Integração com outros procedimentos

- Apesar de não estarem integrados, é estabelecida relação de precedência entre a licença ambiental e outros procedimentos ambientais.
- A primeira só emitida após (artigo 40.º-4 e 5):
 - DIA, caso exista procedimento de AIA
 - Emissão da decisão de compatibilidade da localização e /ou aprovação do relatório de segurança, caso seja aplicável o regime de prevenção de acidentes graves
 - Emissão do título de recursos hídricos



Obrigado!

www.joatiagosilveira.org
joao.tiago.silveira@gmail.com
joao.tiago.silveira@mlgts.pt
joatiagosilveira@fd.ulisboa.pt



Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919uf0/streaming.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**3. A REVISÃO DO REGIME DE AVALIAÇÃO DE
IMPACTO AMBIENTAL (A.I.A.) NO CONTEXTO
DA PLENA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA
2014/52/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO, DE 16 DE ABRIL:
UM IMPACTO DESFAVORÁVEL**

CARLA AMADO GOMES

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. A REVISÃO DO REGIME DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA PLENA TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA 2014/52/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 16 DE ABRIL: UM IMPACTO DESFAVORÁVEL *

Carla Amado Gomes**

- I. A revisão da directiva 2011/92/UE, de 13 de dezembro, e a articulação com a *estratégia da União Europeia para a adaptação às alterações climáticas*, de 2013
 - II. Adaptação e avaliação de impacto ambiental reversa
 - III. Avaliação de impacto ambiental e protecção da biodiversidade
 - IV. Avaliação de impacto ambiental e responsabilidade (por danos ecológicos e outros)
 - V. Avaliação de impacto ambiental e decisão expressa
 - VI. Em jeito de balanço conclusivo
- Vídeo

I. A REVISÃO DA DIRECTIVA 2011/92/UE, DE 13 DE DEZEMBRO, E A ARTICULAÇÃO COM A ESTRATÉGIA DA UNIÃO EUROPEIA PARA A ADAPTAÇÃO ÀS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS, DE 2013¹

O relatório do Painel Intergovernamental para as alterações climáticas (*Intergovernmental Panel for Climate Change – IPCC*) apresentado em Setembro de 2013 concluía que a percentagem de certeza da ligação entre actividades humanas e alterações climáticas é de 95%². Independentemente da controvérsia sobre as causas, naturais ou humanas, exclusivas ou concorrentes, do aquecimento global, a verdade é que, pelo menos na última década, os fenómenos extremos têm visto intensificar tanto a sua ocorrência como a sua magnitude³. Os efeitos das alterações climáticas fazem-se sentir sobretudo em Estados menos desenvolvidos e mais vulneráveis do ponto de vista social (pense-se no Haiti, no Bangladesh), mas não deixam incólumes os Estados mais desenvolvidos, embora com menor impacto (relembre-se o exemplo dos furacões *Katrina*, em 2005, que devastou Nova Orleães; *Sandy*, em 2012, que paralisou a cidade e o estado de Nova Iorque em final de Outubro de 2012, matando 47 pessoas; ou *Harvey*, em 2017, que provocou inundações de níveis inéditos em Houston).

A União Europeia aprovou, em 2013, a *Estratégia da UE para a adaptação às alterações climáticas*, para colmatar falhas sentidas em alguns Estados membros⁴. Esta Estratégia assenta em três linhas de acção fundamentais⁵:

* Este texto serviu de base à minha intervenção na acção de formação do CEJ sobre *Protecção ambiental e Licenciamento Único Ambiental*, que teve lugar nas instalações do CEJ, em Lisboa, no dia 25 de Maio de 2018. Agradeço à Dr^a Marta Cavaleira e ao Dr. Fernando Martins Duarte a gentileza do convite.

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ *An EU Strategy on Adaptation to Climate Change*, COM (2013) 216, 16th of April 2013.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:DKEY=725522:EN:NOT>

² Disponível em <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/>.

³ Sobre este ponto, vejam-se CARLA AMADO GOMES, “A gestão do risco de catástrofe natural. Uma introdução na perspectiva do Direito Internacional”, e TIAGO ANTUNES, “Os desastres naturais e as alterações climáticas – em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenómenos meteorológicos extremos”, Capítulos I e II da obra colectiva *Direito(s) das catástrofes naturais*, coord. de Carla Amado Gomes, Coimbra 2012, p. 15 seguintes, e p. 71 seguintes, respectivamente.

⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões – *Uma estratégia de adaptação às alterações climáticas* [COM (2013) 0216 final].

3. A revisão do regime de avaliação de impacto ambiental (A.I.A.) no contexto da plena transposição da directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril: um impacto desfavorável

- Por um lado, incentivar os Estados-Membros a adoptarem estratégias de adaptação globais, disponibilizando fundos para os ajudar a desenvolver as suas capacidades de adaptação e a tomar medidas eficazes. Ganha nessa dimensão de incentivo especial relevância um compromisso voluntário que tem por base a iniciativa *Pacto de Autarcas* (desde 2015 fundida no *Pacto dos Autarcas para o Clima e a Energia*)⁶;
- Por outro lado, promover a actuação da União Europeia no plano do incremento da resistência às alterações climáticas em sectores vulneráveis estratégicos como a agricultura, as pescas e a política de coesão, incentivando a utilização de seguros contra catástrofes naturais ou provocadas pelo homem;
- Por fim, garantir a mais bem informada tomada de decisões, abordando lacunas no conhecimento em matéria de adaptação e desenvolvendo a Plataforma Europeia para a Adaptação Climática (Climate-ADAPT).

Esta Estratégia deixa bem patente o relevo dado pela União Europeia à dimensão da adaptação, um dos dois pilares do combate às alterações climáticas. Na página do IPCC pode ler-se uma definição de “adaptação”: “Adaptation refers to adjustments in ecological, social, or economic systems in response to actual or expected climatic stimuli and their effects or impacts. It refers to changes in processes, practices, and structures to moderate potential damages or to benefit from opportunities associated with climate change”⁷. Durante algum tempo preterida em favor da mitigação – que pressupõe o abandono progressivo das soluções que dependem da geração de altos níveis de emissões de CO₂ –, a adaptação resulta de uma constatação inelutável de que as alterações climáticas e seus efeitos, muitas vezes devastadores, obrigam a respostas imediatas de redução da vulnerabilidade das estruturas sociais e de indução de factores de resiliência na vida das comunidades, sobretudo nas zonas mais expostas aos elementos (cidades costeiras; zonas ribeirinhas; Estados arquipelágicos; zonas na rota de furacões; regiões propensas a secas).

Nesta lógica, a alteração mais evidente do regime de avaliação de impacto ambiental, consolidado na directiva 2011/92/UE, pela directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril, prende-se com a necessidade de consideração, nos estudos que subjazem aos procedimentos de avaliação de impacto ambiental (=AIA), de factores climáticos extremos dos quais podem resultar catástrofes naturais (que são sempre e sobretudo sentidas na sua dimensão humana), e bem assim da necessidade de sujeitar os projectos ao chamado “climate proofing” (o teste do clima), através da avaliação de impacto reversa (v. *infra*).

⁵ Em 2016, em razão da dinâmica dos fenómenos naturais mas também devido à ratificação do Acordo de Paris, a Comissão lançou uma avaliação da estratégia que analisa a aplicação e os seus resultados em face ao que estava previsto aquando da sua adopção em 2013. A avaliação segue a estrutura padrão das avaliações das políticas da UE e examina a relevância, a eficácia, a eficiência, a coerência da estratégia, bem como o valor acrescentado da intervenção da UE. A consulta pública sobre a Estratégia de 2013 e a sua possível evolução decorre até Março de 2018.

⁶ Cfr. a página da iniciativa em <http://www.pactodeautarcas.eu>.

⁷ Cfr. <http://unfccc.int/focus/adaptation/items/6999.php>.

Caso exemplar de uma política de adaptação é o protagonizado pelo governo das Ilhas Fiji desde 2014. Cfr. a notícia *Fiji Leads Pacific Region on Climate Adaptation Efforts*, disponível aqui: <http://www.ipsnews.net/2014/05/fiji-leads-pacific-region-climate-adaptation-efforts/>.

O desdobramento do procedimento de AIA, que passa de uma análise exclusiva *de dentro para fora* para uma dupla análise (também) *de fora para dentro*, torna os estudos de impacto ambiental mais complexos e obriga a um aprimoramento dos técnicos responsáveis pela sua elaboração, para além de reforçar a componente colaborativa/informativa do operador, que tem o controlo dos riscos associados. Tais mudanças estão reflectidas na revisão da directiva.

Uma segunda vertente que interessa realçar é a da tutela da biodiversidade através da AIA. A União Europeia manifesta a sua preocupação com a acentuada perda de valores de biodiversidade em curso e apela a que o instrumento sirva para a contrariar, de acordo com os compromissos assumidos para 2020 na Estratégia da União em matéria de biodiversidade – traduzida na Comunicação da Comissão *O nosso seguro de vida, o nosso capital natural: Estratégia de biodiversidade da UE para 2020*⁸. Para tanto, impõe-se assegurar a adopção de medidas compensatórias necessárias e suficientes para garantir que a rede de biodiversidade, no seu todo, não sofre perdas significativas e que as medidas de minimização de impactos são efectivamente implementadas, tendo em conta as particularidades de cada caso. Importa desde logo e sobretudo não descurar a análise de impactos de projectos que, em abstracto, se afiguram inócuos mas que, em função de aspectos particulares, podem revelar-se lesivos para a biodiversidade – o que sublinha a importância da análise caso a caso.

Um terceiro aspecto que cumpre ressaltar é o da simplificação dos procedimentos de AIA. O considerando 36 do Preâmbulo estabelece que:

“Para promover uma tomada de decisões mais eficiente e aumentar a segurança jurídica, os Estados-Membros deverão assegurar que as várias etapas da avaliação do impacto ambiental dos projetos, são realizadas num período de tempo razoável, consoante a natureza, complexidade, localização e dimensão do projeto. Esses prazos não deverão em circunstância alguma comprometer a consecução de rigorosas normas de proteção do ambiente, em particular as que resultem de legislação da União em matéria de ambiente, diversa da presente directiva, nem comprometer a participação efetiva do público e o acesso à justiça”.

O legislador português transpôs a directiva 2014/52/UE em duas fases: num primeiro momento, e precocemente, através do DL n.º 151-B/2013, de 31 de Outubro, mexeu-se sobretudo no âmbito de aplicação da AIA, tornando-a mais tentacular e reforçando a sua utilização no domínio da tutela da biodiversidade (cfr. o sistema de análise caso a caso disciplinado no artigo 3.º); num segundo momento, com o DL n.º 152-B/2017, de 11 de Dezembro (=RAIA), incorporaram-se as restantes vertentes a que aludimos: alterações à metodologia de análise do estudo de impacto ambiental e reforço dos parâmetros de exercício de funções técnicas nesta área; simplificação, através da interligação do procedimento de AIA com o sistema de licenciamento único ambiental, pré-existente desde 2015.

⁸ COM (2011) 0244, de 3 de Maio. Vejam-se os Pareceres produzidos em 2012 pelo Parlamento Europeu, pela Comissão do Desenvolvimento Regional e pela Comissão para a Agricultura e desenvolvimento rural aqui: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0101+0+DOC+XML+V0//PT#title1> (todos sublinhando o facto de os objectivos para 2010 não terem sido alcançados).

Esta breve apreciação vai incidir sobretudo sobre a revisão operada pelo diploma de 2017, avaliando a sua conformidade com a directiva e a sua suficiência em face dos objectivos de tutela ambiental. No final se perceberá porque consideramos que esta revisão merece, apesar de alguns aspectos positivos, um juízo desfavorável.

II. ADAPTAÇÃO E AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL REVERSA

Portugal tem, desde 2010, uma *Estratégia Nacional de adaptação às alterações climáticas*, adoptada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 24/2010, de 1 de Abril⁹. Esta Estratégia foi revista em 2015, tendo sido então substituída pelo *Quadro Estratégico para a Política Climática*, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2015, de 30 de Julho, que vem estabelecer um programa de acção para o horizonte 2030.

Este *Quadro Estratégico* abarca duas vertentes: por um lado, o *Programa Nacional para as Alterações Climáticas 2020/2030* (PNAC 2020/2030) e, por outro lado, a segunda fase da *Estratégia Nacional para as Alterações Climáticas* (EN AAC 2020). O PNAC constitui “um plano de planos”, um quadro de referência dinâmico para identificação de políticas sectoriais; a EN AAC, por seu turno, promove a articulação e integração das várias políticas de adaptação da escala local à internacional. O *Quadro Estratégico* criou a Comissão Interministerial do Ar e das Alterações Climáticas, encarregada da monitorização da política climática, em geral e nos planos sectoriais.

Este *Quadro Estratégico* está, por seu turno, fortemente condicionado por um outro documento: o *Compromisso para o Crescimento Verde* (aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 28/2015, de 30 de Abril). Este *Compromisso* assenta nos dois pilares fulcrais das políticas de alterações climáticas: a adaptação e a mitigação. No primeiro plano, e importando terminologia dos relatórios do IPCC, a *adaptação* traduz um ajustamento nos sistemas naturais ou humanos como resposta a estímulos climáticos verificados ou esperados, que moderam danos ou exploram oportunidades benéficas. Já a *mitigação* é mais drástica, porque implica a redução efectiva das emissões de gases com efeito de estufa, por forma a alcançar uma meta de redução de emissões de GEE de 30% a 40% em 2030 em relação a 2005 e colocando Portugal numa trajectória de redução de emissões de longo prazo, em linha com os objectivos europeus. A adaptação é prosseguida sobretudo a partir de instrumentos de planeamento territorial, enquanto a mitigação actua primordialmente através da política de energia.

É portanto, e desde logo, estranho que a componente da avaliação de impacto ambiental reversa introduzida no RAIA, com as suas virtualidades de concretização de objectivos de adaptação, não o tenha sido, também, na avaliação ambiental estratégica (para isso devendo rever-se o DL n.º 232/2007, de 15 de Junho, onde se encontra disciplinado o regime de avaliação ambiental estratégica). É certo que pode apontar-se, em primeira linha, essa falha à

⁹ Refira-se que a Região Autónoma dos Açores aprovou, pela Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2011, de 19 de Outubro, a Estratégia Regional para as Alterações Climáticas.

directiva europeia¹⁰; todavia, o princípio do nível mais elevado de protecção recomendaria ao legislador nacional ser mais ambicioso e suprir essa lacuna.

Cumpre salientar que a avaliação de impacto reversa foi assim baptizada pelo Prof. Michael Gerrard, Director do *Center for Climate Change Law* da Universidade de Columbia, a propósito do plano estratégico adoptado pela Cidade de Nova Iorque, na sequência da devastadora passagem do furacão *Sandy*, em 2012¹¹. Gerrard pondera as virtualidades da “Reverse Environmental Impact Assessment Analysis” (REIA) numa lógica de antecipação dos efeitos negativos dos fenómenos climáticos extremos sobre determinados projectos. Tal metodologia surte já reflexos em procedimentos de autorização de projectos litorais, nomeadamente com base na projecção do *New York State Department for Environmental Conservation* sobre a subida do nível das águas no horizonte de 2100¹².

Imbuídas da mesma preocupação, algumas agências estaduais e federais elaboraram directizes no sentido de fazer reflectir as projecções sobre a evolução do território em face das alterações climáticas nas avaliações de impacto ambiental. Um exemplo é o *NEPA Guidance on the consideration of the Effects of Climate Change and Green House Gas Emissions*¹³, do Conselho para a Qualidade Ambiental (*Council on Environmental Quality*, CEQ), de 2016. Neste documento de orientação (que foi mandado retirar pela Administração Trump), apela-se não só à consideração do impacto em termos de emissões de CO₂ de cada projecto a autorizar pela Administração ambiental, avaliando alternativas e apresentando medidas de mitigação, como também à avaliação dos efeitos que as alterações climáticas poderão sobre ele provocar.

Constituindo este um dos objectivos da directiva, seria esperável que o RAIA incorporasse esta dupla dimensão da AIA, desde logo na própria definição desta. Tal não aconteceu, todavia. Lendo a renovada alínea d) do artigo 2.º do RAIA, reconhece-se uma descrição mais cuidada das fases da AIA e de alguns deveres das entidades intervenientes, mas não se apreende o

¹⁰ Repare-se que a directiva, no considerando 15 do Preâmbulo, se pronuncia expressamente sobre a necessidade de incorporar tal vertente no regime de AIA – mas depois não desenvolve suficientemente este desígnio no articulado:

“A fim de garantir um elevado nível de protecção do ambiente, deverão ser tomadas medidas de precaução relativamente a determinados projetos que, em virtude da sua vulnerabilidade a acidentes graves e/ou a catástrofes naturais, tais como inundações, subida do nível do mar ou sismos, podem ter efeitos negativos significativos no ambiente. No que respeita estes projetos, é importante ponderar a sua vulnerabilidade (exposição e resiliência) a acidentes graves e/ou a catástrofes, o risco de ocorrência desses acidentes e/ou catástrofes e as implicações dos prováveis efeitos negativos significativos no ambiente. A fim de evitar a duplicação de esforços, deverá ser possível utilizar quaisquer informações relevantes disponíveis e obtidas através de avaliações de risco efetuadas nos termos da legislação da União, como a Diretiva 2012/18/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, e a Diretiva 2009/71/Euratom, do Conselho, ou através de avaliações pertinentes efetuadas nos termos da legislação nacional, desde que estejam preenchidos os requisitos da presente diretiva”.

¹¹ Cfr. TERESA PAREJO NAVAJAS, “Evaluation of Directive 2014/52/EU and Spanish Law 21/2013 along with the need to include the Reverse Environmental Assessment Analysis for the adaptation of projects, plans, and programs to the effects of climate change” – https://works.bepress.com/teresa_parejo/2/; e LEILA NEIMANE, “Concept of reverse environmental impact assessment”, Comunicação apresentada na 35.ª conferência anual da Associação Internacional para o Impacto Ambiental, realizada em Florença nos dias 20/23 de Abril de 2015 – <http://conferences.iaia.org/2015/Final-Papers/Neimane.%20Leila%20-%20Concept%20of%20Reverse%20Environmental%20Impact%20Assessment.pdf>.

¹² Cfr. MICHAEL GERRARD e ANDREW McTIERNAN, “New York’s New Sea Level Rise Projections Will Affect Land Use, Infrastructure”, in *New York Law Journal*, 9/03/2017 – <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/03/070031715-Arnold.pdf>.

¹³ Disponível aqui: https://ceq.doe.gov/guidance/ceq_guidance_nepa-ghg-climate_final_guidance.html.

desdobramento que a avaliação reversa implica. As únicas referências à “prova do clima” ou AIA reversa encontram-se, por um lado, na subalínea v) da alínea a) do artigo 5.º, sobre objectivos da AIA (“...incluindo os efeitos decorrentes da vulnerabilidade do projeto perante os riscos de acidentes graves ou de catástrofes que sejam relevantes para o projeto em causa”) e, por outro lado, na alínea f) do n.º 5 do Anexo V (e ainda assim equívoca), que estabelece, no âmbito da “descrição dos prováveis efeitos significativos do projecto no ambiente”, a necessidade de aferir o “impacto do projecto sobre o clima e [a] vulnerabilidade do projecto às alterações climáticas” (itálico nosso).

O diploma português – e a directiva – teriam ganho em ser mais precisos e detalhados sobre este ponto. O *NEPA Guidance* a que aludimos acima poderia ser útil, na medida em que estabelece a necessidade de testar a vulnerabilidade do projecto em face de alterações climáticas prováveis no ambiente envolvente (na Parte B: *Considering the effects of climate change on a proposed action and its environmental impacts*) considerando, por um lado, o ponto de partida do contexto ecossistémico de que se parte (caudal de um rio; nível da água do mar; existência de exemplares de uma dada espécie; erosão ou seca); por outro lado, as projecções de evolução climática para anos vindouros, de acordo com a melhor informação científica disponível, tendo em atenção a previsão de durabilidade do projecto/actividade; e por fim, a viabilidade técnica de minimizar tais impactos, promovendo a resiliência do empreendimento/actividade projectado.

A incorporação no estudo de impacto ambiental – e correlativamente na AIA – desta nova componente faz acrescer, certamente, o nível de complexidade da análise e a necessidade de contar com técnicos qualificados. Isso explica que o DL n.º 152-B/2017 tenha incorporado um novo artigo – 9.º A – dedicado à competência dos peritos que subscrevem o estudo de impacto ambiental, remetendo para portaria do Ministério do Ambiente a fixação dos parâmetros de certificação de qualidade daqueles¹⁴. O RAIA não foi, no entanto, tão longe como o legislador espanhol, que no artigo 16.º/2 da Lei n.º 21/2013, de 9 de Dezembro (*Ley de evaluación ambiental*), estabeleceu a responsabilidade dos autores dos estudos de impacto ambiental pelo seu conteúdo e fiabilidade da informação. Nem tão pouco seguiu o exemplo do legislador moçambicano, que no Decreto n.º 45/2004, de 29 de Setembro, estabeleceu a necessidade de um registo nacional de Consultores Ambientais, no qual os profissionais devem estar inscritos para poderem intervir em AIAs, responsabilizando-os civil e criminalmente pelas informações veiculadas nos estudos de impacto ambiental que subscreverem bem como, solidariamente com o dono do projecto, pelos danos causados pelas actividades autorizadas, desde que tais danos tenham ocorrido em razão de deficiências do estudos baseadas em informações inconsistentes (cfr. o artigo 23.º/4 do diploma citado).

