

Âmbito de Aplicação do Procedimento de Avaliação de Impacte Ambiental

- considerações a propósito das instalações de gestão de resíduos.

RESUMO

Este artigo divide-se em duas partes: na primeira, procuraremos fazer luz sobre o âmbito de aplicação do procedimento de avaliação de impacte ambiental discorrendo sobre questões como: a relação entre a cláusula geral de sujeição do artigo 2º, nº 1, e as listas anexas do Decreto-lei nº 186/90, o regime aplicável às categorias de projectos não abrangidos pelo Decreto regulamentar nº 28/90 e o eventual incumprimento do direito comunitário por falta de transposição da Directiva nº 85/337 sobre avaliação de impacte ambiental. Interpretaremos os conceitos indeterminados — natureza, dimensão e localização — da cláusula geral, aplicando-os em seguida aos projectos da lista não regulamentada e aos projectos fora das listas.

Na segunda parte, depois de uma breve análise do novo Decreto-lei nº 239/97, de 9 de Setembro, sobre gestão de resíduos, aplicaremos os critérios definidos na primeira parte às instalações de gestão de resíduos, concluindo, por fim, quais, e em que termos, estão sujeitas a avaliação de impacte ambiental.

I. A definição do âmbito de aplicação do procedimento de avaliação de impacte ambiental

São dois os diplomas que, em Portugal, estabelecem o regime essencial da avaliação do impacte ambiental: o Decreto-lei nº 186/90, de 6 de Junho, e o Decreto regulamentar nº 28/90, de 27 de Novembro. Ambos foram criados para transpor a Directiva nº 85/337, que tornou obrigatório o procedimento de avaliação de impacte ambiental em todo o território da Comunidade Europeia. Esta directiva foi recentemente derogada pela Directiva nº 97/11, de 3 de Março, cujo prazo de transposição decorre até Março de 1999.

Quanto à definição do âmbito da avaliação de impacte ambiental, a actual legislação consagra uma cláusula geral conjugada com um sistema de listas de categorias de projectos passíveis de avaliação de impacte ambiental¹.

A cláusula geral encontra-se no artigo 2º, nº 1, do Decreto-lei nº 186/90²:

“A aprovação de projectos que, pela sua natureza, dimensão ou localização, se considerem susceptíveis de provocar incidências significativas no ambiente, fica sujeita a um processo prévio de avaliação do impacte ambiental (AIA), como formalidade essencial, da competência do membro do Governo responsável pela área do ambiente.”

As listas constam dos anexos I e III do Decreto-lei nº 186/90, de 6 de Junho, e do anexo único do Decreto regulamentar nº 28/90, de 27 de Novembro.

Com este sistema misto, a grande dificuldade, que há que resolver, é a da relação entre a cláusula geral e as listas.

1. Um sistema aberto ou um sistema fechado?

A primeira questão a colocar, à luz do regime de avaliação de impacte ambiental vigente entre nós, é a da eventual taxatividade das listas.

Serão as listas taxativas, caso em que o sistema é fechado, e apenas as categorias de projectos constantes das listas estão sujeitas a avaliação de impacte ambiental obrigatória?

Ou, pelo contrário, serão as listas meramente exemplificativas, caso em que o sistema é aberto, limitando-se as listas a enumerar algumas das categorias de projectos que, por aplicação da cláusula geral, caem no âmbito do procedimento de avaliação de impacte ambiental?

Nos termos do nº 3 do artigo 2º do Decreto-lei nº 186/90:

“consideram-se abrangidos [pela sujeição a avaliação de impacte ambiental] (...) os projectos constantes do anexo I³ ao presente diploma, do qual faz parte integrante”.

Mas não são apenas as categorias de projectos da lista anexa I que estão sujeitos a avaliação de impacte ambiental. O nº 1 do artigo 7º do mesmo diploma prevê, desde logo, que outras categorias de projectos sejam igualmente sujeitas a avaliação de impacte ambiental:

“Os projectos constantes do anexo III a este diploma, que dele faz parte integrante, serão submetidos a avaliação de impacte ambiental, nos termos e de acordo com os critérios e limites a definir mediante decreto regulamentar”.

Ora, na letra da lei, nada indicia a taxatividade das listas. Advérbios de modo como “apenas”, “somente”, “exclusivamente”, ou “unicamente”, que podiam ter sido utilizadas para transmitir a ideia, não o foram.

Por outro lado, não predominam, nesta matéria, exigências de certeza jurídica que obrigassem a que houvesse listas taxativas. A sujeição ao regime de licenciamento prévio, da esmagadora maioria dos projectos que possam estar em condições de ser abrangidos pelo regime, seria compatível com um sistema aberto, tutelado apenas por uma cláusula geral, onde a administração decidiria, caso a caso, da necessidade de avaliação de impacte ambiental.

O postulado de racionalidade subjacente ao *elemento sistemático* da doutrina clássica da interpretação da lei é igualmente favorável à não taxatividade. Qual o sentido de inserir uma cláusula geral densificando-a imediatamente, na mesma lei, através de listas? Com efeito, a cláusula geral seria desnecessária e inútil se as listas fossem taxativas. Assim, retira-se o máximo efeito útil da cláusula geral quando, indo para além das listas, ela permite identificar tipos de projectos para os quais a avaliação de impacte ambiental deve ser obrigatória.

É certo que, ao consagrar o sistema das listas, o legislador criou a presunção inilidível de que os projectos, cujas dimensões ou limiares coincidam com os dos anexos I do Decreto-lei nº 186/90 e único do Decreto regulamentar, são sempre susceptíveis de “provocar incidências significativas no ambiente”, nos termos do artigo 2º, nº 1, do Decreto-lei nº 186/90, devendo, portanto, ser obrigatoriamente sujeitos a avaliação de impacte ambiental. Mas isto não significa que o regime regra no direito português não continue a ser o sistema aberto estabelecido pela cláusula geral: sujeição a avaliação de impacte ambiental de todos os projectos que (seja em abstracto, seja em concreto), possam ser susceptíveis de provocar incidências significativas no ambiente.

Em resposta à nossa questão inicial sobre a taxatividade das listas, concluímos que as listas estabelecem o conteúdo mínimo da cláusula geral, mas não constituem o seu conteúdo máximo, isto é, outras

categorias de projectos podem ser também consideradas, em concreto, susceptíveis de “provocar incidências significativas no ambiente”.

