e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

INSTABILIDADE REGULATÓRIA NO DOMÍNIO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS: APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE CONFLITOS INTRAAMBIENTAIS E OUTROS

REGULATORY INSTABILITY WITHIN THE RENEWABLE ENERGY SECTOR: JURISPRUDENTIAL NOTES ABOUT INTRAENVIRONMENTAL CONFLICTS AND OTHERS

Carla Amado Gomes
Número 7, 2016
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

e-Pública **Vol. 3** No. 1, Abril 2016 (243-266)

INSTABILIDADE REGULATÓRIA NO DOMÍNIO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS: APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE CONFLITOS INTRAAMBIENTAIS E OUTROS[1]

REGULATORY INSTABILITY WITHIN THE RENEWABLE ENERGY SECTOR: JURISPRUDENTIAL NOTES ABOUT INTRAENVIRONMENTAL CONFLICTS AND OTHERS

CARLA AMADO GOMES[2]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
carlamadogomes@fd.ul.pt

Resumo: este texto visa fazer um ponto da situação sobre a instabilidade, para os operadores em energias renováveis em Portugal, decorrente de eventuais conflitos emergentes da instalação de centrais eólicas e grandes barragens com interesses de protecção da biodiversidade e direitos de personalidade, numa análise pautada sobretudo por referentes jurisprudenciais recentes.

Palavras-chave: energias renováveis; conflitos de direitos; biodiversidade; direitos de personalidade

Abstract: this text aims to describe a certain instability for the operators in the renewable energy sector in Portugal that results from conflicts between the instalation of eolic parks and big dams and the protection of biodiversity and personality rights; this analysis is founded mainly on recent jurisprudential decisions.

Key words: renewable energy; conflicts of rights; biodiversity; personality rights

Sumário: 0. Energias renováveis e ambiente: uma relação saudável ou conflituosa?; **1.** O lado verde escuro das energias renováveis e a necessidade de sujeitar os centros de produção a prévia avaliação de impactos/incidências ambientais; **2.** Produção de energia renovável e protecção da biodiversidade: notas da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; **3.** Energias renováveis e protecção do ambiente - tensões anunciadas: **3.1.** Eólica; **3.2.** Grande hídrica; **4.** Energias renováveis e tutela dos direitos de personalidade e de propriedade: conflitos inesperados; **5.** Duas sugestões finais para um incremento da previsibilidade neste domínio

1. Este texto constituiu a base da intervenção da autora na *I Conferência de Lisboa de Direito da Energia: Estabilidade regulatória*, que decorreu no Auditório da Faculdade de Direito de Lisboa nos dias 23 e 24 de Novembro de 2015, sob a égide do CIDP, e com coordenação do Prof. Doutor Lourenço Vilhena de Freitas, e dos Mestres Francisco Paes Marques e Tiago Fidalgo de Feitas, a quem agradecemos o convite.

2. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigadora do CIDP. carlamadogomes@fd.ul.pt

0. Energias renováveis e ambiente: uma relação saudável ou conflituosa?

O Relatório da Agência Internacional de Energia recentemente publicado - *World Energy Outlook 2015*[3] - informa que, hoje, praticamente metade da energia produzida no Globo provém de fontes renováveis. Estima-se que em 2030 as renováveis superem as fósseis, mas tal desiderato implica uma continuação do investimento em formas limpas de geração de energia, uma vez que a inundação do mercado dos combustíveis fósseis em virtude da redução drástica de preços provocada pela técnica da fracturação hidráulica (*fracking*) não dá tréguas. A descarbonização é imperiosa, não só para que os Estados sem petróleo e gás natural não fiquem reféns destas fontes, comprometendo a sua independência energética (e, concomitantemente, económica), como em atenção ao cumprimento dos objectivos traçados em Paris, de redução do aquecimento global a "apenas" mais 1,5ºC relativamente aos valores pré-industriais.

Tendo em conta esta meta, a Agência Internacional de Energia recomenda as seguintes acções conjugadas:

- o incremento da eficiência energética nos sectores da indústria, construção e transportes;
- o encerramento progressivo de centrais de produção de energia a partir de combustíveis fósseis e a proibição de construção de novas instalações;
- o aumento do investimento no domínio das energias renováveis de 270 biliões de dólares em 2014 para 400 biliões de dólares em 2030;
- a paulatina supressão dos subsídios a consumidores finais de fontes fósseis até 2030;
- a redução das emissões de metano na produção de gás e petróleo.

Estas exortações fazem crer que a via das energias renováveis é um dos pilares fundamentais para salvar o Mundo – pelo menos no que à emissão de gases com efeito de estufa e correlativo aquecimento global diz respeito. Porém, a reconversão energética não só tem custos económicos altos (perda de utilidade rural do solo rústico; equipamento de novas centrais electroprodutoras; reforço das redes de distribuição; reestruturação tecnológica ao nível dos transportes), como não é tão ambientalmente favorável – ou inócua, pelo menos – como num primeiro relance se poderia imaginar. As "contraindicações" ao cultivo de matéria-prima para fabrico de biocombustíveis, aditadas ao quadro regulatório das energia renováveis no domínio do Direito da União Europeia – referimo-nos, naturalmente, aos critérios de "sustentabilidade" ecológica constantes do artigo 17 da Directiva 29/2008/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril - são disso exemplo[4]. Mas há mais.

3. *World Energy Outlook* 2015, Novembro de 2015 - disponível em https://www.iea.org/Textbase/npsum/WEO2015SUM.pdf

4. Há, efectivamente, várias contraindicações relativamente às energias renováveis. As

Os atritos mais visíveis surgem nos domínios dos parques eólicos e das grandes barragens. Os primeiros são grandes inimigos de espécies que transitam nos ares; as segundas são fortes adversárias da biodiversidade terrestre. Ambos se revelam "devoradores de espaço" – urbano e não urbano – e promovem alterações, mais ou menos intensas, da paisagem. É devido a este "lado lunar" das energias renováveis que uma avaliação prévia dos impactos das centrais electroprodutoras se impõe.

1. O lado verde escuro das energias renováveis e a necessidade de sujeitar os centros de produção a prévia avaliação de impactos/incidências ambientais

A produção de energias renováveis obedece a um quadro regulatório específico, vertido no Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto (na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro), e pode adoptar um de dois regimes (de licença e de comunicação prévia). O regime de licença é aplicável sempre que a instalação deva submeter-se a avaliação de impacto prévia, ambiental ou de incidências, nos termos dos artigos 33º-D/2 e 33º-E/1, e dos Decretos-Leis n.ºs 151-B/2013, de 31 de Outubro, e 140/99, de 24 de Abril (alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro[5])[6].

O procedimento de avaliação de impacto ambiental está actualmente regulado no Decreto-Lei n.º 151-B/2013 (Regime da Avaliação de Impacto Ambiental, doravante RAIA). Este diploma faz expressa alusão a grandes empreendimentos hidroeléctricos (Anexo I, n.º 15: barragens com capacidade superior a 10 milhões de m3) e outros do mesmo género mas com menor capacidade [Anexo II, n.º 10, alínea g)], bem como a aproveitamentos de energia hídrica de menor porte [Anexo II, n.º 3, alínea h)]; e a (alguns) parques eólicos [Anexo II, nº 3, alínea i)][7]. O RAIA não menciona nem parques solares, nem parques de produção de energia das ondas, pelo que, dada a necessidade de tipificação de conceito que resulta do artigo 1º, n.º 3, estes deverão seguir outra forma de avaliação de impacto ambiental[8].

---

dúvidas suscitadas pela expansão de áreas de cultivo de biocombustíveis foram uma das razões da revisão da directiva vigente, e foram-no novamente agora, em 2015. A directiva 2015/1513, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro, que altera a directiva 28/2009/CE, aposta na combustão de resíduos em vez de biocombustíveis, apelando à evolução para uma *sociedade de reciclagem* – cfr. o consid. 15 do Prêambulo.

