

## *Medidas de compensação ambiental para instalação de parques eólicos nas áreas da “rede natura 2000”*

José Marcelo Ferreira Costa<sup>1</sup>

### Resumo

Este trabalho de pesquisa analisa o regime jurídico da (re) privatização do setor elétrico em Portugal. Examina aspectos pertinentes à política assumida por Portugal para exploração de energia “limpa”, bem como o relevante papel da matriz eólica no alcance das metas fixadas pela União Europeia até 2020. Aborda os desafios reservados à Administração (ente regulador administrativo e ambiental do setor) para compatibilizar a exploração de fontes renováveis e os efeitos impactantes de planos e projetos, nas áreas sob regime da Rede Natura 2000. Apresenta as diferenças entre as medidas de mitigação e de compensação ambiental. Conclui quais são as medidas compensatórias juridicamente viáveis para os casos previstos no artigo 6º, n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, de 21 de Maio, e artigo 10º, n.º 10 a 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999, de 24 de Abril.

### 1 Introdução

As comodidades materiais proporcionadas pela tecnologia tornaram a sociedade contemporânea (ou “Pós-moderna”<sup>2</sup>), inexoravelmente, dependente da energia elétrica. Apesar de o desenvolvimento econômico consolidado no século XX ter ocorrido com base na exploração de combustíveis fósseis (finitos e poluentes), que resultou nas emissões de dióxido de carbono na atmosfera e contribuiu (e ainda contribui) diretamente para o aquecimento do planeta, o atual “momento cosmopolita”<sup>3</sup> traz para a pauta política internacional a importância da exploração de matrizes energéticas de natureza renovável e produção sustentável.

A partir dos anos 1990, a crescente demanda da população pelo fornecimento de eletricidade, aliada à evolução dos equipamentos de produção, fez surgir alternativas

1 Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Procurador do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil.”

2 Sobre o assunto, Nabais (2011, pp. 17-18) aduz que “o que vem sendo designado por ‘Estado pós-moderno’ que é, fundamentalmente, uma outra maneira de referir a crise do Estado no século XXI. Pelo que, falar em Estado pós-moderno, talvez seja excessivo ou mesmo abusivo. Com efeito, não é visível que o Estado tenha falecido, tendo-se aberto a sua sucessão e chamado a esta um outro tipo de Estado. Por isso, qualquer anúncio da sua morte será, por certo, prematuro ou, pelo menos, exagerado. Daí ser mais acertado falar em crise do Estado”.

3 Para Beck (2015, p. 122), ao abordar o conceito da expressão, assunto assevera que perante a sociedade mundial de riscos “todos vivemos numa vizinhança direta com todos, portanto um mundo com outros que não podem ser excluídos, quer queiramos sabê-lo, quer não”.

calçadas em fontes consideradas inesgotáveis (ou renováveis), tais sejam a eólica, solar, hidroelétrica, ondas oceânicas, geotérmica, biomassa ou biocombustíveis. Nesse mesmo período, a crise do Estado Social culminou com a transferência de atividades essenciais (v.g., a produção de energia) à iniciativa privada, transmutando-se o protagonismo de Estado prestador para Estado regulador (ou ordenador) sobre a atuação empresarial na economia.

Com efeito, Portugal assumiu a política pública de incentivo à exploração de Fontes de Energia Renováveis (FER), especialmente para a geração de energia eólica, com dupla finalidade: (i) alterar sua realidade histórica de país “dependente” da importação de combustíveis fósseis, aspecto relevante sob a perspectiva de se elidir as assimetrias quanto ao abastecimento e distanciar-se dos efeitos gerados por crises econômicas mundiais (v.g., oscilações do preço do petróleo); e, (ii) promover a exploração de “energia limpa”, coadunando-se com as metas fixadas pela União Europeia de vinte por cento da produção de energia elétrica até o ano de 2020 seja oriunda de fontes renováveis. Outrossim, o investimento financeiro e a flexibilização de normas administrativas e ambientais ensejou uma “corrida” do setor empresarial para a instalação de grandes parques eólicos (*windparks* ou *wind farms*) em Portugal. Muitos sítios tidos por inviáveis economicamente passaram a ser objeto de interesse para a exploração, especialmente os localizados em áreas sensíveis já demarcados sob proteção do regime jurídico da Rede Natura 2000.

Nesse cenário, impõe-se à Administração - como ente regulador administrativo e ambiental do setor - o desafio de compatibilizar a exploração de energias renováveis e a devida garantia de preservação, prevenção de riscos e sustentabilidade nos procedimentos de licenciamento ou autorização de planos e projetos causadores de efeitos negativos (medidas de minimização ou compensação), a fim de se evitar o retrocesso ecológico (ambiental).

Uma vez definida a problemática da investigação, o presente trabalho propõe-se a sistematizar os parâmetros reservados à Administração para avaliar a liberação de parques eólicos utilizando-se do método dedutivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica na legislação e nas obras acadêmicas pertinentes ao tema, sem descurar das referências aos documentos produzidos pela Comissão Europeia (Guia sobre o Desenvolvimento de Parques Eólicos e a Rede Natura e o Documento de orientação sobre o nº 4 do artigo 6º da Directiva “Habitats”) e das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Quanto à estrutura do trabalho, analisar-se-á, primeiramente, os fundamentos da exploração da energia elétrica por particulares à luz da Constituição da Repú-

blica Portuguesa (reprivatização do setor). Em seguida, a investigação adentrará nos aspectos gerais do regime jurídico pertinente à RN2000, especialmente sobre sua concepção e o princípio de coerência da rede ecológica das zonas alojadores de *habitats* naturais e *habitats* de espécies da flora e fauna selvagens, cuja missão de demarcação dos sítios é reservada aos Estados-membros com base critérios científicos de avaliação do local ou da espécie. Considerando que as áreas da RN2000 não excluem atividades humanas, desde que não afetem a integridade da biodiversidade, percorrer-se-á a legislação da UE (Diretiva n.º 92/43/CEE<sup>4</sup>, de 21 de Maio de 1992, e Diretiva n.º 79/09/CEE<sup>5</sup>, de 2 de Abril de 1979) e de Portugal (Decreto-Lei n.º 140/1999,<sup>6</sup> de 24 de Abril) quanto às avaliações ambientais, competência, medidas de mitigação de compensação ambiental. Ademais, atenção será conferida à natureza jurídica da obrigação imposta ao promotor para arcar com os custos da externalidade (negativos) decorrente da sua atividade, sob pena de estes valores serem *ultima ratio* diluídos por todos os contribuintes, o que demandaria a destinação de recursos públicos e agravaria ainda mais a crise do Estado-Social.

Não obstante às dificuldades para se estabelecer os limites entre o conceito das medidas de mitigação e das de compensação, a presente investigação será ultimada com reflexões sobre os (limites da) “discricionariedade técnica” reservada à Administração para decidir-se sobre a liberação de projeto ou plano suscetível de afetar o sítio da RN2000 de forma significativa, bem como a proposição de soluções jurídicas quanto às medidas a serem adotadas com respaldo no artigo 6º, n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, de 21 de Maio, e artigo 10º, n.º 10 a 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999, de 24 de Abril.

## 2. A (re)privatização do setor elétrico em Portugal e a exploração de energia eólica

O advento da crise do Estado prestador concebido sob o manto de Estado Social na Europa, a partir dos anos 1990 (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 10), culminou na transferência de muitas das atividades consideradas essenciais à exploração da iniciativa privada. A incapacidade técnica, financeira e operacional, ensejou a perda do protagonismo direto e o Estado passou a assumir a função de Estado ordenador sobre a atuação privada na economia, sem abandonar o compromisso constitucional<sup>7</sup> de

4 Relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens.

5 Relativa à proteção das aves selvagens. Atualmente, revogada pela Diretiva n.º 2009/147/CE, de 30 de Novembro, mas com previsão expressa de que todas as remissões para a directiva revogada entender-se-ão como sendo feitas para a directiva revogadora (artigo 18).

6 Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro. A segunda alteração foi empreendida pelo Decreto-Lei n.º 156-A/2013, de 8 de Novembro, em razão da transposição para o direito interno da Diretiva n.º 2013/17/UE, de 13 de Maio.

7 Para Gonçalves (2008, p. 172), a “deslocação de tarefas tradicionalmente públicas para a Sociedade (privati-

impor obrigações necessárias à adequada prestação do serviço, tais como a universalidade de acesso, perenidade do fornecimento, modicidade de tarifa e qualidade.

O atual modelo de Estado garantidor<sup>8</sup> mantém-se voltado à prestação de serviços essenciais à população - por exemplo, energia, telecomunicações ou saneamento -, viabilizando-se, conforme a opção política de cada país<sup>9</sup>, pelas seguintes formas: (i) por via da exploração *direta* de uma atividade, por intermédio da criação de estruturas próprias de intervenção e, conseqüentemente, da regulação da economia; ou, (ii) por intermédio da prestação *indireta*, com ou sem alienação do patrimônio estatal ao operador privado, transpondo-se o Estado prestador para a posição de Estado regulador.

Em Portugal, o texto original da Constituição da República de 1976 foi modificado para adequar-se o modelo de Estado. Os fatores preponderantes envolvidos nesta transição foram: (i) a segunda revisão constitucional, ocorrida em 1989; (ii) o seu ingresso na Comunidade Económica Europeia (CEE);<sup>10</sup> (iii) a supressão do “princípio da irreversibilidade das nacionalizações”;<sup>11</sup> (iv) a edição da Lei n.º 11/90, de 5 de abril (Lei-Quadro<sup>12</sup> das Privatizações); e (v) a autonomização dos Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG’s) no direito europeu.<sup>13</sup>

Para o setor elétrico, junto com a sua liberalização, foi criada em 1995 a Entidade Reguladora do Setor Elétrico (ERSE),<sup>14</sup> hoje Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, haja vista a ampliação de suas competências para regulação do setor do gás. Em paralelo, o processo de exploração dos serviços - cadeia envolvendo

---

zação) e a activação do potencial privado para a realização de fins públicos não descomprometem o Estado, que mantém a responsabilidade de assegurar ou de garantir a realização daqueles fins, a prossecução do interesse público e a protecção dos direitos do cidadão”.

8 *Vide* comentário de Loureiro (2010, p. 93): “O Estado garantidor pode aparecer em vestes mais de Estado social ou mais neoliberais. Só neste último caso é que terá aqui assento a crítica ao Estado social. O que se passa é que um modo de garantia é, em muitas áreas, dado por deveres de regulação em lugar dos tradicionais deveres de prestação. Assim, o recuo do Estado, nomeadamente através de processos de (re)privatização não é necessário sinónimo - no caso do Estado garantidor, pelo contrário! - de abandono do Estado. Mais: o adeus à intervenção pela via da prestação, com incidências nas relações com o mercado de trabalho ou na saúde, por exemplo, não significa que o Estado se limite ao papel liberal tradicional de uma ‘responsabilidade-quadro’. O Estado social e económico garantidor é agora apresentado como a ‘nova forma europeia de Estado’”.

9 O texto do artigo 295.º do TCE e do artigo 345.º do TFUE revela apenas a facultatividade das “privatizações” por parte dos Estados-membros, uma vez que o foco é a preservação da liberdade de concorrência.

10 Após o Tratado de Lisboa, apenas “União Europeia”.

11 O artigo 83, n.º 1, prescrevia o seguinte: “Todas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”. Com o advento da segunda revisão, a regra do artigo 83 foi deslocada para o artigo 85, o qual passou à seguinte redação: “A reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974 só poderá efectuar-se nos termos de lei-quadro.”

12 O artigo 293 da Constituição da República Portuguesa dispõe sobre a “Reprivatização de bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974”.

13 Segundo Soares e Silva (2014, p. 18), “o grande impulso da mudança é dado pela autonomização dos Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG’s) no direito europeu. Uma categoria que se apresenta como sucedânea do tradicional Estado prestador de serviços públicos, consubstanciando-se uma nova proposta de garantia do bem-estar e da coesão social a partir do mercado.”

14 Decreto-Lei n.º 187/1995, de 27 de julho. *Vide* também o artigo 3.º, n.º 3, “d”, da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei-Quadro das Agências Reguladoras).

produção, transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica<sup>15</sup> - recebeu incremento com o surgimento de tecnologias aptas à exploração de fontes alternativas sustentáveis, oportunamente reconhecidas e incentivadas com base no artigo 194.<sup>16</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

A realidade histórica do país “dependente” da importação de combustíveis fósseis é então redimensionada com a política estratégica de investimentos em Fontes de Energia Renováveis (FER)<sup>17</sup> - eólica, solar, geotérmica, das ondas, das marés, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de lixos e do biogás -, a fim de se conferir a segurança da nova matriz na política estatal<sup>18</sup> e prevenir eventuais assimetrias de abastecimento.

A partir de 2001, o Estado português estabeleceu ação prioritária para instalação de parques geradores de energia eólica (*windparks* ou *wind farms*) destinados à produção de energia “limpa”, ocasião em que adotou medidas de flexibilização dos requisitos administrativos (e ambientais<sup>19</sup>) e de incentivos tarifários atrativos ao mercado. Tal política fomentou o setor e possibilitou a instalação de parques eólicos em locais anteriormente considerados inviáveis (SOARES; SILVA, 2014, p. 39).

No ano de 2010, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de abril (ENE 2020), aprovou a política estratégica nacional até o ano de 2020<sup>20</sup>, cujo objetivo é posicionar Portugal no rol dos cinco líderes europeus em FER. Atualmente, a capacidade de geração conta com potencial de 1.650MW por ano e com meta de potência instalada de 8.500MW para o ano de 2020. Para isso, a energia produzida a partir dos ventos (incluídos os equipamentos de produção *offshore*<sup>21</sup>) contribuirão decisivamente para o alcance das metas assumidas.

15 Vide artigo 13 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

16 O artigo 194 prevê o funcionamento do mercado interno, pautado no espírito de solidariedade entre os Estados-Membros, mediante o seguinte: (i) manutenção do funcionamento do mercado da energia; (ii) a segurança do aprovisionamento energético da União Europeia; e, (iii) promoção da eficiência energética, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis;

17 O artigo 2º, “a”, da Diretiva n.º 2001/77/CE, de 27 de setembro, enumera as FER.

18 O artigo 81, “m”, da Constituição da República Portuguesa, determina que cabe ao Estado, no âmbito económico e social, a adoção de uma “política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional”.

19 Por exemplo, o Despacho Conjunto n.º 51, de 31 de janeiro de 2004 (Ministérios da Economia e das Cidades e Ministério do Ordenamento do Território e Ambiente), atualmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro.

20 Asseveram Soares e Silva (2014, p. 83) que a Diretiva n.º 2008/28/CE prevê a elaboração e apresentação de Planos Nacionais de Acção para as Energias Renováveis (PNAER), o qual “prevê-se que em 2020, 55,3% e 30,6% da energia consumida em Portugal no sector da produção de eletricidade e no sector do aquecimento e arrefecimento, respectivamente, seja renovável”.

21 “Desfazendo dúvidas que pudessem existir acerca da sua posição, em 1999, a propósito da gestão das pescas e a protecção do meio marinho, a Comissão Europeia sustentou expressamente a aplicação na zona económica exclusiva do regime Rede Natura 2000” (RIBEIRO, 2008, p. 181). Para a Comissão Europeia (2011), a exploração *offshore* ainda está na “infância” e só representa 2% de toda a capacidade de energia eólica instalada na Europa. A concentração de parques ocorre em águas rasas (30 metros de profundidade) localizadas no Mar Báltico e no Mar do Norte.

Em se tratando da exploração de FER - no caso específico da instalação de parques geradores de energia eólica - oportunamente dotados da marca “energia limpa”<sup>22</sup>, sabe-se que muitas das áreas de potencial eólico elevado posicionam-se em locais afastados de centros urbanos ou em montanhas<sup>23</sup>.

Como as áreas de interesse para exploração do potencial dos “ventos” frequentemente coincidem com os sítios já demarcados e inscritos sob a proteção jurídica (a exemplo dos sítios da Rede Natura 2000), a adoção de medidas de redução (minimização) ou compensação dos efeitos negativos envolvendo a instalação de projetos ou planos em áreas sensíveis deve ser observada cuidadosamente pelo Poder Público para se evitar o retrocesso ecológico (ambiental).<sup>24</sup>

### 3. Rede natura 2000 e os (impactos da) exploração de energia eólica

#### 3.1 Aspectos gerais sobre a RN2000

Após a segunda metade do século passado, as preocupações com a preservação da biodiversidade e dos habitats passaram a compor o cenário jurídico de diversos países. Sob a influência dos princípios jurídicos da precaução<sup>25</sup>, do poluidor-pagador<sup>26</sup>, do nível elevado de proteção<sup>27</sup>, da informação e da participação do público<sup>28</sup>,

22 “Com efeito, a propaganda sobre as vantagens ambientais das FER permite muitas vezes esconder os reais impactos ambientais negativos que esses centros electroprodutores geram” (SILVA, 2011, p. 108).

23 Sobre o assunto, Soares e Silva (2014, p. 185) ressaltam: “Sabe-se hoje, com alguma experiência já formada, que os parques eólicos só são economicamente viáveis se estiverem localizados em zonas onde existem ventos adequados e que essas zonas correspondem muitas vezes a topos de montes onde habitam sobretudo espécies protegidas”.

24 O “objetivo de produzir energia limpa e lutar contra o efeito de estufa é, incontestavelmente, um objectivo importante e nobre. Mas a aura de bondade ambiental de que beneficiam estes projetos não deve fazer-nos esquecer que eles também podem ter impactos ambientais ou sócio-económicos significativos.” (ARAGÃO, 2006, p. 165 e ss.). Em outro texto, Aragão (2012, pp. 12-13) esclarece que mesmo sem a previsão expressa do princípio do não retrocesso ser expresso – por razões de “rigidificação da lei, através do chamado ‘efeito de Midas’” –, não significa que o princípio não exista e não tenha força jurídica. Para a autora, na União Europeia, os resultados são obtidos pelo “Princípio do Nível Elevado de Protecção”, pois se trata de “princípio quase omnipresente no direito europeu do ambiente, tanto nos tratados como no direito secundário. Após o Tratado de Lisboa, o nível mais elevado de protecção figura no artigo 3, n.º 3, do Tratado da União Europeia; nos artigos 114 e 191, n.º 2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia e no artigo 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

25 Aragão (2008, p. 10) destaca que, em 1974, na Alemanha, a Lei Federal de Protecção Contra Emissões (Bundes-Immissionsschutzgesetz) consagrou, pela primeira vez, o princípio da precaução no âmbito da poluição atmosférica. A autora também frisa a década de 1990 como período em que o “princípio da precaução” ganhou reconhecimento em instrumentos de Direito Internacional, tais como: (i) Declaração do Rio 1992; (ii) Convenções de Helsínquia sobre a Protecção e a Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais e sobre a protecção do ambiente marinho do Mar Báltico; (iii) Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste; e (iv) Tratado de Maastricht (artigo 130-R, n.º 2).

26 O item 3 da Recomendação n.º 75/436, de 3 de Março, do Conselho das Comunidades Europeias e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros, adotou o “princípio do poluidor-pagador”, ocasião em que definiu: “o «poluidor» é aquele que degrada directa ou indirectamente o ambiente ou cria condições que levam à sua degradação”. Outrossim, o Tratado de Maastricht tratou de expressar o “princípio do poluidor-pagador” (artigo 130-R, n.º 2), bem como a Recomendação n.º C (72), 128, de 28 de Maio de 1972, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).

27 Dispõe o artigo 130-R, n.º 2, do Tratado de Maastricht: “A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade”.

28 O artigo 1.º da Convenção de Aarhus (A Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas,

os Estados<sup>29</sup> - via o procedimento de licenciamento ou autorização (poder de polícia estatal) - assumiram a função central de agentes reguladores dos interesses das gerações atuais e futuras,<sup>30</sup> haja vista o dever de controle sobre os impactos<sup>31</sup> (positivos ou negativos) ou restauração dos danos<sup>32</sup> causados.

No âmbito territorial europeu, a criação da “Rede Natura 2000”<sup>33</sup> foi originalmente prevista na Diretiva n.º 92/43/CEE<sup>34</sup>, de 21 de maio de 1992, e refere-se à instituição de uma rede ecológica coerente com a demarcação de zonas especiais de conservação mediante a seleção de sítios alojadores de *habitats* naturais e *habitats* de espécies da flora e fauna selvagens.<sup>35</sup> O “conceito” da RN2000 englobou também as Zonas de Proteção Especial já classificadas pelos Estados-membros com fundamento na Diretiva n.º 79/09/CEE,<sup>36</sup> revogada pela Diretiva n.º 2009/147/CE, de 30 de Novembro, que estabeleceu os critérios para conservação de espécies de aves selvagens.<sup>37</sup>

A Diretiva n.º 92/43/CEE reservou aos Estados-membros a missão de identificar os sítios e submetê-los à anuência da Comissão Europeia, observados critérios de avaliação local ou da espécie e os de natureza científica,<sup>38</sup> a fim de obter-se uma coerência ecológica<sup>39</sup> da biodiversidade nos sítios considerados ameaçados ou merecedores de proteção na União Europeia.<sup>40</sup>

---

ocorrida em 25 de Junho de 1998, assevera: “De forma a contribuir para a protecção do direito que qualquer indivíduo, das gerações actuais ou futuras, tem de viver num ambiente adequado à sua saúde e bem-estar, cada Parte garantirá os direitos de acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, de acordo com as disposições desta Convenção.” O documento entrou em vigor em 30 de Outubro de 2001, após o processo de ratificação. Em Portugal, a ratificação consolidou-se com o Decreto do PR n.º 9/2003.

