



No Ano Internacional da
Biodiversidade

Contributos para o estudo do
Direito da protecção da biodiversidade

Coordenação: Carla Amado Gomes



INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

No Ano Internacional da
Biodiversidade

Contributos para o estudo do
Direito da protecção da biodiversidade

Coordenação: Carla Amado Gomes

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Novembro de 2010

Faculdade de Direito de Lisboa

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

E-Mail: icjp@fd.ul.pt

ISBN: 978-989-97410-2-7

APRESENTAÇÃO

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas decretou 2010 como Ano Internacional da Biodiversidade. Num momento de mobilização da comunidade internacional em torno do problema das alterações climáticas, a chamada de atenção para a acentuada degradação dos recursos da biodiversidade deve saudar-se vivamente.

O ICJP quis associar-se a esta comemoração, dando à estampa os cinco estudos que ora se publicam. Todos se reportam a dimensões da protecção da biodiversidade, um domínio que tem merecido pouca atenção por parte da doutrina jurídica portuguesa. Ficam assim disponíveis online cinco contributos para o enriquecimento da bibliografia nacional nesta sede.

Que o público interessado nas questões do Direito do Ambiente encontre nestes estudos matéria de utilidade prática e de reflexão teórica.

A sequência obedece a uma ordem alfabética.

Lisboa, Outubro de 2010

A coordenadora,

Carla Amado Gomes

Profª. Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Profª. Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

ÍNDICE

Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade

Carla Amado Gomes

O dano à biodiversidade: conceptualização e reparação

Heloisa Oliveira

O velho, o novo e o reciclado no Direito da Conservação da Natureza

José Mário Ferreira de Almeida

Os desafios da tutela da biodiversidade na região autónoma dos Açores: um trilho a seguir?

Rui Melo Cordeiro

Singularidades de um Regime Ecológico - O regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais

Tiago Antunes

**Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma:
duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade***

"Every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man and, to accord other organisms such recognition, man must be guided by a moral code of action"

World Charter for Nature (1982)

0. Considerações preliminares; **1.** Biodiversidade: um conceito, vários sistemas; **1.1.** O(s) sistema(s) português(es) de conservação da Natureza: vista panorâmica; **2.** Biodiversidade: um valor, vários gestores; **2.1.** A gestão da biodiversidade em Portugal: entre o público e o privado; **3.** Observações finais

0. Através da Resolução 61/203, de 20 de Dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas designou o ano de 2010 como *Ano Internacional da Biodiversidade*. A efeméride é por demais relevante, não tanto a título de comemoração mas antes como um ultimato aos Estados no sentido de tomarem a sério tal problemática. Na verdade, o ano de 2010 foi apontado no *Plano de Implementação de Joanesburgo (2002)* como o momento de balanço da tendência de inversão desejada, o ponto de viragem "in the current

* Agradeço ao Dr. Tiago Antunes a leitura atenta de uma primeira versão deste trabalho e as suas sugestões de benfeitorias. Erros e omissões são da minha exclusiva responsabilidade.

rate of biodiversity loss" (§44). Nesta linha, o *Plano de Acção da União Europeia para a Biodiversidade* fixa identicamente em 2010 um primeiro patamar de análise dos frutos da estratégia de recuperação¹. Breve utopia, que na Cimeira dos Ministros do Ambiente do G8 do ano passado saiu desmascarada da *Declaração de Siracusa*, onde se protela para um pós-2010 uma estratégia de salvação da biodiversidade exangue (cfr. o Considerando VIII do Preâmbulo)²...

A tarefa é, decerto, hercúlea. Como fica demonstrado do *Global Biodiversity Observatory 3* (GBO3-2010), disponibilizado pela ONU no mês passado³, nenhum Governo se reclama ter cumprido integralmente as metas fixadas e um em cada cinco Estados-parte confessa ter ficado totalmente aquém dos objectivos. Não só o ritmo de degradação é assustador, como a multiplicidade das causas, todas de origem humana (destruição de habitats; introdução de espécies invasivas; sobreexploração; poluição), torna complexa a missão. Acresce o facto de a "ditadura" da luta contra as alterações climáticas ter pontificado nos últimos anos, deixando na sombra as vertiginosas perdas de biodiversidade, tão ou mais preocupantes, tão ou mais irreversíveis⁴.

¹ Disponível em:

http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/sec_2006_621.pdf

² Disponível em:

http://www.g8ambiente.it/public/images/20090424/docita/09_04_24_Carta%20di%20Siracusa%20sulla%20Biodiversit%C3%A0.pdf

³ Acessível em: <http://gbo3.cbd.int/the-outlook/gbo3/foreword/foreword-by-the-united-nations-secretary-general.aspx>

⁴ Com efeito, o excessivo protagonismo da problemática da luta contra as alterações climáticas revela-se prejudicial a dois títulos: por um lado, porque desvia a atenção do fenómeno da perda acentuada de biodiversidade e, por outro lado, porque, apesar de as Convenções-quadro sobre a luta contra as alterações climáticas e sobre a Diversidade Biológica terem sido geradas no seio da ECO92 e assinadas na sua sequência, não existe na Convenção sobre a Diversidade Biológica — nem, de resto, nas convenções sobre protecção da biodiversidade em geral — qualquer mecanismo de adaptação (nomeadamente ao nível das obrigações de conservação *in* e *ex situ*, previstas nos artigos 8 e 9) às consequências do aquecimento global. Desenvolvidamente sobre esta lacuna, que se vem revelando dramática, Arie TROUWBORST, **International nature conservation law and the adaptation of biodiversity to climate change: a mismatch?**, in *Journal of Environmental Law*, 2009/3, pp. 419 segs, 426 segs.

Segundo dados da União para a Conservação da Natureza⁵, 70% dos recifes de coral (que são abrigo de múltiplas espécies e por isso fonte de alimento, asseguram protecção contra tempestades, além de constituírem fascinantes zonas de lazer) foram destruídos ou estão gravemente ameaçados; 17.291 espécies de 47.677 monitorizadas estão ameaçadas de extinção; dos 5.490 mamíferos recenseados no Planeta, 79 estão extintos, 188 criticamente ameaçados, 449 ameaçados e 505 vulneráveis; no que toca a anfíbios, 1.895 de 6.285 encontram-se em vias de extinção, constituindo o grupo de maior risco da actualidade. Estamos em face da maior extinção massiva desde que os dinossauros desapareceram da Terra, há 65 milhões de anos⁶.

Esta constatação não preocupa apenas os ecologistas mas também os economistas. No Relatório *The Economics of Ecosystems and Biodiversity* (TEEB Report), elaborado por uma equipa de mais de 100 cientistas e economistas liderada por Pavan Sukhdev sob a égide do Programa das Nações Unidas para o Ambiente e com o auxílio financeiro da União Europeia, Alemanha, Reino-Unido, Holanda, Noruega e Suécia, apresentado em Bruxelas em Novembro de 2009, ficam bem demonstrados os custos da perda de biodiversidade⁷. O

⁵ Cfr. http://www.iucn.org/iyb/about/biodiversity_crisis/ consultado em 14 de Março de 2010.

⁶ Sobre a evolução da biodiversidade na história da Humanidade, Humberto ROSA, **Conservação da biodiversidade: significado, valorização e implicações éticas**, in RJUA, nº 14, 2000, pp. 9 segs, 23 segs.

⁷ Lembre-se o precedente, em sede de luta contra as alterações climáticas, traduzido no *Stern Review on the Economics of Climate Change* – acessível em http://www.hm-treasury.gov.uk/sternreview_index.htm. Nas palavras do próprio Nicholas Stern, na primeira apresentação pública do Relatório, em 30 de Outubro de 2006 (ponto II – **Impacts, cost, targets**),

"What are the costs of doing nothing? We have to try to model the dangerous risks we have been discussing. We have to look out over 100-200 years when the big effects of our actions over the next 50 years will come through. When we do this in a way that averages across risks, time, and countries, we calculate that the damages from business-as-usual would be equivalent to at least 5 and up to 20% of consumption a year, depending on the types of risks and effects included. The first effects of climate change are already evident, but it is still some time before impacts and risks on this scale will appear. But given the lags, action to head off these risks is urgent.

What are the costs and benefits of taking action? The costs of removing most of that risk, getting to 550 or below, are around 1% of GDP [PIB] per year. The cost could

estudo refere que as áreas protegidas ocupam cerca de 14% da superfície do globo, sendo 5,9% zonas ribeirinhas e apenas 0,5% alto-mar; perto de 1/6 da população global depende das áreas protegidas para assegurar uma grande percentagem de actividades ligadas à sobrevivência. Um investimento de 45 biliões de dólares em áreas protegidas poderia salvaguardar a produção de utilidades naturais de 5 triliões de dólares por ano, incluindo sequestro de carbono, protecção e purificação de recursos hídricos e defesa contra cheias. Há também que considerar as vantagens ao nível do emprego – é apresentado o exemplo da Bolívia, cujo segmento de mercado ligado ao turismo de Natureza em áreas protegidas gera cerca de 20.000 postos de trabalho, suportando indirectamente mais de 100.000 pessoas⁸.

Alguns Estados, mais do que terem já tomado consciência do filão da biodiversidade, deram-se conta que prevenir a degradação de recursos biológicos pode constituir uma opção eficiente e rentável dos dinheiros públicos, além de garantir uma melhor qualidade de vida às populações, tanto no curto como no longo prazo. Na Venezuela, por exemplo, o investimento em áreas protegidas tem reduzido a sedimentação dos solos, que redundaria numa perda de rendimento agrícola estimado em 3,5 milhões de dólares por ano, enquanto que, no

be above or below 1% depending on policies, technological progress and ambitions but would be in this region. This is equivalent to paying on average 1% more for what we buy - the price rise for carbon-intensive goods would be higher and for low carbon-intensive goods would be lower – it is like a one-off increase by 1% in the price level. That is manageable; we can grow and be green.

We can go further than this. There will be new opportunities; new markets worth \$100s bn p.a. Economically speaking, mitigation is a very good deal. Business-as-usual, on the other hand, will eventually derail growth".

⁸ Em Portugal, Cristina Marta-Pedroso, na sua investigação de doutoramento, demonstrou que o donativo pessoal de 30,4 euros, convertido numa anuidade constante a 40 anos, resultava em 446,00 euros/hectare por ano – ou seja, um valor muito inferior aos custos de 89 a 160 euros/ano provocados pela erosão do solo, perda de nutrientes, degradação de espécies e diluição da identidade da paisagem. Isto significa que a sociedade auferir um benefício líquido de 286 a 357,00 euros por hectare/ano com este projecto: ganha entre o dobro e o triplo do que gasta com ele – Andam à procura de um preço para a biodiversidade, acessível em <http://ecosfera.publico.pt/noticia.aspx?id=1433434>.

Vietname, o plantio de 12,000 hectares de mangue custou mais de 1 milhão de dólares mas evitou um gasto anual de mais de 7 milhões de dólares em manutenção de diques⁹.

Estas análises incidem sobre o valor instrumental da biodiversidade, que pode dividir-se em *valor económico directo e indirecto*. Enquanto o valor económico directo se prende com as utilidades imediatas da biodiversidade (como matérias-primas), o indirecto traduz a valia do recurso enquanto fonte de "serviços": turismo, emprego, educação. Há ainda que considerar o *valor de opção*, no qual reside o potencial de benefício futuro do recurso¹⁰.

Vale a pena ouvir SUKHDEV, em declaração proferida na conferência de imprensa de apresentação do Relatório (realçados nossos):

"Nature's multiple and complex values have direct economic impacts on human well being and public and private spending. **Recognizing and rewarding the value delivered to society by the natural environment must become a policy priority.**

The economic invisibility of ecosystems and biodiversity is increased by our dominant economic model, which is consumption-led, production-driven, and GDP-measured. This model is in need of significant reform. The multiple crises we are experiencing – fuel, food, finance, and the economy – serve as reminders of the need for change.

It is now up to governments to provide fiscal or other incentives to move us from short-term opportunism to long term stewardship. The right policies can help us move toward a resource efficient economy".

⁹ Informação disponível em http://www.eurekalert.org/pub_releases/2009-11/haog-trr111309.php, consultado em 14 de Março de 2010.

¹⁰ Humberto ROSA, **Conservação da biodiversidade...**, cit., pp. 26 segs.

Dos dados ecológicos aos números económicos, as conclusões tiram-se rapidamente: 3.100 milhões de euros/ano (correspondentes a 6% do PIB mundial) são o custo das perdas de biodiversidade até ao ano 2050, se os *modus operandi* se mantiverem inalterados. É tempo de atentar na natureza mista dos bens em análise¹¹. Mais do que apenas um lirismo de alguns amantes da Natureza, mais do que uma bandeira das associações ecologistas, a protecção da biodiversidade pode ser rentável e gerar votos para os governantes que adoptarem políticas concretizadoras de tal desígnio, além de criar riqueza para grandes e pequenos investidores. *Money makes the world go around and biodiversity makes it more beautiful...*

Mas o que é, afinal, a **biodiversidade**? É, desde logo, um comodismo linguístico, uma expressão de imediatismo mediático importada da literatura anglo-saxónica, que une os termos *diversidade biológica* numa única palavra¹². Esta última é, com efeito, a fórmula que encontramos no documento internacional de referência: a *Convenção para a Diversidade Biológica* (=CDB), assinada em 1992, na sequência da Conferência do Rio e em vigor desde Dezembro de 1993¹³. O artigo 2º desta Convenção define *Diversidade biológica*: "variabilidade entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo, *inter alia*, os ecossistemas terrestres, marinhos, e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas"¹⁴.

¹¹ Uma análise sintética deste relatório pode ver-se no artigo **Reconnaître la valeur économique da le Nature**, pp. 10/12, publicado na *Natura 2000 - Lettre d'information nature et biodiversité Commission Européenne*, nº 27 (2009), acessível em http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/nat2000newsl/nat27_fr.pdf.

¹² Michel DUROUSSEAU, **Le constat: la biodiversité en crise**, in *RJE*, nº especial 2008, pp. 11 segs, 11.

¹³ Portugal ratificou a CDB através do Decreto 21/93, de 21 de Junho.

¹⁴ Uma síntese analítica dos instrumentos internacionais que actualmente regem a protecção da biodiversidade pode ver-se em Rosemary RAYFUSE, **Biological resources**, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, coord. de Daniel Bodansky, Jutta Brunée e Ellen Hey, Chippenham, 2007, pp. 362 segs.

A diversidade biológica está para os ecossistemas naturais como a diversidade cultural está para os sistemas sociais¹⁵: trata-se de preservar a pluralidade e alternância de elementos e de promover a sua complementaridade, com vista à manutenção de um nível de regeneração adequado. A dificuldade de apreensão do objecto da biodiversidade é comparável, todavia, à insusceptibilidade de definir a noção de cultura, facto que contribuiu para a qualificação da CDB como *Convenção Onibus* ou *Convention for all life on Earth*¹⁶. A omnicomprensividade do termo compromete a sua operacionalidade mas, em contrapartida, a vaguidade da fórmula terá sido a razão da adesão massiva dos Estados¹⁷, aliada à fragilidade impositiva das normas contidas na CDB¹⁸. Para o público em geral, porém, a noção não é de longe tão apelativa – porque demasiado elusiva – como o aquecimento global ou a redução da camada de ozono. E para os jusambientalistas, o conceito revela-se falho de densidade ("it lacks issue salience") e, conseqüentemente, de árdua dogmatização¹⁹.

Apesar da centralidade da CDB em tema de protecção da biodiversidade, cumpre assinalar, por um lado, que a protecção da fauna, flora e seus habitats já vinha sendo objecto de atenção do Direito Internacional há algumas décadas. Por outro lado, a CDB, sobretudo por se tratar de uma convenção-quadro de abrangência

¹⁵ Cfr. o artigo 1 da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, assinada em Paris, no âmbito da UNESCO, em 2 de Novembro de 2001 (realçado nosso):

*"Culture takes diverse forms across time and space. This diversity is embodied in the uniqueness and plurality of the identities of the groups and societies making up humankind. **As a source of exchange, innovation and creativity, cultural diversity is as necessary for humankind as biodiversity is for nature.** In this sense, it is the common heritage of humanity and should be recognized and affirmed for the benefit of present and future generations"*.

¹⁶ Désirée McGRAW, **The CDB – Key characteristics and implementation**, in *RECIEL*, 2002/1, pp. 17 segs, 23.

¹⁷ A CDB conta com 193 Estados-partes e 168 ratificações. Entre as ausências do universo de Estados ratificantes, a mais impressionante é a dos EUA. Cfr. <http://www.CDB.int/convention/parties/list/> – consultado em 15 de Março de 2010.

¹⁸ Desenvolvidamente sobre os antecedentes da CDB e sobre o sentido e alcance das suas normas, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine RIDGEWELL, **International Law & the Environment**, 3ª ed., Oxford, 2009, pp. 612 seg

¹⁹ Désirée McGRAW, **The CDB...**, *cit.*, p. 23.

universal, não é o único instrumento a ter em conta no plano da tutela da biodiversidade (cfr., aliás, o seu artigo 22) – embora a opção da concentração de regimes num modelo de *convenção guarda-chuva* tenha sido debatida (mas rejeitada pelos problemas práticos, jurídicos e políticos que levantava)²⁰. Faremos alusão a algumas destas convenções em 1..

A tutela da diversidade biológica é encarada pela CDB como *common concern of mankind* (Preâmbulo, 3º Considerando), não tendo logrado penetrar no seu texto a ideia de *common heritage of mankind* que encontramos na *Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar*, por exemplo, a propósito da figura da Área (artigo 137), ou no *Tratado sobre a Lua e outros corpos celestes* (artigo 11). A dificuldade de alcançar consenso neste ponto decorre desde logo do facto de a diversidade biológica se encontrar, numa larga escala, em territórios sob jurisdição estadual, vinculação situacional que entraria certamente em choque (jurídico mas sobretudo político) com a noção de património comum da Humanidade. Depois, deve sublinhar-se que a CDB abandona a pura perspectiva conservacionista e adopta uma postura de incentivo à utilização racional dos recursos biológicos – em primeira linha, pelos Estados em cujo espaço de jurisdição eles se encontram e com o único limite de *alterum non laedere* (artigo 3).

Acresce que, ainda que a CDB apele à partilha justa e equitativa dos recursos genéticos e exorte os Estados desenvolvidos a fortalecer a capacidade dos Estados menos desenvolvidos com vista à exploração *in situ* daqueles recursos, certo é que não deixa de inscrever o direito de acesso de Estados terceiros a estas riquezas, ainda que sujeito a

²⁰ Cfr. Désirée McGRAW, *The CDB...*, cit., p. 19. A autora sublinha que, embora a CDB (ao contrário da Convenção-quadro sobre a luta contra as alterações climáticas) não incorpore, no seu nome, a referência a que se trata de uma convenção-quadro, na realidade é essa a sua natureza. Diferentemente da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que pode ser considerada uma *umbrella convention* na medida em que absorve regimes anteriores relacionados (numa perspectiva retroactiva), a CDB constitui-se como base de construção de futuros regimes de protecção da biodiversidade no plano global (numa perspectiva proactiva).

consentimento prévio fundamentado (e presumivelmente livre...) do Estado detentor das mesmas (artigo 15). Finalmente, a CDB toma um partido claramente antropocêntrico na questão da tutela da diversidade biológica, como fica bem patente na referência ao seu "valor ou utilidade actual ou potencial para a humanidade", bem como ao seu "potencial para satisfazer as necessidades e as aspirações das gerações actuais e futuras" (artigo 2)²¹ – confronte-se esta postura com a da *World Charter for Nature* (aprovada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7, de 28 de Outubro de 1982, cujo preâmbulo serve de mote a este texto e cujo conteúdo, desde logo por se tratar de um documento sem natureza vinculativa, é cristalinamente ecocêntrico).

Ou seja, e parafraseando SWANSON, "a CDB nasce de um interesse comum na gestão coordenada de recursos próprios, não de um interesse comum de gestão de recursos comunitarizados"²². A tutela da biodiversidade pode justificar a regulamentação internacional de aproveitamento de bens cuja relevância para a sobrevivência da Humanidade no planeta é vital, mas não chega ao ponto de os qualificar – nem directa, nem mediatamente – como sujeitos a um esquema de gestão internacional, à semelhança da Área. O valor da biodiversidade, conquanto possa legitimar a adopção pontual de medidas de restritividade máxima a certas modalidades de aproveitamento plenamente enraizadas, não chega a impor-se como autenticamente metaestadual, na medida em que a adopção de tais medidas depende, em primeira e última instância, da vontade dos Estados.

Temos, portanto, um valor que consubstancia uma "preocupação comum para toda a Humanidade" mas que é gerido, em primeira linha,

²¹ Sem embargo da nota de abertura ecocêntrica do 1º considerando do Preâmbulo, que sublinha o "valor intrínseco da diversidade biológica", logo matizado pelos dois considerandos seguintes, de feição mais antropocêntrica.

²² Timothy SWANSON, **Why is there a Biodiversity Convention? The international interest in centralized development planning**, in *International Affairs*, 1999/2, pp. 307 segs, 311.

domesticamente e, no que é internacionalizável, subordinado às escolhas políticas dos Estados, com a única ressalva da responsabilização por danos a terceiros em virtude de actividades que envolvam a gestão da biodiversidade. Deste aparente (?) paradoxo nos ocuparemos em **2.**, sempre no intuito de entrelaçamento de reflexões no plano geral com soluções da lei portuguesa.

1. A preocupação com a conservação da natureza não constitui invenção do século XX, antes se vislumbrando em momentos históricos bem anteriores²³. Ponto é saber qual o fundamento que lhe presidia: se ecológico, se económico. Com efeito, já no século XVII o Ministro da Economia de Luís XIV, Jean-Baptiste Colbert, foi mentor da *Grande Ordonnance des eaux et forêts* (1669), segundo a qual se estabeleceram limites ao abate de árvores em terrenos públicos e privados, com vista a reservar madeira para a construção de barcos aptos a singrar os oceanos e a promover o comércio ultramarino. No plano internacional, logo nos alvares do século XX, tanto a *Convenção para a protecção de pássaros úteis à agricultura* (assinada em Paris em 1902), como duas convenções sobre a captura de focas (ambas datadas de 1911: uma celebrada entre os EUA e o Reino-Unido, e outra entre Reino-Unido, Japão e Rússia) deixam bem patentes os seus desígnios utilitaristas, fixando, através de contingentes, limites de captura.

Ao longo do século XX, outros documentos podem ser referenciados, acentuando, todavia, a mesma perspectiva utilitária de base. Exemplos como o da *Convenção de Londres relativa à protecção da fauna e da flora em estado selvagem* (1933), de aplicação circunscrita ao continente africano e o da *Convenção de Washington sobre a protecção da flora, fauna e belezas panorâmicas naturais da América* (1940) devem ser mencionados, pelo seu pioneirismo na adopção de

²³ Sobre o papel do Direito na conservação da Natureza, vejam-se Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine RIDGEWELL, *International Law...*, cit., pp. 593 segs.

institutos como as áreas protegidas e os parques naturais, bem assim como pela criação de regras de limitação à exportação de troféus de caça. O *leitmotif* destas convenções era a salvaguarda dos interesses dos utilizadores destas zonas, *maxime* caçadores.

O ano de 1948 deve ser destacado, não propriamente em termos de surgimento de instrumentos regulativos, mas antes porque nele se assiste à criação da *União Internacional para a Protecção da Natureza* – em 1956 renomeada *União Internacional para a Conservação da Natureza*, designação que conserva. Esta Organização, constituída ao abrigo do Código Civil suíço como associação internacional de natureza privada, congrega mais de 1.000 associados, entre organizações governamentais (cerca de 200) e não governamentais (cerca de 800), e conta com o apoio especializado e voluntário de quase 11.000 cientistas em mais de 160 Estados. Rege-se por princípios de democraticidade interna, que se traduzem na eleição do Conselho Executivo por todos os membros reunidos em Congresso, com mandato de 4 anos. Estabelece parcerias com centenas de organismos públicos e privados em todo o mundo, contando com 60 delegações espalhadas pelo globo e tem sede em Gland, na Suíça. Promove milhares de programas de apoio à conservação e gestão racional dos recursos naturais e tem tido participação activa na elaboração de centenas de convenções relativas à protecção da biodiversidade (de entre as quais, a CDB). O seu financiamento é assegurado por Governos, organizações internacionais e agentes privados. A importância do seu papel é universalmente reconhecida, a ponto de lhe ter sido concedido o estatuto de observadora na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas²⁴.

1968 foi um ano simbólico a vários títulos, o mais conhecido dos quais envolve a convocação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da conferência de Estocolmo, através da Resolução 2398 (XXIII), de 3 de

²⁴ Estas e outras informações podem ser obtidas através da consulta do site da Organização: <http://www.iucn.org/>.

Dezembro. No plano da protecção da biodiversidade, contudo, o ano de 1968 deve também ser destacado, pois acolheu a revisão da Convenção de Londres de 1933, acima mencionada, pela *Convenção africana sobre a conservação da natureza e dos recursos naturais*, assinada em Algiers. Este documento é, na expressão de KISS e BEURIER²⁵, modelar: por um lado, porque abrange um grande número de recursos, renunciando a transição da protecção estanque de componentes ambientais naturais para uma tutela integrada da diversidade biológica (fauna, flora, água, solo); por outro lado, na medida em que, apesar do conteúdo vago da maior parte das suas normas, introduz dois importantes princípios para o tema que nos ocupa: de uma banda, o da preferência pela protecção *in situ* e, de outra banda, o da responsabilidade primacial do Estado de "residência" de espécies raras face à sua preservação (princípios que viriam a ter eco global na CDB, mais de vinte anos depois).

A *Convenção sobre zonas húmidas de importância internacional especialmente como «habitat» de aves aquáticas*, assinada no âmbito da UNESCO em Ramsar, em 1971, vem acrescer à lista de instrumentos da geração pré-CDB, bem assim como a importante *Convenção sobre o comércio internacional das espécies de fauna e flora selvagens ameaçadas de extinção*, concluída em Washington em 1973 (mais conhecida como Convenção CITES). Pelo meio – e na sequência imediata da Cimeira de Estocolmo – detectamos a primeira Convenção com vocação mundial de aplicação em sede de património natural (e cultural)²⁶, aprovada no âmbito da UNESCO em Novembro de 1972 (*Convenção para a protecção do património mundial cultural e natural* – cfr. o artigo 2, max. §§2º e 3º, reportando-se a zonas que constituem habitats de espécies animais e vegetais

²⁵ Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER, **Droit International de l'Environnement**, 3ª ed., Paris, 2004, p. 31.

²⁶ Esta Convenção conta hoje com 186 Estados-parte: cfr. <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13055&language=E&order=alpha>, consultado em 18 de Março de 2010.

ameaçadas e a zonas naturais estritamente delimitadas, respectivamente, ambos com excepcional valor do ponto de vista da ciência e conservação)²⁷.

Foi sem dúvida em Estocolmo que ganhou amplificação universal o grito de alarme sobre a degradação vertiginosa dos recursos naturais, como se pode ler no Preâmbulo da Declaração resultante da primeira Cimeira Ambiental mundial realizada em 1972 naquela cidade sueca:

"6. A point has been reached in history when we must shape our actions throughout the world with a more prudent care for their environmental consequences. Through ignorance or indifference we can do massive and irreversible harm to the earthly environment on which our life and well being depend. Conversely, through fuller knowledge and wiser action, we can achieve for ourselves and our posterity a better life in an environment more in keeping with human needs and hopes. There are broad vistas for the enhancement of environmental quality and the creation of a good life. What is needed is an enthusiastic but calm state of mind and intense but orderly work.

(...)

7. (...) A growing class of environmental problems, because they are regional or global in extent or because they affect the common international realm, will require extensive cooperation among nations and action in international organizations on the common interest. The Conference calls upon Governments and peoples to exert common efforts for the preservation and improvement of the human environment, for the benefit of all the people and for their posterity".

²⁷ As Convenções de Ramsar, CITES, UNESCO e a CDB são, segundo Arie TROUWBORST (**International nature...**, cit., pp. 423-424), os *Big-four* instrumentos de âmbito global em sede de protecção internacional da biodiversidade.

No que tange concretamente os recursos do que mais tarde viria a ser designado sob a fórmula síntese de *biodiversidade*, a Declaração, logo no princípio 2, apelava à gestão racional, em benefício da geração presente e das futuras, encadeando-a imediatamente no princípio 3 com a afirmação da necessidade de manutenção e mesmo de elevação, quando possível, da capacidade regenerativa de recursos renováveis. Termina este ponto específico com uma expressa referência, no princípio 4, à importância da preservação e gestão do património da vida selvagem e seus habitats (*the heritage of wildlife and its habitat*) e ao imperativo de respeito por estes valores através das operações de planeamento económico.

Este discurso, transbordante de ingénua esperança, não conseguiu inverter a dura realidade de delapidação de recursos naturais e manutenção de intoleráveis níveis de poluição, como se veio a comprovar no Rio, 20 anos mais tarde. Terá sido necessária a emergência de causas mais mediaticamente mobilizadoras como a redução da camada de ozono e sobretudo o aquecimento global para que o apelo de Estocolmo começasse a ser levado a sério pela comunidade de Estados e povos a nível global – e, ainda assim, com um índice de sucesso muito discutível.

Inquestionável parece ter sido o impulso de Estocolmo à produção normativa internacional em múltiplos planos da realidade ambiental, com uma clara tendência de abordagem sectorial (por agente poluente) ou geográfica (por área de aplicação) – tendência que seria invertida no pós-Rio, com uma aposta na abordagem global²⁸. Estes novos instrumentos, que denotam uma intenção de introduzir disciplina, mais ou menos rígida, no plano da gestão ecológica dos recursos naturais, adensam a já intrincada trama que se começara a tecer nos anos 1960. O apelo a um *trabalho intenso mas ordenado* feito na Declaração de Estocolmo não terá tido concretização plena, na

²⁸ Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER, **Droit International...**, *cit.*, pp. 47-48.

medida em que o aumento de regulação não corresponde automaticamente ao incremento efectivo do nível de protecção.

Ao contrário, a multiplicação de instrumentos gera fragmentação e sobreposição potenciadoras de conflitos positivos de aplicação das normas, os quais fazem despontar dúvidas e por vezes litígios (e eventual responsabilidade internacional por incumprimento de compromissos validamente assumidos). O artigo 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) é curto para resolver (todos) os problemas emergentes de sobreposição de convenções de Direito Internacional do Ambiente tais como a ausência de reciprocidade, a revisibilidade intrínseca da regulação, a preferência por um nível elevado de protecção, a interdependência física dos fenómenos que acarreta uma eficácia *de facto* das disposições convencionais em face de Estados não partes... A questão não é apenas, portanto, de identidade ou alteridade de partes ou de *lex posterior lex anterior derogat*, antes envolvendo um conjunto de problemas, jurídicos e técnicos, que reclama normas de conflito específicas²⁹.

Esta é uma *magna quaestio* do Direito Internacional do Ambiente, quiçá inevitável. Se no plano interno a articulação entre instrumentos se torna complexa, ficando pendente de um diálogo estreito e eficaz entre as entidades responsáveis pela elaboração de instrumentos de planeamento territorial, que dizer do plano internacional, no qual o espaço, os problemas e os intervenientes se multiplicam exponencialmente, não havendo uma entidade coordenadora ao nível

²⁹ Lamentando identicamente a inexistência de critérios materiais de resolução de conflitos de vigência entre tratados sucessivos no artigo 30 da Convenção de Viena (limitando-se este a apelar à compatibilização ou a resignar-se à solução da responsabilidade internacional), Fernando LOUREIRO BASTOS, **A internacionalização dos recursos naturais marinhos**, Lisboa, 2005, pp. 811-813.

Veja-se também, em geral, sobre o tema, Alan BOYLE, **Relationship between international environmental law and other branches of International Law**, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, coord. de Daniel Bodansky, Jutta Brunée e Ellen Hey, Chippenham, 2007, pp. 125 segs, 132-136. Em especial sobre o critério *lex specialis derogat legi generali* no confronto entre a Convenção-quadro sobre as alterações climáticas e a Convenção sobre o Património Mundial Cultural e Natural, William BURNS, **Belt and suspenders? The World Heritage Convention's role in confronting climate change**, in *RECIEL*, 2008/2, pp. 148 segs, 157 segs.

global? E mesmo que esta existisse, sempre a variedade de componentes ambientais, com necessidades específicas, desaconselharia a *reductio ad unum* no plano dos instrumentos regulatórios. Já para não mencionar a linha diferenciadora que sempre (enquanto o paradigma da soberania se não esfumar, pelo menos...) será imprescindível traçar entre a gestão de recursos submetidos à soberania estadual e aqueles que se encontram em *terra de ninguém*.

Enfim, de entre as convenções impulsionadas pela vaga de fundo de Estocolmo cumpre assinalar, com maior relevância para o contexto nacional: a *Convenção de Ramsar sobre zonas húmidas*, supra referenciada³⁰, a *Convenção sobre a conservação das espécies migratórias pertencentes à fauna selvagem*, adoptada em Bona em 1979³¹; a *Convenção relativa à conservação da vida selvagem e dos habitats naturais da Europa*, assinada em Berna em 1979³²; a *Convenção para a protecção do meio marinho do Atlântico nordeste* (mais conhecida por *Convenção OSPAR*)³³, celebrada em Paris em 1992, bem como ambas as Convenções adoptadas sob a égide da ONU e com relevância para a biodiversidade —, a *Convenção de Montego Bay*, de 1982³⁴ (cuja parte XII é inteiramente dedicada à protecção do ambiente marinho) e a CDB. É com elas que se entretece a malha que vamos observar de seguida.

1.1. Conservar a natureza e promover a gestão racional dos recursos naturais são dois objectivos cimeiros do Estado português, como pode ler-se nas alíneas c) e d) do nº 2 do artigo 66º da Constituição. Estes objectivos têm eco na Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril = LBA), cujas alíneas d) e e) do artigo 4º acentuam a necessidade de protecção da biodiversidade através de instrumentos vários, com

³⁰ Ratificada por Portugal através do Decreto 101/80, de 9 de Outubro.

³¹ Ratificada por Portugal através do Decreto 103/80, de 11 de Outubro.

³² Ratificada por Portugal através do Decreto 95/81, de 23 de Julho.

³³ Ratificada por Portugal através do Decreto 59/97, de 31 de Outubro.

³⁴ Ratificada por Portugal através do Decreto 67-A/97, de 14 de Outubro.

vista a estabelecer um *continuum naturale*³⁵. O artigo 27º da LBA, que enumera os instrumentos de operacionalização da política de ambiente, dedica as cinco primeiras alíneas à conservação da natureza. Logo de seguida, o artigo 28º alude à estratégia nacional de conservação da Natureza, a submeter pelo Governo à Assembleia da República³⁶, e o artigo 29º/1 dá o tom para a introdução no palco da protecção ambiental de uma rede nacional de áreas protegidas que salvguarde e promova a continuidade e coerência do ecossistema.

O actual quadro normativo da protecção da Natureza no sistema português está contido no DL 142/2008, de 24 de Julho³⁷ (Regime jurídico de conservação da Natureza e da biodiversidade = RCNB). Trata-se de um regime em que, sob o guarda-chuva da *Rede Fundamental de Conservação da Natureza* (=RFCN), se acolhem realidades de natureza diversa, quer do ponto de vista dos componentes ambientais, quer da fonte de onde provêm. Com efeito, de acordo com o artigo 5º do RCNB, na RFCN coexistem, de um lado, a Reserva Ecológica Nacional (=REN), a Reserva Agrícola Nacional (=RAN) e zonas integrantes do domínio público hídrico – consideradas *áreas de continuidade*³⁸ – e, de

³⁵ Nos termos do artigo 5º/2/d) da LBA, "Continuum naturale é o sistema contínuo de ocorrências naturais que constituem o suporte da vida silvestre e da manutenção do potencial genético e que contribui para o equilíbrio e estabilidade do território".

³⁶ Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros 152/2001, de 11 de Outubro. Esta Estratégia mereceu um primeiro *Relatório de Execução* elaborado pelo ICNB, apresentado em 27 de Julho de 2009 (susceptível de consulta em <http://portal.icnb.pt/ICNBPortal/vPT2007/O+ICNB/Documents+de+refer%C3%A2ncia/Estrat%C3%A9gia+Nacional+da+Conserva%C3%A7%C3%A3o+da+Natureza+e+da+Biodiversidade/?res=1440x900>), o qual foi objecto de duras críticas por parte das associações ambientalistas, desde logo por o próprio ICNB constatar a falta de informação plena e fidedigna sobre os elementos da biodiversidade nacional, lacuna que, segundo o GEOTA, torna impossível a elaboração de qualquer Relatório fidedigno (cfr. <http://www.geota.pt/scid/geotaWebPage/printArticleViewOne.asp?categoryID=720&articleID=2117>).

³⁷ Sobre este regime, veja-se José Mário FERREIRA DE ALMEIDA, **O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da Natureza**, publicado neste e-book.

Sobre o anterior enquadramento legal, Maria Alexandra ARAGÃO, **Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 – alguns problemas**, in *Revista do CEDOUA*, 2002/2, pp. 13 segs, esp. 15-17.

³⁸ Nos termos do nº 2 do preceito, áreas de continuidade "estabelecem ou salvaguardam a ligação e o intercâmbio genético entre as diferentes áreas nucleares de conservação, contribuindo para uma adequada protecção dos recursos naturais e

outro lado e sob um outro guarda-chuva denominado *Sistema Nacional de Áreas de Conservação* (=SNAC), áreas classificadas várias. O artigo 2º/2 do RCNB estabelece que subsistem os regimes especiais aplicáveis à REN³⁹, RAN⁴⁰, domínio público hídrico, e aos recursos florestais, fitogenéticos, agrícolas, cinegéticos, pesqueiros e aquícolas das águas interiores.

No sistema nacional, estas zonas convivem com áreas classificadas por decreto regulamentar (áreas protegidas de âmbito nacional: artigo 14º/3 do RCNB) – entre estas, os parques nacionais e os parques naturais dispõem obrigatoriamente de um plano de ordenamento: artigo 23º/1 do RCNB; enquanto as reservas naturais e paisagens protegidas de âmbito nacional podem dispor de plano de ordenamento: artigo 23º/2 do RCNB) –, por deliberação autárquica (áreas protegidas de âmbito regional ou local: artigo 15º/2 do RCNB), por regulamento regional da autoria do responsável pela pasta do Ambiente, nas Regiões Autónomas, nos termos de legislação de adaptação (cfr. o artigo 54º do RCNB), por acto supranacional (artigo 27º do RCNB) – sendo certo que o regime aplicável nestes casos é o do acto de classificação nacional, quando houver coincidência com áreas protegidas de nível nacional (nº 3 do artigo 27º citado)⁴¹.

para a promoção da continuidade espacial, da coerência ecológica das áreas de classificadas e da conectividade das componentes da biodiversidade em todo o território, bem como para uma adequada integração e desenvolvimento das actividades humanas".

³⁹ Para o elenco de áreas abrangidas na REN, veja-se o artigo 4º do DL 166/2008, de 22 de Agosto. As condicionantes de uso e utilização destas áreas estão enunciadas no artigo 20º do mesmo diploma.

⁴⁰ A composição da RAN é determinada pelos artigos 8º do DL 73/2009, de 31 de Março), por referência ao artigo 6º (integração genérica), e 9º (integração específica). As condicionantes de uso e utilização destas áreas estão enunciadas nos artigos 20º e segs do mesmo diploma

⁴¹ Note-se que neste caso, diferentemente do que se passa em termos de relação entre o RCNB e outros regimes como a REN, o legislador não frisou a especialidade. Entendemos que ela deve ser tida por implícita, dado que se trata de actos que traduzem a execução de obrigações a que Portugal se vinculou internacionalmente, constituindo-se em responsabilidade internacional se o não fizer. Cumpre, todavia, chamar a atenção para o princípio da protecção mais elevada e efectiva, bem estabelecido em Direito do Ambiente (cfr. o artigo 4º/f) do RCNB; os princípios 13 e 14 da Declaração de Estocolmo; o princípio 11 da Declaração do Rio; o artigo 191/2 do TFUE), que ditará a preferência do instrumento que conferir melhor protecção.

Para acrescer à complexidade descrita⁴², deve ressaltar-se que a conformação das áreas de âmbito regional e local — e, por identidade de razão, a das áreas nacionais (cfr. o artigo 14º/1/b) e nº 2 do RCNB) —, pode sofrer alterações decorrentes da mutação dos pressupostos que estão na base da classificação realizada pelo Instituto para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I.P. (=ICNB)⁴³ (que constitui a autoridade nacional), levando à integração ou exclusão de áreas na RNAP (artigo 15º/5)⁴⁴. Esta instabilidade, resultante da mutabilidade endémica das condições do espaço natural, é característica do Direito do Ambiente e provoca uma contínua reavaliação da base de facto sobre a qual recaem as vinculações administrativas, no sentido de que estas não vão além nem se quedem aquém das necessidades reais de tutela.

De diferente teor se afigura a neutralização do interesse de conservação do ambiente em face de outros interesses, sociais e económicos. Pense-se, por exemplo, nas possibilidades de alteração da

⁴² Que é caracterizada, na realidade francesa, por recurso a expressões como "panóplia", "arsenal", "confusão", "labirinto"... — Chantal CANS, **La superposition des statuts protecteurs: un atout pour la diversité biologique!**, in *RJE*, n.º especial, 2008, pp. 149 segs, 151.

⁴³ O ICNB I.P. sucede ao Instituto de Conservação da Natureza (ICN), na sequência da reforma da estrutura operativa do Ministério do Ambiente promovida pelo DL 207/2006, de 27 de Outubro (Orgânica do Ministério do Ambiente). O DL 136/2007, de 27 de Outubro, cria o ICNB, I.P., instituto público integrado na administração indirecta do Estado, sob superintendência e tutela do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento regional.

⁴⁴ Esta susceptibilidade de revisão aplica-se, inclusivamente, às zonas integrantes da rede Natura 2000, nos termos dos artigos 9/2 e 6/4 da Directiva 92/43/CE (*Habitats*), e 4/1 da Directiva 79/409/CEE (*Aves*), apelando à teoria do *contrarius actus* — neste último caso, invocando também um princípio de coerência com o regime da Directiva *Habitats*, que claramente prevê dois tipos de desclassificação: por razões ecológicas, de uma banda, e por razões de sobrevalência de interesses económicos e sujeita a medidas compensatórias, de outra banda — cfr., desenvolvidamente, Henning THOMAS, **Declassification of protected areas under the Habitats and the Wild Birds Directives**, in *EEELR*, 2008/1, pp. 3 segs, 4 segs.

O Tribunal de Justiça já reconheceu, de resto, a possibilidade de desclassificação de uma ZPE em virtude da perda de potencial ornitológico — cfr. o Acórdão de 13 de Julho de 2006 (proc. C-191/05), §13, onde se pode ler que "... a Member State may not reduce the surface area of an SPA [ZPE] or alter its boundaries unless the areas excluded from the SPA are no longer the most suitable territories for the conservation of species of wild birds within the meaning of Article 4(1) of the Directive".

Sobre a hipótese de desclassificação no âmbito da Directiva *Habitats*, cfr. o Caso Leybucht (proc. C-57/89), descrito *infra*, nota 52.

delimitação da REN por motivo de interesse geral ou de desenvolvimento, no seu âmbito, de acções de relevante interesse público (cfr. os artigos 17º e 21º do DL 166/2008, de 22 de Agosto). Ou ponderem-se os mecanismos de revisão e suspensão de planos previstos nos artigos 98º, 99º e 100º do DL 380/99, de 22 de Setembro (alterado e republicado pelo DL 46/09, de 20 de Fevereiro: Regime Jurídico dos instrumentos de gestão territorial), que fazem ceder, em situações teoricamente excepcionais que se têm vindo a banalizar nos últimos anos, as razões de tutela ambiental perante a invocação de situações "de reconhecido interesse nacional ou regional, ouvidas as câmaras municipais das autarquias envolvidas". Enfim, e sem pretensões de exaustividade, reflecta-se nas consequências de uma norma como o artigo 51º/3/b) do RCNB, que impõe a adição aos novos planos de ordenamento de áreas protegidas da referência de que, na falta de autorização ou parecer da autoridade nacional sobre a viabilidade de realização de um projecto ou actividade⁴⁵ a elas sujeito no prazo de 45 dias, o silêncio é entendido como assentimento⁴⁶.

Estes três singelos exemplos denotam a fragilidade do interesse de protecção do ambiente em face da cláusula do "interesse geral", que parece encará-lo como um interesse excêntrico, no duplo sentido que a expressão comporta. Ora, a predominância acrítica da economia sobre a ecologia é desaconselhável tanto do ponto de vista físico, como do jurídico, como mesmo do económico — basta recordar as

⁴⁵ Os condicionamentos ou interdições possíveis decorrentes do estatuto de área protegida estão descritos, de forma genérica, na alínea d) do nº 3 do artigo 14º do RCNB, que versa sobre o conteúdo do acto de classificação, o qual, uma vez sobrevinda a regulação em plano de ordenamento, as absorve (cfr. o artigo 23º/6 do RCNB). Uma imagem mais aproximada das restrições de utilização possíveis encontra-se no Capítulo VII, relativo ao regime sancionatório, cujos artigos 43º e 44º enunciam uma longa lista de contra-ordenações potencialmente aplicáveis, de acordo com as necessidades de protecção específica de cada área protegida.

⁴⁶ Assinale-se que da conjugação entre os artigos 23º/4 do RCNB, e 98º/2 e 99º/3 do Código do Procedimento Administrativo, já resulta que o parecer da autoridade nacional, sendo obrigatório, não é vinculativo; e sendo obrigatório, a sua não emissão não obsta à prossecução do procedimento — o que redundaria em solução materialmente idêntica, desde logo no plano da responsabilização da entidade consultiva.

conclusões do *TEEB Report* mencionadas nas palavras introdutórias a este texto para nos compenetrarmos da verdade desta asserção. Bem pode o legislador apelar à fórmula esfingicamente ambígua do desenvolvimento sustentável (cfr. o artigo 66º/2 da Constituição e o artigo 4º/b) do RCNB) para depois deixar à Administração mãos livres para proceder a composições de interesses conjunturalmente orientadas pela resolução de problemas de curto prazo sem ponderar consequências de médio e longo prazos.

É verdade que as restrições, de maior ou menor intensidade, que podem incidir sobre o uso de zonas classificadas como áreas de protecção da biodiversidade, são susceptíveis de constituir obstáculos ao desenvolvimento económico dos municípios, facto que pode gerar pressões no sentido de alterar a delimitação daquelas, ou de forçar a neutralização do interesse ecológico por razões sócio-económicas. Ciente desta realidade, o legislador previu, no renovado quadro normativo da REN, um mecanismo de perequação compensatória que refreia tais impulsos, oferecendo uma contrapartida aos municípios cuja circunscrição se veja especialmente povoada por terrenos integrados naquela estrutura de protecção (cfr. o artigo 35º do DL 166/2008, de 22 de Agosto). Não seria uma ideia prever mecanismo idêntico para o SNAP?

Sublinhe-se que nem mesmo as zonas que gozam de um índice de eficácia protectora superior por estarem integradas na rede Natura 2000⁴⁷ — em razão do duplo grau de fiscalização jurisdicional que sobre elas *teoricamente* recai: tribunais nacionais, de um lado, e tribunais da União Europeia, de outro, estes tanto no plano da colocação de questões prejudiciais, como e sobretudo no âmbito do contencioso por incumprimento — se encontram imunes à possibilidade de neutralização dos valores naturais por "razões imperativas de reconhecido interesse

⁴⁷ Em geral sobre o regime da rede Natura 2000, Fernando ALVES CORREIA, **Manual de Direito do Urbanismo**, I, 4ª ed., Coimbra, 2008, pp. 294 segs.

público", expressas em despacho conjunto do Ministro do Ambiente⁴⁸ e do Ministro competente em razão da matéria, no qual deve ficar provada a inexistência de soluções alternativas⁴⁹. Ainda que com um grau de discricionariedade mínimo no que tange ao sacrifício de espécies e habitats prioritários, tal subvalorização é admissível nos termos do artigo 10º/10 e 11 do DL 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro⁵⁰ (relativamente às espécies prioritárias, vide o nº 11). Nestas situações, a contrapartida exigida ao operador traduz-se na imposição de "medidas compensatórias", que visam salvaguardar a "coerência interna" da rede Natura 2000, que serão comunicadas à Comissão Europeia.

Estas medidas, que deverão ser aprovadas (apesar do silêncio do diploma) pelo ICNB, concretizam o princípio do poluidor-pagador ou, na terminologia do RCNB, da compensação [cfr. o artigo 4º/d)]. É duvidosa a sua relação com o despacho ministerial que opera o reconhecimento da importância do projecto por razões de imperativo interesse público em total afronta aos valores da biodiversidade tutelados pelo diploma. Se compreendemos, por um lado, que a

⁴⁸ Não esqueçamos que a Declaração de Impacto Ambiental (=DIA) pode, nos termos do DL 69/2000, de 3 de Maio (alterado e republicado pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro) ser recusada por motivos não ecológicos (cfr. o artigo 18º, que entrega a competência de emissão da DIA ao Ministro do Ambiente de forma absolutamente livre em face do relatório da Comissão de Avaliação). Nesse quadro, a *esquizofrenia* do Ministro do Ambiente poderá ser fatal à congruência interna do despacho conjunto, pois no seio da Avaliação de Impacto Ambiental (=AIA) teve uma postura e no procedimento de neutralização dos efeitos da AIA assumirá outra...

⁴⁹ Sublinhe-se o advérbio *teoricamente*, pelo menos no plano nacional. A sindicância de um despacho deste teor, forçosamente junto dos tribunais administrativos, por parte de autores populares ou do Ministério Público, agindo em defesa da biodiversidade, está seriamente comprometida pois, mesmo que passe o obstáculo da qualificação como "acto político" (cfr. o artigo 4º/2/a) do ETAF), a sua natureza intensamente discricionária sempre constituirá um constrangimento ao poder de revisão do juiz administrativo, por se tratar de ingerência num espaço de "valorações próprias da função administrativa".

O Conselho de Estado francês, segundo Chantal CANS (*La superposition...*, cit., pp. 164-165), revela-se olímpicamente indiferente às razões ecológicas que poderiam opor-se à construção de grandes infra-estruturas públicas em áreas classificadas perante a alegação do interesse económico da sua viabilização.

⁵⁰ Detalhadamente sobre este ponto, Tiago ANTUNES, **Singularidades de um Regime Ecológico. O regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais**, publicado neste e-book (ponto 4).

protecção do ambiente não pode constituir-se num desígnio totalitário, não deixamos de observar, por outro lado, que tem que haver um preço deste desvio para uma *legalidade paralela* e que ele se traduzirá, de uma banda, na ponderação exaustiva de motivos de subvalorização do interesse ecológico e, de outra banda, na pontual e plena realização das acções em que se traduzem as medidas compensatórias, sob pena de invalidade (total ou parcial) do acto autorizativo final – onde tais medidas deverão ser inseridas a título de cláusulas modais⁵¹.

De resto, e mesmo reiterando que, numa sociedade aberta e pluralista, não há interesses absolutos, a importância transespacial e transgeracional da salvaguarda da biodiversidade deveria justificar um maior cuidado do legislador na permissão de entrada pela janela a um projecto ao qual tinha fechado a porta – *maxime* se estiverem em causa espécies classificadas na sequência de vinculação internacional, cuja afectação arbitrária fará incorrer o Estado em responsabilidade internacional (no caso de compromissos assumidos perante a União Europeia, sujeita-o a ser perseguido pela Comissão no plano da acção por incumprimento – como, de resto, já aconteceu ao Estado português no caso *Castro Verde*⁵²). A natureza do despacho conjunto

⁵¹ O artigo 121º do CPA admite a introdução de termos, condições e modos no acto administrativo, desde que apresentem uma relação com o fim do acto e respeitem os parâmetros de proporcionalidade – embora não se pronuncie sobre as consequências para o acto autorizativo do não acatamento (total ou parcial) de cláusulas modais pelo destinatário (cfr., sobre este ponto, o nosso **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 604 segs e referências citadas).