5. O Decreto-Lei n.º 140/99 foi objecto de uma segunda alteração pelo Decreto-Lei n.º 156-A/2013, de 8 de Novembro.

6. Sobre os regimes autorizativos actuais, veja-se CARLA AMADO GOMES/RAQUEL FRANCO/DIOGO CALADO, Energias renováveis em portugal: evolução e perspectivas**,** na revista *Epublica: Revista electrónica de Direito Público*, n.º 1, 2014, disponível em http://e-publica.pt/energiasrenovaveisportugal.html; e CLÁUDIA DIAS SOARES e SUZANA TAVARES DA SILVA, Direito das Energias Renováveis, Coimbra, 2014, pp. 148 ss.

7. Nomeadamente, os que tiverem 20 ou mais torres aerogeradoras (em área não sensível) e 10 ou mais (em área sensível).

8. Salvo se forem, por despacho ministerial conjunto emitido nos termos do artigo 1º, n.º 4, sujeitos a esta metodologia.

Quanto aos projectos tipificados, cumpre assinalar que podem ser sujeitos a AIA projectos que se situem abaixo dos limiares indicados nos Anexos: por decisão da entidade licenciadora (Direcção-Geral de Energia e Geologia, doravante DGEG), quando se localizarem em áreas não sensíveis - cfr. o artigo 1.º, n.º 3, alínea iii) do RAIA; e por decisão da autoridade da AIA (Agência Portuguesa do Ambiente ou CCDR, nos termos do artigo 8.º do RAIA), quando se situarem em áreas sensíveis[9]. A decisão de submissão a AIA é tomada de acordo com os trâmites descritos no artigo 3.º do RAIA[10].

O RAIA vem ainda estabelecer, no mesmo artigo 3.º, que alterações ou ampliações a projectos autorizados, executados ou em execução possam, em determinadas circunstâncias, ser sujeitos a AIA - circunstâncias essas descritas nas alíneas a), b) e c). Julgamos que o regime "de favor" de que goza a energia eólica, actualmente plasmado no artigo 5º do Decreto-Lei n.º 94/2014, de 24 de Junho (que revogou os artigos 3.º a 3.ºC do Decreto-Lei n.º 225/2007, de 31 de Maio, bem como o Decreto-Lei n.º 51/2010, de 20 de Maio, de onde transitou o regime[11]), que permite um sobre-equipamento até 20% da capacidade instalada sujeito a autorização da DGEG[12], é uma das situações a que se aplica o artigo 1.º, n.º 3, alínea b), subalínea ii) do RAIA (o qual isenta de AIA alterações ou ampliações que atinjam os limiares e que sejam, em si mesmas, inferiores a 20% da capacidade instalada ou da área de instalação do projecto existente)[13].

Os casos aos quais não seja aplicável a AIA e se situem em áreas sensíveis - zonas de Reserva Ecológica Nacional; sítios da rede Natura 2000; zonas protegidas da Rede Nacional de Áreas Protegidas, nos termos do nº 1 do artigo 33.º-R do Decreto-Lei n.º 172/2006 - cairão sob a égide da avaliação de incidências ambientais. Deve recordar-se que este procedimento, que o Decreto-Lei n.º 172/2006 descreve, tem a sua inspiração no Decreto-Lei n.º 140/99, na redacção

9. Para a definição de áreas sensíveis, cfr. o artigo 2.º, alínea a) do RAIA - note-se a diferença entre esta norma e o que resulta do nº 1 do artigo 33.º-R do Decreto-Lei n.º 172/2006: este inclui as áreas de Reserva Ecológica Nacional, que o primeiro não considera; o RAIA abarca, em contrapartida, áreas de protecção de imóveis de interesse cultural, descartadas pelo Decreto-Lei n.º 172/2006.

10. Esta norma, inovadora em face do regime anterior, acolhe uma diferença fundamental entre as decisões tomadas pela entidade coordenadora (relativamente a áreas não sensíveis) e a Autoridade da AIA (relativamente a áreas sensíveis): no primeiro caso, o silêncio vale não submissão; no segundo caso, vale submissão (cfr. os nºs 4 e 7 do artigo 3.º do RAIA).

11. Que passou a permitir que o sobre-equipamento integre (mais) uma instalação electroprodutora detida por pessoa jurídica diversa da titular da primitiva.

12. O procedimento encontra-se descrito em pormenor na Portaria n.º 102/2015, de 7 de Abril, cujo artigo 9.º, n.º 2 dispõe que "A Declaração de Impacte Ambiental (DIA), a Declaração de Incidências Ambientais (DIncA), ou outras licenças, autorizações, pareceres ou declarações de aceitação de entidades competentes que nos termos da legislação aplicável constituam requisito para a autorização da instalacção do sobre-equipamento, integram o conjunto de obrigações a cujo cumprimento se vincula o titular da autorização para sobre-equipamento e da licença de produção de eletricidade do centro eletroprodutor sobre-equipado".

13. A pergunta que remanesce prende-se com a eventualidade de, situando-se tais parques em zonas sensíveis, escaparem ainda assim à avaliação de incidências ambientais. Julgamos que o objectivo da norma especial é, justamente, o de consagrar um regime de isenção implícita - o qual, no entanto, poderá ser afastado pela DGEG, obrigando o operador à apresentação de um estudo de incidências ambientais.

dada pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, ambos *supra* citados (diploma que incorpora o regime da rede Natura 2000, doravante RRN2000) - o qual se revela altamente lacunar. A extensão desta metodologia de avaliação a áreas outras que as de rede Natura 2000 é de aplaudir, desde logo por uma questão de harmonização de regimes com objectivos similares, afastando a caracterização da existência de valores de biodiversidade de primeira e de segunda. O que é criticável é que, em nome da unificação, se degrade o nível de protecção - e que nessa degradação se incluam também os sítios da rede Natura 2000. Expliquemo-nos.

O Decreto-Lei n.º 172/2006 admite a emissão de declarações de incidências ambientais condicionalmente favoráveis (cfr. o nº 2 do artigo 33.º-T)[14], figura que, do nosso ponto de vista, o RRN2000 afasta taxativamente[15] (cfr. o n.º 9 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99)[16]. Isto porque o regime da rede Natura 2000 é especialmente restritivo, em razão da fragilidade dos valores de biodiversidade em jogo, não admitindo, em regra, impactos significativos na estrutura da rede. Tal não significa, todavia, que estejam totalmente arredadas quaisquer intervenções nestes espaços, mas apenas que tais intervenções devem ser justificadas à luz de um juízo político, que exprima a preponderância de interesses socioeconómicos *in casu* considerados superiores à preservação ambiental. Tal juízo deve fazer-se preceder de um estudo exaustivo de alternativas à intervenção agressiva na rede e deve estatuir sobre as medidas compensatórias e minimizatórias necessárias à implantação do empreendimento (cfr. o artigo 10º, n.ºs 10 a 13 do RRN2000).

A coincidência de alguns empreendimentos de produção de energia a partir de fontes renováveis pretenderem situar-se em zonas de biodiversidade protegida, *maxime* de rede Natura 2000, provoca conflitos entre dois objectivos de protecção do ambiente: a produção de energia "limpa" e a preservação de determinadas espécies e habitats[17]. Deve assinalar-se que, ao contrário das

14. Ou seja, se são condicionalmente favoráveis é porque não são inquestionavelmente favoráveis, revelando riscos significativos de danos para os valores de biodiversidade, que terão que ser compensados antes de o projecto entrar em funcionamento e justificados do ponto de vista político-social.

15. Pronunciando-se favoravelmente a esta solução, CLÁUDIA DIAS SOARES e SUZANA TAVARES DA SILVA, Direito..., pp. 183-185.

16. Leia-se o dispositivo citado: "9. As acções, planos ou projectos previstos no nº 1 apenas são autorizados quando tiver sido assegurado que não afectam a integridade do sítio da lista nacional de sítios, do sítio de interesse comunitário, da ZEC ou da ZPE em causa". No mesmo sentido, o Acórdão do STA, de 5/4/2005, proc. 01456/03 (todos os arestos de tribunais administrativos portugueses podem ser consultados em http://www.dgsi.pt), e o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26/10/2006 (caso C-239/04, o célebre caso *Castro Verde,* que opôs a Comissão ao Estado português), no qual o Tribunal de Justiça obtemperou que *"…a autorização de um plano ou de um projecto como o aqui em causa só pode ser concedida na condição de as referidas autoridades terem a certeza de que é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em questão. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de tais efeitos"* (todos os acórdãos do Tribunal do Luxemburgo citados podem ser consultados em www.curia.eu) .

17. Para um levantamento das tensões verificadas por instalações: no meio marinho, RICHARD INGER *et alii,* Marine renewable energy: potential benefits to biodiversity? An urgent call for research*, in Journal of applied ecology*, vol. 46, 2009, pp. 1145 ss, disponível em http://www.seaturtle.org/PDF/Ocr/IngerR_2009_JApplEcol.pdf; em aves e morcegos, HERMANN HOTKER, KAI-MICHAEL THOMSEN, HEIKE JEROMIN, Impacts on biodiversity of ex-

centrais de produção de energia a partir de combustíveis fosseis, não é arbitrária a localização das centrais de energias renováveis, na medida em que é necessário aproveitar os locais de maior vento, de melhor caudal, de maior ondulação, dependendo do tipo de energia cujo aproveitamento se pretende realizar. Ora, a presença de valores de biodiversidade pode constituir um obstáculo, por vezes intransponível, à instalação da central.

2. Produção de energia renovável e protecção da biodiversidade: notas da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

A possibilidade de razões socioeconómicas imperativas, a par da comprovação de inexistência de alternativas tecnicamente viáveis à instalação de uma central electroprodutora, poderem abrir uma brecha na armadura protectora do regime de protecção da biodiversidade, *maxime* no âmbito do regime da rede Natura 2000 (rede que engloba cerca de 26.000 espécies e cobre cerca de 18% da área da União Europeia), é especialmente preocupante e ilumina a provavelmente maior fractura entre energias renováveis e protecção do ambiente. Deve frisar-se que a Estratégia da União Europeia para a energia[18], a Estratégia da União Europeia para o combate às alterações climáticas[19], e a Estratégia da União Europeia para a protecção da biodiversidade[20] gozam de idêntica legitimidade, sendo que a última se tem revelado altamente deficitária, com perdas monumentais de biodiversidade registadas nas últimas décadas.

Note-se que o problema não reside na possibilidade de um interesse socioeconómico prevalecer sobre um interesse ambiental – isso é permitido pelo RRN2000. Mas essa "concessão" pressupõe uma tríplice condição: ser esse interesse social ou económico de extrema relevância; ter havido uma exaustiva busca de alternativas; e poderem ser determinadas medidas compensatórias que atenuem a perda *in situ* através de medidas de reequilíbrio que beneficiem a rede no seu todo. Ora, esta ponderação, no RRN2000, sucede forçosamente a uma declaração de incidências negativa. Mas se a lei reguladora do regime de produção de energia renovável admite que podem emitir-se declarações condicionadas - ou seja, permeáveis a um risco não excluível -, isso leva a uma degradação da protecção que assenta na presunção de que a produção de energia a partir de fontes renováveis constitui um interesse socioeconómico

ploitation of renewable energy sources: the example of birds and bats, editor Michael-Otto-Institut im NABU, 2006 - disponível em http://eolien-biodiversite.com/IMG/pdf/englischewindkraftstudie_1252510701.pdf

18. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social europeu e ao Comité das Regiões, *Energia 2020: Estratégia para uma energia competitiva, sustentável e segura* - COM(2010) 639 final.

19. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social europeu e ao Comité das Regiões, *Estratégia da União Europeia de adaptação às alterações climáticas* - COM(2013) 216 final.

20. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social europeu e ao Comité das Regiões, *O nosso seguro de vida, o nosso capital natural: Estratégia da União Europeia para a biodiversidade 2020* - COM/2011/0244 final.

superior e que a localização escolhida não contempla alternativas. Basta, então, decretar medidas compensatórias e minimizatórias na declaração de incidências/ declaração de impacto ambiental.

Pois bem: como se frisou já, a possibilidade de existirem declarações de incidências ambientais condicionalmente favoráveis – ou seja, em que o risco de afectação significativa da biodiversidade se não pode excluir *de todo* – não só atenta contra o disposto no RRN2000, como contraria a jurisprudência europeia sobre o tema, que se ancora no *leading case Waddenzee* (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE) de 7/09/2004, caso C-127/02,) e que teve já ecos posteriores em outros arestos, nomeadamente no Acórdão do TJUE de 26/10/2006, caso C-239/04, que opôs a Comissão a Portugal no conhecido caso *Castro Verde*.

A jurisprudência *Waddenzee* postula uma interpretação restritiva das normas de protecção sobre a rede Natura 2000, concretamente no que concerne à aferição do risco de afectação da integridade da rede. Assim, o TJUE sublinha, no consid. 4 da súmula decisória, o seguinte:

> *"Por força do artigo 6.°, n.° 3, da Directiva 92/43, uma avaliação adequada dos efeitos do plano ou do projecto sobre o sítio em questão implica que, antes da sua aprovação, sejam identificados, tendo em conta os melhores conhecimentos científicos na matéria, todos os aspectos do plano ou do projecto que possam, por si sós ou em conjugação com outros planos ou projectos, afectar os objectivos de conservação desse sítio. As autoridades nacionais competentes, tendo em conta a avaliação adequada dos efeitos da pesca mecânica de berbigão no sítio em causa à luz dos objectivos de conservação deste último,* ***só autorizam essa actividade desde que tenham a certeza de que esta é desprovida de efeitos prejudiciais para a integridade desse sítio. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável do ponto de vista científico quanto à inexistência de tais efeitos"*** (realçado e sublinhados nossos).

Em sede específica de empreendimentos dedicados ao aproveitamento de energias renováveis sediado em zonas de rede Natura 2000, deve referir-se aqui o caso apreciado pelo TJUE em Acórdão de 21/07/2011 (caso C-2/10), no qual o Tribunal do Luxemburgo confirmou a conformidade ao Direito da União Europeia de um regulamento editado pelas autoridades italianas da região de Puglia onde se proíbe a instalação de novos parques eólicos não destinados ao autoconsumo com potência igual ou inferior a 20KW, em nome do princípio da protecção mais elevada das espécies presentes na zona, integrada em rede Natura 2000. Esta medida, que se traduz numa autêntica contingentação, foi contestada por uma empresa que pretendia instalar aerogeradores na zona, apelando ao objectivo de geração de "energia limpa", consagrado no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE). O Tribunal obtemperou, em resposta, o seguinte (consid. 55-57):

> *"As recorrentes no processo principal alegaram a este respeito que o objectivo de desenvolvimento de energias novas e renováveis, conforme estabelecido para a política da União pelo artigo 194°, n° 1, alínea c), TFUE, deve primar sobre os objectivos de protecção do ambiente prosseguidos pelas directivas «habitats» e «aves».*
>
> A este respeito, bastar recordar que ***o artigo 194° TFUE enuncia no seu n° 1 que a política da União no domínio da energia deve ter em conta a exigência de preservação e melhoria do ambiente***.
>
> *Além disso,* ***uma medida como a que está em causa no processo principal,*** *que proíbe apenas a instalação de novos geradores eólicos não destinados ao autoconsumo nos sítios que pertencem à rede Natura 2000, podendo os geradores eólicos destinados ao autoconsumo com uma potência igual ou inferior a 20 KW ser excluídos,* ***não é, pelo seu alcance limitado, susceptível de pôr em perigo o objectivo da União de desenvolvimento de energias novas e renováveis"*** (realçados nossos).

O Tribunal, contudo, não deixou de advertir as autoridades italianas – e o tribunal nacional – sobre a necessidade de tais medidas restritivas, ainda que legítimas, se deverem pautar pelos princípios da não discriminação e da proporcionalidade, a fim de se manterem conformes com o Direito da União Europeia na sua integridade principiológica.

Um outro caso a que cumpre aludir foi apreciado pelo TJUE em 14 de Janeiro de 2016 — caso C-141/14. Tratou-se de uma acção por incumprimento movida pela Comissão contra a Bulgária, assente, por um lado, em não qualificação como área de rede Natura 2000 de uma zona designada por "sítio de Kaliakra", rica em biodiversidade especialmente carenciada de medidas especiais de protecção e, por outro lado, de não ter ponderado os efeitos cumulativos de vários projectos de parques eólicos no sítio de Kaliakra, onde se detecta a presença de gansos de pescoço ruivo, espécie em risco de extinção. Mesmo tendo sido realizada uma avaliação posterior à entrada em funcionamento dos aerogeradores da qual resultou a conclusão de que a espécie continuava a frequentar a zona, o TJUE não deixou de constatar o incumprimento (consid. 75-77), uma vez que:

> *"…a exploração de instalações eólicas é suscetível de provocar perturbações significativas e uma deterioração dos habitats de espécies de aves protegidas. O facto de, segundo os resultados das observações realizadas pela central eólica «AES Geo Energy», a que se refere a República da Bulgária, as zonas em causa continuarem a ser frequentadas pelos gansos-de-pescoço-ruivo e de, quando as condições de vento são favoráveis, o fluxo*

> *migratório se concentrar no sítio de Kaliakra não se opõe a esta conclusão. Com efeito,* ***as obrigações de proteção existem mesmo antes de se verificar uma diminuição do número de aves ou de se concretizar a ameaça de extinção de uma espécie de ave protegida*** *(...). Além disso, conforme salientou a advogada-geral (...), estes dados parecem indicar uma perda de atratividade, visto que a utilização das superfícies pelos gansos-de-pescoço-ruivo é inferior relativamente aos picos registados antes da construção das turbinas eólicas"* (realçado nosso).

No âmbito deste texto, e ainda que fora do regime da rede Natura 2000, cumpre também assinalar a decisão prolatada pelo TJUE em 3/07/2008, no caso C-215/06. Trata-se de um processo de incumprimento que opôs a Comissão à Irlanda e no qual se enfatizou a necessidade de submeter a aprovação de um mega parque eólico a prévia avaliação de impacto ambiental, metodologia desconsiderada pelo Estado irlandês[21]. A ausência de ponderação de impactos terá sido causa de um desastre ecológico de proporções significativas, provocado por um deslizamento de terras que arrastou uma massa de turfa presente na zona de construção do parque eólico. Esta torrente veio a desaguar no rio Owendalulleegh e originou a morte de cerca de 50 000 peixes, além de ter danificado duradouramente os locais de reprodução das espécies.

O TJUE assinalou expressivamente (consid. 102-103) que

> "*A este propósito, importa sublinhar que os projectos de extracção de turfa e de minerais bem como de construção de estradas em causa não eram insignificantes em termos de dimensão relativamente à área global do projecto de parque eólico, que abrangia cerca de 200 ha de turfeiras e constituía o maior projecto deste tipo na Irlanda, e, por outro lado, eram indispensáveis à instalação das turbinas e ao bom desenrolar de todas as obras de construção. Também se deve sublinhar que as referidas obras foram efectuadas na encosta do monte Cashlaundrumlahan, onde se encontram depósitos de turfa que podem atingir 5,5 m de profundidade e que estão, em larga medida, cobertos de floresta.*
>
> *Resulta destes elementos, não contestados pela Irlanda, que a localização e a dimensão dos projectos de trabalhos de extracção de turfa e de minerais bem como de construção de estradas e o facto de se situarem nas proximidades de um rio constituem características concretas comprovativas de que se deve considerar que os referidos projectos, indissociáveis da instalação de 46 turbinas eólicas, podem ter efeitos significativos no ambiente, devendo, por conseguinte, ser sujeitos a um estudo dos seus efeitos no ambiente".*

21. Ver, sobre a conciliação do regime da rede Natura 2000 com a expansão de parques eólicos, *in shore* e *off shore*, na União Europeia, o *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation,* 2001, disponível em http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/Wind_farms.pdf

O TJUE deixa, assim, bem clara a preferência que os valores da rede Natura 2000, porque únicos e especialmente frágeis, adquirem perante interesses socioeconómicos, prevalência essa que, não sendo absoluta, obriga a uma justificação especialmente desenvolvida para ser afastada, além de dever ser sempre acompanhada da fixação de medidas compensatórias das perdas a favor do equilíbrio da rede no seu todo. Tais medidas podem, no entanto, revelar-se insuficientes no caso de espécies ou habitats prioritários – aqueles a que se refere a directiva *habitats*[22] no seu artigo 6, n.º 4, 2.º travessão, assim como o RRN2000, no artigo 10.º, n.º 11 -, só podendo estes ser sacrificados em nome da salvaguarda de fins de saúde ou segurança públicas, ou por razões "benéficas primordiais para o ambiente" – ou ainda, eventualmente, outras imperativas razões, mas sempre após parecer prévio da Comissão Europeia. Trata-se, no fundo, de admitir a "opção zero", de não utilização/não destruição do recurso em homenagem às suas características únicas para a identidade e equilíbrio da rede Natura 2000.

O TJUE deu particular enfoque a este aspecto no seu acórdão de 11/04/2013, caso C- 258/11, no qual estava em causa a destruição de catorze habitats prioritários em virtude da construção de uma estrada de circunvalação da cidade de Galway, na Irlanda. A questão da quase blindagem de habitats prioritários é desenvolvida nos consid. 43-47, que se transcrevem:

> *"Por conseguinte,* ***as autoridades nacionais competentes não podem autorizar intervenções que envolvam o risco de comprometer seriamente as características ecológicas desses sítios que alojam tipos de habitats naturais prioritários.*** *Tal é, designadamente, o caso quando uma intervenção pode conduzir ao desaparecimento ou à destruição parcial e irreparável de um tipo prioritário de habitat natural presente no sítio em causa (…).*
>
> No que respeita à avaliação efetuada nos termos do artigo 6.°, n.° 3, da diretiva «habitats», importa precisar que a mesma não pode apresentar lacunas e deve conter constatações e conclusões completas, precisas e definitivas, suscetíveis de dissipar toda e qualquer dúvida cientificamente razoável quanto aos efeitos dos trabalhos projetados no sítio protegido em causa (…). Incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar se a avaliação das incidências no sítio corresponde a essas exigências.
>
> No processo principal, importa recordar que o SIC de Lough Corrib foi designado como sítio que aloja um tipo prioritário de habitat devido,

22. A directiva *Habitats* incorpora a directiva 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio, actualmente alterada pela directiva 97/62/CE, de 27 de Outubro; pelo Regulamento (CE) 1882/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Setembro, e pela directiva 2006/105/CE, do Conselho, de 20 de Novembro. A directiva *Aves* corresponde à directiva 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril, alterada pela directiva 2009/147/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro. Ambas constituem o regime da rede Natura 2000.

> nomeadamente, à presença nesse sítio de lajes calcárias, um recurso natural que, uma vez destruído, não pode ser substituído. Tendo em conta os critérios acima evocados, o objetivo de conservação corresponde, assim, à manutenção num estado de conservação favorável das características constitutivas do referido sítio, a saber, a presença de lajes calcárias.
>
> Por conseguinte, ***se, na sequência da avaliação adequada das incidências de um plano ou de um projeto no sítio, efetuada com base no artigo 6.°, n.° 3, primeira frase, da diretiva «habitats», a autoridade nacional competente concluir que este plano ou projeto provocará a perda duradoura e irreparável do todo ou de uma parte de um tipo prioritário de habitat natural cujo objetivo de conservação justificou a designação do sítio em causa como SIC, há que considerar que esse plano ou projeto afetará a integridade do referido sítio***.
>
> Nestas condições, o referido plano ou projeto não pode ser autorizado com fundamento na referida disposição. *Todavia, nesta situação, essa autoridade poderia, se for caso disso, conceder uma autorização nos termos do artigo 6.°, n.° 4, da diretiva «habitats», desde que se encontrem preenchidos os requisitos aí estabelecidos* (…)" (realçados nossos).

Em suma: na óptica do Tribunal do Luxemburgo, em caso de dúvida sobre a afectação de habitats prioritários em zonas de rede Natura 2000, a opção é não autorizar. Salvo se forem invocadas ponderosas razões de saúde ou segurança pública[23], ou melhorias substanciais para o estado do ambiente – e aí devidamente acompanhadas das medidas compensatórias possíveis.

3. Energias renováveis e protecção do ambiente - tensões anunciadas:

Se é verdade que as centrais electroprodutoras de energia a partir de fontes renováveis conheceram em Portugal um crescimento assinalável desde final da década de 1990[24], não é menos verdade que a instalação de algumas tem merecido oposição, por vezes feroz, de grupos ecologistas e da população vizinha. Isto

23. Relembre-se o *leading case* nesta sede: Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 1991, caso C-57/89 (caso *Leybucht dykes*), no qual se dirimiu um conflito entre a Comissão e a Alemanha, em sede de acção por incumprimento da directiva Aves e no qual o Tribunal admitiu como legítima a desafectação implícita de uma zona protegida pela rede Natura 2000 (construção de diques) em homenagem a um objetivo de segurança das populações (fustigadas pelas cheias recorrentes).

24. Para um traçado evolutivo do quadro das fontes de energia em Portugal, fósseis e renováveis, actualizado a 2013, veja-se o relatório da DGEG *Energia em Portugal 2013*, disponível em http://www.apren.pt/fotos/newsletter/conteudos/energiapt_2013_dgeg_1433429705.pdf

tem sucedido sobretudo a propósito de dois tipos de equipamentos: os parques eólicos e as grande barragens.

3.1. Eólica

Os conflitos que envolvem parques eólicos e associações de defesa do ambiente têm a sua raiz, na sua grande maioria, na alegada perturbação de espécies migratórias em rota ou de alguma espécie de morcegos. Nos tribunais portugueses, há jurisprudência com resultados díspares.

Por exemplo, no caso apreciado pelo acórdão do Tribunal Central Administrativo-Sul de 31/03/2011 (no proc. 06793/10), foi solicitada ao tribunal pela Quercus providência cautelar que determinasse a suspensão de construção e funcionamento de três de sete aerogeradores de um parque eólico de Algar da Água, uma vez que tal instalação punha em causa a vida de uma espécie de morcegos protegida no âmbito da RN2000. Na primeira instância, e em juízo confirmado pelo Tribunal Central Administrativo (doravante, TCA), decidiu-se pela "proibição de qualquer actividade de construção ou montagem de qualquer parte ou componente do aerogerador AG4, no período compreendido entre trinta minutos antes do pôr-do-Sol e o nascer do Sol, nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro e ainda Março e Abril e, relativamente ao período de exploração do mesmo AG4, condicionar o início de rotação da turbina de rotação eólico ou arranque e o seu funcionamento à velocidade do vento (5) metros, no período compreendido entre trinta minutos antes do pôr-do-Sol e o nascer do Sol, nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro e ainda Março e Abril", substituindo assim a providência solicitada – de suspensão total do funcionamento de três aerogeradores - em nome de um critério de proporcionalidade e conciliação de interesses.

O saldo da contenda pautou-se por uma decisão de equilíbrio de interesses, revelando a sensibilidade do Tribunal aos valores ambientais em jogo, tanto do ponto de vista da produção de "energia limpa" como da preservação de uma espécie ameaçada[25].

Já no caso do parque eólico do Barão de São João (analisado em última instância por acordão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/04/2005, no proc. 01456/03), houve formação silente de declaração de impacto ambiental favorável, depois revogada por acto expresso desfavorável em razão da verificação da presença de valores de rede Natura 2000, juízo negativo esse não "trunfado" por despacho de alegação de interesse público de superior relevo (na excepção aberta pelo RRN2000). A operadora apontou inúmeros erros de facto na qualificação da zona

25. Mais desenvolvidamente sobre este caso, veja-se a anotação ao aresto por Carla AMADO GOMES, subordinada ao título Nem tudo o vento levou... , inserida no livro digital da autoria da mesma, *Direito do Ambiente - Anotações Jurisprudenciais Dispersas*, ICJP, 2013, pp. 31 segs, disponível em http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jurisprudencia_final_comisbn.pdf

onde se encontrava o parque eólico – nomeadamente, não ser zona de protecção especial-ZPE formalmente classificada -, alegando invalidade do indeferimento da pretensão. Em contrapartida, um dos argumento da Administração ambiental foi o de que a zona estava já bastante saturada de parques – que o operador contrariou, assinalando que a lei não permite invocar tal fundamento mas apenas a incapacidade/saturação da rede de distribuição.

Neste caso, a decisão foi totalmente desfavorável ao operador, apelando ao interesse preservacionista sobre o interesse económico (e de geração de energia renovável) – embora a fundamentação se revele algo frágil, sobretudo em face da alegação de erro de facto sobre a qualificação da zona de localização do parque. O reforço argumentativo poderia passar pela observação de que a preservação de valores de biodiversidade passa não só pelo condicionamento de actividades na zona propriamente dita como também pela eventual extensão deste condicionamento, embora em menor grau, a zonas circundantes ou no *continuum naturale* relevante para a protecção das espécies em causa[26].

Um outro caso bem recente, este poupado às lides judiciais, foi o caso do "chumbo" do parque eólico de Torre de Moncorvo por declaração de impacto ambiental desfavorável do Ministro do Ambiente. Este parque, que envolvia a colocação de trinta torres aerogeradoras de cerca de cento e vinte metros de altura nas colinas de paisagem protegida do Alto Douro Vinhateiro, foi reprovado pelo Ministro sobretudo em razão da afectação de espécies e habitats prioritários como os zimbrais – floresta endémica de *Juniperus spp*. -, relativamente aos quais as orientações de gestão da rede Natura 2000 em vigor recomendam a interdição da alteração do uso do solo, bem como do risco para aves migratórias e morcegos. Segundo notícia veiculada pela Quercus[27], a declaração de impacto ambiental desfavorável emitida assinala que foram identificadas na área de implantação do projecto catorze espécies protegidas de aves de rapina, sendo que quatro têm o estatuto "em perigo", e duas são consideradas "vulneráveis" – que correriam risco de colisão com aerogeradores e com linhas eléctricas. Consta ainda da declaração de impacto ambiental que o parque constituiria um factor de risco para a comunidade de morcegos, no âmbito da qual foram identificadas vinte e quatro espécies, nove delas com estatuto de ameaçada.

3.2. Grande hídrica

O caso da grande hídrica reveste-se de uma controvérsia particular - mundial de resto, sobretudo após a publicação de um estudo da Universidade de Oxford,

26. Sobre a importância da noção de *continuum* naturale para a protecção da biodiversidade animal no âmbito da rede Natura 2000, veja-se o documento *Guidelines on wilderness in Natura 2000 – Management of territorial wilderness and wild areas within the Natura 2000 Network*, 2013, esp. pp. 17-18 - disponível em http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/wilderness/pdf/WildernessGuidelines.pdf

27. Cfr. http://www.quercus.pt/comunicados/2016-col-150/janeiro/4542-governo-chumba--parque-eolico-de-torre-de-moncorvo .

em Junho de 2014 na revista *Energy Policy*. Ao longo de quatro anos, os autores deste estudo - Atif Ansar, Bent Flyvbjerg e Daniel Alexander Budzier Lunn – debruçaram-se sobre as barragens construídas entre 1934 e 2007 cujos custos de construção estivessem analisados de forma fiável. Assim, foram alvo de atenção 245 projetos em 65 países, com um custo total de 353 bilhões de dólares (em preços de 2010). Os resultados da análise, em síntese, são impressionantes :

> • A construção de grandes barragens sofreu derrapagens de custos médios de 96%. O grau de excesso de custos aumenta na proporção da dimensão dos projectos. Mesmo sem considerar os custos sociais e ambientais, em média, as grandes barragens são empreendimentos injustificáveis do ponto de vista económico;
>
> • A implementação dos projetos sofre invariáveis atrasos numa média de 44%.

Em Portugal, esta conclusão é especialmente preocupante em razão da aprovação do Programa Nacional de Barragens com Elevado Potencial Hidroeléctrico (PNBEPH)[28], que determinou a construção de dez novas barragens (Foz Tua; Baixo Sabor; Padroselos; Alto Tâmega/Vidago; Daivões; Gouvães; Pinhosão; Girabolhos-Bogueira; Almourol; Alvito), além do reforço de algumas barragens já existentes (Picote; Alqueva; Bemposta)[29]. A produção de energia hídrica é essencial para colmatar a descontinuidade das restantes renováveis, *maxime* da eólica e, concomitantemente, para fazer com que Portugal cumpra o objectivo da produção de 20% de electricidade a partir de fontes renováveis em 2020, traçado na Directiva 28/2009[30].

Exemplar – não pelas melhores razões – nesta sede é o caso da construção da barragem do Baixo Sabor, a qual mereceu desde a primeira hora forte oposição da Quercus, que apresentou um pedido cautelar de paralisação das obras de construção da barragem, invocando lesão de espécies prioritárias da RN2000 sem que fossem oferecidas medidas de compensação suficientes. O TCA-Sul, em acórdão de 23/09/2010 (no proc. 04948/09), depois de analisar extensivamente os relatórios juntos ao processo, concluiu que não havia erro manifesto que lhe permitisse substituir os pareceres juntos aos autos – os quais atestavam a suficiência das medidas de compensação - pelos pareceres carreados pela Quercus

28. Programa Nacional de Barragens com Elevado Potencial Hidroeléctrico (PNBEPH) Memória, org. do Instituto da Água, IP; DGEG; REN, 2007, disponível em http://rioslivresgeota.org/wp-content/uploads/2015/04/plano_barragens_memoria_final1.pdf

29. Para uma informação mais actualizada do estado de implementação deste Plano, veja-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2013, de 10 de Abril, que aprova o Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética e o Plano Nacional de Acção para as Energias Renováveis – Ponto 3.2.1. deste último, relativo à energia hídrica.

30. Segundo a Estratégia Nacional para a Energia 2020 (ENE2020) – aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de Abril (hoje revogada pela Resolução citada na nota anterior) -, a implementação do programa nacional de barragens com elevado potencial hidroeléctrico permitiria atingir, em 2020, uma produção de cerca de 8600 MW.

no sentido da insuficiência de tais medidas, juízo que acarretaria a consequente invalidade da adjudicação do contrato de concessão de uso privativo do domínio público hídrico outorgado à EDP. Não concedeu, portanto, a suspensão requerida.

Assinale-se que ao TCA-Sul foi entregue a espinhosa missão de revisão da suficiência e adequação de medidas de compensação das perdas para a rede Natura originadas pela construção da barragem – uma tarefa altamente complexa e cuja competência cabe, em bom rigor, a biólogos. Não queremos com isto dizer que o tribunal não se pudesse fazer auxiliar por peritos na revisão dos pareceres entregues pela dona da obra; porém, em face da natureza da via processual – cautelar –, da magnitude do empreendimento, da tecnicidade da informação e, sobretudo, da equivocidade da teia legislativa, o tribunal optou por não afrontar a prossecução do "interesse público" de construção da barragem.

Cremos que o ambiente deveria ter triunfado neste embate, mesmo em sede cautelar e mesmo ponderado o custo de suspensão dos trabalhos de uma obra de tal magnitude. Isto porque se caracterizava a presença na zona de espécies *prioritárias* no quadro do RRN2000 o que deslocava a discussão sobre a *suficiência* das medidas compensatórias para a prova, ainda que perfunctória, da *possibilidade* do empreendimento e da exigência daquelas, perante a inexistência de alegação de razões de saúde ou segurança públicas ou de benefício primordial para o ambiente advenientes da construção da barragem (cfr. o artigo 10.º, n.º 11 do RRN2000). Claro que a ambiguidade do tecido legal (com as contradições, a que já aludimos, entre o RR2000 e o disposto no Decreto-Lei n.º 127/2006) não ajudou à iluminação dos Desembargadores…

Com efeito, neste caso da barragem do Baixo Sabor, extensivamente analisado por Andrew JACKSON[31], está sobretudo em jogo saber se e em que condições se pode lançar mão do mecanismo de derrogação de uma avaliação de incidências negativa, que o empreendimento começou por merecer (emitida em 1999) quando na zona classificada como rede Natura 2000 estão presentes espécies prioritárias. Ora, já sabemos que, perante uma avaliação de incidências negativa, o artigo 10º, n.º 11 do RRN2000 – mas não o Decreto-Lei n.º 172/2006... - só permite levar por diante o projecto caso se:

- demonstre a inexistência de alternativas: havia a alternativa Côa, que o Governo português, em 2007, descartou por ser 70% mais cara, menos eficiente e demorar mais 5 a 7 anos a construir do que a Barragem do Sabor – o que contrariaria a intenção de fazer o Sabor contribuir para conseguir alcançar a meta dos 20% de energia renovável em 2020, fixada na altura;

- demonstre que o projecto é decisivo para a salvaguarda de fins de saúde ou segurança públicas ou por razões "benéficas primordiais para o ambiente": a alegação da geração de energia limpa e do contributo para o cumprimento das metas de produção de energia a partir de fontes renováveis são, por isso, insuficientes;

31. ANDREW JACKSON, Renewable energy vs. biodiversity: Policy conflicts and the future of nature conservation, in *Global Environmental Change*, 2011/4, pp. 1195 ss - disponível em http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959378011001063

- demonstre a suficiência – mas desde logo a possibilidade - de medidas compensatórias das perdas para a rede: tratando-se de valores de biodiversidade longevos da Idade Média e absolutamente únicos na Europa, o conceito de medidas compensatórias fica neutralizado (salvo invocação de interesse social superior, conforme vimos no ponto anterior), devendo aceitar-se a opção zero em razão da absoluta infungibilidade dos valores em causa (e da não prevalência de outro interesse imperioso).

O caso da barragem do Sabor e a falta de tutela adequada dos valores de biodiversidade em jogo atestam bem (mal) o risco de adopção de uma presunção de legitimidade da *opção renováveis* em face de outros valores ambientalmente relevantes. Cumpre levar a sério o RRN2000, bem como o regime de tutela de outras espécies protegidas, fazendo uma ponderação equilibrada de interesses. Se os valores bióticos não forem prioritários, que se decretem medidas compensatórias adequadas e suficientes – e aqui fica a chamada de atenção para o carácter altamente lacunar deste conceito[32]. Se os valores de biodiversidade forem prioritários, há que ter em conta a opção zero e deixar cair o empreendimento.

4. Energias renováveis e tutela dos direitos de personalidade e de propriedade: conflitos inesperados

A instabilidade no domínio da instalação e funcionamento de centrais de energia renovável não advém apenas de condicionantes ecológicas; por vezes, os problemas têm a sua origem em conflitos com direitos reais ou de personalidade.

O Supremo Tribunal de Justiça (doravante, STJ) já teve oportunidade de se debruçar sobre pelo menos três casos envolvendo atrito entre particulares, brandindo de uma banda direitos à "paisagem", à integridade psíquica (tranquilidade), e à propriedade e, de outra banda, o direito de iniciativa económica do operador da instalação electroprodutora, suportado pelo interesse geral de produção de "energia limpa". Os casos tiveram desfechos diversos, como se verá de seguida.

Por ordem cronológica, o primeiro caso foi decidido pelo STJ, em revista excepcional, em 6/09/2011 (no proc. 111/09.7TBMRA.E1.S1) e opôs um proprietário de um terreno rústico no qual existia uma habitação, onde residia há décadas, a um operador de uma central fotovoltaica – a actualmente maior da Europa, a central da Amareleja. Segundo o residente, a instalação dos painéis nas terrenos circundantes "enclausurou-o", tendo afectado o seu "direito à paisagem" – além de lhe ter retirado a opção de instalar em sua casa um turismo rural e de

32. Cfr. CARLA AMADO GOMES e LUIS BATISTA, A biodiversidade à mercê dos mercados? - Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade**,** *in Compensação ecológica, serviços ambientais e protecção da biodiversidade*, coord. de Carla Amado Gomes, ICJP, 2014, pp. 32 ss – disponível em http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_comp_eco.pdf

afastar do seu convívio a família, incomodada pela sensação de cerco. Por essa razão, pediu o arbitramento de duas indemnizações, uma por danos morais, outra por danos patrimoniais.

O Supremo desatendeu o recurso, negando, por um lado, a existência do alegado "direito à paisagem" e, por outro lado, afirmando que não havia no processo qualquer prova de ilicitude da conduta do operador, que se encontrava na posse de todas as autorizações administrativas necessárias para desenvolver a actividade. Quanto ao "direito à paisagem", o STJ considerou-o um interesse difuso, na medida em que "pertence a todos os cidadãos, independentemente de serem ou não proprietários de determinado terreno", não gerando a sua afectação, portanto, qualquer ofensa particularizável na esfera jurídica do autor.

No que toca à ilicitude da instalação, a Alta Instância admitiu que pudesse ter havido irregularidades no licenciamento da central (por desafectação da área de Reserva Ecológica Nacional e alteração subsequente do Plano Director Municipal); porém, a qualificação de tal eventual irregularidade não cabe na sua competência material (por ser da competência dos tribunais administrativos) e enquanto não for decretada, nenhuma ilicitude recai sobre a conduta do operador.

O STJ foi particularmente incisivo na questão da imputação de eventual responsabilidade civil extracontratual decorrente do licenciamento da central:

> "No caso concr*eto, resulta dos autos que o PDM de Moura não previu a instalação da Central Fotovoltaica em causa. Por isso a autarquia elaborou Plano de Pormenor, com base no qual autorizou a instalação da Central e posteriormente, organizou novo Plano de Urbanização para a Central da Amareleja, com vista à ampliação do empreendimento.*
>
> *Alterou, assim, o primitivo PDM de modo a viabilizar a instalação da Central, que considerou como uma aposta no desenvolvimento económico-social e na criação de uma unidade de produção de energia renovável (…).*
>
> *Ao que se depreende do processo, toda a tramitação destinada à alteração do PDM e consequente autorização para a instalação da Central seguiu as regras procedimentais previstas na lei.*
>
> *Nomeadamente, ocorreu a necessária publicidade, tendo até o A., segundo alega, apresentado uma exposição à Câmara Municipal de Moura, onde contestou a aprovação do Plano de Urbanização para a Central, nos termos em que este excluía os terrenos, propriedade do A., mantendo-os afectos a área Agro-Silvo-Pastoril e reserva Agrícola Nacional (RAN) e reserva ecológica Nacional (REN) (ao que parece, sem êxito).*
>
> *Todavia, se a oposição do A. ao Plano de Urbanização não foi*

considerada nesta fase procedimental, nem por isso ele ficou impedido de reagir perante a autoridade administrativa competente.

Na verdade, uma vez aprovados os Planos (quer o Plano de Pormenor, quer o subsequente Plano de Urbanização específico) pela Câmara Municipal, podia ainda o A. impugná-los directamente no contencioso administrativo, como se disse já.

Seria essa a via processual adequada para fazer valer os mecanismos compensatórios previstos na lei, ou, em última análise, ***podia accionar a entidade administrativa competente, exigindo-lhe indemnização pelos prejuízos que alega ter sofrido, caso aquela autoridade tivesse agido ilicitamente na aprovação dos referidos Planos****.*

Não o tendo feito, terá de considerar-se regular todo o procedimento administrativo que culminou na autorização da Ré para instalar a Central em causa, visto que os actos administrativos gozam da presunção de legalidade.

*Colocada a questão ao nível da responsabilidade extra-contratual por facto ilícito (seja na base da violação do seu direito de propriedade ou do direito ao ambiente, na sua versão paisagística) como o A. a coloca, parece-nos claro que****, a existir tal responsabilidade, ela só poderá ser imputada aos órgãos administrativos (no caso à autarquia) a quem compete exclusivamente o poder decisório de aprovação e execução dos Planos que se impõe aos particulares****"* (realçado nosso).

O factor que determinou a improcedência do recurso foi a inconsistência do direito cuja violação foi invocada pelo autor. A questão da validade ou invalidade do licenciamento é lateral, pois trata-se de dois domínios de ilicitude diversos – ou seja, poderia haver responsabilidade do operador caso se tivesse feito prova da afectação significativa de um direito subjectivo do residente, independentemente da licitude ou ilicitude do licenciamento[33]. Curioso é que, apesar de ter frisado a sua incompetência material, o STJ não tenha deixado de chamar a atenção para o aspecto da eventual ilicitude do licenciamento. Neste contexto, julgamos que seria possível ir mais além, na medida em que, mesmo que o procedimento de licenciamento tenha sido correcto, não é de afastar a possibilidade de o particular especial e anormalmente afectado por um empreendimento de interesse geral pedir compensação por facto lícito, demonstrado que fique esse dano especial e anormal (cfr. o artigo 16.º do Regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e equiparadas, aprovado pela Lei n.º

33. Sobre o alcando do "efeito legalizador" dos actos autorizativos ambientais, veja-se JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO**,** Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais**,** *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 69, 1993, pp. 1 ss.

67/2007, de 31 de Dezembro)[34], em nome do princípio da justa repartição dos encargos públicos.

O segundo caso que queremos relatar sumariamente neste apontamento prende-se com o Acórdão do STJ de 14/02/2013 (no proc. 806/07.OTBTND.C1.S1), que envolve, por um lado, um proprietário que invoca violação do seu direito de superfície e, por outro lado, o direito à iniciativa económica de um operador de um parque eólico no qual um dos geradores (n.º 9) estaria, com o movimento das suas pás, a afectar o direito do proprietário (na vertente do espaço aéreo sobrejacente) do prédio contíguo. Os donos do prédio contíguo tentaram caracterizar a colocação do aerogerador como um abuso do direito de propriedade, na medida em que lhes tolhia a colocação futura, no seu próprio terreno no qual cultivavam eucaliptos há trinta anos, de um aerogerador, pedindo o desligamento do aerogerador n.º 9.

O STJ desconsiderou a invocação de violação do direito de propriedade, por meramente hipotética, mas não deixou de a admitir como válida, num eventual novo contexto futuro:

> "Provou-se, a respeito, e apenas, que os autores, por si e antepossuidores, no prédio referido em 4. têm plantado eucaliptos, cortando-os e vendendo a respectiva madeira, o que fazem há mais de 30 anos.
>
> Em virtude do local onde se encontra o aerogerador n.o 9, os autores, pretendendo ceder o uso do seu prédio, com ou sem retribuição, a uma sociedade que se dedique à produção e venda de energia eólica, para instalação de outro parque eólico, estão impossibilitados de colocar um outro aerogerador a uma distância daquele inferior a cerca de 3 a 5 vezes superior ao diâmetro de uma à outra (roter) de 87 metros.
>
> Sucede, porém, que a actividade de produção de energia eléctrica a partir de recursos renováveis é, ainda, uma actividade regulamentada (…).
>
> Pelo que a simples expectativa de instalação de um parque eólico, desligado de um concreto procedimento quanto à sua instalação no prédio dos autores configura, por ora, um interesse meramente abstracto, potencial ou individual.

34. Sobre o artigo 16.º, vejam-se: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, org. de Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro, Coimbra, 2012, pp. 55 ss; *Comentário ao regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas*, org. de Rui Medeiros, Lisboa, 2013, pp. 425 ss (comentário ao artigo 16º, da autoria de PEDRO MACHETE); CARLA AMADO GOMES, A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência, *in Revista do Ministério Público*, nº 129, 2012, pp. 9 ss.

(…)

Insuficiente para legitimar a proibição de funcionamento do aerogerador à luz do nº 2 do art. 1344º, conforme supra aludido: como refere De Martino, "o interesse do proprietário deve ser considerado como categoria objectiva ou económico-social, e não meramente subjectiva; o interesse abstracto, potencial e eventual não pode excluir a actividade de outrem que seja economicamente relevante. Mas se, posteriormente, o interesse potencial se tornar efectivo, não poderá impedir-se o proprietário de fazer valer o seu direito de propriedade".

Crendo-se, por conseguinte, que em face do que foi apurado, aos autores não está conferido o direito de proibir o funcionamento do aerogerador n.o 9.

E, inexistindo o direito, despicienda fica a análise do seu exercício à luz de uma actuação contrária ao sistema, na sua globalidade, que o torna ilícito ou indevido (abuso de direito).

Mas tão só – e apenas – em face do que foi alegado, pedido, e resultou apurado, cumprindo, deixar duas notas finais a este propósito.

Por um lado, retomando aqui o que se disse sobre o direito de propriedade, direito que se consubstancia na máxima ***«jus excludendi omnes allios»,*** *as restrições, quer de direito privado, quer de direito público, sujeitas ao princípio dos «****numerus clausus****»*, inserto no art. 1306º do CC, segundo o qual não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.

As restrições impostas aos direitos de propriedade, ainda que lícitas, estão adstritas ao princípio da legalidade que mais não é do que a imposição da exigência legal para as fundamentar (art. 18º, nº 2 da CRP), pressupondo a garantia constitucional do direito de propriedade que a sua ablação ou restrição, ainda que lícita – designadamente através da requisição ou expropriação – se faça mediante o pagamento da justa indemnização (art, 62º, nº 2 da CRP).

E "se a lei permite a ocupação do espaço aéreo correspondente ao prédio para satisfação de certos interesses de carácter colectivo, a licitude tal acto não impede a obrigação de reparar o dano, pela injustiça que constituiria o sacrifício de uns tantos em proveito de muitos outros.

Por outro lado, retomando o que a propósito disse De Martino, se, posteriormente, o interesse potencial se tornar efectivo, não poderá

> *impedir-se os AA, proprietários de fazer valer o seu direito de propriedade, exigindo a paragem do aerogerador".*

O terceiro caso envolve um parque eólico instalado num terreno contíguo a uma quinta de criação de cavalos, na qual reside uma família composta dos pais e dois filhos em idade escolar. O STJ ocupou-se – em Acórdão prolatado em 30/05/2013 (no proc. 2209/08.OTBTVD.L1.S1) –, novamente em recurso de revista, do conflito entre: direito à integridade psíquica do marido (fortemente afectado pelo ruído das pás dos aerogeradores) e direito de propriedade da família sobre os cavalos, que apresentavam sintomas de *stress* provocados pelas sombras projectadas pelas pás e, portanto, deixaram de procriar; e direito à iniciativa económica do operador, acompanhado do interesse geral na produção de energia renovável. O pedido era condenatório (suspensão do funcionamento dos aerogeradores) e ressarcitório (dos danos morais e patrimoniais causados até à data da prolacção da decisão); porém, primeira e segunda instâncias tentaram uma conciliação de interesses, ordenando apenas o desligamento dos aerogeradores durante a noite, de modo a minorar o prejuízo dos residentes mas também a não sacrificar de todo o direito de iniciativa económica do operador.

O STJ valorou especialmente o facto de o operador não se ter sensibilizado com as queixas – apoiadas em medições de ruído – dos residentes, sobretudo do marido, e não ter instalado dispositivos de redução do ruído das pás dos areogeradores. Por isso, ditou a mais drástica das decisões - o desligamento dos aerogeradores:

> *"Como ficou provado, (i) é possível programar os aerogeradores para, em determinadas condições de vento mais propícias a gerar níveis de ruído mais intensos, reduzirem ou suspenderem a sua actividade (quesito 112º); (ii) programar os aerogeradores para ajustarem as respectivas pás para posições menos agressivas em termos aerodinâmicos (quesito 113°); (iii) – reforçar o isolamento acústico dos equipamentos, caso se trate de um ruído gerado pelo funcionamento das turbinas (quesito 114º); (IV) ou suspender o funcionamento a determinadas horas/períodos do dia (quesito 115º).*
>
> *Como se constata,* ***a ré nada fez de modo a controlar os ruídos e a própria administração pública, só alertada pelo estudo da D.., feito a pedido do 1º Autor, concluiu também pela necessidade da desmontagem do aerogerador n.º 2.***
>
> *Tendo ficado demonstrado que o 1º autor vive e trabalha a tempo inteiro na Quinta e que a 2ª autora é doméstica (ou seja, trabalha em casa), que a vida social da família é passada na Quinta e que os dois filhos menores estudam na Quinta, fora do horário escolar, isto significa* ***que a exposição ao ruído acontece não só durante a noite mas também***

> ***durante o dia, causando problemas de sono à noite, mas constituindo um perturbado viver durante todo o dia, causando os ruídos e sombras intermitentes, em consequência da actividade dos aerogeradores, um desgaste físico e psíquico também durante o dia na pessoa dos autores***.
>
> *Por essa razão, não tendo a ré procedido às alterações que se impunham para minimizar os ruídos, é inaceitável a decisão de só determinar a suspensão dos aerogeradores desde o entardecer ao amanhecer.*
>
> *O efeito prático do acórdão recorrido, tal como está, não é cessar a actuação violadora dos direitos que reconhece aos Recorrentes. Apenas lhes confere um período de paragem de funcionamento dos aerogeradores durante a noite. Ou seja,* ***reconhece a impossibilidade de coexistência dos direitos mas ignora as consequências, não obstante a violação dos direitos de personalidade dos réus ser total sempre que se verifica o funcionamento dos aerogeradores, tal como decorre do nexo de causalidade entre os danos sofridos e o funcionamento dos aerogeradores, seja diurno, ao entardecer ou nocturno, quer estejam os quatro aerogeradores a funcionar, como refere o acórdão recorrido, quer estejam apenas três aerogeradores a funcionar***.
>
> *Na verdade, não estando provado que o ruído seja menor de dia do que durante a noite, se os aerogeradores não estiverem desligados, é evidente que a violação dos direitos de personalidade também se verifica no período diurno, causando ansiedade e desgaste físico e psíquico em toda a família.*
>
> *Por esta razão, em clara prevalência dos direitos de personalidade, deve ser ordenada a suspensão/remoção de todos os aerogeradores, ora em questão"* (realçados nosso).

Cremos que a atitude pouco colaborante do operador terá contribuído de forma decisiva para esta decisão draconiana do STJ. No entanto, o que claramente motivou o Supremo foi a sobrevaloração do direito de personalidade dos autores (sobretudo, do marido, a pessoa mais afectada) face ao direito de natureza económica do operador. Nesta situação, dada a incomodidade séria e continuada provocada pelo funcionamento dos aerogeradores, a opção seria expropriar os proprietários da quinta – solução que o operador teria que requerer à Administração. Contudo, não nos parece que a dimensão do parque eólico justificasse tal medida, restando ao operador a difícil via da compensação por facto lícito para minorar o seu prejuízo decorrente de um projecto com interesse geral evidente.

Como se apreende destes três apontamentos jurisprudenciais, não é apenas o interesse ecológico – mormente, a preservação da biodiversidade – que pode opor-se a instalações aptas à geração de energia a partir de fontes renováveis. De

igual modo, os direitos pessoais, de personalidade e propriedade também podem afrontar o funcionamento destes equipamentos. Esta constatação confirma o que por vezes se observa a propósito da alegada infinitude de aproveitamento das energias renováveis: a energia renovável é inesgotável, mas os locais de instalação das centrais electroprodutoras, em terra ou no mar, não o são…

5. Duas sugestões finais para um incremento da previsibilidade neste domínio

A instabilidade remuneratória tem sido um factor de desinvestimento nas energias renováveis em Portugal, sobretudo após o estalar da crise financeira e económica, que ditou o fim do regime preferencial das tarifas *feed in* introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio[35]. A acrescer a essa instabilidade, a insegurança na instalação das centrais electroprodutoras decorrente de eventuais conflitos com valores ecológicos ou direitos pessoais, não ajuda à retoma. Para prevenir este tipo de situações, seria porventura de considerar duas sugestões, uma delas de corrente utilização em países em desenvolvimento – precisamente, para encorajar eventuais investidores – e outra retirada da realidade italiana e mencionada a propósito do caso 2/10 do TJUE relatado *supra*.

Referimo-nos, em primeiro lugar e por um lado, ao procedimento de análise do potencial energético renovável do território, trabalhado pela IRENA: o *Renewable Readiness Assessment*, uma espécie de avaliação energética de fonte renovável estratégica. Este estudo permite aferir quais as zonas do território nacional mais favoráveis para captação de energias renováveis, e quais as condicionantes de cada uma em termos de instalação de centrais. A segunda sugestão, que implica visão ecológica e coragem política é, por outro lado, a contingentação em zonas sensíveis, nomeadamente áreas protegidas e corredores migratórios. Nenhuma destas sugestões constitui fórmula mágica de resolução de todos os problemas, mas ambas podem ajudar a evitar surpresas para os investidores e conflitos nos tribunais.

***

35. O regime de remuneração preferencial terminou, fundamentalmente, com a alteração ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, promovida pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, que passou a admitir, no artigo 33.ºG, dois regimes: o regime geral e o regime de remuneração garantida, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da energia.