¹⁴ O considerando 33 do Preâmbulo da directiva estabelece que os pedidos devem ser “qualificados e competentes” e que devem demonstrar as suas competências específicas para o projecto em causa (“...é exigida uma experiência suficiente no domínio do projecto em causa”). O que parece significar que não basta a aferição da qualidade em abstracto – através da certificação –, mas é necessário ainda que, para cada projecto, o autor/es do estudo de impacto ambiental atestem a sua aptidão técnica no contexto técnico que lhe é submetido, e que a Autoridade de AIA verifique esse aspecto. Esta verificação implicaria a exigência de identificação do perito/s e da apresentação curricular de prova sumária da sua competência para efeitos de elaboração do estudo de impacto ambiental concreto – porém, estes elementos não se encontram registados no elenco descrito no Anexo V (Conteúdo mínimo do EIA).

III. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E PROTECÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Como observámos em 1., uma das preocupações da directiva de 2014 é a da contenção da perda abrupta de diversidade biológica a que se assiste nas últimas décadas. Para tanto, a AIA pode constituir um instrumento valioso, sobretudo na vertente de avaliação de incidências, no âmbito de zonas integradas na Rede Natura 2000.

Com a revisão do RAIA de 2013, e a tentacularização da AIA, passou a existir um conjunto muito alargado de projectos que, correspondendo às categorias elencadas no Anexo II ficam abaixo dos limiares mas ainda assim pode, por decisão da entidade licenciadora e nos termos dos critérios enunciados no Anexo IV, ser sujeitos a ela. No caso de projectos a desenvolver em áreas sensíveis (áreas protegidas nos termos do direito nacional ou da rede Natura 2000), cabe à Autoridade de AIA, através da entidade licenciadora e após consulta das autoridades incumbidas da gestão da área em causa, decidir sobre a sujeição ou não a AIA – sendo certo que se nada disserem no prazo fixado no artigo 3.º/6 do RAIA, o silêncio deve ser interpretado no sentido da necessidade da submissão.

Este regime nada tem de surpreendente, mas o seu confronto com a solução de deferimento tácito que se encontra no artigo 19.º realça a sua importância – e simultaneamente agrava o paradoxo de admitir decisões silentes no âmbito da protecção de interesses meta individuais. Veja-se que o legislador estabelece que, em fase de apreciação prévia (ou seja, na hipótese de *case by case analysis*), deve existir uma decisão expressa sempre que estejamos a avaliar impactos em áreas sensíveis, mas depois admite esvaziar esse cuidado no momento da decisão, em razão da aplicação da norma *supra* referida, mais concretamente do seu n.º 4.

Esta consequência negativa agrava-se ainda mais se pensarmos que o diploma que disciplina a rede Natura 2000 (DL n.º 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo DL n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro¹⁵ = RRN) remete para a metodologia de AIA todas as avaliações de projectos situados em zona de rede Natura 2000 que, em razão da aplicação do RAIA, a este se devam submeter (cfr. o artigo 45.º/3 do RAIA). De fora do regime de silêncio ficam apenas os projectos não submetíveis a AIA, nem por força do artigo 1.º/3/a) e b) i), nem por força dos artigos 1.º/3/b) ii) e 3.º/6 e 7 do RAIA, que devem sujeitar-se a avaliação de incidências ambientais e merecer decisão expressa. Porém, como o RRN não descreve a metodologia da avaliação de incidências, o legislador nacional prontamente se aproveita desta lacuna para, em leis avulsas – *v.g.*, o DL n.º 172/2006, de 23 de Agosto (alterado pelo DL n.º 152-B/2017, de 11 de Dezembro), no artigo 33.º-T/3 – consagrar a solução do deferimento tácito também nesse procedimento¹⁶.

Este quadro atesta bem que a preocupação da directiva no que toca à especial protecção da biodiversidade não está suficientemente acautelada no diploma nacional.

¹⁵ O DL n.º 140/99 foi objecto de uma segunda alteração pelo DL n.º 156-A/2013, de 8 de Novembro.

¹⁶ Para mais desenvolvimentos críticos, veja-se o nosso *Introdução ao Direito do Ambiente*, 3.ª edição, Lisboa, 2018, p. 223 seguintes.

A este aspecto negativo acresce um outro, a que o Preâmbulo da directiva alude expressamente (consid. 35): a aplicação efectiva de medidas de mitigação e compensatórias, nomeadamente das segundas, no âmbito do RRN, uma vez que são oriundas da directiva habitats. A nossa preocupação neste ponto é antiga e já a manifestámos noutras ocasiões¹⁷. Dir-se-á que a disciplina da pós-avaliação, presente nos artigos 26.º e seguintes do RAIA, supre essa necessidade. Porém, não só esse momento se revela tardio face ao que se extrai do *Guidance document* da Comissão sobre critérios de determinação e aplicação de medidas compensatórias no âmbito do RRN¹⁸ – segundo estas directrizes, tais medidas devem ser implementadas *antes* de começarem os trabalhos que provocarão os danos ecológicos que visam compensar¹⁹ –, como a articulação entre o RAIA e o RRN deveria ter ficado explicada, nomeadamente quanto à necessidade de revisão da DIA condicionalmente favorável para acolher as indispensáveis medidas compensatórias a decretar na sequência do procedimento descrito nos n.ºs 10 e 11 do RRN.

Note-se que, de acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, uma “avaliação de impacto desfavorável” (n.º 9 do artigo 10.º do RRN) não se traduz apenas numa DIA desfavorável mas também numa DIA condicionalmente favorável – uma vez que desta resultam consequências negativas para os ecossistemas que devem ser minimizadas. Por outras palavras, uma DIA condicionalmente favorável não permite excluir, *sem qualquer dúvida*, que as espécies e habitats não ficarão afectadas de forma significativa na sua integridade²⁰. O que significa que, também quanto a este tipo de DIA se deve exigir, para tornar viável o projecto:

- A declaração ministerial sobre o superior interesse público que reveste;
- A demonstração da inexistência de localizações alternativas tecnicamente realizáveis;
- E a consequente revisão da DIA (nos termos do artigo 25.º do RAIA) para acolher as medidas necessárias e suficientes.

¹⁷ Por último e em síntese, na *Introdução...*, cit., p. 228-234.

¹⁸ *Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC: "Managing Natura 2000 sites. The provisions of Article 6 of the 'Habitats' Directive 92/43/EEC" (2007-2012) – Clarification of the concepts of: alternative solutions, imperative reasons of overriding public interest, compensatory measures, overall coherence: Opinion of the Commission –* http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/new_guidance_art6_4_en.pdf.

¹⁹ Ou seja, as medidas compensatórias devem ser implementadas ‘antes de’ e não ‘a par’ da execução do projecto, para que a rede ecossistémica não veja o seu equilíbrio perturbado. A ser transformado em *hard law*, este *Guidance document*, neste ponto, exigiria uma flexibilização do prazo de caducidade de implementação da DIA, pois os quatro anos a que se refere o n.º 4 do artigo 23.º do RAIA (mesmo que com possibilidade de prorrogação, por uma única vez, por período que o diploma não fixa mas que entendemos não dever ser superior a 4 anos: cfr. o n.º 7 do artigo 24.º do RAIA) podem não ser suficientes para o ecossistema absorver os efeitos das medidas, de forma a não se romper o equilíbrio da rede no seu todo.

²⁰ Cfr. o *leading case* do Tribunal de Justiça da União Europeia, prolatado a 7 de Setembro de 2004, proc. C-127/02 (abreviadamente conhecido por caso *Waddenzee*), *max.* o considerando 45 (“... o artigo 6.º, n.º 3, primeiro período, da directiva habitats deve ser interpretado no sentido de que qualquer plano ou projecto não directamente relacionado com a gestão do sítio e não necessário para essa gestão será objecto de uma avaliação adequada das suas incidências no mesmo à luz dos objectivos de conservação desse sítio, quando não se possa excluir, com base em elementos objectivos, que tal plano ou projecto afecte o referido sítio de modo significativo, individualmente ou em conjugação com outros planos ou projectos”).

A explicitação desta metodologia é omissa e esta falha faz perigar a efectividade do sistema de protecção da rede Natura 2000 (bem como das restantes áreas protegidas de âmbito nacional, às quais o legislador estendeu a necessidade de compensação *ex ante*, nos termos do artigo 36.º do DL n.º 142/2008, de 24 de Julho).

IV. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE (POR DANOS ECOLÓGICOS E OUTROS)

A relação entre o RAIA e o DL n.º 147/2008, de 29 de Julho (com última alteração pelo DL n.º 13/2016, de 9 de Março: regime de prevenção e reparação do dano ecológico, RPRDE) não foi absorvida por nenhuma das revisões que o diploma sofreu após 2008 (2013; 2014; 2015; 2017). O artigo 41.º afirma o princípio da reparação natural – o que não contraria o RPRDE –, mas fala de medidas de minimização e compensação (uma terminologia alheia ao RPRDE) e atribui a “serviços competentes do ministério responsável pela área do ambiente” a competência de actuação substitutiva, com direito de regresso sobre o lesante – mas a APA, autoridade competente nos termos do RPRDE para promover a reparação do dano ecológico, não é um serviço do Ministério do Ambiente. Já o artigo 42.º utiliza o termo “medidas compensatórias” de forma totalmente desarticulada em face do RPRDE. Enfim, o artigo 43.º é hoje uma incógnita, quando alude a indemnizações para o Estado, à fixação de indemnizações nos termos da equidade, à dedução de pedidos junto dos tribunais comuns, à efectivação da responsabilidade pelos particulares “nos termos da legislação aplicável”...

Sem querer entrar em detalhes sobre o RPRDE, que já desenvolvemos noutra local²¹, limitámo-nos aqui a observar que, do nosso ponto de vista, das duas, uma: ou o legislador articulava o RAIA com o RPRDE – reformulando profundamente as normas identificadas; ou as suprimia, pura e simplesmente, assim promovendo implicitamente a remissão para os regimes potencialmente aplicáveis. Ter deixado permanecer estas normas ao cabo de quase dez anos de vigência do RPRDE constitui um sinal de indiferença perante este regime que é sintomático da falta de seriedade com que ele é encarado.

Mas há uma outra dimensão de responsabilidade a que gostaríamos de aludir aqui ou, talvez melhor, uma outra vertente de entrecruzamento entre o RAIA e a responsabilidade civil. Ela prende-se com a responsabilidade de prevenção de riscos naturais por parte das autoridades públicas, que pode ver reduzido o seu âmbito em face da metodologia de AIA reversa que a revisão propicia. Com efeito, o facto de o operador ver transferido para si o ónus de autoprotecção em face de eventos climáticos extremos desonera as autoridades públicas de uma significativa parcela de responsabilidade. É verdade que, na jurisprudência, é ainda a regra reconduzir os danos provocados por inundações ou vendavais à força maior²²; mas são cada vez mais frequentes os casos de apuramento de responsabilidade das entidades públicas

²¹ CARLA AMADO GOMES, *Introdução...*, cit., p. 308 seguintes.

²² Cfr., entre outros, o Acórdão do STA de 9 de Julho de 2007, proc. 01103/08.

com competência de fiscalização de determinadas infra-estruturas de contenção por défice de ponderação de riscos²³.

A elaboração de modelos de evolução dos fenómenos climáticos que está na base da lógica de adaptação cabe, em primeira linha, às autoridades públicas, embora possa também ser desenvolvida por instituições privadas. É com base nesses modelos que os estudos de impacto ambiental e as medidas de minimização de riscos neles contidas vão ser estruturados. Claro que a adopção de tais medidas não exonera as autoridades dos seus deveres de prevenção; mas a adopção da AIA reversa reduz-lhe sensivelmente o âmbito e a intensidade e, em caso de ocorrência de danos provocados por eventos extremos, dará sempre aso à alegação de conduta negligente do lesado para minimizar ou mesmo excluir o dever de indemnizar.

É verdade que a tarefa de minimização de riscos climáticos está já bastante apoiada, pelo menos no que tange às inundações, pela directiva 60/2007/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro, transposta para o Direito português pelo DL n.º 115/2010, de 22 de Outubro, que versa sobre os planos de gestão do risco de inundações. Estes planos devem incorporar modelos de prognose climática e mapear os locais onde o risco de alagamento é previsível e fornecem, portanto e por si só, um guia do território aplicável desde logo por entidades com competência autorizativa de instalação dos equipamentos, infraestruturas ou actividades. Mas se o risco não for tão grande que impeça de todo a instalação, as medidas de minimização, públicas e privadas, continuarão a ser necessárias²⁴.

Os riscos resultantes de temporais, no entanto, são mais difíceis de mapear. O aumento da resiliência dos edifícios, o apuramento técnico dos planos de emergência, o abastecimento alternativo em caso de falta de energia, o acautelamento de fugas de produtos nocivos, todos esses aspectos ganham ênfase em razão de factores externos de controlo não totalmente previsível. E no âmbito da questão das alterações climáticas devem também ser ponderados riscos que se vão avolumando gradualmente e que transformam o território – e que podem tornar inviáveis ou extremamente onerosas determinadas actividades –, riscos esses cuja eclosão, se não devidamente planificada, pode ter expressão económica significativa e gerar compensações.

O que pode estar em causa, portanto, é, por um lado, a redução do âmbito da causa de exclusão “força maior” em razão dos modelos climáticos: os eventos extremos vão-se tornando cada vez mais previsíveis nas suas ocorrência e magnitude, porque o *anterior anormal* passa a ser o *novo normal* – facto que não exime as autoridades públicas de implementar medidas de protecção gizadas à luz desse “novo normal”, ainda que vendo o seu peso reduzido pelo contrapeso dos deveres de autoprotecção de operadores privados. Ou

²³ Cfr. o Acórdão do TCA-Norte de 25 de Junho de 2009 (proc. 00007/04.9BECBR), que imputou ao Instituto da Água (INAG) responsabilidade por omissão de vigilância de diques de contenção de águas do rio Mondego, falha que provocou a inundação de uma exploração agrícola com severos danos para os seus proprietários. Desconsiderando a alegação de força maior por parte do INAG, o tribunal afirmou que “Para ocorrer caso de força maior seria necessário que todo o circunstancialismo, exterior, tornasse absolutamente inócua, por desnecessária, qualquer actuação dos serviços do réu no sentido de evitar os danos”.

²⁴ Relativamente a este ponto, veja-se a possibilidade de emissão de DIAs condicionadas à compatibilidade com normas de instrumentos de gestão territorial, os quais podem determinar a necessidade de revisão daquelas, ou mesmo a sua caducidade em face de proibições supervenientes.

seja, a responsabilidade por omissão de vigilância de coisas ou de planeamento passa a estar mais repartida entre operadores e autoridades públicos.

Por outro lado, e já à margem da dimensão da responsabilidade civil, cumpre referir que a questão das alterações climáticas, em razão das mudanças profundas que pode provocar em sede de ocupação do território e uso do solo pode reclamar soluções de apoio a comunidades deslocadas que o mecanismo da responsabilidade é insusceptível de promover. Portugal não está em situação idêntica aos Estados insulares do Pacífico, que lutaram pela constituição do *Green Climate Fund* – no quadro do Protocolo de Quioto, hoje transitado para o Acordo de Paris – precisamente para prestar auxílio de adaptação a populações afectadas por degradação do seu enquadramento ambiental vital, ou mesmo por desaparecimento físico do território onde vivem. Mas a natureza costeira de grande parte do território continental, e a existência dos arquipélagos de Madeira e Açores, torna o país mais vulnerável ao aumento do nível das águas marítimas, com as consequências adaptativas inerentes e para as quais um Fundo para as Alterações Climáticas virá certamente a revelar-se crucial.

V. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E DECISÃO EXPRESSA

A avaliação de impacto ambiental constitui uma decisão parcial integrada no procedimento autorizativo ambiental. Traduz um momento fulcral neste procedimento, uma vez que testa a compatibilidade do projecto de empreendimento/infraestrutura/actividade com o contexto, ambiental e ecossistémico em que se insere e onde ficará, normalmente por tempo indeterminado. Utilizando uma analogia com a construção, pode dizer-se que a AIA avalia a solidez dos alicerces do projecto, o seu impacto imediato no terreno, e bem assim os seus impactos futuros em tudo o que não implicar controlo de emissões poluentes – essa dimensão é do foro da licença ambiental e outras licenças similares.

Sendo o território/solo um bem cada vez mais escasso, naturalmente que a avaliação de impacto vai confrontar diversos interesses, alguns deles conflitantes. Deve sublinhar-se, contudo, a diferente natureza do interesse de preservação do equilíbrio ecológico em razão da sua vocação de tutela de valores metaindividuais quer eles se encarem numa perspectiva ecocêntrica, quer numa dimensão antropocêntrica. Essa particularidade deve acarretar especiais cuidados no que toca tanto à participação do público interessado – e sobretudo dos actores animados de uma determinação altruísta; como à qualidade dos intervenores com capacidade directa de formação da decisão; como ainda à efectividade da ponderação dialógica e prospectiva – e, agora, também reversa – dos elementos, técnicos, científicos e de facto, carreados para o procedimento. Naturalmente que só um procedimento completo e uma decisão expressa o permite.

O considerando 34 do Preâmbulo da directiva assim o confirma:

“Com vista a assegurar a transparência e a responsabilização, deverá exigir-se à autoridade competente que fundamente a sua decisão de aprovação para a execução de um projeto,

indicando que tomou em consideração os resultados das consultas efetuadas e as informações pertinentes reunidas”.

Parece evidente, da definição de AIA que consta da subalínea iv) da alínea d) do artigo 2.º do RAIA, que a decisão final deste procedimento tem que ser expressa, uma vez que a DIA deve vir acompanhada de uma “conclusão fundamentada pela autoridade de avaliação de impacto ambiental”. Ora, uma DIA formada a partir do silêncio pode não conter mais do que o estudo de impacto ambiental, apresentado pelo proponente, forçosamente parcial e possivelmente insuficiente. Ou seja, pode resultar de um procedimento parcialmente (ou mesmo totalmente) inexistente²⁵, destituído de participação pública, de avaliação técnica, de ponderação de interesses.

Esta é uma péssima solução, que o legislador tem multiplicado pelos diplomas de cariz ambiental – até o regime de prevenção de acidentes graves, o último resistente, soçobrou em 2015 ao deferimento tácito²⁶! É verdade que se tem tentado, através de subterfúgios mais ou menos sofisticados, minimizar os estragos desta solução – veja-se um exemplo no artigo 23.º do DL n.º 127/2013, de 30 de Agosto, que adopta o deferimento tácito para o licenciamento ambiental mas impõe-lhe várias barreiras que traduzem a observância de momentos fulcrais do procedimento²⁷. Porém, no RAIA, tais barreiras não existem sequer, o que abre a porta a procedimentos vazios e carentes de ponderação do interesse ambiental em favor de interesses privados. Recorde-se que a directiva, ainda que aponte no sentido da simplificação e agilização dos procedimentos, não deixa de sublinhar que o encurtamento de prazos não deverá, “em circunstância alguma, comprometer a consecução de rigorosas normas de protecção do ambiente” (consid. 36).

Em suma, é lamentável que, com o apoio literal da directiva, e já com sinais de reprovação do Tribunal de Justiça quanto a este tipo de desvios à justa ponderação de interesses em procedimentos de tomada de decisão ambiental²⁸, se tenha perdido esta oportunidade para suprimir ou pelo menos corrigir a solução contida no RAIA.

VI. EM JEITO DE BALANÇO CONCLUSIVO

O nosso título já antecipa a conclusão globalmente desfavorável que nos suscita esta revisão do RAIA. Além dos aspectos que fomos assinalando ao longo do texto, há outros que nos merecem uma última nota negativa, como:

- O facto de o legislador ter transposto completamente a directiva com mais de seis meses de atraso relativamente ao termo previsto (16 de Maio de 2017);

²⁵ Refira-se que só se o procedimento for totalmente inexistente o acto dele resultante é fulminado de nulidade – cfr. o artigo 161.º/2/d) do CPA.

²⁶ Cfr. o DL n.º 150/2015, de 5 de Agosto, nomeadamente o n.º 5 do artigo 19.º.

²⁷ Para mais desenvolvimentos, CARLA AMADO GOMES, *Introdução...*, cit., p. 244-246.

²⁸ Cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Junho de 2001 (proc. C-230/00), anotado por JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS na *Revista do CEDOUA*, 2001/2, p. 72 seguintes.

3. A revisão do regime de avaliação de impacto ambiental (A.I.A.) no contexto da plena transposição da directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril: um impacto desfavorável

- O facto de, em função deste atraso, as normas que ainda não haviam sido transpostas – nomeadamente, o novo conceito de AIA, e correlativamente do estudo de impacto ambiental –, só se aplicarem aos procedimentos iniciados após a sua entrada em vigor, ou seja, no dia 12 de Dezembro de 2017 – quando, em bom rigor, o prazo de vigência que deveria ter-se em conta, uma vez que estas normas, porque essencialmente técnicas, gozam de efeito directo, seria o de 16 de Maio de 2017;
- O facto de o legislador não ter aproveitado para densificar o regime da dispensa de AIA, que dá discricionariedade a mais à Administração²⁹;
- O facto de o artigo 17.º do RAIA, que remete para o CPA, não ter sido actualizado no que toca aos artigos que consagram o direito de audiência prévia no caso do procedimento do acto – após 2015, os artigos 121.º e seguintes.