⁵² Decidido pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26 de Outubro de 2006, proc. C-239/04. Assinale-se que, neste caso, a condenação ocorreu por detecção, por parte da Comissão e sancionado pelo TJ, de um défice de ponderação de circunstâncias de risco no seio da AIA, que gerou uma DIA favorável quando, no entender da Comissão (e da Quercus, que fez a denúncia), não estavam esgotadas as alternativas e sobretudo, não havia certezas científicas de que a opção por aquele traçado não traria riscos às espécies (o que denota a utilização de uma metodologia de análise de riscos de patamar mais elevado do que o habitual, correspondendo à lógica da precaução – e mesmo tendo ficado provado que a construção do troço não implicara, de facto, qualquer risco para as espécies em jogo – cfr. o §24º).

Um exemplo de reanálise pelo Tribunal de Justiça da União Europeia da decisão política de desafecção de zonas integradas em área protegida ao abrigo da *Directiva Aves* vem descrito no caso *Comissão contra a (República federal da)*

deixa a dúvida jurídica de saber se a sua emissão deverá ser precedida de audiência prévia, à semelhança do que aconteceria relativamente a um acto administrativo. Todavia, certo é que o contraditório social já ocorreu no procedimento de AIA ou na avaliação de incidências ambientais e pode questionar-se a sua necessidade neste momento tão próximo. Mas se a participação pública poderá até ser validamente contornada, pensamos que seria de toda a pertinência fazer intervir no procedimento de emissão do despacho conjunto, a título obrigatório ainda que não vinculativo, o Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável, cujo parecer poderia constituir um factor de legitimação social daquele⁵³.

Estas brevíssimas reflexões deixam entrever que, apesar da densa malha legislativa e regulamentar que a conservação da natureza convoca, a afirmação das vinculações ecológicas é presa fácil dos imperativos de "interesse geral". O regime de conservação da Natureza acaba por traduzir uma mão cheia de regimes excessivamente porosos e, conseqüentemente, pouco eficazes nos desígnios que o Direito Internacional e a Lei Fundamental fixam nesta sede.

2. A tutela jurídica da biodiversidade assenta no pressuposto de que a sua existência e a sua gestão racional contribuem para o equilíbrio dos

Alemanha, decidido por acórdão de 28 de Fevereiro de 1991 (proc. C-57/89) — que Henning THOMAS identifica como um exemplo de desclassificação (**Declassification...**, *cit.*, p. 4): v. *supra*, nota 44. A natureza da decisão não impediu a Comissão, primeiro, e o Tribunal de Justiça, depois, de avaliarem se, estando em causa espécies prioritárias, os interesses sociais a salvaguardar eram de facto superiores aos ecológicos e se as medidas compensatórias eram adequadas e suficientes para colmatar o passivo ecológico gerado pela construção de um novo dique na região de Leybucht.

⁵³ O CNADS foi criado pelo DL 221/97, de 20 de Agosto. É um órgão consultivo do Ministro do Ambiente, independente, composto por cerca de 30 membros (5 a 9 dos quais indicados pelo Governo, sendo um deles o Presidente), com mandato de três anos — cfr. os artigos 3º e 4º. Tem por missão "proporcionar a participação das várias forças sociais, culturais e económicas na procura de consensos alargados relativamente à política ambiental" (artigo 1º/1). As suas competências estão descritas no artigo 2º do diploma citado.

ecossistemas locais e regionais em que os seus elementos se inserem, fomentando, por consequência, a harmonia do ecossistema global. Promover a diversidade biológica é fundamental para a "evolução e manutenção dos sistemas de suporte da vida na biosfera" e, como tal, esse objectivo constitui uma "preocupação comum para toda a humanidade" (Preâmbulo da CDB, 2º e 3º considerandos). Isto não significa, contudo, que a gestão de toda a biodiversidade deva ficar entregue a um único organismo, supranacional, que a administre a favor da humanidade⁵⁴.

Com efeito, a gestão da biodiversidade coloca, no plano internacional, um problema que se prende com a possibilidade de substituição da vontade dos Estados no uso e fruição dos seus recursos, ou seja, na definição das suas políticas ambiental, energética, económica. Ao contrário dos fundos marinhos em zona de alto mar, ou da lua e demais corpos celestes, que se encontram subtraídos a jurisdição estadual, a biodiversidade (ressalvados os recursos bióticos marinhos "residentes" em zona de alto mar⁵⁵) tem uma filiação ao Estado

⁵⁴ Para Alexandre KISS (**The common concern of mankind**, in *Environmental Policy & Law*, 1997/2, pp. 244 segs, 247), "the proclamation that safeguarding the global environment or one of its components is a matter of common concern for the whole of mankind would mean that it can no longer be considered as solely within the domestic jurisdiction of States, due to its global importance and consequences for all".

⁵⁵ Uma das questões que se coloca é a de saber se a CDB se aplica aos recursos bióticos em zona de alto mar (e, noutro plano, se rege a protecção do ambiente marinho em zona de jurisdição estadual, em razão da sobreposição com a Parte XII da Convenção de Montego Bay — apesar de posterior, parece prevalecer, por especial, esta última, como de resto o artigo 22, 1ª parte, da CDB, confirma), uma vez que estes componentes da flora e fauna marinhas estão claramente fora do âmbito dos poderes de gestão e exploração detidos pela Autoridade dos Fundos Marinhos. Note-se que o "património comum da Humanidade" gerido pela Autoridade é constituído pelos recursos que, segundo o artigo 133 da Convenção da ONU para o Direito do Mar, são "all solid, liquid or gaseous mineral resources *in situ* in the Area at or beneath the seabed, including polymetallic nodules".

Em contrapartida, o artigo 145 da mesma Convenção estabelece o dever de observância, por parte da Autoridade, de deveres de evitação da poluição e de prevenção e conservação dos recursos vivos no Alto Mar, tendo em consideração efeitos colaterais decorrentes das operações de exploração dos minérios encontrados nos fundos marinhos sob sua gestão (veja-se também o artigo 142º/3 da mesma Convenção, sobre deveres dos Estados de prevenção da poluição em zona de Alto Mar). Nesta sede, a CDB pareceria poder ter alguma valia, na conformação de tais deveres de conservação.

onde se abriga e constitui, para este, uma fonte de riqueza. Ou seja, vislumbram-se aqui dois eixos problemáticos: por um lado, os modelos de gestão alteram-se de acordo com a natureza exclusiva, partilhada ou comum (global) do recurso⁵⁶; por outro lado, e independentemente do local onde se encontre, ao valor económico do recurso normalmente acresce um valor ecológico, que eventualmente poderá justificar a requalificação de um recurso exclusivo como recurso comum.

Repare-se que não estamos aqui a cuidar da *gestão partilhada* de recursos que se desdobram situacionalmente por zonas a que correspondem várias jurisdições estaduais, havendo usos vários a compatibilizar. Nesse modelo – de inevitabilidade física – de aproveitamento partilhado, essencial é preservar as relações de boa vizinhança e de respeito pelos direitos dos co-titulares, cooperando de boa-fé para a não frustração de expectativas legítimas dos Estados envolvidos – como ficou desde logo fixado na decisão arbitral *Lac Lanoux* (1957), que opôs a França à Espanha numa disputa sobre um lago comum a ambos os Estados⁵⁷, e foi recentemente reiterado pelo

Todavia, não só a letra e teleologia da CDB indiciam a sua aplicação exclusiva a Estados, como o teor dual da sua ambição regulativa – incitando à conservação mas fomentando a utilização racional em prol das gerações presentes e futuras e numa lógica de repartição equitativa – descarta, aparentemente, a vinculação da Autoridade, que tem relativamente aos recursos bióticos do Alto Mar uma relação estritamente funcional. De todo o modo, a razão de especialidade sempre recomendaria a aplicação analógica à Área da Parte XII da Convenção de Montego Bay (cfr., uma vez mais, o artigo 22 da CDB, salvo porventura em caso de "serious damage or threat to biological diversity), e não a CDB (Alan BOYLE, **Relationship...**, *cit.*, pp. 139-140, parece, não obstante, concluir por um regime misto, resultado da fusão entre CDB e Convenção de Montego Bay).

Uma síntese dos problemas colocados pelo aproveitamento conjunto de recursos marinhos, bióticos e abióticos, veja-se em Fernando LOUREIRO BASTOS, **A internacionalização...**, *cit.*, pp. 43 segs (por referência ao conceito de internacionalização utilizado). Sobre a protecção do ambiente marinho sob a égide da Convenção da ONU para o Direito do Mar, veja-se Carla AMADO GOMES, **A protecção internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, 2008, pp. 187 segs.

⁵⁶ Sobre as várias noções em jogo, Jutta BRUNNÉE, **Common areas, common heritage and common concern**, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, coord. de Daniel Bodansky, Jutta Brunée e Ellen Hey, Chippenham, 2007, pp. 551 segs, 557 segs.

Tribunal Internacional de Justiça no caso das fábricas de pasta de papel nas margens do rio Uruguay, que opôs a Argentina ao Uruguay.

O conceito de *recursos partilhados* foi formalmente abordado em duas Resoluções – 3129 (XXVIII), de 13 de Dezembro de 1973, e 3281 (XXIX), de 12 de Dezembro de 1974⁵⁸ – da Assembleia Geral das Nações Unidas, embora não se tenha chegado a uma definição precisa. O Tribunal Internacional de Justiça deu expresso acolhimento à noção no Acórdão *Gabcikovo-Nagymaros* (1997), em cujo §85 considerou o Danúbio um "recurso partilhado" entre Hungria e República checa, comunhão que obriga à observância de um conjunto de obrigações, de entre as quais avulta o dever de utilização "equitativa e razoável" ("equitable and reasonable"). No fundo, tudo se reduz a um princípio de cooperação para prevenção de danos que possam tolher a boa utilização do recurso pelos Estados que o partilham (implicitamente afirmado na decisão *Lac Lanoux* e expressamente consagrado, em sede geral, nas Declarações de Estocolmo e do Rio – princípios 24 e 7, respectivamente)⁵⁹.

No caso *Argentina vs Uruguay*, o Tribunal de Haia apreciou vários argumentos apresentados pela Argentina no sentido da remoção de duas fábricas de pasta de papel da margem esquerda do rio

⁵⁷ Cfr. o §24 da decisão: "When one examines the question of whether France, either in the course of the dealings or in her proposals, has taken Spanish interests into sufficient consideration, it must be stressed how closely linked together are the obligation to take into consideration, in the course of negotiations, adverse interests and the obligation to give a reasonable place to these interests in the solution finally adopted. A State which has conducted negotiations with understanding and good faith (...) is not relieved from giving a reasonable place to adverse interests in the solution it adopts simply because the conversations have been interrupted, even though owing to the intransigence of its partner".

⁵⁸ *Cooperação no domínio do ambiente em matéria de recursos naturais partilhados entre dois ou mais Estados*, e *Carta dos direitos e deveres económicos dos Estados* (artigo 3), respectivamente.

⁵⁹ Sobre as aparições e concretizações do princípio da cooperação, Christophe NOUZHA, **Réflexions sur la contribution de la Cour Internationale de Justice a la protection des ressources naturelles**, in *RJE*, 2000/3, pp. 391 segs, 413 segs.

Uruguay, sitas em território uruguaio. A pretensão baseava-se numa linha de força principal: o uso não adequado de um recurso partilhado, que alegadamente traz prejuízos avultados para o turismo na zona. Acessoriamente, a Argentina avançava várias referências a danos agrícolas e ecológicos provenientes da presença das fábricas na zona, gerando poluição da água, solo e ar.

A decisão, de 20 de Abril de 2010, sem propriamente concluir que as instalações põem ou não em causa uma "optimum and rational utilization of the river" – por referência ao artigo 27 do Estatuto de 1975 anexo à *Convenção de Montevideo (1961)*⁶⁰ –, admite a violação de obrigações de informação mas recusa ordenar a demolição das fábricas, por entender redundar tal responsabilização num resultado desproporcionado⁶¹. Exorta, todavia, as partes a coordenarem esforços no sentido de prevenir e minimizar a poluição produzida, nomeadamente impondo ao Uruguay o exercício de deveres de fiscalização constante das instalações.

Para além dos rios internacionais, a doutrina entende que a noção de "uso equitativo e razoável" é identicamente aplicável a recursos como as espécies piscícolas, o petróleo, o gás e a

⁶⁰ Cfr. o §177: "Regarding Article 27, it is the view of the Court that its formulation reflects not only the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource, but also the need to strike a balance between the use of the waters and the protection of the river consistent with the objective of sustainable development. (...). The Court wishes to add that such utilization could not be considered to be equitable and reasonable if the interests of the other riparian State in the shared resource and the environmental protection of the latter were not taken into account. Consequently, it is the opinion of the Court that Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development".

⁶¹ Cfr. o §273: "(...) The Court further recalls that, where restitution is materially impossible or involves a burden out of all proportion to the benefit deriving from it, reparation takes the form of compensation or satisfaction, or even both". Veja-se também as considerações do Tribunal no §275.

atmosfera⁶², lagos e mares fechados e semi-fechados⁶³. Questionável é se componentes ambientais estáticos mas no âmbito dos quais se gera um *continuum naturale* podem ser considerados recursos partilhados. Pensamos nas florestas cujas árvores se espraiam por territórios de vários Estados, nomeadamente na Amazónia (que pertence, em proporções diversas, a oito Estados da América do Sul). Não vemos razão para as subtrair a esta noção, devendo os Estados co-titulares do recurso "floresta" geri-la de acordo com princípios de equidade e razoabilidade. O *Tratado sobre Cooperação na Amazónia*, celebrado em 1978 (em vigor desde 1980) entre o "Clube da Amazónia" — do qual fazem parte Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Perú, Suriname e Venezuela, — constitui um bom exemplo deste fenómeno de "internacionalização positiva"⁶⁴, no âmbito da qual os Estados, no pleno uso das suas prerrogativas soberanas, concertam práticas de utilização racional do recurso.

Como nota Guido SOARES, de resto, o *Tratado* (e Declarações subsequentes) traduz um sinal dirigido à comunidade internacional no sentido de esclarecer que quem detém o poder sobre os recursos da floresta amazónica são os Estados por cujos territórios ela se estende (cfr. o artigo IV). O recurso é partilhado mas não é comum — banindo-se terminantemente a ideia de gestão supranacional, antes se acentuando a lógica de solidariedade regional.

⁶² Cfr. Malgosia FITZMAURICE, **International protection of the Environment**, in *Recueil des Cours*, 2001, p. 442.

⁶³ Cfr. Christophe NOUZHA, **Réflexions...**, *cit.*, p. 394.

⁶⁴ Na expressão de Guido SOARES, **The impact of International Law on the protection of the Amazon region and the further development of environmental law in Brazil**, in *Amazonia and Siberia. Legal aspects of the preservation of the last environment and development in the last open spaces*, Michael Bothe, Thomas Kurzidem e Christian Schmidt (org.), 1993, Londres, pp. 208 segs, 216.

Muito diferentes são as situações de *gestão conjunta* – internacional – de recursos fora de jurisdição, uma vez que, ao contrário de um modelo de titularidade exclusiva, verifica-se liberdade de acesso e aproveitamento que pode ser condicionada por acordo entre um conjunto mais ou menos representativo de Estados do globo, colocando-se desde logo a questão de saber se tal modelo é oponível a Estados terceiros – o exemplo da Área e da Autoridade que sobre os recursos abióticos que nela se encontram exerce poderes de gestão em nome da Humanidade constitui o paradigma (cfr. os artigos 137 segs da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar). E radicalmente diversas são ainda/também as hipóteses de *comunitarização de bens sujeitos a jurisdição estadual* – leia-se: submetendo-os a gestão por organismo supranacional – em razão do seu alegado valor transnacional e transgeracional para a comunidade internacional no seu todo⁶⁵.

Talvez o melhor exemplo deste último modelo seja o da qualificação de certos bens ambientais naturais como património mundial, ao abrigo da Convenção da UNESCO sobre património mundial cultural e natural, de 1972⁶⁶. Conforme tivemos oportunidade de analisar em momento anterior⁶⁷, mesmo aqui a soberania do Estado "curador" do recurso fica

⁶⁵ Brendan REILLY («**Clear and present danger**»: a role for the United Nations Security Council in protecting the global environment, in *Melbourne University Law Review*, Vol. 20, 1996, pp. 763 segs, *passim*) analisa a questão da eventual ingerência da comunidade internacional – mediada por um procedimento de decisão no âmbito do Conselho de Segurança da ONU – na gestão doméstica de recursos naturais de importância vital para a Humanidade como um problema de "ameaça à paz" produzida através de meios não militares. O Autor considera que "we are linked in mutual self-interest by the «indivisibility of global biospheric processes». As a result, environmental depletion is a non-military threat to the life and well-being of societies. On an extreme view, environmental degradation could itself be seen as a form of warfare" (pp. 783-784).

⁶⁶ Esta solução, no que tange o património cultural, já vinha de trás, concretamente da Convenção de Atenas de 1937, sob a égide da qual, em 1959 a UNESCO lançou a campanha para travar os trabalhos de construção da barragem de Assuão, que ameaçava fazer submergir, na sua configuração inicial, o templo de Abu Simbel – cfr. Olivier MAZAUDOUX, **Droit International public et droit international de l'environnement**, Paris, 2008, p.100.

⁶⁷ Carla AMADO GOMES, **Os bens ambientais como bens de interesse comum da Humanidade: entre o universalismo e a razão de Estado**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, III, Lisboa, 2010, pp. 263 segs, 271-273.

salvaguardada pois, embora os critérios de classificação sejam definidos por um Comité independente e qualquer entidade lhe possa veicular pedidos de classificação, esta só se concretiza após o assentimento do Estado⁶⁸. Não se chegou ainda – e não parece estar para breve – a soluções de "colectivização" de recursos de biodiversidade sites em Estados a favor da comunidade internacional⁶⁹. Aliás, essa foi a razão porque, na CDB, se prescindiu de uma listagem de zonas de biodiversidade especialmente importantes, como as florestas tropicais do Bornéu ou da Amazónia⁷⁰, e se optou pela inclusão de um Anexo I com critérios amplíssimos de qualificação de recursos⁷¹, cuja inscrição para efeitos de aplicação da CDB deve ser proposta pelo Estado interessado.

A mesma prevenção de actuações ingerentes nas escolhas relativas à biodiversidade de cada Estado-parte levou à substituição da expressão "património comum" (adoptada, por exemplo, no 3º

⁶⁸ Pelo menos se estivermos a pensar na lista ordinária. A integração (cautelar) de um bem/sítio na lista dos bens ameaçados (*In danger list*) parece dispensar o consentimento, nos termos de uma leitura generosa do artigo 11/4 da Convenção, que o Comité aparentemente seguiu na rejeição dos argumentos dos EUA quanto à não aceitação de integração na *In danger list* do Waterton-Glacier International Peace Park em face da ameaça provocada pela intensa emissão de gases com efeito de estufa. O Comité acabou por não classificar, mas por outros motivos – cfr. William BURNS, **Belt and suspenders?...**, *cit.*, pp. 156-157.

⁶⁹ Cfr. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine RIDGEWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 619 ("... biological resources are neither shared resources nor common property available for appropriation and use by all...").

⁷⁰ Cfr. Désirée McGRAW, **The CDB...**, *cit.*, p. 24.

⁷¹ Leia-se o disposto no Anexo I, sobre identificação e monitorização da biodiversidade:

"1. Ecossistemas e *habitats* que: contenham grande diversidade, grande número de espécies endémicas ou ameaçadas, ou espécies selvagens; sejam frequentadas por espécies migratórias, tenham importância social, económica, cultural ou científica; ou sejam representativos, únicos ou associados a processos evolutivos chave ou a outros processos biológicos;

2. Espécies e comunidades que: estejam ameaçadas ou sejam parentes selvagens de espécies domesticadas ou cultivadas; tenham valor medicinal, agrícola ou outro valor económico; tenham importância social, científica ou cultural; ou sejam importantes para investigação sobre a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, como as espécies indicadoras; e

3. Genomas e genes descritos e com importância social, científica ou económica".

considerando do Preâmbulo da *Convenção de Berna* de 1979⁷²) pela fórmula, menos politicamente impressiva (e agressiva), de "preocupação comum da humanidade". Com efeito, as obrigações dos Estados no quadro da CDB (se é que de verdadeiras vinculações se pode falar, considerando a vaguidade e condicionalidade dos termos empregues) fixam-se em função de critérios territoriais e pessoais (nos termos do artigo 4), mas não em razão do valor metaestadual do bem em causa. Os Estados não ficam desapropriados da sua biodiversidade (nem mesmo da mais relevante para efeitos de equilíbrio do ecossistema do seu todo), antes se vêem investidos em especiais deveres de conservação *in* e *ex situ* (artigos 8 e 9 da CDB).

WOLFRUM, todavia, avança uma reflexão que cumpre realçar. O Autor começa por sublinhar que um dos mais originais propósitos da CDB "não é apenas reconciliar conservação e uso económico, mas antes configurar o aproveitamento económico como um instrumento de promoção da conservação"⁷³ (cfr. os artigos 8, 10 e 11 da CDB), vincando que as opções políticas nesta sede, de acordo com o artigo 3 da CDB, cabem aos Estados. No entanto, a partir do momento em que o Estado recorra com êxito ao mecanismo financeiro a criar nos termos dos artigos 21 e 39 da CDB (até agora ainda por gerar, funcionando provisoriamente o *Fundo para o Ambiente do Globo*, sob a égide do PNUA), a sua liberdade de movimentos nesta sede ficará condicionada, derogando-se o princípio da autonomia decisória decorrente do artigo 3⁷⁴.

"Os Estados em desenvolvimento só são livres de decidir sobre as suas políticas ambientais relativas à gestão e aproveitamento da diversidade

⁷² Mais precisamente, que "a flora e a fauna selvagens constituem um *património natural* que reveste valor estético, científico, cultural, recreativo, económico e intrínseco que importa preservar e transmitir às gerações futuras" (itálico nosso).

⁷³ Rüdiger WOLFRUM, **The protection and management of biological diversity**, in *International, regional and national environmental law*, coord. de Fred Morrison e Rüdiger Wolfrum, The Hague, 2000, pp. 355 segs, 364.

⁷⁴ Neste sentido, também Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine RIDGEWELL, **International Law...**, *cit.*, pp. 633-634.

biológica enquanto não procurarem financiamento — escreve WOLFRUM. A partir do momento em que o fizerem, a sua política fica integrada numa política global de utilização e conservação de recursos biológicos gizada num plano internacional. Se os Estados vão aderir a tal sistema vai depender de os benefícios do financiamento internacional excederem os benefícios da utilização de tais recursos ou áreas, conforme resultem das políticas domésticas.

Deste modo, a CDB pode constituir-se numa fonte de financiamento de actividades nacionais, desde que tais actividades promovam a protecção, gestão ou conservação da diversidade biológica. Este incentivo foi concebido para compensar ou sobrecompensar as perdas dos Estados menos desenvolvidos caso aceitem rever as suas políticas actuais de aproveitamento dos recursos biológicos, tais como as florestas tropicais"⁷⁵. O que, convenhamos, tem um índice de sucesso muito relativo, não só em virtude de o universo de destinatários típicos se reconduzir aos países menos desenvolvidos, como também porque, para constituir um mecanismo realista, envolverá somas avultadas.

Não se tratando propriamente do estabelecimento de "protectorados ambientais", nem da entrega de certas zonas sob jurisdição estadual à gestão por organismos internacionais, o condicionamento da liberdade do Estado — que continua a ser o gestor directo da biodiversidade, mas sem autonomia no tocante às directrizes a que esta gestão deve obedecer — é inquestionável. Tratar-se-á de uma situação peculiar, em que o Estado mantém a titularidade e mesmo o usufruto dos bens ambientais, mas as utilidades ecológicas deste usufruto passam a reverter não apenas a favor do titular mas também da comunidade mundial. Contudo, e no limite, o paradigma da soberania mantém-se incólume, porque aderir ou não ao esquema de financiamento envolve uma opção livre do Estado. E restaria ainda averiguar, na hipótese de adesão, a que tipo de sanções se sujeitaria

⁷⁵ Rüdiger WOLFRUM, *The protection...*, cit., p. 370.

em caso de incumprimento das orientações internacionais a que a partir de então ficará vinculado...

Esquema diverso — embora pudesse porventura ser operacionalizado, havendo vontade política, através da CDB — foi sugerido pelo Equador nas reuniões preparatórias da Cimeira de Copenhaga, no âmbito da COP 15, de Dezembro de 2009⁷⁶. Trata-se da iniciativa ITT, que visa obter compensação, para o Equador, pela renúncia à exploração de uma reserva petrolífera que se estende por três blocos do Parque Nacional Yasuni (Ishpingo, Tambococha e Tipuyini = ITT), classificado como património mundial natural pela UNESCO, em 1989, ao abrigo da Convenção de 1972. O cálculo *indemnizatório* baseia-se no lucro de exploração de 850 milhões de barris em 13 anos, que importa em cerca de 4 a 5 milhões de euros e que será responsável pela emissão de 410 milhões de toneladas de CO₂ para a atmosfera. O Equador pediu 2 milhões de euros como contrapartida da não exploração, que seriam investidos em projectos ambientalmente sãos patrocinados pelos Estados doadores. Caso viesse a decidir explorar a jazida, teria que devolver as quantias recebidas⁷⁷.

Este mecanismo, de especial compensação pelo sacrifício de renúncia a um direito soberano a (duplamente) favor da Humanidade, (por poupar a reserva de biodiversidade e a atmosfera) está dependente da constituição de um Fundo com funcionamento efectivo, em que participem todos ou pelo menos

⁷⁶ Sobre as alternativas em aberto no quadro da luta contra as alterações climáticas (pré-COP 15), Lavanya RAJAMANI, **Addressing the 'post-Kyoto' stress disorder: reflections on the emerging legal architecture of the climate regime**, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009/4, pp. 803 segs.

⁷⁷ O site http://sociedadesustentavel.terra.com.br/mercadosnew_interna.php?id=1577 dá notícia de que o PNUA terá celebrado já com o Equador um acordo concretizador deste desígnio, através do qual o Estado receberá 3,6 biliões de dólares para abdicar da exploração da jazida por pelo menos 10 anos. O acordo vem na sequência da iniciativa ITT, embora não esteja formalmente ligado ao Protocolo de Quioto.

os Estados com maior índice de desenvolvimento (G20⁷⁸). Ressalte-se que, da Cimeira de Copenhaga, resultou um compromisso no sentido da criação de um *Green Climate Fund* que poderá acorrer, entre outras iniciativas, a hipóteses como esta (cfr. o Ponto 10 do Acordo de Copenhaga, de 18 de Dezembro de 2009).

A título de curiosidade, sublinhe-se que o Presidente do Equador já em 24 de Setembro de 2007 apresentara, na Assembleia Geral da ONU, uma proposta no sentido de abdicar de explorar a referida jazida petrolífera devido à sua localização. Perante o insucesso da pretensão do quadro da protecção da biodiversidade, o Equador enveredou pela via da luta contra as alterações climáticas, que parece concitar mais atenções no momento.

Uma derradeira nota — e ainda que à margem do regime da CDB — sobre um exemplo interessante de equilíbrio salomónico entre a salvaguarda de interesses económicos e o imperativo de prevenção de danos à biodiversidade, traduzido na decisão arbitral *Caminho de ferro do Reno*, de 24 de Maio de 2005, que opôs a Bélgica à Holanda⁷⁹. Tratava-se de avaliar a possibilidade de reactivação do caminho de ferro do Reno pela Bélgica, nomeadamente num troço em território holandês classificado como reserva natural (simultaneamente ao abrigo do direito interno e da directiva 92/43/CE, do Conselho, de 21 de Maio: directiva *habitats*) e, em caso de resposta afirmativa, de saber qual dos Estados suportaria os custos. A instância arbitral, constituída sob a égide do Tribunal Permanente de Arbitragem da Haia, baseando-se nos princípios da prevenção e da integração, determinou que a linha

⁷⁸ Que são os Estados que integram o G7 (EUA; Canadá; Japão; Alemanha; Reino Unido; Itália; França); a União Europeia; e a África do Sul, a Arábia Saudita, a Argentina, a Austrália, o Brasil, a China, a Coreia do Sul, a Índia, a Indonésia, o México, a Rússia, e a Turquia.

⁷⁹ A decisão pode ser consultada no site do *Permanent Court of Arbitration*: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>.

poderia ser reactivada mas impôs à Bélgica a suportaçãõ dos custos de mitigaçãõ dos efeitos ambientais lesivos.

Neste caso, o risco de degradaçãõ de valores da biodiversidade, nãõ tendo sido evitado, foi rodeado de medidas minimizadoras e compensadoras a suportar pela Bélgica. A reivindicaçãõ soberana deste Estado ao direito de passagem (da linha férrea) por território holandês, constituído a seu favor por um Tratado de 1839, nãõ o exime de prevenir danos "transfronteiriços" (que, neste contexto particular, o nãõ sãõ, porque se produzem em território estrangeiro⁸⁰) a valores naturais, enquanto gestor de uma servidãõ internacional sobre a qual pesam especiais deveres de conservaçãõ. A pretensãõ econõmica prevalece sobre o valor ecolõgico, mas com contrapartidas...

Podemos assim concluir, desta breve análice, que o valor da biodiversidade conta com vários gestores, no plano internacional, ou seja, tantos quantos os Estados do planeta, mais todas as organizações e estruturas concebidas para promover a gestãõ de recursos partilhados e ainda a Autoridade (gestora da Área). Apesar de a preservaçãõ da integridade da estrutura de suporte da vida na Terra configurar uma preocupaçãõ comum da Humanidade, o dogma da soberania continua a pontificar nesta sede, nãõ se vislumbrando, por ora, a sua cedência.

2.1. Em Portugal, como vimos, o valor da biodiversidade pode assumir classificações de vária ordem, consoante critérios diversos. Certo é que,

⁸⁰ Realçãõ esta "nova dimensãõ" do princípio da prevençãõ de danos ambientais transfronteiriços descoberta pela decisãõ arbitral de 24 de Maio de 2005, Virginie BARRAL, **La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du Droit de l'Environnement par la justice internationale**, in *RGDIP*, 2006/3, pp. 647 segs, 657 segs. Sem embargo de reconhecermos a criatividade do tribunal, sempre sublinharemos que o princípio mantém o seu universo aplicativo intocado, na medida em que, tratando-se da utilizaçãõ de um espaço territorial de um outro Estado (a título de servidãõ internacional), o Estado utilizador age investido dos mesmos deveres (de responsabilizaçãõ e, implicitamente de prevençãõ de danos) que teria na utilizaçãõ do seu território.

apesar da relevância que a LBA lhe reconhece, o legislador não operou a publicização formal das áreas de biodiversidade, ou seja, não as integrou numa categoria de *domínio público natural* que poderia ter despontado na LBA (por referência à cláusula residual do artigo 84º/1/f) da CRP)⁸¹. Assim, uma área protegida em atenção aos valores de diversidade biológica aí presentes⁸² pode integrar o domínio público – desde logo hídrico (nacional; regional; local) –, o domínio privado (do Estado; das Regiões Autónomas; das autarquias locais), propriedade privada de entidades singulares ou colectivas, ou propriedade cooperativa (v.g., no âmbito da RAN⁸³) – como o disposto no nº 3 do artigo 10º do RCNB atesta⁸⁴. A titularidade dos terrenos abrangidos pela classificação não fica (formalmente) afectada, em princípio, incidindo esta apenas sobre as faculdades de uso e fruição dos imóveis.

Uma área protegida, por definição, é uma zona onde os elementos naturais se sobrepõem aos humanos (cfr. o artigo 10º/2 do RCNB). Mas tal não significa que toda e qualquer actividade ou presença humana esteja vedada nessas áreas, salvo nos casos excepcionais das zonas de protecção integral (nas quais tanto a investigação científica como a monitorização ambiental e a visita ficam sujeitas a autorização prévia da autoridade nacional) que, caso sejam de titularidade privada, ficam sujeitas a expropriação (cfr. o artigo 22º/1/a) e nº 2 do RPNB). O RPNB não ambiciona criar santuários naturais

⁸¹ Cfr. Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, **O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade**, Coimbra, 2004, pp. 161, nota 152 (sobre a desnecessidade de publicização dos bens ambientais naturais, v. p. 264, nota 405).

⁸² Atente-se no disposto no artigo 10º/2 do RCNB: "Devem ser classificadas como áreas protegidas as águas terrestres e aquáticas interiores e as áreas marinhas em que a biodiversidade ou outras ocorrências naturais apresentem, pela sua raridade, valor científico, ecológico, social ou cénico [estes dois últimos fundamentos suscitam-nos as maiores dúvidas, se forem considerados isoladamente], uma relevância especial que exija medidas específicas de conservação e gestão, em ordem a promover a gestão racional dos recursos naturais e a valorização do património natural e cultural, regulamentando as intervenções artificiais susceptíveis de as degradar".

⁸³ Cfr., para além do DL 73/2009, de 31 de Março, que define o regime jurídico da RAN, o DL 335/99, de 20 de Agosto (com alterações introduzidas pelo DL 23/2001, de 30 de Janeiro), sobre cooperativas agrícolas, *maxime* o artigo 4º/2 (actividades complementares ou conexas das actividades agrícolas).

⁸⁴ Cfr. também o artigo 50º do RCNB.

autoreferenciados. Antes pelo contrário, o que se pretende é gerar interacções entre as pessoas e o meio natural, com respeito pela integridade dos recursos de biodiversidade presentes e estimulando a vivência humana dos mesmos.

A leitura das normas relativas à classificação de parques nacionais, parques naturais, reservas naturais e monumentos naturais – artigos 16º, 17º, 18º e 20º do RPNB – é particularmente exemplificativa deste desígnio misto, o qual se pode, porventura, afigurar-se arriscado do ponto de vista estritamente ecológico, se justifica plenamente de uma perspectiva prática: o custo de manutenção da biodiversidade deve reverter não só a favor da sua integridade como da melhoria da qualidade de vida dos seres humanos que dela retiram utilidades para a saúde física e psíquica. A tónica ecocêntrica acentua-se na categoria da reserva natural – ganhando contornos máximos nas zonas de protecção integral mencionadas *supra* – onde, por razões de alheamento da presença humana desde há longo tempo, se verifica uma maior autenticidade da fauna e flora residentes. Assim se compreende a maior rigidez de uma norma como o nº 2 do artigo 18º, que restringe as actuações possíveis em reservas naturais:

- À "execução das acções necessárias para a manutenção e recuperação das espécies, dos habitats e dos geossítios em estado de conservação favorável";
- Ao "condicionamento da visitação a um regime que garanta níveis mínimos de perturbação do ambiente natural";
- À "limitação da utilização dos recursos, assegurando a manutenção dos atributos e das qualidades naturais essenciais da área objecto de classificação".

Podendo conviver vários regimes de titularidade das áreas protegidas, coexistem também vários gestores (e subgestores) das mesmas. O artigo 13º do RCNB confirma esta ideia, entregando a

gestão das áreas de interesse nacional ao ICNB (nº 1), e a das áreas de âmbito regional ou local a associações de municípios ou aos municípios respectivos (nº 2) – sendo certo que estes últimos podem participar na gestão das áreas nacionais, nos termos do artigo 8º/c) do RCNB. Nos termos do artigo 54º/7 do RCNB, "A gestão das áreas integradas no SNAC existentes nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira compete aos respectivos Governos Regionais". Além disso, o artigo 13º citado alude à possibilidade de gestão transfronteiriça, caso as características da área protegida o recomendem (nº 6). Estas tarefas podem ser desenvolvidas directamente pelas entidades centrais, regionais e locais ou por outras entidades, públicas e privadas, com quem a sua realização se contratualize (artigo 13º/3).

A este quadro deve ainda acrescentar-se a menção às áreas protegidas de estatuto privado, a que alude o artigo 21º do RCNB, cuja classificação depende de iniciativa do seu proprietário (privado) junto do Ministério do Ambiente, através de candidatura a regular por portaria (nº 2). Uma vez reconhecida como tal pelo ICNB, a área passa a integrar a RNAP e ser gerida pelo ICNB, nos termos prescritos em protocolo de gestão a firmar, que condicionará a utilização da zona em atenção à protecção dos valores de biodiversidade aí presentes. O proprietário não fica investido em quaisquer direitos ou prerrogativas especiais de autoridade por força deste protocolo – podendo mesmo indagar-se, perante o silêncio da norma, que vantagens terá em tentar semelhante candidatura, para além da obtenção da designação de "área protegida de estatuto privado", a qual poderá eventualmente contribuir para fomentar o ecoturismo...

A indagação ganha mais sentido se ressaltarmos o carácter dinâmico da noção de conservação da biodiversidade assumido pelo RCNB. Com efeito, o legislador não remete o gestor para meras operações de proibição e condicionamento, antes e sobretudo aponta para a necessidade de adopção de dois tipos de medidas (artigo 6º):

"Acções de conservação activa, que correspondem ao conjunto de medidas e acções de intervenção dirigidas ao maneio directo de espécies, habitats, ecossistemas e geossítios, bem como o conjunto de medidas e acções de intervenção associadas a actividades sócio-económicas, tais como a silvicultura, a mineração, a agricultura, a pecuária, a caça ou a pesca, com implicações significativas no maneio de espécies, habitats, ecossistemas e geossítios, tendo em vista a sua manutenção ou recuperação para um estado favorável de conservação; e

Acções de suporte, que correspondem à regulamentação, ordenamento, monitorização, acompanhamento, cadastro, fiscalização, apoio às acções de conservação activa, visitação, comunicação e vigilância dos valores naturais classificados".

Isto é, não basta não destruir, não perturbar, não introduzir espécies invasivas. Urge, também, promover medidas de conservação activa, que permitam preservar o existente e contribuir para um entrelaçamento entre os aproveitamentos possíveis da biodiversidade e a vivência da área pelos frequentadores que as suas características permitirem. Esta conservação sustentável *in situ*, para ser efectiva, redundou em custos que o RCNB tentou colmatar através de duas vias: a cobrança de taxas de utilização, que simultaneamente suportam (de forma parcial) o custo das medidas de conservação e limitam o acesso (artigo 38º do RCNB)⁸⁵, e o financiamento de projectos de recuperação e promoção através do Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade, criado pelo DL 171/2009, de 3 de Agosto (artigo 37º/2)⁸⁶.

⁸⁵ Sublinhe-se a isenção de pagamento destas taxas pelos residentes no concelho abrangido pela(s) área(s) protegida(s) – artigo 38º/3/b) do RCNB.

⁸⁶ Que assim autonomiza, aparentemente, as acções no domínio da conservação da Natureza do restante universo de protecção dos componentes ambientais, servido pelo Fundo de Intervenção Ambiental (=FIA, criado pelo DL 150/2008, de 30 de Julho). Todavia, o artigo 2º/2 do DL 171/2009 (veja-se também o artigo 3º/1/b) do Anexo à Portaria 487/2010, de 13 de Julho, que aprova o Regulamento de Gestão do Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade), não contempla, nos objectivos do Fundo, a reparação de danos à fauna e flora protegidas – solução que

A magnitude da tarefa de conservação não dispensa, contudo, o recurso à colaboração de privados⁸⁷. Os artigos 13º/3 e 35º do RCNB abrem a porta à contratualização nesta área, "sempre que essa participação se mostre possível, adequada e útil", através de instrumentos vários que garantam ao privado uma contrapartida suficientemente atractiva para se envolver na empresa, sob a orientação e fiscalização do ICNB (mesmo não se tratando de áreas protegidas de âmbito nacional...)⁸⁸. Repare-se que estes contratos podem ser celebrados com entidades públicas ou privadas⁸⁹, mas circunscrevem o seu âmbito de aplicação a áreas protegidas de "âmbito nacional, regional ou local" – cfr. o artigo 13º/3 do RCNB. Tal não significa que não sejam susceptíveis de utilização nas áreas de estatuto privado – que, recorde-se, são geridas pelo ICNB –, mas apenas que, nessas zonas, a existência de um protocolo com o proprietário que tem a iniciativa de pedir o reconhecimento dá a este a primazia sobre as opções de contratualização da gestão (desde logo, por assumir ele próprio as tarefas de conservação, de acordo com o projecto que pretende desenvolver no espaço, sempre com respeito pela finalidade primordialmente ecológica da gestão).

Mesmo nas áreas de estatuto público podem encontrar-se parcelas de terreno pertencentes a privados – espécies de enclaves de propriedade privada situados em parques ou reservas – onde a contratualização pode ocorrer com o próprio proprietário, se a dimensão da zona e a riqueza das incidências biológicas o justificarem. Tal opção não pode, porém, de nenhuma forma mascarar a demissão da autoridade nacional, regional ou local das suas tarefas básicas de gestão, nos termos do artigo 13º/2 do RCNB. Ou seja, e apelando à

os deixa, algo anormalmente, entregues ao FIA.

⁸⁷ Sugestão que deixámos no nosso **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, Coimbra, 2007, p. 179.

⁸⁸ Veja-se também o nº 6 do artigo 13º citado, noutro plano, apelando à cooperação internacional para a gestão em continuidade de áreas transfronteiriças.

⁸⁹ Nos amplos termos da alínea d) do nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos, estes contratos terão a natureza de contratos administrativos.

jurisprudência *Marais poitevin*, do Tribunal de Justiça⁹⁰, as entidades públicas devem assegurar a protecção suficiente, só podendo recorrer à colaboração de privados — quando "voluntária e puramente incitativa" — para aumentar o nível de protecção acima do estritamente necessário.

Na verdade, o imperativo de assegurar o *continuum naturale* dos componentes biológicos das áreas protegidas leva algumas vezes a questionar a possibilidade de recurso aos instrumentos contratuais⁹¹. O contrato poderia constituir uma forma de frustrar os objectivos de gestão destas zonas, por se estarem a pulverizar tarefas de protecção por entidades várias, perdendo-se a homogeneidade necessária, além de precarizar uma missão que tem no planeamento a médio e longo curso um dos seus trunfos. Cumprirá ao ICNB obviar a estas desvantagens, praticando uma gestão verdadeiramente integrada não só das áreas protegidas como dos contratos que sobre elas incidem, com vista a retirar desta técnica o máximo de vantagens e o menor percentual de inconvenientes.

Menos positiva para a salvaguarda do *continuum naturale* é a adopção de medidas compensatórias, a que já aludimos em **1.2.** a propósito da rede Natura 2000, mas que pode ocorrer também em sede geral, como o artigo 36º do RCNB prova⁹². Sendo de algum modo inevitáveis, uma vez que a natureza ocupa espaço e espaço é uma grandeza de que o homem necessita para viver, trabalhar, divertir-se, seria utópico conceber as áreas de biodiversidade como impenetráveis à iniciativa humana. É esse espírito de cedência que sustenta o artigo 36º citado o qual deve, todavia, ser encarado como excepcional —

⁹⁰ Acórdão de 25 de Novembro de 1999, Caso C-96/98.

⁹¹ Cfr. Éve TRUILHÉ-MARENGO, **Contractualisation, réglementation: quelle articulation entre les outils des sites Natura 2000?**, in *RJE*, 2005/2, pp. 131 segs, 140 segs (em razão da voluntariedade, da precariedade e dos desvios aos imperativos de participação pública).

⁹² Extensamente sobre medidas compensatórias no Direito brasileiro, Hortênsia GOMES PINHO, **Prevenção e reparação de danos ambientais**, Rio de Janeiro, 2010, pp. 389 segs.

duplamente, porque não só significa o sacrifício de um valor natural a objectivos sócio-económicos, como pode pôr em causa o princípio do *continuum naturale* (caso a acção compensatória seja insusceptível de realização no espectro geográfico do recurso afectado)⁹³.

Esta possibilidade, sendo embora preferível à neutralização dos custos da destruição dos recursos e à sua diluição em eventuais medidas compensatórias a suportar pela comunidade⁹⁴, torna-se ainda mais preocupante se atentarmos em que a lei não prevê sanções para a sua não adopção efectiva e que tão-pouco estabelece critérios (directamente ou por remissão) que presidam à sua programação. A tentação de importar o enunciado no Anexo V do DL 147/2008, de 29 de Junho (Regime da prevenção e reparação do dano ecológico), no que tange a estas medidas é grande. Mas cumpre sublinhar o intuito existencial radicalmente diverso da compensação ecológica *antecipatória* do RCNB (ancorado num mecanismo de justa repartição de encargos públicos em que se onera quem provavelmente desgastará mais um recurso ou, em terminologia mais ambientalmente reconhecível, no princípio do poluidor pagador) e da compensação ecológica *reparatória* do DL 147/2008 (relativa a um dano que já ocorreu, que é mensurável e cujos efeitos nefastos, pelo menos em parte, já são aferíveis).

Deste fugaz relance pelos ordenamentos internacional e nacional no tocante à gestão do valor da biodiversidade, constatamos que a pluralidade — inevitável — de entidades que a promovem se prende com os multifacetados títulos de propriedade a que os recursos estão sujeitos, na sua dimensão corpórea e económica. A pulverização de entidades gestoras traz consigo problemas de coordenação, aos quais acresce a sobreposição de vínculos contratuais com estruturas públicas

⁹³ Sobre este instituto, em França, leiam-se as reflexões de Marthe LUCAS, **La compensation environnementale, un mécanisme inefficace a améliorer**, in *RJE*, 2009/1, pp. 59 segs, *passim*.

⁹⁴ Neste sentido, José Mário FERREIRA DE ALMEIDA, **O velho, o novo...**, *cit.*

e privadas tendo em vista a prossecução eficaz das tarefas de gestão proactiva das áreas protegidas (cuja articulação cuidada se impõe). Sendo certo que este desígnio pode ser perturbado pela introdução de fenómenos de contra-corrente traduzidos em iniciativas que alteram o *continuum naturale* as quais, mesmo tendo por contrapartida a realização de acções compensatórias, podem comprometer irremediavelmente o equilíbrio da área em causa.

3. David Jablonski, paleontólogo da Universidade de Chicago, pronunciando-se sobre a assustadora perda de biodiversidade a que assistimos nas últimas décadas, afirmou⁹⁵:

"Somos uma verdadeira praga para a biodiversidade. Não nos limitamos a caçar e pescar em excesso, a modificar a química da atmosfera ou a tornar os oceanos mais ácidos. Nem nos limitamos a exterminar os animais de grande porte. Fazemos tudo isso ao mesmo tempo".

A diversidade biológica é claramente o parente pobre do Direito do Ambiente. Com pouca utilidade económica, é a primeira a ser sacrificada no altar do desenvolvimento sócio-económico. Ocupando espaço e belos cenários, cede facilmente lugar a apetites utilitaristas — ou, mais prosaicamente, a necessidades ditadas pela expansão demográfica. Funcionando *em rede*, mesmo uma pequena alteração ganha impacto exponencial, comprometendo o equilíbrio do ecossistema em termos espaciais e frustrando expectativas de aproveitamento transgeracionais.

Gerir racionalmente é um imperativo categórico — e urgente. E constitui seguramente um bom investimento, como o Relatório TEEB

⁹⁵ **A Terra continua... o Homem é que não**, in *Courrier International* n.º 169, Março de 2010, pp. 50 segs, 52.

demonstra. Basta combater o *estigmatismo estratégico* que tem pontuado a actuação dos Estados, preferindo a concretização do lucro imediato ao investimento no longo prazo, cedendo a uma versão fácil de bem-estar e fragilizando as defesas do planeta.

Nas palavras de Humberto ROSA, "A biodiversidade deve ser vista como um capital de complexidade e de tempo evolutivo, acumulado na terra durante cerca de 4 mil dezenas de milhões de séculos. (...) A complexidade e o tempo evolutivo são um pilar essencial da valorização dos seres vivos, a desbravar, enquadrar, entrosar e hierarquizar devidamente nas demais vias de valorização que sustentam a Ética. A conservação da biodiversidade pode e deve ser encarada como um dos mais relevantes deveres éticos da Humanidade"⁹⁶.

A biodiversidade constitui um testamento vivo da história da Humanidade no planeta — cada espécie que se perde é uma página que se destrói e cuja destruição retira coerência à narrativa. Não queiramos ficar órfãos da nossa própria memória biológica. Saibamos preservar e vivificar a herança da biodiversidade que nos foi legada.

Lisboa, Junho de 2010

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova

de Lisboa

carlamadogomes@fd.ul.pt

⁹⁶ Humberto ROSA, **Conservação da biodiversidade...**, *cit.*, pp. 32-33.

O dano à biodiversidade: conceptualização e reparação

Introdução

As Nações Unidas declararam 2010 o Ano Internacional da Biodiversidade¹. A vaguidade (e vacuidade...) dos vários pontos da Resolução da Assembleia Geral² só pode considerar-se consentânea com a forma como tem sido desenhado e implementado o enquadramento jurídico da protecção da diversidade biológica. Em especial no que toca ao Direito Internacional, qualquer protecção efectiva e concreta da biodiversidade parece resultar de um encontro aleatório de circunstâncias e é manifestamente contrária aos objectivos dos Estados, que, sucessivamente, têm vindo, há já várias décadas, a dar passos meramente simbólicos. Com tudo isto, e a título preliminar,

¹ Resolução 61/203, de 20 de Dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Para uma introdução genérica à crise da biodiversidade veja-se Michel Droussseau, "Le constat: la biodiversité en crise", *Revue Juridique de l'Environnement*, numero especial, 2008, pp. 11 e seguintes.

² Para comodidade do leitor, passamos a transcrever (sublinhados nossos):

"The General Assembly:

- 1. Declares 2010 the International Year of Biodiversity;*
- 2. Designates the secretariat of the Convention on Biological Diversity as the focal point for the International Year of Biodiversity, and invites the secretariat to cooperate with other relevant United Nations bodies, multilateral environmental agreements, international organizations and other stakeholders, with a view to bringing greater international attention to bear on the issue of the continued loss of biodiversity;*
- 3. Invites Member States to consider establishing national committees for the International Year of Biodiversity;*
- 4. Encourages Member States and other stakeholders to take advantage of the International Year of Biodiversity to increase awareness of the importance of biodiversity by promoting actions at the local, regional and international levels;*
- 5. Invites Member States and relevant international organizations to support the activities to be organized by developing countries, especially least developed countries, landlocked developing countries and small island developing States, and countries with economies in transition;*
- 6. Invites relevant international organizations as well as relevant global and regional environmental conventions to communicate to the focal point for the International Year of Biodiversity efforts made towards the successful implementation of the objective of the Year;*
- 7. Requests the Secretary-General to submit to the General Assembly at its sixty-sixth session a report on the implementation of the present resolution."*

pretendemos dizer apenas uma coisa: já era tempo de a protecção da biodiversidade deixar de se resumir a operações de sensibilização (ou *marketing* político...) ou, como mais impressivamente se disse, que a protecção da biodiversidade deixasse de ser “*uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma*”...³

Ainda assim, e sem querer entrar na discussão filosófica em torno da protecção da biodiversidade, é o reconhecimento do valor intrínseco da mesma que tem levado à multiplicação dos vários instrumentos normativos, a nível nacional e internacional. Por contraposição ao valor meramente instrumental que durante séculos foi atribuído à natureza⁴, a biodiversidade começa a ser reconhecida já como tendo valor intrínseco, mais que valor inerente⁵, o que justificaria o seu enquadramento jurídico através da imposição de deveres objectivos de protecção.

O objecto do nosso estudo não é o estado geral do direito do ambiente no que toca à biodiversidade, mas, mais especificamente, o dano à biodiversidade e a reparação do mesmo. Contudo, esta divisão estanque não é simples de seguir por uma razão: o conceito de dano à biodiversidade tem de passar por uma rigorosa delimitação normativa do mesmo, dada a imensidão e fluidez (inclusive científica) da “*diversidade biológica*”.