Rematando, diremos que, se as listas não são exaustivas, então a cláusula geral do artigo 2º, nº 1, deve ler-se da seguinte forma: *“consideram-se abrangidos pelo disposto no nº 1 [designadamente] os projectos constantes do anexo I [e do anexo III]”*.

2. A lista não regulamentada

Porém, as maiores dificuldades na definição do âmbito de aplicação do procedimento de avaliação de impacte ambiental prendem-se com a segunda lista de categorias de projectos, a lista III do Decreto-lei nº 186/90, uma vez que ela está, simultânea mas não coincidentemente, consagrada nos dois diplomas fundamentais da avaliação de impacte ambiental.

Recordamos o teor do artigo 7º, nº 1, do Decreto-lei nº 186/90:

“Os projectos constantes do anexo III a este diploma, que dele faz parte integrante, serão submetidos a avaliação de impacte ambiental, nos termos e de acordo com os critérios e limites a definir mediante decreto regulamentar”.

O decreto-lei não estabelece, portanto, nem os critérios nem as condições em que as categorias de projectos constantes da sua lista anexa III (chamemos-lhe IIIa) estão sujeitos a avaliação de impacte ambiental, remetendo, em tudo, para o decreto regulamentar.

Por sua vez, o artigo 1º, nº 1, do Decreto regulamentar nº 38/90 esclarece que:

“O presente decreto regulamentar aplica-se à avaliação de impacte ambiental (AIA) dos projectos referidos no anexo I do Decreto-lei nº 186/90, de 6 de Junho, e dos projectos agrícolas, industriais, habitacionais e turísticos ou de infra-estruturas listados no anexo III do mesmo diploma, quando, verificada a sua ocorrência, real ou potencial, em território português, esta exceda os limites ou dimensões descritos no anexo deste diploma, que dele faz parte integrante”.

Em anexo a este decreto regulamentar elencam-se, finalmente, as categorias de projectos, os critérios e os limites, verificados os quais deverá haver avaliação de impacte ambiental. Chamaremos IIIb, a esta lista anexa, em cuja epígrafe encontramos remissão expressa para o nº 1 do artigo 7º do Decreto-lei nº 186/90.

Acontece que o Decreto regulamentar nº 38/90, que deveria ter vindo estabelecer os critérios e os limites, nos quais todas as categorias de projectos da lista anexa IIIa deveriam ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental, só parcialmente o fez, omitindo a menção de um número considerável de categorias de projectos.

Nisto consiste a aludida discrepância entre as duas listas e é aqui que reside o principal problema de interpretação do regime nacional de avaliação de impacte ambiental, que levou a Comissão a concluir (precipitadamente, em nossa opinião), pela incompletude da transposição da directiva pelo Estado Português.

Para melhor compreensão do problema, exemplificaremos com as instalações de gestão de resíduos. Encontramos, na lista IIIa, quatro referências a instalações ligadas à gestão de resíduos:

- “Instalações para recolha de processamentos de resíduos radioactivos (que não constem do anexo I)”⁴;
- “Instalações de eliminação de resíduos industriais e de lixo domésticos (que não constem do anexo I)”⁵;
- “Locais de depósito de lamas”⁶;
- “Armazenagem de sucatas”⁷.

Estas quatro categorias de projectos, bem como todas as outras constantes da lista IIIa, deveriam ter sido regulamentadas, por decreto, fixando critérios e limites de acordo com os quais os projectos seriam ou não sujeitos a avaliação de impacte ambiental.

Porém, no anexo único do decreto regulamentar (na lista a que chamámos IIb), foram ilegalmente omitidas inúmeras categorias de projectos constantes da lista IIIa que ficaram, portanto, sem regulamentação.

Particularmente no que diz respeito às quatro categorias de projectos ligados à gestão de resíduos, apenas uma das quatro categorias do anexo IIIa vem listada no anexo IIb: as “instalações para recolha e processamento de resíduos radioactivos”, tendo ficado por regulamentar as restantes três categorias de projectos de gestão de resíduos.

Entre as três categorias omissas, encontra-se uma com uma particular importância em Portugal: as “Instalações de eliminação de resíduos industriais e de lixo domésticos (que não constem do anexo I)”.

Esta é a *vexata quaestio* da definição do âmbito da avaliação do impacte ambiental: não havendo coincidência entre as listas IIIa e IIb, *quid iuris* quanto às categorias de projectos constantes da lista IIIa que não foram regulamentadas pela lista IIb?

Sabendo que a lista IIIa transcreve idêntica lista da Directiva nº 85/337, qual o efeito da omissão de algumas categorias de projectos da lista comunitária, na lista homóloga IIb do decreto regulamentar? As categorias de projectos do anexo III do Decreto-lei nº 186/90 não estarão sujeitas de todo a avaliação de impacte ambiental simplesmente por carecerem de regulamentação ou, inversamente, deverão, nalguns casos, ser sujeitas a avaliação de impacte ambiental, apesar da falta de regulamentação?

Face aos argumentos que apresentaremos seguidamente, parece-nos defensável a sujeição a avaliação de impacte ambiental, designadamente no que diz respeito às categorias de projectos ligados à gestão de resíduos.

2.1. Argumentos contrários à sujeição a avaliação de impacte ambiental

Um argumento contrário à sujeição a avaliação de impacte ambiental poderia decorrer da atribuição de um valor negativo ao silêncio, interpretando a omissão de determinados projectos, no decreto regulamentar, como a intenção de, tacitamente, os subtrair ao regime da avaliação de impacte ambiental.

Este argumento, contudo, não nos parece procedente.

Em primeiro lugar, porque a omissão de regulamentação é ilegal. Com efeito, o decreto regulamentar destinava-se a estabelecer condições e critérios de aplicabilidade do decreto-lei, e apenas parcialmente o fez. De acordo com a hierarquia estabelecida das fontes, não podia o decreto regulamentar vir derogar o disposto no decreto-lei, mas apenas regulamentá-lo, respeitando, sob pena de ilegalidade, o seu conteúdo.

Em segundo lugar, porque, ainda que não fosse ilegal, da omissão de alguns projectos da lista IIIa na lista regulamentadora IIb tanto se podia inferir a intenção (ilegal) de derrogação do decreto-lei, como a intenção de protelar a regulamentação para momento posterior. Não podemos, todavia, esquecer que estamos em 1998 e que, perante uma ausência tão prolongada de regulamentação, nos parece uma hipótese cada vez menos provável a de, sete anos passados, esses projectos ainda virem a ser regulamentados.

Uma interpretação estritamente formal da lei portuguesa também poderia permitir concluir mais fundamentadamente, pela não sujeição a avaliação de impacte ambiental dos projectos da lista IIIa omissos

na lista IIIb: se o decreto-lei diz que as categorias de projectos do anexo IIIa carecem de regulamentação para serem aplicadas e determinadas categorias não estão regulamentadas, então não podem aplicar-se.

Não podemos concordar com este raciocínio formalista, e é isso que vamos demonstrar seguidamente.

2.2. Argumentos favoráveis à sujeição a avaliação de impacte ambiental

a) Relembrando os argumentos (literal e sistemático) aduzidos anteriormente para defender a não taxatividade das listas, que nos permitiram concluir pela prevalência da cláusula geral sobre as listas que a densificam, mais uma vez defendemos que estão sujeitos ao regime da avaliação de impacte ambiental todas e quaisquer categorias de projectos susceptíveis, em abstracto (as categorias de projectos das listas) ou em concreto (outros projectos, fora das listas) de *“provocar incidências significativas no ambiente”*.

b) O próprio teor do artigo 1º do decreto regulamentar, que define o seu âmbito de aplicação, não exclui expressamente, do regime de avaliação de impacte ambiental os projectos constantes na lista IIIa e omissos na IIIb:

“O presente decreto regulamentar aplica-se à avaliação de impacte ambiental (AIA) dos projectos referidos no anexo I do Decreto-lei nº 186/90, de 6 de Junho, e dos projectos agrícolas, industriais, habitacionais e turísticos ou de infra-estruturas listados no anexo III do mesmo diploma, quando, verificada a sua ocorrência, real ou potencial, em território português, esta exceda os limites ou dimensões descritos no anexo deste diploma, que dele faz parte integrante”.

Pelo contrário, subjacente à redacção, descritiva, do artigo parece estar uma preocupação de abranger todos os projectos do anexo do decreto-lei.

c) No que diz respeito aos projectos constantes da lista IIIa e omissos na IIIb, não podemos esquecer que o legislador já os classificou uma vez como categoria (pelo menos em abstracto) susceptível de produzir impactes ambientais, ao consagrá-los numa lista que *“faz parte integrante”* da lei de avaliação de impacte ambiental.

d) Reportando-nos novamente à categoria de projectos de gestão de resíduos verificamos que o legislador não acrescentou, relativamente à única categoria de projectos de gestão de resíduos que regulamentou, quaisquer “critérios” nem quaisquer “condições”, limitando-se a repetir a sujeição a avaliação de impacte ambiental de (todos os) projectos da categoria de “instalações para recolha e processamento de resíduos radioactivos”. Neste caso, a regulamentação desta categoria de projectos consistiu em... *não regulamentar*. Ora, se a intenção do legislador de 1995, ao remeter para legislação complementar, era libertar determinados projectos do complexo procedimento de avaliação de impacte ambiental, surpreendentemente, neste caso (e em alguns outros) não o fez. As razões para não o ter feito poderão ter sido o considerar, em segunda ponderação, que o risco ambiental associado a esses projectos era sempre considerável, independentemente de quaisquer critérios, ou considerar que, relativamente a esses projectos, era difícil estabelecer critérios objectivos.

Em suma, pensamos ser defensável que *o decreto regulamentar se limitou a regulamentar o que carecia de regulamentação*.

e) Como veremos, é do direito comunitário que vem o argumento mais forte, a favor da posição que defendemos.

2.2.1. Argumentos retirados do direito comunitário

Considerando que a legislação nacional sobre avaliação de impacte ambiental se destinou a transpor⁸

a directiva “relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente”⁹, não podemos ignorar a posição das Instituições comunitárias relativamente à interpretação directiva em causa.

A directiva estabelece, no seu artigo 4º, nº 1, relativamente aos projectos pertencentes às categorias enumeradas na lista anexa I, que “(...) são submetidos a uma avaliação, nos termos dos artigos 5º a 10º”. Não é deixada, quanto a estes projectos, qualquer margem de apreciação aos Estados-membros. Quanto aos projectos da lista anexa II, a directiva reserva, no seu artigo 4º, nº 2, alguma discricionariedade aos Estados:

“os projectos pertencentes às categorias enumeradas no Anexo II são submetidos a uma avaliação nos termos dos artigos 5º a 10º, sempre que os Estados-membros considerarem que as suas características assim o exigem”.

Porém, nos termos em que a liberdade de apreciação dos Estados-membros foi estabelecida, não são claros os seus limites. Poderá um Estado-membro considerar que as características de algum dos projectos do anexo II da directiva justificam que toda essa categoria de projectos seja excluída do regime de sujeição a avaliação de impacte ambiental?

Foi precisamente sobre esta questão que o Tribunal de Justiça se pronunciou no seu recente acórdão de 2 de Maio de 1996.

2.2.2. O processo Comissão/Bélgica

As posições da Comissão, as conclusões do Advogado Geral e o acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-133/94¹⁰ sintetizam bem as posições das Instituições comunitárias, quanto à margem de apreciação deixada aos Estados-membros na sujeição ou dispensa de avaliação de impacte ambiental de projectos.

Adoptando um entendimento amplo da discricionariedade deixada pela directiva aos Estados-membros, o Governo Flamengo limitou-se a transpor para o direito interno apenas algumas das categorias de projectos enumeradas no anexo II da directiva.

Contra esta interpretação, a Comissão defendeu que “(...) os Estados-membros devem concretamente efectuar um estudo das características de cada projecto enumerado no Anexo II. Por essa razão, não podem subtrair antecipadamente a este estudo certos projectos enumerados no Anexo II”¹¹. Na opinião do Advogado Geral, P. Léger, “A liberdade de apreciação concedida aos Estados-membros pelo artigo 4º, nº 2, quanto ao processo a seguir nessa matéria tem em vista a possibilidade de examinar, à luz das características de um projecto, em particular se uma avaliação dos efeitos no ambiente é necessária ou não. Liberdade de apreciação quer dizer apreciar e não renunciar antecipadamente a fazê-lo”¹².