A revisão do RAIA não deixa, todavia – e é justo que se diga –, de revelar aspectos positivos. Além dos que já destacamos, que envolvem um (novo) paradigma de AIA mais consentâneo com a necessidade de adaptação em face das alterações climáticas e que impõem uma maior capacitação dos técnicos, são também de realçar:

- O maior detalhe dos objectivos da AIA (cfr. a nova redacção do artigo 5.º do RAIA);
- O facto de a entidade licenciadora poder designar um perito especializado na área do projecto para integrar a Comissão de Avaliação, incrementando potencialmente a qualidade da avaliação (cfr. a alínea h), *in fine*, do n.º 2 do artigo 9.º do RAIA);
- A possibilidade de a Autoridade de AIA poder convidar a integrar a Comissão de Avaliação técnicos especializados em riscos de acidentes ou catástrofes (cfr. a alínea k), *in fine*, do n.º 2 do artigo 9.º do RAIA);
- O alargamento dos prazos de participação pública;
- A previsão de garantias de evitação dos conflitos de interesses, ditando a diferenciação obrigatória entre proponente e decisor do procedimento de AIA (cfr. os artigos 8.º/3/k) e 21.º/8 do RAIA);
- O abandono na esdrúxula solução de repartir a competência de emissão da DIA entre a Autoridade de AIA e o Ministro responsável pela pasta do Ambiente consoante esta fosse favorável (seria a primeira) ou desfavorável (seria o segundo).

²⁹ Cfr., por último, a crítica ao artigo 4.º do RAIA em CARLA AMADO GOMES e JOSÉ DUARTE COIMBRA, na anotação ao Acórdão do TCA Norte de 18 de Março de 2016 (proc. 922/06.5BECBR), “Da dispensabilidade da avaliação de impacto ambiental (ainda a propósito da coincineração)”, *in CJA*, n.º 119, 2016, p. 47 seguintes.

3. A revisão do regime de avaliação de impacto ambiental (A.I.A.) no contexto da plena transposição da directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril: um impacto desfavorável

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919ul8/streaming.html?locale=pt>

**4. SOBRE A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL
(OU ECOLÓGICA) EX ANTE DE DANOS
À BIODIVERSIDADE.
REVISITAR UM TEMA**

LUÍS BATISTA



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. SOBRE A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL (OU ECOLÓGICA) EX ANTE DE DANOS À BIODIVERSIDADE. REVISITAR UM TEMA*

Luís Batista**

Nota prévia

1. O conceito
2. A compensação é um princípio?
3. O acolhimento da compensação ambiental ex ante no Direito da União Europeia
4. O acolhimento no Direito português: Rede Natura 2000 (e outras áreas classificadas?)
5. Quatro (+ 1) casos dos tribunais portugueses.

Apresentação *Power Point*

Vídeo

Nota prévia

Sobre a falsa singularidade de “*uma*” nota prévia, escondem-se um agradecimento e três esclarecimentos. O primeiro é endereçado à Comissão Científica e à Direção do Centro de Estudos Judiciários, pelo seu convite, a que esperamos corresponder com mais um contributo para o tratamento de um tema que para muitos continua a ser uma novidade, e que, em certa medida, até para o legislador o é, visto andar a reboque da construção prática e jurisprudencial. Sobre os segundos:

- Dizer que o Programa da ação de formação refere a “*compensação ecológica*”, mas ao falarmos de compensação ecológica ou de compensação ambiental falamos, sem diferença de essência, na mesma coisa. Simplesmente, alguns autores preferem usar a expressão “*ecológica*” para reforçar a ideia de que esta compensação lida com aspectos intrinsecamente ligados ao meio ambiente *per si*, e não, também, com direitos dos indivíduos, sejam de personalidade, ou reais¹. O certo é que, até para acompanhar o legislador português, optamos pelo termo “*ambiental*” – estamos a pensar no artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho (Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade [RJCNB]), que é expressamente dedicado aos instrumentos de compensação ambiental, à semelhança do que sucede no Direito brasileiro (referido pela identidade linguística), mais concretamente no regime do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)².
- Depois, não é de toda a compensação ambiental que nos vamos ocupar, mas só da compensação ambiental *ex ante*, cujas particularidades, como conceito, veremos de seguida;

** O presente texto foi elaborado para servir de suporte escrito à intervenção do autor, sobre o tema, inserida na ação de formação dedicada à Proteção Ambiental e Licenciamento Único Ambiental, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários, no dia 25 de maio de 2018.

** Jurista na Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Mestre em ciências jurídico-ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Assim, desde logo, Carla AMADO GOMES, «De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica», *Actas do Colóquio: A responsabilidade civil por dano ambiental*, org. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, ICJP, Lisboa, 2009, pp. 163 a 171 (cf. a nota de rodapé 14) –

<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/737/view?language=en>; e Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, vol. IV, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 313 a 398.

² Cf. o artigo 31.º do Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamenta a Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000.

- E é o “*revisitar de um tema*” (título da nossa intervenção), porque o conhecemos e vimos acompanhando desde 2011, ano de início da preparação da tese de mestrado que defendemos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2013³. Por outro lado, à tese seguiram-se já algumas intervenções orais e trabalhos escritos, e o que aqui trazemos acaba por ser um misto, de sistematização do tema e refinação de alguns aspetos que dela careciam. Ao mesmo tempo, incluímos alguns casos dos tribunais nacionais, que podem ter interesse dados os destinatários da formação.
- Dito isto, o que devemos entender por compensação ambiental *ex ante*? O que tem, de específico, que a distinga quer dos métodos tradicionais de responsabilização (a restauração natural e a indemnização pecuniária), quer de outras compensações?

1. O CONCEITO

Num conceito composto, a explicação pressupõe a sua desconstrução e a análise em separado e em conjunto de cada componente. É o que faremos:

(i) “**Compensação**” (e a distinção face à restauração natural):

Etimologicamente, compensar é o ato de oferecimento de uma contrapartida, com vista a atenuar uma situação de lesão ou desconforto, conforme sugere, desde logo, o artigo 4.º, alínea b), do RJCNB, ao prever o princípio da compensação “*dos efeitos negativos provocados pelo uso dos recursos naturais*”. E se seguirmos a definição do dicionário Porto Editora da língua portuguesa, compensação é o “*restabelecimento do equilíbrio entre coisas complementares*”. Definição particularmente feliz:

– Restabelecimento do equilíbrio: a compensação surge no âmbito de políticas de proteção da biodiversidade em rede (*no net loss*), desde o *Clean Water Act* norte-americano, de 1972⁴, à mais recente *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*, na qual a Comissão e os Estados-membros assumem o compromisso de “*analisar o potencial da compensação de biodiversidade como um meio para concretizar uma abordagem de ausência de perdas líquidas*”⁵;

– Entre coisas complementares: porque a compensação não repõe a situação anterior, nem recupera o bem que em concreto foi afetado⁶, repondo a situação ou as condições que existiriam não fosse a ocorrência do evento lesivo (como é intenção da restauração natural, prevista no artigo

³ Luís BATISTA, A compensação ambiental *ex ante* como forma alternativa de tutela da biodiversidade, tese, FDUL, Lisboa, 2013 – <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/12089>.

⁴ Palmer HOUGH e Morgan ROBERTSON, «Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means», *Wetlands Ecology and Management*, vol. 17-1, Springer, 2009, pp. 15 a 33 (cf. as pp. 15 a 19).

⁵ COM(2011) 244 final, cf. o Ponto 4.2., tradução nossa; e o Anexo da Comunicação, *Action 7* – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0244:FIN:EN:pdf>. Na doutrina, ligando o “*funcionamento em rede*” ao equilíbrio dos ecossistemas, Carla AMADO GOMES, «*Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade*», No Ano Internacional da Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade», coord. Carla Amado Gomes, ICJP, Lisboa, 2010, pp. 7 a 51 (cf. a p. 50).

⁶ Heloísa OLIVEIRA, «O dano à biodiversidade: conceptualização e reparação», No Ano Internacional da Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade», coord. Carla Amado Gomes, ICJP, Lisboa, 2010, pp. 53 a 90 (cf. a p. 77).

562.º do Código Civil) – o que pressupõe, necessariamente, uma intervenção *in situ*⁷, mas antes (re)cria, num outro sítio, uma situação equivalente, com uma capacidade de prestação igual, mas que nunca é idêntica⁸. Para que a capacidade de prestação seja igual, a equivalência, mais do que quantitativa, tem de sê-lo qualitativamente, o que pressupõe, se está em causa a biodiversidade, a recriação de habitats, de espécies de fauna e flora, e das funções ecológicas perdidas (desde corredores ecológicos, locais de nidificação, características específicas que tornam uma área mais resistente a pressões externas, etc.).

(ii) **“Ambiental”** (e a distinção face à indemnização pecuniária):

A compensação diz-se ambiental em função dos bens tutelados, isto é, dos bens cuja lesão dá lugar à obrigação de compensar. A sua referência são os bens ambientais naturais, enquadrados no artigo 10.º da Lei n.º 19/2014, de 14 de abril (nova Lei de Bases do Ambiente [nLBA]), aqui especificamente um: a biodiversidade.

Se tivermos presente a dupla faceta dos bens ambientais, que ao lado do seu valor ecológico existe um potencial de aproveitamento humano, um mesmo evento pode, simultaneamente, implicar um lesão do bem *per se* (a sua perda, a deterioração da sua condição, etc.) e uma lesão pessoal (os moradores afetados no seu descanso com a instalação de torres eólicas, a comunidade pesqueira em crise na sequência de um derrame petrolífero, etc.)⁹. Aí estamos diante *“danos ambientais reflexos”*, que não interessam à compensação ambiental, uma vez que esta se ocupa unicamente dos *“danos ambientais puros”* ou *“danos ecológicos”*, em que o ambiente é o objeto da lesão, em vez de desempenhar o simples papel de percurso causal da mesma¹⁰.

Esta dualidade de danos, quer a nível de conceitos, quer de regimes, já é conhecida do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho (Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais [RJRDA]), onde o Capítulo II é dedicado à responsabilidade civil, por danos ambientais reflexos (por isso, os artigos 7.º e 8.º falam em *“ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental”*), e o Capítulo III à responsabilidade dita *“administrativa”*¹¹, por danos ambientais puros (cf. os artigos 11.º, n.º 1, alínea e), 12.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1). Sucede que o RJRDA acolhe a compensação ambiental (*ex post*) justamente só para os danos ambientais puros (cf. o artigo 11.º, n.º 1, alínea n) e o Anexo V, n.º 1, alínea b)¹².

Mais, o facto de a compensação ambiental guardar uma relação direta para com os concretos componentes ambientais afetados determina que as medidas em que esta se pode traduzir devem

⁷ Sobre os pressupostos e o funcionamento da restauração ecológica (=restauração natural), ver Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indemnização pecuniária*, GZ Verde, Rio de Janeiro, 2010 (pp. 355 e seguintes).

⁸ *“Un milieu naturel équivalent mais jamais identique”*, como escreve Marthe LUCAS, «La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer», *Revue Juridique de l’Environnement*, n.º 1, Limoges, 2009, pp. 59 a 68 (cf. a p. 59).

⁹ Carla AMADO GOMES, «Do que falamos quando falamos...», *op. cit.* p. 5. Os exemplos são nossos, mas muitos outros poderiam ser dados.

¹⁰ José CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (p. 133). Ainda sobre a distinção entre danos ambientais reflexos e danos ambientais puros ou ecológicos, Michel PRIEUR, *Droit de l’Environnement*, Dalloz, Paris, 2004 (pp. 916 e 917).

¹¹ A não confundir com responsabilidade da Administração, pois aplica-se a operadores quer públicos, quer privados.

¹² Sobre o regime bipolar do RJRDA, ver, entre outros, Tiago ANTUNES, «Da natureza jurídica da responsabilidade ambiental», *Actas do Colóquio: A responsabilidade civil por dano ambiental*, org. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, ICJP, Lisboa, 2009, pp. 121 a 152 (cf. a p. 126); e António BARRETO ARCHER, *Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2009 (pp. 38 e 39).

ser: medidas *in kind*, ou em espécie, ficando arredados os pagamentos pecuniários, exceto nos termos do artigo 36.º, n.ºs 3 e 4, do RJCNB¹³; e medidas *kind-to-kind* ou *kind-to-kind and better*, ou seja, o resultado final não pode ser menos que a *no net loss*, mas, se possível, o desejável até é que se gerem ganhos adicionais de biodiversidade (*net gain*). Logo, a troca deve ser “*apples for apples*”¹⁴.

(iii) “*Ex ante*”:

A compensação pode colocar-se, como obrigação, em duas fases ou momentos: antes da ocorrência do dano (*ex ante*), ou depois (*ex post*). É isto que, fundamentalmente, distingue a compensação ambiental do RJRDA (*ex post*), daquela que vamos ter no quadro da Rede Natura 2000 (*ex ante*). O que não quer dizer que, por o dano ainda não ter ocorrido, a compensação lide com meras eventualidades ou estimativas – aqui entram em cena as avaliações ambientais e os estudos técnicos, matéria à qual voltaremos *infra* (4.)

Naturalmente, ao anteciparmos a obrigação de reparação, introduzimos o elemento do acordo das medidas compensatórias entre o operador e a Administração, o que faz delas uma condição de emissão e de eficácia do ato autorizativo, numa lógica em tudo idêntica à das medidas de mitigação tradicionalmente fixadas nas Declarações de Impacto Ambiental (DIAs) condicionalmente favoráveis¹⁵.

Mas esta distinção não é meramente formal, antes se projeta, também, no plano da maturidade das medidas compensatórias. Com efeito, no RJRDA o dano ambiental não era esperado, mas ocorreu... pelo que deve ser reparado. O que significa que o calendário de implementação das medidas compensatórias é fixado sabendo-se de antemão que estas irão atingir a sua maturidade (irão dar frutos) quando o dano já se fez (e faz) sentir – e é isso que explica que no Anexo V do RJRDA esteja prevista, sob o falso nome de “*reparação compensatória*”, a reparação das chamadas “*perdas transitórias*”, entenda-se, de perdas adicionais registadas enquanto os componentes ambientais afetados não recuperam plenamente (cf. o Anexo V, n.º 1, alínea d)). Diferentemente, quando se trata de compensar *ex ante*, porque estamos a antecipar a ocorrência do dano, as medidas devem estar plenamente concluídas e ser eficazes antes ou, no limite, na data em que o dano ocorra.

Curiosamente, a Comissão Europeia, no seu **Documento de Orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Diretiva Habitats**, de 2007¹⁶, veio admitir exceções ao ser *ex ante*:

“Como princípio geral, um sítio não deve ser afectado de forma irreversível por um projecto antes de a compensação ser concretizada. Todavia, podem ocorrer situações em que não é possível satisfazer este requisito. Por exemplo, a reconstrução de um habitat florestal levaria muitos anos até poder assegurar as mesmas funções que o habitat original

¹³ O n.º 4 sublinha que “os pagamentos (...) ficam obrigatoriamente adstritos às finalidades de compensação ambiental que lhes subjazem”.

¹⁴ J. B. RUHL, Alan GLEN e David HARTMAN, «A practical guide to Habitat Conservation Banking Law and Policy», *Natural Resources & Environment*, vol. 20-1, ABA, 2005, pp. 26 a 32 (cf. a premissa na p. 26).

¹⁵ Parte da doutrina fala numa “*contratualização*”, que enfraqueceria o exercício do poder de polícia da Administração. Neste sentido, Jean UNTERMAIER, «De la compensation, comme principe général du Droit et de l’implantation de télésièges en site classé», *Revue Juridique de l’Environnement*, n.º 4, Limoges, 1986, pp. 318 a 412 (cf. as pp. 404 a 406). Cremos ser a generalização (e habituação) dos atos dotados de cláusulas acessórias, em domínios de forte instabilidade dos pressupostos de facto em que estes atos se baseiam (como é o ambiental).

¹⁶ http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_pt.pdf.

afectado negativamente por um projecto. Devem, pois, envidar-se os maiores esforços para assegurar que a compensação se concretize com antecedência; caso isso não seja totalmente viável, as autoridades competentes devem ponderar uma compensação suplementar para os prejuízos que ocorrerão entretanto” (Ponto 1.4.3.).

A aproximação ao regime das perdas transitórias causa-nos estranheza, porque se a intervenção *ex ante* tem alguma vantagem é a de evitar essas perdas¹⁷, e porque a natureza *ex ante* da compensação ambiental é a sua maior garantia de sucesso e de qualquer outra medida de reparação de danos a bens cuja nossa capacidade de compreensão, valoração e reprodução é, ainda hoje, limitada.

(iv) Conjugando, agora, o que acabámos de tratar, podemos chegar a uma definição de compensação ambiental *ex ante*, como sendo um **modo de tutela reparadora, na forma específica, por equivalente não pecuniário, mediante o oferecimento de prestações substitutivas dos bens lesados e em antecipação das suas lesões**¹⁸.

2. A COMPENSAÇÃO É UM PRINCÍPIO?

O RJCNB sugere-o, ao prever, no artigo 4.º, alínea b), o “*princípio da compensação, pelo utilizador, dos efeitos negativos provocados pelo uso dos recursos naturais*”. Na verdade, porém, o mesmo é desprovido de autonomia, por não ser possível extrair, dali, comportamentos determinados para os seus destinatários que não fossem já prescritos por outros princípios, nomeadamente o poluidor-pagador e o utilizador-pagador, acolhidos no artigo 3.º, alíneas d) e e), da nLBA. Assim sendo, o RJCNB pode ter estabelecido um princípio da compensação no sentido de uma meta, mas não de um princípio jurídico.

Por isso, vários autores sustentam que estamos perante uma manifestação do mega princípio do poluidor-pagador ou do seu recém-nascido irmão, o utilizado-pagador, tratando-se de forçar a internalização de custos (de poluição e de utilização) para o meio ambiente e a comunidade¹⁹. O que, dir-se-á, encontra suporte no RJRDA, uma vez que este acolhe a compensação ambiental (*ex post*) e refere, logo no artigo 1.º, ter sido estabelecido “*com base no princípio do poluidor-pagador*”. Agora, o RJRDA também menciona, no respetivo preâmbulo, que a “*construção do Estado de Direito ambiental*” e a autonomização “*de um novo conceito de danos causados à natureza em si*” (danos ambientais puros) alicerçou-se, num primeiro momento, no princípio da prevenção (que abrangia o poluidor-pagador, até à nLBA²⁰), e, num segundo momento, com a emergência de alternativas

¹⁷ Marthe LUCAS, «La compensation environnementale...», *op. cit.*, p. 67.

¹⁸ Em sentido muito próximo, Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais...*, *op. cit.*, pp. 324 e 325.

¹⁹ Num primeiro momento, Carla AMADO GOMES, «Uma mão cheia de nada...», *op. cit.*, pp. 28 e 49. A autora viria a mudar de opinião, em Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados...», *op. cit.*, pp. 321 e seguintes. Ainda, Paulo Affonso LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, 8.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010 (p. 69). E, incluindo no próprio PPP aspetos do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, Celso Antonio PACHECO FIORILLO, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 11.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2010 (pp. 88 e 93). *Idem*, Marcelo ABELHA RODRIGUES, «Aspectos jurídicos da compensação ambiental e do art. 36, § 1.º da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000)», *Revista de Direito Ambiental*, a.12, n.º 46, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 130 a 145 (cf. a p. 135).

²⁰ Cf. o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 11/87, de 7 de abril.

à abordagem de regulação ambiental²¹, no **princípio da responsabilização**, o que nos parece ter sentido, num diploma que cria obrigações específicas de reparação de danos.

Aberta a primeira “brecha na armadura”, rapidamente encontramos outros motivos para rejeitar a identificação da compensação ambiental com os “irmãos pagadores”:

> O princípio do poluidor-pagador preocupa-se com a adoção de medidas de prevenção da poluição normal e acidental e o seu custeio ao longo do ciclo de vida de uma determinada atividade humana, o que pode implicar, na prática, que o meio ambiente tal como era (pré-atividade), assim não fica (adotadas as medidas). Isto porque os custos das medidas tendem a obedecer a padrões ou quotas de qualidade ambiental (o exemplo típico é o das cotas de emissão de gases) que as autoridades fixam segundo o que, em cada momento, percecionam como sendo um nível ótimo de qualidade ambiental, mas que pode deixar passar danos²²;

> Ao abrigo dos princípios do poluidor-pagador e do utilizador-pagador, uns e outros (poluidores e utilizadores) podem ser chamados a suportar todo um conjunto de medidas sem qualquer ligação às consequências reais, para o meio ambiente, da sua atuação, desde o financiamento de programas de educação ambiental, subsídios para quem adote técnicas e práticas sustentáveis ou auxílios a vítimas de lesantes não identificados²³;

> Estes dois princípios atendem a todo o tipo de degradação ambiental. Logo, não são orientados pela gravidade da conduta, como é característico da obrigação de reparação de danos ambientais, seja ela *ex post* (cf. a definição de dano ambiental do artigo 11.º, n.º 1, do RJRDA, com ênfase nos efeitos e riscos significativos), ou *ex ante* (*idem*, quanto às intervenções carentes de compensação ambiental previstas no artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril, que procedeu à revisão da transposição das Diretivas Aves e Habitats – Regime Jurídico da Rede Natura 2000 [RJRN2000]²⁴);

> O princípio do utilizador-pagador foi pensado na lógica típica das taxas, pressupondo uma relação de aproveitamento de um bem ou serviço por alguém:

“Do utilizador-pagador, que obriga o utente de serviços públicos a assumir os custos tanto da utilização dos recursos, assim como da recuperação proporcional dos custos associados à sua

²¹ Ou abordagem de comando e controlo, que faz assentar a proteção ambiental na previsão de normas comportamentais, de restrições de conduta e de proibições (absolutas e relativas) pela Administração.