³ Cfr. título do estudo de CARLA AMADO GOMES, *supra* nesta publicação.

⁴ De que é exemplo acabado a *Convenção para a protecção de pássaros úteis à agricultura*, assinada em Paris, em 1902.

⁵ A distinção entre valor intrínseco e inerente não é evidente, pelo que merecerá aqui uma breve explicitação. Assim, valor intrínseco representará o valor que uma coisa tem pela sua existência, e não pela sua utilidade económica (valor instrumental), como é o caso de uma obra de arte e, no caso do ambiente, da paisagem natural. Não sendo úteis, nem cumprindo funções economicamente relevantes, é-lhes atribuída relevância e, nessa medida, são protegidas. Terá valor intrínseco aquilo que tem valor em si mesmo, independentemente da existência de um terceiro que lhe reconheça essa circunstância. Apenas a vida humana parecia ter valor intrínseco, porque se desenvolve e reconhece a si própria. A imposição de deveres objectivos de protecção, caracterizada pelo ecocentrismo, resulta do reconhecimento de valor intrínseco a outras formas de vida. Mais desenvolvidamente sobre estes pontos, veja-se MICHAEL BOWMAN, “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, *Environmental damage in international and comparative law. Problems of definition and valuation* (org. Michael Bowman, Alan Boyle), Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 42 e seguintes.

1. O dano à biodiversidade

1.1. Dano ecológico e dano ambiental

É sobejamente conhecida a problemática em torno da primeira distinção de que iremos partir: dano ecológico e dano ambiental⁶. Na prática, a distinção assume relevo quando ambos resultam do mesmo facto lesivo; contudo, o primeiro representa a lesão causada ao elemento natural em si (água, solo, fauna, flora) e o segundo refere-se a danos causados a pessoas e bens. Assim, quando ocorram em simultâneo e em resultado de um mesmo facto lesivo, o dano ecológico será o dano primário e o dano ambiental será um dano subsequente, na medida em que a lesão ao proprietário resulta da lesão ao ambiente natural⁷.

Feita (ainda que superficialmente) esta primeira distinção, cabe questionar se é sequer conceptualmente possível falar de um dano ambiental (no sentido *supra* exposto) à biodiversidade. O que implica, naturalmente, tentar determinar ou, pelo menos, delimitar o conceito de *biodiversidade*.

1.2. Biodiversidade: conceito e sua (in)operatividade

O recurso ao conceito de biodiversidade resulta de um processo de aperfeiçoamento do *direito da conservação da natureza ou da vida selvagem*, focado principalmente em formas de protecção e

⁶ Sublinhe-se, contudo, que esta terminologia não está consolidada na doutrina, e muito menos na lei.

⁷ Um exemplo típico de dano ambiental é aquele que é causado ao proprietário de um terreno contaminado ou de exemplares de espécies protegidas; o dano ecológico (contaminação de solo ou dano à biodiversidade através do abate de exemplares da espécie) é a lesão primária; por força da lesão ao elemento natural verifica-se a lesão do direito de propriedade (dano ambiental/subsequente). Referimo-nos ao proprietário para simplificar a exposição, na medida em que, como é consabido, muitos outros interessados podem invocar danos, nomeadamente titulares de direitos reais menores ou direitos pessoais de gozo.

conservação de espécies de fauna e flora selvagens ameaçadas⁸. A compreensão de que não pode haver uma protecção eficaz de espécies sem a protecção dos ecossistemas em que se inserem levou à adopção de uma fórmula mais ampla, que incluísse todas estas realidades naturais: a *biodiversidade*⁹.

Contudo, se é verdade que a amplitude do conceito é a sua virtude, essa mesma característica é simultaneamente, para um jurista, o seu maior defeito. Como operacionalizar um conceito tão amplo, vasto, impreciso? Será possível construir um regime de *protecção da biodiversidade* que não resuma àquilo que, afinal, tem sido até agora (a *conservação da natureza*)?

Antes de tentarmos responder a estas dúvidas, tentemos uma aproximação ao conceito de biodiversidade. Nesta matéria, como em tantas outras no Direito do Ambiente, é evidente a dependência do jurista das ciências naturais. Disso mesmo é exemplo a Convenção sobre a Diversidade Biológica¹⁰ quando no artigo 2.º define *diversidade biológica* como a “*variabilidade entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo, inter alia, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas*”¹¹. Em termos muito simples, “*biodiversidade é tudo o que é vivo (...) toda a multiplicidade de seres de cuja existência estamos mais ou menos conscientes, e a toda uma outra infinidade de seres desconhecidos da maioria das pessoas*”¹².

⁸ De facto, apesar de frequentemente assimilados, a conservação da natureza e a protecção da biodiversidade não são conceitos indiferenciados, conforme se explicitará adiante.

⁹ Neste mesmo sentido, veja-se ALEXANDRE KISS e JEAN-PIERRE BEURIER, *Droit International de l'Environnement*, 13.ª ed., Paris: Pedone, 2004, p. 360.

¹⁰ Aprovada para ratificação pelo Decreto 21/93, de 21 de Junho.

¹¹ Com uma redacção semelhante, o artigo 3.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, que aprovou o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade, define biodiversidade como “*a variedade das formas de vida e dos processos que as relacionam, incluindo todos os organismos vivos, as diferenças genéticas entre eles e as comunidades e ecossistemas em que ocorrem*”.

É no mesmo tom que diversos autores têm definido biodiversidade: como uma variabilidade das formas de vida a todos os níveis, o que inclui a diversidade dentro de cada espécie, entre espécies e entre ecossistemas¹³. Assim, é possível dividir a biodiversidade em três níveis conceptuais: (i) diversidade de ecossistemas; (ii) diversidade de espécies; e (iii) diversidade genética¹⁴. A biodiversidade é normalmente associada apenas à diversidade de espécies, através das estimativas do número de espécies existentes no planeta, das quais apenas uma ínfima parte é conhecida pelo Homem. Mas estudar e proteger a biodiversidade implica ainda o reconhecimento da riqueza das relevantes diferenças entre os seres de uma mesma espécie; e das diferentes formas de organização e interacção dos seres vivos nos seus habitats.

A primeira conclusão a retirar do que fica dito – e que, aliás, já foi antecipada – é que aquilo que é comumente designado por *direito da conservação da natureza*¹⁵ é apenas uma parte do que seria um

¹² Cfr. HUMBERTO ROSA, “Conservação da biodiversidade: significado, valorização e implicações éticas”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 14, Dez/2000, p. 10.

¹³ Assim o define P.W. BIRNIE e A.E. BOYLE, *International law and the environment*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 549: “*biological diversity, or biodiversity, is the variability of life in all its forms, levels, and combinations. It is not, as is often wrongly assumed, the sum of all ecosystems, species, and genetic materials. Rather, as IUNC’s guide to the 1992 Convention on Biological Diversity puts it, “it represents the variability within and among them and is, therefore, an attribute of life, in contrast with “biological resources” which are tangible biotic components of ecosystems”*”.

¹⁴ Embora nem sempre com terminologia coincidente, cfr. P.W. BIRNIE e A.E. BOYLE, *International Law...*, p. 549; HUMBERTO ROSA, “Conservação da biodiversidade...”, p. 11; e JORGE PAIVA, “A relevância do património biológico”, *Textos ambiente e consumo*, Vol. I, Caxias: Centro de Estudos Judiciários, 1996, pp. 29 e seguintes.

¹⁵ Nesta matéria, no ordenamento jurídico português, cabe identificar o Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, que aprovou o regime jurídico de conservação da natureza e da biodiversidade. Sobre este regime, veja-se *supra* nesta publicação o resumo feito por CARLA AMADO GOMES, “Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma: duplo eixo reflexivo em torno da biodiversidade”, no ponto 2.1. Muito crítico deste regime, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA sublinha o falhanço na tentativa de criação de um regime uniforme de conservação da natureza e protecção da biodiversidade, uma vez que o diploma resume-se, afinal, a uma mera unificação meramente formal de vários regimes. Em suma, “a RFCN não é, como se esperava que fosse, o denominador comum dos regimes da Rede Nacional das Áreas Protegidas, da Rede Natura 2000 e outras áreas classificadas, da REN, da RAN ou do regime do domínio público hídrico no que todos eles têm que ver com a salvaguarda do património genético existente em território nacional. É, tão só, o nome que se dá à soma de todos

desejável regime de protecção da biodiversidade, que não se resume à adopção de medidas para proteger determinadas espécies, ou os seus habitats, ou mesmo à delimitação de zonas protegidas, com estatutos mais ou menos exigentes em termos de admissibilidade de interferência humana.

Contudo, assim vista em termos tão latos, a protecção da biodiversidade parece ser afinal... todo o Direito do Ambiente! É que se a biodiversidade é tudo o que é vivo (e até mais que isso, uma vez que, ao incluir a diversidade de ecossistemas, a biodiversidade tem também de atender, ainda que funcionalmente, a factores abióticos, aspectos físicos e químicos, como o clima) então todo o Direito do Ambiente pode ser considerando funcionalmente direccionado à protecção da biodiversidade, que seria, em última análise, o objecto deste ramo do direito.

Parece que as nossas conclusões em termos de reparação de dano à biodiversidade teriam de roçar os limites do irrazoável uma vez que afinal dano à biodiversidade seria qualquer lesão de qualquer coisa viva ou afectação de qualquer ecossistema. Neste ponto, regressamos ao que dissemos anteriormente: o conceito jurídico operativo de dano à biodiversidade tem de ser rigorosamente concretizado e delimitado normativamente, dada a imensidão e fluidez do conceito naturalístico da diversidade biológica. O instituto da responsabilidade civil e a obrigação de reparação não se compaginam com este nível de incerteza conceptual, sob pena de inaplicabilidade do regime ou de intolerável insegurança jurídica. Resta-nos, portanto, admitir este conceito (*rectius*, ideia...¹⁶) amplíssimo de biodiversidade, que limita o

eles". Cfr. "O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da Natureza", *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008 (org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes), Lisboa: AAFDL, 2009, p. 51.

¹⁶ Não cabendo esta discussão na economia do presente trabalho, urge fazer uma reflexão aprofundada sobre se, nestes termos, biodiversidade poderá ser, em qualquer contexto, um conceito juridicamente operativo. Apesar de mais restrito, também o conceito de ecossistema padece de males semelhantes. No que toca à protecção internacional de ecossistemas, há várias razões que explica o seu fraco (inexistente?)

legislador na delimitação que faz; e admitir que é indispensável uma concretização normativa do conceito de dano.

Note-se, contudo, que este problema, ainda que mais evidente no caso da biodiversidade, não é exclusivo deste bem ambiental. Pelo contrário, o próprio conceito de dano ecológico coloca, em geral, o mesmo problema de graduação valorativa. Ou seja, não podemos considerar como dano ecológico qualquer afectação de recursos naturais, uma vez que a é intrínseca à natureza do Homem a interacção com o mundo que o rodeia e que, necessariamente, vai afectar.

De facto, a conceptualização de qualquer tipo de dano ecológico implica sempre uma prévia reflexão no que toca ao bem jurídico protegido, que não é, certamente, um terreno em particular, um peixe específico, um pequeno curso de água. Contudo, e apesar de esta ser uma problemática transversal, parece-nos surgem ainda maiores dificuldades neste campo quando falamos de dano à biodiversidade (no sentido mais restrito com que comumente é utilizado). Esta circunstância resulta das diferentes formas de produção de danos ecológicos. As duas formas mais comuns de produção de danos ecológicos são a contaminação¹⁷ (águas, solo, subsolo, atmosfera) e a redução ou eliminação de espécies (fauna e flora). Ora qualquer ideia de contaminação já parte de um pré-conceito graduado e valorativo –

estatuto legal. Em primeiro lugar, os ecossistemas são vistos como componentes indiferenciados de outras áreas com estatutos legais especiais (e.g. parques naturais). Por outro lado, o direito internacional do ambiente centra-se essencialmente no problema dos impactos transfronteiriços que causam danos imediatos e substanciais, contrariamente aos danos a ecossistemas, que se pautam pela protecção funcional prolongada no tempo. Desenvolvimentos neste tópico podem ser encontrados em DAN TARLOCK, "Ecosystems", *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (org. Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, Ellen Hey), Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, pp. 576 e seguintes.

¹⁷ Sobre o conceito de contaminação em geral, e sua relação com a poluição e elementos naturais, vide JESUS CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Granada: Editorial Comares, 2004, p. 20; JEAN-FRANÇOIS KREIT, "Les notions de sols pollués et la décontamination des sols sur la plan technique", *Sols contaminés, sols à décontaminer*, Bruxelas: Facultés universitaires Saint-Luis, 1996, em especial pp. 17 e seguintes; e JOSÉ IGNACIO HEBRERO ÁLVAREZ, *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid: Dykinson, 2002, pp. 19 e seguintes.

não é qualquer afectação de águas ou de solos que é considerada contaminação –, o que permite deslocar analiticamente a discussão para vários conceitos, com a ajuda das ciências naturais. Pelo contrário *redução de espécies* não traz ínsita qualquer ponderação, não permite excluir certas realidades, trazendo assim para a conceptualização de dano ecológico toda a problemática que lhe subjaz.

1.3. Dano ambiental à biodiversidade? A biodiversidade enquanto *res communis*

Feita esta problematização, cabe agora reflectir sumariamente acerca de uma problemática também já referida: poderá conceptualmente existir um dano ambiental à biodiversidade? Conforme se deduz do que ficou dito, o dano ambiental (patrimonial ou não-patrimonial/moral) pressupõe algum tipo de radicação subjectiva (um direito subjectivo ou interesse legalmente protegido) e o reconhecimento a alguém da posição de lesado, o que implica a susceptibilidade de alguma forma de apropriação da funcionalidade do bem em causa¹⁸. Pelo contrário, o dano ecológico está indissociavelmente ligado a um nível colectivo supra-comunitário, num patamar acima dos chamados interesses colectivos.

Considerando que estamos a falar de biodiversidade, e tendo nós já afastado a ideia de que protecção da biodiversidade significa apenas protecção de fauna e flora selvagens, parece ser evidente a conclusão de que o dano ambiental (a pessoas e bens) à biodiversidade não é conceptualmente admissível, uma vez que não conseguimos admitir qualquer tipo de apropriação (radicação subjectiva) quando falamos de biodiversidade.

¹⁸ Tanto nos podemos estar a referir a apropriação a título de direito de propriedade como, em sentido mais lato, à titularidade de direitos de personalidade. Apesar de estruturalmente diferentes, em qualquer um dos casos existe radicação subjectiva.

Indo um pouco mais longe nesta ideia, esta questão não pode sequer começar a ser abordada sem ter uma noção prévia daquilo que julgamos ser a natureza da biodiversidade enquanto *res communis*, por contraposição à *res nullius*¹⁹.

Dizer que uma coisa não pertence a ninguém pode ter um duplo significado: ou que qualquer um se pode dela livremente apropriar; ou que a coisa é insusceptível de apropriação individual. É em torno desta duas figuras, opostas mas que partem do mesmo pressuposto, que podemos começar a reflectir acerca da natureza da biodiversidade, enquanto coisa que não é de ninguém.

A *res nullius* é estudada principalmente a propósito da disciplina civilista das coisas, uma vez que as coisas que não pertencem a ninguém são susceptíveis de apropriação por ocupação²⁰. Já no direito romano eram consideradas *res nullius*, entre outros bens móveis, os animais selvagens, a caça e a pesca²¹. É fácil antever de que forma o conceito de *res nullius* e o regime da ocupação como forma de aquisição do direito de propriedade de animais selvagens (que incluirá, a mais das vezes, o poder de alienação e destruição da coisa²²) podem colidir frontal e fatalmente com o objectivo de protecção da biodiversidade. E é também fácil antever que qualquer regime de protecção da biodiversidade passa pela limitação das prerrogativas do proprietário.

¹⁹ Neste ponto, veja-se, a título exemplificativo dos estudos que têm sido feitos a propósito do estatuto das espécies animais, o artigo de MARIE-PIERRE CAMPROUX-DUFFRENE, "Plaidoyer civiliste pour une meilleure protection de la biodiversité. La reconnaissance d'un statut juridique protecteur de l'espèce animale", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, n° 60, 2008, pp. 1-27; da mesma autora, "Un statut juridique protecteur de la diversité biologique: regard de civiliste", *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2008, pp. 34 e seguintes; e ainda JEAN UNTERMAIER, "Biodiversité et droit de la biodiversité", *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2008, pp. 28 e seguintes.

²⁰ A *occupatio* é, ainda hoje, uma forma de aquisição do direito de propriedade de coisas móveis que nunca tiveram dono ou que foram abandonadas. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 449 e seguintes.

²¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais*, Reimpressão, Lisboa: Lex, 1993, pp. 479 e seguintes.

²² Sobre o conteúdo normal do direito de propriedade enquanto direito real máximo, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, pp. 443 e seguintes.

Esta discussão toca o problema do estatuto do animal, enquanto objecto ou sujeito de direitos. Não abordaremos essa questão – senão para a enunciar – porquanto a mesma centra-se em problemas diferentes dos da protecção da biodiversidade²³. Contudo, a contraposição da *res nullius* à *res communis* permite introduzir uma questão central e ainda por resolver no Direito do Ambiente em geral: a (relevantíssima) área cinzenta que existe na distinção entre protecção dos elementos naturais, apropriáveis, e protecção do meio ambiente, inapropriável.

Por *res communis* – conceito que é utilizado sob diversas terminologias na literatura jurídica²⁴ – entendemos coisas que não são susceptíveis de apropriação; em certo sentido, falamos de coisas fora do comércio. Assim, se os exemplares de uma espécie são susceptíveis de apropriação, o mesmo não acontece com a espécie em si²⁵ – ou seja, o

²³ A questão dos direitos dos animais é perspectivada como uma nova abordagem no problema da protecção da biodiversidade. Neste sentido, P.W. BIRNIE e A.E. BOYLE, *International law...*, p. 556. Apesar dos pontos em comum, parece-nos que esta assimilação é incorrecta. É que essa discussão visa a protecção dos animais enquanto seres com sistemas nervosos, mais ou menos próximos do ser humano; pelo contrário, conforme já referido, a biodiversidade é algo muito mais amplo (nomeadamente por incluir espécies vegetais) e que não se resulta da mera soma dos seres vivos, antes resultando da sua interacção. Por outro lado, o caminho da protecção dos animais tem sido feito no sentido diametralmente oposto ao da biodiversidade: o primeiro pretende a atribuição de direitos aos animais; o segundo pretende a instituição de deveres objectivos de protecção.

²⁴ Por exemplo, património comum ou património da Humanidade. Veja-se, com recurso a uma outra expressão, o texto de CARLA AMADO GOMES, “Os bens ambientais como bens de interesse comum da Humanidade: entre o universalismo e a razão de Estado”, *Textos dispersos de Direito do ambiente*, Vol. III, Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 263 e seguintes. Reconhecem-se, contudo, os problemas que na prática surgem da atribuição deste estatuto e que explicam a reticência na adopção de instrumentos mais exigentes que a mera *soft law*. Assim, nomeadamente para os países em desenvolvimento, a contrapor a esta visão há aquela que entende que a ideia de património comum da humanidade é desadequada para o tratamento jurídico da biodiversidade, uma vez que esta é um relevante recurso económico, que deveria, conseqüentemente, ser tratado com respeito pela soberania de cada Estado no seu território. Esta perspectiva utilitarista é designada por projecto terceiro-mundista por ALEXANDRE KISS e JEAN-PIERRE BEURIER, *Droit international ...*, p. 365.

²⁵ A este propósito, caberá referir outras formas de enquadramento jurídico do aproveitamento da biodiversidade que têm surgido. Referimo-nos ao direito intelectual, enquanto forma de aproveitamento privativo da biodiversidade, que tem colocado os mais variados problemas em termos de compatibilização com as práticas das comunidades locais. Sobre este ponto ver ANA CLÁUDIA BENTO GRAF, “Direito, Estado e economia globalizada: as patentes de biotecnologia e o risco de privatização da

mesmo não acontece com a biodiversidade. E a biodiversidade, porque resulta de uma abstracção feita a partir de coisas concretas, da soma de todas dessas coisas em conjunto, mas que não existe fraccionada em cada uma delas, será por natureza algo de inapropriável²⁶.

Contudo, não podemos ignorar que o dano ecológico (incluindo, portanto, o dano à biodiversidade) é precisamente uma lesão causada a elementos naturais (por exemplo, a exemplares de fauna ou flora) susceptível de causar uma afectação significativa dessas *res communis* ambientais. Ou seja, a *res communis* biodiversidade não poderá ser objecto de uma protecção directa; e a sua protecção indirecta passa sempre e necessariamente pela adopção de medidas quanto aos concretos exemplares de espécies.

E tem sido precisamente essa a orientação do direito da conservação da natureza e da protecção da biodiversidade.

1.4. Breve panorama dos mecanismos de protecção da biodiversidade

A adopção de diversas convenções internacionais tem tido nesta área efeitos relativamente inócuos. Contudo, uma breve análise dos instrumentos de direito internacional público centrados na protecção da biodiversidade permite-nos compreender que é já amplamente reconhecida a natureza necessariamente global (ou, pelo menos, regional) do problema e suas formas de resolução²⁷. Tendo central

biodiversidade", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Volume 34 – 2000, ano 32, pp. 133-142. Note-se que o direito da propriedade intelectual não tem como objectivo a protecção da natureza, mas sim a protecção do titular da patente e o incentivo da investigação científica. Poderá, indirectamente, ter esse efeito mas não é essa a sua *ratio* (sendo a protecção da natureza, portanto, um efeito colateral meramente potencial).

²⁶ Não ignoramos que esta reflexão merecia uma outra, prévia – a de saber se a biodiversidade, ou, mais amplamente, o meio ambiente, podem ser sequer enquadrados enquanto *res*.

²⁷ Para um elenco destes instrumentos e com um breve resumo do conteúdo dos mesmos, vide P.W. BIRNIE e A.E. BOYLE, *International law...*, pp. 561 e seguintes e pp. 616 e seguintes; CARLA AMADO GOMES, "Uma mão cheia de nada...", nesta publicação, no

relevância a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a que já fizemos alusão, não podemos deixar de notar que, para além da sua natureza de *soft law*, a sobreposição dos vários instrumentos de direito internacional público, resultantes dos compromissos alcançados entre os Estados em cada momento, impedem qualquer tratamento coerente ou unitário da matéria à escala internacional e, conseqüentemente, a efectividade do Direito Internacional do Ambiente. Ou seja, o Estado que seguirá o que se dispõe nestes instrumentos normativos será aquele que já os seguiria na sua ausência, o que só nos faz questionar a sua utilidade.

A protecção da biodiversidade, seja no direito internacional seja, principalmente, no direito interno, tem passado por um conjunto de mecanismos de que poderemos, sem grandes dificuldades, fazer uma enumeração exemplificativa²⁸:

- i) Criação de reservas naturais e marinhas e de áreas protegidas: contrariamente à *species approach*, antecedendo uma intervenção mais específica e orientada, a criação de reservas naturais e afins (no caso português, parques nacionais, parques naturais, reservas naturais e monumentos naturais, nos termos dos artigos 16.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho) era o enquadramento tradicional da conservação da natureza. Hoje em dia assumirá especial relevância para a conservação de grandes áreas de grande sensibilidade e frágil equilíbrio (como é o caso da Antártida), e não para protecção de biodiversidade em geral;

ponto 1; ALEXANDRE KISS e JEAN-PIERRE BEURIER, *Droit international ...*, pp. 274 e seguintes e 309 e seguintes. Só sobre a Convenção sobre a Diversidade Biológica, vide RÜDIGER WOLFRUM, "The Protection and management of biological diversity", *International, regional and national environmental law* (org. Fred L. Morrison e Rüdiger Wolfrum), Haia: Kluwer Law International, 2000, pp. 355 e seguintes.

²⁸ Seguimos, neste ponto, principalmente P.W. BIRNIE e A.E. BOYLE, *International law...*, p.608 e seguintes e ALEXANDRE KISS e JEAN-PIERRE BEURIER, *Droit international ...*, pp. 346 e seguintes. De forma mais simples para o direito internacional público, CARROL MUFFETT subdivide as técnicas de protecção em regulação de colheita, regulação de comércio e protecção de habitat. Cfr. "International Protection of Wildlife", *International, regional and national environmental law* (org. Fred L. Morrison e Rüdiger Wolfrum), Haia: Kluwer Law International, 2000, pp. 347 e seguintes.

- ii) Listagem de espécies: traduz a chamada *species approach*, ou abordagem centrada na espécie; sejam espécies em extinção ou espécies em perigo moderado, a listagem de espécies protegidas é o primeiro passo para a aplicação de outros regimes;
- iii) Protecção de habitats: posto em prática, nomeadamente, no território da União Europeia através da rede Natura 2000, este mecanismo resulta da compreensão de que, excepto em casos limite, a capacidade auto-regenerativa da natureza será suficiente para a manutenção da biodiversidade, desde que protegidos os habitats naturais das espécies;
- iv) Proibições ou limitações de captura ou técnicas de captura e comércio de determinadas espécies: nomeadamente através da atribuição de licenças; um dos exemplos mais conhecidos será o da imposição de limites máximos às pescas, feita ao nível supra-estadual na União Europeia; em meio terrestre comunitário, o regime da rede Natura 2000 limita a captura e comércio de determinadas espécies; mais modestamente, mas igualmente relevante, a proibição de caça ou pesca em determinados períodos tem um menor risco de incumprimento;
- v) Ajuda financeira: não sendo uma forma de protecção da biodiversidade, será um mecanismo essencial, sempre em conjugação com outros, em direito internacional público, por força da disparidade entre os níveis de desenvolvimento económico dos vários Estados.

Para além destes mecanismos, outros têm sido avançados, nomeadamente mecanismos de mercado. O *ecolabelling* (etiqueta ecológica) não é mais do que uma tentativa de educação ambiental, introduzindo critérios ambientais na escolha do consumidor²⁹.

²⁹ Em geral sobre a etiqueta ecológica, veja-se VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de direito. Lições de direito do ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 173 e seguintes. Uma forma específica de *ecolabelling* é a certificação florestal, especialmente

1.5. Os pontos de partida para conceptualização do dano à biodiversidade

Deste excuro inicial podemos retirar várias conclusões, com especial relevância para as seguintes (considerando o objecto do nosso estudo):

- i) Pela sua própria natureza, a operatividade (pelo menos) jurídica do conceito de biodiversidade na protecção do ambiente é muito reduzida, senão inexistente;
- ii) Em especial quanto à conceptualização de dano à biodiversidade, a sua fluidez e imensidão não se compagina com a necessidade de segurança jurídica na imputação na responsabilidade civil e efectividade da consequente obrigação de reparação;
- iii) A protecção da biodiversidade terá assim de ser indirecta, através da protecção dos elementos que a constituem;
- iv) Alguns desses mecanismos serão a criação de reservas naturais e marinhas e de áreas protegidas, a listagem de espécies e protecção dos seus habitats, proibições ou limitações de captura ou técnicas de captura e comércio de determinadas espécies.

É com este cenário disperso e pouco linear que o legislador e o intérprete e aplicador do Direito se deparam quando reflectem acerca do dano à biodiversidade. Conforme já ficou implícito, a delimitação do dano à biodiversidade tem dois principais desafios:

- i) Não podemos adoptar um conceito amplo de dano à biodiversidade, ou qualquer lesão à vida seria potencialmente fonte de responsabilidade civil. A solução parece passar por

relevante considerando a indústria madeireira e exploração agrícola intensiva da Amazônia. A este propósito, veja-se ROBERTO GRASSI NETO, "Educação do consumidor e responsabilização do produtor", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Março de 2008, n.º 53, pp. 89 a 113.

considerar como dano à biodiversidade apenas aqueles danos que afectam os elementos naturais que em concreto são objecto de especial protecção legal. Referimo-nos, em especial, à protecção da fauna e da flora.

- ii) Mas mesmo partindo dessa base, não podemos considerar que qualquer lesão à fauna e à flora é um dano à biodiversidade. Apenas as lesões significativas são susceptíveis de prejudicar a biodiversidade; e, normalmente, a lesão é significativa pela sua gravidade ou pela sua reiteração. Mas como definir o que é uma lesão significativa?

1.6.O dano à biodiversidade como dano a espécies e habitats protegidos: a Directiva 2004/35/CE e o direito nacional

Vejamos de que forma o legislador comunitário tratou do primeiro problema. A Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais veio finalmente dar (pelo menos parcialmente) resposta às especificidades da responsabilidade civil por danos ao ambiente. O seu âmbito objectivo de aplicação está definido no artigo 2.º, n.º 1, que determina que, para efeitos da directiva, devemos entender enquanto dano ambiental³⁰ os danos causados à espécies e habitats naturais protegidos, os danos causados à água e os danos causados ao solo. Considerando a amplitude do conceito de biodiversidade, poderíamos aqui considerar que todos eles reflectem, de alguma forma, danos à biodiversidade. Mas aquele em que nos iremos centrar, porquanto mais se aproxima do direito da conservação da natureza, é o dano a espécies e habitats protegidos.

³⁰ Repare-se que a Directiva, assim como o direito interno de transposição, optaram pela terminologia *dano ambiental*. Contudo, o conteúdo corresponde, nas partes a que nos vamos referir, ao dano ecológico, tal como referido *supra* em 1.1.

Assim, a solução encontrada pelo legislador comunitário para delimitar o conceito de dano à biodiversidade foi o recurso às espécies e habitats naturais protegidos. Mas porque esta definição é ainda imprecisa, o artigo 2.º, n.º 3, especifica, por remissão, que se entendem como espécies e habitats naturais protegidos:

- i) As espécies que estão abrangidas pelo artigo 4.º, n.º 2, ou pelo Anexo I da Directiva 79/409/CEE³¹ ou enumeradas no Anexo II e IV da Directiva 92/43/CEE;
- ii) Os habitats mencionados no artigo 4.º, n.º 2, ou no Anexo I da Directiva 79/409/CEE ou enumerados no Anexo I e II da Directiva 92/43/CEE;
- iii) Os locais de reprodução ou áreas de repouso enumerados no Anexo IV da Directiva 92/43/CEE;
- iv) Quaisquer outros determinados pelos Estados-Membros.

Assim, mais resumidamente, são espécies e habitats protegidos os abrangidos pela Directivas Aves e pela Directiva Habitats e outros determinados pelos Estados-Membros³². Falar de responsabilidade por dano à biodiversidade no território da União Europeia é, em geral, falar de reparação de danos à chamada rede Natura 2000.

Isso mesmo é reconhecido no *Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental*³³ que definiu como ponto de partida que danos ambientais seriam os danos causados à biodiversidade e os danos causados sob a

³¹ Recentemente foi aprovada uma versão consolidada, através da Directiva 2009/147/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 Novembro de 2009.

³² Diga-se que, dada a natureza das directas, a última ressalva nem sequer seria necessária. Ou seja, os Estados-Membros poderão sempre considerar outros habitats e espécies para além das que estão nas directivas, aumentando o nível de protecção ambiental. A Região de Bruxelas-Capital, pela *Ordonnance bruxelloise* de 13 de Novembro de 2008, parece ter feito uso desta faculdade, segundo BENOÎT JADOT, "L'ordonnance bruxelloise du 13 novembre 2008 transposant la directive 2004/35/CE: quelques points particuliers", *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve : Anthems, 2009, pp. 283 e 284.

³³ COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000.

forma de contaminação³⁴, fazendo coincidir a biodiversidade com aquela que está protegida nas áreas da rede Natura 2000, ou seja “danos aos habitats, à fauna selvagem ou a espécies de plantas, como se define nos anexos às directivas em questão”³⁵.

Como não poderia deixar de ser, foi também este o caminho seguido pelo legislador nacional ao transpor a Directiva 2004/35/CE, pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho (doravante “RJRDA”), que no seu artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea i), determina que são danos ambientais³⁶ os danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, considerando enquanto tal, na alínea g) do mesmo artigo, “os habitats e as espécies de flora e fauna protegidos nos termos da lei”.

Uma conclusão ressalta desde logo: o legislador nacional optou por não fechar a porta no Decreto-Lei n.º 147/2008 uma vez que não limitou a noção de dano ecológico (no que toca à biodiversidade) às espécies e habitats protegidos no âmbito da rede Natura 2000. É certo que o regime nacional de protecção de fauna e flora assenta no Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril³⁷, que reviu a transposição das duas Directivas, pelo que, na prática, a diferença poderá ser nenhuma.

Em conclusão, em resposta à primeira questão colocada, o dano à biodiversidade ficou assim delimitado através da remissão para o dano a espécies e habitats, objecto de protecção legal imediata que permite, mediatamente, a protecção mais ampla da diversidade biológica.

Podemos criticar esta delimitação legal por ser demasiado restritiva. Conforme já referimos, a rede Natura 2000 centra-se na protecção de determinados habitats, fauna selvagem e espécies vegetais, e muitas vezes apenas em determinadas áreas classificadas. Até o regime

³⁴ Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental, p. 17.

³⁵ Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental, p. 21.

³⁶ Vide supra a nota 30.

³⁷ Para uma análise da Rede Natura 2000 em Portugal, incluindo do Decreto-Lei n.º 140/99, vide MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 - alguns problemas”, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano V, 2, 2002, pp. 13-44.

nacional de conservação da natureza é bem mais amplo, não se limitando à *species approach*. Assim, recorrendo ao sistema português para ilustrar a evidente limitação na protecção, o Sistema Nacional de Áreas Classificadas é composto fundamentalmente pela Rede Nacional de Áreas Protegidas (parques nacionais, parques naturais, reservas naturais e monumentos naturais) e pelas áreas integradas na rede Natura 2000 (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 142/2008). Contudo, o RJRDA acaba por se referir apenas a uma destas dimensões: os *habitats* e espécies de flora e fauna protegidos nos termos da lei. Podemos indagar da possibilidade de incluir na letra da lei as demais áreas protegidas, na medida em que as espécies e habitats que aí ocorram serão “*protegidos nos termos da lei*”. Parece-nos que não era esse o intuito do legislador, uma vez que o RJRDA parece remeter apenas para a parte do regime da conservação da natureza dedicado à *species approach*, ou seja, Rede Natura 2000, excluindo os danos em reservas naturais *lato sensu*. Esta interpretação é apoiada pela origem comunitária da regulamentação, que se referia explicitamente às Directivas Aves e Habitats, e pela terminologia adoptada pela lei portuguesa, que a liga indissociavelmente às mesmas.

Finalmente, é evidente que há ainda outras realidades relevantes, como por exemplo a monocultura intensiva de grandes extensões de terreno, podem ser igualmente nefastas em termos de diversidade biológica mas dificilmente poderiam ser consideradas para efeitos de responsabilidade civil.

1.7. O dano à biodiversidade como facto com efeito significativo adverso para as espécies ou habitats protegidos

Passemos então à segunda questão: qualquer afectação negativa de espécies ou habitats protegidos é um dano ecológico? Dissemos anteriormente que apenas as lesões significativas a espécies e habitats

são susceptíveis de ser um dano à biodiversidade que gere responsabilidade civil.

Antes de entrarmos na análise do regime legal, há algumas afectações que podem sempre ser excluídas do conceito de dano ecológico. Para nos auxiliar nesta tarefa, façamos uma distinção entre *produto* e *fruto*, que nos permitirá delinear alguns limites ao aproveitamento/utilização de animais com finalidades económicas. Em princípio, o proprietário de determinado exemplar de uma espécie animal considerada protegida poderá dela retirar frutos mas já não produtos. A distinção assenta na alteração ou não da substância do animal: o fruto tem natureza periódica, sem alteração substancial do animal que o produz; pelo contrário, o produto surge sem periodicidade, uma vez que a sua produção implicará a deterioração ou destruição (ainda que parcial) do animal. A recolha do fruto permitirá o aproveitamento económico do bem pelo Homem, sem que seja afectada a reprodução da espécie nem, conseqüentemente, a diversidade biológica³⁸. Mas a exclusão da frutificação do conceito de dano é manifestamente insuficiente. Sabemos que a recolha de frutos não é, em princípio, um dano, uma vez esta forma de afectação não será considerada significativa. Mas, a partir daqui, estamos ainda no campo da indefinição.

Também neste ponto, a Directiva 2004/35/CE delimita o conceito de dano à biodiversidade: apenas será considerado como dano causado às espécies e habitats protegidos os "*danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies*" (artigo 2.º, n.º 1, alínea a). A avaliação da relevância passa pela comparação entre o estado de conservação actual (depois da prática do facto lesivo) e o estado inicial (antes da lesão).

³⁸ Uma densificação destes conceitos pode ser encontrada em MARIE-PIERRE CAMPROUX-DUFFRENE, "Plaidoyer civiliste...", pp. 7 e seguintes.

A directiva indica também os critérios pelos quais deve ser feita esta análise comparativa, no seu Anexo I. Em primeiro lugar, sublinhe-se que a avaliação do carácter significativo dos danos implica a ponderação de três factores principais: o estado de conservação, os serviços proporcionados pelo quadro natural que oferecem³⁹ e a sua capacidade de regeneração natural.

Os dados mensuráveis para determinação do estado de conservação serão, por exemplo, o número de indivíduos da espécie, a sua densidade ou área ocupada, o papel dos indivíduos em causa ou da zona danificada em relação à espécie ou à conservação do habitat, a raridade da espécie ou do habitat, a capacidade de propagação da espécie, a sua viabilidade ou capacidade de auto-regeneração do habitat ou a capacidade de recuperação da espécie ou habitat sem adopção de medidas de protecção⁴⁰.

No nosso entendimento, alguns dos critérios identificados melhor se enquadrariam na lista de critérios para determinação das medidas de reparação a adoptar, como é o caso da possibilidade de auto-regeneração natural. Uma aplicação rigorosa destes critérios na fase de determinação da existência de um dano relevante leva à exclusão da responsabilidade por não preenchimento deste pressuposto, impedindo assim a condenação do lesante no pagamento, por exemplo, do reforço de medidas de protecção.

Ainda assim, não podemos deixar de sublinhar que a modalidade de dano ambiental que mais claramente ficou definido na Directiva 2004/35/CE foi o dano à biodiversidade. Até porque a Directiva não se ficou por aqui e, para além de definir os critérios para determinar a

³⁹ Sobre o significado de “serviços prestados”, veja-se o que escrevemos em “A restauração natural no novo regime jurídico de responsabilidade civil por danos ambientais”, *Actas do colóquio A Responsabilidade Civil por Dano Ambiental, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 18, 19 e 20 de Novembro de 2009* (org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes), disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes>, pp. 253, 254 e 258.

⁴⁰ Todos os critérios mencionados, e ainda outros, constam do Anexo I da Directiva 2004/35/CE, transposto pelo anexo IV do RJRDA.

relevância dos efeitos de uma lesão aos elementos naturais protegidos pela rede Natura 2000, indica expressamente que por estado de conservação de um *habitat* deve entender-se “o somatório das influências que se exercem sobre ele e sobre as suas espécies típicas e que podem afectar a respectiva distribuição natural, estrutura e funções a longo prazo, bem como a sobrevivência a longo prazo das suas espécies típicas” em determinada área⁴¹. Relativamente a uma espécie protegida, importará “o somatório das influências que se exercem sobre ela e que podem afectar a distribuição e abundância a longo prazo das suas populações” em determinada área⁴².

O regime nacional é idêntico, na medida em que o RJRDA reproduz quase *ipsis verbis* a Directiva 2004/35/CE no seu artigo 11.º, n.º1, alíneas h) e i).

Assim, o percurso feito pelo intérprete para determinação do que seja um dano à biodiversidade relevante para efeitos do RJRDA passará por:

- i) Analisar a existência de um dano causado a uma espécie ou habitat natural protegido: o que implica identificar a presença de uma espécie ou habitat protegido ao abrigo e segundo os requisitos do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, e respectivas classificações (artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea i), do RJRDA);
- ii) Determinação do estado de conservação inicial favorável ou em evolução para estado favorável da espécie ou habitat protegido: só pode sofrer um dano relevante a espécie ou habitat que esteja em estado de conservação favorável ou em evolução positiva nesse sentido. Assim sendo, não haverá dano ecológico se a espécie ou habitat estiver em mau estado de conservação e sem perspectivas de melhoria. Isto porque nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea i), do RJRDA, apenas haverá dano se o efeito perturbar a manutenção ou consecução do estado de conservação favorável.

⁴¹ Redacção do artigo 2.º, n.º 4, alínea a), da Directiva 2004/35/CE.

⁴² Redacção do artigo 2.º, n.º 4, alínea b), da Directiva 2004/35/CE.

Esta nossa interpretação pode ser acusada de ser restritiva. De facto, o legislador refere-se a *efeitos significativos adversos para consecução* do estado de conservação favorável; parece não resultar da letra da lei que é necessário que o habitat ou espécie que não esteja em estado favorável nem em evolução positiva nesse sentido, uma vez que mesmo num habitat ou espécie em mau estado de conservação pode haver efeitos adversos à sua potencial evolução positiva, num futuro mais ou menos distante.

Não nos parece que tenha sido esse o objectivo do legislador. Só assim se compreende a distinção entre a consecução e a manutenção e o rigor da definição de estado de conservação favorável, a que nos iremos referir de seguida. Para uma solução contrária, bastaria definir enquanto dano ambiental qualquer efeito significativo adverso no estado de conservação da espécie ou habitat, fosse ele favorável ou não. Parece que foi feita aqui uma restrição ao conceito, uma vez que não faria sentido exigir a reparação de um habitat ou espécie que já estava, por si só, em mau estado e sem perspectivas de melhorias.

Note-se que o estado inicial corresponde à situação da espécie ou habitat no momento da ocorrência do dano caso este não se tivesse verificado, com base na informação disponível (artigo 11.º, n.º 1, alínea j), do RJRDA); a avaliação será feita recorrendo, nomeadamente, aos critérios previstos no anexo IV ao RJRDA.

A conclusão por um estado de conservação favorável, ou em evolução positiva, depende da verificação de requisitos quanto à estabilidade ou crescimento da área natural do habitat, a existência e previsibilidade de uma estrutura e funções específicas necessárias para a sua manutenção no longo prazo, a dinâmica populacional da espécie, entre outros (artigo 11.º, n.º 2 e 3, do RJRDA).

- iii) Avaliação do estado actual de conservação do habitat ou espécie protegido: ou seja, o estado de conservação depois da prática do facto lesivo. Aplicam-se as considerações tecidas em ii) a propósito dos critérios para essa avaliação.
- iv) Finalmente, a análise comparativa entre o estado actual e o estado inicial: apenas haverá dano ambiental se desta comparação resultar que houve um efeito significativo adverso para a consecução ou manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies (artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea i), do RJRDA).

Parece ser assim longo e árduo o caminho do intérprete e aplicador do direito logo nesta primeira fase e só para saber se existe um dano ecológico à biodiversidade; contudo, a densificação normativa destes conceitos permite uma maior certeza jurídica na sua aplicação, o que é especialmente relevante se considerarmos que estas normas serão aplicadas, em primeira mão, por entidades administrativas que determinarão, entre outras, as medidas de reparação, ao contrário do normalmente ocorre quando falamos de responsabilidade civil.

1.8. A ressalva dos efeitos adversos causados por operador autorizado

Contudo, depois de tudo isto, ainda é possível que não estejamos perante um dano à biodiversidade se o dano em causa resultar de um acto expressamente autorizado pelas autoridades competentes (artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea i), do RJRDA).

Só após análise do preenchimento dos já referidos pressupostos do dano à biodiversidade, poderá ser verificada a existência desta causa de exclusão. Isto porque é necessário saber com exactidão qual o efeito adverso para saber, com rigor, qual o facto lesivo. Só depois se

poderá determinar se este facto lesivo foi um acto expressamente autorizado.

Ou seja, nunca bastaria saber se, por exemplo, o operador tem licença para exercício de determinada actividade. Há que analisar o processo administrativo instrutor do licenciamento e o processo produtivo para determinar se a prática do facto causador do efeito adverso se encontrava expressamente autorizado ou se, pela sua qualidade ou quantidade, não estava abrangido pela autorização concedida.

Por outro lado, cabe fazer aqui uma interpretação conforme à Directiva que é, neste ponto, mais restritiva (ou, talvez mais justamente, mais clara) que a legislação nacional. O artigo 2.º, n.º 1, alínea a), § 2, da Directiva 2004/35 determina que *“os danos causados às espécies e habitats naturais protegidos não incluem os efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes nos termos das disposições de execução dos n.ºs 3 e 4 do artigo 6.º ou do artigo 16.º da Directiva 92/43/CEE ou do artigo 9.º da Directiva 79/409/CEE (...)”*. O artigo 6.º, n.ºs 3 e 4, da Directiva 92/43/CEE refere-se a autorizações dadas depois da realização da avaliação de incidências ambientais; o artigo 16.º da mesma directiva prevê um regime especial de derrogação do disposto nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, assim como artigo 9.º da Directiva 79/409/CEE prevê um regime especial de derrogação dos seus artigos 5.º, 6.º e 7.º (proibições e regulação da captura e outras formas de aproveitamento de espécies vegetais, aves e seus ninhos, etc). Assim deverá ser entendida a ressalva do RJRDA, sob pena de violação do direito comunitário por deficiente transposição da Directiva.

2. A reparação do dano à biodiversidade (danos às espécies e habitats protegidos)

2.1. Modalidades de medidas de reparação

Começemos por explicitar algumas das ideias de que partimos.

Na sua tradicional formulação, a reparação de um dano (ou indemnização, em sentido amplo) pode assumir uma de duas modalidades: a reparação *in natura* e a compensação pecuniária⁴³. A reparação *in natura* concretiza-se através da reconstituição fáctica da situação actual hipotética⁴⁴.

No caso do dano à biodiversidade, a reparação *in natura* identifica-se com a restauração ou reabilitação das espécies e habitats afectados e/ou das suas funções ecológicas (a funcionalidade ou serviço do recurso natural). Esta distinção (elemento natural em concreto afectado/ função ecológica desempenhada pelo mesmo) permite-nos distinguir duas formas de reparação *in natura*: a restauração ecológica e a compensação ecológica.

Na restauração ecológica existe recuperação directa do elemento natural que em concreto foi afectado. Já as medidas de compensação ecológica visam criar, expandir ou de alguma forma aumentar a

⁴³ Veja-se, a título meramente exemplificativo, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 399 e seguintes.

⁴⁴ Repare-se que referimo-nos a situação actual hipotética para afastar o conceito de situação anterior à prática do facto lesivo. Dogmaticamente, o lesante terá obrigação de reposição da situação como se não tivesse ocorrido a lesão; não terá obrigação de reposição da situação anterior à prática do facto lesivo. Repare-se que tal poderá ser significativamente diferente, especialmente considerando o lapso temporal que poderá ocorrer entre a prática do facto lesivo e a determinação da medida aplicável. Não podemos à partida afirmar qual será a solução mais favorável em termos ambientais, tendo em conta a complexidade e imprevisibilidade dos percursos causais e da evolução do estado dos recursos naturais. Contudo, conforme veremos, não foi esta a solução adoptada pelo legislador comunitário, afastando-se assim da teoria geral da responsabilidade civil.

capacidade funcional de outros elementos naturais, aproximando-se assim de uma substituição por equivalente funcional.⁴⁵

Finalmente, a compensação pecuniária é ainda um modo de reparação do dano ecológico. Por razões evidentes e que se prendem com os princípios do Direito do Ambiente⁴⁶, esta será a última medida de reparação a ponderar, estritamente subsidiária, aplicável apenas naqueles casos em que a reparação *in natura* não é (jurídica ou facticamente) possível no caso concreto. Ainda nesta fase introdutória, gostaríamos de sublinhar desde já, a título preliminar, a centralidade do princípio da proporcionalidade nesta matéria nas suas três vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Para além de nos referirmos a um princípio geral da actividade administrativa, o princípio da proporcionalidade pode, no limite, impedir a aplicação de medidas de reparação *in natura* e impor a compensação pecuniária⁴⁷.

2.2.A determinação da medida de reparação *in natura* aplicável – regime comunitário e nacional

Resulta do artigo 11.º, n.º 1, alínea n), do RJRDA que é medida de reparação “qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo

⁴⁵ Partimos de determinados pressupostos que neste contexto não poderemos explicitar; contudo, saliente-se que estamos perante um alargamento conceptual da reparação *in natura*.

⁴⁶ Assim, a finalidade da responsabilidade civil ecológica é a reconstituição dos ciclos naturais da Terra, na expressão de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tutela do ambiente e direito civil”, *Direito do Ambiente*, Lisboa: INA, 1994, p. 380. Com grande clareza, ECKHART REHBINDER resume a problemática nos seguintes termos: “[...]a réparation en nature du dommage écologique est l'opinion principale d'un droit de la responsabilité civile qui ne vise pas la juste compensation de la victime mais tout d'abord la prévention du dommage écologique et la restauration des biens-environnement dégradés”. Cfr. “Évaluation et réparation”, *Évaluation et réparation du dommage écologique. Rapport Général*, [s/l]: [s/n], [s/d], p. 113.

⁴⁷ Contudo, parece-nos que a proporcionalidade em sentido estrito não é um critério para determinação da medida de reparação a aplicar, mas funciona como mero limite à aplicação de uma medida. Neste sentido, vide LUCÍA GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998, pp. 260 e seguintes; e ainda JESUS CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico ...*, pp. 97 e seguintes.

*medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no anexo V*⁴⁸. Assim sendo, compreender o regime legal da reparação do dano à biodiversidade passa por estudar o anexo V do RJRDA⁴⁹. O ponto 2 do anexo, relativo à reparação de danos causados ao solo, fica excluído da nossa análise. Analisaremos, portanto, o ponto 1, que se aplica indiferenciadamente aos danos causados às águas, às espécies e *habitats* naturais protegidos⁵⁰. Começaremos por identificar a modalidade de reparação, seguindo-se uma explicitação do objectivo da medida e, finalmente, de que forma é feita a concretização da mesma.

Em termos doutrinários, haveria duas modalidades de reparação *in natura* do dano ecológico: restauração ecológica e compensação ecológica. Diga-se desde já que o legislador comunitário, e, conseqüentemente, o nacional, não seguiu esta distinção.

Nos termos do RJRDA há três tipos de reparação: a reparação primária, a reparação complementar e a reparação compensatória, cuja distinção é, por vezes difícil de fazer. Há que notar que a própria terminologia traz ínsita uma carga valorativa que nem sempre corresponde ao seu conteúdo legal.

Nos termos dos pontos 1a) e 1.1.1 do anexo V, será uma medida de reparação primária aquela que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado. Em primeiro lugar, cumpre sublinhar que a lei adoptou neste ponto a noção de dano ecológico enquanto lesão do recurso e da sua função, ao expressamente incluir, enquanto objecto de reparação, os serviços prestados pelo recurso natural.

⁴⁸ Essencialmente com o mesmo conteúdo, vide a norma transposta que consta do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 2004/35/CE.

⁴⁹ Nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do RJRDA, os critérios constantes das alíneas a) a f) do ponto 1.3.1 do anexo V são aplicáveis à determinação das medidas de reparação.

⁵⁰ O anexo V reproduz *ipsis verbis* o anexo II da Directiva 2004/35/CE.

Tal como já tínhamos adiantado antes, o RJRDA não se refere à tradicional fórmula da *situação actual hipotética*; pelo contrário determina que a reparação primária se destina à restituição do recurso e/ou função ao *estado inicial*. Já ficou analisado o conceito de *estado inicial*, cuja determinação, no caso do dano à biodiversidade, é essencial para determinar sequer se temos um dano.

No nosso entendimento, e porque nem é possível em abstracto afirmar que a situação inicial é sempre mais favorável ambientalmente que a situação actual hipotética, parece-nos que a melhor opção seria ter deixado ambas as hipóteses em aberto, para apreciação casuística.

