



**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

“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:

- **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 ($\neq$ artigo 562.º do CC);
- mas recria, num outro sítio, uma situação equivalente, em termos quantitativos e qualitativos (compensação funcional).

“ambiental” ≠ indenização 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);

- 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”

“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;

- 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).

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;

- o PPP preocupa-se com a adoção de medidas de prevenção da poluição normal e accidental 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*” ($\neq$ 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):

- 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;

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.”

- **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);

- 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.”

- 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);

- 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*);

“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:

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*):

“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]

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*.

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*

- **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*);

- 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);

- 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;

- embora de redacção 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.”

- 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).

- 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]

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.”

- 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;

- quanto aos planos, dispõe o artigo 3.º do RJAAE 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);

- 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.

“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);

*“12 – Nos 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);

- **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)

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*)

(...)

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);

- ❖ 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;

- ❖ 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);

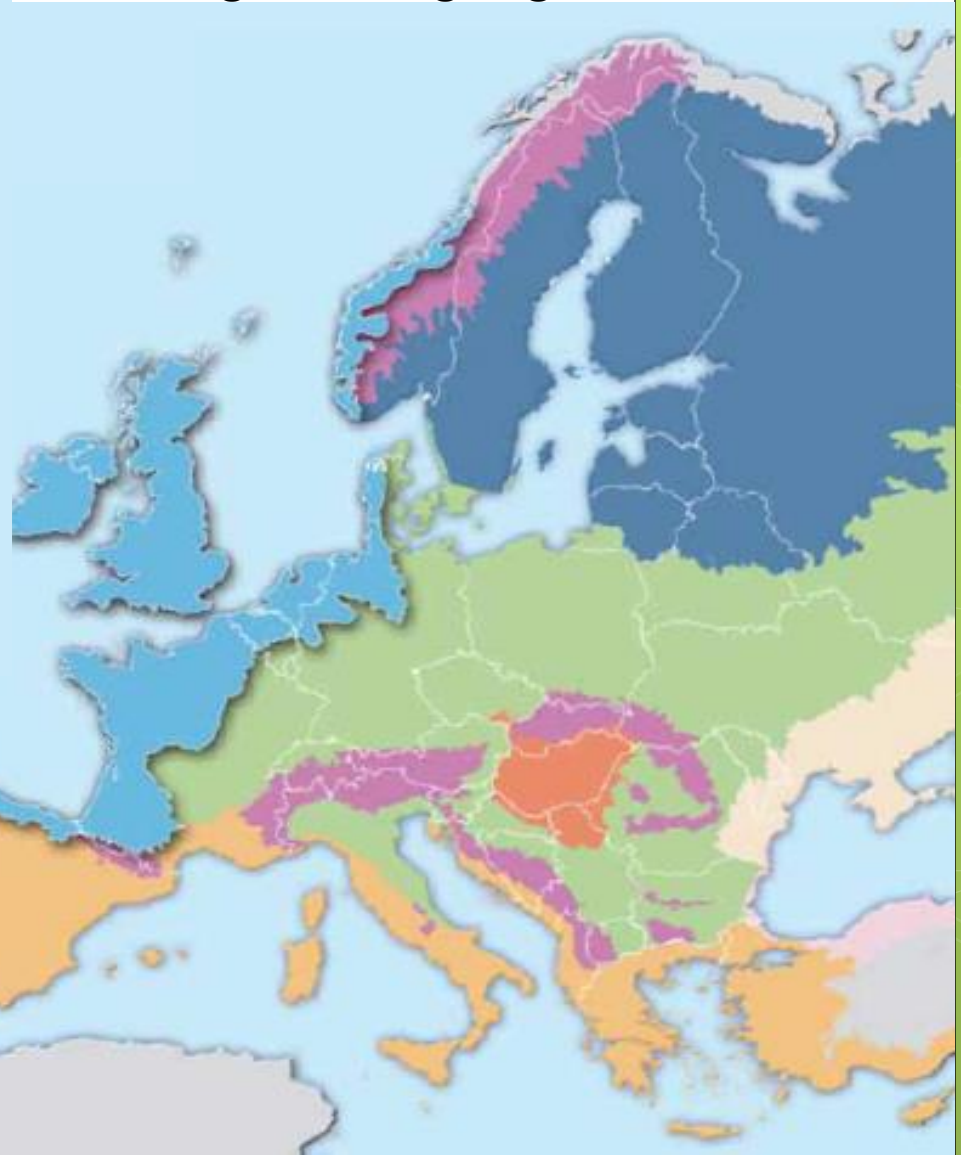
- ❖ as medidas compensatórias devem guardar uma relação de proximidade geográfica para com o sítio afetado. A Comissão Europeia estabeleceu os seguintes critérios de localização obrigatórios, no contexto da RN2000:
 - no caso de sítios designados ao abrigo da Diretiva Habitats, a zona a eleger para a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

IV.

Regiões biogeográficas

Região	Países abrangidos	% do território da UE
Atlântica	Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Irlanda, Países Baixos, Portugal, Reino Unido	18,4
Boreal	Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Suécia	18,8
Continental	Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Eslovénia, França, Itália, Luxemburgo, Polónia, República Checa, Roménia, Suécia	29,3
Alpina	Alemanha, Áustria, Bulgária, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Finlândia, França, Itália, Polónia, Roménia, Suécia	8,6
Panónica	Eslováquia, Hungria, República Checa, Roménia	3,0
Estépica	Roménia	0,9
Mar Negro	Bulgária, Roménia	0,3
Mediterrânica	Chipre, Espanha, França, Grécia, Itália, Malta, Portugal	20,6
Macaronésica	Espanha, Portugal	0,2

Fonte: Centro Temático Europeu para a Biodiversidade (Agência Europeia do Ambiente), <http://biodiversity.eionet.europa.eu>, Outubro de 2008.



- 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 inverneio 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 uma 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*);

- ❖ 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).

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)*

- 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).

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

- contrato de concessão e realização das obras de construção do “*Aproveitamento Hidroelétrico 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;

- 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 fóssil; 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**);

- 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...”

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;

- (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;

- 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)