²² Explica Paulo de Bessa ANTUNES, que o PPP “*não pretende recuperar um bem ambiental que tenha sido lesado, mas estabelecer um mecanismo económico que impeça o desperdício de recursos (...). O PPP busca, exatamente, eliminar ou reduzir tal subsídio a valores insignificantes*” – *Direito Ambiental*, 12.ª ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010 (p. 50). Sobre o fenómeno do “leakage” no PPP, que se verifica quando um programa fundado neste princípio desencadeia uma transferência dos comportamentos nocivos para outros recursos ambientais, ver Tom TIETENBERG, «Tradable Permits in Principle and Practice», *Moving to markets in Environmental Regulation*, Oxford University Press, 2007, pp. 63 a 89 (cf. as pp. 73 e 74).

²³ Sistematizando vários exemplos de medidas em que o PPP se desdobra, Maria Alexandra ARAGÃO, *O Princípio do Poluidor Pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*, Série Direito Ambiental para o Século XXI – vol. 1, coord. José Rubens Morato Leite e Antônio Herman Benjamin, Instituto Jurídico, FDUC, 2014 (pp. 159 e seguintes) –

https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/monografias/pub_5/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf.

²⁴ Importa notar que a versão original da norma fazia referência a “impactes negativos” – esta menção foi eliminada, passando a constar as afetações significativas (os danos).

disponibilização, visando a respetiva utilização racional” (artigo 3.º, alínea e), da nLBA, sublinhado nosso).

Ora, parece-nos claro que na compensação ambiental a lesão pode derivar da utilização dos recursos naturais (como sucederá numa exploração mineira), ou nada ter que ver com esta (assim, por exemplo, aves atingidas pelas pás de torres eólicas, cujo único aproveitamento que fazem é do espaço em que estão implantadas). Claro é, igualmente, que a compensação não é devida pelo simples facto de existirem áreas protegidas (por isso o critério da disponibilização também não serve).

Entendemos que a compensação ambiental, *ex ante* e *ex post*, é mais corretamente reconduzível ao princípio da responsabilização²⁵. Ela guarda para com os recursos e serviços naturais afetados uma relação intrínseca, de correspondência (ainda que por equivalência – *supra* 1.), e é sinónimo da sua reparação em espécie.

Tentar bloquear esta identificação com o argumento de que a responsabilização lida com atos ilícitos, e que a compensação ambiental *ex ante* surge associada a um ato positivo da Administração (uma autorização), é ignorar: que há muito se aceita que a responsabilidade possa ser exigida independentemente da ilicitude da conduta (é o que sucede na responsabilidade pelo sacrifício²⁶); e que não são apenas os danos já ocorridos que são *de jure condito* “certos” e, nessa medida, suscetíveis de reparação, bastando que sejam “previsíveis” (cf. o artigo 564.º, n.º 2, do Código Civil), logo não há obstáculo jurídico à antecipação de uma tutela reparatória. E dizer que o dano é certo é dizer que, realizada uma avaliação ambiental, não restam dúvidas de que irá ocorrer, ainda que a sua extensão possa não ser plenamente conhecida²⁷.

Aqui chegados, deixamos uma confissão de perplexidade face à alteração das Bases do Ambiente, na parte em que se reviu a definição do princípio da responsabilização (redenominado princípio da responsabilidade (?)), limitando-o aos casos de atuação com dolo ou negligência:

“Da responsabilidade, que obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização nos termos da lei” (artigo 3.º, alínea f) da nLBA, sublinhado nosso)²⁸.

O que se fez foi criar uma completa dessintonia entre a nLBA e o RJRDA, onde os danos ambientais devem ser reparados (eventualmente, por compensação), quer o operador tenha agido com ou sem culpa: pode haver responsabilidade subjetiva ou objetiva. E onde passou a estar a

²⁵ Já assim, José Mário FERREIRA DE ALMEIDA, «O velho, o novo e o reciclado no Direito da conservação da natureza», *O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, org. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, AAFDL, Lisboa, 2009, pp. 39 a 59 (cf. as pp. 54 e 55).

²⁶ Com isto não queremos dizer que a compensação e a responsabilidade pelo sacrifício são a mesma coisa. Não são. Tanto que a segunda funciona na base da equidade e procura repor uma “igualdade” ou “justiça social”. Desenvolvidamente, Carla AMADO GOMES, «A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência», *Revista do Ministério Público*, a.33, n.º 129, Lisboa, 2012, pp. 9 a 47 (cf. as pp. 25 a 29 e 34 a 37).

²⁷ Mas, por isso, as medidas compensatórias são revisíveis e atualizáveis pós-dano. Embora, se essa atualização for necessária, podem cair no quadro da compensação *ex post*.

²⁸ Já o artigo 3.º, alínea h) da Lei n.º 11/87 referia: “Da responsabilização: aponta para a assunção pelos agentes das consequências, para terceiros, da sua ação, directa ou indirecta, sobre os recursos naturais”.

responsabilização na nLBA? No artigo 3.º, alínea g), disfarçada de “recuperação” (mais um novo princípio, de um longo catálogo):

“Da recuperação, que obriga o causador do dano ambiental à restauração do estado do ambiente tal como se encontrava anteriormente à ocorrência do facto danoso”.

3. O ACOLHIMENTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EX ANTE NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O “V Programa Comunitário de Política e Actuação em matéria Ambiental”²⁹, tendo por objetivo o estabelecimento de uma nova estratégia de crescimento sustentável, fez um levantamento do estado de conservação da natureza e da biodiversidade na União Europeia e concluiu, sem surpresas, pela sua sujeição a ameaças várias. Em consequência, traçou um conjunto de prioridades a ser atingidas entre 1992 e 2000, de que destacamos: dar especial atenção à fragmentação e isolamento dos habitats naturais, provocada pela intervenção humana (expansão dos centros urbanos e das áreas agrícolas); gerir de modo coerente os espaços de valor ecológico para a União; e controlar e limitar o consumo e comércio de espécies silvestres.

O principal instrumento normativo de realização destas prioridades foi a Diretiva 92/43/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1992, *relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens*, mais conhecida por “Diretiva Habitats”, um apelido, ou diminutivo, que pode induzir em erro, levando-nos a pensar que se ocupa exclusivamente da conservação dos habitats naturais, quando não é o caso³⁰. E o mesmo acontece com a Diretiva 70/409/CEE do Conselho, de 2 de abril de 1979, a “Diretiva Aves”, assim chamada apesar de tratar da proteção de espécies de aves e da diversidade e extensão suficiente de habitats dessas espécies (cf. os artigos 2.º e 3.º, n.º 1).

Mas focando-nos na Diretiva Habitats, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2 “as medidas tomadas ao abrigo da presente directiva destinam-se a garantir a conservação ou restabelecimento dos habitats naturais e das espécies selvagens de interesse comunitário num estado de conservação favorável”. Para isso, foi criada, à luz do artigo 3.º, n.º 1, a **Rede Natura 2000**, uma “rede ecológica coerente”, composta pelas Zonas Especiais de Conservação (ZEC) designadas ao abrigo da Diretiva Habitats – os Anexos I e II da Diretiva enumeram os tipos de habitats naturais e as espécies cuja conservação requer a designação destas zonas, e indica quais são prioritários³¹; e pelas Zonas de Proteção Especial (ZPE) designadas ao abrigo da Diretiva Aves. A Rede Natura 2000 é, portanto, o somatório de áreas classificadas ao abrigo de uma e outra Diretivas.

Não havendo aqui tempo, nem sendo essencial percorrer o processo de formação da lista de Sítios da Rede Natura 2000³², passamos de imediato à análise do artigo 6.º da Diretiva Habitats, que transcrevemos:

“1. Em relação às zonas especiais de conservação, os Estados -membros fixarão as medidas de conservação necessárias, que poderão eventualmente implicar planos de gestão

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:I28062>.

³⁰ Percorrendo os Anexos da Diretiva, aí encontramos uma extensa lista de habitats e de espécies de fauna e flora selvagens.

³¹ Identificados com um *. Cf. o artigo 1.º, alíneas d) e h), da Diretiva.

³² Ver, para o propósito, Luis Ortega ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2000 (pp. 209 e seguintes).

adequados, específicos ou integrados noutros planos de ordenação, e as medidas regulamentares, administrativas ou contratuais adequadas que satisfaçam as exigências ecológicas dos tipos de habitats naturais do anexo I e das espécies do anexo II presentes nos sítios.

2. Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para evitar, nas zonas especiais de conservação, a deterioração dos habitats naturais e dos habitats de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva.”

Portanto, os n.ºs 1 e 2 impõem aos Estados-membros a adoção de medidas (medidas que podem ser de qualquer tipo³³), de conservação dos habitats naturais e espécies ameaçadas (n.º 1), e de prevenção da sua deterioração (n.º 2), o que significa, na prática, que a partir do momento em que um sítio entra na Rede Natura 2000 o seu estatuto fica como que blindado e os Estados-membros devem geri-lo (e manter aí uma condição favorável) em permanência. Aqui temos o princípio geral do regime da Rede Natura 2000: a irreversibilidade da classificação dos sítios da Rede Natura 2000 (ligada à ideia da proibição de retrocesso ambiental³⁴). Princípio geral, porque o artigo 6.º prossegue:

“3. Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto no nº 4, as autoridades nacionais competentes só autorizarão esses planos ou projectos depois de se terem assegurado de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.” (sublinhado nosso).

Em primeiro lugar, explicar que o n.º 3 trata de planos e projetos não incluídos nos números anteriores, daí serem “*não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão*”. São planos e projetos externos à Rede Natura 2000, mas impactantes desta Rede, em função dos objetivos de conservação fixados para o sítio ou sítios atingidos.

Em segundo lugar, estes planos e projetos têm de ser submetidos a uma avaliação de incidências ambientais e só podem ser autorizados se os efeitos negativos (leia - se, impactos), tal como identificados nessa avaliação, tiverem sido prevenidos e/ou mitigados. Prevenir significa que o impacto não chega a ocorrer. Mitigar, consiste em adotar medidas que vão reduzir ou “*atenuar*” esse impacto ao ponto de torná-lo tolerável, face aos referidos objetivos de conservação (pode passar pela suspensão das obras durante alturas de nidificação ou reprodução de espécies protegidas; ou do funcionamento de uma instalação durante certos períodos do dia [à noite] ou do

³³ De planeamento / zoneamento, regulamentares, administrativas ou contratuais.

³⁴ Sobre o retrocesso ambiental, a figura, os fundamentos e a evolução, Maria ALEXANDRA ARAGÃO, «Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, vol. 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43 a 90.

ano [durante a época de migração]; erigir estruturas artificiais que se convertem em barreiras contra a poluição ou o ruído; etc.).

A fronteira entre as medidas de mitigação e as medidas de compensação é por vezes ténue, implicando ambas obrigações de resultado³⁵, mas as primeiras estão ligadas ao próprio plano / projeto, à sua conceção, desenho e execução³⁶. E, por essa razão, verificam-se no sítio de implementação do plano / projeto, ao contrário das medidas compensatórias, que vão recuperar habitats, espécies e funções ecológicas num sítio diferente do que é atingido. Veja-se um caso decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – C-521/12, de 15 de maio de 2014 (*T. C. Briels*):

O caso diz respeito ao alargamento de uma auto-estrada na Holanda que iria implicar um aumento da concentração de nitrogénio junto a um Sítio da Rede Natura 2000, sítio esse que tinha sido classificado para proteger habitats sensíveis a este elemento químico. Foi realizada uma avaliação ambiental que concluiu que não era possível evitar impactos (negativos) sobre os habitats, perante o que a autoridade competente holandesa propôs melhorar as condições de outro sítio da Rede Natura 2000, com o mesmo tipo de habitat, incluindo um aumento da superfície total protegida. Perante isto, o Conselho de Estado holandês (*Raad van State*) acionou o reenvio prejudicial e perguntou ao TJUE se “os efeitos adversos para um tipo de habitat num sítio da Rede Natura 2000 devem ser tratados como afectando a integridade do Sítio, ainda que estejam previstas medidas de melhoria de outro Sítio, com um balanço positivo para a Rede Natura 2000 como um todo?” E o TJUE respondeu que sim, que se estava a afetar a integridade do sítio, e que aquelas medidas de melhoria constituíam medidas compensatórias, pelo que o projeto só podia ser autorizado ao abrigo do n.º 4, do artigo 6.º, e não do n.º 3.

Isto para dizer o seguinte: é muito mais fácil, para um Estado-membro, conseguir autorizar um plano ou projeto por via do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva, do que do n.º 4, porque é no n.º 4 que encontramos a exceção ao princípio geral da irreversibilidade da classificação dos sítios da Rede Natura 2000:

“4. Se, apesar de a avaliação das incidências sobre o sítio ter levado a conclusões negativas e na falta de soluções alternativas, for necessário realizar um plano ou projecto por outras razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-membro tomará todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000. O Estado-membro informará a Comissão das medidas compensatórias adoptadas.

No caso de o sítio em causa abrigar um tipo de habitat natural e/ou uma espécie prioritária, apenas podem ser evocadas razões relacionadas com a saúde do homem ou a segurança pública ou com consequências benéficas primordiais para o ambiente ou, após parecer da

³⁵ As medidas devem ser implementadas e os resultados obtidos. Jacqueline ZIJLMANS e Hans WOLDENDORP, «Compensation and Mitigation: Tinkering with Natura 2000 Protection Law», *Utrecht Law Review*, vol. 10-2, 2014, pp. 172 a 193 (cf. as pp. 176 e 185) – <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.2.77/>.

³⁶ “...usually presented as integrated planning or nature inclusive design” – Jacqueline ZIJLMANS e Hans WOLDENDORP, «Compensation and Mitigation...», *op. cit.*, p. 174 e pp. 178 e seguintes.

Comissão, outras razões imperativas de reconhecido interesse público” (negrito e sublinhado nossos).

Ou seja, o que o n.º 4 admite é que, não sendo possível resolver os impactos no sítio por via do n.º 3, isto é, através das medidas de prevenção e de mitigação, e havendo uma avaliação ambiental de conclusões negativas (portanto, vão ocorrer danos), os planos e projetos, ainda assim, podem ter luz verde, verificando-se três requisitos cumulativos: a “*falta de soluções alternativas*”; a existência de “*razões imperativas de reconhecido interesse público*”; e a prévia adoção de “*medidas compensatórias*”. Três conceitos altamente indeterminados na génese da Diretiva, que, entretanto, a *case law* do TJUE, as Orientações da Comissão Europeia, o Direito comparado e a realidade prática se encarregaram de preencher.

- **A falta de soluções alternativas:**

Um requisito que obriga o operador a um duplo esforço demonstrativo:

– Sendo desejável evitar, de todo, efeitos negativos significativos (=danos) em sítios que alberguem habitats e/ou espécies prioritárias, constantes dos Anexos I e II da Diretiva Habitats ou do Anexo I da Diretiva Aves, a estarem em causa, o operador tem de demonstrar a necessidade do plano ou projeto, justificando-a por oposição ao cenário “*opção zero*” (não realização). No fundo, trata-se de reunir argumentos que tenham peso suficiente para, num juízo de proporcionalidade, forçar a conclusão de irrazoabilidade de um veto desse plano ou projeto³⁷. Neste sentido, veja-se o Ponto 1.3.1. do Documento de Orientação da Comissão, e foque-se a seguinte passagem do caso C-304/05, do TJUE, de 20 de setembro de 2007 (*Parco Nazionale dello Stelvio*):

“Resulta do conjunto das considerações que precedem que quer o estudo de 2000 quer o relatório de 2002 se caracterizam por lacunas e pela falta de constatações e de conclusões completas, precisas e definitivas, susceptíveis de dissipar qualquer dúvida científica razoável quanto aos efeitos dos trabalhos que estavam previstos para a zona de protecção especial em questão.” (parágrafo 69.)

– E, em qualquer caso, o operador tem de examinar a possibilidade de adotar outras soluções alternativas viáveis, menos prejudiciais da integridade do sítio.

Não existindo, nem na Diretiva, nem no Direito interno, um enquadramento do que sejam estas “*soluções alternativas viáveis*”, o TJUE tem mantido que o exame tem de ser exaustivo, no sentido:

> De serem ponderadas todas as alternativas. Assim, caso C-239/04, de 26 de outubro de 2006 (*Castro Verde*):

“No caso em apreço, é ponto assente que as autoridades portuguesas analisaram e recusaram várias soluções que contornavam as povoações de Alcarias, Conceição, Aivados e

³⁷ Na doutrina, referindo-se a “*danos ambientais inegociáveis*”, para justificar que nem tudo pode ser compensado, Paulo Affonso LEME MACHADO, *Direito Ambiental...*, *op. cit.*, pp. 251 e 252. Ainda, a propósito da compensação de danos a zonas húmidas, nos EUA, Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados...», *op. cit.*, p. 369.

Estação de Ourique, mas cujos traçados atravessavam a parte Ocidental da ZPE de Castro Verde.

Em contrapartida, não decorre dos autos que aquelas autoridades tenham analisado soluções situadas no exterior da ZPE e a Ocidente das mencionadas povoações, quando, com base nos elementos de informação apresentados pela Comissão, não seria de excluir a priori que a adopção dessas soluções podia corresponder a soluções alternativas, na acepção do artigo 6.º, n.º 4, da directiva habitats...” (parágrafos 37 e 38);

> E de não poderem ser ignoradas informações disponíveis e conhecidas no momento da decisão. Assim, caso C-209/02, de 29 de janeiro de 2004 (*Wörschacher Moos*):

“A pedido das autoridades do Land da Estíria, o Sr. Lentner elaborou, em 26 de Junho de 1999, um relatório de peritagem cujo objectivo era apreciar a validade da peritagem do Sr. Gepp, tendo em atenção as conclusões que daí retiraram as referidas autoridades. Segundo o Sr. Lentner, a tese contida na decisão de 14 de Maio de 1999, segundo a qual as medidas descritas permitem evitar os efeitos negativos sobre a população de codornizes e garantir a perenidade dessa população, não encontra qualquer apoio na peritagem do Sr. Gepp ou noutras peritagens ou pareceres ornitológicos à disposição das autoridades. Na verdade, as referidas medidas, previstas a título de medidas compensatórias, deviam ser consideradas inadequadas para evitar os efeitos negativos com uma certa margem de segurança.

Atendendo ao teor dos referidos relatórios de peritagem e na falta de elementos de prova em contrário, cabe observar que, no momento da adopção da decisão de 14 de Maio de 1999, as autoridades austríacas não podiam considerar que o projecto de ampliação do campo de golfe, aqui em causa, acompanhado das medidas previstas na referida decisão, não era susceptível de perturbar significativamente a população de codornizes presente na ZPE do «Wörschacher Moos» e não afectava a integridade da referida zona.” (parágrafos 25 e 26).

Segundo a Comissão Europeia, para a demonstração do carácter alternativo de uma solução os parâmetros de referência são os ecológicos, como tal *“nesta fase, os outros critérios (...), nomeadamente os económicos, não podem ser considerados”* (Ponto 1.3.1.)³⁸. Não cremos que, com isto, se queira dizer que um plano ou projeto não possa ser autorizado na eventualidade de terem sido estudadas outras alternativas, que à luz dos objetivos de conservação do sítio seriam alternativas viáveis, mas que foram descartadas por comportar custos de execuções impraticáveis. Com efeito, o TJUE já decidiu que os Estados-membros não podem descartar soluções alternativas só porque a sua execução acarreta *“dificuldades”*, mas já não vai ao ponto de afirmar que dificuldades técnicas significativas ou sobre custos económicos desrazoáveis não possam ser atendidos (caso *Castro Verde*).

Ainda a propósito do requisito sob apreciação, fazemos ver que é a falta de soluções alternativas que, seguindo-se ao fracasso das medidas de prevenção e/ou mitigação, empresta à compensação ambiental *ex ante* uma natureza de *ultima ratio*.

³⁸ Aplicando os critérios ecológicos, a Comissão considera que uma alternativa é viável se, comparando com a solução inicialmente contemplada, for menos lesiva da integridade do sítio, dos objetivos de conservação aí estabelecidos e do seu contributo para a coerência global da Rede Natura 2000.

- A existência de razões imperativas de reconhecido interesse público:

Não existe uma lista fechada das razões imperativas de reconhecido interesse público (RIRIP), as quais, segundo o artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva Habitats, até podem ser “*de natureza económica ou social*”. Perante este vazio, o TJUE recorreu a outros domínios do Direito da União em que o conceito é usado, como sejam os do mercado único e das liberdades de circulação e dos serviços de interesse económico geral (cf. os artigos 26.º e 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Logo, as RIRIP podem ser relativas à saúde pública, políticas sociais, telecomunicações, emprego, energia, transportes, etc..

O que é fundamental, é que:

> O interesse seja público, independentemente do operador ser público ou privado. Assim, caso C-182/10, do TJUE, de 16 de fevereiro de 2012 (*Marie-Noëlle Solvay*):

“Não se pode excluir que tal possa ser o caso de um projeto que, apesar de ser de natureza privada, apresente realmente, tanto pela sua própria natureza como pelo contexto económico e social no qual se insere, um reconhecido interesse público e se estiver demonstrada a falta de soluções alternativas.” (parágrafo 77)³⁹

Dizer que o interesse tem de ser público, tem uma justificação: o interesse ecológico que a autorização do plano ou projeto lesará é público, e por isso a ponderação tem de ser feita no confronto com outros interesses públicos (“*public interest review*”) – de outro modo, os dois interesses em confronto teriam dignidade diferente, e abrir-se-ia a porta ao sacrifício de interesses “*que são de todos*” (estando-lhes subjacentes bens comuns) a favor dos interesses “*of only a few*”.

> O interesse seja imperativo, isto é, um interesse público superior, assente em razões económicas, sociais, etc., ditas “*maiores*” (o normal é termos, aqui, uma conjugação de vários interesses públicos, associados⁴⁰);

> O interesse seja de longo prazo, caso contrário não tem relevância capaz de contrabalançar os interesses de conservação a longo prazo da Diretiva Habitats (cf. aqui, especificamente, o Ponto 1.3.2. do Documento de Orientação, da Comissão).