O ponto 1.2.1 do Anexo V esclarece quais as opções podem ser consideradas a título de reparação primária: "*aquelas que consistem em acções destinadas a restituir directamente ao estado inicial os recursos e/ou serviços, num prazo acelerado, ou através de regeneração natural*". Vemos aqui clarificado que as medidas de restauração natural são medidas de restituição directa, começando assim a ser possível distinguir materialmente as medidas de reparação primária das de reparação complementar. Por outro lado, parece que encontramos aqui um ponto de coincidência entre as categorias doutrinárias e as modalidades legais de reparação: o legislador pretendeu limitar a reparação primária à restauração ecológica, ou seja, à reparação directa do recurso natural que em concreto foi afectado e, por essa via, da sua função ecológica ou serviço.

A lei remete aqui para dois conceitos que não são estranhos à doutrina da reparação do dano ecológico: a auto-regeneração natural e a restauração com recurso a manipulação dos elementos naturais. A própria terminologia é auto-explicativa: trata-se de optar por não adoptar nenhuma medida (à excepção de medidas de monitorização e controlo) naqueles casos em que é provável que os próprios ciclos naturais consigam a recuperação do recurso e da sua função; por contraposição, quando se entender necessário, haverá uma

intervenção directa do Homem nos ciclos naturais. Em abstracto, existe uma clara preferência pela auto-regeneração ecológica: tendencialmente, a auto-regeneração ecológica prevalece sobre as medidas que exigem manipulação dos elementos naturais pelo Homem, uma vez que esta última é, por natureza, mais invasiva e com potenciais efeitos colaterais imprevisíveis⁵¹; contudo, na prática, os diversos critérios a ponderar poderão apontar em sentido diverso.

Passando então à análise das normas relativas à reparação complementar, determina o ponto 1 b) do anexo V que são medidas de reparação complementar aquelas que são tomadas em relação aos recursos naturais e/ou serviços para compensar o facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais ou serviços danificados.

Sublinhe-se desde já uma clara lógica de subsidiariedade (mais do que uma vez repetida no anexo⁵²) da reparação primária face à reparação complementar (o que até já resultava da própria designação). Isto resulta do facto de que, pela sua natureza directa, a reparação primária será em princípio mais próxima da reparação integral que a reparação complementar. Confessamos a nossa desconfiança essencial em relação a esta afirmação inflexível de subsidiariedade, que explicitaremos mais à frente. Até porque ela é desmentida no ponto 1.3.2, que determina que a decisão de aplicação de uma medida de reparação primária parcial pode ser tomada *“se os recursos naturais e/ou serviços de que se prescindiu no sítio primário foram compensadas intensificando as acções complementares ou*

⁵¹ JOSÉ CUNHAL SENDIM pronuncia-se no mesmo sentido em *Responsabilidade civil por danos ecológicos em Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 241 e seguintes. Para fundamentar esta posição, CUNHAL SENDIM invoca ainda um *“princípio da homeostasia – i.e., [a] capacidade de os sistemas ecológicos se auto-regenerarem independentemente da intervenção humana”*.

⁵² Ainda no ponto 1: *“[p]rocede-se à reparação complementar, sempre que a reparação primária não resulte na restituição do ambiente ao seu estado inicial. E já no ponto 1.1.2. sempre que os recursos naturais e/ou serviços danificados não tiverem sido restituídos ao estado inicial, são tomadas acções de reparação complementar”*.

compensatórias para proporcionar um nível de recursos naturais e/ou de serviços similar ao daqueles de que se prescindiu”.

Contudo, primeiro há que concretizar em que consistem as medidas de reparação complementar, para o que recorremos ao ponto 1.1.2 do anexo V, do qual resulta que “o *objectivo da reparação complementar é proporcionar um nível de recursos naturais e/ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial*”⁵³.

Assim, começamos por poder afirmar desde já que a reparação complementar visa proporcionar um nível de recursos e de serviços similar àquele que resultaria da reparação primária. A utilização da expressão *similar* permite voltar a sublinhar a ideia ínsita na distinção de que só a reparação primária permitirá a reparação integral (e directa) do recurso natural afectado.

Em termos de procedimento para determinação de medidas de reparação, foram as de reparação complementar que mereceram mais atenção no Anexo V, certamente porque, ao não serem formas de reparação directa, há um maior risco de desvios do objectivo de reparação integral (ou o mais próximo possível da mesma). Foi eleita a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço⁵⁴ para obrigar à

⁵³ Há que relevar aqui uma falha de sintaxe. Esta redacção é idêntica à da Directiva, na sua versão portuguesa; uma consulta da Directiva noutras línguas da União Europeia permite concluir que se tratou de um erro de tradução, uma vez que na versão inglesa se determina que “[t]he purpose of complementary remediation is to provide a similar level of natural resources and/or services services, including, as appropriate, at an alternative site, as would have been provided if the damaged site had been returned to its baseline condition”. (sublinhado nosso); e a versão francesa, ainda mais explícita, determina que “[l]’objectif de la réparation complémentaire est de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si l’état initial du site endommagé avait été rétabli”.

⁵⁴ Conforme já foi por nós explicitado noutro texto, “[a] reparação complementar com recursos e serviços alternativos pode ainda colocar problemas acrescidos, conforme resulta do ponto 1.2.3 do anexo V, em termos de valoração. É que quando não se recorre à reparação primária, nem à reparação complementar seguindo a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço (que permite uma aproximação muito significativa da reparação primária), há que fazer uma valoração dos recursos e/ou serviços lesados para comparar com o valor dos recursos e serviços de substituição. Tendencialmente, essa valoração será monetária, conforme prevê o

definição em concreto de equivalências entre o(s) recurso(s) e/ou serviço(s) danificado(s) e o(s) recurso(s) e/ou serviço(s) criado(s) ou potenciado(s). Este procedimento impede a adopção de medidas compensatórias de reparação com base numa visão geral do dano, à qual equivaleria uma medida de reparação também genérica. Pelo contrário, exigindo-se uma operação analítica, obsta-se também a uma utilização injustificada de medidas de reparação complementar. Em princípio, as medidas compensatórias devem consistir em acções que proporcionem recursos naturais e/ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados. Só quando tal não for possível serão admitidos recursos naturais e serviços alternativos ou de substituição.

Passemos então à terceira modalidade de reparação *in natura* que consta do regime legal: a reparação compensatória. Deverão ser impostas medidas de reparação compensatória quando “os recursos naturais e serviços danificados não [possam] realizar as suas funções ecológicas ou prestar serviços (...), enquanto as medidas primárias ou complementares não tiverem produzido efeitos” (cfr. ponto 1 d) do anexo V). As medidas de reparação compensatória destinam-se a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou serviços, desde a data da lesão até à reparação integral⁵⁵ (cfr. ponto 1 c) do anexo V).). Sublinhe-se assim que o que está em causa na reparação complementar é materialmente diverso e nem está em concorrência

anexo V. Esta valoração é necessária para legitimar a exigência de reparação da parte do operador que, caso contrário, ficaria sujeito a suportar a implementação de uma medida de reparação complementar que pouco tem a ver com o recurso afectado e cujos custos podem ser significativamente diversos. Esta operação de valoração não é muito diferente do teste de razoabilidade a que já nos referimos; e o seu fundamento parece ser o princípio da proporcionalidade. Temos assim que o ponto 1.2.3 consubstancia uma manifestação do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, colocando os mesmos problemas que referimos sucintamente supra a propósito da análise custo-benefício. Também eles igualmente não respondidos – nem sequer aflorados – no RJRCDA.” Cfr. o nosso “A restauração natural...” , pp. 262 e 263.

⁵⁵ Também neste ponto, o anexo V refere “até a reparação primeira ter atingido plenamente os seus efeitos”, uma vez mais partindo do pressuposto de que haverá sempre reparação primária.

com a reparação primária ou complementar (que têm, afinal, a mesma função ou muito semelhante).

Quanto ao conteúdo da reparação compensatória, há que ter em conta o disposto no ponto 1.1.3 do anexo V, que especifica que a compensação consiste em melhorias suplementares dos *habitats* naturais e espécies protegidas ou da água, quer no sítio danificado quer num sítio alternativo. Ou seja, numa aplicação rigorosa da lei, haverá quase sempre lugar a medidas de reparação compensatória para as perdas transitórias, aplicadas conjuntamente com as medidas de reparação primária e/ou complementar para a efectiva reparação do recurso e/ou serviços afectados. Sublinhe-se que parte do que já se disse a propósito da reparação complementar é aplicável às medidas de reparação compensatória (no que se refere aos pontos 1.2.2 e 1.2.3 do anexo V), nomeadamente no que tange à abordagem recurso-a-recurso e serviço-a-serviço.

Após uma breve distinção entre cada uma das várias modalidades de reparação de danos às espécies e *habitats* naturais protegidos (ponto 1 a 1.2.3 do anexo V), há que explicitar agora regime legal no que toca à escolha das opções de reparação, de entre as várias potencialmente aplicáveis ao caso concreto.

Do ponto 1.3.1. consta um elenco, aparentemente taxativo, de critérios de escolha da medida de reparação a aplicar. Encontramos aqui vários tipos de factores, desde (i) factores estritamente ambientais (medida em que cada opção previne danos futuros e evita danos colaterais resultantes da sua execução, medida em que cada opção beneficia cada componente do recurso natural e/ou serviço); a (ii) critérios de eficácia e eficiência (que tanto se referem a eficácia e eficiência ambiental, como de diversa natureza, como a probabilidade de êxito de cada opção ou o período necessário para que o dano ambiental seja efectivamente reparado); a (iii) factores sócio-económicos (efeitos de cada opção na saúde pública e na segurança,

medida em que cada opção tem em consideração preocupações de ordem social, económica e cultural e outros factores relevantes específicos da localidade e relação geográfica com o sítio danificado – considerando a parte final do ponto 1.1.2); e ainda (iv) factores economicistas (custos de execução).

Em primeiro lugar, diga-se que o elenco dos critérios parece resultar de uma mera junção indistinta e mais ou menos aleatória de vários factores. É natural que se demonstrem aqui preocupações de natureza social e económica, ainda que tal se afigure doutrinariamente censurável⁵⁶. Mas o que temos no ponto 1.3.1. é um enunciado de critérios aparentemente sem qualquer preocupação de ordenação por *ratio* ou valoração.

Sublinhe-se, finalmente, que poderá ser insuficiente a aplicação de uma destas medidas de reparação, sendo necessária a conjugação de várias primárias e complementares (por impossibilidade de reparação primária total, por aplicação dos critérios constantes do ponto 1.3.1, mas também por força do ponto 1.3.3).

Finalmente, analisemos então o ponto 1.3.3, manifestação do princípio da proporcionalidade, que determina que, não obstante as demais normas já referidas, a autoridade competente pode determinar não tomar “*outras medidas de reparação*”. Refere-se aos casos em que o lesante adoptou previamente medidas de prevenção ou de reparação (primária, complementar e/ou compensatória) urgentes antes do procedimento de determinação das medidas de reparação, nos termos do artigo 15.º do RJRDA. Pode acontecer que o lesante

⁵⁶ Aliás, isso mesmo se reflecte também no parágrafo que antecede o ponto 1.1 do anexo V, do qual resulta que “[a] reparação dos danos ambientais (...) implica também a eliminação de qualquer risco significativo para a saúde humana”. Ignoramos a relevância autónoma desta norma. A reparação de um dano ecológico, restituindo os elementos naturais a uma condição ambientalmente harmoniosa, ou perto disso, implicará efeitos positivos para a saúde humana. A única função desta norma seria assim chamar a atenção para uma realidade que há muito está assente e é, até, apontado como fundamento filosófico do Direito do Ambiente: a saúde, equilíbrio e bem-estar do Homem. Ou então, para servir enquanto critério – mas nesse caso, é, uma vez mais, uma repetição, porquanto tal já ficou expresso no ponto 1.3.1 do anexo V.

tenha já praticado relevantes actos de reparação. Nesse caso, será admissível a não adopção de qualquer medida se (i) as medidas adoptadas assegurarem a inexistência de riscos significativos de efeitos adversos para a saúde humana, a água ou as espécies e *habitats* protegidos; e se (ii) o custo das medidas de reparação a adoptar para atingir o estado inicial ou similar for desproporcionado em relação aos benefícios ambientais a obter.

2.3. Breves notas quanto à compensação pecuniária

De tudo o que ficou dito, parece não haver na lei qualquer determinação que se refira à possibilidade da compensação pecuniária. O único ponto em que o legislador a ele se refere é para negar, pelo menos parcialmente, a sua admissibilidade: esclarece que a reparação do dano ecológico não consiste numa compensação financeira para membros do público nos pontos 1d) e 1.1.3 do anexo, na parte dedicada à reparação compensatória. Esta norma é susceptível de diversas interpretações: é só na reparação compensatória não pode haver compensação financeira para membros do público, sendo isso de admitir na reparação primária ou complementar? Não pode haver qualquer compensação financeira na reparação do dano ecológico? Só na reparação compensatória pode haver (até de um ponto de vista conceptual) compensação financeira, mas que não poderá ser para membros do público? Parece-nos que considerando a teoria geral da responsabilidade civil, e perante uma omissão do legislador em claramente proibir a compensação pecuniária, não devemos retirar mais conclusões do que aquelas que resultam claramente da lei: isto é, as medidas compensatórias não consistem em compensações pecuniárias a favor do público.

No RJRDA fica, portanto, tudo em aberto quanto à problemática questão da compensação pecuniária. Podemos começar por

recuperar a ideia já avançada anteriormente de que a compensação pecuniária é estritamente subsidiária. É fácil afirmar que existe um sólido princípio de primazia da restauração natural do dano ecológico, o que resulta da evidência de que o dano ecológico só pode ser efectiva e totalmente reparado através da reparação *in natura*, aproximando-se a compensação em dinheiro do regime próprio da compensação por danos morais⁵⁷.

Quando, então, seria admissível a compensação pecuniária? Parece-nos que em apenas um caso: impossibilidade de adopção de qualquer medida de restauração natural ou compensação ecológica, de reparação primária ou complementar, seja por força do princípio da proporcionalidade (que impeça a imposição das medidas adequadas), seja por facticamente a reparação não ser possível. Em todos os demais casos, mesmo quando não possa ser determinada a aplicação de uma medida por força do princípio da proporcionalidade, será de recorrer a medidas de reparação *in natura*, mesmo se só parcialmente. É que na compensação pecuniária não há reparação (por isso mesmo falamos em compensação e não em indemnização, à semelhança dos danos não patrimoniais) e o risco de desvio dos fundos para outras finalidades torna a doutrina e o legislador reticentes a aceitá-la amplamente.

Claro que surgem agora dois outros problemas: como calcular essa compensação e quem é o beneficiário da mesma?

Os modelos das teorias económicas⁵⁸ propostos pela doutrina para avaliação do dano ecológico são, no nosso entendimento, de afastar,

⁵⁷ Vide *supra* nota 46.

⁵⁸ Estas metodologias podem ser classificadas em directas e indirectas. As metodologias directas, também chamada avaliação contingente – resultam da avaliação feita directamente pelo consumidor, disponibilizada através de questionários. Pelo contrário, nas metodologias indirectas o valor económico é determinado através da análise de mercados de bens relacionados com o bem ambiental e existem várias técnicas: *factor income methodology*, *travel cost analysis*, *hedonic pricing*. Uma breve descrição destes mecanismos pode ser encontrada em JOSÉ CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil...*, pp. 170 e seguintes, nota 351; diferente na qualificação mas com uma descrição dos mesmos mecanismos, vide BRANCA MARTINS DA CRUZ, *La réparation du dommage écologique pur: étude à la lumière du droit portugais*, Nice: [s/n], 2005, pp. 121 e seguintes.

porque assentam numa avaliação da utilidade económica do bem, no valor do uso. Ora por tudo o que já ficou dito *supra* acerca do conceito e natureza da biodiversidade, é fácil concluir que a *res communis* biodiversidade não é susceptível de avaliação pecuniária. Por ser o resultado da uma teia infindável de elementos naturais, ela está definitivamente fora de qualquer lógica de mercado. A única forma de atribuir um preço à biodiversidade é fazê-lo coincidir com o custo da reparação. Quando a reparação não é possível, ficamos sem parâmetro equivalente.

A propósito do princípio da proporcionalidade, a Comissão Europeia tentou, no *Livro branco sobre responsabilidade ambiental* encontrar critérios de avaliação quantitativa do dano. Diz-se aí que “[t]erá de ser realizada uma análise de custo-benefício ou uma análise de razoabilidade, caso a caso”⁵⁹. Mas o *Livro branco sobre responsabilidade ambiental* da Comissão não respondeu a esta questão, nem a Directiva a concretizou.

No nosso entendimento, a discussão em torno da reparação por compensação pecuniária do dano à biodiversidade não é em nada diferente, em termos de avaliação do dano, do problema geral da compensação pecuniária por danos morais, o que implica o cálculo da compensação tendo por base a equidade. Assim, seriam tidas em consideração a situação económica e grau de culpa do lesante, as vantagens económicas auferidas por força da lesão e outras circunstâncias do caso concreto que mereçam ponderação. Estes critérios nada revelam acerca do dano ecológico causado, mas já sabemos, à partida, que a compensação pecuniária não irá reparar o dano causado e que estamos perante uma mera compensação e não de uma indemnização em sentido estrito. A insegurança e potencial injustiça associadas a este tipo de avaliação poderiam ser mitigadas

⁵⁹ Cfr. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, p. 21.

através da adopção de um modelo forfetário ou de precedente, susceptíveis de dar valores de referência⁶⁰.

Cabe concluir, quanto a este ponto, que a eficácia deste sistema passará pela concretização normativa do mesmo, o que se aplica não só à questão da admissibilidade da compensação pecuniária e sua forma de cálculo, a que acabámos de nos referir, mas também à definição do seu destinatário.

Esta última questão também não tem resposta no nosso ordenamento. A resposta parece ser óbvia e imediata: a compensação pecuniária por um dano à biodiversidade tem de ir para um fundo dedicado exclusivamente à prevenção e reparação de danos ecológicos, uma vez que só assim se asseguraria a consignação dessas verbas a finalidades intra-ambientais. O RJRDA criou, no seu artigo 23.º, o Fundo de Intervenção Ambiental (“FIA”), que tem como missão suportar os *custos da intervenção pública de prevenção e reparação de danos ambientais*. Contudo, compulsado o Regulamento do FIA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho, as compensações pecuniárias não estão previstas enquanto receitas. Prevê o artigo 6.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento que são receitas do FIA “[o] montante das indemnizações e compensações que lhe sejam devidas em virtude do financiamento de medidas ou acções de prevenção ou reparação de danos ou de perigos de danos ambientais, bem como as multas que lhe sejam afectas”. No nosso entendimento, não estão aqui incluídas as compensações pecuniárias por dano ecológico, uma vez que essas não lhe são “*devidas em virtude do financiamento de medidas ou acções de prevenção ou reparação*”. É que, em primeiro lugar, as compensações pecuniárias não lhe são devidas – para o serem, teria de haver uma norma que lhas atribuísse; e, por outro lado, o FIA não as receberia por ter previamente suportado os

⁶⁰ Sobre estes modelos, veja-se a análise feita por BRANCA MARTINS DA CRUZ, *La réparation du dommage...*, pp. 144 e seguintes.

custos inerentes à adopção de medidas ou acções, formulação adoptada pela lei e que aproxima esta receita ao direito de regresso.

Contudo, o FIA deveria receber esta compensação por ser a melhor alternativa disponível, considerando a irreparabilidade do dano e a função que a lei lhe atribuiu de financiar medidas de prevenção e reparação de danos ambientais. Nestes termos, urge também neste ponto um desenvolvimento do quadro normativo, para uma mais eficaz protecção do ambiente, sem preterição da salvaguarda da segurança jurídica dos lesantes.

Lisboa, Junho de 2010

Heloísa Oliveira

Monitora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Mestranda em Ciências Jurídico-Ambientais

O VELHO, O NOVO E O RECICLADO NO DIREITO DA CONSERVAÇÃO DA NATUREZA¹

Oportuna esta iniciativa do Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Lisboa. E acertado o tema genérico que propõe perante os diplomas recentemente publicados no domínio do direito do ambiente.

A entrada em vigor de novos instrumentos legais não é – sabemos-lo bem – garantia de renovação do ordenamento jurídico. Por isso tem toda a pertinência a interrogação que dá mote comum às intervenções do conjunto de ilustres conferencistas, dos quais naturalmente me excludo: *o que há de novo no direito do ambiente?*

Propõem-me que contribua para o debate com a minha visão sobre a situação do direito da conservação da natureza no quadro do conjunto de medidas adoptadas nesta legislatura sobre protecção dos recursos naturais em Portugal.

Um olhar geral sobre este movimento legislativo permite concluir que não se alterou na sua essência o paradigma das políticas e do direito da conservação da natureza. Se quisermos resumir numa frase, observamos que da anunciada renovação resultou afinal muito do velho, pouco de novo e algo de reciclado.

¹ O presente texto reproduz o sentido geral da intervenção do autor nas Jornadas de Direito do Ambiente, subordinadas ao tema **O que há de novo no Direito do Ambiente?**, promovidas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Lisboa em 2008, sob a coordenação de Carla AMADO GOMES e Tiago ANTUNES.

A revisão da orgânica da conservação da natureza

O ano de 2007 é marcado pela reorganização do sector da conservação da natureza, no âmbito mais vasto do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado, conhecido pelo acrónimo PRACE.

O instrumento legal de referência é o DL n.º 136/2007, de 27 de Abril, completado pela Portaria n.º 530/2007, de 30 de Abril que aprovou os estatutos do instituto público agora rebaptizado Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I.P., que pretende ajustar a agência responsável pela execução das políticas de conservação aos princípios pré-anunciados no DL n.º 207/2006, de 27 de Outubro, que aprovou a nova lei orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional.

A intenção legisferante plasmada no preâmbulo do DL n.º 136/2007, de 27 de Abril, é a de, por um lado, adoptar a estrutura da autoridade nacional de conservação da natureza à lei-quadro dos institutos públicos. Depois, um propósito de enfrentar novas competências, algumas de fonte externa, que implicam um agravamento dos deveres do Estado neste domínio.

Estes desideratos, que se compreendem, não afastam a sensação de que a nova solução estrutural foi sobretudo ditada pela necessidade de controlo da despesa pública *“razão pela qual se assegura na nova orgânica um mais eficaz controlo financeiro da actividade do ICNB”* (Vd. preâmbulo). É este propósito que permite compreender quer as alterações verificadas nos órgãos, quer a macroestrutura dos serviços, em especial as unidades orgânicas responsáveis pelo exercício das políticas de conservação nas áreas protegidas.

Até 2007 o Parque Nacional Peneda-Gerês e os parques e reservas naturais eram geridos por verdadeiros e próprios órgãos: a Comissão Directiva (órgão executivo constituído por um presidente e dois vogais) e um Conselho Consultivo (de acompanhamento e avaliação das medidas de gestão implementadas ou a implementar na respectiva área protegida).

Esta estrutura, herdada do Serviço Nacional de Parques, Reservas e Conservação da Natureza, obedecia a dois princípios, o da desconcentração de competências e o do envolvimento dos agentes locais (municípios e freguesias), ONG's e outros grupos de interesses sócio-económicos.

O pressuposto desta co-responsabilização alargada a outros actores assentava na ideia de que as crónicas dificuldades de levar à prática medidas de conservação de espécies e *habitats*, muitas vezes combatendo políticas e restringindo direitos ou costumes, só seria efectiva com uma participação alargada e interessada na prossecução dos objectivos conservacionistas das populações, através dos seus representantes locais ou de organizações especificamente criadas para defesa dos valores naturais ou outros co-relacionados.

Em 2002, através do DL n.º 221/2002, de 22 de Outubro, chegou a alterar-se o DL n.º 19/93, de 23 de Janeiro (onde repousava, então, o essencial da orgânica da conservação da natureza) para permitir o aprofundamento deste envolvimento, em especial das autarquias na gestão das áreas protegidas.

Esta alteração visou dar cumprimento ao disposto no artigo 26.º n.º 2 al. f) da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro (a lei da transferência de atribuições e competências para as autarquias locais) que dispõe que compete ao poder local "*gerir as áreas protegidas de interesse local e*

participar na gestão das áreas protegidas de interesse regional e nacional".

O recuo consumado com a lei orgânica do ICNB verificou-se logo em 2005 quando, através do DL n.º 117/2005, de 18 de Julho, se retirou aos órgãos autárquicos o poder de co-nomeação dos presidentes das Comissões Directivas.

Eis um bom exemplo de que o que é novo nem sempre é bom. E neste caso, estamos convencidos que a uma menor co-responsabilização das autarquias corresponderá uma menor eficácia das políticas de defesa da diversidade biológica, em especial das medidas de conservação *in situ*.

O legislador cedeu à ideia feita de que co-responsabilizar os autarcas na gestão das áreas protegidas é "*meter a raposa na capoeira*" temendo os efeitos da consabida apetência dos eleitos locais pela ocupação urbanística.

Esta cedência é, no nosso entendimento, um erro. Um erro jurídico antes de mais, porquanto quer a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, quer sobretudo a Constituição no artigo 235.º n.º 2, último segmento, impedem o afastamento das autarquias locais da gestão das áreas protegidas.

Sabemos bem que na gestão das áreas protegidas (como aliás na defesa dos bens que integram a Rede Natura 2000 ou na aplicação do regime da Reserva Ecológica Nacional - REN) está em causa a salvaguarda de recursos fundamentais para a sustentabilidade, de índole nacional e não meramente local.

Mas não pode subscrever-se, atento o estatuto constitucional do poder local, que a gestão de parques e reservas naturais é indiferente ao que

a lei fundamental designa por “*interesses próprios das autarquias locais*”.

Julgamos que a opção constitui também um erro político.

As políticas públicas ambientais devem respeitar o princípio da procura do nível mais adequado de acção o qual, nos termos do artigo 3.º al. f) da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, implica que as medidas de execução tenham em consideração a escala territorial que garante mais eficácia, seja ela o âmbito internacional, nacional, regional, local ou sectorial.

Nas políticas de conservação da natureza, estando em causa a defesa do capital genético, diz-se que esse interesse público exorbita em muito da esfera local. Nasce aqui a justificação para a tendência não só para a direcção centralizada dessas políticas, como para alergia ao envolvimento dos poderes locais.

Um dos problemas notórios das nossas políticas conservacionistas é a sua concepção não se basear numa adequada avaliação. Se fossem correctamente avaliadas e ponderados os insucessos de algumas das mais emblemáticas medidas de preservação dos recursos bióticos em risco, chegar-se-ia facilmente à conclusão de que não há políticas de conservação da natureza contra as populações, e muito menos sem as populações. As medidas mais ligadas à investigação e estudo de *habitats* e espécies justificam obviamente a intervenção quase exclusiva de serviços da Administração Central, mas justificariam também um maior envolvimento das universidades e outros centros de conhecimento, públicos ou privados.

Já a aplicação dos planos de ordenamento, e sobretudo o controlo e vigilância das normas e das boas práticas, depende da cooperação activa e interessada das autarquias e não deve dispensar a colaboração de organizações sociais. O legislador não pensou que

assim é que iríamos pelo bom caminho. O tempo encarregar-se-á de o desmentir.

Olhemos agora para dentro do ICNB com o propósito de perceber qual o modelo de distribuição de competências que resultou da opção do legislador.

Já adiantámos que essa opção passou por retirar às direcções das áreas protegidas a sua natureza de centros de imputação, com alguma autonomia, de poderes funcionais nos domínios da gestão das áreas protegidas. Esses poderes pertencem agora aos órgãos e serviços centrais do ICNB.

Com efeito, o DL n.º 136/2007, de 27 de Abril, comete ao presidente do INCB as competências que até à sua entrada em vigor se encontravam alocadas nas Comissões Directivas.

Isto é, na prática o ICNB deixou de ter órgãos locais.

A macro-estrutura do ICNB definida nos estatutos (aprovados pela Portaria n.º 530/2007, de 30 de Abril) confirma a opção pelo um modelo concentracionário. Observa-se, com efeito, que os anteriores órgãos locais de gestão foram transformados em serviços centrais (os Departamentos de Gestão das Áreas Classificadas) que agrupam por quatro regiões as áreas protegidas de interesse nacional actualmente existentes.

Cabe aos departamentos, segundo os estatutos do ICNB, *“assegurar localmente o relacionamento com as entidades públicas, designadamente as competentes nos domínios da agricultura, caça, pesca, floresta, aquicultura, água e domínio hídrico, em cumprimento das orientações superiormente definidas”* (artigo 5.º n.º 1 al. d)), competindo-lhes ainda *“desenvolver e simplificar (sic!) o*

relacionamento com as populações residentes nas áreas classificadas que integram o departamento (art.º 5.º n.º 1 al. e)).

O que mudou quanto à Rede Natura 2000

Nesta legislatura verificaram-se algumas alterações quer na conformação física quer jurídica da Rede Natura 2000 em Portugal.

Foram identificadas e classificadas novas ZPE (Monchique e Caldeirão, Monforte, Veiros, Vila Fernando e S. Vicente) e alargados os limites de outras (Moura-Mourão-Barrancos e Castro Verde).

Concluiu-se o processo de transposição para o direito interno das Directivas Aves e *Habitats* através da alteração do DL n.º 140/99, de 24 de Abril pelo DL n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro.

Este diploma veio concretizar uma reclamada densificação da obrigação que para o Estado decorre do artigo 6.º da Directiva *Habitats*, disposição que verdadeiramente dá o mote à disciplina de defesa do património natural que é a da Rede Natura 2000.

Determina-se aí que os projectos susceptíveis de afectar um sítio da Rede Natura 2000 **de modo significativo**, individual ou conjuntamente com outros projectos, devem ser objecto de avaliação tendo por quadro de referência os factores que determinaram a integração do sítio na rede.

Fica agora clarificado que a lei sujeita a processo de avaliação ambiental (ou á análise de incidências ambientais, fora dos casos previstos no artigo 10.º n.º2) todas as acções não directamente relacionadas com a gestão dos sítios (da lista nacional ou sítios de interesse comunitário) de uma Zona Especial de Conservação (ZEC) ou de uma Zona de Protecção Especial (ZPE).

Adivinham-se as críticas, já habituais, dirigidas à opção do legislador em fazer assentar a decisão de autorização de uma determinada em área classificada com Rede Natura 2000 neste conceito indeterminado. Sem pretender aqui discorrer sobre matéria que os juristas conhecem bem, que é a dos limites à liberdade de integrar os conceitos vagos e indeterminados levados à letra da lei, limites estes que afastam essa actividade do livre arbítrio, sempre se dirá que a lei fornece elementos seguros que servirão de guia ao decisor.

Que elementos são esses?

Em primeiro lugar o que se extrai dos artigos 10.º n.º9 do DL n.º 140/99, que expressa o que poderemos chamar princípio da integridade das áreas integrantes da Rede Natura, aliás bastante tratado na jurisprudência comunitária.

Para os efeitos do artigo 10º do diploma a que nos referimos, afecta de modo significativo a Rede Natura toda a acção susceptível de desintegração (a forma mais comum é a descontinuidade ou a fragmentação provocadas por elementos artificiais ou alteração das condições naturais) dessas áreas.

Em segundo lugar, o conceito deve ser integrado por apelo aos objectivos da Rede Natura 2000, definidos nas Directivas e sintetizados no n.º 2 do artigo 1.º do DL n.º 140/99, de 24 de Abril.

E o próprio n.º 1 do artigo 10.º que aponta para aí ao centrar a avaliação de incidências ambientais nos *“objectivos de conservação da referida zona”*.

Significa isso que – ressalvados os casos que resultem da aplicação dos n.ºs 10 e 11 do artigo 10.º – **afectam de modo significativo uma área integrada da Rede Natura o projecto ou a acção: (i) que revelam**

produzir efeitos negativos sobre a biodiversidade biológica, impedindo a conversão ou o restabelecimento de *habitats* naturais de fauna e de flora, considerados em estado de conservação favorável; ou (ii) que ponham em causa a protecção, gestão e controlo das espécies ou a regulamentação da sua exploração.

De notar que a obrigação de aferir as incidências ambientais não incide somente sobre os projectos ou acções, abrange também os *planos*.

Di-lo o n.º 1 do artigo 15.º do DL n.º 140/99, mas impõe-no, agora, o DL n.º 322/2007, de 15 de Junho (artigo 3.º n.º 1 al. b)) e o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (DL n.º 380/99, de 22 de Setembro, na versão resultante da alteração e republicação pelo DL n.º 316/2007, de 19 de Setembro, atento o disposto no artigo 1.º n.º 2 deste último diploma).

A despeito destes ajustamentos normativos, a grande questão coloca-se no plano da gestão. O que fazer dos mais de um milhão de hectares de Rede Natura 2000?

Como é sabido, o artigo 8.º n.º 4 do DL n.º 140/99, de 24 de Abril, determina que *“a execução da Rede Natura 2000 é objecto de um plano sectorial, elaborado nos termos do DL n.º 380/99, de 22 de Setembro e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2001, de 6 de Junho, tendo em conta o desenvolvimento económico e social das áreas abrangidas e estabelecendo orientações para: a) A gestão territorial nos sítios, nos sítios de importância comunitária, nas ZEC e nas ZPE; b) As medidas referentes à conservação das espécies da fauna, flora e habitats”*.

No quadro da lógica relacional entre os instrumentos de gestão territorial, expressa na Lei n.º 49/98, de 11 de Agosto (Lei de Bases da

Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo) e no DL n.º 380/99, de 22 de Setembro, a ideia é a de que estas medidas e recomendações sejam tornadas efectivas por via dos *Planos Especiais de Ordenamento do Território* (PEOT) e dos *Planos Municipais de Ordenamento do Território* (PMOT) que incidam sobre áreas integradas na Rede Natura 2000.

Pretende-se que o carácter meramente programático e indicativo do *Plano Sectorial* adquira normatividade através do processo de alteração por adaptação dos PEOT e PMOT, para o que se estabelece um prazo máximo de seis anos.

Em nosso entender é legítimo que se conclua que o Plano Sectorial da Rede Natura 2000 não é, não vai ser, o instrumento fundamental de salvaguarda da Rede Natura 2000. E não o será porque carece de efectividade directa. As ZPE, ZEC e sítios só verão garantida a sua utilidade pública conservacionista quando enquadrados por instrumento de natureza normativa que defina usos preferenciais, condicionados e interditos do solo, determinados por critérios de conservação da natureza e da biodiversidade, isto é, por planos especiais no conceito do artigo 12.º/3/c) do DL n.º 380/99, de 22 de Setembro.

Ao regime de salvaguarda tem de se somar um plano de gestão plurienal realista e exequível, que é o mesmo que dizer, dotado dos meios técnicos e financeiros necessários para levar a cabo as medidas definidas para se prosseguirem os objectivos de conservação e valorização do património natural que justificam a integração de cada área na Rede Natura.

Por isso, efectivos para a protecção dos sítios da Rede Natura 2000 são os PEOT que os incluem.

E são-no também, nas vastas áreas não cobertas por planos especiais, os planos à escala local com particular relevo para os PDM, o que acentua a necessidade de articulação com as autarquias locais.

É manifesto que a figura do plano sectorial é inadequada para enquadrar uma gestão efectiva de sítios da Rede Natura 2000. Não só porque não tem natureza regulamentar e nessa medida não vincula directamente os particulares, mas sobretudo porque o plano sectorial é o instrumento pensado para a concretização de políticas sectoriais. Ora, as políticas de conservação da natureza não devem ser tidas como políticas sectoriais. Distintamente devem ser encaradas como transversais a todas as demais políticas públicas.

Melhor seria – temo-lo defendido – que a lei previsse para cada sítio da Rede Natura um plano de gestão associado a PEOT com a força e o valor jurídico que resulta do artigo 3.º n.º 2 do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial.

Aliás, compulsando o Plano Sectorial da Rede Natura 2000 aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115-A/2008, de 21 de Julho, salta à vista a sua inoperabilidade como meio de garantia da inviolabilidade dos valores que subjazem à criação dos sítios, das ZEC e das ZPE.

Pode objectar-se que, não sendo a Rede Natura um regime jurídico impositivo de restrições de utilidade pública (o que está longe de ser pacífico, pelo menos na forma como tem sido encarada a aplicação do DL n.º 140/99), mas antes um sistema que visa a salvaguarda de patrimónios naturais, a sua gestão deve ser moldada pelos resultados do levantamento e caracterização dos bens e recursos existentes em cada área classificada, processo dinâmico que a taxonomia há-de ajudar a consolidar.

A verdade, porém, é que a falta de efectividade jurídica *per se* do plano sectorial, aliada a uma crónica debilidade na fiscalização do cumprimento de simples orientações - desde logo por parte das entidades públicas -, é agravada pelo conteúdo desse plano.

Vejamos, ainda que sinteticamente, alguns dos aspectos do Plano Sectorial da Rede Natura 2000 que traduzem esta inaptidão imanente:

a) O carácter essencialmente técnico do documento.

Percebe-se mal que, sendo a solução legal encontrada para assegurar efectividade do plano, a alteração por adaptação de instrumentos de gestão territorial de natureza regulamentar, não tenha havido a preocupação por torná-lo menos hermético e mais acessível aos responsáveis pela elaboração ou revisão dos PEOT e dos PMOT.

b) A imprecisão da delimitação cartográfica realizada à escala 1:100.000.

Advinham-se as dúvidas, as incertezas e sobretudo os conflitos que surgirão aquando da transposição para as plantas instrutórias dos planos de concretização, em especial para os PMOT.

c) A extrema vaguidade de muitas das orientações.

d) A (insistência na) inclusão de áreas urbanas (habitacionais, industriais, de equipamentos) nos sítios, nas ZCE e nas ZPE, revelando que os responsáveis pela elaboração do plano, mas sobretudo os decisores políticos, pouco ou nada aprenderam de experiências do passado nada favorável aos objectivos da Rede Natura 2000 sempre que se forçou esta solução de inserção de áreas urbanas, que só temos por racional quando se torna necessária para evitar a fragmentação de *habitats*. Sempre,

contudo, observando o princípio da proporcionalidade, que o mesmo é dizer como diz a lei “*tendo em conta as exigências ecológicas, económicas, sociais, culturais e científicas, bem como as particularidades regionais e locais*” (cfr. artigo 1.º n.º 3 do DL n.º 140/99, de 24 de Abril).

- e) Na falta de um programa de execução de acções de conservação ou reabilitação de *habitats* e de defesa da biodiversidade relativas a cada sítio, confirmando a já tradicional ausência de enquadramento económico-financeiro das medidas preconizadas no Plano Sectorial. Isso ajuda a explicar a vaguidade das orientações que atrás salientamos...

A tentativa falhada de uniformização dos regimes jurídicos da conservação da natureza e de defesa da biodiversidade

Há que reconhecer à Europa o papel pioneiro da criação de condições políticas mas também normativas para dar cumprimento à Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de Janeiro de 1992 e entre nós aprovada para ratificação pelo DL n.º 21/93, de 29 de Junho (tendo entrado em vigor a 21 de Março de 1994).

Os Estados membros da UE vincularam-se a cooperar na execução da estratégia comunitária de conservação da natureza, em especial após o acordo dos chefes de Estado e de governo obtido em 2001 que viabilizou compromisso político constante da Comunicação da Comissão de 22 de Maio de 2006 ‘*Travar a Perda da Biodiversidade até 2010 – E mais além*’.

Este discurso estratégico ao nível transeuropeu solidarizou as políticas nacionais na prossecução, no prazo de uma década, de objectivos que, em síntese, visam estancar a tendência para a diminuição dos

stocks genéticos na Europa, e encontra resposta em algumas das medidas de alteração dos regimes jurídicos que interessam à defesa da diversidade biológica em Portugal, dando aliás execução à Opção Estratégica 2 da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro).

Essa opção estratégica apontava para a constituição da Rede Fundamental da Conservação da Natureza e do Sistema Nacional de Áreas Classificadas, integrando neste a Rede Nacional de Áreas Protegidas.

Sempre entendi que esta orientação estratégica era um sinal para a sistematização do Direito que atende aos interesses públicos ligados à conservação da natureza, incluindo neste conceito a defesa da biodiversidade.

Com este propósito foi publicado o DL n.º 142/2008, de 24 de Julho, anunciando o legislador que com ele se institui o regime jurídico da conservação da natureza.

Este é um dos casos em que a prometida inovação se ficou pelo universo das intenções.

Mesmo que a opção fosse a de não mudar o paradigma das políticas públicas conservacionistas, já seria uma inovação relevante que o essencial do regime jurídico da conservação da natureza constasse de um diploma, no qual se precipitassem os princípios e regras de enquadramento dessas políticas públicas e as condicionantes aos direitos e interesses legítimos dos particulares.

Esse exercício permitiria ganhar a coerência e o carácter sistémico que faltam ao conjunto disperso de diplomas que instituem vários regimes

de protecção dos bens ambientais relacionados com a conservação da natureza.

Não foi, porém, isto que se obteve com o DL n.º 142/2008, de 24 de Julho.

Vejamos então que impressões nos causa o diploma que no Diário da República se apresenta como estabelecendo o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade.

É, antes de mais, indisfarçável o gosto do legislador pelas formas mais ou menos esquemáticas, sem que essas formas traduzam qualquer mutação substantiva, ou, o que seria porventura mais importante, contribuam para a uniformização dos regimes dispersos.

Acima, recordou-se que uma das opções da Estratégia Nacional é a criação de uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN), um Sistema Nacional de Áreas Classificadas (SNAC) que integra a Rede Nacional de Áreas Protegidas (RNAP).

O diploma concretiza este esquema, integrando no SNAC a Rede Natura 2000 e outras áreas classificadas ao abrigo do direito internacional.

Só que neste esquema, onde se arrumaram bem “redes” e “sistemas”, mantém-se afinal tudo como dantes, não se surpreendendo aquilo que decorre, como objectivo, da Estratégia Nacional: a uniformização dos regimes atinentes à conservação da Natureza.

A RFCN, que se esperava que fosse o conjunto de princípios comuns a todos os regimes especiais, não passa afinal de um *nomem*. Não é mais do que uma designação sem qualquer substrato normativo.

A RFCN, não é, como se esperava que fosse, o denominador comum dos regimes da Rede Nacional das Áreas Protegidas, da Rede Natura 2000 e outras áreas classificadas, da REN, da RAN ou do regime do domínio público hídrico no que todos eles têm que ver com a salvaguarda do património genético existente em território nacional. **É, tão só, o nome que se dá à soma de todos eles.**

Ainda assim, a elaboração de um regime jurídico geral poderia ser a oportunidade para alterar substantivamente os regimes especiais, ou pelo menos para estabelecer os momentos essenciais, as orientações políticas fundamentais a concretizar nesses regimes.

Mas nem esse efeito resulta do diploma em apreço, que se basta com uma remissão para os diplomas que encerram, no todo ou em parte (como é o caso da RAN) mecanismos de salvaguarda da biodiversidade. Com excepção do regime jurídico aplicável às áreas protegidas, esse revogado, sendo as suas normas ligeiramente alteradas. O que se observa mesmo em relação à disciplina jurídica da conservação da natureza *in situ* não é, contudo, uma mudança de paradigma. São ajustamentos e algumas proposições positivas, como a possibilidade de criação de áreas protegidas de âmbito regional ou local nascidas da vontade municipal; ou a tentativa de conformar um feixe de princípios sobre o regime económico de conservação da natureza e da biodiversidade (cfr. Cap. V).

No demais, o legislador limitou-se a reciclar o velho DL n.º 19/93, de 23 de Janeiro.

O regime económico e financeiro da conservação da natureza

Julgamos que está socialmente adquirida a noção, mais ou menos difusa, da importância da biodiversidade existente no território nacional,

aliás bem expressa na Estratégia Nacional da Conservação da Natureza e da Biodiversidade.

Porém, com a excepção de alguns – poucos – anos, em que não faltaram recursos para execução de programas, é crónico o problema do financiamento das políticas públicas conservacionistas.

A questão do sub-financiamento destas políticas tem contornos complexos e não pode ser analisada com o mínimo de profundidade aqui, embora reconheçamos que esta é umas das questões fundamentais. As limitações de tempo mas também do tema proposto, impõe-nos que nos concentremos no que de novo traz o DL n.º 142/2008, de 24 de Julho, quanto a este importantíssimo plano.

Antes, porém, permitimo-nos adiantar como explicação para a insuficiência dos recursos colocados à disposição das actividades de protecção da biodiversidade (que, diga-se, vão muito para além da gestão das áreas protegidas que tem absorvido a grande fatia das disponibilidades orçamentais) a circunstância de em Portugal a conservação da natureza ter sido encarada como uma **causa** cujos objectivos eram intangíveis e os pressupostos uma espécie de dogma. Um domínio onde a dialéctica sempre foi muito pobre, e onde os defensores da natureza (pertencentes a um clube muito restrito...) sempre diabolizaram alguns comportamentos que, por serem racionais, deveriam ter influenciado positivamente a decisão política.

Mas não. A reverência para com a intocável *mainstream* da elite conservacionista, fez com que se retardasse o passo que poderia resolver, pelo menos em parte, os problemas do financiamento das políticas públicas conservacionistas.

As actuações nestes domínios foram sendo afectadas, por exemplo, pelo complexo de que a comparticipação de entidades privadas no

financiamento dos programas públicos tornaria a conservação da natureza e a defesa da natureza prisioneira de tenebrosos interesses!

Noutras paragens, a solução para o problema da escassez de recursos, designadamente para o desenvolvimento de acções de recuperação de *habitats* e para a protecção da espécies, foi conseguido exactamente à custa da participação das empresas interessadas no sucesso dessas medidas.

A Costa Rica, por exemplo, frou partido do interesse de empresas pelas bio-riquezas (essencialmente da flora) para financiar a investigação do seu património natural, aceitando celebrar um contrato com o gigante da indústria farmacêutica norte-americana MERCK, no valor de muitos milhões de dólares.

Muitos outros exemplos de sucesso assentes na cooperação entre entidades e o sector público da conservação da natureza podiam ser dados.

Em Portugal, a excepção ao preconceito que durante anos a fio fez lei, encontra-se nas medidas agro-florestais previstas nos Planos Zonais contratualizadas com agricultores, e nas acções levadas a cabo por ONG no âmbito das candidaturas ao Programa LIFE.

O assim chamado regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade veio abrir caminho para uma nova fase, ao eleger o **contrato** como instrumento de sustentabilidade económica e financeira do SNAC.

Com efeito, o DL n.º 142/2008, de 24 de Julho, veio consagrar as vias convencionais de gestão do património biológico, designadamente sob a forma de parcerias público-privadas, contratos de gestão e de concessão ou outras modalidades de associação estável não

nomeadas na lei mas que, de acordo com o princípio da autonomia pública da vontade e no quadro dos seus limites, se revelarem adequadas.

Particularmente interessantes pelo equilíbrio que podem estabelecer e a garantia de prossecução dos interesses públicos da conservação, parecem-nos ser as parcerias, quer sob a forma de concessão (na qual, o concessionário prossegue actividades que são próprias da autoridade nacional, com assumpção do risco); quer sob a forma de delegação, em que o parceiro da Administração é investido no poder e no dever de prosseguir objectivos de interesse público, mediante, naturalmente, contrapartidas.

Segundo os bons princípios da transparência e da publicidade, a escolha dos parceiros está sujeita ao disposto no Código da Contratação Pública.

Não menos relevante é a consagração legal dos chamados *instrumentos de compensação ambiental*.

O artigo 36.º do DL n.º 142/2008, de 24 de Julho dispõe o seguinte:

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

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior a compensação ambiental concretiza-se pela realização de projectos ou de acções pelo próprio interessado previamente aprovados e posteriormente certificados pela autoridade nacional, que produzam um benefício equivalente ao custo ambiental causado.

3. *Mediante iniciativa e financiamento pelo interesse dependente de acordo com a autoridade nacional, a compensação ambiental pode também ser concretizada através de projectos ou acções pela autoridade nacional.*

4. *Sempre que nos termos do número anterior haja lugar a financiamento de projectos ou a acções a realizar pela autoridade nacional, os pagamentos em causa ficam obrigatoriamente adstritos às finalidades de compensação ambiental que lhe subjazem”.*

A fórmula é aparentemente complexa mas traduz uma ideia simples: sempre que uma acção que deva ser autorizada, tenha ou possa vir a ter impactos negativos que não possam ser evitados, sobre a conservação da natureza, *maxime*, sobre a diversidade biológica, o beneficiário é obrigado a compensar, mediante a realização de acções de efeito positivo equivalente ou a viabilizar essas acções através da disponibilização de adequados meios financeiros.

Cedo se ouvirem as vozes que vêm neste modelo a porta escancarada para a remuneração do favor ambiental.

Sem razão, a nosso ver. A lógica que a lei expressa é a mesma que, no quadro do regime jurídico da avaliação dos impactos ambientais impõe a compensação quando da adequada ponderação dos interesses se conclui pela necessidade de equilibrar as vantagens de um investimento impactante sobre a natureza, através de compensações das perdas ambientais resultantes do projecto ou acção avaliada.

Irracional e injusto é o sistema que, permitindo essas acções, deixe para a comunidade os custos das reparações ambientais e para as entidades privadas as vantagens...

Note-se, porém, que o que vem disposto no artigo 36.º do DL n.º 142/2008, de 24 de Julho, não pode ser interpretado como a fórmula para superar a *vinculação situacional* de determinados terrenos à

protecção de activos biológicos, ou, em geral, à defesa do património natural em risco.

O que aí se dispõe deve, aliás, ser encarado como uma expressão do princípio da responsabilização, consagrado no artigo 3.º al. h) da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril).

Andou, de resto, bem o legislador quando teve o cuidado de afastar a possibilidade de as compensações financeiras serem utilizadas para outros propósitos que não a sua aplicação no financiamento de medidas de reequilíbrio do *saldo ambiental*, proibindo-se designadamente a sua afectação ao funcionamento corrente do ICNB.

Para além do que se deixou anotado, o diploma anuncia a criação de um Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade. Fixa-lhe o propósito mas remete para outro decreto-lei – uma técnica tão habitual como incompreensível – a definição do que virá a ser este instrumento de apoio às políticas de conservação da natureza e da biodiversidade. Uma intenção mais.

Feita esta excursão, necessariamente breve e incompleta sobre o que nos últimos tempos tem sido publicado nas páginas do *Diário da República* em matéria da defesa da biodiversidade, incluindo o novo regime da Reserva Ecológica Nacional (tema que nestas conferências será tratado autonomamente), permito-me concluir que ao invés do que se poderia esperar de tantos diplomas levados à estampa, se mantém afinal o paradigma das políticas e do direito da conservação da natureza.

A melhor prova de que a inovação esperada se ficou em boa parte pelas intenções, revela-se no chamado regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade, novo repositório de princípios e regras conhecidas, com excepção dos sinais positivos no sentido da

construção de um modelo de sustentação financeira das propostas e acções em defesa da diversidade biológica.

José Mário Ferreira de Almeida

Mestre em Direito. Advogado. Sócio da FALM – Ferreira de Almeida, Luciano
Marcos & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

Os desafios da tutela da biodiversidade na região autónoma dos

Açores: um trilho a seguir?¹

*“Foi isto outrora na ilha das
fadas
Embrumada em hortênsias.
Não sonhei.
Sobre as lagoas de águas
encantadas
Dormiam os fetos e não havia
lei.*

*As vacas nas colinas
esfumadas
Ruminavam o eterno. Ali
folguei
Na festa das crianças
coroadas.
Reinava o Amor e não havia
Rei. (...)”²*

Sumário:

0. Prefácio; **1.** Considerações iniciais; **2.** A evolução do Direito do Ambiente na Região Autónoma dos Açores: O caso específico das áreas protegidas açorianas; **3.** O Regime jurídico da Rede Regional de

¹ O presente trabalho corresponde à versão final do relatório entregue para avaliação no âmbito do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Ambiente, Ordenamento do Território, do Urbanismo e do Turismo, no ano lectivo de 2009/2010, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito de Lisboa, sob a coordenação do Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa e da Professora Doutora Carla Amado Gomes.