Foi também este o entendimento do Tribunal de Justiça, que concluiu que o artigo 4º, nº 2, da directiva deve ser interpretado “(...) no sentido de que não confere aos Estados-membros o poder de excluir global e definitivamente uma ou várias das categorias referidas de uma avaliação, pois os critérios e/ou os limiares mencionados não têm por finalidade subtrair de antemão à obrigação de uma avaliação certas categorias completas de projectos enumerados no Anexo II, previsíveis no território de um Estado-membro, mas unicamente facilitar a apreciação das características concretas que apresenta um projecto com vista a determinar se está sujeito à referida obrigação”¹³.

2.2.3. A interpretação do direito nacional à luz do direito comunitário

O legislador português não se limitou a transpor o conteúdo da directiva para o direito nacional, mas

foi também buscar à directiva a “inspiração” para o sistema de listas anexas muito utilizado no direito comunitário para definir o seu âmbito de aplicação. Efectivamente, a lista anexa I, do Decreto-lei nº 186/90, mais não é do que uma transcrição textual da lista I anexa à directiva de 1985 o mesmo acontecendo com a lista anexa III¹⁴ do citado decreto-lei relativamente à lista II, anexa à directiva¹⁵. Assimilando e dando um tratamento idêntico à situação ocorrida no direito belga (total omissão do dever de transpor), relativamente ao que se passa entre nós (falta de regulamentação parcial de alguns projectos), a Comissão instaurou contra o Estado Português, no Tribunal de Justiça, um processo com fundamento em incumprimento do direito comunitário.

Entre outras, a acusação mais grave que a Comissão dirigiu ao Estado Português no parecer fundamentado e que repete na petição inicial, é a omissão do dever de transpor, para o direito nacional, mais de cinquenta categorias de projectos constantes do anexo II da directiva: precisamente as categorias de projectos que constam da lista IIIa mas não constam da IIIb.

Na nossa opinião, esta acusação de incumprimento resulta de uma interpretação literal, excessivamente formal e precipitada da lei portuguesa¹⁶.

Efectivamente, como procurámos demonstrar até aqui, o facto de determinadas categorias de projectos não terem sido regulamentadas não obsta a que o regime de sujeição a avaliação de impacte ambiental lhes seja igualmente aplicável.

À mesma conclusão chegamos, se aplicarmos ao caso um princípio de interpretação, desenvolvido pelo próprio Tribunal de Justiça: o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com as directivas¹⁷.

Este é simplesmente um princípio geral do direito que foi adaptado ao direito comunitário e, no caso concreto, adaptado especialmente à interpretação do direito nacional à luz das directivas: *se a letra da lei nacional admitir várias interpretações, uma conforme à directiva, e outras em desacordo com ela, é a primeira que deve ser preferida, em detrimento das que constituiriam violação do direito comunitário*.

Naturalmente que, se o legislador nacional não transpôs totalmente determinadas normas da directiva (ou, como aconteceu no caso belga, determinadas categorias de projectos), então não há sequer uma norma nacional que possa ser interpretada conformemente ao direito comunitário. O elemento literal não pode deixar de limitar a interpretação ou, usando as palavras do nosso Código Civil, “*Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*”.

Não foi isso, porém, o que aconteceu no caso do direito português. Como temos vindo a demonstrar, apesar de a técnica legislativa de transposição não ter sido, seguramente a mais perfeita, o legislador nacional efectivamente transpôs, ainda que *exprimindo-se imperfeitamente*, as normas da directiva. Existindo, portanto, uma norma nacional, que pode ser interpretada, como nos esforçamos por provar até agora, em sentido conforme à directiva, é este o resultado interpretativo que devemos preferir.

2.3. Condições de sujeição, critérios de sujeição e critérios de exclusão da avaliação de impacte ambiental

De acordo com a interpretação que vimos defendendo, estarão sujeitos a avaliação de impacte ambiental todos ou apenas alguns dos projectos que se enquadrem nas categorias da lista não regulamentada do decreto-lei?

Relativamente a um projecto que corresponda a uma das categorias da lista anexa IIIa omissas na

IIIb, importa esclarecer quais *as condições e critérios de sujeição* a avaliação de impacte ambiental e, na perspectiva que interessa mais ao “dono da obra”¹⁸, quais os *critérios de exclusão* que permitem dispensar alguns projectos da obrigação de avaliação de impacte ambiental.

Apesar de poderem ser aplicáveis condições e critérios doutrinários ou jurisprudenciais, o recurso a eles é desnecessário, e mesmo inadmissível, quando existem, como ocorre no caso presente, critérios legais expressos que permitem resolver o problema dentro do espírito da lei.

Saber quais são os critérios é, aparentemente, muito simples, porque eles estão na lei. As condições e os critérios são a **natureza**, a **dimensão** e a **localização**¹⁹ do projecto, os três conceitos indeterminados consagrados na cláusula geral do artigo 2º, nº 1, do Decreto-lei nº 186/90 e no correspondente artigo, com o mesmo número, da Directiva nº 85/337.

A natureza, a dimensão e a localização do projecto vão determinar se os impactes serão ou não significativos, em função dos critérios da probabilidade da ocorrência, duração, reversibilidade, cumulatividade²⁰, etc.

Aplicar os critérios aos casos concretos é que pode não ser tão simples.

Na verdade, se quiséssemos saber, com rigor científico absoluto, se a natureza, a dimensão ou a localização de um específico projecto o tornavam susceptível de vir a provocar impactes ambientais significativos, quase teríamos que fazer um estudo de impacte ambiental prévio... A necessidade de rigor não pode, porém, ir tão longe que obrigue a uma duplicação de procedimentos.

Para saber se um determinado projecto da lista não regulamentada está ou não sujeito a avaliação de impacte ambiental, basta que, tendo em conta as regras da experiência, se apliquem, com razoabilidade, as condições e os critérios enunciados, não deixando de ter sempre presentes as irrenunciáveis exigências de precaução e prevenção que subjazem a toda a construção jurídico-ambiental.

Duas regras, que devem estar presentes na aplicação dos critérios, são as seguintes:

1ª regra: os três conceitos indeterminados devem ser aplicados a cada projecto cumulativamente, sucessivamente e por ordem não arbitrária. Dois deles têm uma actuação positiva (colocam o projecto sob a alçada do regime de avaliação de impacte ambiental) e o outro tem uma actuação negativa (se se verificar, exclui os projectos do regime da avaliação de impacte ambiental). Por outro lado, um deles - a natureza - suscita uma decisão menos discricionária da administração²¹, e os outros - dimensão e localização - apelam para apreciações mais ou menos subjectivas do agente, implicando a prática de actos discricionários em sentido próprio.

2ª regra: na dúvida sobre se um projecto de determinada natureza, com uma específica dimensão e com uma concreta localização, pode vir a produzir ou não impactes ambientais significativos, deve decidir-se afirmativamente.

2.3.1. *Natureza*

Considerando que estamos a tratar de projectos **previstos na lei** (ainda que imperfeitamente), já temos a indicação clara de que o legislador considerou (e aliás não podia deixar de ter considerado, como estabeleceu o Tribunal de Justiça) que a natureza destes projectos os torna susceptíveis de produzir impactes ambientais significativos.

Reportando-nos novamente aos projectos de gestão de resíduos, é de presumir que as “instalações de eliminação de resíduos industriais e de lixo domésticos”, os “locais de depósito de lamas” e a “armazenagem de sucatas” estão, *a priori*, sujeitas ao regime da avaliação de impacte ambiental, não sendo, portanto, necessária qualquer indagação posterior sobre os impactes prováveis comuns a

essas categorias de projectos.

Consideramos a **natureza** como uma *condição de sujeição*, na medida em que basta a verificação, à luz de critérios técnicos, da correspondência entre a natureza do projecto concreto em causa e a natureza de um dos projectos da lista não regulamentada, isto é, basta subsumir o facto à norma, para o projecto poder vir a estar sujeito a avaliação de impacte ambiental. Repare-se que utilizamos a fórmula “poder vir a estar” na medida em que, para além desta *condição de sujeição*, há que verificar ainda a existência ou ausência de *critérios de exclusão e de sujeição*.

2.3.2. Dimensão

Na ausência de quaisquer indicações positivas sobre a relevância da dimensão do projecto, este parâmetro não pode deixar de ser interpretado numa acepção minimalista: excluindo do regime de avaliação de impacte ambiental os projectos de reduzidas dimensões (reflexo da regra de *minimis non curat praetor*), e não limitando a avaliação de impacte ambiental a projectos de grandes dimensões.

Este é um *critério de exclusão*, uma vez que a sua aplicação deve servir para excluir os projectos de pequena dimensão. O critério da dimensão deixa uma ampla margem de discricionariedade à administração.

2.3.3. Localização

A localização deve funcionar como limite à exclusão de projectos pelo critério da dimensão. Projectos que, pela sua natureza, deveriam ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental mas que seriam excluídos pela sua reduzida dimensão, ficam, na realidade, sob a alçada do regime de avaliação de impacte ambiental, agora devido à sua localização. Este critério aplica-se a projectos que se pretendam localizar em zonas sensíveis, aquelas parcelas do território nacional onde os componentes ambientais naturais (ar, luz, água, solo vivo e subsolo, flora e fauna) e humanos (paisagem, património natural e construído e poluição) são especialmente sensíveis ou estão especialmente presentes exigindo, por esse facto, num maior número de casos, a avaliação de impacte ambiental.

A nova directiva sobre avaliação de impacte ambiental²² é de grande auxílio na classificação da localização como critério de sujeição a avaliação de impacte ambiental, na medida em que fornece alguns critérios para avaliação da “sensibilidade” das zonas e alguns exemplos de zonas “sensíveis”.

Os critérios da directiva são:

- a afectação do uso do solo;
- a riqueza relativa, quantidade, qualidade e capacidade de regeneração dos recursos naturais da zona;
- a capacidade de absorção do ambiente natural.

Aplicando os referidos critérios (e especialmente o último) temos, como exemplos de zonas sensíveis, as zonas húmidas, costeiras, montanhosas, florestais, reservas, parques naturais, zonas de protecção especial, zonas onde as normas de qualidade ambiental foram ultrapassadas, zonas de forte densidade demográfica e paisagens importantes do ponto de vista histórico, cultural ou arqueológico.

3. Os projectos fora das listas

O argumento baseado no elemento racional compatível com a letra da lei, (argumento que apresentámos para defender a não taxatividade das listas), continua a ser válido para defender a

obrigatoriedade de avaliação de impacte ambiental para projectos fora das listas.

A questão dos projectos fora das listas³³ não é exclusiva do direito português e coloca-se, exactamente nos mesmos termos, face ao direito comunitário. Uma interpretação teleológica da Directiva nº 337/85 a partir do seu preâmbulo conjugado com a cláusula geral do artigo 2º, permite-nos chegar à mesma conclusão que a Comissão: *“segundo a directiva, os projectos do Anexo II devem ser submetidos a uma avaliação do impacto ambiental sempre que os Estados-membros considerarem que as suas características assim o exigem. Ao interpretar esta disposição, pretende-se que tenham em consideração a obrigação geral de submeterem a uma avaliação todos os projectos que possam ter um impacto ambiental significativo”*³⁴.

Resta saber se as condições e os critérios de sujeição ou exclusão analisados anteriormente podem também ser utilizados para novas categorias de projectos, a saber:

- outros projectos não constantes de quaisquer listas (de **natureza** diferente dos das listas, como a construção de um campo de golfe)
- projectos da mesma **natureza** dos das listas embora com dimensão inferior ou localização diferente.

3.1. Projectos de natureza diferente das categorias das listas

A influência da *natureza, dimensão e localização*, bem como as regras de interpretação que anunciámos, são completamente distintas no caso dos projectos fora das listas.

Começando pelas regras de interpretação:

1ª regra: razões de certeza jurídica exigem que o princípio probatório, que enunciámos anteriormente, seja agora invertido: não estando perante projectos tipificados na lei, não há expectativas de que eles venham a ser a ser sujeitos a avaliação de impacte ambiental; logo, na dúvida, há que decidir pela não sujeição. Dada a extensão das listas, que abarcam um vastíssimo leque de projectos, as necessidades de protecção do ambiente, postas pelas categorias de projectos residuais em relação às listas, raramente serão prementes.

2ª regra: se a sujeição a avaliação de impacte ambiental de projectos fora das listas é a excepção à regra, ela só deve verificar-se quando, indubitavelmente, tanto a natureza como a dimensão e a localização do projecto, o justifiquem. Anteriormente, as condições e os critérios eram de aplicação sucessiva, colocando o projecto sob ou fora da alçada do regime; agora, a sua aplicação continua a ser cumulativa mas todos funcionam positivamente (são critérios de sujeição e não de exclusão). Por outro lado, deixou de haver meras *condições*; os três conceitos têm que ser densificados pela administração, porque todos são *critérios*.

A **natureza** é determinante (aquele **tipo** de projectos tem que ser, em abstracto, susceptível de causar impactes negativos ...), a **dimensão** funciona ao contrário (como não há uma primeira indicação do legislador, consagrando na lei esta categoria de projectos, por razões de segurança jurídica, só os projectos de grandes dimensões estão sujeitos a avaliação de impacte ambiental) e a **localização** continua a funcionar positivamente e a ser interpretada do mesmo modo.

A avaliação de impacte ambiental de projectos fora das listas só pode ser exigida em relação a **certos projectos grandes e em zonas sensíveis**.

Finalmente, tratando-se de projectos de natureza diferente dos das listas, deve haver uma especial precaução, quanto à qualificação da actividade proposta como projecto, na aceção do diploma: *“realização de obras de construção ou de outras instalações ou obras, ou outras intervenções no meio natural ou na paisagem, incluindo as intervenções destinadas à exploração de recursos do*

solo". A interpretação ampla que vimos fazendo do âmbito de aplicação do diploma não poderia servir para defender, por exemplo, a avaliação de impacto ambiental estratégica²⁵, para políticas, planos ou programas, conceitos que não cabem na noção de *projecto*.

3.2. *Projectos da mesma natureza das categorias das listas*

Considerando que as listas foram elaboradas à luz dos critérios da cláusula geral, em que medida é que se pode ainda colocar a questão da aplicação dos mesmos critérios a projectos constantes das listas?

Analisando as categorias de projectos das listas, encontramos três "tipos legais" de projectos:

- **tipo legal 1:** o tipo legal que descreve o projecto apenas com base num dos conceitos que, logicamente, tem que ser o da natureza do projecto — caso das "fábricas integradas para primeira fundição de ferro e aço" ou das "instalações destinadas à armazenagem permanente ou à eliminação definitiva de resíduos radioactivos", da lista I, e das "instalações destinadas ao fabrico de cimento" ou das "instalações para a recolha e processamento de resíduos radioactivos", da lista IIIb;
- **tipo legal 2:** o tipo legal que descreve o projecto com base em dois dos conceitos, a natureza e a dimensão ou a natureza e a localização — como acontece, por exemplo, relativamente à dimensão, com os "portos de comércio marítimos e vias navegáveis e portos de navegação interna que permitam o acesso a barcos com mais de 1,350t" (da lista I) e com as "instalações de exploração intensiva de espécies bovinas com capacidade igual ou superior a 500 cabeças" (da lista IIIb); relativamente à localização temos as "marinas, portos de recreio e docas de recreio (...) localizados em estuários de rios" (lista IIIb);
- **tipo legal 3:** o tipo legal que descreve o projecto, simultaneamente, com base nos três conceitos — caso das "marinas, portos de recreio e docas de recreio (...) localizados na costa marítima, desde que prevejam mais de 250 postos de amarração destinados a embarcações com comprimento fora a fora inferior a 12 m, admitindo-se que até 7% desses postos de amarração se destinem a embarcações com comprimento superior", da lista IIIb.

No tipo legal 3, o legislador ponderou, em abstracto, a importância de cada conceito enquanto critério de sujeição à avaliação de impacto ambiental e estabeleceu expressamente na lei o resultado dessa ponderação. Exigir avaliação de impacto ambiental para projectos de dimensão inferior e localização diferente da consagrada na lei, seria simplesmente violação da lei.

Nos tipos legais 1 e 2, o facto de encontramos na lei apenas um critério além do pressuposto, ou mesmo só o pressuposto (a natureza e a dimensão, a natureza e a localização ou só a natureza) não significa que o legislador não tenha tido os outros critérios em consideração. Significa apenas que atribui uma importância tal a essas características dos projectos que, a outra (ou as outras) características que não transparecem na lei se tornam irrelevantes. Assim, para projectos de uma certa natureza a partir de uma determinada dimensão, a susceptibilidade de vir a causar impactos é tão forte que devem sempre ser sujeitos a avaliação de impacto ambiental, independentemente da localização. Igualmente projectos de uma certa natureza, com uma determinada localização podem ser sempre susceptíveis de provocar impactos, seja qual for a sua dimensão. Por fim, há determinadas categorias de projectos cujos impactos ambientais são de tal modo prováveis que não podem deixar de ser sujeitos a avaliação de impacto ambiental, como acontece com os do tipo legal 1. Isto pode acontecer em categorias de projectos cujas dimensões normais são sempre grandes, ou cuja localização normal são zonas muito sensíveis, ou então naqueles que, seja qual for a sua localização ou a sua

dimensão, não podem deixar de ser considerados potencialmente perigosos.

Só agora estamos em condições de ver em que termos é que se pode ainda aplicar a cláusula geral a projectos constantes das listas.

Quando aos tipos legais 1 e 3, não há projectos fora das listas. Expressamente (como acontece no tipo legal 3), ou implicitamente (como acontece no tipo legal 1), todos os projectos daquela natureza estão previstos na lei.

Quando ao tipo legal 2 é que podemos encontrar-nos perante um projecto que, sendo de igual natureza, não preencha o outro critério do tipo legal (por exemplo: uma instalação de exploração intensiva de espécies bovinas com capacidade para 495 cabeças²⁶).

Só nestes casos se pode suscitar a questão da aplicação da cláusula geral, nos mesmos termos em que se suscitou para os projectos fora das listas, pois na verdade, estes são projectos fora das listas. A regra que devemos aplicar aqui é idêntica à que aplicámos aos projectos fora das listas: estes projectos só serão sujeitos a avaliação de impacte ambiental se estiverem simultaneamente presentes o pressuposto e um critério: a natureza e o critério que não está no tipo legal. A consideração do terceiro critério, não consagrado na lei, serve para contornar a rigidez dos critérios legais²⁷, introduzindo um elemento de progressividade e dificultando a manipulação de dimensões ou localizações de projectos para evitar o regime de avaliação de impacte ambiental e por isso, o afastamento em relação ao critério legal não pode ser considerável. No exemplo, que demos, da instalação de exploração intensiva de espécies bovinas com capacidade para 495 cabeças, só estará sujeita a avaliação de impacte ambiental se se localizar numa zona especialmente sensível.

II. Avaliação do impacte ambiental de projectos de instalações de gestão de resíduos

1. O novo regime da gestão de resíduos (Decreto-lei nº 239/97, de 9 de Setembro)

Ao escrever sobre a avaliação de impacte ambiental das instalações de eliminação de resíduos sólidos urbanos, não podemos deixar de debruçar-nos, ainda que brevemente, sobre o novíssimo regime legal a que está sujeita a gestão de resíduos: o estabelecido pelo Decreto-lei nº 239/97, de 9 de Setembro.

Diferentemente do Decreto-lei nº 310/95, que anteriormente regia a matéria (e onde o procedimento de avaliação de impacte ambiental só estava previsto para as unidades de incineração de resíduos com recuperação de energia²⁸), o novo diploma parece prever a avaliação de impacte ambiental das instalações de gestão de resíduos em termos mais amplos. Com efeito, fala-se de avaliação de impacte ambiental para a armazenagem, o tratamento, a valorização e a eliminação de quaisquer resíduos, ou seja, todas as operações de gestão com excepção da recolha e do transporte.

Mas só aparentemente houve um alargamento do leque de projectos sujeitos a avaliação de impacte ambiental pois, na realidade, o Decreto-lei nº 239/97 não estabeleceu a obrigatoriedade de avaliação de impacte ambiental nos casos referidos. Pelo contrário, limitou-se a remeter para legislação específica quanto a decidir se, num caso concreto, uma operação está ou não sujeita a avaliação de impacte ambiental:

“A autorização das operações referidas no artigo anterior compete ao Ministro do Ambiente sempre que” as mesmas estejam sujeitas, nos termos da lei, a avaliação prévia do impacte ambiental, sem prejuízo do disposto no nº 4” (artigo 9º).

A sujeição a avaliação de impacte ambiental é tão só referida como um dado exterior que vai servir de

critério para determinar a competência do Ministro do Ambiente na autorização dessas operações de gestão. Se, nos termos da lei aplicável, as operações em causa estiverem sujeitas a avaliação de impacte ambiental, então a competência para autorização é do Ministro do Ambiente. Se não estiverem sujeitas a avaliação de impacte ambiental, a competência pode então caber ao presidente do Instituto dos Resíduos, ao Director Regional do Ambiente e Recursos Naturais, ou à Direcção Geral de Saúde. Em suma, o novo Decreto-lei nº 293/97 não presta grande auxílio na determinação de quando é que projectos de gestão de resíduos estão sujeitos a avaliação de impacte ambiental. Resta-nos, portanto, a legislação própria da avaliação de impacte ambiental que já analisámos.

2. Conclusão

Aplicando o raciocínio exposto, às instalações de gestão de resíduos, podemos concluir que as “instalações exclusivamente destinadas à armazenagem permanente ou à eliminação definitiva de resíduos radioactivos” e as “instalações de eliminação de resíduos tóxicos e perigosos por incineração, tratamento químico ou armazenagem em terra” estão obrigatoriamente sujeitas a avaliação de impacte ambiental, na medida em que estão consagradas no anexo I do Decreto-lei nº 186/90 (pontos 3 e 9) fazendo parte do conteúdo mínimo da cláusula geral.

As “instalações para recolha de processamentos de resíduos radioactivos (que não constem do anexo I)” também estão sempre sujeitas, porque constam da lista anexa IIIb.

As “instalações de eliminação de resíduos industriais e de lixo domésticos (que não constem do anexo I)”, os “locais de depósito de lamas” e a “armazenagem de sucatas”, que são projectos da lista anexa IIIa só nas condições que expusemos ao longo deste artigo: a regra geral é a sujeição, exceptuando os projectos de reduzidas dimensões, e mesmo neste caso, só serão excluídos se não se localizarem em zonas sensíveis. Em caso de dúvida, aplica-se a regra geral, que é a sujeição.

Vistas as dificuldades que a interpretação do actual regime de avaliação de impacte ambiental suscita, a transposição da nova Directiva nº 97/11/CE, de 3 de Março, terá que ser feita com especial cuidado, de modo a que não surjam novas categorias de projectos não regulamentados.



(Maria Alexandra Aragão)

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Christopher Wood faz uma descrição comparativa dos sistemas de definição do âmbito de aplicação dos regimes de avaliação de impacte ambiental nos Estados Unidos da América, na Califórnia, no Reino Unido, nos Países Baixos, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e na Europa e conclui que o sistema híbrido, que conjuga listas com discricionariedade administrativa, em doses variadas, é o mais frequente (*Environmental Impact Assessment. A Comparative Review* — Longman, Essex, 1996, 2ª ed., p. 115, 118-128 e *passim*). Segundo o mesmo autor, a ausência de listas de projectos no direito norte americano leva a que a determinação do âmbito de aplicação do regime seja uma das principais fontes de litígios judiciais relativamente à avaliação de impacte ambiental nos Estados Unidos.

² Desde 1987 que a Lei de Bases do Ambiente estabelecia que: “Os planos, projectos, trabalhos e acções que possam afectar o ambiente, o território e a qualidade de vida dos cidadãos, quer sejam da responsabilidade e iniciativa de um organismo da administração central, regional ou local, quer de instituições públicas ou privadas, devem respeitar as preocupações e normas desta lei e terão de ser acompanhados de um estudo de impacte ambiental” (artigo 30º).

³ No que respeita às instalações de gestão de resíduos temos, no anexo I, as “Instalações exclusivamente destinadas à armazenagem permanente ou à eliminação definitiva de resíduos radioactivos” e as “Instalações de eliminação de resíduos tóxicos e perigosos por incineração, tratamento químico ou armazenagem em terra”. Estes projectos têm que ser obrigatoriamente sujeitos a avaliação de impacte ambiental.

⁴ Ponto 3-i) da lista anexa III do Decreto-lei 186/90.

⁵ Ponto 11-c) da lista anexa III do Decreto-lei 186/90.

⁶ Ponto 11-e) da lista anexa III do Decreto-lei 186/90.

⁷ Ponto 11-f) da lista anexa III do Decreto-lei 186/90.

⁸ Artigo 1º/1 do Decreto-lei nº 186/90: “O presente diploma transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985 (...)”.

⁹ Esta é a denominação oficial da Directiva 85/337, do Conselho, de 27 de Junho.

¹⁰ Processo Comissão/Bélgica, acórdão de 2 de Maio de 1996 (Colectânea, 1996 I, p. 2323 a 2355).

¹¹ Ponto 43, p. 2334.

¹² Ponto 50, p. 2335.

¹³ Ponto 2, p. 2324.

¹⁴ A que chamámos IIIa.

¹⁵ O decreto-lei alterou a ordem de anexação das listas, relativamente à ordem consagrada pela directiva, para fazer corresponder a numeração das listas anexas à ordem pela qual aparecem citadas no texto, o que só fez perder inteligibilidade ao diploma, dadas as afinidades evidentes entre as listas I e III — ambas são listas de categorias de projectos. A lista II diz respeito ao conteúdo do estudo de impacte ambiental.

¹⁶ Não deixamos de admitir que existem outras deficiências, embora menos graves, na transposição nacional da Directiva 85/337.

¹⁷ Este princípio, que constitui mais uma criação jurisprudencial do Tribunal de Justiça, não tem tido contestação doutrinal, na sua vertente de interpretação do direito nacional posterior em conformidade com as directivas, mas tem sido amplamente contestado pela doutrina, na sua vertente de interpretação do direito nacional anterior em conformidade com as directivas, que, como bem observa Sofia Oliveira Pais (em “O Acórdão Marleasing — Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas?”, in Boletim da Faculdade de Direito, 68 (1992) p.283-322), redundaria na consagração do efeito directo horizontal das directivas.

¹⁸ “o autor do pedido de aprovação de um projecto ou a entidade pública que toma a iniciativa relativa a um projecto” (artigo 1º, nº2b).

¹⁹ A Convenção celebrada em Espoo sobre impactes ambientais transfronteiriços, prefere as seguintes denominações: amplitude (com o mesmo sentido da dimensão do direito europeu), efeitos (numa acepção muito idêntica à da natureza, no direito europeu) e localização (Apêndice III).

²⁰ Sobre “critérios de significância de impactes”, ver Rosário Partidário, “AIA - Conceitos base”, in *Seminário sobre Avaliação do Impacte Ambiental de Projectos Rodoviários*, Espinho, 16-19 de Março de 1994, p.4.

²¹ Embora tratando-se de um conceito indeterminado, apele sempre para alguma discricionariedade em sentido amplo.

²² Directiva 97/11/CE de 3 de Março.

²³ No que respeita ao âmbito de aplicação da directiva, a atenção da doutrina só se tem dirigido para a questão dos projectos fora das listas e não toca, naturalmente, na questão das listas não regulamentadas, que abordámos anteriormente, pois esta questão deriva de particularidades e imperfeições do nosso direito de transposição e não de eventuais dificuldades de interpretação da directiva comunitária.

²⁴ *Relatório da Comissão sobre a Aplicação da Directiva 85/337/CEE e Anexo Relativo a Portugal* - Com (93) 28 final - vol. 11, Bruxelas, 2 de Abril de 1993, p.24.

²⁵ William Sheate é um dos muitos autores que defendem vivamente a avaliação de impacte ambiental estratégica, existente já nos Estados Unidos (*Making an Impact*, Cameron May, London, 1994, p. 42 e 130 a 178, e "Strategic Environment Assesment: Amending the EA Directive", in *Environmental Policy and Law*, 22/3 (1992), p.154-159)

²⁶ Torna-se difícil encontrar um exemplo de um projecto concreto da mesma natureza de um do tipo legal 2 mas com localização diferente da definida no tipo legal, na medida em que este critério é escassamente considerado nos anexos e os poucos tipos legais que o receberam parecem abranger as várias localizações possíveis deste tipo de projectos: marinas, portos de recreio e docas de recreio localizados na costa marítima, em estuários de rios, em rios, lagos e albufeiras, etc.

²⁷ Expressando opinião largamente favorável à existência de limiares objectivos, em vez de fórmulas gerais, como "não causar dano à população próxima" não facilitam a tarefa de controlar, por exemplo, as emissões de uma fábrica, L. Kramer, *Focus on European Environmental Law*, Sweet & Maxwell, London, 1992, p.217. No mesmo sentido, reconhecendo as dificuldades de aplicação da cláusula geral conjugada com as listas, o Comité das Regiões chega a sugerir formalmente a substituição dos anexos I e II da directiva, por uma lista única de projectos todos já com os limiares estabelecidos (*Parecer Sobre a Proposta de Directiva do Conselho que altera a Directiva 85/337/CEE Relativa à Avaliação dos Efeitos de Determinados Projectos Públicos e Privados no Ambiente*, 95/C210/12, JOC 210 de 14.08.95, p.80). Pelo contrário, William Sheate defende que os limiares só devem ser utilizados se for garantido que os projectos aquém dos limiares não têm efeitos significativos no ambiente (*Making an Impact*, Cameron May, London, 1994, p.49.). Contra o sistema de limiares rígidos, como nos Países Baixos, propõe, juntamente com Cerny, que sejam sujeitas a avaliação de impacte ambiental todas as actividades que possam ter um efeito significativo ("Strategic Environment Assesment: Amending the EA Directive", in *Environmental Policy and Law*, 22/3 (1992), p.154-159).

²⁸ Artigo 9º/6: "As unidades de incineração de resíduos com recuperação de energia estão sujeitas a autorização do director-geral do Ambiente, com prévia avaliação de impacte ambiental nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo da aplicação da legislação específica".

²⁹ Sublinhado nosso.