Se, porém, o sítio em causa albergar um tipo de habitat e/ou espécie prioritária, a 2.ª parte do artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva Habitats, aparentemente, restringe o leque de RIRIP invocáveis: à saúde ou segurança públicas; às consequências benéficas primordiais para o ambiente (aqui, a Diretiva está a pensar no ambiente como um todo⁴¹); e outras razões imperativas, “*após parecer da Comissão*”.

³⁹ Como exemplo de um caso em que o interesse não é público, pensemos numa exploração mineira, cujo operador age animado de uma intenção de exploração comercial apenas para o seu proveito financeiro e o de um grupo de contratados, sem qualquer ligação à comunidade local.

⁴⁰ Como exemplos, remetemos para a lista de projetos que mereceram Parecer favorável da Comissão Europeia, constante da p. 9 do Documento de Orientação.

⁴¹ Logicamente, não faria sentido pensar em consequências benéficas para os dois sítios alvo, no caso, dos danos e das medidas de compensação (neste segundo sítio, é certo que há consequências benéficas, mas elas são o resultado de uma obrigação de reparação). Veja-se, também, o caso C-43/10, do TJUE, de 11 de setembro de 2012 (*Aqueloos*):

Claro está que se gerou a dúvida em saber o que é este “*parecer da Comissão*”? Se a Comissão Europeia tem de dar o seu aval a outras razões... ou se carece apenas de ser consultada, sendo o Parecer uma formalidade obrigatória, mas não tendo força vinculativa? Curiosamente, a própria Comissão pronunciou-se no segundo sentido (cf. o Ponto 1.8.3. do Documento de Orientação)⁴².

- A prévia adoção de medidas compensatórias:

infra 4. (optamos por relegar a sua apreciação para o final do ponto seguinte).

4. O ACOLHIMENTO NO DIREITO PORTUGUÊS: REDE NATURA 2000 (E OUTRAS ÁREAS CLASSIFICADAS?)

Em Portugal, o RJCNB encarregou-se de criar, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza, que, focando o que nos interessa, integra o Sistema Nacional de Áreas Classificadas (**SNAC**), por seu turno composto pelas seguintes “*áreas nucleares*” referidas na alínea a):

“i) Áreas protegidas integradas na Rede Nacional de Áreas Protegidas [RNAP];

ii) Sítios da lista nacional de sítios e zonas de proteção especial integrados na Rede Natura 2000;

iii) As demais áreas classificadas ao abrigo de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português.”

Deixando de parte as áreas referidas na subalínea iii), temos que o SNAC abrange as áreas da RNAP – assim, parques nacionais, parques naturais, reservas naturais, paisagens protegidas e monumentos naturais (cf. o artigo 11.º, n.º 2); e os sítios da Rede Natura 2000 – portanto, as ZEC e as ZPE, designadas ao abrigo das Diretivas Habitats e Aves (cf. o artigo 25.º). Em comum, são áreas que têm um valor ecológico acrescido, daí a sua classificação e sujeição a um regime jurídico de conservação, no qual a exploração e gestão dos habitats naturais, da fauna e flora vai de encontro à sua proteção e melhoria de condição (daí que o artigo 6.º referencie o exercício de “ações de conservação ativas” e “ações de suporte”).

Sucedem que o RJRN2000, no qual encontramos o procedimento derogatório do artigo 6.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva Habitats, é anterior ao RJCNB. Consequentemente, no artigo 10.º, n.º 1 só faz menção aos sítios da Rede Natura 2000... logo, das duas, uma: ou entendemos que, como o legislador nada disse quanto a outras áreas, o que temos no artigo 10.º vale exclusivamente para a

“A Diretiva 92/43, nomeadamente o seu artigo 6.º, n.º 4, deve ser interpretada no sentido de que motivos conexos, por um lado, com a irrigação e, por outro, com o fornecimento de água potável, invocados em apoio de um projeto de desvio de águas, podem constituir razões imperativas de reconhecido interesse público, suscetíveis de justificar a realização de um projeto que prejudica a integridade dos sítios em causa. Quando esse projeto prejudica a integridade de um sítio de importância comunitária que abriga um tipo de habitat natural e/ou uma espécie prioritária, a sua realização pode, em princípio, ser justificada por razões relacionadas com o fornecimento de água potável. Em determinadas circunstâncias, pode ser justificada pelas consequências benéficas primordiais que a irrigação tem para o ambiente.” (parágrafo 128).

⁴² “Curiosamente”, porque a Comissão podia, em linha com outros Pontos, manter a sua lógica de uma disciplina rígida da compensação ambiental *ex ante*, e porque a restrição do artigo acaba, então, por redundar numa tentativa de restrição. O que isto significa, ainda assim, é um aumento da carga probatória do operador (é mais um esforço demonstrativo, se tiver de “remar” contra um Parecer desfavorável da Comissão).

Rede Natura 2000⁴³; OU, fazemos uma leitura atualista do n.º 1, e dizemos que o artigo 10.º vale para todas as áreas do SNAC, ou, pelo menos, também para as da RNAP⁴⁴.

A nossa opinião, que vale tanto quanto a próxima, é a de que devemos fazer aquela leitura atualista, fundamentalmente por três razões: primeiro, porque se assim não fizermos damos dignidade diferente às áreas do SNAC, acabando as da RNAP mais desprotegidas⁴⁵; segundo, porque o Direito da União Europeia funciona numa lógica de mínimos, e nada impede os Estados-membros de adotarem, por via da legislação interna, mecanismos reforçados de proteção ambiental; terceiro, porque mesmo com uma formulação pouco consistente, encontramos um elemento de suporte literal, na remissão feita, para o RJRN2000, no artigo 36.º, n.º 1, do RJCNB:

*“A conservação da natureza e da biodiversidade **pode ser promovida através de instrumentos de compensação ambiental** que visam garantir a satisfação das condições ou requisitos legais ou regulamentares de que esteja dependente a execução de projectos ou acções, nomeadamente decorrentes do regime jurídico da avaliação de impacte ambiental ou do regime jurídico da Rede Natura 2000.”*

Não é claro que a remissão seja no sentido de se aplicar a compensação prevista no RJRN2000 a toda a conservação da natureza e da biodiversidade, ou se se trata de reconhecer, apenas, que aquela compensação é compatível com esta conservação...

Entrando, agora, na nossa análise do artigo 10.º do RJRN2000:

“1 – As acções, planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC ou de uma ZPE e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos, devem ser objecto de avaliação de incidências ambientais no que se refere aos objectivos de conservação da referida zona.” (sublinhado nosso)

⁴³ E nunca há compensação ambiental *ex ante* fora deste contexto.

⁴⁴ Admitimos que no caso das áreas classificadas ao abrigo de compromissos internacionais a liberdade de interpretação seja menor.

⁴⁵ Comparando com o Direito brasileiro, no SNUC não há distinção entre os diferentes tipos de unidades de conservação da natureza, para efeitos de sujeição dos danos ambientais à obrigação de compensação *ex ante*. Veja-se o disposto no artigo 36.º da Lei n.º 9.985: “§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo” (sublinhado nosso).

Sobre os tipos de unidades de conservação da natureza, ver Antônio HERMAN BENJAMIN,

«O regime brasileiro de unidades de conservação», *Lusíada. Revista de Ciência e Cultura*, n.º 1 e 2, Universidade Lusíada, Porto, 2001, pp. 421 a 462 (cf. as pp. 444 a 447). Também a favor da não distinção entre áreas classificadas para a aplicação da compensação ambiental *ex ante*, Ec@csa, *Bancos de Conservación de la Naturaleza – Natura 2000*, Life + Elaboración del Marco de Acción Prioritaria para la financiación de la Red Natura 2000 en España, 2014 (cf. as pp. 101 e 126) –

http://prioridadrednatura2000.es/sites/default/files/lifemap_bancos_de_conservacion.pdf.

O n.º 1 identifica (pelo nome) como suscetíveis de vir a obrigar à compensação:

- **Os projetos**, que, segundo o TJUE, são os da Diretiva n.º 85/337/CEE do Conselho, de 27 de julho de 1985 (Diretiva AIA) – logo, os do nosso atual Regime Jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental (RJAIA), do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro. A propósito, veja-se o caso C-127/02, de 7 de setembro de 2004 (*Landelijke Vereniging*):

“Uma actividade como a pesca mecânica de berbigão enquadra-se no conceito de «projecto» como definido no artigo 1.º, n.º 2, segundo travessão, da Directiva 85/337. Ora, tal conceito de «projecto» é pertinente para determinar o conceito de plano ou de projecto na acepção da directiva habitats que, como resulta do que acabou de ser exposto, visa, como a Directiva 85/337, evitar que actividades susceptíveis de afectar o ambiente sejam autorizadas sem avaliação prévia das suas incidências no ambiente.” (parágrafos 25 e 26)

- **Os planos**, que, aplicando o mesmo raciocínio, são os da Diretiva n.º 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, transposta para o ordenamento interno pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de julho (Regime Jurídico da Avaliação Ambiental Estratégica [RJAEE]);
- **E as ações**, que são tudo o resto. Toda e qualquer forma de intervenção humana, pública ou privada, obra, empreendimento, atividade isolada ou estrutura. Trata-se de um conceito aberto, útil – é que, conforme já explicou o TJUE, para saber se uma determinada intervenção humana desencadeia o mecanismo do artigo 6.º, n.º^s 3 e 4 da Diretiva Habitats, não é fundamental que tenha sido tipificada pelos Estados-membros para efeitos de um tipo ou procedimento de avaliação ambiental, mas tão só saber se é ou não suscetível de causar danos⁴⁶.

Depois, são ações, planos ou projetos “*não diretamente relacionados com a gestão*” de um sítio, e “*não necessários para essa gestão*”, o que se compreende facilmente: são ações, planos ou projetos danosos, ao passo que a gestão dos sítios visa o oposto, a sua conservação. Mais difícil é saber o que é serem “*susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa*”⁴⁷, algo que parece pressupor a realização de uma avaliação ambiental e a presunção de suspeição até prova de idoneidade (uma boa regra, quando estamos perante áreas sensíveis).

Que avaliação?

“2 – A avaliação de incidências ambientais segue a forma do procedimento de avaliação de impacte ambiental quando:

- a) *O referido procedimento seja aplicável nos termos da legislação em vigor;*

⁴⁶ Caso C-98/03, de 10 de janeiro de 2006 (Comissão c. Alemanha):

“O Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a exigência de uma avaliação adequada das incidências de um plano ou de um projecto está dependente da condição de este poder afectar o sítio em causa de forma significativa. Ora, tendo em conta, especialmente, o princípio da prevenção, esse risco existe uma vez que não pode ser excluído, com base em elementos objectivos, que o referido plano ou projecto afecta o sítio em causa de forma significativa.” (parágrafo 40.)

⁴⁷ Ainda assim, José Mário FERREIRA DE ALMEIDA, «O velho, o novo e o reciclado...», *op. cit.*, p. 46.

- b) *Para assegurar a efectiva execução dos objectivos visados pelo número anterior, o referido procedimento seja aplicável nos termos do nº 3 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 69/2000, de 3 de Maio.*

3 – Sem prejuízo do disposto nos nºs 4 e 5, nos casos não abrangidos pelo número anterior, a entidade competente para decidir das acções, planos ou projectos deve promover, previamente à respectiva aprovação ou licenciamento, a realização de uma análise de incidências ambientais.

(...)

6 – A análise de incidências ambientais abrange:

- a) *A descrição da acção, plano ou projecto em apreciação, individualmente ou em conjunto com outras acções, planos ou projectos;*
- b) *A caracterização da situação de referência;*
- c) *A identificação e avaliação conclusiva dos previsíveis impactes ambientais, designadamente os susceptíveis de afectar a conservação de habitats e de espécies da flora e da fauna;*
- d) *O exame de soluções alternativas;*
- e) *Quando adequado, a proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem os efeitos negativos identificados.*

7 – A análise de incidências ambientais deve constar da fundamentação da decisão sobre as acções, planos ou projectos previstos no nº 1, sendo precedida, sempre que necessário, de consulta pública.” (sublinhado nosso)

A Diretiva Habitats não impõe aos Estados-membros que adotem um determinado tipo ou procedimento de avaliação de incidências ambientais, tendo o TJUE feito, até aqui, um controlo da suficiência da avaliação realizada, no caso concreto, para ações, planos e projetos, em face dos objetivos de conservação aí enunciados⁴⁸. O legislador português optou por dar destaque à avaliação de impacto ambiental (AIA), como o tipo de avaliação de incidências ambientais por excelência. É o que resulta do n.º 2 do artigo 10.º, se atendermos na sua alínea a): vale o procedimento de AIA, sempre que for aplicável de acordo com a legislação respectiva, ou seja, o RJAIA⁴⁹.

Assim, aplicando o artigo 1.º, n.º 3, do RJAIA, são sujeitos a avaliação de incidências ambientais sob a forma de AIA: os projetos listados nos Anexos I e II do RJAIA; e, eventualmente, por decisão

⁴⁸ Assim, no já referido caso *Parco Nazionale dello Stelvio*:

“O Tribunal já declarou que esta avaliação deve ser concebida de forma que as autoridades competentes possam ter a certeza de que um plano ou um projecto é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa, uma vez que, quando subsista uma incerteza quanto à inexistência de tais efeitos, as referidas autoridades deverão recusar a autorização solicitada.” (parágrafo 58).

⁴⁹ Damos como não escrita a alínea b) do n.º 2, dado remeter para o anterior regime de AIA, entretanto revogado.

ministerial conjunta, outros projetos, não listados, mas com características especialmente impactantes, de acordo com os critérios fixados no Anexo III (sendo um destes critérios a presença ou afetação de áreas classificadas / protegidas).

Quanto aos planos, não deixa de ser curioso que o artigo 10.º nada diga, dado que, à semelhança dos projetos, também têm uma legislação própria⁵⁰. E, efetivamente, no artigo 3.º do RJAAE encontramos a resposta:

“1 – Estão sujeitos a avaliação ambiental [estratégica]: (...)

b) Os planos e programas que, atendendo aos seus eventuais efeitos num sítio da lista nacional de sítios, num sítio de interesse comunitário, numa zona especial de conservação ou numa zona de protecção especial, devam ser sujeitos a uma avaliação de incidências ambientais nos termos do artigo 10.º do Decreto - Lei n.º 140/99, de 24 de Abril...;

(...)

8 – Sempre que a um dos planos ou programas referidos no n.º 1 do presente artigo seja simultaneamente exigida a realização de um procedimento de avaliação ambiental nos termos de legislação específica, realiza-se unicamente o procedimento previsto no presente decreto-lei, sendo nele incorporadas as obrigações decorrentes dessa legislação.” (sublinhado nosso)

O espaço de atuação remanescente, que será muito pouco, fica, nos termos do n.º 3 do artigo 10.º, para a análise de incidências ambientais (AincA). Que ninguém sabe ao certo como é feita, e com que intervenientes, na medida em que o n.º 6 se limita a dar-lhe um conteúdo mínimo, e nada mais (desde logo, um procedimento-tipo, isto é, a definição de um conjunto obrigatório de atos e elementos)⁵¹. O n.º 7 até dispõe que a AincA tem consulta pública *“sempre que necessário”*, mas não havendo um procedimento-tipo, como sabemos quando é, ou não, necessário? Isto sem prejuízo de nos parecer que, em matéria de áreas classificadas, a consulta pública nunca se deve poder dispensar (tendo havido consulta antes da decisão de classificação, por uma questão de lógica também deve haver antes de se decidir autorizar danos).

“9 – As acções, planos ou projectos previstos no nº 1 apenas são autorizados quando tiver sido assegurado que não afectam a integridade do sítio da lista nacional de sítios, do sítio de interesse comunitário, da ZEC ou da ZPE em causa.”

O n.º 9 corresponde ao n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva Habitats e traduz o *three-step mitigation process*: *step one*: prevenir, segundo as melhores técnicas disponíveis e conhecidas; *step two*: mitigar, tornando os impactos inócuos; *step three*: compensar. O *three-step* ou *mitigation sequence* é um conceito que encontramos na regulação norte-americana de conservação e compensação de danos em zonas húmidas⁵².

⁵⁰ Cremos que, uma vez mais, o silêncio se deve ao facto do RJRN2000 não ter sido revisto em vista da sua compatibilização com instrumentos normativos posteriores.

⁵¹ Mais desenvolvidamente, Tiago ANTUNES, «Singularidades de um Regime Ecológico: o regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais», *No Ano Internacional da Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade*, coord. Carla Amado Gomes, ICJP, Lisboa, 2010, pp. 147 a 213 (cf. as pp. 204 e seguintes); e Carla AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2014 (pp. 180 e seguintes).

⁵² United States Environmental Protection Agency (EPA), *Wetlands Compensatory Mitigation* – https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-08/documents/compensatory_mitigation_factsheet.pdf. Veja-se que

“10 – A realização de acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais depende do reconhecimento, por despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria, da ausência de soluções alternativas e da sua necessidade por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica.”

“11 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando a acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais afecte um tipo de habitat natural o u espécie prioritários de um sítio da lista nacional de sítios, de u m sítio de interesse comunitário, de uma ZEC e de uma ZPE, apenas podem ser invocadas as seguintes razões:

- a) A saúde ou a segurança públicas;*
- b) As consequências benéficas primordiais para o ambiente;*
- c) Outras razões imperativas de reconhecido interesse público, mediante parecer prévio da Comissão Europeia.” (sublinhado nosso)*

Nos n.ºs 10 e 11, a única novidade face ao n.º 4 da Diretiva Habitats, é a previsão de que o reconhecimento da falta de soluções alternativas e a existência de RIRIP (os dois primeiros requisitos para o “desbloqueio” de danos ambientais) se faz através de despacho conjunto dos ministros do ambiente e da tutela.

*“12 – Nos casos previstos nos n.ºs 10 e 11, **são aprovadas medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000.**” (negrito e sublinhado nosso)*

Finalmente, no n.º 12 temos a previsão nacional da obrigação de adoção prévia de medidas compensatórias. De que podemos dar exemplos... mas, antes, explicar que existem quatro tipos ou categorias de medidas compensatórias, às quais poderemos reconduzir todos e quaisquer exemplos⁵³, e são elas:

> De **preservação** (*preservation*): remoção de uma ameaça ou prevenção da deterioração do estado ou condição de conservação de um habitat natural, e/ou das espécies que alberga e/ou dos serviços prestados;

> De **melhoria** (*enhancement*): manipulação das características de um habitat natural, tendo em vista o reforço do estado ou condição de conservação atual, que é já favorável;

este conceito reforça, ao mesmo tempo, a natureza de *ultima ratio* da compensação (só compensamos quando outras medidas falham), e a sua filiação no princípio da responsabilização (compensamos porque, de outro modo, subsistiria uma lesão para o meio ambiente).

⁵³ Ver novamente, a propósito dos conceitos que aqui usamos (e adaptamos), a regulação norte-americana, desta feita do American Army Corps of Engineers (ACE) – 33 CFR Part 332 Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources, §332.2 – http://www.nap.usace.army.mil/Portal_s/39/docs/regulatory/regs/33cfr332.pdf.

> De **restauração** (*restoration*): *idem*, mas tendo em vista o seu retorno a um estado ou condição de conservação favorável;

> De **criação** (*creation*): manipulação das características de uma dada área tendo em vista a sua transformação num novo habitat natural.

O objetivo de qualquer medida compensatória é, no balanço entre o seu resultado e a extensão do dano causado, alcançar uma situação de ausência de perdas líquidas de rede (*no net loss*), ou seja, que a biodiversidade, globalmente considerada, não fique pior. Mas, conforme mencionámos *supra* (1.), o ideal é conseguirmos, através destas medidas, gerar ganhos adicionais de biodiversidade, sendo que *onet gain* obtido pode ser um *net gain* de extensão de área geográfica protegida (quando aumentamos o total de área protegida de um certo tipo de habitat natural), ou de funções ecológicas (se estabelecemos novas funções, que inexistiam no sítio inicial, alvo dos danos).

Tendo isto presente, compreende-se que as categorias de medidas compensatórias, não tendo as mesmas aptidões, devam ser hierarquizadas. A nosso ver, deverá ser dada prioridade à criação, como única categoria capaz de gerar, simultaneamente, *net gain* de extensão geográfica e de funções ecológicas; seguida da melhoria e da restauração, que, no mínimo, permitem um *net gain* de funções ecológicas; e, só se nenhuma delas for possível, a preservação, que nunca gera um *net gain* e só atinge um *no net loss*⁵⁴.

Dito isto, como exemplos práticos de medidas compensatórias teremos:

- A criação de um habitat noutra área (*criação*);
- Ou a sua recuperação (*restauração*);
- O fomento de presas, para atrair espécies predatórias (*melhoria*);
- A(re)introdução de espécies de fauna e flora selvagens (*melhoria* ou *restauração*);
- A redução de fontes de pressão, desde logo ao nível de atividades humanas em áreas protegidas, como o turismo, a caça e a pesca, o desporto, etc. (*preservação*);
- Ou a introdução de habitats artificiais, que poderão servir para diminuir índices de mortalidade ou favorecer a fixação e o reforço de populações (*melhoria* ou *restauração*).