² Mãe Ilha, poema de Natália Correia, in Antologia Poética, Edições D. Quixote, pág. 246.

Áreas Protegidas dos Açores (RRAPA): Linhas de (des)continuidade com a Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN); **4.** Ultraperiferia, economia regional do ambiente e a gestão das áreas protegidas na RAA: os Açores e os desafios do desenvolvimento autonómico sustentável; **5.** Reflexões finais.

0. Prefácio

Há muito que a harmoniosa convivência entre o Homem e a Natureza é um passado distante. Catástrofes naturais recentes (por exemplo, as cheias no Paquistão e os fogos na Rússia e em Portugal), são o reflexo do que a acção do Homem provoca no frágil equilíbrio do Planeta Terra. Os Estados, cada vez mais conscientes da gravidade destes fenómenos, procuram reconciliar-se (dentro da medida possível) com o seu Planeta, quer limitando a intervenção humana sobre o Ambiente, quer adoptando políticas de desenvolvimento sustentável.

Uma das preocupações ambientais que está na ordem do dia é a da tutela e conservação da biodiversidade. Ora, tal preocupação, num meio ambiente como é o do Arquipélago dos Açores – região insular e ultraperiférica – assume especial acutilância, pois demanda a adopção de regimes jurídicos ambientais que tenham em conta as especificidades da biodiversidade açoriana.

E será esta a temática que nos propomos analisar. No entanto, por considerarmos que a abordagem, análise e reflexão sobre a tutela da biodiversidade na Região Autónoma dos Açores (“RAA”) é *per se* um objecto de estudo muito vasto, antes de iniciarmos o nosso excuro, cumpre dizer o seguinte:

Em primeiro lugar, o presente estudo será circunscrito à análise da Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores (“RRAPA”). Nesta sede procuraremos, por um lado, analisar o seu regime jurídico, detectando (se tal for o caso) possíveis nódulos na articulação com os diplomas nacionais, e por outra banda, compreender, pela análise histórica, os fundamentos da sua tutela específica, cotejando, no fim da viagem, a articulação entre a gestão das áreas protegidas dos Açores e a economia ultraperiférica regional da biodiversidade.

Em segundo lugar, entendemos que o presente trabalho, reveste especial pertinência quer do ponto de vista académico, por a doutrina não ter ainda «despertado» para o estudo das questões autonómicas ambientais, quer do ponto de vista prático, na medida em que ensaia clarificar a articulação das leis gerais da República com os diplomas regionais na matéria e levanta um pouco o «véu» aos desafios do desenvolvimento autonómico sustentável na RAA. Refira-se, no entanto, que não se trata, de uma investigação aprofundada, nem tão pouco cuidaremos de proceder a um grande desenvolvimento dogmático dos temas abordados. Trata-se, bem mais modestamente, de recolher as primeiras impressões suscitadas pela temática em conspecto, bem como manifestar a opinião que *prima facie* nos cumpre avançar.

Em terceiro lugar, será, pois, dentro do cenário delineado, ao qual acrescentamos dois eventos importantes, o de 2010, como ano Internacional da Biodiversidade³ e o dos Açores como Região Europeia do ano 2010⁴, que procuraremos dar o mote e desbravar um pouco de terreno no estudo da biodiversidade na RAA⁵.

E se, no fim desta breve incursão, restar um pequeno contributo para um melhor entendimento da protecção da biodiversidade açoriana – em particular da rede de áreas protegidas açorianas – despertando o interesse da nossa comunidade científica para as questões ambientais regionais, tanto melhor!

Uma última palavra para agradecer à Professora Doutora Carla Amado Gomes, o estímulo e incentivo na elaboração do presente trabalho, e ao Instituto de Ciências Jurídico Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa, por continuar, através da sua atitude proactiva, a fazer da nossa academia, espaço de excelência para reflexão sobre direito público, com especial enfoque nas questões *jus* ambientais.

1. Considerações iniciais

A temática da biodiversidade passou, nos últimos anos, de assunto de segunda linha, para prioridade das agendas política e económica

³ Resolução 61/203, de 20 de Dezembro de 2006 da Assembleia-geral das Nações Unidas. Para uma visualização do programa e acções de sensibilização promovidas veja-se o site oficial do evento disponível in <http://www.cbd.int/2010/welcome/>.

⁴ Na sequência do protocolo assinado no dia 19 de Outubro de 2009, entre o Governo Regional dos Açores e a Organização do “The European Region of the Year”, disponível in <http://www.azores2010.eu/>.

⁵ Apenas um último apontamento, elucidativo da singularidade da biodiversidade da RAA, para referir que entre as 7 Maravilhas de Portugal, duas estão localizadas no Arquipélago dos Açores a saber: **Lagoa das Sete Cidades (Zonas aquáticas não marinhas)**, Portinho da Arrábida (Praias e falésias), Floresta Laurissilva da Madeira (Florestas e matas), **Paisagem Vulcânica da Ilha do Pico (Grandes relevos)**, grutas de Mira de Aire (Grutas e cavernas), Parque Natural da Ria Formosa (Zonas marinhas) e o Parque Nacional da Peneda-Gerês (Zonas protegidas), informação consultada no site: <http://www.7maravilhas.sapo.pt/#/pt/21-maravilhas>.

mundiais, por estar em causa o modelo de desenvolvimento económico e social que, correlacionado com o sinistro da expansão urbana e demográfica⁶, tem conduzido a uma catastrófica destruição da fauna e da flora terrestres⁷.

Embora o desaparecimento da vida selvagem esteja a ser parcialmente contrariado mediante uma política conservacionista de tutela da natureza (v.g. acções de conservação activa e acções de suporte), cumpre advertir em abono da verdade, tal como comprovam as principais conclusões da Cimeira de Copenhaga que é preciso ir mais além da receita de meras orientações programáticas. Todavia, em termos gerais, há que reconhecer aos países europeus um papel de vanguarda na criação de condições políticas e de produção legiferante no cumprimento da Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de Janeiro de 1992, entre nós aprovada para ratificação pelo Decreto-lei 211/93, de 29 de Junho (com entrada em vigor a 21 de Março de 1994)⁸.

Concretamente, em Portugal, a tutela da biodiversidade foi introduzida pela Lei n.º 11/87, de 7 de Abril – Lei de Bases do Ambiente (“LBA”), diploma que versa sobre as bases da política do ambiente em Portugal. Trata-se de um diploma que integrou, nos últimos anos, toda a legislação ambiental produzida em Portugal, tendo em vista otimizar e garantir a continuidade da utilização dos recursos naturais como bitola fundamental para um desenvolvimento sustentável. Foi precisamente

⁶ Por exemplo só na China, de acordo com os últimos dados estatísticos das Nações Unidas, a população era 1354146.4 [com a ressalva de que para efeitos da presente estatística não se inclui Hong Kong, Macau e Regiões Administrativas Especiais da China (SAR)], informação disponível in <http://unstats.un.org/unsd/default.htm>.

⁷ Como último episódio desta tragédia contínua, temos o derrame de petróleo no Golfo do México, já considerada a pior catástrofe natural da história dos EUA.

⁸ Para um melhor aprofundamento e compreensão da evolução legislativa ao nível internacional e comunitário em matéria de conservação da natureza e da biodiversidade, veja-se Carla AMADO GOMES, “Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma: duplo eixo reflexivo em torno da biodiversidade”, publicado nesta Revista, 2010/II, pp. 317 ss.

da LBA que emanou a Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade ("ENCNB"), adoptada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro. A ENCNB assume, como objectivos gerais: *"conservar a Natureza e a diversidade biológica, incluindo os elementos notáveis da geologia, geomorfologia e paleontologia; promover a utilização sustentável dos recursos biológicos; contribuir para a prossecução dos objectivos visados pelos processos de cooperação internacional na área da conservação da Natureza em que Portugal está envolvido, em especial os objectivos definidos na Convenção sobre a Diversidade Biológica, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 21/93, de 29 de Junho, designadamente a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável dos seus componentes e a partilha justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos"* – cfr. o preâmbulo da Resolução.

Visando a concretização destes objectivos, a ENCNB formulou 10 opções estratégicas para a política de conservação da natureza e da biodiversidade, entre as quais, assume particular relevância para o nosso estudo a opção n.º 2: *"Constituir a Rede Fundamental de Conservação da Natureza e o Sistema Nacional de Áreas Classificadas, integrando neste a Rede Nacional de Áreas Protegidas"*. Foi precisamente no desenvolvimento desta opção estratégica que o Decreto-lei 142/2008 de 24 de Julho inscreveu no ordenamento jurídico português o Regime jurídico da Conservação da Natureza e da Biodiversidade ("RCNB"). Uma das principais novidades desta união resulta da criação da Rede Fundamental de Conservação da Natureza ("RFCN"), composta pelas áreas nucleares de conservação da natureza e da biodiversidade integradas no Sistema Nacional de Áreas Classificadas ("SNAC") e pelas áreas de Reserva Ecológica Nacional ("REN"), de Reserva Agrícola Nacional ("RAN") e do Domínio Público

Hídrico (“DPH”))” – *cfr.* corpo do artigo 5.º do DL 142/2008, de 24 de Julho.

No que concerne à RAA, o legislador açoriano respondendo às particularidades geográficas, ambientais, culturais e político – administrativas do território do Arquipélago dos Açores, criou a RRAPA com o objectivo de harmonizar as áreas protegidas açorianas com os trilhos da infra-estrutura complexa, composta por “redes” e “sistemas” que é hoje a RFCN.

2. A Evolução do Direito do Ambiente na Região Autónoma dos Açores: O caso específico das áreas protegidas açorianas

Diga-se, em primeira água, que a evolução autonómica açoriana no aprofundamento da tutela da biodiversidade, *rectius*, através da implementação de um instrumento regional de áreas protegidas, está intimamente ligada a um fenómeno autonomista mais vasto: o da evolução e afirmação das competências legislativas da RAA em matéria ambiental. Ora, feito um sobrevoo histórico desta evolução, podemos delimitar o desenvolvimento destas competências legislativas em três fases.

Uma primeira fase, de reivindicação autonomista – que por sua vez se subdivide em dois momentos: um inicial, de 1892 a 1940 e, um consecutivo, de 1940 a 1976; uma segunda fase, de consagração constitucional – que vai de 1976 até 2004; e, finalmente, uma terceira fase, de expansão constitucional – que vai desde 2004 até aos dias de hoje.

Em relação à primeira fase, as preocupações ambientais, mais concretamente com a conservação da natureza e da biodiversidade,

foram assuntos secundários⁹ na agenda dos primeiros movimentos autonómicos regionais. Os primeiros autonomistas açorianos¹⁰ inspirados na conceptualidade racionalista de Grócio, Locke e Puffendorf, focaram o cerne da sua luta reivindicativa numa autonomia política e administrativa¹¹ para o Arquipélago, exigindo “*com legitimidade jurídica de direito natural e consuetudinário, um poder que o governo central do estado abusivamente detém, legislando e impondo um direito positivo contrário*”¹². Mas tal não foi suficiente para afastar das cogitações do povo açoriano, a vontade de «chamar a si» competências legislativas em matéria ambiental. Aliás, se no projecto de lei de Aristides da Mota apresentado à Câmara dos Deputados na sessão de 31 de Março de 1892¹³ e no Relatório e Propostas da Subcomissão Autónoma do Distrito de Ponta Delgada de 1893, estas referências são omissas, encontramos já no Decreto de Autonomia, promulgado em 2 de Março de 1895, em governo de ditadura do açoriano Conselheiro Hintze Ribeiro,¹⁴ os primeiros vestígios, embora

⁹ Veja-se neste sentido, José Bruno Carreiro, “A Autonomia Administrativa dos Distritos e das Ilhas Adjacentes”, Coleção Autonomia, Edição Jornal de Cultura, Ponta Delgada, 1994, pp. 54 e ss, citando um trecho do primeiro discurso proferido pelo deputado autonomista, o Dr. Montal’Alverne de Sequeira, na Câmara dos Deputados após as eleições gerais de Abril de 1894: “*Na situação em que nos encontramos é que não podemos continuar, porque o Arquipélago dos Açores, especialmente o distrito de Ponta Delgada, está em completo abandono. (...) Toda a viação do distrito, e em geral a do Arquipélago dos Açores é uma miséria e um escárnio*”.

¹⁰ Como se pode ver pelo Relatório e Projecto de Lei de Autonomia elaborado pela Comissão Autónoma Distrital de Angra do Heroísmo, onde ressaltavam as preocupações com as obras públicas, vias de comunicação, instrução primária, e apoio às actividades económicas como a agro-pecuária e os lacticínios.

¹¹ Veja-se o Relatório e Propostas da Subcomissão Autónoma do Distrito de Ponta Delgada de 1893, que no artigo 1.º, parte final dos *Princípios a consignar na Reforma Administrativa sobre a Autonomia Administrativa dos districtos açorianos* estipulava ser “***imprescindível aos nossos serviços públicos sobre o projectado régimen – da Livre Administração dos Açores pelos açorianos***” – negrito e itálico nosso.

¹² José Enes, “O primeiro discurso autonómico dos Açores”, in “*Livro Comemorativo do 1º Centenário da Autonomia dos Açores 1895-1995*”, Coleção Autonomia, Ed. Jornal de Cultura, Ponta Delgada, 1995, pág. 89 e ss.

¹³ E que se traduz de forma pacífica como a primeira e arrojada tentativa de concretização de um regime autonómico para os Açores. Veja-se neste sentido, José Guilherme Reis Leite, “*A Autonomia dos Açores na Legislação Portuguesa 1892-1947*”, Ed. da Assembleia Legislativa dos Açores, Horta, 1987, pág. 15.

¹⁴ Os Decretos 18 de Novembro de 1895 e de 6 de Outubro de 1898 estenderam aos Distritos de Ponta Delgada e Angra do Heroísmo, respectivamente, o Regime Autonómico do Decreto de 2 de Março de 1895. De salientar que a aplicação do

ténues, das primeiras reivindicações autonómicas em matéria ambiental¹⁵ (mais concretamente no domínio público hídrico, veja-se o artigo 23.º, n.º 25 do Decreto de Autonomia que determinava ser da competência da Junta Geral do Distrito deliberar sobre “*aguas minero-medicinaes, publicas e communs (...)*”)¹⁶. De relevar, ainda, nesta fase, o Decreto do Governo da Ditadura n.º 15035 de 16 de Fevereiro de 1928¹⁷ que no art. 10.º, n.º 25 determinava ser da competência das Juntas Gerais dos distritos de Ponta Delgada e Angra do Heroísmo, deliberar sobre “*os serviços agronómicos, pecuários e silvícolas, e criação e custeio de escolas práticas e populares de agricultura, campos experimentais e viveiros para arborização*”.

No entanto, a primeira consagração expressa viria apenas com a segunda vaga da fase reivindicativa açoriana, ergo, com a aprovação do Estatuto dos Distritos Autónomos das Ilhas Adjacentes de 31 de Dezembro de 1940¹⁸. Este diploma contém já vários preceitos com

Decreto aos Distritos era facultativa e devia ser solicitada pelos eleitores, “*Quando em alguns districtos dos Açores assim o requeiram dois terços, ou pelo menos, dos cidadãos elegíveis para os cargos administrativos, poderá o governo, por decreto publicado na folha official, auctorizar que a esse districto se applique a organização, que com o presente decreto baixa assignada pelo ministro secretario d’estado dos negocios do reino*” –cfr., artigo 1.º do decreto de 1895. Com o argumento da falta de receita o Distrito da Horta nunca pediu a aplicação do Regime Autónomico.

¹⁵ A justificação desta preocupação ambiental ancora-se na distância dos centros de decisão nacionais face ao Arquipélago dos Açores que no dizer de Aristides Moreira da Mota citando Émile de Lavayele, se faria “*reanimando os diferentes focos de vida política na província que se há de dar actividade às extremidades, que estão frias, e se há de aliviar a capital, que está sujeita a ataques de apoplexia política*”, concluindo depois que também nestas matérias “*a autonomia dos Açores há-de ter a sua realização mais cedo ou mais tarde, bom ou mau grado do governo*”, “*Autonomia Administrativa dos Açores, Campanha de Propaganda em 1893, Reprodução de Artigos Publicados na Autonomia dos Açores*”, Colecção Autonomia, Jornal de Cultura, Ponta Delgada, Março de 1994, pág. 70 e ss.

¹⁶ Sendo importante ainda referir que de acordo com o artigo 24.º do Decreto de Autonomia, as deliberações da Junta Geral, eram nestas matérias logo executórias.

¹⁷ “*Este efémero decreto é a concretização, mais uma vez pela bitola mínima, das aspirações e esperanças dos autonomistas congregados à volta do Delegado Especial do Governo da República que o consegue fazer aprovar em Lisboa. Vinha consagrar algumas das velhas aspirações principalmente no campo financeiro e era considerada uma grande vitória pelos líderes deste 2º movimento autonomista*” – cfr., José Guilherme Reis Leite, “*A Autonomia dos Açores...*”, ob. cit., pag. 207.

¹⁸ Este Estatuto é o desenvolvimento das bases aprovadas em 1938, pela Lei n.º 1:196 de 30 de Abril. Segundo Reis Leite “*foi uma lei que pretendeu ser e foi considerada*

referência à protecção do ambiente e conservação da natureza nos Açores. Senão vejamos: o artigo 18.º preceituava que: “No uso das atribuições de fomento florestal, pertence às juntas¹⁹ deliberar: 1. Sobre a submissão de terrenos arborizados ou plantados para arborização, pertencentes a entidades públicas ou particulares, ao regime florestal parcial e ao simples de polícia; 2. Sobre a regulamentação de cortes, desbastes e derramas das essências florestais e do fabrico de carvão vegetal; 3. Sobre o povoamento florestal de terrenos baldios ou distritais; 4. Sobre polícia das matas e arvoredos e perseguição das transgressões; 5. Sobre criação e manutenção de viveiros florestais e introdução de novas essências, dependendo esta do parecer favorável da Direcção Geral dos Serviços Florestais e Aquícolas”. Por sua vez, o artigo 24.º previa que “cabia também à junta no uso das atribuições de educação e cultura, (...) deliberar: 5. Sobre a criação e manutenção de jardins e de hortos botânicos; 8. sobre o inventário e protecção das relíquias históricas, dos monumentos artísticos e das belezas naturais do distrito; Por outra parte, o artigo 47.º preceituava que “Os Serviços Agrícolas compreendem a Estação Agrária e a Regência Florestal e, quando completos, constituem a Direcção de Agricultura do distrito”. Já o artigo 50.º estipulava que competia à Estação Agrária: 5. combater as moléstias das plantas e montar postos de sanidade vegetal”. O artigo 52.º, determinava que: “Compete à Regência Florestal: 1. Cuidar dos viveiros florestais; 2. Fazer a sementeira ou a plantação dos terrenos escolhidos pela junta, de acordo com os estudos silvicultores competentes; 5. Dirigir os serviços de conservação e

exemplar como exercício de direito administrativo. O seu autor, Marcelo Caetano, percorreu demoradamente os arquipélagos atlânticos portugueses para se inteirar das aspirações e razões dos seus habitantes e creio que conseguiu muitas e surpreendentes adesões às suas teorias e à causa do Estado Novo, tendo-se acreditado que se iniciava uma fase nova e promissora na vida administrativa autónoma” – José Guilherme Reis Leite, “A Autonomia dos Açores...”, ob. cit., pag. 311.

¹⁹ Órgão da administração distrital autónoma que exerce as suas “atribuições e competência directamente ou por intermédio de uma comissão executiva” – cfr., artigo 4.º, do Estatuto dos Distritos Autónomos das Ilhas Adjacentes de 31 de Dezembro de 1940.

de exploração das matas, de acordo com as normas legais e instruções técnicas da Direcção Geral dos Serviços Florestais e Aquícolas. 6. Proceder aos trabalhos de conservação e tratamento dos jardins da junta geral e de arborização das estradas distritais, conforme fôr acordo com a Direcção de Obras Públicas, e à poda das árvores”.

Não obstante, necessário foi esperar pelo Decreto n.º 78/72, de 7 de Março (Criação da Reserva Integral da Caldeira do Faial)²⁰ e pelo Decreto n.º 79/72, de 8 de Março (Criação da Reserva Integral da Montanha do Pico)²¹ para encontrarmos os primeiros instrumentos de conservação da biodiversidade açoriana através da criação de áreas protegidas. Estes dois diplomas regionais surgem na sequência da Lei n.º 9/70, de 19 de Junho²² (Lei dos Parques Nacionais e Outros tipos de Reservas) que estabeleceu as bases para a criação em Portugal de áreas protegidas, mormente: Parques Nacionais (com reservas integrais, naturais, de paisagem e turísticas); Reservas Botânicas; Reservas Zoológicas e Reservas Geológicas.

A segunda fase da evolução do Direito do Ambiente nos Açores – a da consagração constitucional – iniciou-se com o Decreto de aprovação da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), de 10 de Abril de 1976 e com o Decreto-Lei n.º 318-B/76 de 30 de Abril – Estatuto Provisório da Região Autónoma dos Açores. O Estatuto provisório da RAA, previa no art. 2.º, n.º 2, que: “a *Autonomia da Região dos Açores visa a*

²⁰ Designação reclassificada pelo Decreto Regional n.º 14/82/A, de 8 de Julho, passando de acordo com o artigo 1.º a denominar-se, Reserva Natural da Caldeira do Faial. Actualmente de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, al. a) e artigo 7.º, n.º 1, al. a) do DLR n.º 46/2008/A de 7 de Novembro de 2008, integra o PNI do Faial.

²¹ Designação reclassificada pelo Decreto Regional n.º 15/82/A, de 12 de Maio, passando de acordo com o artigo 1.º a denominar-se Reserva Natural da Montanha da Ilha do Pico. Actualmente de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, al. a) e artigo 7.º, n.º 1, al. a), do Decreto Legislativo Regional n.º 20/2008/A de 9 de Julho, integra o PNI do Pico.

²² Revogada pelo [Decreto-Lei n.º 613/76 de 27 de Julho](#), este por sua vez revogado, pelo [artigo 37.º do DL n.º 19/93 de 23 de Janeiro](#) que entretanto foi revogado pelo novo RCNB (vide artigo 53.º, n.º1, alínea h).

participação democrática dos cidadãos, o desenvolvimento económico-social e a promoção e defesa dos interesses regionais, bem como o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade entre todos os portugueses". Por sua vez, o art. 22.º, al. b) atribuía competência à Assembleia Legislativa Regional dos Açores ("ALRA") para legislar *"com respeito da Constituição e das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania"*. Este preceito deve ser lido em conjugação com os artigos 115.º, 227.º, n.º 1 e 2, 229.º, n.º 1, al. a), do Decreto de 10 de Abril de 1976 – 1.ª versão da CRP.

Já com a aprovação do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores pela Lei 39/80, de 5 de Agosto ("EPARAA"), preceituava o artigo 1.º, n.º 1 que: *"O arquipélago dos Açores (...) constitui uma região autónoma da República Portuguesa, dotada de personalidade jurídica de direito público"*. De acordo com o artigo 26, n.º 1, al. c), a ALRA tinha competências para *"legislar, dentro dos limites constitucionais sobre as matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos Órgãos de Soberania"*. Nesta primeira versão do Estatuto, as matérias de interesse específico ambiental regional vinham no cardápio do artigo 27.º, encastradas com a política de solos e ordenamento do território (cfr., al. *"i) política de solos, ordenamento do território e equilíbrio ecológico"*)²³. Em matéria de direito internacional do ambiente, o legislador açoriano teve já ali o cuidado de preceituar no artigo 61.º, que dizem directamente respeito à Região: *"alínea g) poluição do mar"; alínea h) conservação e exploração de espécies vivas"*.

²³ Para uma melhor compreensão do conceito de interesse específico, vide Jorge Miranda, *"O interesse específico das Regiões Autónomas"*, in *A autonomia como fenómeno cultural e político*, Angra do Heroísmo, 1987, pp. 105 ss, e Paulo Otero, *"A competência legislativa das Regiões Autónomas"*, in *Revista Jurídica*, n.º 8, 1986, pp. 149 ss..

A primeira revisão ao Estatuto pela Lei 9/87, de 26 de Março, não trouxe novidades em matéria de tutela da biodiversidade e de conservação da natureza açoriana.

Com a segunda revisão operada ao EPARAA, pela Lei 61/98, de 27 de Agosto, consagrou-se pela primeira vez como matéria de interesse específico regional, no artigo 8.º, alínea c), “a defesa do ambiente e do equilíbrio ecológico”; bem como na alínea d) “a protecção da natureza e dos recursos naturais bem como a sanidade pública, animal e vegetal”. Trata-se, pois, da primeira manifestação estatutária sobre a defesa do ambiente, ficando finalmente autonomizada do equilíbrio ecológico, bem como da protecção da natureza e dos recursos naturais – leia-se a tutela e conservação da biodiversidade. Nesta verdadeira fase de consagração das competências constitucionais e estatutárias da RAA, em matéria ambiental, verificamos uma intensa labuta do legislador insular, manifestada pelos inúmeros diplomas regionais sobre a conservação da natureza e da biodiversidade açoriana²⁴.

²⁴ V.g, só em decretos legislativos regionais da ALRA, temos: Decreto Legislativo Regional nº 2/80/A, de 7 de Fevereiro [Medidas de Protecção para a Paisagem das Sete Cidades]; Decreto Legislativo Regional nº 10/82/A, de 18 de Junho [Criação da Reserva Natural da Lagoa do Fogo]; Decreto Legislativo Regional nº 14/82/A, de 8 de Julho [Reserva Natural da Caldeira do Faial]; Decreto Legislativo Regional nº 15/82/A, de 9 de Julho [Reserva Natural da Montanha da Ilha do Pico]; Decreto Legislativo Regional nº 13/84/A, de 20 de Fevereiro [Criação da Reserva Natural Parcial do Ilhéu do Topo]; Decreto Legislativo Regional nº 13/84/A, de 31 de Março [Paisagem protegida do Monte da Guia]; Decreto Legislativo Regional nº 14/84/A, de 21 de Abril [Criação da Reserva Natural Parcial da Lagoa da Caldeira de Santo Cristo]; Decreto Legislativo Regional nº 7/87/A, de 29 de Maio [Reserva Natural da Baía dos Anjos, Reserva Natural da Baía da Maia, Reserva Natural da Baía da Paria e Reserva Natural da Baía de São Lourenço] Decreto Legislativo Regional nº 13/87/A, de 21 de Julho [Criação da Reserva Natural Geológica do Algar do Carvão]; Decreto Legislativo Regional nº 11/88/A, de 4 de Abril [Criação da Reserva Natural dos Ilhéus das Formigas]; Decreto Legislativo Regional nº 6/89/A, de 18 de Julho [Criação da Área Ecológica Especial da Lagoa de Santo Cristo]; Decreto Legislativo Regional nº 21/93/A, de 23 de Dezembro [Adaptação à Região Autónoma dos Açores do regime jurídico estabelecido pelo DL nº 19/93, de 23 de Janeiro]; Decreto Legislativo Regional nº 12/96/A, de 27 de Junho [Classificação da Paisagem Protegida de Interesse Regional da Cultura da Vinha da Ilha do Pico]; Decreto Legislativo Regional n.º 9/99/A, de 22 de

Com a revisão constitucional de 2004, inicia-se então a terceira fase da evolução do direito do ambiente na RAA – a da expansão constitucional – com importantes manifestações na protecção da biodiversidade, com relevo para as áreas protegidas açorianas. Afirmção fundada em duas ordens de razões.

A primeira delas, porque com a revisão constitucional de 2004, o legislador constitucional terminou com a referência ao «interesse específico» regional. Com “a actual delimitação do poder legislativo regional, proveniente da revisão de 2004, traduz, como se assinalou, uma profunda redefinição da autonomia legislativa da Regiões Autónomas, com a queda de praticamente todos paradigmas à luz dos quais esta se tinha vindo a desenvolver. Concretamente, se por um lado, se procedeu à supressão do conceito de interesse específico como fundamento e limite para o exercício do poder legislativo regional, bem como da categoria de lei geral da república, passando ainda a admitir-se que as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas legislem em determinadas matérias de reserva relativa da Assembleia da República mediante autorização desta [artigo 227.º, n.º 1, alínea b)], a verdade é que, por outro lado, a sexta revisão constitucional introduziu uma referência expressa à limitação dos poderes legislativos regionais pelo respectivo âmbito regional e, em termos de matérias, passou a exigir que as mesmas sejam “enunciadas no Estatuto Político-Administrativo da respectiva Região Autónoma” [artigos 112.º, n.º 4; 227.º, n.º 1, alínea a; e 228.º, n.º 1], devendo as

Março [Observação de cetáceos]; Decreto Legislativo Regional n.º 32/2000/A, de 2 de Novembro [Medidas Cautelares de preservação e salvaguarda do património natural e cultural das fajãs da ilha de São Jorge]; Decreto Legislativo Regional n.º 18/2002/A, de 23 de Maio [Adapta à Região o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, que procede à revisão da transposição para o direito interno das directivas comunitárias relativas à conservação das aves selvagens (Directiva Aves) e à conservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens (Directiva Habitats)]; Decreto Legislativo Regional n.º 10/2003/A, de 22 de Março [Altera o Decreto Legislativo Regional n.º 9/99/A, de 22 de Março – Observação de cetáceos]; Decreto Legislativo Regional n.º 26/2003/A, de 27 de Maio – [Reclassificação da Reserva Natural dos Ilhéus das Formigas em Reserva Natural Regional dos Ilhéus das Formigas];

respectivas disposições estatutárias ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções [artigo 168.º, n.º 6, alínea f)]”²⁵.

Assim, a Constituição passou de forma completamente inovatória, a reconhecer ao legislador açoriano, a possibilidade de emanar, sem exigência de observância do disposto em Leis da República, legislação cujo âmbito de aplicação se circunscreva ao território das Regiões Autónomas (onde se inclui, as matérias ambientais)²⁶. Sendo pacífico que *“a competência legislativa primária pelas Regiões Autónomas está hoje apenas sujeita aos três requisitos seguintes: **i)** em termos positivos, a Constituição impõe que as matérias estejam “enunciadas no Estatuto Político-Administrativo da respectiva Região Autónoma”; **ii)** ainda positivamente é necessário que se trate de matéria de “âmbito regional”; **iii)** por fim, exige-se ainda que se trate de matérias “que não estejam reservadas aos órgãos de soberania” [artigos 112.º, n.º4, 227.º, n.º1, alínea a); e artigo 228.º, n.º 1]”* (negrito nosso)²⁷.

Mas, mais do que isso, ao lado da competência legislativa regional primária em matéria ambiental, com a Revisão Constitucional de 2004, o parlamento regional açoriano passou a poder legislar, *“quando e na medida em que para tanto estivessem autorizados, em algumas das matérias da reserva relativa da competência da Assembleia da República [artigo 227.º, n.º1, alínea b)]”²⁸, id est, a competência*

²⁵ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, III, 2005, p. 344.

²⁶ Veja-se neste sentido, Rui Medeiros, Tiago Fidalgo de Freitas e Rui Lanceiro, “Enquadramento da Reforma do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores”, Lisboa, 2006, pág. 62.

²⁷ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, ob. cit., pág. 345.

²⁸ E essa destrição é de grande importância pois a versão anterior da Lei Fundamental, apenas atribuía às Assembleias Legislativas Regionais a possibilidade de afastar os princípios fundamentais das leis gerais da república em matérias não reservadas – vide neste sentido, Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed, Coimbra, pág. 813.

legislativa regional delegada pode versar sobre as bases de protecção da natureza e do equilíbrio ecológico.

A 3ª revisão operada ao EPARAA, pela Lei 2/2009, de 12 de Janeiro, aproveitando o «balanço» iniciado com a Revisão de 2004, terminou com o elenco de matérias de interesse específico previstas no artigo 8.º da versão anterior, onde constava a referência ao “equilíbrio ecológico” ou à “protecção da natureza”. Em seu lugar, com a 3ª Revisão do EPARAA, as matérias ambientais passaram a ser tratadas formalmente como um dos objectivos fundamentais da autonomia açoriana – [cfr., artigo 3.º, al. m) “*A Região prossegue, através da acção dos órgãos de governo próprio, os seguintes objectivos: a defesa e protecção do ambiente, da natureza, do território, da paisagem e dos recursos naturais*”. Preceito que deve ser lido em conjugação com outro objectivo primordial previsto no artigo 3.º, alínea e), *a garantia do desenvolvimento equilibrado de todas e cada uma das ilhas*”] de competência legislativa própria da ALRA [cfr., artigo 37.º, n.º 1 e 2, e artigo 57.º, n.º 2, al. a) *a protecção do ambiente, promoção e equilíbrio ecológico e defesa da natureza e dos recursos naturais, incluindo a fiscalização e monitorização dos recursos naturais; b) As áreas protegidas e classificadas e as zonas de conservação e de protecção, terrestres e marinhas; c) a reserva ecológica regional; d) os recursos naturais, incluindo habitats, biodiversidade, fauna, flora, recursos geotérmicos, florestais e geológicos*”].

A segunda razão prende-se com o devolver à RAA da competência para a transposição de directivas comunitárias em matéria ambiental – vide artigo 112.º, n.º 8 da CRP, conjugado com o artigo 3.º, alínea m), artigo 40.º e corpo do artigo 57.º, todos do EPARAA²⁹.

²⁹ Recorde-se que, até à quarta revisão constitucional, a questão não era objecto de decisão explícita na Lei Fundamental, embora diversos Autores esgrimissem que as Regiões Autónomas tinham competência para emanarem um tal acto de

3. O Regime jurídico da Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores (RRAPA): Linhas de (des)continuidade com a Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN)

Instrumento de eleição do legislador açoriano na conservação da natureza e da biodiversidade insular, a protecção das áreas protegidas açorianas deu os seus «primeiros passos» com o Decreto n.º 78/72, de 7 de Março (Criação da Reserva Integral da Caldeira do Faial) e com o Decreto n.º 79/72, de 8 de Março (Criação da Reserva Integral da Montanha do Pico). Nesta altura, o legislador açoriano afinava pelo mesmo diapasão do legislador nacional. Por outras palavras, ao longo dos anos, foram-se aprovando diversos diplomas regionais sobre as áreas protegidas dos Açores sem que, entretanto, existisse um pilar de sustento, ergo, uma rede regional açoriana devidamente classificada e estruturada.

Prosseguindo, em plena fase de consagração constitucional e estatutária, o legislador açoriano com o DLR 21/93/A, de 23 de Dezembro adaptou o regime estabelecido pelo DL 19/93, de 23 de Janeiro³⁰, que no seu art. 36.º preceituava que “*o regime estabelecido no presente diploma aplica-se às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, sem prejuízo de uma adequação à especificidade regional a introduzir por decreto legislativo regional*”. E o legislador açoriano não foi por «meias-medidas». Com o DLR 21/93/A, de 23 de Dezembro, procurou, por um lado, a superação da limitação excessivamente restritiva que a RNAP – impunha ao sistema classificativo das áreas

transposição, se e na medida que tratasse de matéria de interesse específico, cfr., por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, “A transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional”, in *Legislação*, n.ºs 4-5, 1992, pág. 82.

³⁰ Revogado pelo novo RCNB, cfr., artigo 53.º, n.º1, alínea h). Sobre este enquadramento legal vide Maria Alexandra Aragão, “*Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 – alguns problemas*”, in *Revista do CEDOUA*, 2002/2, pp. 13 segs, esp. 15-17.

protegidas de interesse regional – circunscrito à categoria de «paisagem protegida»³¹ prevista artigo 2.º, n.º 4 do DL 19/93, de 23 de Janeiro³² –, e por outro lado, definiu o departamento regional que teria a competência para gerir as áreas protegidas de interesse regional, (cfr., artigo 5.º, n.º 3 - competência da então Secretaria Regional do Turismo e Ambiente). Por fim, adaptou o regime contra-ordenacional à realidade açoriana (cfr. art. 9.º, n.sº 1 e 2).

Trata-se, a nosso ver, de um diploma ambicioso que ao abrigo das competências estatutárias e constitucionais, (tendo em contas as reais especificidades regionais açorianas), consagrou expressamente que as *“matérias relacionadas com a protecção, preservação e valorização do património natural e cultural são, indubitavelmente de interesse específico para a Região”* – cfr., preâmbulo do DLR 21/93/A de 23 de Dezembro. Deste modo, o artigo 5.º, n.º 1, do então em vigor DLR 21/93/A de 23 de Dezembro, definia que na RAA, as áreas protegidas de interesse regional, (obedecendo aos critérios estabelecidos no artigo 5.º a 9.º do DL 19/93, de 23 de Janeiro), seriam: a) Parque regional; b) Reserva Natural Regional; c) Parque Natural Regional; d) Monumento Natural Regional; e) Paisagem Protegida de Interesse Regional. Podemos, assim, vislumbrar neste diploma, o crescer dos «primeiros ramos» das áreas protegidas na RAA.

³¹ Que na definição do, então em vigor, art. 9.º, n.º1, era o de *“área com paisagens naturais, seminaturais e humanizadas, de interesse regional ou local, resultantes da interacção harmoniosa do homem e da Natureza que evidencia grande valor estético ou natural”*.

³² E a nosso ver muito bem. A limitação imposta pelo DL 19/93, de 23 de Janeiro, demonstrava a, então, visão minimalista e por vezes de algum alheamento do legislador nacional face às especificidades regionais na conservação das áreas protegidas na RAA. De notar, que esta incompletude foi suprimida pelo DL 142/2008, de 24 de Julho que no seu artigo 11.º, n.º 4, prevê que: *“com excepção da tipologia «parque nacional», as áreas protegidas de âmbito regional ou local podem adoptar qualquer das tipologias referidas no n.º 2, devendo as mesmas ser acompanhadas da designação «regional» ou «local», consoante o caso”*. Por sua vez as tipologias referidas no art.11.º, n.º 2, do DL 142/2008, de 24 de Julho, são as de parque natural (al. b), reserva natural (al. c), paisagem protegida (al. d) e monumento natural (al. e).

Todavia, o legislador açoriano não se ficou por aqui. Lançadas que estavam as bases – leia-se a criação e delimitação de um conjunto de áreas protegidas de interesse regional – o próximo passo deu-se com DLR 15/2007/A, de 25 de Junho³³⁻³⁴. Falamos, pois, da revisão da RRAPA.

Os objectivos gerais que balizaram esta alteração legislativa foram os de: artigo 2.º, n.º 1, al. *“a) alcançar a afirmação da identidade e valor de cada área protegida terrestre ou marinha; b) estabelecer mecanismos de conservação, preservação, e de gestão dos ecossistemas, da biodiversidade e dos valores e recursos naturais, paisagísticos, científicos e espirituais dos Açores; c) contribuir com a constituição de uma rede fundamental de conservação da natureza que articule os diversos regimes de protecção e salvaguarda de recursos e valores naturais; d) criar unidades de gestão das áreas protegidas ao nível de cada ilha”*.

Uma das principais novidades introduzidas pela RRAPA prende-se com a reclassificação das áreas protegidas já existentes na RAA. Segundo as

³³ Que revogou o DLR 21/93/A de 23 de Dezembro, cfr., art. 39.º n.º1, al. b).

³⁴ De relevar que, ao contrário do DLR 21/93/A de 23 de Dezembro, o legislador açoriano procurou respaldo no artigo n.º 31.º, n.º 1, alínea e) do EPARAA e no artigo 227.º, n.º 1, alínea c) da CRP – com a segunda alteração dada pela Lei 61/98 de 27 de Agosto – que definia ser da competência da ALRA, desenvolver em função do interesse específico da Região, as leis de bases em matérias não reservadas à competência da Assembleia da República, bem como as previstas nas alíneas f), g) h) e n), t) e u) do n.º 1, do artigo 165.º da Constituição. Verificamos pois, que o ALRA, cuidou de desenvolver a LBA, mormente da alínea e), artigo 4.º previa a adopção de medidas que visem, designadamente *“A conservação da Natureza, o equilíbrio biológico e a estabilidade dos diferentes habitats, nomeadamente através da compartimentação e diversificação das paisagens, da constituição de parques e reservas naturais e outras áreas protegidas, corredores ecológicos e espaços verdes urbanos e suburbanos, de modo a estabelecer um continuum naturale”*. Sendo que de acordo com o artigo 29.º, n.º 2, da LBA, *“As áreas protegidas poderão ter âmbito nacional, regional ou local, consoante os interesses que procuram salvaguardar”*. Por sua vez o art. 29.º, n.º 3 determina que a *“iniciativa da classificação e conservação de áreas protegidas, de lugares, sítios, conjuntos e objectos classificados será da competência da administração central, regional ou local ou ainda particular”*, cabendo nos termos do n.º 4 *“A regulamentação da gestão de áreas protegidas, lugares, sítios, conjuntos e objectos classificados consoante o seu âmbito compete à administração central, regional ou local”*.

alterações introduzidas, constatamos uma salutar uniformização e compatibilização das classificações das áreas protegidas no arquipélago açoriano com os critérios da União Internacional para a Conservação da Natureza [“IUCN”]. O que se traduzirá – como se pode ler no seu preâmbulo – no “reconhecimento internacional dos valores conservacionistas, paisagísticos e científicos dos Açores”. Ora, esta novidade é muito importante na medida em que permite desenvolver o conceito de rede ecológica de forma coerente, em detrimento de unidades de gestão isoladas, e estabelecendo um elevado nível de identificação entre os valores existentes a proteger, sejam estes naturais, paisagísticos ou culturais, e o nível estatutário de tutela atribuído às áreas protegidas – cfr., artigo 2.º, n.º1, alínea c), do DLR 15/2007/A, de 25 de Junho.

Nas intervenções sobre componentes ambientais, naturais ou humanas, haverá que ter sempre em conta as consequências que qualquer dessas intervenções (efectivadas ao nível de cada um dos componentes) possam ter sobre as restantes ou sobre as respectivas interacções, maximizando assim a disposição do artigo 32.º da LBA.

Como tipos de áreas protegidas, o novo diploma consagra na al. a) do artigo 8.º, a figura do Parque Natural de Ilha (“PNI”), “constituído pelas áreas terrestres classificadas no território de cada ilha, podendo abranger áreas marítimas até ao limite exterior do mar territorial”, cfr., art. 9.º e a figura do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (“PMA”) – cfr., artigo 8.º, alínea b), formado pelas áreas marinhas classificadas, “que integram uma única unidade de gestão e se situam para além do limite exterior do mar territorial” – cfr., art. 10.º, n.º 1.

Actualmente seis das nove ilhas do Arquipélago dispõem de um PNI³⁵ que funciona como “a unidade de gestão base da Rede Regional de Áreas Protegidas da Região Autónoma dos Açores” – cfr., artigo 17.º, n.º 1. Por sua vez, a criação do PMA visa permitir a adopção de “medidas dirigidas para a protecção das fontes hidrotermais, montes e outras estruturas submarinas, bem como dos recursos, das comunidades e dos habitats marinhos sensíveis” – cfr., artigo 10.º, n.º 2, al. a) e “gerir as fontes hidrotermais, os montes e outras estruturas submarinas classificadas ou outras que venham a ser objecto de classificação no arquipélago dos Açores”, cfr., artigo 10.º, n.º 2, al. b). Segundo a classificação promovida pela IUCN, a RRAPA é, de acordo com o seu artigo 11.º, composta pelas seguintes categorias: Reserva natural; Parque natural; Monumento natural; Área protegida para a gestão de habitats ou espécies; Área de paisagem protegida; Área protegida de gestão de recursos.

Deste modo, almejando a reforma do modelo de Classificação, Gestão e Administração, através da RRAPA, criou-se um modelo de gestão, o PNI, “assente em critérios de gestão que uniformizem a diversidade de designações das áreas classificadas na Região e concentrem competências numa unidade territorial de ilha enquanto unidade básica de gestão condensada num único órgão de gestão” –, vide preâmbulo do DLR 15/2007/ A, de 25 de Junho.

Repousam assim na própria LBA alguns dos fundamentos que balizaram a opção realizada pelo DLR 15/2007/A, de 25 de Junho, como sejam, a

³⁵ São eles: O Parque Natural da Ilha de Santa Maria criado pelo [Decreto Legislativo Regional n.º 47/2008/A, de 7 de Novembro](#); O Parque Natural da Ilha de São Miguel criado pelo [Decreto Legislativo Regional n.º 19/2008/A, de 8 de Julho](#); O Parque Natural da Ilha Graciosa criado pelo [Decreto Legislativo Regional n.º 45/2008/A, de 5 de Novembro](#); O Parque Natural da Ilha do Pico criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 20/2008/A, de 9 de Julho; O Parque Natural da Ilha do Faial criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 46/2008/A, de 7 de Novembro; O Parque Natural da Ilha do Corvo criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 44/2008/A, de 5 de Novembro.

conservação da natureza, o equilíbrio biológico e a estabilidade geológica dos diferentes habitats, mormente pela constituição de áreas protegidas, corredores ecológicos e espaços verdes urbanos e suburbanos, num verdadeiro *continuum naturale*³⁶.

Feita esta «visita guiada» pela RRAPA, podemos, com alguma esperança, dizer que estão lançadas as sementes para que a tutela da biodiversidade nos Açores cresça e floresça nos trilhos de um desenvolvimento autónomo sustentável. Saiba o legislador açoriano continuar neste trilho escorreito e sistematizado, sem ceder, quer às pressões urbanísticas, demográficas e económicas que cada vez mais tomam de assalto a RAA, quer à tentação de se perder em burocracias legislativas de redes e sistemas (para isso já basta a labiríntica RFCN)³⁷.

³⁶ À laia de exemplo, vejamos a Ilha de São Miguel, que hoje possui um PNI criado pelo [Decreto Legislativo Regional n.º 19/2008/A, de 8 de Julho](#), e que instituiu **23 áreas protegidas** divididas por **5 categorias**, a saber: **1) Categoria de Reserva Natural** [composta pela Reserva Natural da Lagoa do Fogo e pela Reserva Natural do Pico da Vara]; **2) Categoria de Monumento Natural** [composta pelo Monumento Natural da Caldeira Velha; Monumento Natural da Gruta do Carvão e pelo Monumento Natural do Pico das Camarinhas - Ponta da Ferraria]; **3) Categoria de Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies** [composta pela Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies do Ilhéu de Vila Franca do Campo; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Serra de Água de Pau; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ronqueara e Planalto dos Graminhais; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ponta do Cintrão; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ponta do Argel; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies das Feteiras; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ponta do Escalvado; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ponta da Bretanha; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies do Faial da Terra; Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Ferraria e pela Área Protegida para a Gestão de Habitats ou Espécies da Lagoa do Congo]; **4) Categoria de Área de Paisagem Protegida** [composta pela Área de Paisagem Protegida das Sete Cidades e pela Área de Paisagem Protegida das Furnas]; **5) Área Protegida de Gestão de Recursos** [composta pela Área Protegida de Gestão de Recursos da Caloura - Ilhéu de Vila Franca do Campo; Área Protegida de Gestão de Recursos da Costa Este; Área Protegida de Gestão de Recursos da Ponta do Cintrão - Ponta da Maia; Área Protegida de Gestão de Recursos do Porto das Capelas - Ponta das Calhetas e pela Área Protegida de Gestão de Recursos da Ponta da Ferraria - Ponta da Bretanha].

³⁷ Que “neste esquema, onde se arrumaram bem “redes” e “sistemas”, mantém afinal tudo como dantes, não se surpreendendo aquilo que decorre, como objectivo, da Estratégia Nacional: a uniformização dos regimes atinentes à conservação da Natureza”, José Mário Ferreira de Almeida, “O velho, o novo, e o reciclado no direito da conservação da natureza”, neste e-book.

4. Ultraperiferia, economia regional do ambiente e a gestão das áreas protegidas na RAA: os Açores e os desafios do desenvolvimento autonómico sustentável

Continuando a nossa «caminhada» pelos trilhos da RRAPA, chegada é a hora de nos debruçarmos sobre um ponto essencial, o da sua gestão. Verificamos da análise do ponto anterior que o PNI funciona como unidade de gestão base da RRAPA. (cfr. art. 17.º, n.º 1) extensível a todas as ilhas do Arquipélago açoriano (cfr. art. 17.º, n.º 2). Anatomizando agora a distribuição das competências, cada PNI dispõe de uma estrutura orgânica composta por um conselho de gestão (cfr. art. 29.º, n.º 1, al. a), com competências para, em geral, administrar os interesses específicos da área protegida (cfr. art. 30.º, n.º 2), e por um conselho consultivo [cfr. art. 29.º, n.º 1, al. b)], com competência, para em geral, apreciar as actividades desenvolvidas na área protegida (cfr. art. 31.º). Tanto o órgão de gestão, como o órgão consultivo do PNI, terão as suas competências específicas, composição, número, modo de designação dos seus membros, estrutura e funcionamento, definidas no DLR que proceder à criação do mesmo (cfr. art. 29.º, n.º 2).

Vejamos então o PNI da Ilha de São Miguel (criado pelo DLR 19/2008/A, de 8 de Julho), para percebermos um pouco mais da sua dinâmica de funcionamento enquanto unidade de gestão base da RRAPA. Entre os principais objectivos da criação do PNI de São Miguel, avultam os de prosseguir “ [...] com a estratégia definida para a conservação da natureza e preservação da biodiversidade, desenvolvimento sustentável e qualidade de vida” – cfr., art. 35.º, n.º 1. A gestão do Parque Natural compete à Secretaria Regional do Ambiente e do Mar (cfr. art. 36.º, n.º 1), e é balizada pelos princípios da gestão por objectivos; investigação e promoção do conhecimento científico;

qualidade e eficiência na prestação de serviços; simplificação administrativa e, avaliação sistemática de resultados (cfr. corpo do art. 36.º, n.º 2).

De realçar, a possibilidade que o DLR abriu à prossecução da gestão do Parque Natural, [para além do conselho de gestão - nos termos do arts. 37.º, n.º 1, al. a), 38.º e 39.º -, e da estrutura de gestão que represente os serviços em matéria do ambiente, ordenamento do território e recursos hídricos, de ordenamento florestal e agrícola e as autarquias locais -, nos termos dos arts. 36.º, n.º 3 e 43.º, n.º 6], *“por uma entidade ou entidades colectivas terceiras, em regime de parceria entre entidades públicas ou entre estas e parceiros privados, nos termos definidos no presente diploma”* – cfr., art. 36.º, n.º 3, parte final. Sendo que, a opção de gestão do Parque Natural pela parceria público-privada (carecendo em todo o caso de aprovação do Conselho do Governo Regional) – pode abranger a *“totalidade ou apenas algumas das áreas protegidas que o integram (...)”* – cfr., art. 36.º, n.ºs 4 e 5, e será realizada nos termos *“da lei geral da contratação pública e do regime específico das mesmas”* – cfr., artigo 36.º, n.º 4. Por fim, também *“com observação da lei geral da contratação pública, podem ser realizadas concessões a entidades públicas ou privadas ou ainda a associações científicas e associações sem fins lucrativos e de utilidade pública destinadas à gestão e ou exploração do Parque Natural ou de determinadas áreas ou recursos das áreas protegidas que o integram e, ainda, prosseguir formas de iniciativa business & biodiversity (B&B) da União Europeia”* – cfr., artigo 36.º, n.º 6.

Toda esta multiplicidade de modelos de gestão de que o PNI de São Miguel é paradigma, tem como objectivo, promover a articulação da biodiversidade açoriana com os agentes económicos que actuam na RAA. É hoje inegável: o Arquipélago dos Açores, pela diversidade da

sua oferta ambiental, assume-se, como um pólo turístico e cultural de excelência.