29 Princípio n.º 17 da Declaração de Estocolmo de 1972: “Deve ser confiada, às instituições nacionais competentes, a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.

30 Fundamento nos seguintes dispositivos: (i) artigo 66, n.º 2, “d”, da Constituição da República Portuguesa; e (ii) artigo 3.º, “b”, da Lei n.º 19/2014 (Lei de Bases da Política de Ambiente em Portugal).

31 Artigo 2.º, “k”, do Decreto-Lei n.º 151-B/2013.

32 Artigo 11.º, n.º 1, “f”, do Decreto-Lei n.º 147/2008.

33 As áreas da Rede Natura 2000 cobrem 18,40% da União Europeia, cujos números são os seguintes: 5 491 áreas classificadas por zona de proteção especial de pássaros (ZPE) e 22 594 áreas especiais de Zona Especial de Conservação (ZEC). Sob a directiva Habitat, há proteção a 233 tipos de habitats naturais, 1.563 espécies animais e 966 espécies vegetais. Sob a directiva Pássaros, 617 espécies.

34 Relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens.

35 Artigo 3º, 1, e Anexos I e II.

36 Relativa à proteção das aves selvagens.

37 «The Natura 2000 Network is often cited as ‘the cornerstone’ of the Union’s nature conservation policy» (HENDRIK; CLIQUET, 2014, p. 197).

38 “O poder de apreciação dos Estados-membros não se estende, pois, ao juízo de escolha, delimitação ou oportunidade de classificação de uma ZPE, respeitando unicamente à aplicação dos critérios ornitológicos decorrentes da diretiva (presença de aves e adequação do habitat – v.g.: terras úmidas) com vista à identificação de locais. Se, face à aplicação daqueles critérios, uma zona se revelar apropriada para a protecção das aves, bastando que possua interesse suficiente, os Estados-membros devem classificá-la e em toda a sua extensão” (RIBEIRO, 2008, p. 198).

39 Aragão (2002, p. 24): “A coerência é o critério fundamental subjacente à instituição concreta da rede Natura 2000”.

40 É possível que o mesmo sítio receba qualificação de ZPE e de ZEC. Em Portugal, o Decreto Regulamentar n.º 10/2008, de 23 de Março, traz o exemplo da Zona de Proteção Especial de Monchique e do Caldeirão, áreas reservadas em razão dos valores naturais de elevada relevância e a conservação de comunidades avifaunísticas (aves de rapina florestais ameaçadas na UE).

O parâmetro de seleção das áreas operacionaliza-se por Região Biogeográfica, cuja localização em Portugal abrange a Região Atlântica e Mediterrânea (Portugal Continental) e a Região Macaronésica (Arquipélagos da Madeira e dos Açores). É necessário garantir a sustentabilidade de cada bloco, a qual demanda os seguintes aspectos para a eficiência da rede: “corredores ecológicos, proteção transfronteiriça e zonas tampão”. O processo de designação das áreas segue o parâmetro mínimo fixado (científico, repita-se) nos anexos da Diretiva n.º 79/09/CEE e da Diretiva n.º 92/43/CEE, o que reduz a discricionariedade dos Estados-membros na classificação dos sítios e desconsidera as fronteiras políticas.<sup>41</sup>

Importante destacar dois pontos relacionados diretamente à criação e manutenção das áreas da RN2000. Primeiro, não há vedação aos Estados-membros para optarem pela adoção de medidas de “proteção reforçada” ao ambiente<sup>42</sup> para a eleição dos espaços a serem protegidos, desde que haja observância aos princípios da proporcionalidade e não discriminação.<sup>43</sup> Segundo, uma vez selecionado, o sítio ganha certo grau de “blindagem” quanto à reversibilidade (intangibilidade<sup>44</sup>) de classificação (URETA, 2014, p. 1.505) ou de redução de sua área, a fim de se assegurar o princípio da proibição do retrocesso ambiental.<sup>45</sup>

Sob ponto de vista jurídico, o tratamento expresso conferido pela Diretiva *Habitats* para incluir no âmbito da Rede Natura 2000 os sítios classificados pelos Estados-

41 O artigo 9º da Diretiva *Habitats* dispõe sobre a possibilidade de desclassificação de uma zona especial de conservação. Porém, como esclarece Ureta (2014, p. 1.506), ao examinar a jurisprudência do TJUE (C-301/12), que “no todo tipo de degradación puede implicar que el lugar pierda la protección otorgada (6). Resulta obvio que sólo aquellas que hagan imposible su restauración, y no hayan sido intencionales, podrán justificar la desclasificación”.

42 “A doutrina denomina esta possibilidade como o ‘dourar’ no direito europeu («gold plating of UE law») ou o adicionar de uma ‘cobertura nacional’ ao direito europeu («add a national topping»)” (ARAGÃO, 2012, p. 15).

43 “[...] o direito europeu não se opõe a uma regulamentação de um Estado-membro que proíba a instalação de geradores eólicos não destinados a autoconsumo em sítios pertencentes à rede ecológica europeia Natura 2000, sem uma avaliação prévia do impacto ambiental do projecto no sítio especificamente em causa, desde que os princípios da não discriminação e da proporcionalidade sejam respeitados” (SOARES; SILVA, 2014, p. 185).

Já Perante o Processo C-2/10 (Azienda Agro-Zootecnica Franchini Sarl e Eolica di Altamura Srl v. contra Regione Puglia), o Tribunal posicionou-se no sentido de que “[...] os geradores eólicos não destinados ao autoconsumo em sítios pertencentes à rede ecológica europeia Natura 2000, sem uma avaliação prévia do impacto ambiental do projeto no sítio especificamente em causa, desde que os princípios da não discriminação e da proporcionalidade sejam respeitados”.

44 No Acórdão Diques de Leybucht, de 28 de fevereiro de 1991 (Processo C-57/89), o TJCE “admitiu uma derrogação ao princípio da intangibilidade dos limites das ZPE classificadas que se inferia do regime constante do artigo 4º, n.º 4, da Directiva Aves (gestão das ZPE – regime de protecção preventivo)”. O caso se justificou por “razões suficientemente sérias” e correspondentes a um ‘interesse geral superior’ aos interesses ecológicos prosseguidos pela Directiva Aves” (RIBEIRO, 2008, p. 200). O caso foi de perigo real de inundações, o que justificou a redução da ZPE para obras de diques e reforço das estruturas costeiras.

45 Aragão (2012, p. 27) registra ser admissível o retrocesso ambiental em situações excepcionais, uma vez que “a protecção ambiental não pode deixar de ser dinâmica pois, havendo razões relevantes que justifiquem alterações legislativas, elas não só são toleráveis como são necessárias, não violando o princípio da proibição do retrocesso”. N’outro trecho, a autora citada esclarece: “Em qualquer dos casos, descobre-se que uma medida ambiental, que se supunha necessária, adequada e proporcional tem, afinal, efeitos excessivos, comportando riscos graves e intoleráveis para valores como a vida humana, a segurança alimentar, o saneamento básico, a proteção civil ou a saúde pública”.

-membros com fundamento na Diretiva Aves, enseja-lhe a aplicabilidade mútua das normas previstas (ANTUNES, p. 154). Ou seja, é preciso assegurar uma aplicação sistêmica da “Diretiva Aves” e da “Diretiva Habitats”,<sup>46</sup> especialmente quando se trata da compensação ambiental prevista expressamente apenas no artigo 6º da “Directiva Habitats”.

Em Portugal, a Directiva n.º 79/09/CEE e a Directiva n.º 92/43/CEE encontram-se atualmente<sup>47</sup> transpostas para o seu sistema jurídico em um único veículo normativo, a saber, o Decreto-Lei n.º 140/1999,<sup>48</sup> de 24 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005,<sup>49</sup> de 24 de Fevereiro. As mudanças foram realizadas a partir de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>50</sup> em 24 de Junho de 2003,<sup>51</sup> a qual concluiu que o Decreto-Lei n.º 140/99 não havia empreendido adequadamente a transposição das diretivas citadas na íntegra, o que forçou o Governo de Portugal a proceder aos devidos ajustes para assegurar a sua eficácia jurídica.

Com efeito, nas áreas da Rede Natura 2000 não se impede o uso econômico da propriedade privada, mas não prescinde o ordenamento do território e a existência de disciplinamento restritivo para assegurar a preservação da biodiversidade e evitar a degradação dos habitats.

No caso da instalação dos parques geradores de energia eólica, o desafio que se impõe ao Estado-membro no procedimento de licenciamento ou autorização é compatibilizar os aspectos financeiros, sociais e ambientais, sob a perspectiva da sustentabilidade dos *habitats* naturais e da fauna e flora selvagens no território europeu, especialmente em razão dos investimentos envolvidos e a longevidade do empreendimento, os quais demandam a análise criteriosa sobre a localização específica para funcionamento, a eficiência de geração de energia e a viabilidade econômica.

46 “A “Directiva Aves” não se aplica apenas as aves, mas também aos respectivos habitats; e, por seu turno, a “Directiva Habitats” não se aplica apenas aos habitats (naturais e das espécies), mas também a fauna e a flora selvagens. Ha, pois, que ter algum cuidado, já que as designações abreviadas destes instrumentos normativos podem induzir em erro quanto ao seu real âmbito de aplicação” (ANTUNES, 2010, p. 154).

47 Diz-se atualmente em razão de a Directiva Aves ter sido inicialmente transposta por intermédio do Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro, ulteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 224/93, de 18 de Junho; enquanto que a Directiva Habitats somente foi transposta com o advento do Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto.

48 Nos termos do artigo 66 da Constituição da República Portuguesa. Para Canotilho e Moreira (2014, p. 951) o artigo 66, 2, da Carta Portuguesa, representa “uma das tarefas fundamentais do Estado prevista neste artigo diz respeito à criação de uma rede nacional de áreas protegidas e a sua articulação com a Rede Europeia Natura 2000”.

49 Segunda alteração empreendida pelo Decreto-Lei n.º 156-A/2013, de 8 de Novembro, o qual transpôs para o direito interno a Directiva n.º 2013/17/UE, de 13 de Maio.

50 Sobre o assunto, Aragão (2002, p. 30) esclarece que “Trata-se, portanto, no caso do dever de transposição de diretivas, de uma obrigação de resultados e não de uma obrigação de meios, devendo os Estados usar de todos os instrumentos ao seu alcance na prossecução do resultado comum”.

51 Vide Acórdão proferido no Processo C-72/02 (TJEU), Comissão v. República Portuguesa.

### 3.2 Medidas de mitigação ou compensação ambiental nas áreas da RN2000

#### 3.2.1 Perspectiva da Comissão Europeia (CE)

Quanto às áreas da RN2000, já foi destacado que a rede europeia ecológica de proteção especial foi instituída pela Diretiva n.º 92/43/CEE, englobando-se também as Zonas de Proteção Especial (ZPE) já classificadas pelos Estados-membros com fundamento na Diretiva n.º 79/09/CEE, revogada pela Diretiva n.º 2009/147/CE. Outrossim, afirmou-se que nessas áreas é possível a “ocupação humana”<sup>52</sup>, mas desde que compatível com as limitações previstas a fim de se evitarem indesejáveis impactos significativos ao ambiente.

O artigo 6º, n.º 3 e n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, tratou de estipular regras de natureza material para disciplinar as intervenções nos sítios da RN2000 - incluídas intervenções nas áreas vizinhas que possam afetar as áreas sensíveis -, às quais prescrevem o seguinte:

- (i) artigo 6º, n.º 3: impõe aos Estados a adoção de medidas de avaliação das incidências impactos significativos dos planos e projetos nos sítios da RN2000, bem como estipula que as autoridades somente os autorizarão na hipótese de se “terem assegurado de que não afetarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública”;
- (ii) artigo 6º, n.º 4: disciplina regra de exceção ao Estado-membro, pois, mesmo na hipótese de conclusão negativa dos estudos, possibilita a autorização de instalação do plano ou projeto, mas desde que se comprove a ausência de soluções alternativas<sup>53</sup> e interesse público de natureza social ou econômica, ocasião em que deverão ser adotadas “todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a proteção da coerência global da rede Natura 2000”. A diretiva ainda obriga ao Estado-membro informar à Comissão Europeia<sup>54</sup> o rol de medidas compensatórias adotadas.

52 “No existe una definición de “actividades humanas” en la Directiva y queda en la duda si tal adjetivo se refiere a aquellas que resulten tradicionales en las zonas designables frente a otras novedosas” (URETA, 2014, p. 12).

53 Perante o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Seção), em 26 de Outubro de 2006, caso “Comissão das Comunidades Europeias” contra República Portuguesa (Processo C-239/04, n.º 24), o qual tratou de negar a construção de rodovia em Zona Especial de Castro Verde por falta de comprovadas “soluções alternativas” em área protegida pela Diretiva n.º 92/43, ressaltou: “Daqui decorre que, quando um Estado-membro dá execução a um projecto, apesar das conclusões negativas da avaliação do impacto ambiental e sem ter demonstrado a inexistência de soluções alternativas ao referido projecto, não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do referido artigo 6.º, n.º 4, da Directiva 92/43”.

54 O dispositivo não prevê atribuição para a Comissão Europeia sugerir ou determinar qual a medida compensatória deverá ser imposta pelo Estado-Membro ao operador do projeto.

Saliente-se, outrossim, que, o artigo 6º, n.º 4, relaciona dispositivo de caráter mais “restritivo”, pois traz dispositivo sobre a hipótese de o sítio abrigar *habitat* natural ou uma espécie prioritária, o que tornaria a autorização ou licenciamento do plano ou projeto adstrito às situações materiais comprovadas: (i) saúde do homem; (ii) segurança pública; (iii) situações de consequências benéficas primordiais para o ambiente; ou, (iv) outras razões imperativas de reconhecido interesse público, após parecer da Comissão Europeia (STEICHEN, 2009, p. 261).

A leitura dos dispositivos mencionados revela a utilização de termos<sup>55</sup> (ou expressões) dotados de conceitos vagos (plurissignificativos) e, portanto, passíveis de apreciação discricionária (QUEIRÓ, 1946, p. 63) pela autoridade dotada de competência para aplicar a norma ao caso concreto em cada Estado-membro.<sup>56</sup> Não obstante à exigência de compensação ambiental para projetos ou planos de significativo impacto, o fato é que a fluidez dos termos ensejam recorrentes dúvidas operacionais na medida em que, perante a sua aplicação, inexistem critérios de ordem objetiva para direcionar o aplicador da norma.<sup>57</sup>

Ante a lacuna exegética, a Comissão Europeia (CE) editou Documento de Orientação para auxiliar a aplicação do artigo 6º, n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, o qual se ocupou de apresentar *inter alia* definições aos seus variados termos e expressões. E, apesar da autodeclarada ausência de natureza vinculativa aos Estados-Membros, inexorável sua “force normative”<sup>58</sup> para fins de aplicação aos casos concretos.

55 “[...] a cada conceito corresponde um termo. Este – o termo – é o *signo linguístico* do conceito. Assim, o conceito, *expressado no seu termo* é coisa (*signo*) que representa outra coisa (seu *objeto*). Logo, o conceito, na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (*signo* do conceito), a um *objeto*. A perturbação do pensamento claro e da expressão lúcida, relativamente à compreensão dos conceitos, resulta, fundamentalmente, da circunstância de serem *ambíguos e imprecisos (vagos, elásticos, fluidos)* os seus *termos*.” (GRAU, 2000, p. 145, grifos do original).

56 Alguns exemplos de aplicabilidade do dispositivo que receberam parecer da Comissão Europeia podem ser evidenciados: (i) Travessia do Vale do Peene pela autoestrada A 20, em projeto (Alemanha), rodovia inserida na rede transeuropeia; (ii) Linha de alta velocidade (TGV Est) (França), ante a escassez de opções para a conexão das linhas existentes; e, (iii) Projeto de barragem de La Breña II (Espanha), o qual serviria para abastecimento humano e atividades agroindustriais.

57 Os estudos ambientais são peça a fundamental para fins de aplicação da legislação sobre os impactos negativos, inclusive no que diz respeito às eventuais discussões judiciais. Vide comentário de Makowiak (2014, p. 3): «There is a real paradox in the ‘hierarchy’ between mitigation and compensation measures in relation to the Natura 2000 regime. Although the legal provisions concerning the environmental impact assessment are clear (in general and for Natura 2000 sites), the case law is much more ambiguous (i.e. the judicial interpretation of the hierarchy). Firstly, it should be noted that government decisions regarding public projects (high-speed train, motorways) are rarely overturned by the court, even if they cross (or are near) a Natura 2000 site. The Courts usually conclude that the impact assessment is sufficient and that the impact on the Natura 2000 site is not significant».

58 «La force normative des recommandations, une «certaine force obligatoire»? Nombre de contributions concernant des recommandations de toutes sortes, internes, européennes ou internationales, techniques ou éthiques, professionnelles, d’hygiène ou médicales, convergent dans le constat d’une certaine force «obligatoire» de ces instrument. Ainsi, des normes de valeur initiale simplement recommandatoires peuvent, sur le terrain, se relever dotées d’une véritable force effective, pour des raisons de pertinence et d’adaptation, d’une part, et/ou parce que, d’autre part elles sont ressenties comme obligatoires par leurs destinataires.» Em outro trecho, conclui: «Elles peuvent d’ailleurs par la suite acquérir une force obligatoire reconnue juridiquement, que ce soit par la validation par une autorité publique, qui leur assure une reconnaissance officielle et leur fait produire des effets de droit, ou par l’accord de «États qui sont libres de accepter». Autrement dit, faible force normative juridique ne signifie pa

Registre-se, ademais, que a CE lançou similar guia de orientação sobre o desenvolvimento de energia eólica, o qual será objeto de comentários no item subsequente.

Para a CE (2011, p. 10), não obstante à ausência do conceito para “medidas compensatórias” (artigo 6º, n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE), a “experiência” enseja a seguinte diferenciação:

(i) medidas de redução dos riscos, em sentido lato, tais sejam as destinadas a “minimizar, ou mesmo anular, os possíveis impactos negativos num sítio decorrentes da execução de um plano ou projecto”; e,

(ii) medidas compensatórias *sensu stricto*, adotadas independentemente do plano ou projecto, mas que se destinam a “anular” os seus efeitos negativos em prol da coerência ecológica global da RN2000, aliando-se ainda aos requisitos de “reconhecido interesse público” e intervenção de longo prazo.

O “Documento de Orientação - CE” apresenta um desdobramento sequencial de medidas relacionadas à intitulada hierarquia de mitigação (*mitigation hierarchy*), compreendida em quatro passos a serem impostos aos promotores: (i) primeiro, evitar impactos negativos na área de biodiversidade protegida (*avoidance measures*), como o caso de reposicionamento de equipamentos aerogeradores; (ii) segundo, buscar minimização dos impactos ambientais (*minimizing impacts*) mediante a adoção de ações que reduzam os impactos esperados, a exemplo do controle de poluição, redução de barulhos, instalação de cercas de proteção, pontes, canais de passagem para os animais selvagens (ecodutos)<sup>59</sup>; (iii) terceiro, trata-se da reabilitação ou recuperação (*rehabilitation measures* ou *restoration offsets*) da área para devolver as características anteriores à intervenção, tal seja o reflorestamento, repovoação de rios ou lagos; e (iv) por último, adotar medidas de compensação destinadas a impedir a perda da biodiversidade (*compensatory measures* ou *averted loss offsets*) devidamente relacionadas à política de “ausência de perda líquida” (*net loss policy*) ou “melhoria ambiental” (*enhancement* ou *net positive gain*)<sup>60</sup>.

Ao interpretar o artigo 3º, n.º 3, e o artigo 6º, n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, a UE dispõe que as avaliações deverão garantir a preservação das espécies e dos habitats, tanto sob ponto de vista qualitativo como quantitativo, no sentido de assegurar as proporções comparáveis aos que serão afetados.

A compensação quantitativa demanda avaliação dos impactos caso a caso, mas com indicação de que a recuperação será compatível em dimensões iguais ou supe-

nécessairement faible force normative tout court. Et parfois même bien au contraire...” (THIBIERGE, 2009, p. 790).

59 Vide o caso das medidas adotadas para a proteção ao lince ibérico em decorrência do caso Comissão Europeia v. Espanha (C-308/08 - TJUE), animal em ameaça de extinção e que só existe em Portugal e Espanha.

60 Vide o sítio eletrônico do “Business and Biodiversity Offsets Programme (BBOP)” (<http://bbop.forest-trends.org/>).

riores às áreas ocupadas<sup>61</sup>. Somente em casos de comprovada recuperação integral (100%) da estrutura e funcionalidade do sítio afetado em curto período temporal, permitir-se-á a eleição de zonas em tamanho inferior.

No tocante à *forma* qualitativa, a zona eleita para a compensação deverá atender o critério de possuir características físicas específicas e funções ecológicas compatíveis com os *habitats* e as populações das espécies. Trata-se da intitulada “compensação orientada” (compensação *in kind* ou *kind-to-kind*) a qual direciona as medidas ecológicas para o tipo de impacto previsto. Nesse sentido, não se acolhem as modalidade de “compensação” via pagamento financeiro a fundos especiais (ou ao Poder Público) ou a execução de empreendimentos de interesse público desconectas com o impacto negativo do projeto.

Outras formas de medidas compensatórias indiretas ou secundárias - reservas de habitats ou *habitat banking*<sup>62</sup> - somente são admitidas se for atestada a relação de pertinência com os objetivos e coerência com os blocos da rede europeia. E, como não poderia ser diferente, a eleição da posição geográfica do sítio utilizado para compensação dos impactos deverá considerar o perfil da rede, pois é preciso manter a funcionalidade original, observando-se as seguintes peculiaridades: (i) Diretiva Habitats, a zona escolhida deve integrar a mesma região biogeográfica; e, (ii) Diretiva Aves<sup>63</sup>, caberá identificar um sítio na mesma “área de repartição, rota migratória ou área de invernio de espécies”.

Aspecto também merecedor de destaque perante o “Documento de Orientação - CE” diz respeito ao cronograma de execução das medidas de compensação ambiental. Como regra, a CE manifesta-se que a “planificação cronológica” demanda uma abordagem casuística para avaliar as peculiaridades de cada projeto. Entretanto, aduz a impossibilidade de um sítio ser ocupado (afetado) de forma irreversível antes da consolidação da compensação ambiental (ZIJLMANS; WOLDENDORP, 2014, p. 187), salvo situações materialmente excepcionais.<sup>64</sup>

61 “It is also possible to take compensatory measures in the territory of other MemberStates, considering that what must be preserved is the overall coherence of the Natura 2000 network” (ARAGÃO; RIJSWICK, 2015, p. 159).

62 Modelo concebido nos Estados Unidos da América para recuperar e preservar as zonas úmidas (fundado na *no net loss policy*) em consonância com *Clean Water Act* de 1972.

63 Ao tratar da compensação sob a perspectiva da Diretiva Aves, o “Documento de Orientação - CE” apresenta exemplo sobre a preservação de funcionalidade: “Por exemplo, 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. Neste caso, a compensação deve prever áreas de repouso adequadas para as espécies em causa, correctamente localizadas na rota migratória, para que haja possibilidade de serem frequentadas pelas aves que teriam utilizado o sítio original afectado pelo projecto”.

64 A CE reconhece que certas situações demandam lapso temporal elevado. No caso, o Documento de Orientação cita como exemplo a reconstituição de um habitat florestal levaria muitos anos até poder assegurar as mesmas

Em síntese, a CE (p. 15) segrega o regime das “medidas de redução dos riscos (em sentido lato)” do das compensações ambientais, asseverando-se que a medida compensatória *strito sensu* somente deverá ser acolhida em casos específicos e extremos, consubstanciando-se na *ultima ratio* para correção de impactos negativos de um projeto<sup>65</sup>, à qual poderá consistir em: (i) recuperação ou beneficiação de sítios próprios da RN2000, ou seja, proceder à reconstituição do *habitat*, a assegurar a sua manutenção ou mesmo aprimorá-lo, observando-se a relação de proporcionalidade das perdas decorrentes do plano ou projeto pertinentes ao sítio RN2000; (ii) reconstituição de um *habitat* num novo sítio<sup>66</sup> ao abrigo das Directivas “Aves” e “Habitats”, a ser incorporado na RN2000, com ou sem unidade topográfica ou paisagística comum.

### 3.2.2 Perspectiva na legislação portuguesa

#### 3.2.2.1 Avaliação de Impactos Ambientais para instalação de parques eólicos na RN2000

No direito português, o Decreto-Lei n.º 140/1999<sup>67</sup> transpõe a Diretiva n.º 92/43/CEE e a Diretiva n.º 79/09/CEE (revogada pela Diretiva n.º 2009/147/CE), cujo objeto envolve a preservação da biodiversidade nas áreas pertencentes à RN2000, mediante a conservação ou do restabelecimento dos *habitats* naturais e da flora e da fauna selvagens, bem como da regulamentação da sua exploração para “atividades humanas”.

O primeiro ponto merecedor de comentário centra-se na (in)exigência de estudos (avaliações) ambientais, pois o artigo 3º, 1º, “p”, artigo 7º, n.º 2, “c”, e o artigo 10, do Decreto-Lei n.º 140/1999, preveem a Análise de Incidências Ambientais (AlncA) para ações, planos ou projetos, a cargo da entidade competente para a decisão final ou à entidade competente para emitir parecer, o qual poderá adotar o forma (procedimento) da Avaliação de Impacte Ambiental (AIA). Na hipótese de sobreposição de estudos (AlncA e AIA), procede-se à consolidação em um único documento (ANTUNES, 2010, p. 203), conforme previsto no artigo 45º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º

---

funções que o habitat original afectado negativamente por um projecto. Porém, observa que as providências devem ser tomadas com a devida celeridade, bem como a ausência de eficácia enseja a possibilidade de compensações suplementares (CE, p. 13).

65 “A resposta parece-nos evidente: o risco é inevitável sempre que lidamos com realidades que a ciência, no seu presente estado, se mostra incapaz de apreender integralmente. E a opção só poderá ser: ou a de “empacotar” o instituto da compensação ambiental e vetar todos os planos e projetos cujos efeitos nocivos não possam ser plenamente prevenidos e/ou mitigados o que inclui aqueles que seriam aptos a satisfazer um reconhecido interesse público superior (em bom rigor, estar-se-ia a blindar o interesse ecológico e imunizá-lo contra a aplicação do princípio da proporcionalidade); ou a de encontrar, no seu seio, panaceias – mecanismos que, sem oferecer a perfeição, reduzam o mais possível a margem de erro” (GOMES; BATISTA, 2013, p. 47).

66 Para Aragão (2002, p. 24), os projetos localizados em áreas transfronteiriças deverão ser submetidos ao Estado vizinho antes de sua aprovação, a fim de se assegurar a coerência da rede e evitar que fronteiras políticas dificultem a coerência e integração da rede, conforme dispõe o art. 32 do Decreto-Lei n.º 151-B/2013 (Regime Jurídico de Avaliação de Impacto Ambiental). No caso e centrais eólicas, vide Anexo II, item 3, alínea “i)”, da Diretiva n.º 2011/92/CE.

67 Alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005.

151-B/2013 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2014), assegurando-se o cumprimento do princípio de proteção elevado (ARAGÃO, 2002, p. 41).

O dispositivo tem raiz no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva n.º 2011/92/CE<sup>68</sup>, de 13 de Dezembro, o qual prescreve a atribuição para os Estados-membros determinarem quais os projetos deverão ser submetidos a uma avaliação ambiental, observados os critérios (combinados ou não): (i) mediante a análise caso a caso; ou (ii) com base nos limiares ou critérios por eles fixados.

Na hipótese das centrais eólicas<sup>69</sup> para produção de eletricidade, é preciso examinar a natureza, as dimensões e a localização dos equipamentos. Não se mostra adequada à utilização de um dos critérios (por exemplo, as dimensões), sob pena de se afetar regra da diretiva, o que torna a avaliação caso a caso mais adequada<sup>70</sup>. Outrossim, cabe checar os planos ou projetos localizados em áreas fora da RN2000, mas que poderão causar impactos significantes sobre espécies protegidas.

Neste sentido, o Decreto-Lei n.º 151-B/2013<sup>71</sup> (Regime Jurídico de Avaliação de Impacte Ambiental - RAlA), tratou de inserir as áreas da RN2000 como “áreas sensíveis” (artigo 2.º, “a”, ii) e sujeitou-as à realização do AIA para os projetos localizados total ou parcialmente em sítios aptos a provocar impacte significativo no ambiente em função da sua localização, dimensão ou natureza. Em Portugal, os critérios dimensões e distância (URETA, 2014, p. 18) entre os parques eólicos para fins de avaliação conjunto (*efectos cinérgicos*<sup>72</sup>), no sentido de se combater a fragmentação dos planos ou projetos, foram objeto do Anexo II:

ITEM “I”, N.º 3 ANEXO II DO DECRETO-LEI N.º 151-B/2013 (INDÚSTRIA DE ENERGIA)	
Caso Geral	Áreas Sensíveis
- Parques eólicos ≥ 20 torres ou localizados a uma distância inferior a 2 km de outros parques similares. - Sobreequipamento de parques eólicos existentes que não tenham sido sujeitos a AIA, sempre que o resultado final do projeto existente com o sobre-equipamento, isolado ou conjuntamente com sobre-equipamentos anteriores não sujeitos a AIA, implique um total de 20 ou mais torres ou que a distância relativamente a outro parque similar passe a ser inferior a 2 km.	- Parques eólicos ≥ 10 torres ou localizados a uma distância inferior a 2 km de outros parques similares.

68 Em vigor, mas com alterações da Diretiva n.º 2014/52/UE.

69 Vide Anexo II, número 3, alínea “i)”, da Diretiva n.º 2011/92.

70 “Un enfoque caso por caso evitaría posibles contradicciones con la Directiva, en la medida en que cada categoría de proyecto puede potencialmente, en determinadas circunstancias, tener efectos significativos y requerir una EIA. Frente a este mecanismo, la fijación de umbrales (o criterios) puede avocar a una combinatoria de los tres criterios que no siempre podrá ser exhaustiva” (URETA, 2014, p. 10).

71 Em vigor, mas com alterações do Decreto-Lei n.º 47/2014 (primeira alteração) e do Decreto-Lei n.º 179/2015, de 27 de Agosto (segunda alteração).

72 O Tribunal Superior de Justiça de Castilla y León, em 10 de junho de 2009 (Recurso 767/2008), apontou a existência de fragmentação de projeto de parque eólico motivada pela ausência de informações sobre a rede de transporte de energia eléctrica de evacuação, bem como a desconsideração de 18 parques eólicos que se estavam sob análise para instalação no raio de dez quilómetros (URETA, 2014, p. 20).

Consoante se extrai do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, o AIA deverá conter a avaliação dos possíveis impactos ambientais significativos, diretos e indiretos, decorrentes da execução dos projetos e das alternativas apresentadas, tendo em vista suportar a decisão sobre a viabilidade ambiental dos mesmos. O documento definirá as medidas destinadas a evitar, minimizar ou compensar tais impactes e permitir a ulterior verificação das medidas adotadas (monitorização dos efeitos). Significa dizer que a autoridade de AIA deve indicar as obrigações a serem seguidas pelos promotores para prevenir (ou elidir) ou compensar os impactos ao ambiente (*ex ante*), bem como fixar os parâmetros de monitorização<sup>73</sup> dos efeitos, ou seja, o acompanhamento do cumprimento das obrigações ambientais impostas no curso da fase de pós-avaliação<sup>74</sup> ou em situações de infração<sup>75</sup> (*ex post*).

Não se pode deixar de destacar que o instrumento da compensação ambiental também recebeu tratamento no Regime Jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (RJCNB),<sup>76</sup> cujo artigo 36 do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, traz mecanismos de sua implementação em áreas de RN2000, ou em outros espaços que sofram intervenção pública ou privada, a ser concretizado das seguintes formas:

- (i) artigo 36, n.º 2: por intermédio da realização de projetos ou ações a serem executadas diretamente pelo promotor, mas desde que previamente aprovados e posteriormente certificados pela autoridade nacional competente, os quais deverão produzir um benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado;
- (ii) art. 36, n.º 3: por via de financiamento custeado pelo promotor para realização de projetos ou ações pela autoridade nacional, a ser ajustado diretamente com a autoridade nacional competente, que se operacionaliza em consonância com o Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade (artigo 7.º, n.º 1, “e”, do Decreto Lei n.º 171/2009,<sup>77</sup> de 3 de Agosto).

73 Artigo 2.º, “l”, e artigo 13, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 151-B/2013.

74 Na fase de pós-avaliação, sob vigência dos documentos autorizadores do projeto (declaração de impacte ambiental ou decisão sobre a conformidade ambiental do projeto de execução), a autoridade de AIA pode propor alteração no que diz respeito às medidas de minimização e de compensação e aos planos de monitorização, sempre que haja motivo fundamentado ou circunstâncias que o justifiquem (artigo 25 e artigo 26, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 151-B/2013).

75 Os artigos 41 a 43 do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, preveem a compensação de natureza reparatória, a qual pode ensejar o dever de indenizar ao Estado na hipótese de o infrator não adotar satisfatoriamente (ou descumprir) as obrigações que lhes foram impostas, bem como a imposição de coimas por infração grave (artigo 39). Cabe, ainda, a título de sanção acessória (art. 30, n.º 1, “g”, da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto - Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais), a “Cessação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações relacionados com o exercício da respetiva atividade”.

76 O artigo 5.º indica a composição da Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN): (i) Áreas protegidas integradas na Rede Nacional de Áreas Protegidas; (ii) Sítios da lista nacional de sítios e zonas de protecção especial integrados na Rede Natura 2000; (iii) demais áreas classificadas ao abrigo de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português; (iv) Reserva Ecológica Nacional (REN); (v) Reserva Agrícola Nacional (RAN); (vi) domínio público hídrico (DPH).

77 Alterado pela Lei n.º 82-D/2014, de 31 de Dezembro.

No que diz respeito à entidade competente, são autoridades para AIA a Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA, I.P.), ou uma das cinco Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR),<sup>78</sup> à luz da matéria ou respectiva área de «jurisdição» (artigo 8.º, n.º 1, «a» e «b»), do Decreto-Lei n.º 151-B/2013). Os órgãos citados serão responsáveis pela expedição da Declaração de Impacte Ambiental (DIA), salvo nos casos em que o parecer for desfavorável, ocasião em que o pedido é remetido à apreciação do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria.

Ressalte-se, por oportuno, que, em se tratado de áreas pertinentes à RN2000, o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P.<sup>79</sup> (ICFN I.P.), é entidade competente para intervir obrigatoriamente na AIA e impor as medidas mitigatórias (redução ou anulação de riscos) ou compensatórias aptas a produzir “benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado” (artigo 36, n.º 2, RJCNB), na hipótese em que a autoridade ministerial opta por autorizar o plano ou projeto com base no artigo 10 do Decreto-Lei n.º 140/1999.

O exame da legislação portuguesa revela equívocos aptos a suscitar dúvidas quanto à aplicabilidade da compensação ambiental aos casos concretos, uma vez que os parâmetros do artigo 10 do RRN e do artigo 36 do RCNB não apontam com a devida clareza a natureza das obrigações,<sup>80</sup> o que abre campo elástico para a discricionariedade reservada à Administração para o exame de proporcionalidade e os riscos de descambar em situações de arbitrariedade e, em consequência, discussões perante os Tribunais.

### *3.2.2.2 Mitigação e compensação ambiental para a instalação de parques eólicos nas áreas da RN2000*

A crescente exploração do potencial das FER tem relevantes pontos positivos para o alcance das metas assumidas pela Europa, especificamente quanto à redução da emissão de gases poluentes (dióxido de carbono e dióxido de enxofre) decorrente

<sup>78</sup> Decreto-Lei n.º 228/2012, de 25 de Outubro.

<sup>79</sup> Nos termos do Decreto-Lei n. 135/2012 O ICFN, I.P., é um instituto público integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio, vinculada ao Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento regional (MAOTDR). Exerce jurisdição em todo o território nacional e tem responsabilidade sobre as áreas da Rede Natura 2000, sem prejuízo das competências do Açores e Madeira.

<sup>80</sup> “Ficam por explicitar alguns dos aspectos que identificamos suprarrelativos às relações entre ato autorizativo e medidas compensatórias, mas não só: por exemplo e nomeadamente, fica por apurar, da leitura do RCNB, o que é um “custo ambiental”, para efeitos de compensação; em que podem consistir tais medidas (se apenas em obrigações de facere, se também em obrigações de dare); qual a área onde devem preferencialmente ser implementadas tais medidas – e a excepcionalidade que deve revestir a sua realização em locais diversos dos indicados” (GOMES; BATISTA, 2013, p. 28).

da queima de combustíveis fósseis. Em países dependentes da importação de matéria-prima (não renovável) para produção de energia, como é o caso de Portugal, afora os benefícios ambientais, é de se considerar a ampliação da potência instalada disponível de energia em prol de certa autossuficiência para assegurar o fornecimento à população.

Aproximando-se da atividade de exploração do potencial dos ventos para produção de energia elétrica, objeto da presente investigação, há que se considerar os aspectos negativos do crescimento exponencial das chamadas *wind farms* nos últimos vinte anos. A “corrida” do setor privado para instalação de grandes parques eólicos levou a Comissão Europeia (FERNÁNDEZ; RODRÍGUEZ, 2009, p. 27) a produzir documento os respectivos aspectos adversos:

(i) distúrbios decorrentes de barulho ou vibrações das turbinas podem gerar evasão de animais e perda da biodiversidade em razão de ruídos permanentes produzidos pelos aerogeradores (caso das baleias na exploração *offshore*);

(ii) “efeito barreira” sobre a fauna (especialmente aves e morcegos) (CE, 2011), pois gera colisão dos animais e obstrução no movimento das rotas de migração, bem como os locais adequados para alimentação e reprodução; ou

(iii) degradação de áreas (perda de habitats), já que a construção dos parques eólicos com dezenas de aerogeradores afeta a área de reprodução de espécies (mangues ou dunas), bem como as vias de acesso (rodovias);

(iv) impactos cênicos (visuais), especialmente em zonas turísticas.

É inexorável que a instalação de parques eólicos em áreas sensíveis causa impactos no ambiente do sítio. Todavia, a avaliação da autoridade administrativa visa identificar os riscos e apontar soluções adequadas e impor ao promotor medidas aptas a reduzi-los ou afastá-los, pois os impactos negativos só serão detectáveis perante o exame das circunstâncias do caso concreto. Desde já, frise-se que se torna imprescindível aos estudos enfrentarem com a devida clareza os seguintes pontos: (i) o local onde os aerogeradores serão posicionados; (ii) os equipamentos acessórios à geração (subestação, rede de transmissão e acesso rodoviário ao local); (iii) a área territorial e estado de conservação do sítio; e (iv) os inventários sobre os tipos de habitats e espécies de interesse comunitário afetados.

A regra condutora dos estudos ambientais deve ser que a liberação de um dado plano ou projeto só deverá ocorrer se ficar comprovada a ausência de impactos negativos, uma vez que o princípio da precaução deve ser levado em consideração para a aprovação positiva (ou condicionada) de um plano ou projecto em sítios da Rede Natura 2000.

Sob a perspectiva do carácter excepcional, já foi anteriormente destacado que certos projetos essenciais ao desenvolvimento do Estado-membro - com comprovado perfil de interesse público relevante e desprovido de alternativas viáveis -, mas que tecnicamente geram significativos impactos ambientais não elididos via medidas de mitigação, somente serão autorizados ou licenciados mediante o cumprimento de medidas de compensação ambiental (artigo 6º, n.º 3 e n.º 4, da Diretiva n.º 92/43/CEE, e artigo 10, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 140/1999), gerando-se uma gradação dos requisitos com carácter redutor da margem de discricionariedade<sup>81</sup> reservada do aplicador<sup>82</sup> para o uso do *last resort*.

Não obstante à existência de critérios rígidos à liberação do projeto para as situações de exceção, os termos utilizados pelo artigo 10, n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999 - “são aprovadas medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000” - não se enumera objetivamente quais seriam as medidas a serem adotadas pelo aplicador perante o caso concreto. *In casu*, está-se diante de uma “cláusula” doutrinariamente intitulada “discricionariedade técnica”,<sup>83</sup> cuja (forma de) compensação somente aflorará com a realização dos estudos ambientais adstritos ao juízo de apreciação científica. Porém, na hipótese de inviabilizada a compensação, o projeto não deve ser liberado pela Administração.

Assim, a avaliação ambiental é a peça central para a aplicação do direito aos procedimentos de licenciamento ou autorização de planos ou projetos nos sítios da RN2000, sob a perspectiva do motivo de direito e da competência do ato jurídico-administrativo, veja-se:

81 Para Ureta e Brotóns (2013, p. 50), “la ausencia de una serie de normas sobre lo que debería ser la gestión de los lugares de la red Natura 2000 no implica que los Estados gocen de una amplia discrecionalidad en esta materia. En primer lugar, deben adoptar medidas generales de conservación, de acuerdo con el art. 6.1. Segundo, tienen que garantizar que el patrimonio común que representa Natura 2000 (lugares, hábitats y especies) se mantiene o restablece en un estado de conservación “favorable”.

82 Sobre o exercício da função administrativa, *vide* Moniz (2012. p. 96 e p. 596).

83 “Daqui resulta que, para muitos autores, a cláusula técnica abre a porta à discricionariedade técnica a qual corresponde, grosso modo, aos casos em que as decisões da Administração só podem ser tomadas com base em estudos de natureza técnica e segundo critérios extraídos de normas técnicas, inseridas pela doutrina portuguesa tradicional na categoria da discricionariedade imprópria, correspondente a actividades administrativas insusceptíveis de controlo judicial, mas a que não correspondia uma liberdade de escolha do conteúdo da decisão, como se verificava na discricionariedade propriamente dita” (DIAS, 2014, p. 1.135).

Resultado dos estudos técnicos	Motivo de direito e competência do ato
Avaliação ambiental aponta a adoção de medida para reduzir (minimizar) ou eliminar os efeitos impactantes: resultado favorável ou condicionado	Artigo 10, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 140/1999 APA, I.P., ou CCDR, conforme a matéria ou respectiva área de “jurisdição”
Avaliação negativa quanto à liberação do plano ou projeto	Artigo 10, n.º 10 a n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999; , a incidência de compensação ambiental decorre do artigo 10, n.º 10 a n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999;
	Despacho do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria

Retomado-se à questão central sobre os limites entre as medidas de mitigação e as de compensação, subsistem certos aspectos para diferenciação “exata” entre os respectivos regimes, especialmente na sua aplicação à heterogeneidade dos casos concretos.<sup>84</sup> Todavia, é preciso adotar alguns parâmetros mínimos para combater a fluidez dos conceitos e evitar vícios de validade no momento da aplicação do direito ao caso concreto, a exemplo de se revestir uma situação *fática* de compensação ambiental sob o manto da mitigação ou *vice versa*.<sup>85</sup>

Sobre as medidas de mitigação (ZIJLMANS; WOLDENDORP, 2014, p. 174), compreendem-se as condutas impostas ao promotor destinadas a minimizar (reduzir a padrão insignificante) ou afastar (eliminar) os possíveis impactos negativos num sítio decorrentes da execução de um plano ou projecto, a ser fixada no ato de autorização ou licença. A maioria dos projetos ou planos trazem tais obrigações como forma de eliminar os impactos. Por exemplo, adotar a suspensão do funcionamento de aerogeradores durante o período de reprodução ou migração de espécies,<sup>86</sup> bem como o (re) posicionamento dos parques eólicos em locais distantes de espécies sensíveis ou mesmo redimensionamento do seu o tamanho.

84 No caso de rodovia e relocação de áreas, o debate entre quais seriam as medidas de mitigação e de compensação, o resultado foi que “The Belgian Council of State confirmed the reasoning of the environmental NGOs. Whilst it acknowledged that the construction of ecoducts and fences could still be seen as a ‘mitigation measure’ under Article 6(3) of the Habitats Directive, it rejected the view that the proposed restoration and conservation measure could also be qualified as such. In this regard, the Court noted that measures that were aimed at offsetting destroyed tracts of habitats are to be considered compensatory measures and could therefore only be taken into consideration when application is sought of the derogatory scheme provided for by Article 6(4) of the Habitats Directive» (SCHOUKENS; CLIQUET, 2014, p. 209)

85 «As a result, we have ended up with a wide array of distinct types of measures, all aimed at reducing and/or offsetting the harmful impacts of plans or projects on biodiversity. This is not surprising, given the fact that national legislation often blurs the distinction between mitigation and compensation. (SCHOUKENS; CLIQUET, 2014, p. 196)

86 Soares e Silva (2014, 183) apresentam precedente do STJ (Processo n.º 2.209/2008, julgamento em 30 de Maio) que condenou os promotores da central eólica de São Julião a “suspender totalmente o funcionamento de quatro aerogeradores no período diurno e nocturno, com fundamentação na violação à integridade pessoal de um morador vizinho do parque eólico, desatendendo completamente ao resultado do estudo de impacte ambiental e sem contraditar, com base em elementos técnicos, o nível de ruído efectivamente emitido pela instalação”.

Já as medidas de compensação distinguem-se das de mitigação, pois demandam ações de recomposição ou reequilíbrio de áreas impactadas negativamente, bem como a reconstituição (recriação) de locais com as mesmas (ou similares) funções e características ambientais (*no net loss policy*), uma vez que as características do sítio serão afetadas. As medidas de compensação podem ser adotadas no mesmo local ou em espaços circunvizinhos - mesma região biogeográfica, por exemplo -, os quais culminarão pela qualificação da área como RN2000. A compensação ambiental não integra diretamente o projeto ou plano<sup>87</sup> e consubstanciam-se em um ônus (obrigação) a ser suportado pelo promotor público ou privado do projeto ou plano, à luz do princípio do princípio do poluidor-pagador (ZIJLMANS; WOLDENDORP, 2014, p. 188).

Como visto ao longo do presente estudo, as medidas de compensação assumem modalidades variadas, às quais podem ser resumidas:

(i) medida compensatória no próprio local (*on-site*), destinada à recuperação ou restauração de área do próprio local degradado,

(ii) medida compensatória fora do sítio impactado (*off-site*), consubstanciada na recriação de um novo habitat em outra área ou na aquisição de créditos de biodiversidade ou os *habitats bankings* em sítio dotado da mesma característica funcional;

(iii) medida compensatória *in-kind* (ou *kind-to-kind*), a recuperação dos impactos adversos recebem tratamento em parâmetro similar para se assegurar a política da “não perda líquida” (*no net loss policy* ou, se possível, o *net gain policy*); e,

(iv) medida compensatória de compensação *out-of-kind*, a qual pode consistir em pagamentos de valores a uma comunidade afetada, destinação de verbas a serem destinadas a áreas protegidas, adimplemento pela extração de matérias-primas, execução de empreendimentos ajustados com o Poder Público ou pagamento de tarifas para turismo em certas localidades sensíveis.<sup>88</sup>

Apesar da gama variada gama de medidas de natureza compensatória previstas na legislação, *in casu*, a Administração encontrar-se-á adstrita à garantia da “coerência global da Rede Natura 2000”, por se tratar de regra cogente à eleição da medida compensatória compatível com o impacto negativo. Perfilhar solução diversa é se afastar do raio de incidência do artigo 10, n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999, e, em consequência, produzir ato desprovido de validade jurídica.

87 “In any case it is clear that the developer is responsible for the compensatory measures and, according to the polluter pays principle, it has to bear the costs. In the case of public plans or projects, it is the government which has to pay compensation. However, even if the costs of compensation measures are high they shall not be taken into account in the final decision, since they are part of the overall cost of the project. If the cost is too high the developer should find an alternative”(ARAGÃO; RIJSWICK, 2014, p. 158).

88 O TJCE (C-103/00 TJCE, Comissão Europeia v. Grécia, julgamento em 30 de janeiro de 2002) determinou prazo para a adoção de medidas para estabelecer sistema de proteção rigorosa à tartaruga *Caretta caretta*, especialmente no período de reprodução, na Ilha na Grécia de Zakynthos.

Portanto, as medidas compensatórias deverão ser qualificadas sob a perspectiva do critério científico apto a maximizar a recomposição do tipo de efeito adverso e referir-se inequivocamente aos tipos de habitats e populações de espécies passíveis de serem afetados. Se o plano ou projeto a ser instalado em área da RN2000 afetar aspectos estruturais e funcionais do sítio, a exemplo do repouso das espécies animais protegidas ou mesmo a destruição das espécies vegetais protegidas, a concepção das medidas de compensação pressupõe a funcionalidade da área afetada e a conservação favorável dos valores naturais. Logo, inexistente escolha (opção) ao administrador de *per se* e é preciso selecionar a mais eficiente solução em prol da rede, uma vez que se busca a obrigação de resultados (traço da compensação ambiental).

Conclui-se, portanto, que, para a instalação de parques eólicos em áreas relacionadas à RN2000, a Administração somente poderá acolher as seguintes medidas de compensação ambiental:

(i) no próprio sítio RN2000, nas hipóteses em que existam os elementos necessários para garantir a coerência ecológica e a sua funcionalidade ecológica;<sup>89</sup>

(ii) fora do sítio RN2000, mas desde que a área seja ulteriormente incorporada à rede, em duas situações: (ii.1) uma, na mesma unidade topográfica ou paisagística comum e desde que seja possível assegurar a mesma contribuição para a estrutura ecológica ou funcionalidade da rede; ou, (ii.2) duas, em unidade topográfica ou paisagística diferente, mas com respeito à coerência ecológica e a sua funcionalidade ecológica.

Importante salientar que a adoção de medidas de compensação empreendidas fora do sítio impactado (*off-site*), especificamente por intermédio da aquisição de créditos de biodiversidade ou os *habitats bankings* em sítio dotado da mesma característica funcional, enfrenta dificuldades operacionais no caso da RN2000, sobretudo em razão da incompatibilidade material de disponibilidade de áreas nas regiões capazes de serem objeto de compensação. A CE (2007, p. 15) não se opõe ao modelo e assevera que a alternativa de constituir reservas de habitats como medida compensatória para a RN2000 tem baixo interesse em função dos critérios estritos necessários para assegurar a proteção da coerência da rede.<sup>90</sup>

Quanto às medidas de compensação financeira em prol de fundos específicos e a execução de projeto desconectado do efeito adverso ao sítio afetado, ainda

89 “As a matter of fact, despite its clear stance as regards ‘double dipping’, the European Commission explicitly approves of compensatory measures which include restoration or enhancement efforts in existing sites» (HENDRIK; CLIQUET, 2014, p. 214).

90 Ao comentar a inviabilidade de aplicação do instituto à RN2000, destacam: “(...) we conclude that in the EU the idea of habitat banking is not very realistic at this moment in time. Despite all the recent attention for this instrument, we think it is merely a passing phenomenon rather than an instrument that is ready to be implemented in practice” (ZIJLMANS; WOLDENDORP, 2014, pp. 187).

que aprovado pela Administração, não se vislumbra o preenchimento do requisito jurídico de validade para fins de compensação ambiental na RN2000, pois se compromete a coerência global da rede. Não se nega a possibilidade de os promotores se reunirem para constituição de um fundo para captação de recursos destinados ao custeio das despesas relacionadas à compensação, a exemplo dos parques eólicos instalados nas Serras de Montemuro, Freita e Arada, em Portugal. Porém, a hipótese não se revela como medida de compensação ambiental financeira, mas mero meio intermediário de captação de recursos para o custeio das medidas de compensação indicadas pela Administração com fundamento nos estudos de impacto ambiental.<sup>91</sup>

#### 4. Conclusões

O objetivo primordial da presente investigação centrou-se no instrumento da compensação ambiental (ou ecológica) à luz do direito europeu e português nas áreas da RN2000. Adotou-se a instalação dos parques eólicos para produção de energia elétrica de matriz renovável como elemento casuístico para enriquecer o objeto de estudo, especialmente em razão do seu papel contributivo para a redução das emissões de gases poluentes e o alcance das metas assumidas pela União Europeia até o ano de 2020.

Dentre os pontos mercedores de evidência conclusiva, a investigação observou que as zonas selecionadas sob o regime da RN2000 instituída pela Diretiva n.º 92/43/CEE (Diretiva Habitats), incorporando-se as outrora demarcadas com base na Diretiva n.º 79/09/CEE (Diretiva Aves), já cobrem praticamente vinte por cento do território europeu e impõem aos Estados a missão de preservar a coerência ecológica da biodiversidade nos respectivos sítios considerados ameaçados ou mercedores de proteção na UE. Esta perspectiva comunitária fundamenta a política da “não perda líquida” (*no net loss policy* ou *net gain policy*), e, por tal motivo, os planos ou projetos geradores de efeitos negativos deverão ser submetidos à devida avaliação ambiental, cujo resultado poderá apontar a adoção de medida de mitigação ou de compensação a ser observada pelo promotor, com base no princípio do poluidor pagador (artigo 3º, alínea “d”, e artigo 17, n.º 2, alínea “b”, da Lei n.º 19/2014).

Perante a legislação europeia e, especialmente, na de Portugal - sem desconsiderar as relevantes considerações dos guias de orientação expedidos pela UE -, foram destacadas as diferenças entre as medidas de enfrentamento dos impactos negativos

91 Corroborando com o entendimento de que não se trata de medida compensatória, Aragão e Rijswick (2014, p. 159), afirmam: “Nevertheless, in Portugal a questionable application of financial compensatory measures is reported: in the authorization to build wind power plants in Natura 2000 sites, the developer is required to contribute financially to a public fund for the protection of wolves, which is somehow surprising, considering that the wolf is certainly not the most affected species.”

decorrentes de instalação de um parque eólico, a saber: (i) medidas de mitigação, obrigações impostas ao empreendedor para minimizar (reduzir a padrão insignificante) ou afastar (eliminar) os possíveis impactos negativos num sítio decorrentes da execução de um plano ou projeto; (ii) medidas de compensação, ações impostas ao promotor para recompor ou reequilibrar as áreas impactadas negativamente, bem como a reconstituição (recriação) de locais com similares funções e características da biodiversidade afetada.

Abordadas as diversas formas de compensação ambiental - medida compensatória no próprio local (*on-site*) ou fora do sítio impactado (*off-site*) e a medida compensatória *in-kind* (ou *kind-to-kind*) ou medida compensatória *out-of-kind* - inferiu-se a regra da coerência global da rede (preservação da funcionalidade da biodiversidade) como requisito obrigatório apto a maximizar a recomposição dos efeitos adversos gerados sobre os habitats e populações de espécies afetadas.

Nessa perspectiva, as medidas de compensação ambiental fundadas no artigo 10, n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999 (artigo 6º, n.º 4, da Diretiva Habitats), ficam adstritas às seguintes modalidades, conforme as peculiaridades do caso concreto: (i) compensação realizada no próprio sítio RN2000, nas hipóteses em que existam os elementos necessários para garantir a coerência ecológica e a sua funcionalidade ecológica; ou, (ii) compensação empreendida fora do sítio RN2000, mas desde que a área seja ulteriormente incorporada à rede e, independentemente de se viabilizar na mesma unidade topográfica ou paisagística comum (ou não), respeite-se o aspecto da sua coerência funcional ecológica.

Não se desconheceu que as medidas de compensação fora do sítio impactado (*off-site*) envolvendo aquisição de créditos de biodiversidade ou os *habitats bankings* seriam juridicamente aceites. Todavia, observou-se o rol de dificuldades operacionais para sua adoção em razão das peculiaridades do casuísmo funcional de preservação da biodiversidade exigida para a compensação ambiental em áreas da RN2000. Já as medidas pertinentes à compensação financeira em prol de fundos específicos ou a execução de projeto desconectado do efeito adverso ao sítio afetado, ainda que aprovado pela Administração, não foram acolhidas como passíveis de aplicação à RN2000.

Assim, constata-se a complexidade para a implementação do instrumento económico de política ambiental, aplicável como o *last resort* nas hipóteses previstas no artigo 10, n.º 12, do Decreto-Lei n.º 140/1999 (artigo 6º, n.º 4, da Diretiva Habitats). Porém, o instituto deve ser objeto de constantes debates académicos para o seu aperfeiçoamento e garantia de sustentabilidade da instalação (e funcionamento) dos planos ou projetos destinados à produção de energia eólica.

**Palavras-chave:** energia elétrica. Rede natura 2000. Parques eólicos. Medidas de compensação.

#### REFERÊNCIAS:

ANTUNES, Tiago. “Singularidades de um regime ecológico – o regime da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais”. In: GOMES C.A (Coord). No Ano Internacional da Biodiversidade: Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade, Lisboa: ICJP, 2010 ([www.icjp.pt](http://www.icjp.pt) - acesso em 12 de janeiro de 2016).

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. “Desenvolvimento Sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental”. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho, Coimbra Editora, 2012. (<https://estudogeral.sib.uc.pt> - acesso em 12 de janeiro de 2016)

\_\_\_\_\_, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do nível elevado de protecção e renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos. Almedina, Coimbra: 2006.

\_\_\_\_\_, Maria Alexandra de Sousa. “Instituição Concreta e Protecção efectiva da rede Natura 2000 – alguns problemas”. In: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA), Ano V, n.º 10, Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_, Maria Alexandra; LOPES, Dulce. “Ordenamento do Território, urbanismo e Rede Natura 2000 em Portugal”, In: Seminário da Rede Natura 2000, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA), Vol. 1, Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_, Maria Alexandra; RIJSWICK, Helena F. M. W.. «Compensation in the European Union: Natura 2000 and Water Law.» In: Utrecht Law Review, maio de 2014, (<http://doi.org/10.18352/ulr.275> - acesso em 30 de dezembro de 2015).

BECK, Ulrich. Sociedade de risco mundial em busca da segurança perdida. Edições 70, Lisboa: 2015.

COMISSÃO EUROPEIA (2007/2012). Documento de orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Directiva “Habitats” (92/43/CEE): Clarificação dos conceitos de: Soluções Alternativas, Razões Imperativas de Reconhecido Interesse Público, Medidas Compensatórias, Coerência Global, Parecer da Comissão. ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) - acesso em 10 de janeiro de 2016).

\_\_\_\_\_. (2011). European Commission, EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation. (<http://ec.europa.eu> - acesso em 10 de janeiro de 2016).

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra: 2014.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

FERNÁNDEZ, Xabier Simón; RODRÍGUEZ, Damian Copena. Enerxía eólica e Rede Natura 2000 em Galiza. In: Revista Galega de ecoloxía e médio ambiente. n.º 60, Coimbra: 2009.

GOMES, Carla Amado; BATISTA, Luís, “A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados da biodiversidade”. In: Actualidad Jurídica Ambiental, 4 de noviembre de 2013. (<http://www.actualidadjuridicaambiental.com> - Acesso em 15 de janeiro de 2016).

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Almedina, Coimbra: 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros 2000.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra Editores, Coimbra, 2010.

MAKOWIAK, Jessica. «Compensation in Nature Conservation Law: The Case of France». In: *Utrecht Law Review*. Vol. 10, Issue 2, May 2014 ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2437329](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437329) - acesso em 22 de janeiro de 2016)

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa da Aplicação de Regulamentos pela Administração Pública com Fundamento em Invalidez*. Almedina, Coimbra, 2012.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “Reflexões sobre a Teoria do desvio de poder em Direito Administrativo”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, 1946.

RIBEIRO, Marta Chantal. “Rede Natura 2000: Os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI”. In: *Temas de Integração* n.º 25, Almedina, Coimbra, 1º Semestre de 2008.

SCHOUKENS, Hendrik; CLIQUET, An. «Mitigation and Compensation under EU Nature Conservation Law in the Flemish Region: Beyond the Deadlock for Development Projects?». In: *Utrecht Law Review*. Volume 10, Issue 2, May 2014, (<https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.278/> - acesso em 20 de janeiro de 2016)

SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editores – Grupo WoltersKluwer, Coimbra, 2011.

SOARES, Cláudia Dias; SILVA, Suzana Tavares da. *Direito das Energias Renováveis*. Almedina, Coimbra, 2014.

STEICHEN, Pascale. «La responsabilité environnementale dans les sites Natura 2000». In: *Revue roumaine de droit de l'environnement, REDE*. Ano 2011. (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00858074> - acesso em 18 de janeiro de 2016)

THIBIERGE, Catherine. *La Force Normative*. Lextenso Éditions. Paris, 2009.

URETA, Agustín García, Natura 2000: “El deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad”. In: *Revista Vasca de Administración Pública*. n.º 99-100 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4947159> - acesso em 25 de janeiro de 2016).

URETA, Agustín García. “Natura 2000: deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad”. In: *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N.º 99-100, 2014, pp. 1505-1523 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4947159>)

\_\_\_\_\_, Agustín Garcia. “Evaluación de impacto ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, red natura 2000 y aspectos procedimentales”. In: *Actualidad Jurídica Ambiental* (<http://www.actualidadjuridicaambiental.com> - acesso em 15 de janeiro de 2016).

MOREIRA, Vital Moreira; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes – Estudo e projeto de lei-quadro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NABAIS, José Casalta. “Da sustentabilidade do Estado fiscal”. [José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva (Coord.)]. In: *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Almedina, Coimbra: 2011.

ZIJLMANS, Jacqueline M.I.J.; e WOLDENDORP, Hans E. In: *Compensation and Mitigation: Tinkering with Natura 2000 Protection Law*. Maio de 2014 (<http://www.utrechtlawreview.org> - acesso em 16 de janeiro de 2015)