Mais importante que os exemplos, porém, é identificarmos os critérios a que deve obedecer a escolha e validação das medidas compensatórias, e que aqui listamos:

(i) As medidas compensatórias “devem ir além das medidas normais necessárias à protecção

⁵⁴ Diferentemente, privilegiando as probabilidades de sucesso e relegando a criação para um segundo plano (dado envolver um maior esforço, um maior número de operações e um maior grau de incerteza), mas mantendo a preservação em último lugar, ACE – 33 CFR Part 332, §332.3, *general considerations* (a); e EPA’s Section 404 (b)(1) Guidelines for specification of disposal sites for dredged or fill material, §230.93, *general considerations* (a).

e gestão dos sítios da Rede Natura 2000” (cf. o Ponto 1.4.1. do Documento de Orientação da Comissão), daí que tenhamos dito que deve ser dada prioridade às categorias mais aptas a gerar ganhos de rede. A justificação deste critério é dupla: por um lado, não faz sentido que quem vai causar um dano numa área classificada possa oferecer em contrapartida ações sobre outra área que consistam em medidas que já teriam de ser tomadas (por serem medidas do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva Habitats); por outro lado, havendo sempre incerteza associada à reparação de bens complexos, aplica-se o *adágio mais vale pecar por excesso, do que por defeito*;

(ii) **As medidas compensatórias devem ser orientadas por objetivos e valores -alvo, para os habitats e/ou espécies intervencionadas**⁵⁵. Só sabendo muito bem o que o operador se propõe fazer é que podemos monitorizar o sucesso destas medidas. Por isso, é fundamental que a avaliação de incidências ambientais não seja insuficiente, pois é ela que nos dá a conhecer o dano, objeto da compensação (que valores irão ser atingidos, com que extensão, com que grau de irrecuperabilidade, etc., de modo a calcularmos a reparação devida pelo operador);

(iii) **As medidas compensatórias devem ser eficazes e viáveis, de modo a terem maior probabilidade de êxito**. A eficácia é, basicamente, uma questão de precaução: o operador tem de planear as medidas com antecedência, depois de conhecer o local onde as vai aplicar, abdicar das mais arriscadas e acompanhar os seus resultados a longo prazo. Por outro lado, resulta do artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva Habitats e do artigo 10.º, n.º 12, do RJRN2000, que uma medida só é considerada eficaz se for apta a manter a coerência global da Rede Natura 2000. Segundo explicação da Comissão Europeia:

“A importância de um sítio para a coerência da rede depende dos objetivos de conservação do mesmo, do número e estatuto dos habitats e espécies presentes e do papel desempenhado pelo sítio para garantir uma distribuição geográfica adequada relativamente à variedade de espécies e habitats das espécies em causa.” e “para se restabelecer totalmente a coerência da rede, a referência é a rede original.” (cf. o Ponto 1.4.2. do Documento de Orientação⁵⁶)

A viabilidade diz respeito à adoção das medidas em função das melhores técnicas disponíveis e conhecidas e das características do local de destino (onde fica, qual o tipo de solo, que clima tem, a que pressões está sujeito, que património genético já alberga...);

(iv) **As medidas compensatórias devem ser amplas**, indo além dos mínimos para se alcançar uma equivalência ecológica, dito de outro modo, devem ser mais do que a proporção comparável entre habitats, espécies e funções lesadas e beneficiadas. Diz a este propósito a Comissão Europeia que:

“Os rácios de compensação de 1:1 ou inferiores apenas devem ser ponderados caso se

⁵⁵ Medidas de compensação – Orientações do ICNF, 2010 (cf. A p. 12) –

<http://www2.icnf.pt/portal/pn/biodiversidade/ordgest/aa/resource/doc/med-comp-dez2010>.

⁵⁶ Adiante, no mesmo Ponto, a Comissão exemplifica:

“...se uma ZPE com a função específica de proporcionar áreas de repouso para aves migratórias na sua rota para o Norte for afectada negativamente por um projecto, as medidas compensatórias propostas devem incidir na função específica desempenhada pelo sítio. Deste modo, a adopção de medidas compensatórias passíveis de reconstituírem as condições necessárias para o repouso das mesmas espécies numa zona situada fora da rota migratória, ou dentro desta, mas a uma distância considerável, não seria suficiente para assegurar a coerência global da rede.”

demonstre que, desse modo, as medidas serão 100% eficazes para o restabelecimento da estrutura e funcionalidade num curto período” (Ponto 1.5.4. do Documento de Orientação)

Como, regra geral, essa demonstração é difícil, o princípio da precaução justifica a exigência de rários > a 1:1, de modo a acautelar o risco de insucesso (ainda que em parte)⁵⁷;

(v) As medidas compensatórias devem guardar uma relação de proximidade geográfica para com os sítios afetados⁵⁸. Tratando-se de sítios da Rede Natura 2000, e segundo a Comissão Europeia, existem mesmo critérios obrigatórios:

– No caso de sítios designados ao abrigo da Diretiva Habitats, a zona a eleger para a compensação tem de se situar na mesma região biogeográfica da zona alvo de danos⁵⁹. A explicação está no facto de a Diretiva Habitats associar a importância dos vários sítios ao seu contributo para a diversidade biológica “na região ou regiões biogeográficas envolvidas” (cf. o artigo 1.º, alínea k));

– No caso de sítios designados ao abrigo da Diretiva Aves, a zona a eleger para a compensação tem de se situar na mesma área de reprodução, rota migratória ou área de invernada das espécies de aves afetadas (uma vez mais, por influência da própria Diretiva – cf. o artigo 4.º, n.º 2);

– Sempre que a zona eleita para a compensação não seja já um sítio da Rede Natura 2000, deve ser designado, para que possa gozar da mesma proteção e serem aí estabelecidos objetos idênticos, de conservação e gestão.

A não serem cumpridos estes critérios, considera-se que as medidas compensatórias não são capazes de garantir a coerência global da Rede Natura 2000 (porque o que for fixado para o local da compensação não acompanha o que serviu de pressuposto à classificação inicial dos sítios da Rede);

(vi) As medidas compensatórias devem ser *ex ante*, regra de ouro. Nenhuma ação, plano ou projeto deve ser autorizado sem que as medidas compensatórias estejam plenamente implementadas e a dar frutos. Qualquer desvio a esta regra arrisca a confusão desta compensação com a tradicional reparação de danos consumados⁶⁰;

⁵⁷ Já assim, Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados...», *op. cit.*, p. 371. Na esmagadora maioria dos casos, quando se fala em rários de compensação tem-se subjacente um critério métrico (ex: hectares), que pode não servir para garantir uma equivalência funcional (por isso, reiteramos que não basta a correspondência quantitativa).

⁵⁸ Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais...*, *op. cit.*, pp. 414 e 415; e Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados...», *op. cit.*, pp. 332 e 372. Diretamente na regulação norte-americana, ACE – 33 CFR Part 332, §332.3, *type and location of compensatory mitigation* (b); e EPA’s Section 404 (b)(1) Guidelines, §230.93, *type and location of compensatory mitigation* (b).

⁵⁹ Sobre as diferentes regiões biogeográficas europeias, ver Comissão Europeia, *Natura 2000 na Região Atlântica*, 2010 – http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/biogeos/Atlantic/KH7809636PTC_00_2.pdf.

⁶⁰ É até curioso constatar que o caminho que a Comissão Europeia admite é o oposto do que se assiste nos EUA. Aí, tendo-se constatado que é uma má prática a venda de créditos de biodiversidade, para compensar danos em zonas húmidas, antes da sua produção (isto é, quando o proprietário das reservas de habitats ainda só tem uma projeção, que antecipa um total de créditos em X anos, quando as medidas de compensação atingirem a sua maturidade), tem-se assistido à proposta de passagem de um modelo de *lending banks* para *saving banks*. Assim,

(vii) **As medidas compensatórias devem ser em espécie**, pois só assim podem gerar uma situação de equivalência funcional⁶¹. Conforme refere a Comissão Europeia:

“Os pagamentos a membros ou a fundos especiais, independentemente de estarem ou não ligados a projectos no domínio da conservação da Natureza, não são adequados no contexto da Diretiva Habitats.” (Ponto 1.5.1. do Documento de Orientação)

(viii) **As medidas compensatórias devem ser aplicadas a longo prazo**, pois os danos ambientais são, também, regra geral, sentidos a longo prazo. Deste critério vão ser extraídas outras orientações de interesse: a exigência de garantias financeiras ao proponente das medidas, de modo a que haja uma *“almofada financeira”* para, a ser necessário, proceder ao seu reforço⁶²; o reconhecimento da revisibilidade das medidas, quer por se alterarem as circunstâncias de facto existentes no momento da decisão (e que fundaram o ato autorizativo), quer acompanhando a evolução dos conhecimentos e técnicas⁶³; a perceção das medidas compensatórias aplicadas em propriedade privada como verdadeiras servidões administrativas, de tal modo que as terras ficam oneradas em perpetuidade (ou, pelo menos, enquanto os danos persistirem) – logo, a sua venda a terceiros, mesmo que não responsáveis pelos danos, não as prejudica; e o prolongamento da intervenção da Administração, para lá da fase de autorização das ações, planos e projetos, passando a acompanhar as medidas pós-dano, monitorizando-as juntamente com o operador e podendo, como referido, determinar a sua revisão/reforço⁶⁴.

5. QUATRO (+1) CASOS DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES⁶⁵:

→ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 05-04-2005, Relator: Rosendo José, Processo: 01456/03 – **Parque Eólico de Barão de São João**.

Resumo do caso: licenciamento do *“Projecto Parque Eólico de Barão de São João”*. O Parque eólico, constituído por 25 aerogeradores, dispostos ao longo das cumeadas de Barão de São João e Charrascosa, no concelho de Lagos, está inserido no Sítio PTCO0012 – *Costa Sudoeste*, da Lista Nacional de Sítios⁶⁶, por albergar habitats e espécies prioritários dos Anexos I e II da Diretiva

Sarah BEKESSY et. al., «The biodiversity bank cannot be a lending bank», *Conservation Letters*, vol. 3, Wiley, 2010, pp. 151 a 158.

⁶¹ Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e Reparação de Danos Ambientais...*, op. cit., p. 415; Jean UNTERMAIER, «De la compensation...», op. cit., p. 411.

⁶² Na regulação norte-americana, cf. ACE – 33 CFR Part 332, §332.3, *financial assurances* (n); e EPA’s Section 404 (b)(1) Guidelines, §230.93, *financial assurances* (n).

⁶³ Sobre o *“adaptive management”*, como solução de gestão de recursos num contexto de incerteza, mutabilidade e evolução, Dan TARLOCK, «Ecosystems», *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2007, pp. 575 a 595 (cf. a p. 581).

⁶⁴ Veja-se que o artigo 36.º, n.º 2, do RJCNB, a propósito das medidas a implementar pelo operador, refere que são aprovadas e, posteriormente, certificadas pela Autoridade Nacional – O Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas (ICNF). Considerando que aqui está o amparo de uma dupla intervenção da Administração, Carla AMADO GOMES e Luís BATISTA, «A biodiversidade à mercê dos mercados...», op. cit., p. 347.

⁶⁵ Todos os casos que referimos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁶ Sobre estes Sítios, ficam equiparados a ZEC até à sua classificação como tal, ao abrigo do artigo 7.º-A do RJRN2000.

Habitats (o que a torna elegível a Zona Especial de Conservação⁶⁷). Em 1999, foi criada a ZPE da *Costa Sudoeste*.

A operadora E.On recebeu, no procedimento de avaliação de impacto ambiental, em fase de estudo prévio, uma DIA desfavorável. A DIA tem por base, sobretudo, uma preocupação com os *“impactes sobre a avifauna migadora (...) muito significativos e não minimizáveis”* e refere que *“o desenvolvimento do projecto em causa (...) não é enquadrável em nenhuma das situações excepcionais previstas no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril”* (RJRN2000). Foi tido em conta o Parecer do Instituto de Conservação da Natureza (atual ICNF).

A DIA foi impugnada judicialmente, pela operadora.

Destaques do acórdão:

– Não é um caso de aplicação do artigo 10.º do RJRN2000. Mas o STA clarifica que a DIA desfavorável é parte da situação complexa aí descrita, uma vez que tem de ser feita uma avaliação de incidências ambientais. E é após essa avaliação, que o autor da DIA ou outros intervenientes podem equacionar se estão reunidos os requisitos excepcionais do artigo 10.º, sobreponíveis ao dito ato negativo;

– Na falta de instrumentos de planeamento territorial ou de natureza especial para um sítio da Rede Natura 2000, é obrigatório um parecer prévio, favorável, que na data do acórdão só podia ser do ICN (atual ICNF), mas que, presentemente, pode provir, em alternativa, das CCDR⁶⁸. No caso houve este parecer, embora não fosse vinculativo (portanto, não se aplicava a norma do artigo 9.º do RJRN2000).

O parecer aqui em causa não se confunde com a intervenção que o ICNF pode vir ater adiante, se se aplicar o artigo 10.º⁶⁹. Mas pode dar ao ICNF a oportunidade para apreciar outros requisitos, aí previstos, relativos à própria atividade humana ou ao tipo de alteração do regime de uso que afeta o sítio.

– A DIA é um ato de decisão da Administração, não dos Tribunais. Opondo-se duas avaliações, e duas opiniões técnicas, o Tribunal não se pronuncia a favor de uma ou de outra, tendo de aceitar a decisão da Administração, exceto se for manifesto que alguma enferma *“de erros demonstrados de forma objectiva e segura”*.

➔ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 23-09-2010, Relator: Cristina dos Santos, Processo: 04948/09 – **Barragem do Baixo Sabor**.

Resumo do caso: o TCA apreciou o recurso interposto pela Quercus e várias outras associações ambientalistas, interposto da sentença do TAF de Lisboa que rejeitou o decretamento de uma providência cautelar de suspensão dos efeitos do contrato de concessão e da realização das obras de construção do Aproveitamento Hidroelétrico do Baixo Sabor (AHBS). O projeto da barragem do

⁶⁷ Cf. o artigo 5.º do RJRN2000.

⁶⁸ Artigo 9.º, n.º 2, do RJRN2000.

⁶⁹ E que é uma intervenção em sede de validação e certificação das medidas compensatórias – artigo 36.º, n.º 2, do RJCNB.

Baixo Sabor afetou diretamente a ZPE de *Rios Sabor e Maças* e dois Sítios de Importância Comunitária (*Rios Sabor e Maças* – PTC0021; e *Morais* – PTC0023), onde encontramos cinco habitats prioritários, e vários outros, e espécies animais e vegetais, cuja conservação exige a designação de zonas especiais de conservação.

O TCA manteve a decisão da 1.ª instância, invocando o argumento de que “*não deve ultrapassar a fronteira do controlo pela negativa*”, e que a Recorrida EDP fez o que era exigível em matéria de ónus probatório, apresentando juízos técnicos que, face aos danos ambientais identificados, suportam a sua avaliação do risco.

O interesse deste caso está na análise da matéria de facto assente, que nos permite acompanhar a aplicação do artigo 10.º do RJRN2000 ao projeto, e daí retirar alguns pontos dignos de nota.

Destaques do acórdão:

– Temos um despacho conjunto de reconhecimento da existência de RIRIP na adoção do projeto da Barragem do Baixo Sabor⁷⁰, que ocorre por se considerar que “*implica consequências benéficas para o ambiente*” – globalmente considerado (*supra* 3.): a regularização de caudais no rio Douro; assegurar uma reserva estratégica de água; aumentar a utilização de fontes de energia não fóssil e reduzir as emissões de gases com efeito de estufa. A que se juntam outras considerações, de política estrutural: redução da dependência energética externa. Mas não há dúvida, portanto, de que os fundamentos invocados cabiam no artigo 6.º, n.º 4, 2.ª parte, da Diretiva Habitats (= artigo 10.º, n.º 11, do RJRN2000);

– O mesmo despacho conjunto declarou “*a imperatividade da obrigação definida de realização de todas as medidas compensatórias (...) constantes do anexo à DIA*”. A nota, aqui, é de dúvida quanto à necessidade desta “*declaração*”, não só porque se a DIA é uma DIA favorável condicionada, não carece de outro ato administrativo de reforço do seu valor jurídico⁷¹, mas, também, porque pode sugerir que os autores do despacho consideraram as medidas compensatórias para efeitos de RIRIP⁷². Ora, as medidas compensatórias não constituem, em si, RIRIP, desde logo atenta a sua natureza de obrigação de reparação de danos⁷³;

⁷⁰ Despacho Conjunto n.º 592/2004, de 2 de outubro de 2004.

⁷¹ Ver, desde logo, o artigo 22.º, n.º 2 do RJAlA.

⁷² Achamos que foi o que aconteceu. Atente-se em parte da fundamentação do despacho: “*Considerando que a obrigação de o proponente do projecto – a CPPE – realizar todas as medidas compensatórias adequadas à compensação dos impactes identificados sobre os valores de conservação presentes na área afectada, a definir em função dos resultados dos estudos de caracterização e planos conforme determinada DIA...*”

⁷³ +1: **acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 14-09-2010, Relator: Cristina dos Santos, Processo: 05424/09 – Quinta do Vale da Rosa.**

O caso diz respeito a uma outra previsão de compensação ambiental *ex ante* no Direito português, pelo corte de sobreiros e azinheiras, do Decreto-Lei n.º 169/2001, de 25 de maio. De forma muito sumária, apresentamos como artigos mais relevantes deste diploma, para o que aqui interessa: o 2.º, n.º 1, que estabelece a regra de proibição de “*conversões*”, isto é, da alteração da composição ou redução da densidade dos povoamentos de sobreiros e de azinheiras, ou mistos (cf., também, o artigo 1.º, alíneas b) e q)); o 2.º, n.º 2, que exceciona da regra as conversões que visem a realização de empreendimentos de imprescindível utilidade pública (alínea a), e empreendimentos agrícolas com relevante e sustentável interesse para a economia local (alínea b); e o 8.º, que estabelece que a autorização de corte ou arranque fica, em qualquer caso, sujeita a compensação *ex ante* (o n.º 2 do artigo 8.º concretiza que a compensação deve aplicar-se num rácio de 1:1,25).

Referimos o caso da Quinta do Vale da Rosa, em Setúbal, porque aí, uma vez mais, houve recurso às medidas compensatórias para “*reforçar*” uma ponderação de interesses opostos favorável ao abate:

- As medidas compensatórias constantes do RECAPE (o relatório de conformidade ambiental do projeto de execução, quando a AIA ocorreu em fase de estudo prévio ou de anteprojeto) são, ainda, *ex ante*, do ponto de vista formal (momento em que a compensação é exigida). Do ponto de vista material, da maturidade das medidas, o caso da Barragem do Baixo Sabor é um mau exemplo, com a Comissão Europeia a encerrar o processo de pré-contencioso aberto contra o Estado português, quando os danos ambientais iriam estar a ser compensados, em parte, durante as obras⁷⁴;
- O caso confirma que a Comissão não exclui totalmente a ponderação de factores de índole económica na determinação da falta de soluções alternativas viáveis. Aqui, algo engenhosamente, até se pensou incluir o custo das medidas compensatórias no cálculo dos custos totais de dois projetos alternativos⁷⁵.

→ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 31-03-2011, Relator: Coelho da Cunha, Processo: 06793/10 – **Parque Eólico de Alvaiázere.**

Resumo do caso: autorização de instalação de um Parque Eólico, pela implantação de 9 aerogeradores nas serras de Ariques e Alvaiázere, em área do Sítio PTCON0045 (*Sicó / Alvaiázere*), que alberga habitats naturais da Diretiva Habitats, um dos quais prioritário, e várias espécies de quirópteros ameaçadas da Diretiva Aves, três delas consideradas como “*criticamente em perigo*”.

“Tal como se entende, em face da matéria constante do probatório, a valoração, não só do interesse público consubstanciado nos instrumentos de planeamento do desenvolvimento do território nacional – o alargamento do perímetro urbano tendente à satisfação da procura habitacional constitui opção que encerra em si mesma um inquestionável interesse público –, como os próprios interesses particulares da Contra-interessada – a própria subsistência/viabilidade económica da sociedade – mostram-se superiores aos interesses que a Requerente defende nos autos, pois que estão são redutores face à solução integrada que foi gizada para minorar/compensar o abate dos sobreiros em montado, sendo que, inclusive, o plano de compensação se encontra já em execução. Com efeito, na análise da extensão do dano ambiental ocasionado pelo abate, teria sempre que se levar em consideração que, como provado, a Contra-interessada executou a plantação de 50ha com cerca de 20.000 novos sobreiros (...) como contrapartida do abate...”

⁷⁴ Atente-se nas seguintes passagens do acórdão:

“Nessas condições o período de tempo requerido para a consolidação de um programa de implementação completo, compreendendo a totalidade das medidas compensatórias e abrangendo a região mais afastada do local de implantação da barragem, foi estimado em cerca de 18 meses após a data de emissão das necessárias autorizações pelas entidades licenciadoras do projecto. Tal não obsta a que, como estabelecido na DIA e consignado no RECAPE, um número significativo de medidas de minimização e de compensação, incluindo as medidas adicionais resultantes da presente revisão, comece a ser implementado na região próxima do projecto, logo após a referida data, estimando-se a sua concretização até 3 a 4 meses após a abertura do estaleiro.

(...) ainda que o pacote de medidas de minimização e compensação ainda não tenha sido concluído, a Comissão procederá a um controlo apertado da definição e implementação das medidas necessárias. Para esse efeito, as autoridades portuguesas devem pôr em prática um programa de monitorização e enviar à Comissão informações regulares sobre o mesmo.”

⁷⁵ Referiu a Comissão que:

“...as autoridades portuguesas têm assinalado nas suas diversas comunicações a sua preferência pelo projecto do Baixo Sabor devido fundamentalmente aos seus menores custos financeiros e prazos de entrada em funcionamento. Embora do ponto de vista do desempenho técnico ambos os projectos se equivalham, os modelos de análise utilizados pelas autoridades portuguesas concluem por uma diferença de custos económicos favorável a “Baixo Sabor”. Contudo (...) a análise económica de ambos os projectos não tomou em consideração os custos inerentes à execução de adequadas medidas de compensação. Tendo em conta que a análise técnica adequada prevê impactos significativamente mais elevados relativamente ao projecto de Baixo Sabor, a sua despesa global será maior, daí resultando não ser claro que o custo final do projecto se mantenha favorável a Baixo Sabor.”

O procedimento de autorização foi longo e a DIA sofreu sucessivas prorrogações, na tentativa de “*corrigir múltiplos aspectos do projeto inicial, em virtude de conflitar com os condicionalismos de preservação ambiental da zona*”⁷⁶.

No seu recurso, a Quercus insurgia-se contra a não suspensão total dos efeitos do ato autorizativo de instalação de um aerogerador (AG4), que o Tribunal *a quo* optou por “*trocar*”, decretando (apenas) a obrigação de parar os trabalhos de montagem e, posteriormente, o funcionamento do AG4, durante certos períodos do dia e apenas para alguns meses do ano (determinados em função dos hábitos das espécies mais afetadas).

Destaques do acórdão:

– O primeiro destaque do acórdão, que é uma crítica, vai para o facto de o Tribunal a quo e TCA terem tido um entendimento de “*casa roubada, trancas à porta*”. Se um e outro admitem que a localização do AG4 acarreta um risco de colisão com as pás do aerogerador de duas espécies de morcegos, uma criticamente em perigo, a outra vulnerável, um risco “*bem real*” / “*médio/alto*”, “*nos meses de Março/Abril (...) finais de Novembro, princípios de Dezembro*”... não se compreende que concluam, quanto à necessidade de maiores restrições, que logo se vê, quando os morcegos começarem a ser atingidos pelas pás...⁷⁷;

– Depois, e ainda no seguimento, diremos que a partir do momento em que alguém, na Administração, admite um número máximo de perdas admissíveis de uma dada espécie, era chegado o momento de se exigir a compensação ambiental ex ante, no que este caso falhou (estando apenas prevista a compensação pós-dano)⁷⁸;

– O caso serve para ilustrar como a margem de incerteza associada a um projeto e à eficácia das medidas de prevenção e mitigação dos seus impactos pode prejudicar a aplicação da compensação ambiental ex ante: porque se avança com as obras e a exploração, enquanto se monitoriza a evolução das espécies afetadas, e só se essa evolução for negativa é que se intervém novamente... já com danos consumados.

→ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24-10-2013, Relator: Paulo Pereira Gouveia, Processo: 09718/13 – **Ria de Alvor**.

Resumo do caso: realização de obras na Quinta da Rocha, com recurso a máquinas, para desmatamento e gradagem do solo, tendo em vista a plantação de culturas e a pastorícia. A propriedade da Quinta da Rocha está abrangida pela ZEC da *Ria de Alvor* – Sítio PTCO0058, situado entre os concelhos de Lagos e Portimão –, onde se encontram 19 habitats naturais, 3 dos quais prioritários, e diversas espécies de fauna e flora protegidas.

Após várias denúncias, averiguações pela GNR e autos de Notificação e Embargo da CCDR-Algarve, foi instaurada uma ação administrativa comum para obrigar à paragem dos trabalhos e forçar a reposição das espécies e habitats destruídos.

⁷⁶ Este caso foi analisado por Carla AMADO GOMES, «Nem tudo o vento levou... Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 31 de Março de 2011 (proc. 06793/10)», *Direito do Ambiente. Anotações Jurisprudenciais Dispersas*, ICJP, 2013, pp. 31 a 49 (cf. a p. 35) – https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jurisprudencia_final_comisbn.pdf.

⁷⁷ Nessa fase, até se admite o desmantelamento do aerogerador.

⁷⁸ Já assim, Carla AMADO GOMES, «Nem tudo o vento levou...», op. cit., p. 37.

Destaques do acórdão:

– O Tribunal decidiu que a Ré (Butwell Tradin) tinha violado, entre outros, o artigo 10.º, n.º 10 do RJRN2000. Não é correto, porque violou todo o artigo 10.º. Não houve sequer avaliação de incidências ambientais, medidas de prevenção e/ou mitigação de impactos... é claro que, aplicando-se o RJRN2000, e perante danos consumados, a condenação não teve por base o artigo 10.º, n.º 12 (compensação *ex ante*), mas sim o artigo 25.º, da reposição da situação anterior à infração (restauração natural);

– Foi uma decisão importante, mesmo que não tanto para o nosso estudo, na medida em que, logo na 1.ª instância, se afastou a possibilidade de “pagar para destruir” – portanto, a responsabilidade não se basta com o pagamento de uma indemnização, jogando os proprietários com a margem de lucro associada à urbanização de áreas sensíveis.

Apresentação Power Point



Proteção ambiental e
Licenciamento único
ambiental – CEJ – 2018

**A compensação
ambiental *ex ante***

25 de maio de 2018

Luís Batista

pontos prévios:

***compensação ecológica = compensação ambiental**

- não há diferença na essência dos dois conceitos;
- utilizaremos “*compensação ambiental*”, à semelhança de intervenções passadas e para acompanhar o legislador – artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho (RJCNB) e, por identidade linguística, artigo 31.º do Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002 (diploma que regulamenta a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC);

dentro da compensação ambiental, apenas a *ex ante

I. O CONCEITO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL *EX ANTE*

“compensação” (≠ restauração natural):

- etimologicamente, compensar é o ato de oferecimento de uma contrapartida, visando atenuar uma situação de lesão ou desconforto;
- é o sentido subjacente ao artigo 4.º, alínea b) do RJCNB, onde encontramos o princípio (?) da compensação “*dos efeitos negativos provocados pelo uso dos recursos naturais*”;
- para o Dicionário Porto Editora, da língua portuguesa, a compensação é o “*restabelecimento do equilíbrio entre coisas complementares*”.

É uma definição feliz:

I.

- **restabelecimento do equilíbrio:** a compensação surge no âmbito de políticas de proteção da biodiversidade em rede (*no net loss*);
- assim, segundo a *Estratégia Europeia para Travar a Perda de Biodiversidade até 2020* (COM2011 244), a Comissão e os Estados-membros assumem o compromisso de “*analisar o potencial da compensação de biodiversidade como um meio para concretizar uma abordagem de ausência de perdas líquidas*” (Ponto 4.2.);
- **entre coisas complementares:** não repõe a situação anterior / as condições que existiriam não fosse o evento lesivo (≠ artigo 562.º do CC);
- mas recria, num outro sítio, uma situação equivalente, em termos quantitativos e qualitativos (compensação funcional).

I.

“ambiental” ≠ indemnização pecuniária):

- atendendo aos bens tutelados – *in casu*, a biodiversidade, compreendendo os habitats naturais, fauna e flora, e que é um “*componente ambiental natural*” (artigo 10.º da Lei n.º 19/2014, de 14 de abril [nLBA]);
- atendendo aos danos objeto de compensação: apenas os “*danos ambientais puros*” ou “*danos ecológicos*”, o que já acontece no Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho (RJRDA) – no RJRDA está prevista a compensação (*ex post*) dos danos do Cap. III (danos ambientais puros), por oposição aos danos do Cap. II (ditos “*danos ambientais reflexos*”, por ofensas a direitos ou interesses alheios, por via da lesão de um componente ambiental);

I.

- atendendo às medidas que promove, que devem ser ***in kind***: em espécie (os pagamentos pecuniários só podem ocorrer nos casos do artigo 36.º, n.ºs 3 e 4 do RJCNB);
- e ***kind to kind*** ou ***kind to kind and better***: isto é, no mínimo com vista a um resultado final de ausência de perdas líquidas (*no net loss*), mas, se possível, de modo a gerar ganhos adicionais de biodiversidade (*net gain*).

==
“*apples for apples*”

I.

“ex ante”:

- **perspetiva da obrigação:** o ser “ex ante” significa que a obrigação de compensação surge antes do dano (\neq RJRDA);
- ainda assim trata-se de um dano certo, apoiado num estudo técnico / numa avaliação ambiental;
- as medidas compensatórias são previamente acordadas com a Administração (por isso, são condição de emissão e de eficácia de um ato autorizativo);
- **perspetiva material:** as medidas compensatórias devem estar concluídas e ser eficazes (isto é, devem “dar frutos”) antes da ocorrência do dano ou, no limite, na mesma data;

I.

- entendimento da Comissão Europeia:

“como princípio geral, um sítio não deve ser afetado de forma irreversível por um projeto antes de a compensação ser concretizada. Todavia, podem ocorrer situações em que não é possível satisfazer esse requisito. (...) Devem, pois, envidar-se os maiores esforços para assegurar que a compensação se concretize com antecedência; caso isso não seja totalmente viável, as autoridades competentes devem ponderar uma compensação suplementar para os prejuízos que ocorrerão entretanto.” (Ponto 1.4.3. do Documento de Orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Diretiva Habitats [**Documento de Orientação**]);

- há uma aproximação ao regime das “perdas transitórias” (RJRDA – Anexo V), que é suscetível de prejudicar a maior garantia de sucesso de qualquer instrumento de reparação de danos ambientais (a exigência de resultados pré-dano).

I.

proposta de definição:

modo de tutela reparadora, na forma específica por equivalente não pecuniário, mediante o oferecimento de prestações substitutivas dos bem lesados e em antecipação dessa lesão

- *“An environmental offset compensates for unavoidable impacts on significant environmental matters, (e.g. valuable species and ecosystems) on one site, by securing land at another site, and managing that land over a period of time, to replace those significant environmental matters which were lost.”* (Queensland Government);
- *“Biodiversity offsetting is a simple phrase for what is in reality a very complex idea.”* (The Wildlife Trusts).

II. COMPENSAÇÃO E PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTE

- o artigo 4.º, alínea b) do RJCNB prevê um “*princípio*” da compensação, mas é uma meta, e não tem força de princípio jurídico;
- a generalidade da doutrina reconduz a compensação ao mega-princípio do poluidor-pagador, ou ao seu irmão utilizador-pagador, previstos no artigo 3.º, alíneas d) e e) da nLBA;

cremos que incorretamente, pois:

- o RJRDA admite, no preâmbulo, que a construção do regime de responsabilidade do Capítulo III alicerçou-se, em diferentes momentos, no princípio da prevenção (incluía o PPP), e no princípio da responsabilização;

II.

- o PPP preocupa-se com a adoção de medidas de prevenção da poluição normal e acidental e o seu custeio ao longo do ciclo de vida de uma atividade humana – e este custo é fixado em função de “*padrões de qualidade ambiental*” (≠ dano);
- o PPP e o PUP podem exigir dos agentes medidas sem qualquer ligação às consequências reais, para o meio ambiente, da sua atuação concreta;
- o PPP e o PUP atendem a todo o tipo de degradação ambiental, não sendo, contrariamente à compensação *ex post* ou *ex ante*, orientados pela gravidade da conduta (já assim, o artigo 11.º, n.º 1 do RJRDA, que enfatiza os efeitos e riscos significativos);

II.

- o PUP assenta na lógica das taxas (tributos), uma vez que pressupõe uma relação de aproveitamento de um bem ou serviço – artigo 3.º, alínea e) da nLBA:

*“Do utilizador-pagador, que **obriga o utente** de serviços públicos [aqui temos que incluir os bens ambientais] a suportar os custos da utilização dos recursos, assim como da recuperação proporcional dos custos associados à sua disponibilização, visando a respetiva utilização racional.”;*

o que não vale, necessariamente, para a compensação (quer no aspeto da utilização, quer da disponibilização de recursos);

a compensação ambiental é reconduzível ao princípio da responsabilização: guarda para com os recursos e serviços naturais afetados uma relação intrínseca, de correspondência (por equivalência), e é sinónimo de uma reparação em espécie;

II.

onde está previsto o princípio da responsabilização?

- o artigo 3.º, alínea f) da nLBA acabou por confundir a responsabilidade com conduta responsabilizável:

"f) Da responsabilidade, que obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização nos termos da lei";

gera-se uma contradição face ao RJRDA (reparação de danos ambientais com e sem culpa do agente);

- o princípio da responsabilização está na alínea g), sob a capa de princípio da recuperação:

"g) Da recuperação, que obriga o causador do dano ambiental à restauração do estado do ambiente tal como se encontrava anteriormente à ocorrência do facto danoso."

III. ACOLHIMENTO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

- **V Programa Comunitário de Política e Atuação em matéria Ambiental:** prioridade 1992-2000 de reversão da fragmentação e isolamento dos habitats naturais, gestão coerente dos espaços de valor ecológico e limite do consumo e comércio de espécies silvestres;

- **Diretiva 92/43/CEE** do Conselho, de 21 de maio de 1992, *relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens (Diretiva Habitats):*

"as medidas tomadas ao abrigo da presente diretiva destinam-se a garantir a conservação ou o restabelecimento dos habitats naturais e das espécie selvagens de interesse comunitário num estado de conservação favorável" (artigo 2.º, n.º 2);

III.

- criou “*uma rede ecológica europeia coerente de zonas*”, a **Rede Natura 2000**, composta pelas Zonas Especiais de Conservação (ZEC) – Diretiva Habitats; e Zonas de Proteção Especial (ZPE) – Diretiva n.º 79/409/CEE do Conselho, de 2 de abril de 1979 (Diretiva Aves);

- **artigo 6.º da Diretiva Habitats:**

“1. *Em relação às zonas especiais de conservação, os Estados-membros fixarão as medidas de conservação necessárias, que poderão eventualmente implicar planos de gestão adequados (...) e as medidas regulamentares, administrativas ou contratuais adequadas que satisfaçam as exigências ecológicas dos tipos de habitats naturais do anexo I e das espécies do anexo II presentes nos sítios*”.

2. *Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para evitar, nas zonas especiais de conservação, a deterioração dos habitats naturais e dos habitats de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva.*”

III.

- os n.ºs 1 e 2 impõem aos Estados-membros a adoção de medidas de conservação dos habitats naturais e espécies ameaçadas e de prevenção da sua deterioração (*princípio geral da irreversibilidade da classificação dos sítios da Rede Natura 2000*);

“3. Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto no n.º 4, as autoridades nacionais competentes só autorizarão esses planos ou projectos depois de se terem assegurado de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.”

- o n.º 3 trata de planos e projetos não incluídos nos n.ºs 1 e 2 (externos a um sítio da Rede Natura 2000, mas com impactos sobre o mesmo);

III.

- esses planos e projetos têm de ser submetidos a uma avaliação ambiental e, “*sem prejuízo do disposto no n.º 4*”, só podem ser autorizados se os efeitos negativos (impactos) sobre o sítio, identificados naquela avaliação, tiverem sido prevenidos ou mitigados;
 - **prevenir**: os impactos não chegam a ocorrer;
 - **mitigar**: os impactos são reduzidos a um ponto em que se tornam toleráveis, tendo por referência os objetivos de conservação do sítio;
- **a mitigação difere da compensação**: diz respeito às características do próprio plano / projeto, incidindo sobre a sua área de implantação. Cf. o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) C-521/12, de 15 de maio de 2014 (*T. C. Briels*);

III.

“4. Se, apesar de a avaliação das incidências sobre o sítio ter levado a conclusões negativas e na falta de soluções alternativas, for necessário realizar um plano ou projecto por outras razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-membro **tomará todas as medidas compensatórias** necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000. O Estado-membro informará a Comissão das medidas compensatórias adoptadas.

No caso de o sítio em causa abrigar um tipo de habitat natural e/ou uma espécie prioritária, apenas podem ser evocadas razões relacionadas com a saúde do homem ou a segurança pública ou com consequências benéficas primordiais para o ambiente ou, após parecer da Comissão, outras razões imperativas de reconhecido interesse público.”

- o n.º 4 admite que, não sendo possível resolver os impactos negativos no sítio por via do n.º 3 (prevenção e mitigação), e havendo uma avaliação ambiental de “*conclusões negativas*” (**danos**), os planos / projetos possam ser autorizados verificando-se três requisitos cumulativos:

III.

i) falta de soluções alternativas:

- obriga o operador a um duplo esforço demonstrativo:
 - tratando-se de danos para a integridade dos habitats e/ou espécies prioritárias dos Anexos I e II da Diretiva Habitats e do Anexo I da Diretiva Aves, o operador deve equacionar a “opção zero”;
 - qualquer que seja o caso, deve examinar a possibilidade de adotar **outras soluções alternativas viáveis**;
- TJUE: esse exame tem de ser exaustivo:
 - no sentido de serem ponderadas todas as alternativas – C-239/04, de 26 de outubro de 2006 (*Castro Verde*):

III.

“No caso em apreço, é ponto assente que as autoridades portuguesas analisaram e recusaram várias soluções que contornavam as povoações de Alcarias, Conceição, Aivados e Estação de Ourique, mas cujos traçados atravessavam a parte Ocidental da ZPE de Castro Verde. Em contrapartida, não decorre dos autos que aquelas autoridades tenham analisado soluções situadas no exterior da ZPE e a Ocidente das mencionadas povoações...”;

- e de não poderem ser ignoradas informações disponíveis no momento da decisão – C-209/02, de 29 de janeiro de 2004 (*Wörschacher Moos*):

“A pedido das autoridades do Land da Estíria, o Sr. Lentner elaborou, em 26 de Junho de 1999, um relatório de peritagem cujo objectivo era apreciar a validade da peritagem do Sr. Gepp, tendo em atenção as conclusões que daí retiraram as referidas autoridades. Segundo o Sr. Lentner, a tese contida na decisão de 14 de Maio de 1999, segundo a qual as medidas descritas permitem evitar os efeitos negativos sobre a população de codornizes e garantir a perenidade dessa população, não encontra qualquer apoio na peritagem do Sr. Gepp ou noutras peritagens ou pareceres ornitológicos à disposição das autoridades. Na verdade, as referidas medidas, previstas a título de medidas compensatórias, deviam ser consideradas inadequadas para evitar os efeitos negativos com uma certa margem de segurança. [continua]

III.

Atendendo ao teor dos referidos relatórios de peritagem e na falta de elementos de prova em contrário, cabe observar que, no momento da adopção da decisão de 14 de Maio de 1999, as autoridades austríacas não podiam considerar que o projecto de ampliação do campo de golfe, aqui em causa, acompanhado das medidas previstas na referida decisão, não era susceptível de perturbar significativamente a população de codornizes presente na ZPE do «Wörschacher Moos» e não afectava a integridade da referida zona.”

- Comissão Europeia: para a demonstração do carácter alternativo de uma solução, devem ser apenas usados parâmetros de referência ecológicos (*quer isto dizer que nunca são atendíveis sobrecustos económicos?*);
- o requisito da falta de soluções alternativas empresta à compensação ambiental *ex ante* uma natureza de *ultima ratio*.

III.

ii) razões imperativas de reconhecido interesse público:

- não existe uma lista fechada de RIRIP, que até podem ser “*de natureza social ou económica*”;
- TJUE: são RIRIP, entre outras, as razões relacionadas com a saúde pública, as políticas sociais, transportes, energia, emprego, telecomunicações, etc.;
- TJUE e Comissão Europeia – **é fundamental que:**
 - **o interesse seja público** – C-182/10, de 16 de fevereiro de 2012 (*Marie-Noëlle Solvay*):

“Não se pode excluir que tal possa ser o caso de um projeto que, apesar de ser de natureza privada, apresente realmente, tanto pela sua própria natureza como pelo contexto económico e social no qual se insere, um reconhecido interesse público e se estiver demonstrada a falta de soluções alternativas.”

+ doutrina do public interest review

III.

- **o interesse seja imperativo** – um interesse público superior, ou conjugação de vários interesses públicos (cf. a Lista de Pareceres favoráveis da Comissão Europeia constante da p. 9 do Documento de Orientação);
- **o interesse seja de longo prazo** – só assim tem uma relevância bastante para contrabalançar os interesses de conservação a longo prazo, da Diretiva Habitats (cf. o Ponto 1.3.2. do Documento de Orientação);
- se o sítio abrigar um tipo de habitat natural e/ou espécie prioritária, só constituem RIRIP:
 - saúde ou segurança públicas;
 - consequências benéficas primordiais para o ambiente **como um todo** (cf. o caso C-43/10, de 11 de setembro de 2012, *Aquelus*);

III.

- outras razões imperativas, “*após parecer prévio da Comissão*” (que **não é vinculativo** (!) – cf. o Ponto 1.8.3. do Documento de Orientação);

iii) prévia adoção de medidas compensatórias:

infra IV.

- o TJUE já tinha admitido a reversão dos limites geográficos das ZPE, perante interesses superiores aos ecológicos, antes da entrada em aplicação da Diretiva Habitats (entre outros, C-57/89, de 28 de fevereiro de 1991, *Comissão c. Alemanha*);
- a Diretiva Habitats estabeleceu um procedimento de “*desclassificação*” (artigo 6.º, n.ºs 3 e 4) comum para toda a Rede Natura 2000 (artigo 7.º).

IV. ACOLHIMENTO NO DIREITO PORTUGUÊS (DL 140/99)

- o RJCNB criou, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza, onde se integra o Sistema Nacional de Áreas Classificadas (SNAC), composto pelas seguintes áreas “*nucleares*”:
 - “i) Áreas protegidas integradas na Rede Nacional de Áreas Protegidas [RNAP];
 - ii) Sítios da lista nacional de sítios e zonas de proteção especial integrados na Rede Natura 2000;
 - iii) As demais áreas classificadas ao abrigo de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português.”
- são áreas da RNAP: parques nacionais, parques naturais, reservas naturais, paisagens protegidas e monumentos naturais (artigo 11.º, n.º 2);
- são áreas da RN2000: ZEC e ZPE (artigo 25.º, n.º 2);
- sendo que o artigo 6.º consagra, para ambas, um regime de conservação (através de ações de conservação ativa e ações de suporte);

IV.

- o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril (RJRN2000) é anterior ao RJCNB, e no artigo 10.º, n.º 1 só faz menção aos sítios da RN2000;
- *quid juris? como o legislador nada diz quanto às demais áreas, o artigo 10.º só vale para a RN2000? OU temos de fazer uma leitura atualista da norma, concluindo que a mesma vale para as áreas da RN2000 e da RNAP?*

n/opinião:

- a compensação ambiental *ex ante* deve aplicar-se a áreas da RN2000 e da RNAP:
 - ou as áreas da RNAP seriam menos protegidas;
 - o Direito da UE não impede os Estados-membros de reforçarem, internamente, os mecanismos de proteção ambiental;

IV.

- embora de redação duvidosa, o artigo 36.º, n.º 1 do RJCNB remete para o RJRN2000:

“A conservação da natureza e da biodiversidade pode ser promovida através de instrumentos de compensação ambiental que visam garantir a satisfação das condições ou requisitos legais ou regulamentares de que esteja dependente a execução de projectos ou acções, nomeadamente decorrentes do regime jurídico da avaliação de impacte ambiental ou do regime jurídico da Rede Natura 2000.”

Artigo 10.º RJRN2000:

“1 – As acções, planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC ou de uma ZPE e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos, devem ser objecto de avaliação de incidências ambientais no que se refere aos objectivos de conservação da referida zona.”

IV.

- temos como suscetíveis de obrigar à compensação:
- **projetos:** que, segundo o TJUE, são os da Diretiva n.º 85/337/CEE do Conselho, de 27 de julho de 1985 (Diretiva AIA) – atual RJAIA português (cf. C-127/02, de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging*);
- **planos:** (=raciocínio), são os da Diretiva n.º 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, transposta pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de julho (RJAAE);
- **ações:** toda e qualquer forma de intervenção humana, pública ou privada, obra, empreendimento, atividade isolada ou estrutura. Sobre a relevância deste “*conceito aberto*”, cf. C-98/03, de 10 de janeiro de 2006 (Comissão c. Alemanha).

IV.

- são ações, planos ou projetos “*não directamente relacionados com a gestão*” dos sítios “*e não necessários para essa gestão*” (porque implicam danos e não foram motivados pelos objetivos próprios do sítio);
- e “*susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa*” – o que implica realizar uma avaliação ambiental.

Que avaliação?

“2 – A avaliação de incidências ambientais segue a forma do procedimento de avaliação de impacte ambiental quando:

- a) O referido procedimento seja aplicável nos termos da legislação em vigor;
- b) Para assegurar a efectiva execução dos objectivos visados pelo número anterior, o referido procedimento seja aplicável nos termos do nº 3 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 69/2000, de 3 de Maio.

[continua]

IV.

3 – Sem prejuízo do disposto nos nºs 4 e 5, nos casos não abrangidos pelo número anterior, a entidade competente para decidir das ações, planos ou projectos deve promover, previamente à respectiva aprovação ou licenciamento, a realização de uma análise de incidências ambientais.

(...)

6 – A análise de incidências ambientais abrange:

- a) A descrição da ação, plano ou projecto em apreciação, individualmente ou em conjunto com outras ações, planos ou projectos;
- b) A caracterização da situação de referência;
- c) A identificação e avaliação conclusiva dos previsíveis impactes ambientais, designadamente os susceptíveis de afectar a conservação de habitats e de espécies da flora e da fauna;
- d) O exame de soluções alternativas;
- e) Quando adequado, a proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem os efeitos negativos identificados.

7 – A análise de incidências ambientais deve constar da fundamentação da decisão sobre as ações, planos ou projectos previstos no nº 1, sendo precedida, sempre que necessário, de consulta pública.”

IV.

- a Diretiva Habitats não impõe aos Estados-membros um determinado procedimento de “*avaliação de incidências ambientais*”;
- TJUE: controla se a avaliação feita no caso concreto foi **suficiente** – C-304/05, de 20 de setembro de 2007:

“o Tribunal já declarou que esta avaliação deve ser concebida de forma que as autoridades competentes possam ter a certeza de que um plano ou um projecto é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa, uma vez que, quando subsista uma incerteza quanto à inexistência de tais efeitos, as referidas autoridades deverão recusar a autorização solicitada”;

- **em PT:** n.º 2 – a avaliação segue a forma de avaliação de impacto ambiental (AIA), sempre que este procedimento seja aplicável de acordo com a respetiva legislação. Logo, vale para os projetos dos Anexos I e II do RJAIA, e outros objeto de decisão ministerial conjunta, atentos os critérios do Anexo III do RJAIA;

IV.

- quanto aos planos, dispõe o artigo 3.º do RJAEE que:

“1 - Estão sujeitos a avaliação ambiental [estratégica]:

(...)

b) Os planos e programas que, atendendo aos seus eventuais efeitos num sítio da lista nacional de sítios, num sítio de interesse comunitário, numa zona especial de conservação ou numa zona de protecção especial, devam ser sujeitos a uma avaliação de incidências ambientais nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril...

(...)

8 - Sempre que a um dos planos ou programas referidos no n.º 1 do presente artigo seja simultaneamente exigida a realização de um procedimento de avaliação ambiental nos termos de legislação específica, realiza-se unicamente o procedimento previsto no presente decreto-lei, sendo nele incorporadas as obrigações decorrentes dessa legislação.”;

- pouco sobra para a AIncA – procedimento? (o n.º 6 só nos permite definir o seu conteúdo mínimo);

IV.

- e quanto à consulta pública? (n.º 7): seja AIA, AAE ou AIncA, não deve ser dispensável a realização de consulta pública (uma vez que já houve consulta pública prévia à decisão de classificação das áreas);

“9 – As acções, planos ou projectos previstos no n.º 1 apenas são autorizados quando tiver sido assegurado que não afectam a integridade do sítio da lista nacional de sítios, do sítio de interesse comunitário, da ZEC ou da ZPE em causa.”

- = artigo 6.º, n.º 3 da Diretiva Habitats (*three-step mitigation process*);

“10 – A realização de acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais depende do reconhecimento, por despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria, da ausência de soluções alternativas e da sua necessidade por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica.

IV.

“11 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando a acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais afecte um tipo de habitat natural ou espécie prioritários de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC e de uma ZPE, apenas podem ser invocadas as seguintes razões:

- a) A saúde ou a segurança públicas;*
- b) As consequências benéficas primordiais para o ambiente;*
- c) Outras razões imperativas de reconhecido interesse público, mediante parecer prévio da Comissão Europeia.”*

- = artigo 6.º, n.º 4 da Diretiva Habitats, embora com a precisão da competência para o reconhecimento da falta de soluções alternativas e existência de razões imperativas de reconhecido interesse público (despacho ministerial conjunto – n.º 10);

IV.

"12 – Nas casos previstos nos n.ºs 10 e 11, são aprovadas medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000.

13 – As medidas compensatórias aprovadas são comunicadas à Comissão Europeia."

- n.º 13 = artigo 6.º, n.º 4 da Diretiva Habitats (devemos entender que a obrigação de comunicação à CE é prévia à decisão de autorização nacional);
- n.º 12, contém a **obrigação de compensação *ex ante***;

Categorias de medidas compensatórias:

- **preservação** (“*preservation*”): remoção de uma ameaça ou prevenção da deterioração da condição de um habitat natural e/ou espécie;
- **melhoria** (“*enhancement*”): manipulação das características físicas, químicas ou biológicas de um habitat natural, tendo em vista o reforço da sua condição e/ou da condição das espécies que alberga (já favorável);

IV.

- **restauração** (“*restoration*”): *idem*, mas tendo em vista retornar o habitat a uma condição favorável;
- **criação** (“*creation*”): transformação de uma área num novo habitat natural;

(cf. American Army Corps of Engineers (ACE), 33 CFR Part 332 *Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources*, §332.2)

- hierarquia das categorias, baseada na distinção ***no net loss / net gain*** e ***net gain geográfico / net gain funcional***: criação (*net gain* geográfico e funcional) → restauração e melhoria (*net gain* funcional) → preservação (*no net loss*).

≠ ACE e eEPA’s **guidelines** (preferem a restauração e melhoria, por apresentarem menores dificuldades de implementação)

IV.

Exemplos práticos de medidas compensatórias:

- recuperação de um habitat noutra área (*restauração*);
- criação de um habitat noutra área (*criação*);
- fomento de presas (*melhoria*);
- (re)introdução de espécies ou reforço populacional (*melhoria* ou *restauração*);
- redução de fontes de pressão / perturbação sobre outras áreas (*preservação*);
- introdução de habitats artificiais para determinadas espécies (*melhoria* ou *restauração*)

(...)

IV.

CrITÉRIOS de escolha e validação de medidas compensatórias:

- ❖ as medidas compensatórias “*devem ir além das medidas normais necessárias à proteção e gestão dos sítios da RN2000*” (cf. o Ponto 1.4.1. do Documento de Orientação). Daí a necessidade de estabelecermos uma hierarquia dos diferentes tipos de medidas compensatórias que privilegie os resultados de *net gain*;
- ❖ as medidas compensatórias devem ser orientadas por “*objetivos e valores-alvo*” para os habitats e/ou espécies intervencionadas (Orientações do ICNF). Para que o sejam, é fundamental o papel da avaliação ambiental e a correta aferição do dano (relação obrigação de reparação / compensação – dano);

IV.

- ❖ as medidas compensatórias devem ser “*eficazes e viáveis*”, de modo a terem maior chance de sucesso. A eficácia é, essencialmente, uma questão de precaução. Por outro lado, nos termos do n.º 12, uma medida só pode ser considerada eficaz se permitir assegurar a coerência global da RN2000;

“a importância de um sítio para a coerência da rede depende do objectivos de conservação do mesmo, do número e estatuto dos habitats e espécies presentes e do papel desempenhado pelo sítio para garantir uma distribuição geográfica adequada relativamente à variedade de espécies e habitats das espécies em causa. (...) para se restabelecer totalmente a coerência da rede, a referência é a rede original” (Ponto 1.4.2. do Documento de Orientação);

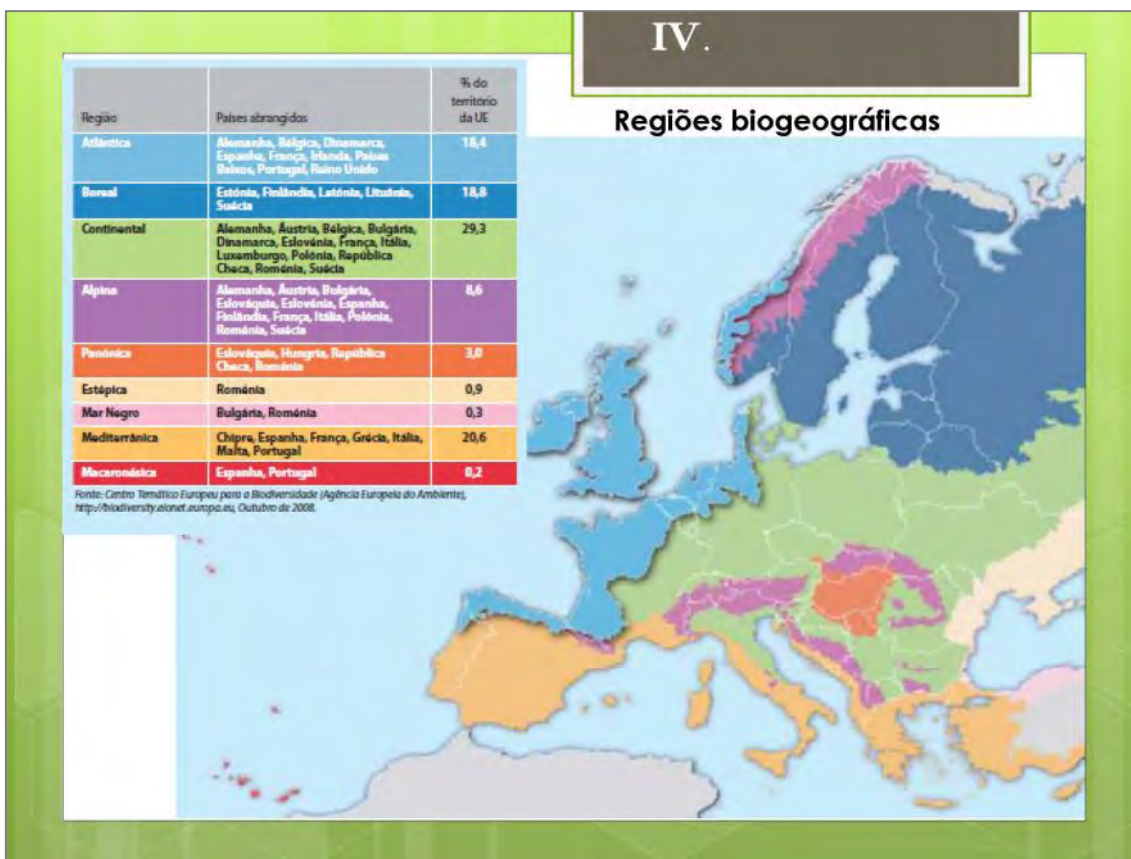
- + a viabilidade técnica pressupõe que as medidas obedeçam aos melhores conhecimentos científicos disponíveis e se coadunem com as características do local de destino;

IV.

- ❖ as medidas compensatórias devem ser “*amplas*”, indo além dos requisitos mínimos necessários para alcançar uma equivalência ecológica:

“os rácios de compensação de 1:1 ou inferiores apenas devem ser ponderados caso se demonstre que, desse modo, as medidas serão 100% eficazes para o restabelecimento da estrutura e funcionalidade num curto período” (Ponto 1.5.4. do Documento de Orientação);

- ❖ as medidas compensatórias devem guardar uma relação de proximidade geográfica para com o sítio afetado. A Comissão Europeia estabeleceu os seguintes critérios de localização obrigatórios, no contexto da RN2000:
 - no caso de sítios designados ao abrigo da Diretiva Habitats, a zona a eleger para a compensação tem de se situar na mesma região biogeográfica da afetada (cf. o artigo 1.º, alínea k) da Diretiva);



IV.

- no caso de sítios designados ao abrigo da Diretiva Aves, a zona a eleger para a compensação tem de se situar na mesma área de reprodução, rota migratória ou área de invernada das espécies de aves afetadas (cf. o artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva);
- sempre que a zona eleita para a compensação não seja já um sítio da RN2000, deve ser classificada como tal;
- ❖ as medidas compensatórias devem ser *ex ante* (I.) (merece desconfiança a “abertura” da Comissão Europeia a exceções, até face ao historial norte-americano e à tendência de evolução dos *lending banks* para *saving banks*);

IV.

❖ as medidas compensatórias devem ser em “*espécie*” (I.).

Segundo refere a Comissão Europeia:

“Os pagamentos a membros ou a fundos especiais, independentemente de estarem ou não ligados a projectos no domínio da conservação da Natureza, não são adequados no contexto da Diretiva Habitats” (Ponto 1.5.1. do Documento de Orientação);

❖ as medidas compensatórias devem ser “*aplicadas a longo prazo*”, pois os danos são sentidos a longo prazo. Deste critério têm resultado, como orientações:

- a exigência de garantias financeiras aos operadores;
- o reconhecimento da revisibilidade das medidas;
- a lógica das servidões administrativas;
- a intervenção da Administração pós-autorização (cf. aqui o artigo 36.º, n.º 2 do RJCNB).

V. TRATAMENTO NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES (CASOS)

os casos são referenciados por ordem cronológica,

STA, 05-04-2005, Proc. 01456/03 (Rosendo José):

- licenciamento do “*Projecto Parque Eólico de Barão de São João*” – 25 aerogeradores, dispostos nas cumeadas de Barão de São João e Charrascoa (concelho de Lagos);
- afetados: Sítio da Lista Nacional de Sítios (SLNS) PTCON0012 e ZPE *Costa Sudoeste*;
- em apreciação: impugnação judicial, pela operadora, de DIA desfavorável:

“*impactos sobre a avifauna migradora (...) muito significativos e não minimizáveis*” + “*o desenvolvimento do projecto em causa (...) não é enquadrável em nenhuma das situações excepcionais previstas no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril*” (DIA)

V.

- não foi aplicado o artigo 10.º do RJRN2000;
- o STA clarifica que a DIA desfavorável é parte da situação complexa descrita no artigo 10.º (é após uma avaliação ambiental de conclusões negativas que o autor da DIA ou outros intervenientes podem equacionar se estão reunidos os requisitos excepcionais aí previstos);
- o RJRN2000 estabelece a obrigatoriedade de parecer (à data do caso, do INC = ICNF; atualmente, do ICNF ou das CCDR) prévio a determinadas atividades ou alterações que não estejam já contempladas (no sentido da sua permissão ou proibição) em instrumentos de planeamento territorial – atual artigo 9.º;
- pode implicar uma dupla intervenção do ICNF (para aprovar essas atividades / alterações – artigo 9.º + para aprovar e certificar as medidas compensatórias – artigo 10.º do RJCNB).

V.

TCA Sul, 23-09-2010, Proc. 04949/09 (Cristina dos Santos):

- contrato de concessão e realização das obras de construção do “*Aproveitamento Hidroeléctrico do Baixo Sabor*”, ocupando áreas dos concelhos de Torre de Moncorvo, Alfândega da Fé, Mogadouro e Macedo de Cavaleiros;
- afetados: Sítios de Importância Comunitária (SIC) PTCON0021 e PTCON0023 e ZPE *Rios Sabor e Maçãs*; afetados habitats prioritários;
- em apreciação: recurso interposto pela Quercus e outras associações ambientalistas, da decisão que rejeitou o decretamento de uma providência cautelar de suspensão dos efeitos do contrato de concessão e início das obras;

V.

- despacho conjunto de reconhecimento da existência de RIRIP, com fundamento em consequências benéficas primordiais para o ambiente (globalmente considerado), uma vez que estavam em causa habitats prioritários:
regularizar os caudais do rio Douro; assegurar uma reserva estratégica de água; aumentar a utilização de fontes de energia não fósil; e reduzir as emissões de gases com efeito de estufa;
- no mesmo despacho foi declarada “*a imperatividade da obrigação definida de realização de todas as medidas compensatórias (...) constantes do anexo à DIA*” (?) – o que parece sugerir que os seus autores sopesaram aquelas medidas compensatórias na sua apreciação das RIRIP (já assim, claramente, o caso **TCA Sul, 14-09-2010, Proc. 05424/09**);

V.

- não concordamos, na medida em que estão em causa dois momentos do raciocínio derogatório: a obrigação de adoção prévia de medidas compensatórias não deve “*misturar-se*” com a justificação do projeto por RIRIP;
- (negativo): a Comissão Europeia admitiu exceções a uma plena compensação *ex ante*, na fase de pré-contencioso:
“ainda que o pacto de medidas de minimização e compensação ainda não tenha sido concluído, a Comissão procederá a um controlo apertado (...) Para esse efeito, as autoridades portuguesas devem por em prática um programa de monitorização...”
- (positivo): a Comissão Europeia não excluiu totalmente a ponderação de fatores económicos na determinação da falta de soluções alternativas viáveis:
“a análise económica de ambos os projectos não tomou em consideração os custos inerentes à execução de adequadas medidas de compensação. Tendo em conta que a análise técnica adequada prevê impactos significativamente mais elevados relativamente ao projecto de Baixo Sabor, a sua despesa global será maior...”

V.

TCA Sul, 31-03-2011, Proc. 06793/10 (Coelho da Cunha):

- autorização de implantação de um Parque Eólico (total de 9 aerogeradores) nas serras de Ariques e Alvaiázere (Leiria);
- afetados: SLNS PTCON0045; afetado 1 habitat prioritário e 3 espécies consideradas “*criticamente em perigo*”;
- em apreciação: recurso interposto pela Quercus da decisão do Tribunal de 1.ª Instância que “*trocou*” a providência cautelar de suspensão total dos efeitos do ato autorizativo pela obrigação de paragem dos trabalhos de montagem e posterior funcionamento do AG4, durante certos períodos do dia e por 4 meses do ano;

V.

- (negativo): o TCA manteve o entendimento de “*casa roubada, trancas à porta*” – se reconheceu que havia um risco de colisão dos morcegos com as pás do AG “*bem real*” ou “*médio/alto*”, deviam ter sido impostas mais condicionantes ao projeto;
- (negativo): seguramente, deviam ter sido exigidas medidas compensatórias *ex ante*;

TCA Sul, 24-10-2013, Proc. 09718/13 (Paulo Pereira Gouveia):

- realização de obras na Quinta da Rocha, com recurso a máquinas (desmatamento e gradagem do solo);
- afetados: SLNS PTCON0058 (*Ria de Alvor*), situado entre os concelhos de Lagos e Portimão; alberga 3 habitats prioritários;

V.

- em apreciação: recurso da decisão da 1.ª instância que obrigou à paragem dos trabalhos e forçou a reposição das espécies e habitats destruídos;
- o Tribunal *a quo* tinha-se decidido pela violação do artigo 10.º, n.º 10 do RJRN2000 – em boa verdade, a violação foi do artigo 10.º *in totum* (nada houve feito no âmbito deste artigo que permitisse, sequer, chegar à fase de se equacionar uma derrogação para permissão de danos);
- (importante): este caso afirmou que não vale a lógica do “pagar para destruir”.

(fim)

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1tm6919uok/streaming.html?locale=pt>

Título:

Proteção Ambiental e Licenciamento Único Ambiental

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-8908-97-1

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt