

Sobre a compensação ambiental (ou ecológica) *ex ante* de danos à biodiversidade. Revisitar um tema.*

Luís Batista**

Sumário:

0. 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.

0. 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 aspetos intrinsecamente ligados ao meio ambiente *per se*, 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

*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.

luisbatista86@gmail.com

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.

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;

- 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:

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.

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>.

- 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 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

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).

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 indenização pecuniária*, GZ Verde, Rio de Janeiro, 2010 (pp. 355 e ss.).

⁸ “*Un milieu naturel équivale 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).

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 si* (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 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

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).

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

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.

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).

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 reconstituição de um habitat florestal levaria muitos anos até poder assegurar as mesmas funções que o habitat original 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 da sua lesão***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

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

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.

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 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 accidental 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

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 ss.. 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.

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.

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

²² Explica Paulo de Bessa ANTUNES, que o PPP “*não pretende recuperar um bem ambiental que tenha sido lesado, mas estabelecer um mecanismo econômico 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 ss.) - https://www.ij.fdu.pt/publicacoes/monografias/pub_5/Poluidor_Pagador_Alexandra_Araga_o_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).

dos custos associados à sua 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

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*.

(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 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”*,

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 acção, directa ou indirecta, sobre os recursos naturais”*.

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:128062>.

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 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.”

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 ss.).

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 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.”
(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

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.

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 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.

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.277/>.

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 ss..

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 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 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);

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.

> 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

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.

ponto de afirmar que dificuldades técnicas significativas ou sobrecustos 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*.

● **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-

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.

seria 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*”.

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.

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 (*Aqueloo*):

“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 prioritários, 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).

- 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*”).

Sucedo 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 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.

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.

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

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.ºs 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.

incidências ambientais no que se refere aos objectivos de conservação da referida zona.”(sublinhado nosso)

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 [**RJAAE**]);

■ **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.ºs 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.

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.)

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;*
- b) Para assegurar a efectiva execução dos objectivos visados pelo número anterior, o referido procedimento seja aplicável nos termos do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio.*

3 – Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 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 n.º 1, sendo precedida, sempre que necessário, de consulta pública.”(sublinhado nosso)

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

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 RJIAA⁴⁹.

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

(...)

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.

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.

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 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.”

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.

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 ss.); e Carla AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2014 (pp. 180 e ss.).

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 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).

“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.”*(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:

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/Portals/39/docs/regulatory/regs/33cfr332.pdf>.

> 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;

> 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 o *net 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,

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).

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 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:

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>.

“a importância de um sítio para a coerência da rede depende dos 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.” 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 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 rácios > a 1:1, de modo a acautelar o risco de insucesso (ainda que em parte)⁵⁷;

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.”

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 rácios 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).

(v) **as medidas compensatórias devem guardar uma relação de proximidade geográfica para com os sítios afetados**⁵⁸. 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;

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

(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.

saving banks. Assim, 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.

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 PTCON0012 – *Costa Sudoeste*, da Lista Nacional de Sítios⁶⁶, por albergar habitats e espécies prioritários dos Anexos I e II da Diretiva 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 migradora (...) 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

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.

⁶⁷ Cf. o artigo 5.º do RJRN2000.

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 a ter adiante, se se aplicar o artigo 10.⁶⁹. 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 Baixo Sabor afetou diretamente a ZPE de *Rios Sabor e Maçãs* e dois Sítios de Importância Comunitária (*Rios Sabor e Maçãs* – PTCON0021; e *Morais* – PTCON0023), 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.

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.

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 RJIA.

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 determinado na 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 excepciona 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:

“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

- 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 anteprojecto) 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.

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-interesseada 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.”

■ 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*”.

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

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.

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 PTCON0058, 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.

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.

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