No entanto, estes modelos de gestão, terão de prever medidas no sentido de minimizar os impactos negativos sobre o património natural açoriano, deixando ao mesmo tempo que os ecossistemas açorianos cumpram o seu papel: o proporcionar a todos os cidadãos (que vivem ou visitem o Arquipélago), a qualidade de vida procurada, compatíveis com a preservação do capital natural açoriano.

Este é o desafio ímpar que a tutela da biodiversidade na RAA enfrenta: o de conjugar a emergência de uma economia regional e ultraperiférica da biodiversidade com um desenvolvimento autónomo sustentável³⁸.

É que, para além da crescente pressão demográfica e urbanística³⁹, crescem ao Arquipélago Açoriano, dois factores históricos importantíssimos, os de ser do ponto de vista geográfico⁴⁰, ambiental⁴¹,

³⁸ Para uma análise do conceito de desenvolvimento sustentável à luz do direito comunitário vide por todos, Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, "O ambiente no tratado de Lisboa: uma relação sustentada", in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, III, Lisboa, 2010, pág. 374 e ss.

³⁹ Segundo, as últimas estatísticas, a estimativa de população residente nos Açores em 2008 era de 244 780 indivíduos. Consulta disponível in http://estatistica.azores.gov.pt/conteudos/Relatorios/lista_relatorios.aspxidc=29&idsc=1.140&lang_id=1

⁴⁰ As nove ilhas que formam hoje o Arquipélago dos Açores situam-se no Atlântico Norte entre as latitudes norte 36, 55, 39 e 43, e as longitudes de 25 31 Oeste de Greenwich, ficando a 760 milhas a Oeste de Lisboa e a 2.110 a Leste de Nova Iorque. Da leitura destas coordenadas, podemos constatar que os Açores estão numa localização privilegiada entre o continente Europeu e Americano.

⁴¹ Esta particularidade ambiental decorre, em parte, da localização da RAA na Região Biogeográfica da Macaronésia. Esta Região inclui as ilhas Selvagens e os arquipélagos dos Açores, Madeira, Canárias e Cabo Verde. A Macaronésia inclui também o chamado "enclave macaronésio africano" que corresponde à zona Ocidental da costa Africana situada entre as Canárias e Cabo Verde. Toda esta região reparte muitas particularidades biológicas e encerra comunidades de plantas e animais únicas. De acordo com o último Relatório do estado do ambiente nos Açores elaborado em 2005 pela Secretaria Regional do Ambiente e do Mar do Governo Regional dos Açores: "Apesar da sua riqueza natural os Açores são o arquipélago da Região Biogeográfica da Macaronésia que apresenta menor biodiversidade,

cultural e político-administrativo, uma região, quer insular⁴², quer ultraperiférica⁴³⁻⁴⁴. Embora, sabendo que os conceitos de “ilha” e “região ultraperiférica” não se confundem, o certo é que é em torno deste duplo eixo dinâmico que a autonomia açoriana se aprofunda e desenvolve⁴⁵.

Ancorado numa riqueza singular em termos de biodiversidade⁴⁶, a exploração das potencialidades açorianas, surge perante a economia regional açoriana como uma verdadeira oportunidade de negócio. Recentemente, a prestigiosa revista “*National Geographic Traveller*”, na sequência de uma avaliação feita por dezenas de peritos internacionais independentes, qualificou os Açores como o segundo melhor destino, no mundo, de turismo sustentável em ilhas.

resultado de factores como o isolamento, a dispersão geográfica, a idade geológica, o vulcanismo activo e a sua posição durante a glaciação do Pleistocénico. Outros factores tais como a ocupação humana ou o uso do solo também afectam a biodiversidade, ao mesmo nível do que a pressão exercida sobre a costa ou os recursos disponíveis”, vide pág. 52 do Relatório, disponível in:

<http://www.azores.gov.pt/Portal/pt/entidades/sram-dra/textoimagem/Relatorio+do+estado+do+ambiente.htm>

⁴² “ (...) insularidade, importante factor histórico de isolamento das populações insulares, está na base das especificidades económicas, sociais e culturais de ambos os arquipélagos e justifica, no plano político, a relevância da autonomização de uma vontade colectiva, diferente da vontade geral, para prossecução dos interesses regionais, diferentes do interesse nacional», Vieira de Andrade, «Autonomia regulamentar e reserva de lei», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Coimbra, 1989, p. 22, em nota.

⁴³ Ao que poderemos acrescentar também, outro factor, o clima. Aliás, o “*facto de o clima das ilhas atlânticas dos Açores, alguma coisa de variado, imprevisível e altamente condicionante da vida*” – José Guilherme Reis Leite, *Política e Administração nos Açores de 1890 a 1910, O 1º Movimento Autonomista*, in *Jornal de Cultura, Colecção Autonomia*, pág. 21.

⁴⁴ A UE reconheceu desde 1999 as realidades geográficas e económicas diferentes das RUP em relação às outras regiões europeias: afastamento, insularidade, pequena superfície, relevo e clima difíceis e dependência económica em relação a um pequeno número de produtos, cfr., n.º 2 do artigo 349 do TFUE.

⁴⁵ O actual EPARAA preceitua no artigo 3.º, al. m), que é objectivo fundamental da autonomia açoriana atenuar os “efeitos desfavoráveis de localização ultraperiférica da Região, da insularidade e do isolamento” – itálico nosso.

⁴⁶ Para uma análise detalhada da biodiversidade terrestre e marinha no Arquipélago dos Açores, vide Borges, P.A.V., Costa, A., Cunha, R., Gabriel, R., Gonçalves, V., Martins, A.F., Melo, I., Parente, M., Raposeiro, P., Rodrigues, P., Santos, R.S., Silva, L., Vieira, P. & Vieira, V. (Eds.) (2010). A list of the terrestrial and marine biota from the Azores.

Um verdadeiro exemplo e mais-valia para a Europa. Neste âmbito, a iniciativa Business & Biodiversity (B&B) da União Europeia constitui um excelente ponto de partida para garantir um maior envolvimento das empresas regionais açorianas e das actividades económicas nas estratégias de conservação da natureza açoriana, pois permite, por um lado, a adesão voluntária por parte das empresas, e por outro lado, identifica as acções e projectos a desenvolver que permitam integrar progressivamente a biodiversidade nas estratégias empresariais.

Tal contribui igualmente para a sua valorização económica, social e ambiental. Deste ponto de vista, a consagração no PNI da Ilha de São Miguel da iniciativa B&B visa a adesão a um conjunto de princípios orientadores da acção e, por outro, a adopção de uma metodologia de integração da biodiversidade na decisão empresarial. Convém não esquecer que num mercado concorrencial global, a maximização da procura e das especificidades regionais do Arquipélago Açoriano poderão trazer repercussões ambientais muito positivas para a RAA.

No fim desta breve excursão pela gestão das áreas protegidas da RRAPA, reservamos os últimos apontamentos para, nesta sede, falarmos da Sociedade de Gestão Ambiental e Conservação da Natureza, S.A. — AZORINA, S.A. (“AZORINA”), criada pelo DLR 16/2010/A, de 12 de Abril.

Conforme se pode ler no preâmbulo do diploma, a AZORINA, surgiu numa óptica de *“intervenção empresarial na área da participação, informação, divulgação, sensibilização, educação e formação dos cidadãos em matéria de ambiente”* e *“impõe-se, desde logo, pela necessidade de reforçar a participação pública e aumentar o valor natural dos Açores, numa perspectiva de desenvolvimento sustentável”*. O seu objecto principal visa a *“a promoção de acções de gestão*

ambiental e de conservação da natureza e dos recursos naturais, incluindo actividades no domínio da promoção da participação pública em matéria ambiental e da informação, divulgação e educação ambiental” – cfr., art. 2.º, n.º 1, do DRL 16/2010/A, de 12 de Abril.

Por sua vez, com especial impacto na gestão da RRAPA, a AZORINA concretizará o seu objecto através: *“da gestão integrada das áreas protegidas terrestres e marinhas, valorizando os recursos naturais e paisagísticos e a biodiversidade e geodiversidade do arquipélago dos Açores” –, cfr., artigo 2.º, n.º 2, al. a); “da realização de projectos e acções destinados a proteger a biodiversidade, a geodiversidade e os recursos ambientais, nomeadamente os hídricos e geológicos, bem como a adopção das consequentes medidas de gestão do território” –, cfr., art. 2.º, n.º 2, al. b); “da promoção e apoio ao desenvolvimento de valências para a participação, informação, sensibilização, educação e formação dos cidadãos em matéria de ambiente, nomeadamente as integradas na rede regional de ecotecas, centros de interpretação ambiental e estruturas similares” –, cfr., art. 2.º, n.º 2, al. d); “da construção, exploração e manutenção de infra-estruturas necessárias à conservação, protecção e valorização do ambiente, à melhoria da segurança de pessoas e bens e à promoção dos valores ambientais para a sua fruição sustentada”- , –, cfr., art. 2.º, n.º 2, al. e).*

De referir por pertinente, que a AZORINA acessoriamente poderá *“desenvolver outras actividades relacionadas com o seu objecto principal, designadamente promover estudos, implementar e desenvolver acções e projectos que se destinem à protecção e valorização ambiental da área de intervenção e que se revelem importantes para a protecção das zonas abrangidas” –, cfr., art.2.º, n.º 3.* Importante também a possibilidade de a AZORINA *“atribuir*

indemnizações por perda de rendimentos resultantes de medidas de conservação da biodiversidade, da geodiversidade ou de protecção dos recursos hídricos ou geológicos e adoptar as consequentes medidas de gestão sustentada do território” –, cfr., art. 2.º, n.º 4. al. c).

Ora, da análise dos preceitos *supra* referidos algumas questões se colocam. Por exemplo: que acções de gestão ambiental serão estas que a AZORINA pretende promover? Que recursos naturais vai gerir? Que acções de conservação da natureza irá a AZORINA desenvolver? Convém não esquecer que muitos dos objectivos que encontramos no diploma que procede à criação da AZORINA, já estão previstos no RRAPA. Que irá acontecer? Uma duplicação de competências? Como funcionará a articulação entre o conselho de gestão do PNI e a AZORINA? Mais, no art. 3.º, n.º 2, lê-se que, “...podem ser transferidos para a AZORINA, S.A. os bens móveis e imóveis integrados no património da Região Autónoma dos Açores que estejam afectos aos centros de interpretação ambiental e ecotecas e a estruturas de processamento e valorização de resíduos e águas residuais bem como a direitos a eles relativos.”. E no n.º 3, do mesmo número resulta que “podem igualmente ser transferidos para a AZORINA, S.A. imóveis de qualquer natureza que estejam afectos, ou devem estar afectos a actividades de gestão e conservação da natureza e de protecção da qualidade ambiental”. E pergunta-se: que terrenos serão transferidos?

Muitas questões se levantam quanto à real utilidade da criação da AZORINA. No entanto, pensamos que a resposta à maioria delas passará pela necessária articulação entre a Secretaria Regional do Ambiente e do Mar do Governo Regional dos Açores, a AZORINA e os conselhos de gestão dos PNI. Podemos encontrar uma pista na leitura dos preceitos dos arts.3.º, 17.º, 29.º e 30.º do RRAPA e dos arts.2.º e 3.º da AZORINA. Preceitos estes que deverão ser lidos em conjugação com a

normas que concretizarem as competências de gestão de cada PNI. Por exemplo com corpo do art. 36.º, do DLR 19/2008/A, de 8 de Julho, onde se estabelece os modelos de gestão previstos para o PNI de São Miguel.

Em suma, parece-nos que o legislador açoriano delineou uma estratégia consistente quanto à gestão das áreas protegidas da RRAPA. Aliás, parece-nos crível que este modelo de desenvolvimento autonómico permitirá a interiorização de uma estratégia empresarial na RAA que tenha em conta no seu processo decisório, as repercussões que as diferentes actividades económicas podem ter na biodiversidade açoriana.

5. Reflexões finais.

Em ano Internacional da Biodiversidade, os Estados, instituições comunitárias e instituições internacionais, estão cada vez mais conscientes da necessidade de «arregaçar as mangas» e lançar «mãos à obra» na tutela e conservação da biodiversidade. É que *“a degradação ambiental tem um «culpado», um culpado identificado: o homem. Ao tornar-se um predador voraz, insaciável, numa sociedade técnica e consumista, o homem tornou-se predador de si próprio”*⁴⁷.

A implementação de uma rede de áreas protegidas tem sido um dos instrumentos legislativos utilizados pelos Estados na sua tentativa de travar a degradação ambiental e perda da biodiversidade. Em Portugal, esta opção legislativa faz parte da ENCNB (emanada da LBA), e foi concretizada pela RFCN. Mas, ao que parece, o legislador nacional perdeu-se na bruma das suas boas intenções, emaranhando-se nas redes e sistemas que ele próprio criou.

⁴⁷ Cfr., Maria da Glória Dias Garcia, *“O lugar do Direito na protecção do ambiente” in O que há de novo no Direito do Ambiente?..., cit., pág. 27.*

Bem diferente parece-nos a RRAPA. Fruto das reivindicações autonómicas e da evolução e afirmação das competências legislativas da RAA, em matéria ambiental, o legislador açoriano criou uma rede regional de áreas protegidas que constitui o paradigma de um verdadeiro *continuum naturale*.

Mas a implementação de uma rede de áreas protegidas seja ela de âmbito comunitário, nacional ou regional é, por si só, insuficiente para garantir a efectiva tutela e conservação da biodiversidade. Não basta limitar e restringir o acesso do Homem ao Ambiente. É preciso envolver, educar e incentivar uma maior participação de todos os cidadãos na gestão das áreas protegidas.

Recorrendo, mais uma vez às palavras de Maria da Glória Garcia, “o reconhecimento da complexidade extrema da realidade, das múltiplas conexões a que estão sujeitos tais problemas, mas, sobretudo, o reconhecimento de que, sendo incerta a definição da melhor forma de agir, essa definição tem de se ir construindo na realidade, de modo coerente e concertado. Incentivar os cidadãos a usar a sua liberdade, prover o acesso fácil de todos a informação, estimular a investigação científica, premiar a inovação, contribuir para a conformação de standards ou indicadores da acção traduz uma mudança qualitativa essencial do Estado que quer corresponder aos desafios do século. Mas, se assim é, este novo paradigma de Estado envolve, então, uma renovação da democracia, através do aprofundamento da democracia participativa para que, desde logo, o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa aponte⁴⁸.”

⁴⁸ Cfr., Maria da Glória Dias Garcia, “Pressupostos Éticos da Responsabilidade Ambiental”, in Actas do Colóquio – A Responsabilidade Civil por Dano Ambiental. Faculdade de Direito de Lisboa, dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, ed. digital do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2010, pág. 17 – disponível em www.icjp.pt.

Esta renovação da democracia participativa terá de assentar na adopção de uma política de ambiente e desenvolvimento sustentável por parte dos Estados. No entanto, e como adverte Carla Amado Gomes, *“o problema está, porém, no nível de indeterminação e ambiguidade que o conceito de desenvolvimento sustentável encerra. E, conseqüentemente, no risco de manipulação a que um conceito assim tão aberto está sujeito, podendo dar azo a leituras interessadas, tendenciosas ou mesmo enviesadas, as quais – porquanto referidas aos sacrossanto “desenvolvimento sustentável” – acabarão por branquear certas condutas ou actividades menos amigas do ambiente”*⁴⁹.

Ora, *“mais relevante do que a representação acrítica de tal enigmática expressão será atender à lógica de gestão racional e preventiva dos recursos”*⁵⁰. Para isso é necessário adoptar modelos de gestão que sopesem a preservação do património natural das áreas protegidas com as potencialidades/utilidades económicas que o Ambiente pode proporcionar ao Homem.

Neste âmbito, a iniciativa Business & Biodiversity (B&B) da União Europeia constitui um excelente ponto de partida para garantir um maior envolvimento das empresas e das actividades económicas nas estratégias de conservação da natureza. A consagração nos PNI's da RRAPA da iniciativa B&B é assaz elucidativo da intenção da RAA, em adoptar uma metodologia de integração da biodiversidade na decisão empresarial.

Aguardamos, no entanto, num misto de expectativa e apreensão, para ver os próximos episódios da articulação entre os órgãos de gestão dos PNI com a AZORINA e entre estes e os agentes que actuam no tabuleiro

⁴⁹ Cfr., Carla Amado Gomes, *“O ambiente no tratado de Lisboa...”, cit.*, pág. 374.

⁵⁰ Cfr., Carla Amado Gomes, *“O ambiente no tratado de Lisboa...”, cit.*, pág. 375.

da economia ultraperiférica regional da biodiversidade. Pensamos que só aí, através de medidas práticas, se verá a eficiência e consistência da estratégia delineada pelo legislador açoriano, na sua demanda pela “*garantia do desenvolvimento equilibrado de todas e cada uma das ilhas*” – cfr., artigo 3.º, alínea e) do EPARAA.

Rui Melo Cordeiro

Advogado – Estagiário do Departamento de Direito Público da Sociedade Mouteira
Guerreiro, Rosa Amaral & Associados, RL.
Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Membro do Grupo de Reflexão dos Assuntos Europeus da Associação Regional
Parlamento Europeu dos Jovens – Núcleo Açores (PEJ – AÇORES).

Singularidades de um Regime Ecológico

O regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais¹

0. A importância da biodiversidade. **1.** A protecção jurídica da biodiversidade; **1.1.** Ao nível internacional; **1.2.** Ao nível europeu; **1.3.** Ao nível interno. **2.** O regime jurídico da Rede Natura 2000; **2.1.** Processo de classificação; **2.2.** Medidas de conservação dos *habitats*; **2.2.1.** Ordenamento do território; **2.2.2.** Gestão; **2.2.3.** Análise de incidências ambientais (remissão); **2.2.4.** Vigilância e fiscalização; **2.2.5.** Medidas complementares de conservação. **3.** Em especial, as deficiências da análise de incidências ambientais.

0. A importância da biodiversidade

A perda de biodiversidade constitui, a par das alterações climáticas², um dos maiores problemas ambientais com que a Humanidade actualmente se confronta. Um pouco por todo o planeta há espécies

¹ O texto que agora se publica corresponde, com desenvolvimentos, a uma aula leccionada, em Maio de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito da Pós-Graduação em Direito do Ordenamento do Território, do Urbanismo e do Turismo, coordenado pelos Profs. Doutores Marcelo Rebelo de Sousa e Carla Amado Gomes.

Com este modesto estudo pretendo associar-me à justíssima homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. A sua exemplar carreira universitária, a excelência da sua obra, bem como a dedicação, o empenho e a seriedade invariavelmente por si empregues no estudo e aprofundamento do Direito Administrativo – e não só... – ficarão para sempre como uma referência incontornável da escola de direito público da Faculdade de Direito de Lisboa e um marco decisivo na construção e aperfeiçoamento da dogmática jus-administrativa pátria.

² Sendo que as alterações climáticas são também, em parte, responsáveis pela perda de biodiversidade ou, ao menos, por mutações na distribuição geográfica, nos hábitos alimentares e até no comportamento de muitas espécies.

em vias de extinção, ecossistemas em perigo e *habitats* naturais sob ameaça.

Algumas das principais causas deste problema resultam da actividade humana, designadamente a expansão dos centros urbanos e das vias de comunicação, o desenvolvimento industrial e tecnológico, a espiral de consumo desenfreado, a perpetuação de hábitos de vida pouco sustentáveis, as crescentes necessidades energéticas e a consequente sobre-exploração dos recursos naturais. Ora, se nada for feito para inverter esta tendência ou, pelo menos, travar o declínio da biodiversidade, poderemos estar perante uma catástrofe ambiental de grandes proporções.

Utilizamos aqui a expressão “catástrofe” sem qualquer ligeireza. É que, não se tratando propriamente de uma explosão de Chernobyl ou de um derrame de petróleo no oceano, isto é, não estando em causa um desastre repentino, tremendo e de impacto imediato, mas antes uma sucessão de pequenos eventos e uma acumulação de danos espalhados no tempo e no espaço, a verdade é que a perda de biodiversidade tem implicações dramáticas, empobrecendo o espólio natural da Terra, erodindo a capacidade de auto-regeneração ambiental e, em última análise, desequilibrando ecossistemas complexos e fortemente interdependentes, com consequências imprevisíveis a longo prazo³. Com a agravante de que a extinção das espécies tem, por definição, um carácter irreversível e irrecuperável. Pelo que não é exagero afirmar que o desaparecimento de muitas espécies selvagens e/ou a deterioração dos seus *habitats* representam uma autêntica catástrofe. Uma catástrofe discreta, silenciosa e paulatina mas, de todo o modo, uma catástrofe.

Esta conclusão poderá não ser imediatamente evidente para quem perfilhe uma concepção antropocêntrica do ambiente. Isto é, quem

³ De resto, a importância da biodiversidade para a manutenção do equilíbrio ecológico e para a sobrevivência da vida terrestre encontra respaldo até em termos bíblicos, através do célebre episódio da Arca de Noé.

tenda a encarar o ambiente exclusivamente sob o ponto de vista dos efeitos que tem sobre a condição humana compreenderá facilmente a importância do ar puro e da água potável, a justificação para o investimento em aterros ou a necessidade de conter os níveis de ruído, mas poderá ter maiores dificuldades em perceber a importância de uma qualquer planta bravia, a justificação para o investimento em corredores ecológicos para os lobos ou a necessidade de protecção da águia de Bonelli.

Tal perspectiva é, no entanto, redutora e errada. Não só os bens ambientais proporcionam utilidades directas ao ser humano, como podem ter inúmeras aplicações ou ser aproveitados de múltiplas formas e para distintos fins. Entre as actividades humanas que são utilizadoras directas da biodiversidade encontram-se, por exemplo, actividades económicas tão relevantes como a exploração florestal, as pescas, o turismo ou a agricultura⁴. Para além disso, da variedade de espécies da flora e da fauna «depende a manutenção da quantidade [e] da diversidade de produtos alimentares, depende a existência de condições para a produção de produtos farmacêuticos, de combate a doenças, depende uma multitude de usos industriais.

«Cada vez que se diminuem os *stocks* biológicos, empobrece a capacidade de sobrevivência da espécie humana. Por isso é que não faz sentido, mesmo no plano ético, o discurso de quem entende que a conservação da natureza tende a ser *antropoexcêntrica*, no sentido de excluir o Homem das suas preocupações...»⁵.

Assim, para além de constituir, por si só, um importante valor ecológico, a biodiversidade presta serviços e confere vantagens inestimáveis à nossa civilização, revelando-se – inclusivamente – algo de essencial à vida e à saúde humanas. Daí a necessidade de proteger e

⁴ Neste sentido, cfr. FRANCISCO MENDES PALMA (org.), JOÃO PEREIRA MIGUEL, LUÍS RIBEIRO ROSA, SUSANA BARROS, *Ganhar com a Biodiversidade – Oportunidades de Negócio em Portugal*, Lisboa, 2008, p. 78.

⁵ JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Energia e conservação da natureza”, in *Temas de Direito da Energia, Cadernos O Direito*, n.º 3, 2008, p. 166.

salvaguardar os recursos naturais do planeta, com especial atenção para as espécies em risco de extinção e respectivos *habitats*.

1. A protecção jurídica da biodiversidade

Considerando, por um lado, a importância decisiva da biodiversidade e, por outro lado, as graves ameaças a que está sujeita, não é de admirar que a temática da conservação da natureza e da protecção das espécies se encontre hoje na primeira linha da agenda ecológica. De facto, os apelos da comunidade ambientalista, os relatórios dos cientistas e, cada vez mais, as declarações dos principais responsáveis políticos convergem no sentido de eleger a preservação da riqueza e diversidade da biosfera como uma prioridade absoluta.

O Direito do Ambiente não podia ficar indiferente a todas estas vozes. Se há um determinado bem comunitário que é considerado valioso e se a sociedade sente a necessidade de o proteger, então o Direito deve intervir para regular a sua gestão, limitar a sua utilização e impedir a sua destruição. Foi o que, efectivamente, sucedeu.

Ao longo das últimas décadas, tem vindo a germinar e a desenvolver-se um Direito da Conservação da Natureza. A diferentes níveis, em distintos *fora* e com alcance variado (internacional, comunitário, nacional, regional, local, etc.), têm despontado instrumentos normativos e convencionais que versam sobre a protecção da fauna e da flora nas suas mais diversas variedades.

É certo que o resultado deste movimento tem-se caracterizado, até ao presente, mais por um conjunto de afirmações proclamatórias, regimes de adesão voluntária e técnicas de *soft law* do que, propriamente, por um corpo jurídico robusto, exaustivo e adstringente de protecção efectiva da biodiversidade. Acresce que muitos dos documentos jurídicos aprovados assentam em normas de meios e não em normas de resultado. Enfim, digamos que a ordem jurídica tem-se revelado mais

apta a fixar objectivos e a enunciar princípios do que propriamente a assegurar o seu rigoroso cumprimento.

Seja como for, dispomos já – sobretudo no espaço jurídico europeu – de alguns institutos jurídicos relativamente precisos e eficazes na conservação de certas espécies em risco e respectivos *habitats*. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre um deles em particular – a Rede Natura 2000 – convém perceber um pouco melhor o contexto em que se insere. Vejamos então, em traços necessariamente largos, como surgiu, em que instrumentos se alicerça e quais os aspectos fundamentais que caracterizam a protecção jurídica da biodiversidade.

1.1. Ao nível internacional

À semelhança do que tem acontecido noutros domínios jus-ambientais, o Direito Internacional Público foi precursor no tratamento jurídico da biodiversidade e tem funcionado como propulsor de novos e diversificados instrumentos de conservação da natureza.

Ainda que de forma extraordinariamente abreviada e lacunar, gostaríamos de deixar aqui assinalados alguns dos marcos mais relevantes na protecção jus-internacional da diversidade biológica⁶: a convenção de Ramsar, de 1971, sobre zonas húmidas de importância internacional⁷; a convenção sobre o comércio internacional de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção (mais conhecida pelo acrónimo CITES), assinada em 1973, em Washington⁸; a Convenção de Berna, de 1979, sobre a protecção da vida selvagem e do ambiente natural na Europa⁹; e a convenção sobre a diversidade biológica,

⁶ Cfr., de forma mais completa, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Energia e conservação da natureza”, cit., pp. 168 a 170.

⁷ Em Portugal, esta convenção foi aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 101/80, de 9 de Outubro. Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, in CEDOUA, n.º 6_Ano III_2.00, p. 58.

⁸ Em Portugal, esta convenção foi aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 50/80, de 23 de Julho. Cfr. ainda o Decreto-Lei n.º 211/2009, de 3 de Setembro.

⁹ Em Portugal, esta convenção foi aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 95/81, de 23 de Julho. Cfr. ainda o Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro, alterado pelo

assinada na Cimeira da Terra, em 1992, no Rio de Janeiro¹⁰. De então para cá muitos outros documentos, negociações e encontros internacionais se têm vindo a realizar na busca de novos consensos e de mecanismos reforçados de tutela da biodiversidade¹¹.

Registe-se como a comunidade internacional foi capaz de identificar os principais factores de risco e de se concentrar neles, evitando uma dispersão de esforços que seria manifestamente contraproducente. Referimo-nos, por exemplo, à necessidade de salvaguardar as zonas húmidas e de pôr um travão ao comércio de espécies protegidas.

As zonas húmidas são de uma importância crítica para a biodiversidade, funcionando como autênticos viveiros naturais, em particular para a avifauna. Pelo que se há áreas que indiscutivelmente merecem atenção sob o ponto de vista ambiental são as zonas húmidas. Ao eleger estes santuários da vida selvagem como uma prioridade, a comunidade internacional demonstrou argúcia, discernimento e realismo, actuando de forma cirúrgica e direccionada. O comércio de espécies em vias de extinção, por seu turno, constitui uma das principais ameaças à biodiversidade. Ditam as leis do mercado que enquanto houver procura, haverá oferta. Logo, uma das formas mais inteligentes de fazer cessar a captura, domesticação e/ou matança de espécies selvagens consiste em ilegalizar e impedir a sua transacção. Ao proibir este mercado, o Direito Internacional contribuiu seguramente para evitar o desaparecimento de muitas formas de vida. São conhecidas, porém, as dificuldades do Direito Internacional em termos de “*enforcement*”, bem como a sua dependência da vontade dos Estados¹². Assim, embora tenha aberto o caminho para a protecção

Decreto-Lei n.º 196/90, de 18 de Junho. Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, loc. cit., p. 58.

¹⁰ Em Portugal, esta convenção foi aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 21/93, de 21 de Junho.

¹¹ Para uma descrição pormenorizada do que de mais relevante tem sucedido na esfera internacional (e comunitária) desde a convenção sobre a diversidade biológica de 1992, cfr. FRANCISCO MENDES PALMA (org.), *Ganhar com a Biodiversidade*, cit., pp. 38 e ss..

¹² As fragilidades da ordem jurídica internacional quanto à imposição heterónoma ou à aplicação coerciva das suas disposições estão há muito recenseadas. Cfr., por todos, NGUYEN QUOC DINH *et alli*, *Direito Internacional Público* (tradução portuguesa),

jurídica da biodiversidade, não foi o Direito Internacional que mais longe levou ou que melhor concretizou esse desígnio.

1.2. Ao nível europeu

A Europa comunitária cedo compreendeu a importância da biodiversidade e a necessidade de se dotar de um regime jurídico uniforme de salvaguarda dos *stocks* biológicos. Este regime encontra-se corporizado, essencialmente, em duas directivas da maior relevância: a Directiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril de 1979, mais conhecida por Directiva Aves¹³; e a Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio de 1992, mais conhecida por Directiva *Habitats*¹⁴.

A Directiva Aves tem por objecto, em geral, a conservação de todas as espécies de aves que vivem naturalmente em estado selvagem no território europeu, aplicando-se às aves e seus ovos, ninhos e *habitats*¹⁵. As espécies mencionadas no respectivo Anexo I e as espécies migratórias cuja ocorrência seja regular são objecto de medidas de conservação especial com vista a garantir a sua sobrevivência e reprodução, medidas essas que passam, designadamente, pela classificação de certas áreas como “zonas de protecção especial” (ZPE)¹⁶. Já a Directiva *Habitats* tem por objecto a conservação dos *habitats* naturais e da fauna e flora selvagens no território europeu¹⁷.

edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, pp. 81 e ss..

¹³ Publicada no Jornal Oficial L 103, de 25 de Abril de 1979. Esta Directiva já foi, porém, objecto de diversas alterações, nomeadamente para actualização dos respectivos anexos em função do progresso técnico e científico. Cfr. uma versão consolidada em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1979L0409:20081223:PT:PDE>.

¹⁴ Publicada no Jornal Oficial L 206, de 22 de Julho de 1992. Esta Directiva já foi, porém, objecto de diversas alterações, nomeadamente para actualização dos respectivos anexos em função do progresso técnico e científico. Cfr. uma versão consolidada em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0043:20070101:PT:PDE>.

¹⁵ Cfr. artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 da Directiva Aves.

¹⁶ Cfr. artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 da Directiva Aves.

¹⁷ Cfr. artigo 2.º, n.º 1 da Directiva *Habitats*.

Note-se, antes de mais, como os *petit-noms* utilizados na gíria jurídica podem ser um pouco redutores. A “Directiva Aves” não se aplica apenas às 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 à fauna e à flora selvagens. Há, pois, que ter algum cuidado, já que as designações abreviadas destes instrumentos normativos podem induzir em erro quanto ao seu real âmbito de aplicação.

Acresce que a existência de duas directivas autónomas, com um mesmo fim – a tutela da biodiversidade – e objectos muito próximos, mas soluções jurídicas não inteiramente coincidentes, prejudica a coerência do instituto¹⁸ e dificulta um pouco a tarefa dos respectivos intérpretes e aplicadores. Mas sobre isso teremos ocasião de nos pronunciarmos mais adiante.

Por ora, importa apenas salientar que ambas as Directivas visam a constituição de uma rede ecológica europeia integrada de sítios com interesse para a conservação da natureza e a preservação da biodiversidade, designada por “Rede Natura 2000”. A criação desta rede, à escala comunitária, bem como o regime de protecção aplicável aos valores naturais que nela se encontram localizados constituem o cerne do Direito europeu da Conservação da Natureza.

Não nos iremos alongar aqui sobre o regime jurídico da Rede Natura 2000, na medida em que é precisamente sobre este instituto, designadamente sobre a forma como foi transposto e é aplicado no ordenamento jurídico português, que versará a presente exposição.

Ainda ao nível comunitário, importa referir o Conselho Europeu de Gotemburgo, que teve lugar em Junho de 2001, onde pela primeira vez se fixou o ano de 2010 como o ano de referência em termos de combate ao declínio da biodiversidade na Europa. Em execução desta

¹⁸ Neste sentido, considerando que «a articulação entre as duas directivas não foi necessariamente bem pensada», NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, in CEDOUA, n.º 11_Ano VI_1.03, p. 10.

deliberação e com vista a preparar o “objectivo 2010”, a Comissão Europeia emitiu em 2006 a importante comunicação “Travar a perda de biodiversidade até 2010 – e mais além. Preservar os serviços ecossistémicos para o bem-estar humano”¹⁹. Não se tratando de um instrumento normativo, é, contudo, um documento estruturante, na medida em que elege prioridades, selecciona os indicadores relevantes e traça um plano de acção detalhado com vista a alcançar a meta definida pelo Conselho Europeu.

Lamentavelmente, porém, a Europa não se encontra no bom caminho para atingir essa meta. Aquilo que os relatórios de progresso registam é que os Estados-Membros estão a ter bastantes dificuldades em conter a destruição da fauna e da flora selvagens. Ainda recentemente foi divulgado um estudo da Agência Europeia do Ambiente cujas conclusões são deveras preocupantes²⁰: estima-se aí que «o objectivo de travar a perda de biodiversidade na Europa até 2010 não será atingido», sendo referido que, embora se tenham verificado alguns progressos localizados (designadamente nos sítios da Rede Natura 2000), o «risco global de extinção da vida selvagem provavelmente aumentou» e «a diversidade genética das espécies permanece em perigo».

1.3. Ao nível interno

O território português, pela sua localização geográfica, pelas condições climáticas de que dispõe e pelo tipo de ecossistemas que alberga, revela-se de extraordinária importância para a causa global de preservação da biodiversidade.

¹⁹ Com a referência COM(2006) 216 final, de 22 de Maio de 2006.

²⁰ Cfr. *Progress towards the European 2010 biodiversity target*, EEA Report no 4/2009, maxime pp. 7 e 8 (disponível em <http://www.eea.europa.eu/publications/progress-towards-the-european-2010-biodiversity-target>).

De facto, sob o ponto de vista da diversidade biológica, nem todas as zonas do planeta apresentam o mesmo interesse. Há territórios extraordinariamente ricos e plurais em formas de vida – conhecidos como “hotspots de biodiversidade” – e outros que, pelas suas condições naturais adversas ou por influência antropogénica, poucas espécies atraem.

Portugal, não tendo propriamente a opulência genética das florestas tropicais, contém, ainda assim, um interessante repositório de vida selvagem. Não é por acaso que²¹: i) 90% do nosso território continental, bem como os arquipélagos dos Açores e da Madeira integram um dos 34 hotspots mundiais de biodiversidade, a “Bacia Mediterrânea”; ii) em Portugal existem 90 áreas consideradas prioritárias para a conservação das aves e dos seus habitats (*Important Bird Areas* ou IBA) e 2 áreas endémicas para as aves (*Endemic Bird Areas* ou EBA), segundo a classificação da *Bird Life International*; iii) o *World Wildlife Fund* incluiu Portugal numa das denominadas *Global 200 Ecoregions*, a “*Mediterranean Forests, Woodlands and Scrub*”. E ainda recentemente a UNESCO integrou o Parque Internacional Luso-Galaico Gerês/Xurês e a ilha das Flores na rede mundial das Reservas da Biosfera²².

O nosso país tem, portanto, uma responsabilidade acrescida no que diz respeito à protecção da biodiversidade. Não admira, então, que o legislador constituinte tenha designado como tarefas fundamentais do Estado «defender a natureza e o ambiente» e «preservar os recursos naturais»²³. Incumbe ainda ao Estado, nos termos da Constituição, «criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de

²¹ Os exemplos foram retirados de FRANCISCO MENDES PALMA (org.), *Ganhar com a Biodiversidade*, cit., p. 69.

²² De que já faziam parte, em Portugal, o Paul do Boquilobo e as ilhas do Corvo e da Graciosa.

²³ Artigo 9.º, alínea e) da Constituição da República Portuguesa (CRP).

interesse histórico ou artístico»²⁴. Resta saber como é que estes comandos jus-fundamentais têm sido transpostos para a legislação ordinária e qual tem sido a sua efectividade prática.

A Lei de Bases do Ambiente²⁵ (LBA) prevê, nos seus artigos 28.º e 29.º, a elaboração de uma estratégia nacional de conservação da natureza e a implementação de uma «rede nacional contínua de áreas protegidas, abrangendo áreas terrestres, águas interiores e marítimas e outras ocorrências naturais distintas que devam ser submetidas a medidas de classificação, preservação e conservação, em virtude dos seus valores estéticos, raridade, importância científica, cultural e social ou da sua contribuição para o equilíbrio biológico e estabilidade ecológica das paisagens».

Quanto ao primeiro ponto, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro, veio finalmente dar concretização à Lei de Bases ao aprovar, com décadas de atraso, a Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade (ENCNB). Desde 2001 que Portugal dispõe, portanto, de um documento de enquadramento da política de conservação da natureza. Aí se formulam dez opções estratégicas, uma das quais prende-se com a constituição de uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza, de que falaremos em breve.

Quanto ao segundo ponto, Portugal dispõe efectivamente de uma Rede Nacional de Áreas Protegidas, as quais podem ser de interesse nacional, regional ou local e enquadrar-se em distintas categorias (parque nacional, parque natural, reserva natural, paisagem protegida, monumento natural). Esta rede foi durante muitos anos regulada pelo Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, diploma que foi sofrendo diversas modificações ao longo do tempo até, recentemente, ter sido revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho. Vale a pena tecer algumas considerações sobre esta última peça

²⁴ Artigo 66.º, n.º 2, alínea c) da CRP.

²⁵ Lei n.º 11/87, de 7 de Abril.

legislativa, na medida que ela se apresenta como contendo “o” regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade.

Com efeito, o legislador entendeu aprovar um diploma que sistematizasse toda a matéria relativa à salvaguarda da biodiversidade. Um dos principais objectivos deste diploma consistiu na criação da Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN)²⁶, a qual engloba diversos espaços naturais caracterizados pela sua sensibilidade ecológica ou pela sua utilidade para a preservação da vida selvagem e, conseqüentemente, sujeitos a um regime especial de protecção. Entre esses espaços contam-se as áreas protegidas, mas também outras áreas classificadas ao abrigo da Rede Natura 2000 (RN2000) ou de compromissos internacionais e ainda certas áreas de continuidade, como as pertencentes à reserva ecológica nacional (REN), à reserva agrícola nacional (RAN) ou ao domínio público hídrico (DPH).

Ficamos assim a saber que, para além das já mencionadas áreas protegidas (que encontram agora a sua regulamentação no Decreto-Lei n.º 142/2008, embora em termos não significativamente distintos do seu regime anterior), existem no nosso ordenamento outros institutos jurídicos vocacionados para a conservação da natureza. E que todos esses institutos se encontram agora conceptualmente enquadrados num esquema global integrado, de acordo com uma lógica sistémica ou de articulação em rede²⁷. «Só que neste esquema, onde se arrumaram bem “redes” e “sistemas”, mantém-se afinal tudo como dantes, não se surpreendendo aquilo que decorre, como objectivo, da Estratégia Nacional: a uniformização dos regimes atinentes à conservação da Natureza»²⁸.

²⁶ Tal como preconizado na *supra* referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro.

²⁷ Veja-se que foi criada a Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN), a qual integra o Sistema Nacional de Áreas Classificadas (SNAC), que, por sua vez, integra a Rede Nacional de Áreas Protegidas (RNAP) e a Rede Natura 2000 (RN2000). Cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho.

²⁸ JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da natureza”, neste e-book.

De facto, o Decreto-Lei n.º 142/2008 agrega diversos instrumentos jurídicos de tutela da biodiversidade, mas não lhes confere uma disciplina jurídica uniforme ou harmonizada. Por outras palavras, a RFCN «não é, como se esperava que fosse, o denominador comum dos regimes da Rede Nacional das Áreas Protegidas, da Rede Natura 2000 e outras áreas classificadas, da REN, da RAN ou do regime do domínio público hídrico no que todos eles têm que ver com a salvaguarda do património genético existente em território nacional. É, tão só, o nome que se dá à soma de todos eles»²⁹.

Daí que se possa concluir que o assim-denominado “regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade” (RJCNB) não contém, afinal de contas, um regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade. Numa demonstração de que “as aparências iludem”, o Decreto-Lei n.º 142/2008 limita-se – apesar do seu *nomen iuris* – a funcionar como uma espécie de “guarda-chuva” dos vários regimes atinentes à biodiversidade ou como um “cabide” onde se encontram “pendurados” diversos mecanismos jurídicos de protecção dos valores ambientais naturais³⁰.

Temos, pois, que o Direito nacional da Conservação da Natureza é composto por múltiplos institutos, com finalidades aproximadas mas com lógicas próprias e regimes jurídicos diferenciados, os quais se encontram dispersos por vários diplomas. Com a agravante de que esses institutos são, muitas vezes, de aplicação cumulativa, verificando-se uma sobreposição territorial de regras que, embora sob distintos prismas, visam no fundo tutelar os mesmos valores ecológicos – o que se revela contraproducente, acabando por resultar num emaranhado complexo de obrigações e proibições legais que nem sempre se encontram bem concatenadas, dificultando assim a compreensão do

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ O que leva uma voz particularmente autorizada a concluir que, mais do que criar algo de novo, este diploma procedeu a uma operação de reciclagem. Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *ult. loc. cit.*

direito aplicável a cada caso concreto e originando uma teia de procedimentos administrativos cruzados, redundantes ou até eventualmente, nalguns aspectos, contraditórios.

Sem desmerecer a relevância dos demais instrumentos jurídicos de protecção da biodiversidade e não ignorando a utilidade da sua análise conjugada, no presente texto iremos, todavia, concentrar a nossa atenção em apenas um desses instrumentos: o regime da Rede Natura 2000, que decorre das *supra* referidas Directivas Aves e *Habitats*. Vejamos, então, onde e de que se forma se encontra regulado no nosso ordenamento este importante instituto jus-ambiental.

A Directiva Aves foi originalmente transposta para a ordem jurídica interna, com um atraso de vários anos, pelo Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro (posteriormente modificado pelo Decreto-Lei n.º 224/93, de 18 de Junho). Já a Directiva *Habitats* foi transposta, também com atraso, pelo Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto. Em 1999, numa tentativa de sistematização do tratamento jurídico nacional da Rede Natura 2000, ambos os diplomas referidos foram revogados e substituídos pelo Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril. Sucede, porém, que este novo regime enfermava de várias deficiências. O que motivou um processo por incumprimento no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), processo no qual o Estado português veio a ser condenado por falta de transposição e incorrecta transposição de diversas normas das Directivas Aves e *Habitats*³¹. Em face deste veredicto, o legislador nacional aprovou então o Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro, que introduziu diversas modificações no Decreto-Lei n.º 140/99 (e o republicou), corrigindo os problemas apontados pelo Tribunal do Luxemburgo.

Em suma, actualmente é do Decreto-Lei n.º 140/99, na versão resultante do Decreto-Lei n.º 49/2005, que resulta o regime jurídico nacional da

³¹ Cfr. o acórdão do TJUE, de 24 de Junho de 2003, exarado no processo n.º C-72/02 (disponível em <http://curia.europa.eu>).

Rede Natura 2000 (RJRN2000). É este, pois, o diploma que irá doravante ser objecto da nossa análise.

2. O regime jurídico da Rede Natura 2000

Antes de iniciarmos a análise do RJRN2000, cumpre fazer uma advertência. Não se trata aqui de apreciar em detalhe ou de “dissecar” todo o regime da Rede Natura 2000 – cujo tratamento doutrinal e pretoriano³² tem já longos anos, com um vasto lastro hermenêutico – nem, tão pouco, de proceder uma análise exaustiva do seu articulado, mas apenas de efectuar um breve excuro pelos principais blocos constitutivos ou elementos estruturantes desse regime. Assim, organizaremos a nossa exposição em dois pontos, apreciando: em primeiro lugar, o processo de classificação dos sítios que compõem a Rede Natura 2000; e, em segundo lugar, as medidas de conservação a que ficam sujeitos³³.

2.1. Processo de classificação

Uma parte importante do regime da Rede Natura 2000 prende-se com o zonamento, isto é, com a selecção e classificação dos territórios que

³² Com particular destaque para as decisões do TJUE, que tem desempenhado um papel crucial na interpretação e densificação do Direito europeu da Conservação da Natureza, o que nos permite dispor hoje de jurisprudência consolidada numa série de matérias relativas à constituição e gestão da Rede Natura 2000. Os acórdãos do Tribunal do Luxemburgo revelam-se, pois, uma fonte absolutamente indispensável para a compreensão e aplicação das Directivas Aves e *Habitats*. Para um apanhado dos principais casos apreciados pelo TJUE neste domínio, cfr. *Nature and Biodiversity Cases – Ruling of the European Court of Justice* (disponível em http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/others/ecj_rulings_en.pdf).

³³ Idêntica opção metodológica é feita, de resto, pela generalidade da doutrina que trata desta matéria. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, por exemplo, fala em “dever de designação” e “dever de protecção” (cfr. “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, in CEDOUA, n.º 10_Ano V_2.02, pp. 17 e 18); NICOLAS DE SADELEER, no mesmo registo, separa as “obrigações dos Estados-Membros no que diz respeito à designação e delimitação” dos sítios da Rede Natura 2000 daquelas outras obrigações que “concernem à respectiva protecção” (cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 10 e ss.).

vão integrar essa mesma rede. No fundo, trata-se de escolher as zonas mais apropriadas à conservação de determinadas espécies em perigo e respectivos *habitats*, submetendo-as a um estatuto jurídico especial com vista à preservação dos valores ecológicos aí representados³⁴. Depois de classificados, estes territórios – quer terrestres, quer marítimos³⁵ – irão formar uma rede europeia integrada de espaços naturais particularmente aptos ou vocacionados para a salvaguarda da biodiversidade.

Parece simples mas, na verdade, tem-se revelado um processo complexo, espinhoso e demorado. Não admira, pois, que a grande maioria das decisões que o TJUE proferiu até ao momento a propósito da Rede Natura 2000 verse, precisamente, sobre a classificação (ou falta dela) dos territórios mais relevantes para efeitos da protecção da vida selvagem³⁶. E isto, essencialmente, por duas razões.

³⁴ O facto de determinada parcela do território já se encontrar sujeita a um outro regime de conservação da natureza – por exemplo, o facto de essa área estar classificada como parque natural ou qualquer outro tipo de área protegida – não substitui nem faz cessar a obrigação de a classificar para efeitos da Rede Natura 2000. Assim decidiu o TJUE no processo n.º C-3/96, que opôs na Comissão aos Países Baixos (acórdão de 19 de Maio de 1998).

³⁵ Incluindo, segundo NICOLAS DE SADELEER, áreas da zona económica exclusiva e da plataforma continental. Cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 11. Sobre a aplicação da Rede Natura 2000 aos espaços marítimos, cfr. MARTA CHANTAL RIBEIRO, “Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI”, separata da Revista *Temas de Integração*, 1.º semestre de 2008, n.º 25, pp. 165 e ss..

³⁶ Alguns dos casos que consideramos mais emblemáticos e de maior utilidade para a compreensão do regime de selecção, classificação e delimitação das zonas integrantes da Rede Natura 2000 são:

- i) O caso *Leybucht*: acórdão do TJUE, de 28 de Fevereiro de 1991, no processo n.º C-57/89 (Comissão/Alemanha). Para um brevíssimo resumo deste processo, cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, in RJUA, n.º 4, Dezembro de 1995, pp. 115 e 116; e, da mesma Autora, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., p. 69.
- ii) O caso *Marismas de Santoña*: acórdão do TJUE, de 2 de Agosto de 1993, no processo n.º C-355/90 (Comissão/Espanha). Cfr. uma síntese das conclusões do Tribunal neste processo em MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., pp. 114 e 115; e, da mesma Autora, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., pp. 68 e 69.

Por um lado, em termos cronológicos, houve primeiro que constituir a rede – processo que, de resto, ainda não se encontra completamente terminado – para depois, então, aí se levarem a cabo as medidas de conservação necessárias. É, portanto, natural que os primeiros litígios tenham surgido quanto à designação das zonas que compõem a referida rede.

Por outro lado, a sujeição de um território ao regime da Rede Natura 2000, pelas limitações, condicionantes e deveres acrescidos que acarreta, encontra sempre bastante resistência, nomeadamente por parte do poder económico e das populações locais. Daí que os Estados-Membros tenham, muitas vezes, atrasado o processo de classificação, classificado um número reduzido ou uma extensão insuficiente de sítios, tentado desclassificar sítios previamente classificados, etc.. O que motivou diversos processos por incumprimento desencadeados pela Comissão Europeia.

Importa, pois, apreciar de que forma se constitui esta rede comunitária de espaços afectos à conservação da natureza. E, numa análise muito superficial, aquilo que imediatamente salta à vista é a falta de uniformidade entre os dois pilares da Rede Natura 2000. De facto, o processo de classificação ao abrigo da Directiva Aves é muito diferente daquele que se encontra estabelecido na Directiva *Habitats*. Enquanto que, no primeiro caso, se confiou quase exclusivamente aos Estados-Membros a tarefa de zonamento, no segundo caso, e para evitar as já referidas resistências ou tentativas de bloqueio, foi gizado um processo

-
- iii) O caso das ZPEs holandesas: acórdão do TJUE, de 19 de Maio de 1998, no processo n.º C-3/96 (Comissão/Países Baixos).
 - iv) O caso do *Estuário do Sena*: acórdão do TJUE, de 18 de Março de 1999, no processo n.º C-166/97 (Comissão/França).
 - v) O caso *Marais poitevin*: acórdão do TJUE, de 25 de Novembro de 1999, no processo n.º C-96/98 (Comissão/França). Cfr. a anotação de MARIA ALEXANDRA ARAGÃO em “As ZPEs e a (ausência de) Discricionarietà dos Estados”, in CEDOUA, n.º 5_Ano III_1.00, pp. 95 a 110.

Para um elenco um pouco mais completo de acórdãos, cfr. NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., nota 7, na p. 35.

plurifásico, mais orientado e com maior intervenção das instâncias comunitárias. Senão, vejamos.

No âmbito da Directiva Aves, para além do dever geral de conservação previsto no respectivo artigo 3.º³⁷, vigora – quanto às espécies mencionadas no Anexo I [da Directiva³⁸] e às espécies migratórias cuja ocorrência seja regular – um dever especial de conservação que passa, entre outras coisas, pela criação de “zonas de protecção especial” (abreviadamente conhecidas pela sigla “ZPE”)³⁹. Estas ZPEs devem abranger os «territórios mais apropriados, em número e em extensão, para a conservação» das referidas espécies, ficando a sua selecção a cargo dos Estados-Membros, de acordo com critérios científicos de cariz ornitológico. Compreensivelmente, a Directiva não exige qualquer forma específica para o acto de classificação⁴⁰; no nosso ordenamento jurídico, porém, o artigo 6.º, n.º 1 do RJRN2000 prevê que a classificação de ZPEs reveste a forma de decreto regulamentar⁴¹.

³⁷ Que se aplica a todas as espécies de aves que vivem naturalmente no estado selvagem e se estende a todo o território europeu. Isto é, trata-se de uma obrigação genérica ou de princípio, que não tem uma expressão territorial delimitada.

³⁸ Ou Anexo A-I do RJRN2000.

³⁹ Cfr. artigo 4.º/1 e 2 da Directiva Aves e artigo 6.º do RJRN2000.

⁴⁰ Uma vez que a escolha das formas jurídicas deve caber a cada Estado-Membro, em função das características e regras próprias do respectivo ordenamento. No entanto, esta indiferença do Direito Comunitário relativamente à forma do acto de classificação já deu azo a algumas polémicas. Foi o que sucedeu, por exemplo, quanto à ZPE do Estuário do Tejo, cuja classificação solene só ocorreu em 1994, sob a forma de decreto-lei (segundo era, à altura, internamente exigido; vd. nota seguinte), embora já em 1988 o então Secretário de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais tivesse comunicado à Comissão Europeia, por despacho, essa mesma classificação. Gerou-se, inevitavelmente, uma enorme confusão: para as instâncias comunitárias, este despacho foi considerado suficiente e, portanto, entendia-se que a ZPE estava devidamente instituída, devendo ser-lhe aplicável o respectivo regime jurídico de conservação; de acordo com o ordenamento jurídico nacional, todavia, a ZPE ainda não havia sido formalmente classificada.

⁴¹ Apesar disso, há várias ZPEs em Portugal que foram classificadas sob a forma de decreto-lei. Por duas razões: no caso da ZPE do Estuário do Tejo – a primeira ZPE criada no nosso país, por força do Decreto-Lei n.º 280/94, de 5 de Novembro (já por diversas vezes modificado) – a forma legislativa era exigida pelo diploma que, à altura, regulava a matéria em apreço (cfr. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro); no caso das ZPEs que foram classificadas pelo Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de Setembro (já por diversas vezes modificado), a forma legislativa já não era, ao tempo, exigida (o Decreto-Lei n.º 75/91 havia sido, entretanto, revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, o qual passou a prever, no seu artigo 6.º, a forma de decreto regulamentar para a classificação de ZPEs, solução que se mantém até hoje), mas acabou por ser utilizada uma vez que, no mesmo diploma, não só se

No âmbito da Directiva *Habitats*, por seu turno, está prevista a criação de “zonas especiais de conservação” (abreviadamente conhecidas pela sigla “ZEC”), o que envolve um processo complexo em três fases⁴².

Na primeira fase, é elaborada uma lista nacional de sítios (LNS) «que alojam tipos de *habitats* naturais constantes do Anexo I [da Directiva⁴³] e *habitats* das espécies constantes do Anexo II [da Directiva⁴⁴]». Esta lista é preparada por cada Estado-Membro, de acordo com os critérios estabelecidos no Anexo III [da Directiva⁴⁵] e nas informações científicas pertinentes. Embora nem a Directiva, nem o RJRN2000 o exijam expressamente, em Portugal a inclusão de sítios na lista nacional foi sempre precedida de consulta pública.

Na segunda fase, a Comissão Europeia, com base na LNS apresentada por cada Estado-Membro e atendendo aos critérios do Anexo III [da Directiva⁴⁶], selecciona os sítios que «integrem um ou mais tipos de *habitats* naturais prioritários ou uma ou mais espécies prioritárias». A partir desta análise é elaborada, para cada uma das nove regiões biogeográficas da Europa⁴⁷, uma lista dos sítios de importância comunitária (SICs).

Caso um Estado-Membro não tenha incluído na sua LNS um sítio que integre um ou mais tipos de *habitats* naturais prioritários ou uma ou mais espécies prioritárias, esse sítio poderá, ainda assim, vir a ser reconhecido

procedeu à classificação de 28 ZPEs como, simultaneamente, se introduziram algumas inovações normativas (a maior parte das quais entretanto já revogadas) quanto ao regime aplicável a essas mesmas ZPEs.

Para além destes dois Decretos-Lei (de 1994 e de 1999), em Portugal houve uma nova vaga de classificação de ZPEs em 2008, desta feita já sob a forma de decreto regulamentar: cfr. os Decretos Regulamentares n.º 6/2008, de 26 de Fevereiro, e n.º 10/2008, de 26 de Março, que, no seu conjunto, instituíram 10 novas ZPEs.

⁴² Cfr. artigo 4.º da Directiva *Habitats* e artigo 5.º do RJRN2000.

⁴³ Ou Anexo B-I do RJRN2000.

⁴⁴ Ou Anexo B-II do RJRN2000.

⁴⁵ Ou Anexo B-III do RJRN2000.

⁴⁶ Ou Anexo B-III do RJRN2000.

⁴⁷ As nove regiões biogeográficas em que se decompõe o território europeu são, nos termos do artigo 1.º, alínea c), subalínea iii) da Directiva *Habitats*, as seguintes: alpina, atlântica, do Mar Negro, boreal, continental, macaronésica, mediterrânica, panónica e estépica. O território português está dividido por três destas regiões biogeográficas: a atlântica, a mediterrânica e, nos arquipélagos, a macaronésica.

como SIC, por iniciativa da Comissão Europeia e mediante decisão do Conselho⁴⁸. Visa-se, desta forma, contornar a inércia ou o bloqueio dos Estados-Membros à integração de um determinado sítio na Rede Natura 2000. No entanto, este desiderato não foi levado até às últimas consequências, uma vez que a deliberação do Conselho tem de ser tomada por unanimidade. Logo, o reconhecimento de um sítio como SIC acaba por depender sempre – de uma forma ou de outra – da vontade do respectivo Estado-Membro.

Por fim, na terceira fase, compete aos Estados-Membros classificar como zonas de conservação especial (ZECs) os territórios que hajam sido reconhecidos como SICs, o que deverá ocorrer no prazo máximo de seis anos.

Quanto à forma jurídica que cada uma destas decisões deve adoptar, o artigo 5.º do RJRN2000 prevê o seguinte: a LNS é aprovada por resolução do Conselho de Ministros⁴⁹, mediante proposta do Instituto de Conservação da Natureza e da Biodiversidade (ICNB); os sítios reconhecidos pela Comissão Europeia como SICs são publicitados através de portaria do ministro responsável pela área do ambiente⁵⁰; e a classificação das ZECs é efectuada por decreto regulamentar⁵¹.

Como se pode verificar, então, o processo de classificação das ZECs é bastante mais parametrizado, muito mais participado e, sobretudo,

⁴⁸ Cfr. artigo 5.º da Directiva *Habitats*.

⁴⁹ Sendo que, originalmente, os sítios localizados nas regiões autónomas foram aprovados por resolução do respectivo Conselho do Governo Regional. Doravante, porém, segundo o que parece resultar do artigo 5.º, n.ºs 3 e 4 do RJRN2000, a inclusão de novos sítios, a alteração de limites aos já existentes ou a sua eventual exclusão da LNS terão necessariamente de ser aprovadas por resolução do Conselho de Ministros (ainda que, tratando-se de um sítio localizado numa região autónoma, mediante proposta dos competentes serviços regionais).

⁵⁰ Isto é, a lista dos SICs consta de um acto comunitário, ao qual deve – posteriormente – ser dada a devida publicidade no ordenamento jurídico interno, mediante portaria.

⁵¹ Fiel ao princípio da neutralidade quanto às formas jurídicas, a Directiva *Habitats* admite, no seu artigo 1.º, alínea I), que as ZECs possam ser classificadas por acto regulamentar, administrativo e/ou contratual (num tom crítico quanto à possibilidade de classificação por acto administrativo e, sobretudo, por via contratual, cfr. NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 20 e 21). No nosso ordenamento, porém, o artigo 5.º, n.º 6 do RJRN2000 exige expressamente a forma de decreto regulamentar.

muitíssimo mais demorado⁵² que o processo de classificação das ZPEs. Não obstante as diferenças assinaladas, estes dois tipos de espaços naturais formam, no seu conjunto⁵³, uma rede ecológica única de dimensão europeia⁵⁴: a Rede Natura 2000⁵⁵.

Explicado, em traços largos, o processo de classificação dos sítios que compõem a Rede Natura 2000, importa agora discutir muito brevemente alguns dos seus pontos mais controvertidos. De facto, o regime de zonamento definido nas Directivas Aves e *Habitats* – e transposto, em Portugal, para o RJRN2000 – não é inteiramente pacífico, suscitando algumas dúvidas e levantando diversas questões problemáticas, das quais se têm ocupado quer a doutrina, quer a jurisprudência.

Uma dessas matérias – e talvez aquela que mais finta já fez correr – prende-se com a discricionariedade (ou não) dos Estados-Membros na classificação das zonas integrantes da Rede Natura 2000⁵⁶. Segundo alguns Autores, tal discricionariedade não existe⁵⁷. Não é exactamente

⁵² Tanto assim é que em Portugal, por exemplo, ainda não existem actualmente quaisquer ZECs. A LNS foi aprovada, em distintos momentos, pelas Resoluções do Conselho de Ministros n.º 142/97, de 28 de Agosto (modificada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 135/2004, de 30 de Setembro) e n.º 76/2000, de 5 de Julho, bem como pela Resolução do Governo Regional dos Açores n.º 30/98, de 5 de Fevereiro (rectificada pela Declaração n.º 12/98, de 7 de Maio) e pela Resolução do Governo Regional da Madeira n.º 1408/2000, de 28 de Setembro. As listas de SICs para as regiões biogeográficas atlântica, mediterrânica e macaronésica foram aprovadas pela Comissão Europeia em 2004, 2006 e 2002, respectivamente, e publicitadas através da Portaria n.º 829/2007, de 1 de Agosto, aguardando-se agora a classificação formal dos sítios em causa como ZECs.

⁵³ Note-se que as ZPEs e as ZECs podem eventualmente co-existir em termos territoriais, isto é, podem sobrepor-se sempre que uma mesma área o justifique (neste sentido, NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 21). Em Portugal, há diversos sítios nestas condições (cfr., por exemplo, o preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 10/2008, de 26 de Março).

⁵⁴ Cfr. artigo 3.º, n.º 1 da Directiva *Habitats*.

⁵⁵ Rede essa que, no que diz respeito a Portugal, abrange perto de 20% do território nacional. Cfr. FRANCISCO MENDES PALMA (org.), *Ganhar com a Biodiversidade*, cit., pp. 68.

⁵⁶ Cfr. a síntese de NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 11 e 12.

⁵⁷ MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, por exemplo, pronuncia-se pela ausência de discricionariedade dos Estados-Membros na classificação de ZPEs (cfr. “Considerações

isso, contudo, que o TJUE tem afirmado. De acordo com a jurisprudência constante deste Tribunal⁵⁸, os Estados-Membros dispõem de alguma dose de discricionariedade, embora limitada, na selecção das áreas a classificar. Tal discricionariedade encontra-se limitada, desde logo, por critérios científicos⁵⁹, designadamente de cariz ornitológico.

Assim sendo, e com base nos referidos critérios, o TJUE arroga-se o poder de controlar se determinada zona devia ou não ter sido classificada e – mais do que isso até – se a área que foi objecto de classificação é ou não suficiente para satisfazer os objectivos conservacionistas da Rede Natura 2000⁶⁰. O Tribunal leva mesmo este exame ao ponto de, reconhecendo a relevância ecológica de um certo sítio, exigir que aí se cumpram as necessárias medidas de conservação, ainda que tal sítio não tenha sido expressa e formalmente classificado pelo respectivo Estado-Membro⁶¹.

sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., pp. 100 e ss.; vd. também, da Autora, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., pp. 60 e ss.).

Noutros locais, porém, MARIA ALEXANDRA ARAGÃO acaba por admitir que «o Tribunal reconhece uma certa margem de apreciação ao escolher os territórios mais apropriados para uma classificação como zonas de protecção especial» (cfr. “As ZPEs e a (ausência de) Discricionariedade dos Estados”, cit., p. 104), referindo-se expressamente à «margem de apreciação» e ao «poder discricionário» dos Estados-Membros quanto à selecção dos *habitats* de interesse comunitário (cfr. “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., pp. 21 *in fine* e 22).

⁵⁸ Firmada, essencialmente, a propósito da Directiva Aves e do processo de classificação de ZPEs.

⁵⁹ Deve ter-se presente, porém, que o recurso a critérios científicos não equivale necessariamente a uma erradicação ou neutralização da margem de livre decisão administrativa. Sobre o assunto, cfr. o nosso *O Ambiente entre o Direito e a Técnica*, Lisboa, 2003, *maxime* pp. 23 e ss..

⁶⁰ Cfr., quanto ao «controlo quantitativo» da classificação de ZPEs, MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “As ZPEs e a (ausência de) Discricionariedade dos Estados”, cit., pp. 107 e 108. Parece-nos, contudo, excessiva a afirmação, na p. 109, de que «é possível, recorrendo a critérios ornitológicos, densificar a norma do artigo 4.º, n.º 1 [da Directiva Aves], a ponto de definir, com suficiente rigor, os limites geográficos de uma ZPE». É que a delimitação das zonas classificadas, mesmo com base em critérios científicos, está longe de ser uma tarefa de resultado unívoco e consensual ou que possa ser desempenhada com rigor matemático, antes envolve sempre uma certa margem de incerteza.

⁶¹ Trata-se, nas expressivas palavras de MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, da doutrina «não é, mas é como se fosse» (cfr. “As ZPEs e a (ausência de) Discricionariedade dos Estados”, cit.,

Esta exigência revela-se extraordinariamente importante, visando impedir que um Estado-Membro, por via da não classificação ou da classificação insuficiente de sítios da Rede Natura 2000, se exima aos seus deveres de protecção das espécies selvagens e respectivos *habitats*. Há, inclusivamente, quem vislumbre neste grau de sindicabilidade jurisdicional uma demonstração de que as normas comunitárias relativas ao zonamento da Rede Natura 2000 se revestem de efeito directo⁶².

Outro dos temas que tem merecido a atenção da doutrina e da jurisprudência diz respeito à (ir)reversibilidade da classificação dos sítios da Rede Natura 2000. Neste âmbito, tem-se vindo a defender a vigência de um princípio da intangibilidade⁶³, de acordo com o qual os Estados-Membros, se classificaram um determinado sítio, não podem depois voltar atrás, desclassificando-o ou, sequer, reduzindo a área classificada. Assim, a integração de um dado espaço na Rede Natura 2000 é feita, em princípio, a título definitivo e sem admitir retrocesso.

De facto, embora a Directiva Aves nada disponha a este propósito, o TJUE já teve oportunidade de esclarecer, em vários acórdãos, que «se é verdade que os Estados-Membros gozam de uma certa margem de apreciação ao escolher os territórios mais apropriados para uma classificação como zonas de protecção especial, conforme ao artigo 4.º, parágrafo 1.º da Directiva, eles não têm, pelo contrário, a mesma margem de apreciação no quadro do artigo 4.º, parágrafo 4.º da Directiva ao reduzir ou modificar a superfície de tais zonas, já que eles mesmo reconheceram, nas suas declarações, que nessas zonas se encontravam reunidas as condições de vida mais apropriadas para as

p. 104).

⁶² Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, "Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa", cit., pp. 90 e ss..

⁶³ Referindo-se a este princípio, cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, "Energia e conservação da natureza", in *Temas de Direito da Energia*, Cadernos O Direito, n.º 3, 2008, p. 177.

espécies enumeradas no Anexo I da Directiva»⁶⁴. Isto é, uma vez classificada uma ZPE, os Estados-Membros ficam vinculados a essa decisão.

No entanto, o referido princípio da intangibilidade não é nada pacífico. Em diversas ocasiões e por distintos motivos⁶⁵, os Estados-Membros tentaram proceder a desclassificações parciais de sítios da Rede Natura 2000. E se, muitas vezes, esbarraram na oposição do TJUE⁶⁶, a verdade é que também obtiveram algumas conquistas.

Por um lado, foi o próprio TJUE que, no caso *Leybucht*, decidido em 1991⁶⁷, reconheceu uma excepção ao princípio da intangibilidade. Em que termos? Muito sucintamente, «a Alemanha pretendia alterar e reforçar a estrutura de um dique localizado numa ZPE [...]. A [sua] defesa consistia em: a) negar o efeito significativo das perturbações temporárias, por ocasião da construção do dique [...] b) invocar interesses gerais vitais para a realização do dique, mais concretamente imperativos de segurança do dique, de protecção da saúde e da vida das populações, de segurança pública, da drenagem e da manutenção e abertura de um porto. O Tribunal acolheu a argumentação da Alemanha por considerar que a intervenção no dique era justificada pela relevante alegação de razões excepcionais de interesse geral superior ao protegido pelo objectivo ecológico visado pela Directiva, por considerar que a intervenção no ecossistema, bem como as perturbações temporárias causadas pelos trabalhos de construção, se limitariam ao mínimo indispensável e ainda porque o

⁶⁴ Cfr. os acórdãos proferidos nos casos *Leybucht* e *Marismas de Santoña*.

⁶⁵ Para efeitos da construção de uma nova via rodoviária, para efeitos da regularização de um curso de água, para efeitos da instalação de infra-estruturas energéticas, etc..

⁶⁶ Apenas a título de exemplo, podemos mencionar a condenação do Estado português por ter alterado os limites da ZPE de Moura/Mourão/Barrancos, reduzindo a sua extensão. Cfr. o acórdão do TJUE, de 13 de Julho de 2006, no processo n.º C-191/05 (Comissão/Portugal), disponível em <http://curia.europa.eu>.

⁶⁷ Cfr. o acórdão do TJUE, de 28 de Fevereiro de 1991, no processo n.º C-57/89 (Comissão/Alemanha), disponível em <http://curia.europa.eu>.

Governo alemão planeava desenvolver formas de compensação ecológica»⁶⁸.

Ao decidir desta forma, o Tribunal do Luxemburgo admitiu que há interesses que se sobrepõem à protecção da biodiversidade, os quais podem justificar a revisão em baixa dos limites de uma ZPE⁶⁹. Ressalve-se, porém, que não é todo e qualquer interesse de natureza económica ou social que autoriza um retrocesso na configuração e extensão da Rede Natura 2000, mas apenas certos valores de indiscutível superioridade axiológica – como a vida humana, a saúde pública ou a segurança colectiva – e desde que sejam adoptadas medidas compensatórias (que atenuem os danos provocados às espécies e *habitats*)⁷⁰. Ou seja, o TJUE não “escancarou a porta” para o “encolher” das áreas classificadas, mantendo a sua jurisprudência restritiva quanto à alteração de limites dos sítios da Rede Natura 2000, que cede apenas em face de razões imperativas de interesse geral superior.

Por outro lado, no articulado da Directiva *Habitats* – que data de 1992 – foi inserida uma norma prevendo a possibilidade de desclassificação de ZECs⁷¹. Tal desclassificação, todavia, apenas pode fundamentar-se em razões evolutivas naturais⁷² (e não na evolução demográfica ou económica), carecendo de uma demonstração científica do desinteresse superveniente da área para os objectivos de conservação

⁶⁸ MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., pp. 115-116.

⁶⁹ NICOLAS DE SADELEER considera que esta jurisprudência já não tem, hoje-em-dia, qualquer aplicação, uma vez que ela se formou ao abrigo do artigo 4.º, n.º 4 da Directiva Aves, preceito que foi entretanto revogado e substituído pelo artigo 6.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Directiva *Habitats* (cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 17). Salvo o devido respeito, porém, não cremos que a referida alteração normativa tenha, neste âmbito, alterado os dados fundamentais da questão.

⁷⁰ A exigência de medidas compensatórias, neste contexto, é extraordinariamente importante. Embora se admita que o interesse ecológico tenha de ceder perante outros interesses de valia superior, ele não pode ser totalmente postergado ou ignorado. Daí que o potencial sacrifício de determinadas espécies ou *habitats*, não obstante lícito, deva ser compensado ou equilibrado com medidas de efeito simétrico.

⁷¹ Esta norma aplica-se apenas às ZECs e já não às ZPEs.

⁷² Como, por exemplo, a salinização de um estuário, o assoreamento natural de um paul ou o incêndio de uma floresta.

da natureza⁷³. Será, certamente, neste prisma que o artigo 5.º, n.º 4 do RJRN2000 prevê «a alteração de limites ou a exclusão de qualquer sítio da lista nacional de sítios».

Por fim, uma terceira questão controvertida tem a ver com o âmbito espacial da protecção assegurada aos sítios da Rede Natura 2000. Estará essa protecção confinada aos exactos limites geográficos das zonas classificadas ou, pelo contrário, poderá estender-se para lá desses limites?

A resposta mais óbvia ou imediata seria a de considerar que o estatuto jurídico das ZPEs e ZECs se circunscreve à sua própria extensão territorial. Contudo, a verdade é que, por um lado, as espécies movimentam-se livremente, podendo nalguns casos deslocar-se para lá das fronteiras do respectivo sítio; e, por outro lado, certas actividades humanas levadas a cabo fora do perímetro da Rede Natura 2000 podem produzir efeitos nefastos sobre as espécies e os *habitats* existentes no seu interior. Daí que seja pertinente colocar a questão de saber se o regime jurídico em apreço se aplica apenas dentro das zonas classificadas ou também nas suas imediações⁷⁴.

Há quem, a este propósito, defenda a existência de zonas-tampão ("*buffer zones*"), isto é, de áreas circundantes às zonas classificadas nas quais a ocupação humana seria relativamente condicionada. «Servindo de interface entre zonas do território onde, em princípio, está excluída a generalidade das actividades humanas, e zonas onde, em regra, quaisquer actividades são permitidas, as zonas *buffer* assumem uma

⁷³ Cfr. NICOLAS DE SADELEER, "La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire", cit., p. 22, onde o Autor nota que o procedimento de desclassificação de ZECs (previsto no artigo 9.º da Directiva *Habitats*) se encontra regulado em termos particularmente sibilinos.

⁷⁴ Sobre a questão vd., em pormenor, MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, "O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural", cit., pp. 69 a 73.

importância crescente na gestão dos sítios ligados à conservação da natureza»⁷⁵.

No entanto, não foi este o caminho seguido pelas Directivas Aves e *Habitats*, que em momento algum prevêem a constituição de zonas-tampão⁷⁶. Aquelas Directivas encontraram, antes, outras formas de acautelar a necessidade de protecção da Rede Natura 2000 mesmo para lá das respectivas fronteiras.

Assim, em primeiro lugar, o artigo 3.º, n.º 2, alínea b) da Directiva Aves prevê a «manutenção e adaptação ajustadas aos imperativos ecológicos dos *habitats* situados no interior e no exterior das zonas de protecção»⁷⁷.

Em segundo lugar, ainda na Directiva Aves, a última frase do artigo 4.º, n.º 4⁷⁸ menciona que «para além destas zonas de protecção, os Estados-Membros esforçam-se igualmente por evitar a poluição ou a deterioração dos *habitats*»⁷⁹.

Em terceiro lugar, cumpre assinalar que o procedimento de análise de incidências ambientais gizado pelo artigo 6.º, n.ºs 3 e 4 da Directiva *Habitats* – e transposto para o artigo 10.º do RJRN2000 – refere-se às «incidências sobre o sítio»⁸⁰ e não necessariamente às incidências de actividades localizadas no sítio. Isto é, o que importa aferir é a gravidade dos impactos causados sobre as espécies ou os *habitats*

⁷⁵ MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, "Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas", cit., p. 26.

⁷⁶ Como, aliás, a própria MARIA ALEXANDRA ARAGÃO reconhece em "O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural", cit., p. 72. A Autora cita documentos da Comissão Europeia onde se afirma que a delimitação, em abstracto, de zonas-tampão seria extraordinariamente difícil, em função da grande diversidade, quer das instalações ou actividades humanas, quer das espécies e *habitats* naturais. Com efeito, é quase impossível calcular, *a priori*, a distância óptima entre uma actividade poluente e uma zona classificada, uma vez que o tipo de impactos e o seu alcance dependem de múltiplos factores conjugados.

⁷⁷ Sublinhado nosso.

⁷⁸ A qual foi mantida, sem alterações, pelo artigo 7.º da Directiva *Habitats*.

⁷⁹ Sublinhado nosso.

⁸⁰ Sublinhado nosso.

protegidos, independentemente do lugar onde a actividade potencialmente lesiva é levada a cabo⁸¹.

Para além disso, e por último, os artigos 3.º, n.º 3 e 10.º da Directiva *Habitats* – bem como, em Portugal, o artigo 7.º-C do RJRN2000 – salientam a importância, a par das zonas classificadas, da preservação de corredores ecológicos⁸². Mais concretamente, por forma a melhorar a coerência ecológica da Rede Natura 2000, os Estados-Membros devem manter e, se possível, desenvolver os elementos paisagísticos de importância fundamental para a fauna e a flora selvagens. Estes são todos os elementos naturais «que, pela sua estrutura linear e contínua (tais como rios e ribeiras e respectivas margens ou os sistemas tradicionais de delimitação dos campos) ou pelo seu papel de espaço de ligação (tais como lagos e lagoas ou matas), são essenciais à migração, à distribuição geográfica e ao intercâmbio genético de espécies selvagens».

Em suma, há vários indícios na legislação em apreço de que o regime de protecção dos sítios da Rede Natura 2000 poderá ter implicações fora dos seus limites geográficos. E, como vimos, existem boas razões para que assim seja. Não estamos perante locais estanques ou reservas fechadas ao exterior. Pelo que, embora não esteja formalmente prevista a existência de zonas-tampão ou a delimitação – a régua e esquadro – de áreas de transição, o que é certo é que as medidas de conservação das espécies selvagens e respectivos *habitats* não podem estar confinadas, em termos estritos, a uma determinada jurisdição territorial, nem devem cessar abruptamente logo que ultrapassada a respectiva linha divisória, verificando-se antes um efeito irradiante que se projecta sobre as áreas circundantes.

⁸¹ Neste sentido, vd. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., p. 71; e NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 26.

⁸² Sobre o tema, cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., p. 24.

2.2. Medidas de conservação dos *habitats*

As Directivas Aves e *Habitats* – e, conseqüentemente, o RJRN2000 – contêm regras relativas à conservação de *habitats*⁸³ e regras relativas à protecção de espécies. As primeiras versam sobre matérias como o ordenamento e a gestão dos sítios que integram a Rede Natura 2000, sobre as obrigações dos Estados na preservação desses sítios e ainda sobre o tipo de actividades humanas que aí podem ou não ser levadas a cabo. As segundas versam sobre matérias como a colheita, captura ou abate de espécies, a introdução de espécies não indígenas, a recolha e tratamento de animais selvagens para promover a sua recuperação, criação em cativeiro ou devolução ao meio natural, a anilhagem, a taxidermia, etc. (incluindo, portanto, tanto medidas *in situ* como medidas *ex situ*).

No presente estudo ocupar-nos-emos, tão-só, das regras relativas à conservação de *habitats*. No fundo, o que pretendemos conhecer é o regime jurídico a que ficam sujeitas as zonas classificadas⁸⁴ ou, noutros termos, quais as medidas de protecção que, por força da lei, impendem sobre as ZPEs e as ZECs.

Ora, neste âmbito, o primeiro problema a resolver é o seguinte: a partir de quando entra em vigor o regime de protecção dos *habitats*? Como vimos *supra*, o processo de classificação dos sítios da Rede Natura 2000 – sobretudo no que diz respeito às ZECs – é um processo evolutivo e faseado. Daí que se coloque a questão de saber qual o momento exacto a partir do qual o referido regime é aplicável e,

⁸³ Dos *habitats* naturais, que são tutelados em função da sua valia ecológica intrínseca, e dos *habitats* das espécies, cuja conservação é instrumental à salvaguarda das espécies selvagens em perigo.

⁸⁴ Sem prejuízo, naturalmente, do efeito irradiante a que aludimos *supra*.

consequentemente, as respectivas medidas de conservação passam a ser exigíveis⁸⁵.

Sobre o tema dispõem, por um lado, o artigo 4.º, n.º 5 da Directiva *Habitats*⁸⁶ e, por outro lado, os artigos 7.º-A e 7.º-B do RJRN2000, embora com soluções não inteiramente coincidentes. De acordo com o primeiro preceito, o regime de protecção é aplicável logo que um sítio seja qualificado como SIC⁸⁷. O legislador nacional, porém, levou esta regra ainda mais longe, prevendo que, mal um sítio integre a LNS, fica transitoriamente subordinado ao regime próprio das ZECs⁸⁸. Quanto às ZPEs, o seu estatuto aplica-se às «designadas ou a designar», o que significa que a respectiva protecção jurídica não necessita de aguardar o momento formal de classificação.

Não obstante a assinalada divergência normativa, o que é certo é que, mesmo no Direito Comunitário, deverá considerar-se – por força do princípio da lealdade⁸⁹ – que assim que um Estado-Membro demonstra a intenção de vir a classificar um determinado sítio, fica obrigado a protegê-lo ou, pelo menos, a abster-se de comportamentos que ponham em causa os valores ecológicos nele inscritos. É aquilo que se tem designado por “obrigação de *standstill*”⁹⁰, no sentido em que o Estado fica impedido de, previamente à classificação formal e definitiva do sítio, adoptar qualquer atitude que possa colocar em perigo ou

⁸⁵ Cfr. NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 25 e 26.

⁸⁶ Vd. também o artigo 5.º, n.º 4 da mesma Directiva.

⁸⁷ NICOLAS DE SADELEER considera que só assim é quanto ao regime geral de conservação definido no artigo 6.º, n.º 2 da Directiva *Habitats*, mas já não quanto às medidas específicas de conservação a que faz referência o artigo 6.º, n.º 1 da mesma Directiva. Cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 23.

⁸⁸ De acordo com JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, é o próprio TJUE que exige esta solução. Cfr. “Energia e conservação da natureza”, cit., p. 178.

⁸⁹ Actualmente constante do artigo 4.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia.

⁹⁰ Referindo-se a esta obrigação, cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., pp. 89 e ss..

inutilizar essa mesma classificação, prejudicando assim o cumprimento dos objectivos conservacionistas em causa.

Analisada a vigência temporal do regime jurídico da Rede Natura 2000, debrucemo-nos agora sobre o respectivo conteúdo. E aquilo que imediatamente salta à vista é que, diferentemente do que se passa quanto ao processo de classificação dos sítios – que, como vimos, é distinto para as ZPEs e para as ZECs –, o regime de conservação a que ficam sujeitos é homogéneo. Isto porque, não obstante a existência de duas directivas autónomas, a cláusula geral de protecção é a mesma – não igual, mas exactamente a mesma. Senão, vejamos.

O artigo 4.º, n.º 4 da Directiva Aves sintetizava as obrigações de tutela das zonas classificadas nos seguintes termos: «Os Estados-Membros tomarão as medidas adequadas para evitar, [nas ZPEs], a poluição ou a deterioração dos *habitats*, bem como as perturbações que afectam as aves, desde que tenham um efeito significativo a propósito dos objectivos do presente artigo. Para além destas zonas de protecção, os Estados-Membros esforçam-se igualmente por evitar a poluição ou a deterioração dos *habitats*».

Sucedde que, em 1992, o artigo 7.º da Directiva *Habitats* revogou esta norma – *rectius*, a primeira frase desta norma – substituindo-a pelas obrigações decorrentes dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 6.º da própria Directiva *Habitats*. A cláusula geral de protecção de toda a Rede Natura 2000 passou, então, a constar do artigo 6.º, n.º 2 da Directiva *Habitats*, que sintetiza as obrigações de tutela das zonas classificadas nos seguintes termos: «Os Estados-Membros tomarão as medidas adequadas para evitar [...] a deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva».

Duas conclusões podem retirar-se acerca desta evolução normativa. A primeira – e a que nos interessava aqui salientar – é que quer ZPEs, quer ZECs são reguladas pelo mesmo preceito (o artigo 6.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Directiva *Habitats*)⁹¹, pelo que o respectivo regime de protecção é, naturalmente, comum. A segunda diz respeito às inovações introduzidas pelo artigo 6.º da Directiva *Habitats*, que esclareceram várias dúvidas e ambiguidades resultantes da letra do artigo 4.º, n.º 4 da Directiva *Aves*⁹², mas, ao mesmo tempo, abriram a porta para, verificado um determinado circunstancialismo, ser admitida, em plena Rede Natura 2000, a concretização de planos ou projectos nefastos para a biodiversidade.

Atentemos, pois, de forma muito breve, nas principais diferenças entre o preceito antigo e o novo⁹³: deixou de se mencionar a poluição⁹⁴; ficou claro que toda e qualquer deterioração de *habitats* é proibida, ao contrário da perturbação de espécies, que apenas é censurável quando produza um efeito significativo⁹⁵; deixou de se atender apenas aos objectivos do artigo em causa, mas antes, de forma mais lata, aos

⁹¹ NICOLAS DE SADELEER sustenta, porém, que só as ZPEs formalmente classificadas é que ficam sujeitas ao regime do artigo 6.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Directiva *Habitats*; já os locais que deveriam ter sido classificados como ZPEs mas não o foram (e aos quais, segundo a jurisprudência do TJUE, se aplica, à mesma, o regime de protecção da Rede Natura 2000, como vimos *supra*), continuam abrangidos pelo regime traçado no artigo 4.º, n.º 4 da Directiva *Aves*. Cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 24.

⁹² Com particular destaque para a questão de saber se a exigência de “efeito significativo” se aplicava apenas às perturbações que afectam as espécies protegidas ou também à deterioração dos respectivos *habitats*.

⁹³ Cfr. também, para uma comparação entre estes preceitos, MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., p. 67; e, da mesma Autora, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., pp. 33 e 34.

⁹⁴ Manifestando a sua concordância com a supressão do vocábulo “poluição”, «pois a poluição tanto pode ser uma forma de deterioração como de perturbação, e neste último caso, com ou sem efeito significativo, conforme o grau e o tipo de poluição considerada», cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., p. 107.

⁹⁵ Sobre a diferença semântica – e respectivas consequências jurídicas – entre a “deterioração” e as “perturbações” vd. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Considerações sobre a interpretação e o efeito nacional do Direito Comunitário para a protecção das aves e seus *habitats* a propósito da localização da nova ponte sobre o Tejo em Lisboa”, cit., pp. 107 a 109.

objectivos da Directiva; e, por fim, passou a exigir-se uma análise das incidências ambientais dos planos ou projectos a levar a cabo nos sítios da Rede Natura 2000, permitindo-se que mesmo aqueles que sejam objecto de conclusões negativas possam concretizar-se, desde que reconhecido o seu interesse público e adoptadas as necessárias medidas compensatórias (artigo 6.º, n.ºs 3 e 4 da Directiva *Habitats*)⁹⁶.

Uma questão que a doutrina tem discutido longamente a propósito da cláusula geral de protecção das zonas classificadas consiste em saber se essa norma tem ou não efeito directo. Vários Autores entendem que sim, sustentando que, em caso de não transposição, os Estados-Membros se encontram, ainda assim, vinculados à protecção das zonas classificadas nos termos definidos pela Directiva⁹⁷.

Em Portugal, contudo, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) já teve oportunidade de decidir em sentido contrário. No célebre caso da ponte sobre o Tejo, aquele Tribunal concluiu, ainda relativamente ao artigo 4.º, n.º 4 da Directiva Aves, que embora a norma efectivamente não tivesse sido transposta, ela não possuía efeito directo vertical «porque dela não resulta para o Estado uma obrigação perfeitamente clara, precisa e incondicional»⁹⁸. Esta conclusão deveu-se essencialmente ao facto de as lesões à biodiversidade que o Estado está obrigado a evitar serem definidas através de uma expressão que é tudo menos unívoca («desde que tenham um efeito significativo»).

Na verdade, o preceito em exame usa, não um, mas dois conceitos indeterminados tipo⁹⁹ («efeito significativo», na previsão; e «medidas

⁹⁶ Relativamente a este último aspecto, veja-se a análise mais pormenorizada que faremos *infra*, no ponto 3..

⁹⁷ Neste sentido, cfr., entre outros, MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, "O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural", cit., pp. 63 e ss.; e NICOLAS DE SADELEER, "La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire", cit., p. 28.

⁹⁸ Cfr. acórdão da 2.ª subsecção de contencioso administrativo do STA, de 14 de Março de 1995, exarado no proc. n.º 31.535.

⁹⁹ Cfr. a distinção entre conceitos classificatórios – que «se referem a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe ou soma de acontecimentos substancialmente idênticos» e cujo preenchimento permite apenas «uma única solução correcta, justificando-se o pleno exame do juiz para verificar se foi essa a

adequadas», na estatuição). O que, de facto, permite questionar o carácter claro e preciso da norma. Acresce que, na versão resultante da Directiva *Habitats*, se admitiu que certas lesões, ainda que significativas, possam ser excepcionalmente autorizadas pelos Estados-Membros. Isto é, mesmo que, numa primeira fase, se consiga ultrapassar a incerteza normativa apurando, sem margem para dúvidas, que certa actividade produz um efeito significativo sobre uma zona classificada, ainda assim essa actividade poderá acabar por ser viabilizada se se entender que é de interesse público. O que significa que o Estado retém sempre alguma dose de discricionariedade na determinação dos planos e/ou projectos que, por força do regime da Rede Natura 2000, podem ou não ser concretizados¹⁰⁰.

O raciocínio do STA, todavia, não convenceu a doutrina¹⁰¹. Entre outros argumentos, salientou-se que a exigência de carácter significativo diz respeito apenas às perturbações sobre as espécies e não à deterioração dos *habitats*¹⁰². E houve quem, para sustentar a tese do efeito directo, chamasse à colação a jurisprudência do TJUE, *supra* referida, de acordo com a qual mesmo nos sítios não formalmente

adoptada» – e conceitos indeterminados tipo – cuja aplicação ao caso concreto «envolve a emissão de juízos de valor que inevitavelmente contêm elementos subjectivos, muitos deles integrados numa prognose» – em JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 117 e ss..

¹⁰⁰ Nem por isso, todavia, o TJUE se coibiu de reconhecer efeito directo à análise de incidências ambientais prevista no artigo 6.º, n.º 3 da Directiva *Habitats*. A propósito de uma providência cautelar sobre a utilização de um determinado método tradicional de pesca nos Países Baixos, aquele Tribunal decidiu que, mesmo na falta de transposição (e uma vez decorrido o respectivo prazo), os tribunais nacionais podem e devem controlar o respeito, por parte das autoridades competentes, dos limites à discricionariedade de avaliação decorrentes do citado preceito. Cfr. o acórdão do TJUE, de 7 de Setembro de 2004, no processo n.º C-127/02, disponível em <http://curia.europa.eu>.

¹⁰¹ Cfr. as fortes críticas que MARIA ALEXANDRA ARAGÃO desferiu à decisão do STA, procurando desmontar a respectiva argumentação, em “O Paul de Arzila e a Protecção do Património Natural”, cit., p. 63 e ss..

¹⁰² Algo que, no entanto, à luz do artigo 4.º, n.º 4 da Directiva Aves – sobre o qual o STA se pronunciou – não era nada claro. Por outro lado, este argumento prova demenos pois se, relativamente à deterioração de *habitats*, os Estados efectivamente não dispõem de qualquer margem de apreciação valorativa, a verdade é que a têm quanto à gravidade das perturbações que atinjam as espécies.

classificados (mas que o devessem ter sido) é aplicável o regime de protecção da Rede Natura 2000¹⁰³.

Esta é, todavia, uma discussão que hoje se encontra em grande medida ultrapassada, uma vez que o referido regime de protecção da Rede Natura 2000 já foi transposto para o ordenamento jurídico interno. Assim sendo, e presumindo que a transposição foi correctamente efectuada, a invocação do efeito directo perde relevância, havendo antes que atender à forma como o Direito português define o estatuto das zonas classificadas e aos mecanismos jurídicos através dos quais pretende assegurar a respectiva protecção ambiental.

Vale a pena, portanto, centrarmos a nossa atenção no RJRN2000¹⁰⁴. É aí que se encontra plasmado o regime de protecção dos sítios que, no território nacional, integram a Rede Natura 2000. E é esse, consequentemente, o diploma que será objecto do nosso estudo e sobre o qual faremos uma apreciação crítica. Naturalmente que, estando em causa um instituto que tem a sua génese e o seu fundamento no Direito Comunitário derivado, não poderemos deixar de fazer referência – sempre que se justifique – às regras constantes das Directivas Aves e *Habitats*. Mas não é esse, contudo, o cerne do presente trabalho. O nosso objectivo consiste, isso sim, em avaliar as soluções que o legislador nacional encontrou para concretizar o parâmetro jus-europeu. Pelo que, doravante, focar-nos-emos essencialmente no modo como a Rede Natura 2000 está regulada em Portugal.

¹⁰³ Jurisprudência essa, porém, que tem mais a ver com as consequências do incumprimento do dever de classificação dos sítios apropriados à conservação da natureza do que, propriamente, com a falta de transposição da cláusula geral de salvaguarda dos valores naturais pertencentes à Rede Natura 2000.

¹⁰⁴ Isto é, no Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, tal como alterado (e republicado) pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro.

O regime das ZECs encontra-se regulado no artigo 7.º do RJRN2000¹⁰⁵, que prevê, por um lado, uma obrigação genérica de conservação¹⁰⁶ (proémio do n.º 2) e, por outro lado, diversas medidas específicas de conservação (alíneas do n.º 2) e ainda outras medidas complementares (n.º 3). Estas medidas encontram-se depois densificadas noutros preceitos, formando, no seu conjunto, o núcleo duro ou o corpo essencial e estruturante da tutela jurídica que é assegurada, no nosso país, aos sítios da Rede Natura 2000.

Relativamente às ZPEs, o seu regime consta do artigo 7.º-B do RJRN2000 que, por um lado, traça uma obrigação genérica de conservação (n.º 1) e, por outro lado, remete para o regime próprio das ZECs (n.º 2). Convém registar que a referida obrigação genérica de conservação se encontra redigida em moldes anacrónicos¹⁰⁷. De todo o modo, o que importa agora relevar é que as medidas de conservação previstas para as ZECs acabam por se aplicar também às ZPEs. O que, mais uma vez, vem comprovar o carácter homogéneo e uniforme do regime de protecção dos sítios da Rede Natura 2000.

Vejamos, então, uma por uma, as medidas de conservação referidas no artigo 7.º do RJRN2000.

2.2.1. Ordenamento do território

Uma das mais importantes medidas de conservação da Rede Natura 2000 prende-se com o ordenamento do respectivo território. Esta

¹⁰⁵ Sendo que, por força do artigo 7.º-A, este regime é aplicável aos sítios logo a partir do momento em que integram a LNS, como vimos *supra*. O que, aliás, permite questionar se a classificação desses sítios como ZECs não acabará por ser um mero pró-forma.

¹⁰⁶ Em quase tudo semelhante à cláusula geral constante do artigo 6.º, n.º 2 da Directiva *Habitats*.

¹⁰⁷ Isto é, o artigo 7.º-B, n.º 1 do RJRN2000 transcreve a fórmula, já revogada, do artigo 4.º, n.º 4 da Directiva *Aves*. Fica a ideia, portanto, de que o legislador nacional pura e simplesmente não se apercebeu que essa norma já havia sido, entretanto, substituída pelo artigo 6.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Directiva *Habitats*. O que revela uma incompetência e uma falta de rigor absolutamente lamentáveis, sobretudo se considerarmos que a referida evolução normativa teve lugar em 1992, vários anos antes da aprovação, em 1999, e do posterior aperfeiçoamento, em 2005, do RJRN2000.

medida encontra-se enunciada no artigo 7.º, n.º 2, alínea a) do RJRN2000, sendo depois desenvolvida no artigo 8.º do mesmo diploma. Aí se prevêem dois níveis distintos de planificação com um enfoque conservacionista: o nível sectorial e o nível local.

(i) Plano Sectorial da Rede Natura 2000

De acordo com o n.º 4 do referido artigo 8.º, «a execução da Rede Natura 2000 é objecto de um plano sectorial», o qual deve, «tendo em conta o desenvolvimento económico e social das áreas abrangidas», estabelecer «orientações para a gestão territorial» dos sítios e «medidas referentes à conservação das espécies de fauna, flora e *habitats*».

Os planos sectoriais são, nos termos do artigo 35.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT)¹⁰⁸, «instrumentos de programação ou de concretização das diversas políticas com incidência na organização do território», nomeadamente nos domínios dos transportes, das comunicações, da energia e dos recursos geológicos, da educação e da formação, da cultura, da saúde, da habitação, do turismo, da agricultura, do comércio, da indústria, das florestas e do ambiente.

Pois bem, o legislador entendeu que se justificava a existência de um plano sectorial quanto à política de salvaguarda da biodiversidade que se materializa, geograficamente, nos sítios da Rede Natura 2000. Tal opção já foi criticada na doutrina, com base no argumento de que a conservação da natureza não deve assumir uma índole sectorial, mas antes transversal a todas as políticas públicas¹⁰⁹.

Seja como for, a lei é clara ao exigir a aprovação de um instrumento planificatório que incida de modo específico sobre as ZPEs e ZECs,

¹⁰⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (já por diversas vezes modificado, nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, que republica o diploma, e pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de Agosto).

¹⁰⁹ Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, "O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da natureza", cit., p. 48.

definindo um conjunto de recomendações ou directrizes quanto ao seu ordenamento territorial. Este desígnio foi posto em marcha pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2001, de 6 de Junho, que determinou a elaboração do Plano Sectorial da Rede Natura 2000 (PSRN2000), o qual veio, sete anos depois, a ser aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 115-A/2008, de 21 de Julho.

Numa breve apreciação, pode concluir-se que se trata de um documento: i) antes de mais, extremamente longo e exaustivo (com cerca de 450 páginas); ii) de teor marcadamente técnico, logo, dificilmente apreensível¹¹⁰; iii) cujas peças gráficas apresentam uma escala (1:100.000) bastante imprecisa¹¹¹; iv) e que, quanto ao seu conteúdo, consiste essencialmente num repositório de fichas (fichas de *habitats* e de espécies) que procedem à inventariação e caracterização da biodiversidade existente, identificam os riscos ou ameaças mais significativos e deixam orientações de gestão.

Do ponto de vista jurídico, porém, o aspecto que mais importa salientar é que estamos perante um plano sem eficácia plurisubjectiva, isto é, um plano que não vincula entidades privadas, mas apenas entidades públicas. Ao contrário dos planos especiais de ordenamento do território (PEOTs) e dos planos municipais de ordenamento do território (PMOTs) – que definem o regime de uso e ocupação do solo, em termos directamente e imediatamente vinculantes para os particulares –, os planos sectoriais apenas obrigam os órgãos administrativos¹¹².

Obrigam, desde logo, os órgãos administrativos responsáveis pela aprovação dos PEOTs e dos PMOTs, para onde devem, naturalmente, ser vertidas as regras e orientações constantes dos planos sectoriais. Ou seja, embora as determinações dos planos sectoriais sejam obrigatórias, elas só se tornam efectivamente operacionais quando são concretizadas noutros planos mais detalhados.

¹¹⁰ Salientando este aspecto, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *ult. loc. cit.*, pp. 48-49.

¹¹¹ Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *ult. loc. cit.*, p. 49.

¹¹² Cfr. artigo 3.º do RJIGT.

No caso do PSRN2000, este obriga ainda, segundo o artigo 10.º, n.º 4 do RJRN2000, os órgãos administrativos a quem incumbe sujeitar ou não determinados projectos a uma avaliação de impacte ambiental. Sucede que, ao contrário do previsto, o PSRN2000 não identifica claramente os critérios a que deve obedecer tal decisão. De resto, o referido preceito legal encontra-se já desactualizado, pelas razões que veremos *infra*.

Em resultado do que precede, podemos afirmar que o PSRN2000 é um instrumento jurídico pouco operativo¹¹³. Não é, nem um plano de ordenamento plurisubjectivo, nem um concreto plano de gestão das zonas classificadas, nem sequer um plano que regule directamente o uso do solo, mas tão-só um documento enquadrador e programático. Um documento que regista, numa macro-escala, os valores naturais protegidos e os contextualiza, formulando um conjunto de orientações para a sua salvaguarda – orientações essas que, para se tornarem efectivas, terão de ser depois transpostas para um PEOT ou um PMOT.

(ii) Planos Especiais e Municipais de Ordenamento do Território

O artigo 8.º do RJRN2000 não se limita, porém, a prever a existência de um plano sectorial. Prevê ainda que a conservação das espécies e dos *habitats* protegidos seja assegurada através de instrumentos de gestão territorial de âmbito local – que serão, em regra, PMOTs; ou PEOTs, quando se trate de ZPEs ou ZECs por eles abrangidas (vd., quanto a este último caso, o n.º 2 do artigo 8.º).

Ou seja, o legislador nacional entendeu que, a par da planificação sectorial, o bom ordenamento da Rede Natura 2000 carecia de uma planificação mais precisa e de proximidade. Para esse efeito, recorreu aos planos plurisubjectivos já hoje previstos na lei: se a área em causa estiver abrangida por um PEOT, será aí que se introduzirão – em obediência às orientações constantes do PSRN2000 – as «previsões,

¹¹³ Neste sentido, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *ult. loc. cit.*, p. 47.

restrições e determinações» mais apropriadas à conservação das espécies e dos *habitats* protegidos; se não, será o PMOT territorialmente aplicável – em princípio um Plano Director Municipal (PDM) – a contemplar essas mesmas regras.

Outra opção possível teria sido a previsão de um novo tipo de PEOT, especificamente direccionado para a gestão territorial das ZPEs e ZECs. Sendo os PEOTs instrumentos particularmente vocacionados para a tutela de valores ecológicos, faria sentido a sua consagração também para efeitos da Rede Natura 2000. Mas, por outro lado, isso levaria a uma multiplicação do tipo e do número de planos especiais, com os inerentes problemas de sobreposição (agravados pelo facto de muitos dos sítios da Rede Natura 2000 constituírem, simultaneamente, áreas protegidas, albufeiras de águas públicas, zonas de orla costeira ou estuários naturais, isto é, territórios relativamente aos quais já se prevê a existência de um PEOT próprio). Pelo que se revelou mais sensato o recurso aos instrumentos de gestão territorial já existentes.

Por forma a assegurar a compatibilidade entre o PSRN2000 e os PEOTs/PMOTs que incidem sobre zonas classificadas, garantindo que as opções do primeiro são efectivamente incorporadas pelos segundos, o já citado artigo 8.º prevê a adaptação destes últimos. Assim, aquando da primeira revisão ou alteração dos PEOTs e PMOTs em causa – e, em qualquer caso, no prazo máximo de seis anos após a aprovação do PSRN2000, isto é, até 2014¹¹⁴ –, devem aqueles planos ser adaptados às medidas de conservação previstas no plano sectorial (n.ºs 3 e 7). Essa adaptação decorrerá nos termos do artigo 25.º, n.º 1 do RJIGT¹¹⁵ e segundo as regras previstas no próprio PSRN2000 (n.º 6).

¹¹⁴ Sendo que o PSRN2000 prevê a sua própria revisão no prazo de cinco anos, isto é, até 2013.

¹¹⁵ Vd. ainda, com potencial interesse para a questão em apreço, os artigos 23.º, n.º 2; 24.º, n.º 3; e 25.º, n.º 2 do RJIGT.

No que diz respeito aos PMOTs que abrangem sítios da Rede Natura 2000, não podemos deixar de notar que se têm verificado algumas dificuldades de harmonização ou, mais correctamente, alguns focos de tensão entre, por um lado, o imperativo de conservação da natureza e, por outro lado, o interesse de desenvolvimento urbanístico.

Exemplo disso mesmo é a problemática da definição dos núcleos ou perímetros urbanos¹¹⁶. É que, de acordo com o artigo 9.º, n.º 2, alínea a) do RJRN2000, a construção no interior dos perímetros urbanos das zonas classificadas não carece de parecer prévio do ICNB ou da CCDR territorialmente competente. E, de resto, aquando da criação de algumas ZPEs houve mesmo a preocupação de excluir os perímetros urbanos da área classificada¹¹⁷. Surgindo depois a questão de saber em que sede devem esses perímetros ser delimitados (se no próprio diploma de classificação; ou nos PMOTs¹¹⁸), bem como divergências quanto à sua delimitação *in concreto*¹¹⁹.

Um outro exemplo, ainda neste domínio, depreende-se do teor do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de Setembro, segundo o qual «sempre que uma câmara municipal considere que o parecer do ICN [...] não tomou em devida consideração as disposições dos seus planos municipais de ordenamento do território, pode solicitar a reapreciação da situação a efectuar por despacho conjunto dos Ministros do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e do Ambiente». Esta norma, que chegou a ser lida como uma capitulação do desígnio de protecção da biodiversidade perante os

¹¹⁶ Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, "O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da natureza", cit., p. 49.

¹¹⁷ Cfr., quanto à ZPE do Estuário do Tejo, o artigo 2.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 280/94, de 5 de Novembro.

¹¹⁸ Como, em tempos, chegou a constar expressamente do artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de Setembro, entretanto revogado pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro.

¹¹⁹ Como sucedeu «no caso do aglomerado de Alcochete, [em que] não foi possível, em sede de elaboração do Plano Director Municipal, chegar a um consenso sobre o limite do seu perímetro urbano, entenda-se, da área excluída da ZPE, tendo o diferendo resultado na exclusão de ratificação de uma determinada área daquele perímetro». Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 140/2002, de 20 de Maio.

interesses desenvolvimentalistas das autarquias locais¹²⁰, revelou-se bastante controversa. Tanto que veio a ser revogada pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro.

2.2.2. Gestão

Prosseguindo na análise das medidas de conservação da Rede Natura 2000 que se encontram plasmadas no artigo 7.º do RJRN2000, deparamos, na alínea b) do n.º 2, com uma referência à «gestão» dos sítios. Tal «gestão» deve ser levada a cabo nos termos do artigo 9.º do mesmo diploma, que tem por epígrafe «actos e actividades condicionados». O que significa que, na perspectiva do legislador, a gestão dos sítios assenta na limitação de certo tipo de condutas potencialmente lesivas da biodiversidade¹²¹. Trata-se – não podemos deixar de o assinalar – de uma visão um pouco redutora. Seja como for, importa apreciar, com um pouco mais de detalhe, quais os actos e actividades em questão e em que termos, de que modo ou com que intensidade eles se encontram condicionados.

Antes disso, porém, cumpre fazer uma breve alusão ao n.º 1 do artigo 9.º do RJRN2000, onde se estabelece uma obrigação genérica de conservação dos valores naturais presentes na Rede Natura 2000. Na senda do artigo 6.º, n.º 2 da Directiva *Habitats*, estipula-se aí que «as entidades da Administração Pública com intervenção nas ZEC [sendo que este regime é extensível às ZPEs, por força do artigo 7.º-B, n.º 2 do RJRN2000] devem, no exercício das suas competências, evitar a deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* das espécies, bem como as perturbações que atinjam espécies para as quais as zonas

¹²⁰ Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., p. 36.

¹²¹ O artigo 7.º, n.º 3, alínea a) do RJRN2000 prevê ainda, como medida complementar de conservação da Rede Natura 2000, a eventual aprovação de planos de gestão. Vd. *infra*.

foram designadas, na medida em que possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos do presente diploma».

Ora, tirando o facto de se dirigir especificamente à Administração Pública, esta obrigação de conservação limita-se a copiar os exactos termos em que se encontra redigida a cláusula geral do artigo 7.º, n.º 2 do RJRN2000, revelando-se, portanto, redundante. Para além de nada acrescentar ao que já resulta da referida cláusula geral, a obrigação em apreço está formulada em termos consideravelmente vagos, descrevendo o objectivo a atingir mas sem discriminar os meios que devem adoptados para o alcançar. Bastante mais preciso e concreto é o resto do artigo 9.º do RJRN2000.

Logo no seu n.º 2, contém uma listagem de actos e actividades cuja realização em zonas classificadas está condicionada. Trata-se de um elenco deveras abrangente e diversificado, que inclui desde obras de construção civil (alínea a)) até à prática de alpinismo, escalada ou montanhismo (alínea i)). Qualquer uma das acções que aí se encontram descritas, desde que incida sobre um sítio da Rede Natura 2000, fica dependente da prévia obtenção de um parecer favorável¹²². Saliente-se, no entanto, que este regime só se aplica enquanto os PEOTs ou PMOTs territorialmente relevantes não forem revistos ou alterados de modo a incluírem previsões, restrições e determinações visando a conservação das espécies e *habitats* protegidos (proémio do n.º 2). Isto é, até os instrumentos de planeamento do território ao nível local passarem a incorporar o objectivo de conservação da natureza¹²³, as actividades elencadas no n.º 2 do artigo 9.º carecem de um controlo prévio, sob a forma de parecer; a partir daí, o exercício dessas

¹²² Chama-se a atenção para o facto de este parecer não ser exigível quanto a projectos classificados como PIN+, nos termos do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto.

¹²³ O que acontecerá, em princípio, quando os mesmos forem adaptados às medidas de conservação previstas no PSRN2000, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 3 e 7 do RJRN2000.

actividades passa a ser regulado pelas normas de ordenamento territorial, dispensando-se o referido parecer.

Não obstante o carácter provisório do regime em análise, importa perceber melhor como ele funciona, designadamente quais os requisitos em que assenta, as características de que se reveste e os efeitos que tem o parecer em causa.

Primo, há que apurar quem é competente para a sua emissão. Nos termos do n.º 2 do artigo 9.º, o parecer é dado pelo ICN (actualmente ICNB: Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade) ou pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR) competente. O que suscita, desde logo, a questão de saber quando intervém uma ou outra destas entidades. Com base no n.º 7 do mesmo artigo, conclui-se que a competência pertence, em princípio, ao ICNB, cabendo ao Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território designar, por despacho, os casos em que essa competência deve exercida pela CCDR territorialmente competente¹²⁴.

Secundo, há que determinar qual o prazo para a emissão do parecer. De acordo com o n.º 3 do artigo 9.º, esse prazo é de 45 dias úteis¹²⁵ a contar da data da sua solicitação.

Tertio, há que aferir o que acontece caso esse prazo não seja cumprido. Segundo o n.º 5 do artigo 9.º, o silêncio tem, neste caso, um efeito

¹²⁴ Neste sentido, cfr. AAVV, *Ordenamento do Território, Urbanismo e Rede Natura 2000*, Volume I, CEDOUA, Coimbra, 2009, p. 289. Contudo, a pp. 287 da mesma obra sugere-se uma outra leitura (segundo a qual «nos projectos de carácter regional [...] o parecer é da competência das CCDR; nos projectos mais locais é o Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade que deve emitir o parecer»), que acaba por relegar o ICNB a um papel menor – o que, salvo o devido respeito, não nos parece correcto.

Seja como for, a alternatividade da competência (ainda para mais, em função de um despacho ministerial) constitui uma solução, no mínimo, questionável, à luz do disposto no artigo 112.º, n.º 5 da CRP e do princípio da legalidade da competência, plasmado no artigo 29.º, n.º 1 do CPA.

¹²⁵ Especificação desnecessária, dada a regra de contagem de prazos constante do artigo 72.º do CPA.

positivo, isto é, a ausência de parecer no devido prazo equivale à emissão de parecer favorável¹²⁶.

Quarto, há que descortinar qual a força jurídica do parecer em exame. Depreende-se do n.º 2 do artigo 9.º – ao exigir um «parecer favorável» para que certas actividades possam ter lugar – que estamos perante um parecer vinculativo, no sentido em que a sua recusa inviabiliza necessária e automaticamente o exercício da actividade pretendida.

Quinto, há que apreciar quais as garantias de que os particulares dispõem contra este tipo de pareceres, no caso de eles serem negativos. Ao abrigo do n.º 6 do artigo 9.º, «cabe recurso dos pareceres desfavoráveis para o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território, no prazo de 30 dias a contar da sua notificação». Esta norma convida a uma reflexão adicional. O facto de o parecer ser notificado directamente ao particular, o facto de o mesmo ser passível de recurso (hierárquico, caso o parecer tenha sido emitido por uma CCDR; ou tutelar, caso o parecer tenha sido emitido pelo ICNB), bem como o facto de, nalgumas das situações previstas nas alíneas do artigo 9.º, n.º 2, o parecer não se destinar a preparar ou informar uma decisão posterior, levam-nos a questionar a verdadeira natureza jurídica do *quid* em apreço: será mesmo um parecer? ou um acto administrativo de tipo autorizativo (ainda que, por vezes, inserido num procedimento complexo e faseado, de que fazem parte outros actos administrativos)?

¹²⁶ Em tom crítico, cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, "Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas", cit., p. 36. Em geral, contestando a utilização da figura do deferimento tácito em regimes jurídico-ambientais, cfr. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998, pp. 208 a 210; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pp. 166-167; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, "O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente (anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2001)", in CEDOUA, 2.2001, pp. 72 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 613 e ss. (onde, a pp. 615-617, são recenseados alguns casos – nenhum dos quais relativamente a Portugal – em que o TJUE já se opôs à consagração do deferimento tácito em diplomas nacionais de transposição de directivas comunitárias em matéria ambiental).

Por fim, resta apenas mencionar o n.º 4 do artigo 9.º, o qual – ainda que de forma algo sibilina – permite lançar alguma luz sobre a articulação entre o parecer *sub judice* e a avaliação ambiental das actividades a ele sujeitos. O que aí se prevê é que o prazo para a emissão do parecer fica suspenso enquanto se estiver a decidir sobre a sujeição ou não da actividade em causa a uma avaliação de impacte ambiental (AIA). Este compasso de espera justifica-se plenamente porque: se não houver lugar a AIA, o parecer deve, nos termos do artigo 10.º, n.º 5 do RJRN2000, incluir uma análise das incidências ambientais da referida actividade; mas, se houver lugar a AIA, o parecer já não necessita de proceder a essa análise – podendo, no entanto, neste último caso, colocar-se a hipótese, ainda que não expressamente contemplada no RJRN2000, de o parecer em questão ser proferido no seio do procedimento de AIA¹²⁷. Voltaremos ao assunto mais adiante.

2.2.3. Análise de incidências ambientais (remissão)

O artigo 10.º, n.º 1 do RJRN2000 dispõe que «as acções, planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão de um sítio [...] e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos, devem ser objecto de avaliação de incidências ambientais no que se refere aos objectivos de conservação da referida zona».

Atendendo à importância de que a análise de incidências ambientais se reveste na economia global do RJRN2000, ao grau de detalhe com que pretendemos escalpelizar o seu regime jurídico e, por fim, ao relevo

¹²⁷ Algo de semelhante encontra-se previsto para os projectos classificados como PIN+ (não exactamente a emissão do parecer no seio do procedimento de AIA, mas a substituição desse parecer pela intervenção do ICNB ou da CCDR no âmbito da comissão de avaliação nomeada para efeitos de AIA; o que, em termos práticos, vai dar ao mesmo), embora aí por determinação expressa da lei. Cfr. artigo 19.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto.

que merecem as desconcertantes conclusões a que a nossa pesquisa nos conduziu, esta matéria será devidamente analisada em capítulo autónomo, para o qual remetemos.

2.2.4. Vigilância e Fiscalização

O artigo 7.º, n.º 1 do RJRN2000 refere-se ainda, nas suas alíneas d) e e), às medidas de vigilância e de fiscalização.

A vigilância, regulada no artigo 20.º, consiste na monitorização sistemática do estado de conservação das espécies e *habitats* protegidos. Esta tarefa compete ao Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade (ICNB). Relativamente às espécies cinegéticas, a vigilância está também a cargo dos competentes serviços do Ministério da Agricultura.

A fiscalização, regulada no artigo 21.º, compete a diversas entidades administrativas e visa assegurar o respeito pelas regras constantes do RJRN2000 e respectiva legislação complementar, cujo incumprimento é passível de constituir um ilícito contra-ordenacional e de ser sancionado como tal.

2.2.5. Medidas complementares de conservação

O artigo 7.º, n.º 3 do RJRN2000 prevê a possibilidade de serem definidas medidas complementares de conservação. Estas medidas serão concretizadas através da aprovação de planos de gestão (alínea a)) ou de outros instrumentos regulamentares, administrativos ou contratuais (alínea b)).

Quanto aos planos de gestão, estes são aprovados por portaria conjunta do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e dos

ministros com tutela sobre os sectores com interesses relevantes no sítio da Rede Natura 2000 em questão. Os planos de gestão são obrigatoriamente precedidos de uma consulta pública, que segue os trâmites previstos para os PEOTs. No entanto, «como a lei determina apenas a aplicação do regime procedimental dos planos especiais aos planos de gestão e não a sua absoluta coincidência, estes planos não podem ser considerados como planos especiais. Por consequência, eles não podem ser directamente oponíveis aos particulares»¹²⁸.

Quanto aos demais instrumentos regulamentares, administrativos ou contratuais, o preceito em apreço não acrescenta muito, limitando-se a exigir que cumpram os objectivos de conservação visados pela Rede Natura 2000. Cumpre, no entanto, salientar – dado o preconceito ainda existente nesta matéria¹²⁹ – a possibilidade de a biodiversidade ser tutelada por via contratual. Na celebração deste tipo de contratos deve ter-se presente o disposto no regime económico-financeiro da conservação natureza e da biodiversidade, instituído pelo RJCNB, *maxime* o seu artigo 35.º, que se refere precisamente aos instrumentos contratuais passíveis de serem mobilizados em prol da conservação da natureza.

3. Em especial, as deficiências da análise de incidências ambientais

Deixámos intencionalmente para o fim a apreciação do regime traçado no artigo 10.º do RJRN2000. Não porque se trate de um aspecto menor, mas – bem pelo contrário – porque aí se encontra prevista uma das mais importantes medidas de conservação dos sítios da Rede Natura 2000: a análise de incidências ambientais (AlncA). E porque,

¹²⁸ AAVV, *Ordenamento do Território, Urbanismo e Rede Natura 2000*, Volume I, cit., p. 296. De acordo com esta mesma obra, os planos de gestão em causa devem, em virtude do princípio da tipicidade dos planos urbanísticos, ser considerados planos sectoriais.

¹²⁹ Neste sentido, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da natureza”, cit.,

como iremos constatar, este instituto padece de sérias deficiências na forma como está regulado, deficiências essas que importa examinar, comentar e denunciar.

De acordo com a definição constante do artigo 3.º, n.º 1, alínea p) do RJRN2000, a AIncA consiste na «avaliação prévia das incidências ambientais das acções, planos ou projectos, que incumbe à entidade competente para a decisão final ou à entidade competente para emitir parecer ao abrigo do presente diploma». Contudo, não se pode dizer que esta definição seja particularmente esclarecedora quanto ao conteúdo, à função ou aos efeitos da análise de incidências ambientais. Convém, então, aprofundar um pouco mais, começando por determinar quais as realidades que ficam abrangidas pelo regime em apreço, isto é, qual o seu âmbito de aplicação.

Para o efeito, devemos recorrer ao n.º 1 do artigo 10.º, que manda submeter a uma análise de incidências ambientais todas «as acções, planos ou projectos, não directamente relacionados com a gestão de um sítio [...] e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos». Tal como se encontra redigida, esta cláusula suscita algumas reflexões.

Antes de mais, cumpre referir que o RJRN2000 se revela aqui mais abrangente do que a Directiva *Habitats*, na medida em que esta apenas se refere a “planos” e “projectos”, já não a “acções”¹³⁰. Ainda que não se vislumbre com inteira nitidez qual o real alcance desta diferença, o que é certo é que o legislador nacional pretendeu ir mais longe e consagrar um dever de ponderação ambiental mais vasto – que abarca meras condutas, não passíveis de serem qualificadas como “planos” ou “projectos”.

Seja como for, o aspecto mais preocupante na forma como está traçado o âmbito de aplicação da AIncA – quer na versão comunitária,

¹³⁰ Cfr. artigo 6.º, n.º 3 da Directiva *Habitats*.

quer na versão nacional – prende-se com o recurso a conceitos abertos e de preenchimento não unívoco. Não é toda e qualquer actividade que afecte um sítio da Rede Natura 2000 que deve ser sujeita a AlncA, mas apenas aquelas que – numa apreciação necessariamente casuística e discricionária – o afectem «de forma significativa». Ora, ao fazer uso desta expressão, o preceito *supra* citado introduz uma elevada dose de incerteza e subjectividade na determinação das actividades cujos efeitos sobre a biodiversidade devem ser objecto de uma avaliação prévia¹³¹.

Acresce que o carácter significativo dos impactes sobre a biodiversidade deve ser aferido, não apenas em função do plano, projecto ou acção individualmente considerados, mas também das consequências que estes possam vir a ter em conjugação com outros planos, projectos ou acções. Por causa dos efeitos cumulativos que muitas destas iniciativas provocam, entendeu-se – e bem – que não basta olhar para cada uma delas por si só, havendo que atender ao seu conjunto. O que, todavia, vem aumentar ainda mais o grau de indeterminação no apuramento das actividades que – em atenção ao imperativo de conservação da natureza – devem ser submetidas a uma análise das respectivas incidências ambientais.

Refira-se ainda que, segundo a melhor doutrina¹³², a AlncA não se circunscreve às actividades localizadas no interior das zonas classificadas, aplicando-se a todas as actividades – mesmo que fisicamente longínquas – cujos efeitos se projectem sobre a Rede Natura 2000. Mais um factor que não ajuda na delimitação, *in concreto*, dos planos, projectos e acções abrangidos pelo instituto em apreço.

Não obstante as dificuldades aludidas, não é impossível caracterizar – sumária e perfunctoriamente – as situações a que o artigo 10.º do

¹³¹ Cfr, alguns exemplos em NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 28-29.

¹³² Cfr. NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 29.

RJRN2000 se dirige. O que está em causa é a obrigatoriedade de avaliação, sob o ponto de vista ambiental, de todas as actuações humanas que, não se destinando expressa e directamente a assegurar a gestão dos sítios da Rede Natura 2000, contribuam para gerar um efeito considerável ou relevante sobre as respectivas espécies e habitats protegidos¹³³. Agora que já conhecemos o âmbito de aplicação da análise de incidências ambientais, importa apreciar o seu regime. E é aí que nos deparamos com diversos problemas.

O primeiro desses problemas consiste na articulação imperfeita e, até, parcial sobreposição entre a análise de incidências ambientais e outros regimes conexos, o que afecta a própria utilidade do instituto *sub judice*. Senão, vejamos.

Em matéria de avaliação ambiental, o nosso ordenamento dispõe actualmente, não de um, mas de três distintos (embora próximos) regimes jurídicos. Recorrendo a uma metáfora, dir-se-ia que existe uma “constelação da avaliação ambiental”, de que a estrela polar é, sem dúvida, o regime da avaliação de impacte ambiental (RAIA) de projectos públicos e privados, constante do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio¹³⁴, mas que integra ainda dois outros regimes jurídicos: o regime da avaliação ambiental estratégica (RAAE) de planos e programas, constante do Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho; e o – presentemente em estudo – regime da análise de incidências ambientais (RAInCA), constante do artigo 10.º do RJRN2000.

É certo que a amplitude e a densidade destes diferentes tipos de avaliação ambiental não são necessariamente as mesmas. Por exemplo, a avaliação ambiental estratégica (AAE) tem, naturalmente, um foco mais programático. Ao passo que o espectro da AInCA é bem

¹³³ Com uma formulação ligeiramente diferente, recorrendo a um princípio da integridade das áreas integrantes da Rede Natura 2000, cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “O velho, o novo e o reciclado no direito da conservação da natureza”, cit., pp. 45-46.

¹³⁴ Já por diversas vezes modificado, a última das quais através do Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro, que republica o diploma na sua versão actual.

mais circunscrito, uma vez que, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, esta afere apenas do respeito pelos objectivos de conservação da Rede Natura 2000.

De todo o modo, pese a diferença de escopo ou de ângulo de análise, a verdade é que o âmbito de aplicação destas figuras não é totalmente estanque, nem mutuamente excludente. Pelo contrário, há actividades que estão abrangidas por mais do que um regime de avaliação ambiental.

Há quem, a este propósito, sustente que «o funcionamento coerente desse edifício de avaliação ambiental é dado a partir de um princípio da não duplicação de avaliação, segundo o qual um impacto ambiental deve ser avaliado unicamente no nível em que possa ser objecto da melhor análise»¹³⁵. No entanto, os mesmos Autores acabam por reconhecer que «quando, por exigências de Direito Comunitário, haja sobreposição da aplicação das Directiva 2001/42/CE, aplicável aos planos e programas, e a Directiva AIA, aplicável aos projectos, a aplicação será cumulativa e nunca requisito de dispensa do procedimento de AIA, dadas as diferenças entre os dois instrumentos de avaliação ambiental em presença»¹³⁶.

Cumpre-nos, então, esclarecer de que forma se articulam a AIA, a AAE e a AlncA. Quando dois destes regimes se aplicam a uma mesma realidade, o que sucede: anulam-se, fundem-se ou, ao invés, cumulam-se? Será que existe uma hierarquia entre distintos tipos de avaliação ambiental, que permita dar preferência a uns sobre outros? Ou estarão em causa distintos níveis de avaliação, que não se prejudicam mutuamente? Enfim, há que perceber como está construído este “tripé da avaliação ambiental”. E, em especial, há que apurar de que modo se relaciona a AlncA com os seus institutos congéneres.

¹³⁵ TIAGO SOUZA D'ALTE e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “O regime de avaliação ambiental de planos e programas e a sua integração no edifício da avaliação ambiental”, in RJUA, n.ºs 29/30, Jan./Dez. 2008, p. 144 (sublinhado nosso).

¹³⁶ Idem, ibidem, p. 150 (sublinhado nosso).

A este propósito, começamos por assinalar que a AlncA diz respeito, quer a planos, por um lado, quer a acções e projectos, por outro. Ora, no primeiro caso, poderá eventualmente bulir com a AAE de planos e programas¹³⁷; e, no segundo caso, com a AIA de projectos públicos e privados. É, pois, nestes dois prismas que devemos estruturar a nossa análise.

Relativamente aos planos, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b) do RAAE dispõe que estão sujeitos a avaliação ambiental estratégica «os planos e programas que, atendendo aos seus eventuais efeitos num sítio da LNS, num SIC, numa ZEC ou numa ZPE, devam ser sujeitos a uma avaliação de incidências ambientais nos termos do artigo 10.º do [RJRN2000]». Ou seja, são precisamente os planos que carecem de uma AlncA – devido aos efeitos significativos que têm sobre a Rede Natura 2000 – que, por essa mesma razão, ficam sujeitos a AAE. Donde podemos concluir que os dois regimes não se intersectam, eles sobrepõem-se totalmente. Como se resolve, então, esta sobreposição?

A resposta encontra-se, a nosso ver, nos n.ºs 8 e 9 do artigo 3.º do RAAE. De acordo com estes preceitos, estando um plano sujeito simultaneamente a AAE e a outro regime de avaliação ambiental (como a AlncA), deve realizar-se apenas o procedimento de avaliação estratégica, sendo nele incorporadas todas as exigências decorrentes desse outro regime, designadamente a recolha das informações necessárias à ponderação dos efeitos que o plano tem sobre os objectivos de conservação da natureza nas zonas classificadas¹³⁸.

Com efeito, tendo o legislador definido o âmbito de aplicação da avaliação ambiental estratégica, em parte, por recurso aos planos que já eram objecto de uma análise de incidências ambientais, teve depois

¹³⁷ Sobre a relação entre a análise de incidências ambientais e a avaliação ambiental estratégica, cfr., com um entendimento não inteiramente coincidente com os dados do ordenamento jurídico português, NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 30.

¹³⁸ Cfr. TIAGO SOUZA D'ALTE e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “O regime de avaliação ambiental de planos e programas e a sua integração no edifício da avaliação ambiental”, cit., p. 145.

que regular em que termos se conjugam estes dois regimes. E, para evitar uma duplicação de procedimentos, o legislador optou por dar prevalência à avaliação estratégica (devendo esta, porém, integrar uma apreciação dos efeitos do plano ou programa sobre as espécies e *habitats* protegidos). Ora, atendendo a que todos os planos abrangidos pelo artigo 10.º do RJRN2000 estão também sujeitos a uma avaliação estratégica¹³⁹ e que esta prevalece, aquele regime acaba por perder parte da sua utilidade. Isto é, a AAE absorveu a AlncA – a qual, portanto, deixou de existir a se quanto a planos, mantendo-se apenas para acções e projectos.

Relativamente às acções e projectos, no entanto, temos que verificar se a aplicação da AlncA não ficará também comprometida pela vigência de um outro regime de avaliação ambiental – neste caso, o regime da AIA¹⁴⁰. A este respeito, o artigo 10.º, n.º 2 do RJRN2000 é muito claro ao estabelecer que, quando um projecto esteja sujeito a AIA, a AlncA segue a forma do procedimento de AIA. Ou seja, nestes casos realiza-se somente uma avaliação de impacte ambiental, por via da qual se preenchem as exigências e satisfazem as finalidades do artigo 10.º do RJRN2000. Temos, pois, como que uma recepção de um regime por outro.

Resta apenas saber, em concreto, quais os casos em que tal sucede, isto é, quais as acções ou projectos cuja AlncA assume a forma de AIA. Para esse efeito, há três questões que importa ter presente.

Primo, de acordo com a alínea a) do artigo 10.º, n.º 2 do RJRN2000, a AlncA segue os termos do procedimento de AIA sempre que o mesmo seja exigido por aplicação directa e automática da lei. Esta alínea remete, portanto, para o artigo 1.º, n.º 3 do RAIA, que manda proceder

¹³⁹ Já o inverso não é verdade. Isto é, a avaliação ambiental estratégica aplica-se a outros planos para além daqueles que estão abrangidos pelo artigo 10.º do RJRN2000. Vd. artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) e c) do RAAE.

¹⁴⁰ Cfr. NICOLAS DE SADELEER, “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., pp. 30 e 30; e MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., pp. 37 e ss..

à avaliação de impacte ambiental de todos os projectos tipificados no respectivo Anexo I e de todos os projectos enunciados no respectivo Anexo II. Sucede que, relativamente aos projectos do Anexo II, estes só são obrigatoriamente sujeitos a AIA caso excedam os limiares aí previstos. E os limiares são distintos consoante o grau de sensibilidade ecológica do local de implantação do projecto. Ou, de forma mais rigorosa, existem dois tipos de limiares: um para a generalidade das situações; e outro, mais baixo, para os casos em que os projectos se situam em “áreas sensíveis”. A aplicação deste último limiar conduz a que o número de projectos submetidos a AIA cresça exponencialmente.

Ora, se analisarmos o conceito de “áreas sensíveis”, definido no artigo 2.º, alínea b) do RAIA¹⁴¹, constatamos que ele abarca todos os sítios da Rede Natura 2000. O que significa que o mero facto de um projecto se situar numa ZPE ou numa ZEC aumenta significativamente a probabilidade de ele carecer de uma avaliação de impacte ambiental. Ou, dito doutro modo, o procedimento de AIA é exigível de forma mais intensa quanto a projectos localizados em zonas classificadas. Pelo que os projectos abrangidos pelo artigo 10.º do RJRN2000 são também projectos que mais facilmente estão sujeitos a AIA. O que, logicamente, faz aumentar os casos de confluência entre a AlncA e a AIA.

Secundo, de acordo com a alínea b) do artigo 10.º, n.º 2 do RJRN2000, a AlncA segue ainda os termos do procedimento de AIA sempre que o mesmo, embora não resultando de uma exigência legal expressa, seja aplicável. Esta alínea menciona expressamente o n.º 3 do artigo 1.º do RAIA, mas a remissão encontra-se desactualizada¹⁴², devendo ser corrigida. A situação em causa está hoje regulada no n.º 5 do mesmo

¹⁴¹ Há quem critique esta definição de “áreas sensíveis” por ficar aquém do desejado. Cfr. MARIA ALEXANDRA ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede natura 2000 – alguns problemas”, cit., pp. 38 e 39.

¹⁴² Por força da superveniente alteração do artigo 1.º do RAIA, operada pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro.

preceito, que submete a AIA «os projectos que em função da sua localização, dimensão ou natureza sejam considerados, por decisão conjunta do membro do Governo competente na área do projecto em razão da matéria e do membro do Governo responsável pela área do ambiente, como susceptíveis de provocar um impacte significativo no ambiente, tendo em conta os critérios estabelecidos no Anexo V». Ou seja, por decisão ministerial conjunta qualquer projecto que afecte significativamente o ambiente poderá ser sujeito a AIA, mesmo que não conste de nenhum dos Anexos do RAIA. Nestes casos, conseqüentemente, se houver lugar a AlncA ela segue os termos do procedimento de AIA.

Levanta-se, no entanto, uma dúvida: a regra da alínea b) do artigo 10.º, n.º 2 do RJRN2000 aplica-se apenas à situação descrita no artigo 1.º, n.º 5 do RAIA ou a todas as modalidades de aplicação eventual do procedimento de AIA? É que, para além da hipótese de decisão ministerial conjunta, o RAIA prevê actualmente uma outra forma¹⁴³ de, sem que a lei o exija, submeter um projecto a AIA. Referimo-nos ao regime dos artigos 1.º, n.º 4 e 2.º-A do RAIA, segundo o qual «são sujeitos a AIA os projectos elencados no Anexo II, ainda que não abrangidos pelos limiares nele fixados, que sejam considerados, por decisão da entidade licenciadora ou competente para a autorização do projecto, susceptíveis de provocar impacte significativo no ambiente em função da sua localização, dimensão ou natureza, de acordo com os critérios estabelecidos no Anexo V». O que está aqui em causa é a possibilidade de certos projectos mencionados no Anexo II mas que fiquem aquém dos limiares aí estabelecidos poderem, ainda assim, ser submetidos a AIA, neste caso não por despacho ministerial, mas por decisão das entidades administrativas competentes para licenciar ou autorizar esses mesmos projectos.

¹⁴³ Que não existia à altura em que o RJRN2000 foi aprovado e, depois, revisto. Logo, nunca poderia ter sido expressamente contemplada pelo respectivo artigo 10.º, n.º 2, alínea b).

Ora, imaginando que um particular pretende implantar um determinado projecto num sítio da Rede Natura 2000 e que a respectiva entidade licenciadora decide, ao abrigo do artigo 1.º, n.º 4 do RAIA, submetê-lo a AIA, deve a análise de incidências ambientais seguir ou não os termos do procedimento de AIA? A nosso ver, a resposta deve ser positiva. Está no espírito da lei que sempre que um projecto abrangido pelo artigo 10.º do RJRN2000 seja também objecto de uma avaliação de impacte ambiental – por força da lei ou da vontade das entidades administrativas competentes para o efeito – deve realizar-se unicamente o procedimento de AIA, no qual se ponderarão também os efeitos do projecto sobre os sítios da Rede Natura 2000.

Tertio, de acordo com o n.º 4 do artigo 10.º do RJRN2000, as decisões de sujeição a AIA devem cumprir os critérios definidos no PSRN2000. A verdade, porém, é que tais critérios não resultam muito claramente do articulado do PSRN2000. O que, de certa forma, até se compreende. É que, em 2005, foram aditados dois novos anexos ao RAIA (os Anexos IV e V), que definem precisamente quais os critérios que devem ser tidos em conta na decisão de sujeitar ou não um projecto a AIA. Pelo que a previsão do artigo 10.º, n.º 4 do RJRN2000 perdeu, entretanto, alguma da sua razão de ser. Seja como for, esta norma permite reforçar o entendimento de que, sempre que é tomada a decisão de sujeitar um projecto a AIA, é essa a forma que a análise de incidências ambientais deve adoptar.

Em síntese, nas situações descritas não há propriamente lugar a AlncA, mas sim a AIA. Ou, mais correctamente, a AlncA assume, nestes casos, os termos do procedimento de AIA. Deste modo, não ocorre qualquer cumulação ou repetição de procedimentos, mas antes uma integração de procedimentos – no sentido de que a AIA internaliza a apreciação das incidências sobre a biodiversidade e, portanto, as conclusões a que chegar servem também para efeitos do RJRN2000, o que torna a realização autónoma de uma AlncA absolutamente desnecessária.

Podemos, então, concluir que, quer relativamente aos planos, quer relativamente a um grande número de acções e projectos, a análise de incidências ambientais não tem existência autónoma, a se. Nestes casos, o artigo 10.º do RJRN2000 limita-se a remeter para outros regimes de avaliação ambiental. O que, naturalmente, nos leva a questionar o interesse ou utilidade do instituto em apreço.

Outro dos problemas de que padece o regime do artigo 10.º do RJRN2000 prende-se com a sua vaguidade. Como vimos *supra*, esta característica reflecte-se, desde logo, ao nível do âmbito de aplicação da AlncA (que abrange apenas as actividades susceptíveis de afectar a Rede Natura 2000 «de forma significativa»). Mas não só.

Também o próprio conteúdo da análise de incidências ambientais se encontra formulado em termos consideravelmente vagos e, mais do que isso até, lacunares. Se consultarmos a Directiva *Habitats*, esta limita-se a falar numa «avaliação adequada»¹⁴⁴. E no artigo 10.º do RJRN2000, que supostamente deveria densificar os termos em que essa avaliação se processa, só o n.º 6 fornece algumas pistas – e ainda assim sem grande pormenor – ao estipular que AlncA abrange: a descrição da acção, plano ou projecto em apreciação; a caracterização da situação de referência; a identificação e avaliação conclusiva dos previsíveis impactes ambientais; o exame de soluções alternativas; e, quando adequado, a proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem os efeitos negativos identificados.

Não se pode dizer, todavia, que haja aqui um grande nível de detalhe quanto ao conteúdo da análise de incidências ambientais. Pelo contrário, há inúmeros aspectos que necessitam de clarificação e são muitas as dúvidas que permanecem.

¹⁴⁴ Cfr. artigo 6.º, n.º 3 da Directiva *Habitats*.

Um terceiro problema que afecta o regime da análise de incidências ambientais decorre da sua fragmentação ou falta de homogeneidade. No essencial, o artigo 10.º do RJRN2000 limita-se a “distribuir o jogo” ou a re-direccionar o intérprete para outros regimes de avaliação ambiental¹⁴⁵. O resultado é uma miscelânea ou um emaranhado de regimes nada harmonioso e, por vezes, até um pouco caótico. Com a agravante de que, nos casos residuais em que não se aplica nenhum desses regimes¹⁴⁶, vigora um quase total vazio normativo. Isto é, o legislador confiou tanto no sistema de remissões que criou, que acabou por descurar a própria regulamentação do instituto em causa. Estamos, pois, perante um puzzle de regimes ao qual, por vezes, ficam a faltar algumas peças. É o que iremos comprovar em cinco distintas dimensões.

Primo, quanto ao procedimento a adoptar¹⁴⁷. Quando está em causa um plano, deve seguir-se o procedimento regulado no RAAE, como vimos *supra*¹⁴⁸. Quando está em causa um projecto sujeito a AIA, deve seguir-se o procedimento regulado no RAIA, como também já tivemos oportunidade de constatar¹⁴⁹. Quando está em causa um projecto ou acção não sujeito a AIA mas que dependa de parecer favorável nos termos do artigo 9.º do RJRN2000, deve seguir-se o procedimento previsto para a emissão desse mesmo parecer¹⁵⁰. Nos demais casos, o artigo 10.º do RJRN2000 não estipula qual o *iter* procedimental a adoptar¹⁵¹, limitando-se a referir, no n.º 7, que a análise de incidências

¹⁴⁵ Recorrendo a uma metáfora, diríamos que a AlncA é como um manequim que pode assumir diferentes roupagens.

¹⁴⁶ Casos que serão raros, é certo, mas não inexistentes.

¹⁴⁷ Se o proponente desejar a classificação do seu projecto como PIN+ deve apresentar, à cabeça, uma análise de incidências ambientais ou, estando o projecto sujeito a AIA, uma proposta de definição de âmbito do estudo de impacte ambiental. Cfr. artigo 3.º, n.º 2, alíneas c) e d) do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto.

¹⁴⁸ Cfr. artigo 3.º, n.ºs 8 e 9 do RAAE.

¹⁴⁹ Cfr. artigo 10.º, n.º 2 do RJRN2000.

¹⁵⁰ Cfr. artigo 10.º, n.º 5 do RJRN2000.

¹⁵¹ Não está definido, sequer, se o promotor deve apresentar um estudo de incidências ambientais (à semelhança do que acontece no procedimento de AIA).

ambientais será precedida, sempre que necessário, de consulta pública.

Secundo, quanto às entidades intervenientes. Quando está em causa um plano, quem intervém é a entidade responsável pela sua elaboração¹⁵². Quando está em causa um projecto sujeito a AIA, quem intervém são as entidades competentes no âmbito do procedimento de avaliação de impacte ambiental¹⁵³, designadamente a autoridade de AIA (que pode ser, consoante os casos, a APA ou a CCDR territorialmente competente)¹⁵⁴ e a comissão de avaliação¹⁵⁵, cabendo a decisão final – a DIA – ao ministro responsável pela área do ambiente¹⁵⁶. Quando está em causa um projecto ou acção não sujeito a AIA mas que dependa de parecer favorável nos termos do artigo 9.º do RJRN2000, quem intervém é o ICNB ou a CCDR territorialmente competente, nos termos que vimos *supra*¹⁵⁷. Nos demais casos, o artigo 10.º, n.º 3 do RJRN2000 refere que quem deve promover a realização da análise de incidências ambientais é a entidade competente para decidir das acções, planos ou projectos em questão.

Tertio, quanto ao prazo de decisão. Quando está em causa um plano, a sua avaliação ambiental deve decorrer até à aprovação da respectiva versão final¹⁵⁸. Quando está em causa um projecto sujeito a AIA, esta deve ter lugar, consoante os casos, no prazo de 140, 120 ou 80 dias¹⁵⁹. Quando está em causa um projecto ou acção não sujeito a AIA mas que dependa de parecer favorável nos termos do artigo 9.º do RJRN2000, este parecer deve ser emitido no prazo de 45 dias úteis a contar da data da sua solicitação, como vimos *supra*¹⁶⁰. Nos demais

¹⁵² Cfr. artigos 5.º, n.º 1, 6.º, n.º 1 e 10.º, n.º 1 do RAAE.

¹⁵³ Cfr. artigos 10.º, n.º 2 do RJRN2000 e 5.º do RAIA.

¹⁵⁴ Cfr. artigo 7.º do RAIA.

¹⁵⁵ Cfr. artigo 9.º do RAIA.

¹⁵⁶ Cfr. artigo 18.º, n.º 1 do RAIA.

¹⁵⁷ Cfr. artigos 10.º, n.º 5 e 9.º, n.ºs 2 e 7 do RJRN2000.

¹⁵⁸ Cfr. artigo 9.º do RAAE.

¹⁵⁹ Cfr. artigos 10.º, n.º 2 do RJRN2000 e 19.º, n.ºs 1 a 4 do RAIA. Tratando-se de um projecto classificado como PIN+, este prazo é encurtado para 60 dias (cfr. artigo 26.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto).

¹⁶⁰ Cfr. artigos 10.º, n.º 5 e 9.º, n.º 3 do RJRN2000.

casos, o artigo 10.º do RJRN2000 não prevê qualquer prazo para a conclusão da análise de incidências ambientais.

Quarto, quanto aos efeitos do silêncio. Quando está em causa um plano, a questão não se coloca nestes termos¹⁶¹. Quando está em causa um projecto sujeito a AIA, o incumprimento dos respectivos prazos de decisão conduz ao deferimento tácito da DIA¹⁶². Quando está em causa um projecto ou acção não sujeito a AIA mas que dependa de parecer favorável nos termos do artigo 9.º do RJRN2000, a ausência de parecer no prazo previsto equivale à emissão de parecer favorável, como vimos *supra*¹⁶³. Nos demais casos, tudo indica que não haja deferimento tácito, desde logo porque, não estando previsto qualquer prazo para a conclusão da análise de incidências ambientais, não seria possível consagrar o respectivo deferimento tácito.

Quinto, quanto à força jurídica da ponderação ambiental. Quando está em causa um plano, existe somente uma obrigação de considerar os resultados da avaliação ambiental na elaboração da respectiva versão final¹⁶⁴. Quando está em causa um projecto sujeito a AIA, o acto de licenciamento ou de autorização desse projecto só pode ser praticado quando exista uma DIA favorável ou condicionalmente favorável, sob pena de nulidade¹⁶⁵. Quando está em causa um projecto ou acção não sujeito a AIA mas que dependa de parecer favorável nos termos do artigo 9.º do RJRN2000, este parecer é vinculativo, como vimos *supra*¹⁶⁶. Nos demais casos, parece também resultar do artigo 10.º, n.º 9 do RJRN2000 que a análise de incidências ambientais tem uma força vinculativa, uma vez que as actividades em questão só podem ser licenciadas ou autorizadas «quando tiver sido assegurado que não

¹⁶¹ Uma vez que não há propriamente uma decisão (cuja omissão pudesse, eventualmente, dar azo a um deferimento tácito), mas apenas uma obrigação de ponderar os resultados da avaliação ambiental na elaboração da versão final do plano.

¹⁶² Cfr. artigos 10.º, n.º 2 do RJRN2000 e 19.º do RAIA.

¹⁶³ Cfr. artigos 10.º, n.º 5 e 9.º, n.º 5 do RJRN2000.

¹⁶⁴ Cfr. artigo 9.º do RAAE.

¹⁶⁵ Cfr. artigos 10.º, n.º 2 do RJRN2000 e 20.º, n.ºs 1 e 3 do RAIA.

¹⁶⁶ Cfr. artigos 10.º, n.º 5 e 9.º, n.º 2 do RJRN2000.

afectam a integridade do sítio da LNS, do SIC, da ZEC ou da ZPE em causa»).

Não restam, assim, quaisquer dúvidas quanto ao carácter disperso e fragmentário do regime da análise de incidências ambientais, que em nada contribui para a boa aplicação do instituto.

O regime da análise de incidências ambientais apresenta ainda um quarto problema – que é, porventura, o mais grave de todos, uma vez que afecta a própria racionalidade e coerência do instituto. Trata-se do esquema gizado pelos n.ºs 10 e 11 do artigo 10.º do RJRN2000, de acordo com o qual uma avaliação ambiental negativa pode ser ultrapassada através de um despacho ministerial¹⁶⁷ e da adopção de medidas compensatórias.

Com efeito, determina o n.º 10 que «a realização de acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise de incidências ambientais depende do reconhecimento, por despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria, da ausência de soluções alternativas e da sua necessidade por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica»¹⁶⁸. Sendo que, nos termos do n.º 11, se a actividade em questão afectar *habitats* ou espécies prioritários, o leque

¹⁶⁷ Que, no caso dos projectos PIN+, pode ser o próprio despacho conjunto que procede à respectiva classificação como PIN+. Cfr. artigo 6.º, n.º 5, alínea c) do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto.

¹⁶⁸ Cumpre salientar que as duas condições aqui referidas são cumulativas, isto é, o despacho ministerial conjunto deve reconhecer, quer o interesse público da actividade em causa, quer a ausência de soluções alternativas. Fazemos esta chamada de atenção visto que é muito comum falar-se, a este propósito, de um “despacho de reconhecimento do interesse público”. Mas esse reconhecimento, por si só, não basta. É necessário, ainda, reconhecer a inexistência de alternativas à localização da actividade numa zona classificada.

Aliás, Portugal já foi condenado pelo TJUE (no processo C-239/04) precisamente por, quanto à auto-estrada para o Algarve, que atravessa a ZPE de Castro Verde, não ter sido demonstrada a inexistência de alternativas – ainda que, *a posteriori*, se tenha provado que os impactos sobre a biodiversidade não foram negativos. Cfr. JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Energia e conservação da natureza”, cit., pp. 176-177.

de fundamentos que podem ser invocados para justificar a sua realização é mais apertado, abrangendo apenas: razões de saúde ou segurança públicas; consequências benéficas primordiais para o ambiente; e, mediante parecer prévio da Comissão Europeia, outras razões imperativas de reconhecido interesse público. Em qualquer dos casos, segundo o n.º 12, têm de ser previstas as «medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000»¹⁶⁹.

Ora, o que podemos dizer deste regime é que ele é, no mínimo, estranho. E, se comparado com o disposto no artigo 20.º do RAIA, torna-se absolutamente incompreensível.

É estranho na medida em que permite que uma actividade, embora comprovadamente nefasta para a biodiversidade, possa vir a ser desenvolvida em sítios da Rede Natura 2000. E isto por força de uma decisão administrativa discricionária que, mediante a invocação do interesse público, “neutraliza” os efeitos de uma avaliação ambiental negativa. Mas, apesar de tudo, este mecanismo poderá ainda justificar-se como forma de mitigar alguma da rigidez e inflexibilidade do regime da Rede Natura 2000, sobretudo quando estão em causa projectos de manifesta utilidade pública e para os quais não existem outras alternativas de localização.

No entanto, a estranheza inicial convola-se em incongruência quando constatamos que, no regime da avaliação de impacte ambiental, não existe qualquer forma de superar ou contornar os efeitos de uma DIA negativa. De acordo com o artigo 20.º, n.º 1 do RAIA, «o acto de licenciamento ou de autorização de projectos sujeitos a procedimento de AIA só pode ser praticado após a notificação da respectiva DIA favorável ou condicionalmente favorável ou após o decurso do prazo necessário para a produção de deferimento tácito». Caso a DIA seja

¹⁶⁹ NICOLAS DE SADELEER refere-se ainda, para além das medidas compensatórias, a medidas de atenuação de impactes. Cfr. “La Conservation des Habitats Naturels en Droit Communautaire”, cit., p. 33.

desfavorável, portanto, o projecto – por maior que seja o interesse público na sua concretização – nunca pode ser licenciado ou autorizado, sob pena de nulidade¹⁷⁰.

Isto significa que, localizando-se um projecto fora da Rede Natura 2000, o respectivo “chumbo” ambiental é definitivo e não pode, em circunstância alguma, ser superado. Mas, se o mesmo projecto se situar numa ZEC ou numa ZPE – que são, por definição, áreas de maior sensibilidade ecológica –, a avaliação ambiental negativa já pode ser ultrapassada por via de uma decisão ministerial. Portanto, o interesse público de um projecto de nada vale quando este se localiza numa zona banal; mas já permite legitimar ou mesmo “branquear” um atentado aos *habitats* e às espécies existentes numa zona classificada. Ora, isto é absolutamente incoerente.

No Direito Comunitário esta incoerência não se verifica, já que a Directiva sobre o procedimento de avaliação de impacte ambiental¹⁷¹ não exige uma DIA favorável para que os projectos se possam realizar, limitando-se a prever que os resultados da AIA «serão tomados em consideração no âmbito do processo de aprovação»¹⁷². Assim sendo, não choca que a Directiva *Habitats*, no seu artigo 6.º, n.º 4, permita que determinados projectos de interesse público, não obstante a sua avaliação ambiental negativa, possam ser viabilizados. Mas no ordenamento jurídico nacional, tendo o legislador decidido atribuir à DIA carácter vinculativo, não faz sentido que depois, quanto a projectos localizados em sítios da Rede Natura 2000 e apenas quanto a esses, permita passar por cima de uma DIA desfavorável.

Isto é, a partir do momento em que o legislador consagrou, para a generalidade dos casos, um regime de AIA “hard”, não poderia depois, ao traçar o regime jurídico da Rede Natura 2000, ter ficado aquém

¹⁷⁰ Cfr. artigo 20.º, n.º 3 do RAIA.

¹⁷¹ Trata-se da Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985, já por diversas vezes alterada. Cfr. uma versão consolidada em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1985L0337:20090625:PT:PDF>.

¹⁷² Cfr. artigo 8.º da Directiva referida na nota anterior.

desse patamar. Ao fazê-lo, criou uma situação absolutamente irracional e contraditória em que, no exterior da Rede Natura 2000, o veredicto da DIA é intransponível; mas, no interior da Rede Natura 2000, a DIA pode eventualmente ser postergada e subalternizada em prol de imperativos sócio-económicos.

Mas pior ainda, em termos lógicos, consegue ser a aplicação prática que, nalguns casos recentes, o Ministério do Ambiente tem vindo a fazer das normas em apreço. Já por diversas vezes foram emitidas DIAs condicionalmente favoráveis à emissão do despacho conjunto referido no artigo 10.º, n.º 10 do RJRN2000. O raciocínio subjacente a esta exigência é o de que, estando o projecto localizado numa zona classificada, ele só deve merecer uma avaliação ambiental positiva se e quando for reconhecido o seu interesse público e a inexistência de soluções alternativas.

Ora, embora este entendimento se revele simpático sob o ponto de vista ambiental, a verdade é que, não só mistura distintos planos de análise (ao fazer depender a avaliação ambiental do projecto do seu interesse público), como não tem qualquer base legal, constituindo uma subversão completa do sentido, da razão de ser e dos efeitos da intervenção ministerial (de reconhecimento do interesse público e da inexistência de soluções alternativas), tal como esta se encontra prevista, quer na Directiva *Habitats*, quer no RJRN2000.

A referida intervenção ministerial foi prevista na lei – bem ou mal – como uma forma de viabilização de projectos que tenham sido objecto de uma avaliação ambiental negativa e não, como parece resultar da prática que recentemente tem vindo a ser adoptada, como um gravame adicional em casos de avaliação ambiental positiva. De facto, segundo a referida prática, mesmo que uma actividade se revele inofensiva para o ambiente, ela só pode ser levada a cabo em sítios da Rede Natura 2000 se se revestir de interesse público e se não existirem

outras alternativas¹⁷³. O que vai completamente ao arrepio, não só da letra, como do espírito da lei.

O que se prevê no artigo 10.º do RJRN2000 é que, se a avaliação ambiental do projecto for favorável, este pode avançar sem se exigir qualquer outra condição ou formalidade; e só se a avaliação ambiental do projecto for desfavorável é que se poderá revelar necessário um despacho ministerial para ultrapassar esse obstáculo. Contudo, o Ministério do Ambiente entende poder exigir o referido despacho em qualquer dos casos, revelando uma concepção fundamentalista da Rede Natura 2000, segundo a qual nada ou quase nada aí se pode fazer a menos que seja de relevante interesse público e não existam outras alternativas possíveis¹⁷⁴. Ora, esta concepção, para além de ser contrária à lei (que não permite sustentar tal radicalismo), incorre ainda num vício lógico. É que uma coisa é o interesse público ser invocado para superar uma avaliação ambiental negativa – pode concordar-se ou não com esta regra, mas ela faz sentido. Outra coisa é o interesse público do projecto constituir um pressuposto da sua avaliação ambiental positiva – asserção desprovida de qualquer racionalidade.

É preciso, pois, afastar todas as interpretações espúrias e subversivas do mecanismo em apreço, repondo a questão nos seus verdadeiros termos: de acordo com a lei, a emissão do despacho previsto no artigo 10.º, n.º 10 do RJRN2000 não é condição necessária para a obtenção de uma DIA favorável; a existência de uma DIA desfavorável é que é condição – necessária, mas obviamente não suficiente – para a emissão do referido despacho (de reconhecimento do interesse público do projecto e da inexistência de alternativas).

¹⁷³ Pelo que, enquanto não houver um despacho ministerial conjunto a reconhecer o interesse público e a inexistência de alternativas, apenas é emitida uma DIA condicionalmente favorável – ainda que a actividade, em si mesma, não ofenda os valores naturais em presença.

¹⁷⁴ Exigências que, a nosso ver, têm toda a razão de ser quanto a projectos que se revelem prejudiciais para o ambiente e, em especial, para a biodiversidade; mas já não quanto a projectos que passem o teste da avaliação ambiental.

Com esta clarificação terminamos o estudo do instituto da análise de incidências ambientais, plasmado no artigo 10.º do RJRN2000, fazendo votos para que as diversas imperfeições e deficiências apontadas – quer as (muitas e graves) que resultam da lei, quer as que resultam de postulados eco-fundamentalistas sem substrato legal – sejam pronta e satisfatoriamente debeladas.

Tiago Antunes

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt