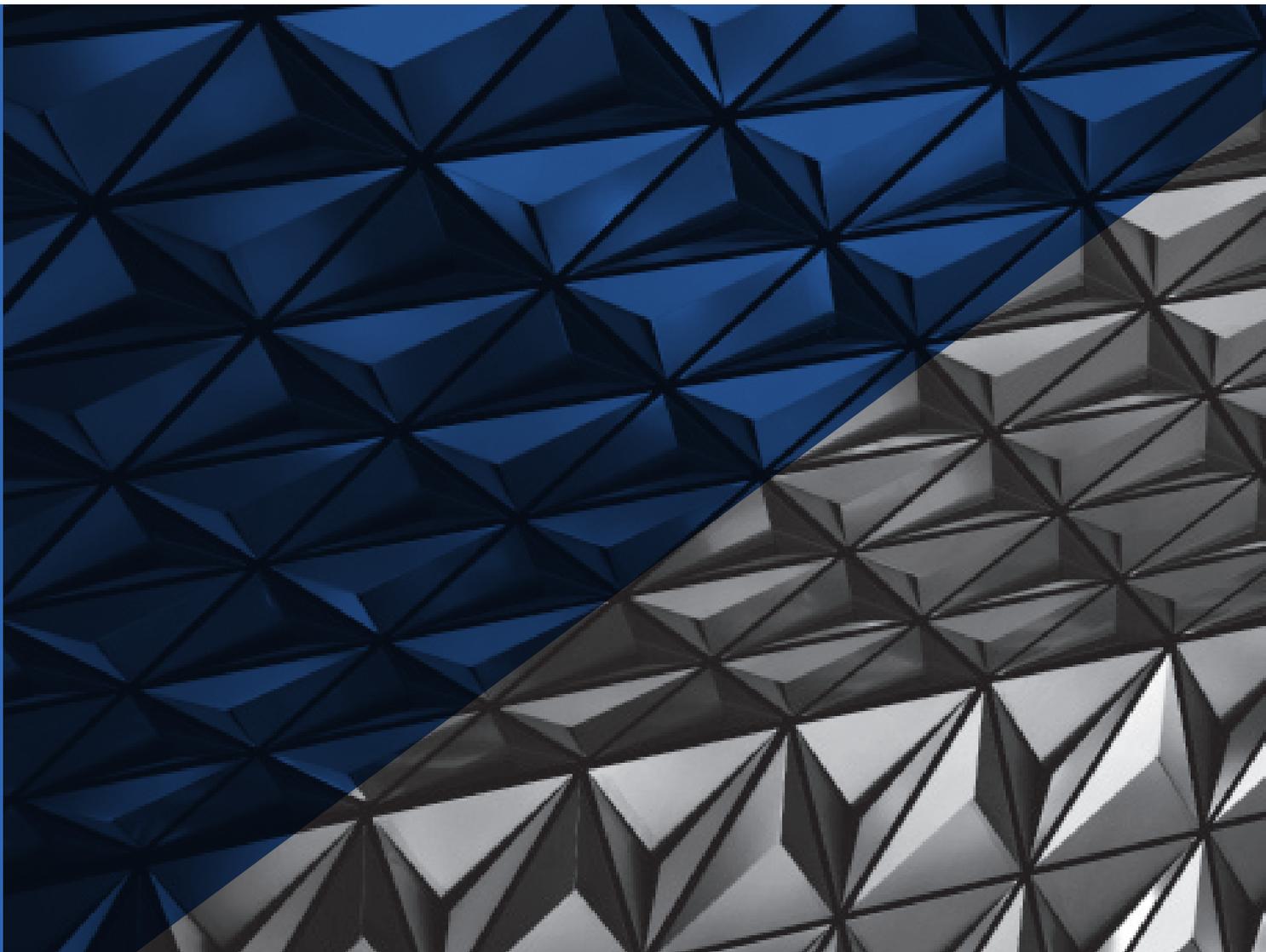


REFLEXÕES EM TORNO DO DIREITO SUBJECTIVO AO AMBIENTE

LUÍS CARLOS L. BATISTA



Reflexões em torno da figura do direito subjectivo ao ambiente¹.

Luís Carlos L. Batista

LISTA DE ABREVIATURAS USADAS:

- APA: Agência Portuguesa do Ambiente.
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch.
- CC: Código Civil.
- CEDH: Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- CP: Código Penal.
- CPA: Código do Procedimento Administrativo.
- CPC: Código do Processo Civil.
- CRP: Constituição da República Portuguesa.
- ETAF: Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais.
- LAIA: Lei de Acesso à Informação Ambiental.
- LAP: Lei da Acção Popular.
- LBA: Lei de Bases do Ambiente.
- ONGA: Organização Não-Governamental Ambiental.
- STJ: Supremo Tribunal de Justiça.
- TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

¹ Relatório elaborado para a cadeira de Direito Privado do Ambiente, Mestrado de Ciências Jurídico-Ambientais, sob a regência do Prof. Dr.º José Luís Bonifácio Ramos, no ano lectivo de 2009-2010.

Índice:

1. Introdução; o acolhimento do direito subjectivo ao ambiente no Direito Internacional e o seu reflexo nas Constituições nacionais; colocação do problema de fundo:	4 a 7.
2. O direito subjectivo privado:	
2.1. As origens da figura e as teorias negativistas:	8 a 13.
2.2. A relação entre os direitos subjectivos e o Direito objectivo:	13 a 16.
2.3. A noção de direito subjectivo; a teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria mista:	16 a 21.
2.4. Posição adoptada; construção do conceito com base nos elementos do direito subjectivo:	21 a 25.
2.5. Classificação dos direitos subjectivos; exclusão de um direito subjectivo ao ambiente enquanto direito-dever ou direito reflexo:	25 a 30.
3. O direito subjectivo público; particularidades e semelhanças face ao direito subjectivo privado:	30 a 37.
4. O ambiente enquanto direito de personalidade:	
4.1. Os direitos de personalidade; teorias negativistas e seu rebate:	37 a 44.
4.2. A configuração dos direitos de personalidade; direito geral ou direitos especiais?; opção pela tutela geral juntamente com a previsão de direitos especiais de personalidade:	44 a 47.
4.3. O ambiente enquanto direito de personalidade; análise doutrinária e jurisprudencial; problemas levantados:	47 a 57.
5. Análise das soluções de Direito comparado:	
5.1. Espanha:	57 a 64.
5.2. Itália:	64 a 68.

5.3. Alemanha:	68 a 71.
5.4. Portugal:	71 a 76.
6. O direito subjectivo ao ambiente:	
6.1. Prós?	76 a 82.
6.2. E contras:	82 a 84.
7. Considerações Finais:	84 a 90.
8. Bibliografia:	90 a 99.

1. Introdução.

Uma análise dos principais instrumentos internacionais de protecção do ambiente permite constatar que o despertar e a sedimentação da consciência ecológica só foi possível através da fórmula aliciante do direito individual clássico, destinada a ultrapassar a desconfiança perante a ideia de dever. Nesse sentido, dispôs o princípio 1 da Declaração de Estocolmo (1972) que “o Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, num ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar”.

A falta de força vinculativa não impediu esta Declaração solene de fundar uma convicção legal generalizada, conforme ilustrado pelos instrumentos jurídicos internacionais que se seguiram, desde a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981), cujo artigo 24º proclama que “todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento”, ao Protocolo de São Salvador (1988), anexo à Convenção Americana dos Direitos do Homem, em cujo artigo 11º se pode ler que “todos têm o direito a viver num ambiente são e de aceder aos serviços públicos essenciais”.

Por outro lado, nem sempre o reconhecimento de um direito humano a um ambiente sadio se fez directamente. Assim, quando a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados (1974) determinou que a protecção, preservação e melhoria do ambiente para as gerações presentes e futuras era um dever dos Estados (artigo 30º), vários foram os autores que extraíram desta incumbência estatal um direito dos cidadãos de exigir que o Estado cumpra as obrigações internacionalmente assumidas².

Uma outra forma encontrada para evitar que a protecção do ambiente se fizesse à custa dos interesses humanos esteve na base da Declaração do Rio (1992), em que as preocupações com o ambiente foram aliadas ao desenvolvimento dos países mais pobres³: assim, os Estados têm responsabilidades comuns mas diferenciadas (Princípio 7) e devem reduzir e eliminar os modos de produção e consumo não viáveis, no caso dos países do Norte, e promover políticas demográficas apropriadas, no caso dos países do Sul (Princípio 9). Mais marcante foi, porventura, o Princípio 1, no qual se

² Neste sentido, Janusz Symonides, «The Human right to a clean, balanced and protected environment», *Diritti dell'Uomo e Ambiente: la partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 1990, pp. 241 e 242.

³ Cfr. Alexandre Kiss, «Le Droit International a Rio de Janeiro et a côté de Rio de Janeiro», *Revue Juridique de l'Environnement*, 1/1993, pp. 65 e ss.

declarou a produtividade como um dos objectivos da política ambiental, reafirmando o ideal de se alcançar um desenvolvimento sustentado, ainda que à custa do enfraquecimento das normas de preservação ambientais⁴. Fazemos nossas as palavras de André Folque quando afirma que, apesar da protecção do ambiente determinar deveres e imputar danos ambientais, surge “marcada por um enriquecimento da esfera jurídica dos cidadãos ao garantir-lhes posições fundamentais de aproveitamento de um ambiente sadio (mesmo para lá da esfera de protecção dos seus direitos de personalidade)”⁵.

Herdeiras desta solução internacional, as Constituições e lei internas dos vários países formam hoje uma tendência quase-universal no que respeita ao reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente, desde a Europa à América do Norte e do Sul e à Ásia, desde os países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Aqui e ali o que varia é a fórmula legal usada para a atribuição deste direito: “todos”, “todos os cidadãos”, “cada pessoa”, “o Homem”⁶. Tal diversidade linguística não nos impede de descortinar um conteúdo essencial e comum do direito ao ambiente, com os seguintes caracteres⁷: o principal beneficiário é um indivíduo que recebe da Lei Fundamental o direito a gozar de um ambiente sadio e equilibrado, abrangendo quer os elementos físicos e biológicos circundantes quer os elementos económicos e sociais⁸; o principal obrigado é o Estado que deve velar pela conservação e melhoria das condições ambientais; a elevação do direito ao ambiente à categoria de direito fundamental instrumental, isto é, de cuja garantia depende a concretização de outros direitos e deveres fundamentais, *maxime* o direito à vida; e a circularidade deste direito, enquanto marca comum de toda a humanidade, gerações presentes e vindouras – fala-se, a este propósito, em direitos fundamentais de terceira geração ou direitos solidários⁹.

⁴ Neste sentido, consulte-se a posição de Carla Amado Gomes a propósito das fases de evolução do Direito Internacional do Ambiente em *Elementos de apoio à disciplina de Direito Internacional do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2008.

⁵ Cfr. André Folque, «Procedimento administrativo de defesa do ambiente», *Textos: Ambiente e Consumo*, II vol., Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 257.

⁶ Assim, a Constituição do Peru (1979) proclama no seu artigo 123º que “todos têm direito a viver num ambiente sadio, ecologicamente equilibrado e adequado ao desenvolvimento da vida e à preservação da natureza e da paisagem”; a Constituição da Jugoslávia (1974) prevê no seu artigo 192º que “o Homem tem direito a um ambiente sadio. As condições para a realização deste direito devem ser asseguradas pela comunidade”; e a Constituição da República da Coreia (1978) estatui no seu artigo 34º que “todos os cidadãos têm direito a viver num ambiente sadio. O Estado e os cidadãos têm o dever de proteger o ambiente”.

⁷ Janusz Symonides, «The Human right...», *op. cit.*, pp. 245 e 246.

⁸ Trilho seguido pela LBA, Lei n.º11/87, de 7 de Abril, no artigo 5º/2/a).

⁹ Sobre os direitos fundamentais circulares, denota-se que protegem bens que, sendo susceptíveis de apropriação individual, configuram bens colectivos, cujo gozo e protecção respeita a todos os membros

Existem, todavia, Constituições que optam por uma tutela puramente objectiva do ambiente. Assim, a Constituição holandesa (1982) dispõe no artigo 21º que “constitui dever das autoridades manter o país habitável e proteger e melhorar o ambiente” e a Constituição indiana (1974) estatui no artigo 48º-A que “os Estados devem proteger e melhorar o ambiente e salvaguardar as florestas e a vida selvagem do país”. É aqui que reside o cerne do relatório, em perceber se a tutela dualista que encontramos na vasta maioria dos textos fundamentais se justifica ou se, ao invés, a combinação entre direito e dever se revela prejudicial por negar ao ambiente autonomia enquanto bem jurídico. Haverá necessidade de reconhecer um direito subjectivo ao ambiente? Ou basta a tutela objectiva, entendida como a disciplina jurídica que impõe comportamentos e prevê defesas?

A verdade é que enquanto disciplina transversal¹⁰, o Direito do Ambiente herdou algumas das querelas características de cada ramo normativo que o integra. Também aqui cumpre saber se há um direito ao ambiente, a usar e fruir dos seus componentes e dos serviços prometidos, ou se, pelo contrário, se trata da mera protecção da norma objectiva que regula o exercício de uma actividade poluidora e sanciona o seu incumprimento.

Quando olhamos para o artigo 66º da CRP encontramos um ambiente que é um “saco sem fundo”¹¹, quer na vertente subjectiva – em que aproveita a várias categorias de sujeitos desde o proprietário lesado por emissões poluentes ao morador incomodado pelo barulho do bar instalado no rés-do-chão do seu prédio – quer na vertente objectiva – em que se mistura ecologia e correcta ordenação do território. Nesta mesma linha, a LBA define o ambiente como “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem” – artigo 5º/2/a). À partida, parece-nos uma solução que peca por excesso, tendo o legislador adoptado uma noção de tal modo ampla que acaba por

da comunidade. Para além do ambiente, a circularidade tem sido apontada como característica dos direitos ao património cultural e dos consumidores. Neste sentido, ver Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Ed., Almedina, 2007, pp. 64 e 65.

¹⁰ Sobre a transversalidade ou horizontalidade do Direito do Ambiente, ver Figueiredo Dias, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Coimbra, CEDOUA, 2007, pp. 13 e ss; Carla Amado Gomes, «Ambiente (Direito do)», *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2005, pp. 80 e ss; Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, [Coimbra], Almedina, 2003, pp. 44 e ss; Menezes Leitão, «Instrumentos de Direito privado para a protecção do ambiente», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 7, Junho, Coimbra Editora, 1997, pp. 34 e ss.

¹¹ Carla Amado Gomes, «O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente», *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 2005, p. 15.

negar ao ambiente a autonomia científica de que carece enquanto bem jurídico. Nesse sentido, acompanhamos Freitas do Amaral, no entendimento de que “uma coisa é haver sobreposições, implicações, interacção de conceitos, políticas e normas de natureza distinta; outra coisa é integrar tudo numa única noção tão ampla e abrangente que tudo confunda, e não permita criar identidades próprias e particularidades específicas”¹².

Qualquer jurista tem consciência da importância que os conceitos desempenham no seu quotidiano: usar uma palavra sem ter a plena percepção do seu significado e da forma como será interpretada pelos que o escutam redonda num completo vazio de precisão e utilidade do diálogo encetado. Daí que falar num direito subjectivo ao ambiente implique cautelas terminológicas: há que saber muito bem do que se trata verdadeiramente quando uma Lei Fundamental proclama um direito a uma qualidade de vida sadia, e o que está realmente por detrás da fórmula “ambiente” usada pelos tribunais portugueses. Atingir o substrato autónomo do Direito do Ambiente implica distinguir uma noção de facto (ampla) de uma noção jurídica (restrita) de ambiente¹³. Para o propósito, devemos partir da ideia de que nem tudo o que nos rodeia e compõe o nosso ambiente de vida integra o bem jurídico ambiente, sob pena da sua inutilidade normativa. Por outro lado, antes de declarar o direito ao ambiente como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias¹⁴ há que ponderar da compatibilidade dessa qualificação com a exigência de necessidade resultante do artigo 18º/2 da CRP. Com efeito, muitos dos direitos que a doutrina maioritária integra no conceito de ambiente já se encontram suficientemente tutelados por outras normas constitucionais, desde os direitos ligados à personalidade humana (como a vida, a saúde ou o repouso) aos direitos ligados à propriedade.

¹² Freitas do Amaral, «Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Livraria Almedina-Coimbra, n.º 1, Junho, 1994, p. 16.

¹³ Colaço Antunes, «Para uma noção jurídica de ambiente», *Scientia Iuridica*, t. 41, n.º 235-237, Janeiro-Julho, Braga, 1992, pp. 77 e ss.

¹⁴ Nesse sentido, André Folque, «Procedimento administrativo...», *op. cit.*, pp. 265 e 266.

2. O direito subjectivo privado.

2.1. As origens da figura e as teorias negativistas.

O Direito privado, enquanto Direito do *credor e do proprietário de mercadorias*, constitui o lugar por excelência das pretensões autónomas. O direito subjectivo, feixe de pretensões, faculdades e exigências, cedo se assume como uma projecção da capacidade patrimonial na capacidade jurídica¹⁵. Ao contrário do Direito público, que tende a ser dominado pela aplicação de princípios vinculativos, o Direito privado prima pela autonomia das partes na negociação e conclusão das suas obrigações. Quando nasce, o direito subjectivo revolve em torno da defesa da posse e da propriedade. Ele é uma expressão da burguesia, porque para que alguém tenha um poder ou uma titularidade jurídica sobre uma coisa, para poder investir nela a sua vontade, “para ser tenido como titular jurídico en sentido subjectivo y no como esclavo sin derechos, este alguien tiene que poseer el poder al menos de apropiarse bienes”¹⁶. Nas sociedades capitalistas, onde o individualismo liberal foi elevado a máxima de vida, a titularidade de direitos surgiu, primeiramente, em torno dos proprietários. Só num segundo momento, o direito subjectivo foi tomado de assalto pelas classes operárias e esgrimido contra a burguesia, na reivindicação de novos direitos distintos da trindade liberal (liberdade, segurança e propriedade). Direitos de cariz económico, social e cultural, seriam impensáveis à luz do liberalismo de outrora. Se eles hoje existem, e estão constitucionalmente reconhecidos, é porque os direitos subjectivos são o produto da História e do confronto social¹⁷:

¹⁵ Cfr. Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. por Felipe Gonzalez Vicen, Aguilar, 1980, p. 214.

¹⁶ Ernst Bloch, *Derecho natural...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ Segundo Jean Dabin, é o atrito social e intersubjectividade que dá azo aos direitos subjectivos: “C’est en tant que l’être humain individuel et ses “propriétés” s’imposent à autrui comme respectables et inviolables que l’individu prend figure de *sujet* de droit, en ce sens, de personne”. O elemento social é preponderante, porque sem ele, sem o confronto de um Homem com os seus semelhantes, não há direitos. Cfr. Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 38 a 40. Pela nossa parte, entendemos que esta referência ao confronto social abarca tanto os direitos subjectivos relativos como os absolutos. Ao lado do direito do credor, que é um típico direito relativo – uma vez que o credor só pode exigir o pagamento do crédito ao devedor – existem direitos que geram uma obrigação de respeito *erga omnes*, isto é, oponível a qualquer terceiro, independentemente da sua natureza. Ora, ninguém nega que o direito de propriedade, sendo absoluto, seja simultaneamente um direito subjectivo. Este mesmo entendimento foi sufragado por Kelsen, embora num escopo puramente objectivo, das obrigações resultantes da norma jurídica. Segundo Kelsen, “un *jus in rem* n’est pas un droit sur une chose, mais un droit à l’encontre d’un nombre indéterminé d’individus devant observer une certaine conduite relativement à une chose donnée; c’est un droit absolu correspondant à une obligation absolue”. Cfr. Hans Kelsen, *Théorie générale du Droit et de l’État*, trad. Beatrice Laroche, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 137.

Já se escreveu que o direito subjectivo foi o fulcro da Declaração francesa dos Direitos do homem e do Código de Napoleão, os quais consagram uma secular tradição jurídica de cunho individualista com raízes no direito romano. Ele representou uma fase importante na história inconstante das instituições e das ideias; mas nada mais do que uma fase – diz-se – e nunca uma verdade absoluta¹⁸.

A sensibilidade dos direitos subjectivos à evolução social funciona, todavia, nos dois sentidos. Ela permite alargar e reformar o seu conteúdo, em função de novos direitos de índole prestacional e procedimental, *maxime* direitos subjectivos públicos, mas também permite negá-los, havendo quem faça da “passagem do subjectivismo para o objectivismo (...) a característica essencial da evolução jurídica do nosso tempo”¹⁹.

De entre as escolas que se notabilizaram pelos ataques tecidos contra a figura dos direitos subjectivos, destacam-se as dos países escandinavos: Suécia, Noruega e Dinamarca. Aquela que viria a ficar conhecida como a doutrina realista ou positivista (Lundstedt, Castberg, Olivecrona, Ross), procurou retratar o direito subjectivo como algo de “metafísico”, inalcançável, uma criação da mente humana que seria, na realidade, o mero reflexo das obrigações jurídicas.

A nível individual, de entre os autores negativistas, Duguit foi um dos que mais fervorosamente se pronunciou contra os direitos subjectivos. O anti-subjectivismo de Duguit funda-se numa crença da onnipotência do direito objectivo, ao qual estariam submetidos não só os particulares como os funcionários e governantes públicos, detentores do poder de autoridade. Em primeiro lugar, Duguit destaca a insustentabilidade da tese jusnaturalista dos direitos subjectivos, pela qual o indivíduo é considerado como sujeito de direitos por si mesmo, a montante do Direito positivo²⁰. Para o autor, a afirmação de um “Homem natural”, sustentada na sua dignidade individual, esbarra no facto de que o Homem não existe senão “na sociedade e para a

¹⁸ Adriano de Cupis, *Os direitos de personalidade*, trad. de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro, Doutrina, Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961, p. 15.

¹⁹ Assim, Duguit, *Le droit social, le individuel et la transformation de l'État*, 1911, p. 4, *apud* Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁰ A favor da orientação jusnaturalista aponta-se, normalmente, a ideia de que o reconhecimento de direitos apriorísticos é a única via que tutela o Homem em função da sua dignidade intrínseca, dado que o contrário, ou seja, fazer depender a posse de direitos da implementação de uma ordem jurídico-positiva, implica que até esse momento o Homem seria uma “não-pessoa”. Neste sentido, reforçando a estrutura ontológica do Homem enquanto sujeito de direitos, Sérgio Cotta, «A la recherche du droit subjectif», *Archives de philosophie du Droit*, tome 35, Sirey, 1990, p. 85.

sociedade”: “...l’homme n’acquiert de droits que lorsqu’il prend contact avec des êtres humains (...). On ne peut pas fonder le droit objectif sur des prétendus droits subjectifs que, s’ils existent, ne peuvent derivar que de la vie sociale et de la norme qui s’y applique”²¹. A partir daquela que considera ser uma precedência lógica do Direito objetivo, Duguit esgrime a sua argumentação contra o reconhecimento de direitos subjectivos. Eles seriam sempre, em última análise, o simples reflexo de um instituto jurídico, de normas destinadas a proteger um bem e a sancionar as suas violações. De outro modo, a reconhecer-se um direito à vida, à propriedade ou ao crédito, cometeríamos o erro de atribuir a cada Homem uma superioridade de vontade “estranha à sua natureza física”. Em vez de um direito subjectivo, Duguit propõe o conceito de “situação jurídica”, para designar a posição de vantagem ou de desvantagem que a ordem jurídica atribui a cada indivíduo, na sua relação com os demais cidadãos: “la situation juridique, active ou passive, c’est la règle objective elle-même vue sous son aspect subjectif, en tant qu’elle est appliquée à l’individu”²². Daqui decorre que a ter alguma função, o direito subjectivo traduzir-se-ia na mera individualização de condutas previstas, para uma generalidade de destinatários, numa determinada norma objectiva.

O anti-subjectivismo de Duguit é o produto de uma série de falsas premissas. Entre elas, Duguit sustenta que não é possível extrair um direito de uma situação de “não-Direito”, entenda-se, não é lógico que em virtude da violação de uma norma jurídica (proibitiva ou impositiva) resulte um direito à repressão, à reparação ou à restituição. Por outro lado, Duguit nega a faculdade de disposição de direitos, substituindo a ideia de transmissão de direitos pela mera transmissão de bens ou acervos materiais. Dando como exemplo o direito de crédito, o autor afirma que em caso de cessão aquilo que se transmite é tão só a “riqueza constituída pela afectação protegida”²³. O mesmo é dizer, que a transmissão se cinge ao elemento material e à sua tutela jurídica – se o cessionário passa a gozar de um direito é tão só porque a ordem jurídica impõe a intervenção dos poderes públicos para a sua protecção, sempre que o mesmo sofra uma perturbação.

Contra o primeiro destes argumentos, Jean Dabin salienta que a ser válido ele impediria também o surgimento de normas de Direito objetivo. Com efeito, a aceitar-se que da violação de um direito subjectivo não se pode extrair um direito à reparação,

²¹ Expondo o raciocínio de Duguit, Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 7.

²² Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 8.

²³ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 13.

então também não pode o Direito criar normas (como as penais) vocacionadas para reprimir as infracções²⁴. Por outro lado, dizer que a propriedade ou o crédito se traduzem num mero acervo de riqueza, susceptível de transmissão, não basta. A ser assim, aquele que furete ou usurpe um bem alheio seria seu proprietário. Porém, não só o usurpador não dispõe de um direito oponível a terceiros, como o Direito lhe nega protecção. Nega-o, justamente porque a protecção não está aberta a qualquer um ou à comunidade, mas tão só ao interessado, à vítima da ofensa praticada. É porque ela tem um direito próprio, subjectivo, que a norma jurídica se presta a protegê-la²⁵. O facto do titular da riqueza dela poder fruir, explorá-la, dela dispôr e opô-la a terceiros, significa que estamos na presença de valores jurídicos autónomos, “de droits subjectifs, dont ces richesses constituent la matière ou l’objet”²⁶.

Em Kelsen, encontramos uma ardilosa negação dos direitos subjectivos. Enquanto que os argumentos de Duguit procuram, desde o primeiro momento, apresentar os direitos subjectivos como impossibilidades lógicas e fórmulas desprovidas de conteúdo, Kelsen parte da ideia de unidade normativa. Para este autor, a configuração do Direito como um sistema em cascata (*Die Stufenbau der Rechtsordnung*), em cuja base se encontra uma norma hipotética (*Grundnorm*), implica um monismo jurídico. O Estado é a origem e a expressão da ordem jurídica. Ao criar as normas que regem a actuação dos indivíduos em sociedade, o Estado garante uma unidade total. Admitir direitos subjectivos, baseados em valores morais e espirituais, estranhos ao Direito, seria negar essa mesma totalidade. Dotar o indivíduo de poderes oponíveis contra terceiros e contra o Estado equivaleria a “abrir uma brecha” nos motivos maiores do legislador²⁷.

Kelsen mostra-se crítico das definições de direito subjectivo com base num interesse ou vontade protegida. No que respeita à vontade, considerando que os direitos não são perceptíveis pelos sentidos, o autor sustenta que afirmar que um indivíduo tem direito a uma determinada coisa implica um juízo de valor que só é possível porque há, algures, uma norma geral relativa à propriedade. Logo, que “por toute question relative aux droits subjectifs, il convient de présupposer une règle juridique”²⁸. Por seu turno, a definição do direito subjectivo como um interesse

²⁴ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 24 e 25.

²⁵ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁶ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 31.

²⁷ Para maiores desenvolvimentos, ver Octavian Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le Droit privé*, 12^a ed., Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 61 e ss.

²⁸ Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 130.

juridicamente protegido implicaria uma atitude mental, isto é, um juízo pelo qual o titular exerceria o direito em função de uma perspectiva de vantagem. Para Kelsen, essa atitude não se coaduna com o facto de a ordem jurídica proteger uma determinada pretensão independentemente do seu titular a exercer ou não, ou de sequer ter consciência de o poder fazer. Ainda que haja uma vontade ou um interesse, eles não constituem o conteúdo do direito subjectivo, antes este direito se assume como um meio de protecção, juridicamente reconhecido, de ambos²⁹.

Em suma, Kelsen não nega de todo o direito subjectivo. Mas ao defini-lo como a possibilidade juridicamente reconhecida de despoletar uma sanção, o autor promove a superação da distinção entre o Direito objectivo e os direitos subjectivos³⁰. Ao direito subjectivo caberá, quanto muito, o papel de aplicar a norma geral no caso concreto, definindo vínculos e obrigações de cariz individual³¹.

Pela nossa parte, rejeitamos as teorias negativistas pela sua radicalidade. Uma coisa é reconhecer que “a liberdade em jogo no direito subjectivo não pode ser entendida em termos individualistas puros, ao sabor de um liberalismo primitivo”³². Há que introduzir limites aos direitos subjectivos, completando a ideia de liberdade com as ideias de cooperação, participação e responsabilidade – três ideias que são, aliás, fundamentais em sede ambiental, dando corpo a princípios estruturantes do Direito do Ambiente³³. Mas mais do que isso, isto é, ir ao ponto de suprimir os direitos subjectivos enquanto bastião da liberdade individual, seria “negar um importante vector da nossa civilização que se estende pelos sistemas jurídicos continentais e anglo-saxónicos”³⁴. Os direitos subjectivos visam dotar os indivíduos de armas de defesa

²⁹ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, pp. 133 e 134. O autor toma de exemplo o contrato, para sustentar que a possibilidade de uma das partes de accionar uma sanção contra a outra em caso de incumprimento resulta da aplicação de uma norma jurídica que prevê essa mesma sanção. Essa norma, afirma, é o seu direito em sentido objectivo, de onde decorre o seu direito em sentido subjectivo, à execução da sanção, em função da sua vontade.

³¹ Voltando a usar como exemplo o contrato, Kelsen defende que estamos perante uma vontade estática juridicamente tutelada. A lei reconhece às partes a autonomia para, querendo, criarem Direito. É uma autonomia funcional, no sentido de que as normas que as partes podem criar entre si sempre terão de ser a expressão e continuação do Direito geral criado pelo Estado. Cfr. Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, pp. 68 a 80.

³² Assim, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., Almedina, 2005, p. 329.

³³ O princípio da participação, pelo qual os diferentes grupos sociais devem intervir na formulação e execução da política de ambiente e ordenamento do território, através dos órgãos competentes da administração central, regional e local e de outras pessoas colectivas de direito público ou de pessoas e entidades de direito privado – artigo 3º/c) da LBA; e o princípio da responsabilização, pelo qual os agentes devem responder pelas consequências para terceiros da sua acção, directa ou indirecta, sobre os recursos naturais – artigo 3º/h) da LBA.

³⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 328.

contra os seus concidadãos e contra o Estado. Sem eles, é inevitável que o bastião da autonomia de cada um se converta numa simples expressão da vontade do poder público num determinado momento histórico e contexto social. Num tal sistema, o Direito não serve o propósito da elevação da dignidade humana. Ele converte-se em “ley físico-matemática (...) que no tolera ninguna excepción y contra la cual no cabe resistencia alguna”³⁵. É por isso que, como veremos, a relação entre o Direito objectivo e os direitos subjectivos não deve ser uma relação de domínio cego, mas de simbiose, porque a ordem jurídica pressupõe “personas dotadas de voluntad, revestidas de derechos, haciendo valer pretensiones activamente: *per definitionem* en el terreno del Derecho privado, *per analogiam* en el Derecho público”³⁶.

2.2. A relação entre os direitos subjectivos e o Direito objectivo.

A maior prova de simbiose entre o Direito objectivo, entendido como o conjunto das disposições jurídicas que compõem o ordenamento jurídico positivo e os direitos subjectivos, por ele reconhecidos e limitados, reside, porventura, na constatação de que todo o direito subjectivo pressupõe como contrapartida uma obrigação juridicamente imposta a alguém - esse alguém pode ser um indivíduo determinável, como sucede com o devedor numa relação de crédito (fala-se, então, numa obrigação relativa), ou pode ser a generalidade dos sujeitos, como sucede com a obrigação geral de respeito da propriedade alheia (fala-se, então, numa obrigação absoluta).

“Un droit subjectif présuppose l’obligation juridique d’autrui”³⁷. Já Larenz havia notado que o direito de cada um é aquilo que os demais estão obrigados, por lei, a garantir ou respeitar³⁸. Entre nós, Jorge Miranda sustenta que a dignidade de cada um depende do seu reconhecimento pelos outros e do reconhecimento da dos outros, isto é, “que cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais”³⁹.

Por vezes a obrigação da contraparte é mais difícil de identificar, como sucede com os direitos subjectivos a condutas próprias e sempre que o elemento normativo não prevê expressamente a obrigação, forçando-nos a um esforço interpretativo. Mas,

³⁵ Ernst Bloch, *Derecho natural...*, *op. cit.*, p. 217.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 126.

³⁸ Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Munique, 1967, p. 60.

³⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, tomo IV, Coimbra, 3ª ed., 2000, p. 183.

em ambos os casos, é possível descortinar uma obrigação. Na primeira hipótese, Kelsen serviu-se do exemplo do direito a usar um caminho que atravessa uma propriedade privada, para explicar que se eu tenho esse direito é porque sobre o proprietário desse terreno recai a obrigação (imposta por lei ou por contrato) de não me impedir de o fazer⁴⁰, de onde a minha liberdade corresponder a uma restrição da liberdade de outrem. Na segunda hipótese, trata-se de perceber se a norma que atribui um direito apresenta ou não uma relação tripartida. Usando como exemplo o artigo 66º da CRP, será que estamos perante aquilo que Alexy apelidou de “statement about rights”? Segundo este autor, “the most general form of a statement of a right to something is “X has a right to G as against Y “⁴¹, de onde uma relação trilateral entre o beneficiário do direito, o vinculado pelo direito e o objecto do direito. Ora, o artigo 66º da CRP prevê claramente um direito – ao ambiente de vida sadio e ecologicamente equilibrado – e uma obrigação: do Estado, que de acordo com o n.º 2 deve velar, entre outras coisas, pela prevenção da poluição e pelo uso sustentável dos recursos naturais, e de todos os particulares, que segundo o n.º 1 *in fine* têm o dever de conservar o meio ambiente, num espírito de solidariedade intergeracional⁴².

Já o contrário não é verdade. O mesmo é dizer que nem sempre onde a Lei impõe uma obrigação queira, com isso, atribuir um direito subjectivo destinado a fazê-la valer⁴³. Só uma análise cuidadosa da norma jurídica em causa nos permite descortinar as intenções do legislador. Tais situações foram também esquematizadas por Alexy, numa passagem da sua obra que aqui transcrevemos:

The point to be made here is that the question of whether a norm grants a subjective right or not is a normative question. It arises whenever the text of a norm leaves this question open, which is, for example, the case when a norm obliges the state to undertake an act but does not make clear whether X has a right to this act as against the state. Further assumptions are necessary if it is to be held that X has such a right⁴⁴.

⁴⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 127. Para Kelsen, o direito subjectivo definir-se-ia, então, pela negativa: se eu tenho direito a algo, a comportar-me de uma ou outra maneira, é porque a ordem jurídica não me impõe o contrário.

⁴¹ Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, trad. por Julian Rivers, Oxford, 2001, p. 120.

⁴² O que, para Jorge Miranda, significa que o ambiente recebe um duplo alcance na Constituição: “ele adquire um relevo concomitantemente objectivo e subjectivo – o de elemento institucional e organizatório e o de feixe de direitos fundamentais e de situações subjectivas conexas ou próximas”. Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, tomo IV, *op. cit.*, p. 185.

⁴³ Neste sentido, cfr. Hartmut Maurer, *Droit Administratif allemand*, trad. par Michel Fromont, Paris, 1994, pp. 158 e 159; e Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, pp. 128 e 129.

⁴⁴ Robert Alexy, *A theory of constitutional...*, *op. cit.*, p. 113.

Claramente não é esse o caso do artigo 66º da CRP, cujo n.º 1 não podia ser mais claro no sentido da atribuição de um direito subjectivo. Trata-se, todavia, de uma dificuldade com que cada vez mais os juristas se deparam, à medida que a evolução social desbloqueia novas pretensões sociais, económicas e culturais, que muitos pretendem ver elevadas à condição de direitos subjectivos: à cultura, à educação, à saúde, à habitação, ao emprego. Nem sempre a protecção constitucional de um bem socialmente relevante se traduz num direito subjectivo. Pense-se na tutela do trabalho: o alegado “direito ao trabalho” não se traduz numa pretensão individual oponível ao Estado ou a um particular no sentido de atribuir ao seu titular um determinado cargo ou função. Do que se trata é, tão só, de poder exigir do Estado que crie as condições necessárias à oferta de postos de trabalho e que vele porque os mesmo sejam uma continuação da dignidade humana, sancionando a violação de deveres de respeito, de segurança e de higiene.

Do que se disse, é possível extrair as premissas para aquela que é a nossa posição acerca da relação entre o Direito objectivo e os direitos subjectivos. É, antes de mais, uma relação que deve ser reconhecida, e não negada. A afirmação dos direitos subjectivos não despoleta um espaço de liberdade irrestrita, capaz de abalar a solidariedade social. Duguit e Kelsen falharam nesse aspecto. Não há direitos subjectivos que não enquadrados no Direito objectivo, porque é ele que confere licitude e delimita o seu exercício. Qualquer liberdade de acção tem de estar previamente autorizada, por quem aparece incumbido do dever de prossecução do interesse geral e de garante da ordem jurídica – o Estado. Autorização e norma andam, por isso, de mãos dadas, conforme sustentou Jhering na sua definição de direito subjectivo como um interesse juridicamente protegido. Críticas à parte, nesta definição é nítido o enlace entre o Direito objectivo e os direitos subjectivos, uma vez que os segundos só são tutelados quando juridicamente relevantes. Mas, importa agora acrescentar, um Direito objectivo que prescindia de direitos subjectivos resume-se a uma relação de mandato e sujeição, própria dos militares ou dos jesuítas, mas não de seres dotados de liberdades civis e políticas⁴⁵. O papel dos direitos subjectivos é um papel axiológico: eles conferem ao Homem a qualidade de sujeito de direitos, em lugar de mero objecto da actuação estatal, pelos quais ele traça um espaço de autonomia individual, oponível a terceiros (Estado e demais particulares)⁴⁶.

⁴⁵ A analogia é de Ernst Bloch, *Derecho natural...*, *op. cit.*, pp. 216 e 217.

⁴⁶ Hartmut Maurer, *Droit Administratif...*, *op. cit.*, p. 157.

Desta forma, cremos que a querela da precêndia lógica e temporal destes dois “conceitos” esteja longe de ser um caso “do ovo e da galinha”. O reconhecimento de que alguém tem direito a algo, seja o objecto dessa sua pretensão uma coisa ou uma conduta, só faz sentido no âmbito de um ordenamento pré-estabelecido. Pense-se no quão absurdo seria defender a existência de um direito de propriedade apriorístico, sem a prévia consagração e regulação do instituto da propriedade⁴⁷. Por outro lado, o Direito objectivo faz muito mais que o mero reconhecimento de direitos subjectivos. É ele que lhes empresta força e coercibilidade, garantindo ao titular um (outro) direito à acção. Assim, não faz sentido falar sequer num direito à vida fora da sociedade e do Direito: o que haveria seria tão só um interesse de preservação individual, só oponível a terceiros pela força que o titular conseguisse exercer. Isto não significa, todavia, que neguemos utilidade à tese dos direitos inatos. Aquando da criação do Direito, políticos e legisladores deverão dar prioridade às manifestações da pessoa humana que a acompanham à nascença, *maxime* à tutela da personalidade.

2.3. A noção de direito subjectivo; a teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria mista.

Na tentativa de explicar os direitos subjectivos foram apontadas várias definições, desde o poder da vontade (Savigny, Windscheid, Unger), ao interesse humano juridicamente tutelado (Jhering, Dernburg, Kohler), à de um poder que tem por fonte o Direito objectivo e visa obter o cumprimento de normas jurídicas, com o fim de satisfazer o interesse humano (Ferrara, Regelsberger, Jellinek, Bekker)⁴⁸. É, como tal, possível identificar as três principais doutrinas ou teorias sobre a estrutura do direito subjectivo, isto é, sobre os elementos essenciais desta noção, a saber: a teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria mista.

A primeira destas teorias reconduz o direito subjectivo à vontade humana⁴⁹. Entre os seus defensores, Savigny apresentou o direito subjectivo como o poder do titular do direito exteriorizar a sua vontade mediante uma actuação sobre o seu objecto, o mesmo é dizer, para usar a expressão que seria acolhida no artigo 2º do Código de Seabra, “a faculdade moral de praticar certos factos”⁵⁰, que Von Gierke estendeu às

⁴⁷ Neste mesmo sentido, Hans Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁸ Giorgio de Semo, *Instituzioni di Diritto privato*, 5ª ed., Firenze, Barbèra Editore, 1948, pp. 89 e 90.

⁴⁹ Sobre as suas eventuais ramificações, desde a teoria da autonomia da vontade à teoria da vontade declarada, ver Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, pp. 117 a 119.

⁵⁰ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 313.

pessoas colectivas⁵¹. Ao Direito objectivo, cabe delimitar o espaço de cada indivíduo em que reina a sua vontade, o seu poder, sobre qualquer vontade alheia.

Por seu turno, Windscheid (*Pandekten*) identificou duas categorias de poder. Pela primeira, o titular do direito pode exigir de terceiro que se comporte de uma determinada maneira, seja no sentido de adoptar uma conduta, seja no de dela se abster. O poder advém, neste caso, da previsão de uma obrigação geral de conduta pela norma objectiva (*Rechtsordnung*), cuja efectivação é deixada na disponibilidade do titular do direito: “elle laisse au bénéficiaire la faculté de faire ou non usage de la norme, et spécialement d’utiliser les moyens prévus à l’encontre du transgresseur”⁵². O poder nasce, por isso, da passagem do Direito objectivo para o direito subjectivo, e consiste na vontade do titular de executar coactivamente a norma⁵³.

Por outro lado, Windscheid afirma que o poder se pode manifestar na capacidade que o proprietário tem de alienar a propriedade, ou do credor de alienar o crédito. Desta feita, o poder visa não a execução do Direito objectivo mas sim a produção de normas, sendo a vontade determinante para a criação de novos direitos, para a sua modificação ou supressão⁵⁴. Logo, para este autor, o direito subjectivo pode assumir-se como a simples posse de uma vontade atribuída pela ordem jurídica (*Willensmacht*), ou como o exercício de um poder de vontade, igualmente reconhecido (*Willensherrschaft*).

O facto é que a teoria da vontade foi, desde cedo, alvo de uma barragem de críticas⁵⁵. Desde logo, a violação de um direito subjectivo não depende de uma manifestação da vontade do ofendido: assim, o devedor que não paga a tempo ou ao juro fixado viola o direito do credor, mesmo que este não lhe tenha dirigido qualquer ordem. É preciso distinguir entre o direito subjectivo em si mesmo e a sua execução, designadamente coactiva. A vontade preside à execução do direito, mas não ao seu nascimento. O direito existe na esfera do titular a partir do momento em que é juridicamente reconhecido, mesmo que nunca chegue a ser exercido. Mesmo quando o direito, em função do seu objecto, pressupõe esse exercício, o titular só é verdadeiramente livre porque pode optar por não o fazer: “l’individu que refuse d’user

⁵¹ Cfr. A. Gorovtseff, «La lutte autour de la notion de sujet de droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, pp. 909, *apud* Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 111.

⁵² Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 59.

⁵³ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁴ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁵ Para a recolha destas críticas, recorremos a Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 60 e ss., Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, pp. 115 e ss., Giorgio de Semo, *Instituzioni...*, *op. cit.*, p. 91, Ernst Bloch, *Derecho natural...*, *op. cit.*, p. 214, e Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2001, pp. 37 e 38.

de telle liberté, le propriétaire qui délibérément laisse son champ en friche, le créancier qui se désintéresse de sa créance, ne perdent, en principe, rien de leur droit”⁵⁶.

A isto, acresce que nem sempre o titular do direito se encontra em condições de exercer uma vontade livre e consciente. Nalguns casos, simplesmente porque não tomou conhecimento da titularidade do direito, como sucede em sorteios ou heranças jacentes. Noutros, porque a sua vontade se encontra condicionada, como sucede com os incapazes e os inabilitados. Aceitar, sem mais, a teoria da vontade, significaria negar a um menor a capacidade para se mover, para ser credor ou sequer titular de um direito à vida, o que é, obviamente, inaceitável. Pelo menos em parte, os direitos podem ser exercidos através de actuações materiais, ao alcance de todos. E se a vontade é exercida, quanto a determinados direitos, por um representante, isso não significa que este adquira uma quota-parte do direito⁵⁷.

Em alternativa à teoria da vontade, Jhering propôs uma segunda definição do direito subjectivo em função de um elemento de satisfação pessoal: o interesse. A existência dos direitos visa determinados fins, que constituem a sua substância. Por esse motivo, o direito subjectivo respeita à segurança jurídica do aproveitamento dos bens, sendo um interesse juridicamente protegido⁵⁸. Para Jhering, não se trata de arredar a vontade do conteúdo do direito subjectivo, mas antes de lhe assinar um diferente papel. Assim, o autor distingue dois elementos do direito subjectivo: um elemento material ou substancial, que reside na utilidade que o direito representa para o seu titular, e um elemento formal, que aparece subordinado ao primeiro, e que se traduz na “acção de justiça”⁵⁹. A vontade está presente neste segundo elemento, sempre que o Direito objectivo reconhece ao titular a possibilidade de agir judicialmente para fazer valer o seu interesse⁶⁰. Daí o enlace entre o Direito objectivo e os direitos subjectivos e a ideia de que não se trata de proteger qualquer interesse humano, mas apenas os que se encontram juridicamente protegidos.

Para Jhering, estes interesses devem ser aferidos pelo Estado em função da sociedade⁶¹, e reportar-se-ão a bens, de natureza económica ou moral, dotados de um valor para o seu beneficiário. Desde logo, afastamos a ideia de que a teoria do interesse

⁵⁶ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁷ Assim, Ernst Bloch, *Derecho natural...*, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁸ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 316.

⁵⁹ Cfr. Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁰ Para Jhering, esta vontade é sempre um elemento secundário, uma simples forma de chegar ao gozo e fruição do interesse. Em suma, podemos dizer que o autor vê no interesse um fim e na vontade um meio para o alcançar, o qual assume particular relevo em casos de violação das normas objectivas. Cfr. Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 66.

⁶¹ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 121.

se reporta exclusivamente a interesses materiais. Com efeito, também os interesses morais podem ser objecto de direitos subjectivos, conquanto se traduzam numa vantagem ou benefício para o titular e dêem lugar a acções de justiça, tais como os direitos de personalidade (pense-se na honra) e familiares⁶². Da mesma forma, recusamos a acusação de que a teoria do interesse promove um arbítrio do Estado, ao colocar a atribuição de direitos subjectivos no seu poder. Se isso sucede (e não descurando o já mencionado parâmetro social na eleição dos direitos subjectivos), não menos verdade é que o contrário equivaleria a trocar um arbítrio do Estado por um arbítrio do indivíduo⁶³, com a diferença de que o Estado deve prosseguir o interesse geral, harmonizando conflitos, ao passo que cada indivíduo procura a maximização do bem-estar pessoal.

A teoria do interesse não é, todavia, perfeita. Desde logo, porque existem interesses juridicamente protegidos que não dão azo a direitos subjectivos⁶⁴. Pensemos no interesse que cada cidadão tem na implementação de uma campanha de vacinação da população: dificilmente se poderá falar num direito, no sentido de uma pretensão oponível a terceiros, a que o meu vizinho seja vacinado. Por outro lado, Jhering contradiz-se: ao mesmo tempo que remete a vontade para um papel secundário, concebendo-a como um simples meio para atingir uma utilidade, o autor sustenta que é a vontade, quando coactivamente imposta, que transforma o interesse num verdadeiro direito subjectivo. O principal defeito desta teoria é, por isso, um defeito metodológico⁶⁵. Ela troca um ânimo intermo por uma noção psicológica e, com isso, pouco ganha em estabilidade.

Perante o fracasso destas duas teorias, gerou-se, num sector significativo da doutrina, a convicção de que as mesmas se limitavam a oferecer “verdades parciais”. O conteúdo de um direito subjectivo não consiste só num acto da vontade, nem num interesse juridicamente protegido. Ele depende de ambos: da vontade, para se concretizar, e do interesse, para se delimitar o seu substrato material. Entre os apoiantes de uma teoria mista, Regelsberger propôs a definição dos direitos subjectivos como a faculdade juridicamente reconhecida à pessoa de realização de um interesse protegido, se for caso disso mediante o exercício de um poder jurídico⁶⁶. No mesmo sentido, Giorgio de Semo considera que o direito subjectivo é o poder atribuído ao

⁶² Neste mesmo sentido, Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 66 e 67.

⁶³ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 67 e 68.

⁶⁴ Alertando para este facto, Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁵ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁶ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 318.

destinatário da norma jurídica, para a tutela de um interesse objectivamente reconhecido⁶⁷. No Direito público, a teoria mista é recebida por Jellinek, para quem o direito subjectivo é um poder da vontade humana, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, em torno de um bem ou de um interesse⁶⁸.

Nem sempre estes elementos repousam sobre o mesmo sujeito. Se pensarmos na situação dos menores, aí a vontade repousa sobre o representante, embora o interesse permaneça na esfera do representado⁶⁹. O que importa é que ambos estejam presentes, apresentado-se o direito subjectivo como o poder de agir, tendo em vista a realização de um interesse, dentro dos limites da Lei.

Salientamos a reformulação do papel da vontade: de elemento estático, a vontade converte-se no *animus* do direito, de tal modo que “le droit n’est plus essentiellement l’intérêt servi par une volonté; il est essentiellement la volonté, non pas pure et arbitraire, mais dominée et réglée par un intérêt”⁷⁰. O mesmo é dizer, somente quando a vontade é reconhecida como fulcral para a existência e efectivação de um interesse, “questo si transforma in un diritto...”⁷¹.

Contra esta teoria, há quem aponte o facto de promover uma “mera justaposição”, nada acrescentando às anteriores. Para Menezes Cordeiro, ela “não traduz um salto qualitativo, antes acumulando, em si, os inconvenientes das posições que utilizou”⁷². A ser assim, sujeitar-se-ia às mesmas críticas: ao definir o direito subjectivo como um poder, ignora que os poderes não são exclusivos desta figura – pense-se no poder que o devedor tem de determinar o objecto nas prestações genéricas (artigo 539º do CC) ou de o escolher nas prestações alternativas (artigo 543º); ao que acresce que existem direitos subjectivos válidos e eficazes desprovidos de interesses – assim, o proprietário de coisa deteriorada não deixa de ter um direito e de gozar da correspondente protecção, tal como aquele que empreste dinheiro a um amigo mantém um direito creditício, ainda que não tenha intenções de o vir a exercer⁷³. Em alternativa, Menezes Cordeiro define o direito subjectivo como a permissão normativa genérica de

⁶⁷ Giorgio de Semo, *Instituzioni...*, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁸ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 49.

⁶⁹ Para Bekker, nessa eventualidade deverá falar-se numa “pluralidade de sujeitos do direito”. Em sentido diverso, Michoud sustenta que continua a haver um só sujeito, desde que a ordem jurídica atribua os efeitos da vontade ao representado. Já Hölder e Binder reservam a qualidade de sujeito para o titular do poder de disposição (representado). Cfr. Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 73 e 74.

⁷⁰ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, p. 49.

⁷² Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 318.

⁷³ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, pp. 319 e 343 a 345.

aproveitamento de um bem⁷⁴. No fundo, o autor abandona a recondução do direito ao interesse de Jhering para manter a ideia de aproveitamento e de liberdade concreta reconhecida ao sujeito, ao mesmo tempo que extrai da permissão normativa uma não-permissão para os não-titulares, gerando-se a garantia do direito sem ser necessário multiplicar as normas de protecção e as tarefas estaduais.

2.4. Posição adoptada; construção do conceito com base nos elementos do direito subjectivo.

Pela nossa parte, optámos por tomar uma posição de baixo para cima. Em lugar de começarmos pela definição de direito subjectivo, decidimos listar aqueles que nos parecem ser os seus elementos essenciais. Parece-nos o método mais lógico, sempre que a Lei não aponte uma definição para uma determinada figura⁷⁵.

O primeiro elemento do direito subjectivo é, como não poderia deixar de ser, a existência de um sujeito titular de direitos⁷⁶. Não tem de ser um homem sozinho, podendo tratar-se de um agrupamento de pessoas que forme um ente colectivo. Questão delicada é a de saber se as pessoas colectivas podem ser titulares de direitos subjectivos, embora actualmente se admita que sim para um conjunto muito restrito, designadamente quanto à protecção da honra, da imagem e do sigilo das empresas. Para o presente relatório, mais nos interessa indagar se o titular do direito ao ambiente podem ser “todos”, expressão usada pelo artigo 66º/1 CRP. A dúvida colocar-se-ia pela comparação entre o direito ao ambiente e o direito à vida. A CRP prevê que todos têm direito à vida e a um ambiente de vida sadio e equilibrado. Porém, enquanto que é relativamente fácil identificar o titular lesado numa ofensa do direito à vida, saber ao certo quem e em que medida foi afectado pela violação de normas ambientais pode revelar-se complicado⁷⁷. Ainda assim, admitimos que esta dúvida não é decisiva para

⁷⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 332.

⁷⁵ Se a lei define o contrato de trabalho como “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas” (artigo 1152º do CC), é fácil identificar os elementos do contrato de trabalho: 1) a prestação de uma actividade; 2) a retribuição; e 3) a subordinação jurídica. Na ausência de uma definição legal, o raciocínio inverte-se, uma vez que só a identificação prévia dos elementos (pela Lei e pela *praxis*) nos permite chegar a um conceito.

⁷⁶ Neste sentido, ver Eduardo Espínola, *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Dos Direitos Subjectivos*, Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 574 e ss.

⁷⁷ Na Economia, esta mesma complicação foi largamente responsável pelo fracasso do “teorema de Coase”, que propunha uma solução negocial para a correcção das externalidades ambientais negativas. A sua maior fragilidade advém, justamente, dos enormes custos de transacção associados às negociações ambientais: não só em acordar um determinado valor compensatório mas, sobretudo, em saber ao certo a quantidade de pessoas afectadas.

uma eventual rejeição do direito ao ambiente, assente que está que existem direitos cujo titular não se encontra concretamente identificado. Dir-se-à que tal como uma herança que se encontre em aberto não afasta a titularidade do direito do legítimo herdeiro que se venha a apresentar, também o direito ao ambiente pressupõe uma manifestação posterior de vontade. O que importa é que o sujeito seja determinável.

O segundo elemento consiste na pertença: “tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d’appartenance, d’ailleurs consacré par le droit objectif”⁷⁸. O titular do direito, tal como diz Jean Dabin, não é aquele que quer, que persegue, que goza, que age ou que sofre, mas sim aquele “que tem como seu ou como devido”⁷⁹. Directamente ligado à pertença está um terceiro elemento: o objecto do direito. São várias as coisas susceptíveis de pertença, numa lista que está em constante actualização⁸⁰. Com efeito, o objecto do direito subjectivo pode consistir num bem de qualquer natureza, móvel ou imóvel, corpóreo um incorpóreo, apreciável em dinheiro ou insusceptível de avaliação económica (tendo um valor de estima, por considerações de ordem moral, intelectual ou sentimental)⁸¹, ou numa simples conduta ou prestação, comissiva ou omissiva, pecuniária ou não-pecuniária. Tratando-se de um direito a uma prestação, a pertença é indirecta, porquanto advém do comportamento de terceiro, como sucede com a obrigação do devedor de satisfazer o direito do credor e, no domínio ambiental, com a obrigação do Estado de criar as condições necessárias para a efectivação de um direito a um ambiente sadio e equilibrado.

À partida, nada impede a inclusão do ambiente nesta lista. Note-se, inclusivé, que em domínios como a Economia, é atribuído um valor pecuniário a componentes ambientais como o ar, assim permitindo a fixação de um mercado de quotas de emissão negociáveis. Quanto aos demais componentes, desprovidos de uma equivalência económica, sempre se dirá que a sua “apropriabilidade” se processa nos mesmos termos dos bens de personalidade.

Como quarto elemento do direito objectivo, apontamos o poder de disposição. É o poder de disposição que nos permite identificar o verdadeiro titular do direito nos

⁷⁸ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁹ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁰ Em função dos avanços da civilização técnica e dos novos paradigmas sociais. Grande parte dos direitos subjectivos que são, simultaneamente, direitos fundamentais, assumem-se como protudo de uma determinada conjuntura histórica. Quer se pense no direito de propriedade, no direito de participar de um processo eleitoral, no direito a ter cuidados de saúde públicos ou no direito a respirar ar puro, o seu fundamento último é sempre o mesmo: a realização plena e efectiva daquela que, em cada momento histórico, se entendeu ser a dignidade individual.

⁸¹ Como veremos, os direitos subjectivos podem, inclusivé, ter por objecto bens da personalidade, nos termos e dentro dos limites traçados pelo Direito objectivo.

casos de incapacidade. Assim, o tutor do menor não adquire o direito pelo simples motivo de o exercer. O seu poder limita-se à administração dos bens e interesses do representado, mas não abrange a sua disposição⁸².

O poder de agir aparece, como tal, sempre reportado ao objecto do direito subjectivo, comportando, dentro dos limites traçados pelo Direito objectivo, uma série de possibilidades. A liberdade do titular vai desde a escolha de agir a não agir. Quando age, ele pode fazê-lo de diversas formas e, querendo, abdicar do direito. Ao tentar descortinar um poder de disposição sobre o ambiente, não podemos deixar de pensar nos casos em que alguém aceita uma indemnização para que uma fábrica se instale junto da sua residência. Dentro dos limites impostos pelo Direito objectivo, e para quem veja no direito ao ambiente um direito de personalidade, sempre se dirá que estamos perante uma limitação voluntária do direito ao ambiente são e equilibrado. Pela nossa parte, alimentamos dúvidas da justiça deste entendimento, sempre que a parcela do ambiente de que se abdique seja comum, o mesmo é dizer, não seja exclusiva de um proprietário. Nessa eventualidade, a limitação de um pode equivaler a uma restrição não desejada para outrem. Levando a exigência de justiça ainda mais longe, sempre diremos que mesmo quando todos os “titulares” de uma parcela ambiental estejam de acordo quanto à sua disposição, ainda assim caberá perguntar: e pela natureza, quem fala?

O quinto elemento do direito subjectivo reside na relação de inviolabilidade e de exigibilidade. Vimos já que o direito subjectivo implica inter-subjectividade. Não faz sentido falar em direitos subjectivos do Robinson Crusóe, porque não há ninguém na ilha a quem ele os possa opôr:

Robinson, dans son île, jouit de la vie, de la liberté, des biens que la nature met à sa disposition ou de ceux qu’il produit par son travail, autant et même mieux que s’il vivait en société: il n’a point à craindre de concurrent. Les conditions de l’intérêt sont réalisées; celles du droit ne le sont pas, faute précisément de concurrence (sublinhado nosso)⁸³.

A concorrência de que fala Jean Dabin traduz-se, justamente, nas ideias de inviolabilidade e de exigibilidade. Inviolabilidade, no sentido de o titular não sofrer

⁸² No ordenamento jurídico português são verdadeiramente excepcionais os casos em que é reconhecido um poder de disposição ao representante. Em sede do poder paternal, tal só acontece em relação à alienação onerosa de bens susceptíveis de deterioração, e mediante a prévia autorização judicial (artigo 1889º/1/a) do CC).

⁸³ Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 95.

constrangimentos na fruição do seu direito (furto, usurpação, dano) ou entraves ao seu poder de disposição (limitações, inibições, etc.). Exigibilidade, enquanto possibilidade de reivindicar de uma (direitos relativos) ou mais pessoas (direitos absolutos) a não-violação do seu direito, seja pela imposição de um comportamento positivo ou negativo.

Por fim, como sexto e último elemento do direito subjectivo, apontamos a garantia, a qual pode ser reconduzida, de forma simplista, à ideia de que a todo o direito corresponde uma acção que o assegura. Se no plano moral o direito existe pela simples verificação do poder de disposição e da exigibilidade, no plano jurídico, do Direito objectivo, é o auxílio da autoridade judicial que confere ao direito um crivo de coercibilidade, melhor garantindo a sua realização bem como a sua reintegração e reconhecimento em caso de violação⁸⁴. Na prática, este elemento traduz-se na possibilidade de o titular do bem tirar o máximo proveito das utilidades dele provenientes, podendo recorrer aos órgãos públicos para forçar o sujeito passivo, quando o haja, a cumprir com a sua obrigação ou para obter a cessação de uma ameaça, perturbação ou violação do seu direito, provinda de quem quer que seja.

Estruturando o raciocínio em dois momentos, temos que: 1) a acção jurídica desencadeada não é mais do que a consequência ou sanção prevista pelo Direito objectivo para a violação do direito subjectivo; 2) o direito não se confunde com a acção jurídica, que é um seu meio de protecção. Quando muito, esta acção origina um novo direito subjectivo, “*formellement distinct du droit protégé et qui est le droit d’action*”. Em princípio, o sujeito do direito protegido e do direito de acção é o mesmo, enquanto parte da relação material controvertida.

A nível do contencioso ambiental, hoje a grande maioria das acções foram absorvidas pela justiça administrativa⁸⁵. Por força do critério orgânico, sempre que esteja em causa uma infracção praticada por uma entidade pública, a acção deve ser proposta junto dos tribunais administrativos (artigo 4º/1/1) do ETAF⁸⁶). Mesmo quando a infracção seja cometida por um particular, são vários os casos em que os tribunais administrativos se assumem como competentes: sempre que o direito que se

⁸⁴ No mesmo sentido, Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 97 e 98.

⁸⁵ Para maiores desenvolvimentos, ver Mário de Almeida, «O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 18-19, Dezembro-Junho, Coimbra, 2003, pp. 113 e ss. No âmbito específico da responsabilidade civil ambiental, ver Carla Amado Gomes, «A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho», *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, 2009.

⁸⁶ Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

pretende tutelar esteja fundado em normas de direito administrativo ou decorra de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo (artigo 4º/1/a)⁸⁷; caso o infractor (particular) actue ao abrigo de uma autorização ou contrato administrativo cuja legalidade se pretende fiscalizar (b)), ou apareça dotado de *ius imperii*, como sucede com os concessionários (d)); e quando haja lugar a responsabilidade civil extracontratual de pessoas colectivas de direito público (g)).

Apontados os elementos constitutivos dos direitos subjectivos, pensamos estar, agora, em condições de avançar um conceito operacional. O direito subjectivo consistirá no poder de disposição de um bem, qualquer que seja a sua natureza, conferido a um sujeito pelo Direito objectivo, e susceptível de exercício coercitivo por intermédio do correspondente direito de acção. A vontade não é decisiva para que ele exista, podendo o sujeito limitar-se a gozar passivamente do bem objecto do direito (como sucede com o direito à vida). Quando se manifesta, porém, ela anima o direito, dando-lhe novas expressões, assumindo-se como a sua “força motriz”⁸⁸.

2.5. Classificação dos direitos subjectivos; exclusão de um direito subjectivo ao ambiente enquanto direito-dever ou direito reflexo.

Os direitos subjectivos são susceptíveis de múltiplas classificações. Em função do objecto, podemos distinguir os que incidem sobre bens patrimoniais e os que incidem sobre bens não patrimoniais ou morais⁸⁹. Os primeiros, podem ser corpóreos, quando têm uma existência física e são apreensíveis pelos sentidos ou incorpóreos, quando resultam de meras criações do espírito humano, sendo apreensíveis apenas pelo intelecto (assim, os bens intelectuais), embora em ambos os casos sejam susceptíveis de uma avaliação pecuniária. O mesmo não pode ser dito, à partida, em relação aos segundos. Dizemos “à partida” uma vez que uma lesão a um bem não patrimonial admite compensação financeira nos termos do artigo 496º/1 do CC. Estes bens podem ser pessoais, quando se reportam à própria pessoa (vida, integridade física) ou a realidades com ela conexas (bom nome, honra) e familiares, sempre que surjam no âmbito da família.

⁸⁷ Assim, por exemplo, é o Direito administrativo que, por Decreto-lei, regula a protecção do direito ao silêncio. Referimo-nos ao Decreto-lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro, que aprova o Regulamento Geral do Ruído.

⁸⁸ Assim, Jean Dabin, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 92 e 93.

⁸⁹ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, pp. 338 e 339.

Em função do regime, é possível agrupar os direitos subjectivos em cinco categorias: direitos de crédito, direitos reais, direitos de família, direitos das sucessões e direitos de personalidade. Estes últimos, porém, suscitam especiais cautelas que abordaremos adiante, havendo quem lhes rejeite a qualificação de direitos subjectivos (Savigny). A atenção que nos merecerão os direitos de personalidade prende-se, desde logo, com a recondução habitualmente feita pelos tribunais portugueses (e não só) do direito ao ambiente a certos direitos de personalidade, como a saúde, o repouso e a qualidade de vida.

Outras classificações podiam ser avançadas, como aquela que distingue os direitos subjectivos em função da sua essencialidade⁹⁰, origem⁹¹, disponibilidade⁹² e complexidade⁹³. Optámos, porém, por centrar a nossa atenção em duas outras classificações: os direitos-deveres e os direitos-reflexos.

A figura dos direitos-deveres, também apelidada de poderes-deveres ou poderes funcionais⁹⁴, aparece definida em Menezes Cordeiro como “obrigações específicas de aproveitamento de um bem”⁹⁵. Trata-se, como o próprio nome sugere, de uma figura híbrida que alia o aproveitamento de um bem (vantagem) a um dever do titular de agir dentro de certos limites (desvantagem). Assim sucede com o poder paternal e com o direito de direcção do empresário: ambos devem ser exercidos em função de interesses que não (apenas) os do titular, num caso o interesse do filho menor e noutro o da empresa.

A análise de Direito comparado que adiante efectuamos permite-nos afirmar que são vários os autores que defendem a configuração jurídica do ambiente como um direito-dever. Compreende-se porque o fazem: no caso espanhol, que é, aliás, idêntico

⁹⁰ São essenciais os direitos intrinsecamente ligados à pessoa, como os direitos de personalidade, e não essenciais aqueles que são concebíveis sem a pessoa, como os direitos de crédito e os direitos reais.

⁹¹ São inatos os que nascem com a pessoa, como a generalidade dos direitos de personalidade, e não-inatos os que ela adquire posteriormente.

⁹² Um direito diz-se disponível quando o titular dele pode abdicar no todo (direitos patrimoniais) ou em parte (generalidade dos direitos de personalidade) e indisponível quando não o possa fazer (direito à vida, direito de uso e habitação, direitos de família).

⁹³ São simples os direitos que se traduzem numa pretensão e numa prestação específica, como o direito de crédito em que o devedor se compromete a pagar uma determinada quantia de dinheiro ou a entregar uma certa coisa e são complexos aqueles que compreendem um feixe de possibilidades de actuação, como o direito de propriedade, que compreende os poderes de uso, fruição e disposição.

⁹⁴ Preferimos falar em direitos-deveres. Ainda hoje, em parte por culpa da lei, há quem fale em direitos e poderes indistintamente. Todavia, a distinção deve ser feita. Primeiro, porque os poderes podem integrar situações jurídicas passivas, como sucede com o já apontado poder do dever de determinar o objecto de uma obrigação genérica. Segundo, porque quando integram os direitos subjectivos, os poderes não se confundem com estes, antes traduzindo os meios que o titular do direito tem ao seu alcance para o fazer valer. Neste mesmo sentido, ver Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, p. 57.

⁹⁵ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 349.

ao português (tendo o artigo 45º da Constituição espanhola buscado inspiração no artigo 66º da CRP), a Lei Fundamental prevê simultaneamente um direito e um dever ao ambiente. Também no caso italiano, em que o direito ao ambiente aparece construído com base na tutela da saúde e da paisagem, a vertente de dever surge associada à solidariedade e responsabilidade social. Com efeito, o reconhecimento de um direito a um ambiente de vida sadio e equilibrado traz consigo um dever que é de todos: o de velar pela preservação da natureza e por uma gestão racional dos seus recursos existentes.

A dúvida está em saber qual a natureza deste direito-dever. É um facto que o legislador português o prevê. Mas será o direito-dever reconduzível à figura dos direitos subjectivos? Para quem siga a posição de Miguel Reale, a resposta é negativa. Nestes casos, estaremos perante situações de poder em que o titular não tem liberdade, porque não pode deixar de praticar as funções da sua competência e porque ao exercício desse poder não corresponde uma prestação por parte dos beneficiários⁹⁶. Entendimento diferente tem Orlando de Carvalho, para quem no âmbito dos direitos-deveres não existe “uma inevitável tensão entre o interesse próprio e o interesse alheio, mas, pelo contrário, uma natural compenetração desses distintos interesses” de tal modo que “a lei confia em que cada um gerirá os interesses de outrem como se seus próprios fossem, confia, em suma, na natural inserção dos interesses de outrem na própria esfera de interesses do sujeito”⁹⁷, pelo que no plano estrutural nos situamos ainda no quadro dos direitos subjectivos.

Pela nossa parte, parece-nos que se essa presunção faz sentido no âmbito do poder paternal, em que a maioria dos pais gere os interesses dos filhos como se fossem os seus, o mesmo não sucede em sede ambiental, em que cada um procura retirar o máximo benefício privado do ambiente sem considerar o prejuízo causado aos restantes⁹⁸. Propendemos para concordar com Carla Amado Gomes, quando a autora

⁹⁶ Cfr. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, pp. 296 e 297. O autor analisa a natureza jurídica do poder paternal, rejeitando que se trate de um direito subjectivo: a sujeição dos filhos aos pais seria uma exigência social, sem que exista um direito dos progenitores à contra-prestação.

⁹⁷ Orlando de Carvalho, (falta).

⁹⁸ Uma tendência que ficou conhecida, segundo a fórmula de Garrett Hardin, por tragédia dos baldios: se num terreno baldio, ideal para a pastagem de rebanhos, se verificar um aumento progressivo do número de pastores e da dimensão dos rebanhos, a rivalidade no consumo aumenta, porque o facto de nenhum pastor ficar particularmente penalizado por prejudicar os demais fá-lo manter a exploração do baldio muito para lá do limiar de sustentabilidade. No limite, um recurso que inicialmente era público passa a comum, mercê da diminuição da sua utilidade marginal, e esgota-se, porque os agentes, mesmo tendo consciência das consequências futuras das suas acções, movem-se em direcção ao ponto zero. Para maiores desenvolvimentos, ver Fernando Araújo, *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios. O problema económico do nível óptimo de apropriação*, Almedina, 2008, pp. 61 e ss.

afirma que o direito de cada cidadão a um ambiente ecologicamente equilibrado não configura um direito subjectivo. O que há é uma permissão de utilização dos recursos naturais estritamente aliada a um dever fundamental de o fazer sem prejuízo para os restantes membros da comunidade e para as gerações futuras⁹⁹. Isto implica, por parte dos titulares do direito – logo, de cada um de nós - uma auto-limitação dos poderes que detemos sobre o ambiente, no sentido de que muitas das acções que somos forçados a tomar, em obediência ao dever de preservação e gestão racional dos bens ambientais, se revelarem contrárias ao interesse de maximização do bem-estar individual.

Uma outra figura que nos merece especial atenção é a dos direitos reflexos. Octavian Ionescu define-os como os casos em que a Lei estabelece determinadas prescrições ou normas de comportamento no interesse comum, das quais resultam benefícios para uma categoria de cidadãos, mas sem que estes disponham de uma acção para assegurar tais benefícios¹⁰⁰. A teoria dos direitos reflexos foi maioritariamente desenvolvida pelos autores alemães, no domínio do direito público. Jellinek dedica-lhe várias páginas no seu *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, estabelecendo uma distinção entre o direito subjectivo e o direito reflexo com base na ausência de um elemento material¹⁰¹.

Jellinek começa por identificar os casos em que é relativamente simples identificar um direito reflexo: sempre que a existência de uma pretensão individual seja excluída pela natureza do bem ou pelo Direito objectivo. Fora dessas duas situações, o autor recorre ao elemento material do interesse juridicamente protegido, considerando que há um mero direito reflexo sempre que a Lei estabeleça determinadas vantagens em função do interesse geral. Dando como exemplo o direito de denúncia de acções criminosas, o autor afirma que se trata de “un riflesso della prescrizione di procedura penale... la causa originaria della indagine di ufficio, non l’esercizio di un diritto”¹⁰². Da mesma forma, uma norma que impõe o carácter público ou aberto de um procedimento estatal actua em função do interesse geral. Qualquer cidadão se pode dirigir ao local onde decorre o dito procedimento, para assistir, sem que com isso adquira uma pretensão individualizada, de tal forma que “la

⁹⁹ Carla Amado Gomes, «O ambiente como objecto...», *op. cit.*, pp. 22 e 23.

¹⁰⁰ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰¹ Consultámos a tradução italiana, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, pp. 79 e ss.

¹⁰² Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, p. 82. Entre nós, Paulo Cunha serve-se do mesmo exemplo, reportado ao Ministério Público. Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, p. 346.

inosservanza della pubblicità o la esclusione di determinate persone non può quindi costituire giammai una lesione del diritto subbiettivo, ma soltanto del diritto obbiettivo”¹⁰³.

Levando às últimas consequências o seu entendimento, Jellinek recusa a existência de direitos subjectivos públicos reais¹⁰⁴. Servindo-se da liberdade de navegação (*mari aperti*), o autor sustenta que dela decorre tão só um dever dos Estados de não criarem entraves à navegação fora das suas águas territoriais. Caso não cumpram com este dever, ocorre uma violação não de um direito individual (do ofendido), mas de normas de Direito objectivo internacional, geral ou contratual. Aplicado ao meio ambiente, este endimento faz-nos duvidar da legitimidade de um direito subjectivo público nesta seara. Dir-se-á que quando o Estado cria normas para a protecção de espaços e recursos comuns, delas decorre um direito reflexo, pelo qual cada cidadão tem direito a uma protecção objectiva sem poder, todavia, arvorar-se em titular de um direito subjectivo público.

No Direito privado, a teoria dos direitos reflexos tem vindo a ser alvo de diferentes interpretações. Entre nós, Menezes Cordeiro pronuncia-se pela capacidade das ditas normas comportamentais tutelarem interesses particulares, dando como exemplos o artigo 483º/1 do CC – que obriga a indemnizar sempre que se viole uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios – e os artigos 25º e ss. do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que aprovou o regime das cláusulas contratuais gerais – onde se prevê uma acção inibitória tendo em vista a proibição de cláusulas ilegais¹⁰⁵. Nestes casos, o autor sustenta que a protecção oferecida pelo Direito objectivo “tende a corporizar um direito subjectivo”.

Em sentido contrário, Octavian Ionescu rejeita que os direitos reflexos sejam direitos subjectivos. Para este autor, falta aos direitos reflexos uma vontade, que o autor define como acção jurídica: “celui que bénéficie d’un certain avantage n’a aucune action à sa disposition pour s’assurer la perpétuation. Il ne profite que d’un état de fait”. O autor diz mesmo, indo de encontro ao nosso entendimento, que “on pourrait comparer cet avantage aux bénéfices retirés de la nature. On ne peut pas dire qu’on a des droits vis-à-vis de la nature”¹⁰⁶. Em suma, tal como a figura dos direitos-deveres,

¹⁰³ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, p. 84. Jellinek admite, quando muito, que se possa gerar uma pretensão individualizada no caso de se criar uma restrição de acesso, isto é, sempre que se faça depender o acesso ao procedimento do preenchimento de determinadas condições. O exemplo de escola é o dos pré-requisitos de acesso à Universidade.

¹⁰⁴ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo I, *op. cit.*, pp. 346 e 347.

¹⁰⁶ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, pp. 129 e 130.

rejeitamos a qualificação dos direitos reflexos como direitos subjectivos, de onde a conclusão que sempre que o ambiente seja reconduzido a uma destas duas figuras, ele não configura um direito subjectivo, pelo menos nos termos expostos.

3. O direito subjectivo público; particularidades e semelhanças face ao direito subjectivo privado.

A figura dos direitos subjectivos públicos é-nos apresentada, por Otto Mayer, como a mais notável manifestação jurídica da relação entre o Estado e o súbdito¹⁰⁷. A dificuldade estaria, mais uma vez, em saber quando é que da garantia objectiva de um interesse se pode extrair um direito individual, tarefa essa que é dificultada pelo facto de a palavra “direito” ser usada com grande generosidade: “se da este nombre a toda ventaja resultante, para tal o cual individuo, de la existencia del orden jurídico y de su ejecución”¹⁰⁸. Para que se possa falar em direito, é necessário que se tenha estabelecido uma relação jurídica (de Direito público) entre o Estado e determinadas pessoas, em virtude da qual se produzam determinados efeitos. Ao apontar como um dos sujeitos obrigatórios desta relação o Estado, ou qualquer pessoa no exercício da autoridade pública, Otto Mayer fixa aquela que é a base do conceito do direito subjectivo público: a oponibilidade de uma pretensão individualizada ao Estado. Os direitos subjectivos públicos seriam, assim, aqueles que os cidadãos podem invocar contra o Estado, exigindo uma certa actuação ou bloqueando um certo exercício dos seus poderes¹⁰⁹.

No mesmo sentido, Maurer define o direito subjectivo público como “o poder jurídico, conferido pelo Direito público a um indivíduo, de exigir do Estado, tendo em vista a prossecução dos seus próprios interesses, um determinado comportamento”¹¹⁰. Comparando com a definição que este autor dá do direito subjectivo em geral, o elemento que faz a diferença é, justamente, a natureza do sujeito passivo na relação jurídica. Enquanto que os direitos subjectivos privados respeitam a relações entre indivíduos, pressupondo uma larga margem de liberdade individual (apenas limitada pela Lei, pela ordem pública e bons costumes), os direitos subjectivos públicos pressupõem uma relação entre o indivíduo e o Estado¹¹¹.

¹⁰⁷ Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán. Parte General*, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 139.

¹⁰⁸ Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán...*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁹ Neste sentido, Santos Justo, *Introdução...*, *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁰ Hartmut Maurer, *Droit Administratif...*, *op. cit.*, p. 156.

¹¹¹ Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, pp. 131 e 132.

Porém, nem todas as relações jurídico-públicas (ou administrativas) dão azo a direitos subjectivos¹¹². O Estado pode interagir com o súbdito de diversas formas, prescrevendo acções, limitando a sua liberdade ou reconhecendo-a num determinado domínio. “Ordini, proibizioni, permessi, concessioni, dinieghi, revocazioni sono le forme che rivestono i rapporti dell’ordinamento giuridico con l’individuo”¹¹³. Tendo em conta que a Administração está vinculada à prossecução do interesse público ou geral, a teoria do direito subjectivo público determina que só há um direito subjectivo quando uma norma de direito imperativo não prossiga exclusivamente o interesse geral mas, também, o interesse de determinados cidadãos:

Pour que l’on puisse admettre l’existence d’un droit subjectif, il faut donc toujours examiner deux questions:

- a) Est-on en presence d’une règle de droit qui fasse obligation à l’administration d’adopter un comportement determine (obligation juridique imposée à l’administration)?
- b) Cette norme juridique est-elle destinée – ou tout au moins est-elle destinée également – à assurer la protection des interest de certains citoyens (interest individuals)?¹¹⁴

Serão, desde logo, os casos em que uma norma de Direito público permite a um particular ocupar um determinado terreno ou rio, com um fim de satisfação individual, ou a obter do juiz uma decisão, ou a interpor recurso (administrativo e judicial), ou a obter uma autorização para o exercício de uma determinada actividade, ou, simplesmente, a pedir uma indemnização na sequência de expropriação ou da imposição de uma servidão, ou, simplesmente, a participar da vida política. Em todos estes exemplos, Otto Mayer descortina “um poder do súbdito sobre o exercício do poder público”, ao qual podemos chamar direito subjectivo (ou individual) público¹¹⁵.

No âmbito ambiental, impõe-se uma verificação casuística. Casos há em que a Lei atribui ao particular uma pretensão específica oponível ao Estado, *maxime* no âmbito dos actos administrativos autorizativos e da participação procedimental. Em contraste, se pensarmos numa norma que impõe à Administração a obrigação de

¹¹² Otto Mayer dá como exemplos a “relação de sujeição particular”, criada para um ou para uma certa pluralidade de súbditos, tendo em vista a imposição de uma conduta detalhada em função do interesse público, e a “relação colectiva de direito público”, pela qual o Estado exige de uma pluralidade de indivíduos o cumprimento de uma prestação, tendo em vista um resultado de interesse geral (assim, o pagamento de impostos). Cfr. Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán...*, *op. cit.*, pp. 144 e 145.

¹¹³ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, pp. 50 e 51.

¹¹⁴ Hartmut Maurer, *Droit Administratif...*, *op. cit.*, p. 159.

¹¹⁵ Cfr. Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán...*, *op. cit.*, pp. 152 e 153.

fiscalizar as actividades potencialmente lesivas do ambiente¹¹⁶, dela decorre uma protecção do interesse geral: do que se trata, é de assegurar o cumprimento das condições previstas no acto autorizativo ou nas normas legais e regulamentares. Desta feita, inclinamo-nos para a negação de um direito subjectivo público, por não se verificar a segunda das condições enunciadas.

O reconhecimento de direitos subjectivos públicos ambientais despertou juntamente com a consciência ecológica. Na Alemanha, os tribunais desenvolveram o entendimento do direito ao ambiente como um direito de defesa dos administrados perante decisões públicas que afectassem os seus direitos fundamentais¹¹⁷. Em boa verdade, do que se trata, seguindo Reiner, é de um apelo aos direitos fundamentais como a vida, a propriedade e a inviolabilidade corporal, para tentar contornar a inexistência de um direito subjectivo ao ambiente, de carácter genérico¹¹⁸. Entre nós, a confissão é feita (ainda que sem intenção) por Vasco Pereira da Silva, ao afirmar que a proibição genérica de poluir, prevista no artigo 26º/1 da LBA, pode ser “conjugada com o direito de propriedade (...) ou de livre iniciativa económica (...) e servir de base para a invocação de direitos subjectivos dos privados perante a Administração, no quadro de uma relação jurídica multilateral”¹¹⁹. O mesmo é dizer, que o direito subjectivo público ao ambiente mascara a protecção dos bens jurídicos clássicos; ele assume-se como uma sua protecção reforçada, sempre que por ofensas ambientais se cause uma lesão a bens jurídicos pessoais ou patrimoniais alheios¹²⁰.

Aqui chegados, não é certo que a distinção entre direitos subjectivos públicos e privados se revista de grande utilidade. Estamos, desde logo, na presença de duas figuras que se afirmaram em torno de um mesmo valor: a dignidade humana. Onde o direito subjectivo privado pressupõe autonomia, o reconhecimento de direitos subjectivos públicos constitui uma concretização do Estado de Direito: “é o reconhecimento de direitos subjectivos que faz com que o indivíduo deixe de ser tratado como objecto do poder, passe de súbdito a cidadão, se transforme num sujeito de direito em condições de estabelecer relações jurídicas com os órgãos do poder

¹¹⁶ Regra em sede dos procedimentos autorizativos ambientais. Veja-se, entre outros, os artigos 36º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (avaliação de impacte ambiental), 32º do Decreto-Lei n.º 254/2007, de 12 de Julho (prevenção de acidentes graves) e 31º do Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de Agosto (licenciamento ambiental).

¹¹⁷ Ver Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 267 e ss.

¹¹⁸ Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, p. 271.

¹¹⁹ Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, pp. 290 e 291.

¹²⁰ Assim, pergunte-se qual é o bem jurídico protegido no crime de poluição com perigo comum, previsto no artigo 280º do CP.

público”¹²¹. A tutela da dignidade está presente nas definições de direito subjectivo público que nos são dadas por Vieira de Andrade, como “a efectiva disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos” (sublinhado nosso)¹²², e por Sérvulo Correia, como “uma posição de vantagem resultante da afecção e da valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada” (sublinhado nosso)¹²³.

A teorização do direito subjectivo público teve, como primeiro protagonista, Buehler. Para este autor, a existência de um tal direito dependia da verificação de três condições fundamentais: a existência de uma norma vinculativa¹²⁴, a intenção do legislador de proteger interesses individuais (elemento interpretativo) e a tutela jurisdicional da posição individual, isto é, a possibilidade dos interessados recorrerem aos meios destinados a obter uma determinada conduta por parte dos órgãos administrativos¹²⁵. Estas condições seriam, posteriormente, alvo de uma reformulação por Bachof, com destaque para a substituição da verificação de uma norma vinculativa para a simples previsão, na norma jurídica de Direito público, de um dever de comportamento da Administração. A possibilidade de actos discricionários gerarem direitos subjectivos é atestada pelo facto do exercício do poder discricionário aparecer balizado por limites cujo cumprimento é vinculativo¹²⁶. Por outro lado, Bachof lançou as bases da moderna teoria da norma de protecção, que encontramos em Octavian Ionescu, segundo a qual, sempre que uma norma de Direito objectivo proteja interesses individuais, ainda que esteja próxima do interesse geral, dela resulta um direito subjectivo¹²⁷.

Pela nossa parte, mostramo-nos mais cautelosos. A tendência actual para a re-subjectivização das normas objectivas só se justifica em situações limite, para uma mais eficaz protecção da esfera individual. Admitir que, onde quer que a Lei estabeleça uma vantagem para certas e determinadas pessoas, se deve presumir um direito subjectivo,

¹²¹ Assim, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, p. 212.

¹²² Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 119.

¹²³ Sérvulo Correia, *Direitos Fundamentais. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 2002, p. 73.

¹²⁴ O que, inicialmente, afastava a existência de direitos subjectivos públicos no âmbito de actos discricionários.

¹²⁵ Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁶ Neste mesmo sentido, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, p. 225, e Harmut Maurer, *Droit Administratif...*, *op. cit.*, pp. 166 e 167.

¹²⁷ Sobre esta teoria e a sua projecção no domínio das normas programáticas e da protecção de terceiros, ver Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, pp. 226 e ss.

é sinónimo de jusfundamentalismo e de emotividade jurídica¹²⁸. O que não significa que não reconhecamos razão à teoria da norma de protecção noutros aspectos. Desde logo, aprovamos que se tenha passado a considerar como relevante não o poder de acção judicial mas o direito substantivo violado que o fez surgir¹²⁹. Desta forma, o poder de fazer valer o direito em juízo deixa de constituir um pressuposto da sua existência para passar a ser uma mera decorrência desta. O “statement about protection” de que fala Jhering, a propósito do seu modelo de direito subjectivo¹³⁰, deve ser entendido como a faculdade de defesa que advém do reconhecimento legal de um direito subjectivo. Aplicado ao ambiente, este entendimento implica que Y pode requerer em tribunal que uma fábrica se abstenha de lançar resíduos para um ribeiro porque da CRP resulta uma dimensão negativa (de defesa) do direito ao ambiente.

O segundo aspecto que ressalvamos na teoria da norma de protecção, consiste na ideia de que os direitos subjectivos públicos não têm de decorrer directamente de uma norma jurídico-administrativa. Mas também não são apenas os reconduzíveis a direitos fundamentais inseridos na Constituição¹³¹. Os direitos subjectivos públicos podem resultar da Constituição, de normas regulamentares, de actos administrativos e, inclusivé, de contratos em que intervenha a Administração.

Ainda que algo “toscamente”, cremos ser possível reconduzir os diferentes tipos de direitos subjectivos públicos aos *status* do súbdito apresentados por Jellinek¹³². Em primeiro lugar, o poder estatal é um poder objectivamente limitado, de onde o reconhecimento de uma esfera de liberdade individual intocável (cuja maior expressão é, a nosso ver, o direito de resistência). A esta esfera, ou *status negativo* ou *libertatis*, correspondem direitos subjectivos de defesa, pelos quais o cidadão pode requerer do Estado que se abstenha de determinadas condutas. Em segundo lugar, é sabido que a actividade do Estado deve prosseguir interesses dos súbditos, de onde o

¹²⁸ Neste sentido, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 155 e ss. Para este autor, a re-subjectivização de deveres e garantias só se justifica: tratando-se de deveres de prestação estadual, quando essas prestações sejam necessárias à realização do conteúdo essencial do direito; em sede de deveres de protecção estadual, quando se trate de uma actuação pública que seja indispensável à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjectivo; e no campo procedimental, quando a subjectivização constituir, no caso concreto, a única forma adequada ao exercício ou garantia de um direito fundamental.

¹²⁹ Assim, Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, *op. cit.*, p. 240. Pela nossa parte, já atrás defendemos que esse poder de acção configura um novo direito, distinto do ofendido. Todavia, mantemos que é um dos elementos definidores do direito subjectivo (em geral).

¹³⁰ O mesmo pode ser consultado em Robert Alexy, *A theory of constitutional...*, *op. cit.*, pp. 116 e ss.

¹³¹ Pelo que discordamos da definição do direito subjectivo como a posição jurídica pertencente ou garantida a qualquer pessoa com base numa norma de direitos fundamentais consagrada na Constituição. Nesse sentido, Gomes Canotilho, «O direito ao ambiente como direito subjectivo», *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 53 e 54.

¹³² Sobre esta matéria, ver Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

reconhecimento de determinadas prestações sob a forma de bens ou serviços públicos. Deste *status civitatis*, podemos extrair os modernos direitos subjectivos prestacionais. Por fim, o Estado constrói-se de baixo para cima, assente num modelo representativo. Os cidadãos dispõem de direitos subjectivos políticos (de informação, de participação, eleitorais, etc.), correspondentes ao *status activae civitatis*.

Perante tamanha diversidade (característica essa que vimos estar também presente nos direitos subjectivos privados), dir-se-á que negar autonomia aos direitos subjectivos públicos equivale a privar o ordenamento jurídico de uma enorme riqueza. Talvez, por isso, Jellinek tenha dedicado tantas páginas da sua obra a defender a separação entre direitos subjectivos públicos e privados.

Partindo da sua noção mista de direito subjectivo, Jellinek começa por sustentar que o elemento da vontade não se manifesta da mesma maneira nos direitos subjectivos privados e públicos. A pedra de toque, para este autor, reside na distinção entre o que é permitido (*licere* ou *dürfen*) e aquilo que o indivíduo pode fazer pelo simples motivo da sua vontade, assente na liberdade natural (*potestá* ou *können*)¹³³. Enquanto que no Direito privado, a vontade só pode ser exercida mediante uma autorização concedida pelo Direito público, pelo que *licere* e *potestá* andam “sempre juntos”, já o Direito público fundar-se-ia, somente, numa norma que concede o poder para agir, ou seja, elle “consiste esclusivamente nella capacità di mettere in movimento norme giuridiche nell’interesse individuale”. Por outro lado, e partindo agora do elemento material (do interesse), Jellinek apresenta o direito subjectivo público como aquele que pertence ao indivíduo pela sua qualidade de membro do Estado¹³⁴.

A verdade, todavia, é que “o direito subjectivo é o mesmo, quer o obrigado a actuar de uma certa maneira seja uma entidade pública ou um particular (...). O direito não muda a sua natureza por mudar o seu sujeito passivo”¹³⁵. Falar em direitos subjectivos públicos exprime, tão só, a qualidade do sujeito passivo da relação jurídica. Às semelhanças entre a acção de justiça e o boletim de voto, para usar a expressão de Kelsen, aplicam-se os mesmos corolários¹³⁶: tal como um direito subjectivo privado, ao direito de voto corresponde uma obrigação da autoridade eleitoral de processar devidamente o boletim proferido pelo cidadão. Esta obrigação, por seu turno, está garantida pela previsão de sanções e de vias do contencioso eleitoral. Há, por isso, uma

¹³³ Cfr. Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, op. cit., pp. 51 e ss.

¹³⁴ Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti...*, op. cit., p. 58.

¹³⁵ Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto...*, op. cit., p. 214.

¹³⁶ Hans Kelsen, *Théorie générale...*, op. cit., p. 139.

identidade entre os dois direitos a jusante. Paralelamente, há uma identidade a montante, que resulta do já apontado fundamento comum dos direitos subjectivos: a dignidade da pessoa humana. Num caso, a dignidade manifesta-se nas relações particulares (direitos subjectivos privados), noutro nas relações sociais (direitos subjectivos públicos).

Por fim, os elementos que atrás apontámos para definir o direito subjectivo privado, estão também presentes no direito subjectivo público. Assim, e apenas *en passage*, diga-se que dos direitos subjectivos públicos resulta a vinculação do sujeito passivo à adopção de uma conduta ou à prestação de uma coisa, ao que acresce um poder de disposição do titular, o qual pode optar, no limite, por não exercer o direito ou dele abdicar. Aqui, porém, registam-se algumas particularidades do direito subjectivo público, atendendo à natureza do sujeito passivo¹³⁷. Em caso de alteração do interesse público, devidamente fundamentada, a entidade administrativa poderá revogar ou modificar o conteúdo de um direito subjectivo público. Por outro lado, o poder de disposição encontra grandes limitações no que respeita à faculdade de transmissão do direito. Com efeito, é muito mais fácil abdicar do seu exercício do que passá-lo para outrem – pense-se no direito de voto, marcado pela “pessoalidade”.

Não pretendemos, em suma, negar a autonomia dos direitos subjectivos públicos. Procurámos, tão só, sustentar que as semelhanças que os ligam aos direitos subjectivos privados são mais numerosas do que as diferenças. Como duas faces da mesma moeda, estes direitos completam a personalidade do Homem enquanto indivíduo e cidadão¹³⁸.

4. O ambiente enquanto direito de personalidade.

4.1. Os direitos de personalidade; teorias negativistas e seu rebate.

A qualidade de ser pessoa tem uma relevância jurídica crucial, na medida em que é ponto de partida e fundamento de todo o Direito. “Na personalização estará um dos mais claros sinais da nossa época, enquanto interface da sociedade, na qual a pessoa alcança a sua plena completude”¹³⁹. Assim começam, em regra, os discursos

¹³⁷ Cfr. Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán...*, *op. cit.*, pp. 154 e ss.

¹³⁸ Neste sentido, Octavian Ionescu, *La notion de droit...*, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁹ Mário Raposo, «O direito ao ambiente como direito fundamental», *Textos do Centro de Estudos Judiciários*, Ambiente, 1994, p. 115.

doutrinários sobre os direitos de personalidade. Centrados no indivíduo, tendem a retratá-los como direitos inatos, limitando-se o Estado a “reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo (...) e dotando-os de protecção própria (...) contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares”¹⁴⁰.

Concordamos em que o ordenamento positivo existe em função do Homem e que este não se deve limitar a ser objecto do Direito, antes sujeito e criador. A essencialidade dos direitos de personalidade não deriva, todavia, da sua origem mas, ao invés, da sua natureza. Dizer que os direitos de personalidade são inatos porque, ao contrário dos demais direitos subjectivos, não carecem de um mecanismo de aquisição ou transmissão para além do simples “nascimento completo e com vida”¹⁴¹, não invalida a sua dimensão objectiva. É, antes pelo contrário, a dupla dimensão dos direitos de personalidade que lhes traz um *plus* de protecção¹⁴². A personalidade, em sentido objectivo, corresponde à regulação jurídica de defesa, consagrada no direito supranacional, constitucional e ordinário e fundada em razões de ordem pública e de bem comum. Assumem particular relevância os princípios e as normas jurídicas injuntivas que regem a personalidade, entre os quais: no CC, os artigos 70º e 81º, que, respectivamente, conferem à pessoa lesada ou ameaçada na sua personalidade providências especiais de defesa, preventivas e de atenuação, e sancionam com a nulidade todas as limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade que sejam contrárias à ordem pública; no CP, os artigos 131º a 139º (crimes contra a vida), 140º a 142º (crimes contra a vida intra-uterina), 143º a 152º (crimes contra a integridade física), 153º a 162º (crimes contra a liberdade pessoal), 163º a 179º (crimes contra a liberdade e auto-determinação sexual), 180º a 189º (crimes contra a honra), 190º a 198º (crimes contra a reserva da vida privada) e, para quem adopte uma tutela personalista do ambiente, os artigos 278º a 280º (crimes contra o ambiente); e na CRP, o artigo 18º, do qual resulta que os preceitos constitucionais relativos à vida, à integridade física e moral e outros direitos pessoais são directamente aplicáveis e vinculam quer o Estado, suas organizações e respectivos titulares e agentes, quer os particulares.

Já a personalidade em sentido subjectivo, denota um “ethos” ou um modo de ser. Ela emerge da noção de que não é suficiente clamar do Estado que cumpra o seu dever de proteger a dignidade de cada pessoa, antes cada um deve poder exigir

¹⁴⁰ Neste sentido, Carlos Bittar, *Os direitos de personalidade*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, pp. 7 e ss.

¹⁴¹ Expressão do artigo 66º/1 do CC.

¹⁴² Sobre a tutela objectiva e subjectiva da personalidade, ver Pais de Vasconcelos, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 47 e ss.

activamente esse respeito, seja do Estado, seja dos demais particulares. A juntar à liberdade de defesa, a subjectivização da personalidade permite-nos identificar um espaço de autonomia, próprio dos direitos subjectivos, em que a cada um é reconhecido o livre exercício da sua personalidade, independentemente da sua fundamentalidade. Assim, a propósito do direito à vida, disse Pais de Vasconcelos que se trata de reconhecer que as pessoas “mantêm autonomia na defesa da sua vida, quer quanto à escolha dos meios de defesa, quer quanto à decisão de o fazer”¹⁴³.

O Código de Seabra, numa solução inovadora para a época¹⁴⁴, reconhecia a preexistência de um conjunto de direitos face à lei. Dispunha o artigo 359º sobre os “direitos originários”, definindo-os como aqueles que “resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: 1.º o direito de existência...” (sublinhado nosso)¹⁴⁵. Atente-se no facto de a norma aliar à origem inata dos direitos a necessidade de acolhimento na lei civil. Na linha do que aqui vimos defendendo, é o reconhecimento dos direitos subjectivos pelo Direito objectivo que os torna socialmente relevantes. É ele que permite dizer que “os direitos originários são inalienáveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa. A violação “d’elles produz a obrigação de reparar a offensa”¹⁴⁶. Pegando nas palavras do Visconde de Seabra, ainda que certos direitos preexistam à Lei, é ela que lhes presta sanção, apoio da força social e regula o seu exercício¹⁴⁷. A sua essencialidade é dupla: ela deriva da dignidade humana e de um lugar próprio no ordenamento positivo, que lhe dê “uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que respeitam”¹⁴⁸. Daí que, como apontado, também os direitos de personalidade, tal como os demais direitos subjectivos, derivem do ordenamento positivo. Simplesmente, para a sua criação é bastante o pressuposto da personalidade.

Também aqui, em sede dos direitos de personalidade, encontramos correntes negativistas, seja do reconhecimento destes direitos, seja da sua qualificação como direitos subjectivos. Entre nós, Guilherme Moreira considerou ser impossível conceber um direito cujo titular fosse, simultaneamente, seu sujeito e objecto. No mesmo

¹⁴³ Pais de Vasconcelos, *Direito...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁴ Sobre a tutela da personalidade à era do Código de Seabra, ver Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, 2008, pp. 70 e ss.

¹⁴⁵ No direito de existência, o legislador de então compreendeu direitos que são, reconhecidamente, direitos de personalidade. Assim, o artigo 360º extraía do direito à existência a vida, a integridade pessoal, o bom nome e a reputação.

¹⁴⁶ Artigo 368º do Código de Seabra.

¹⁴⁷ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁸ Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 18.

sentido, Cabral de Moncada receou pelas consequências imorais desta figura, pois “se podesse haver um direito sobre a vida, sobre a própria existência, a própria liberdade, sobre o próprio corpo então teríamos de admitir também logicamente, pelo menos, em princípio, um direito expresso ao suicídio, à escravidão e ao aborto”¹⁴⁹. Argumentos que, de um modo geral, foram o eco em Portugal das críticas tecidas aos direitos de personalidade por Savigny e Roubier¹⁵⁰. Enquanto que Savigny alertava para a contradição axiológica de se admitir um direito sobre a própria pessoa, Roubier negava que os direitos de personalidade fossem direitos subjectivos, no sentido de incidirem sobre bens susceptíveis de disposição, gratuita ou onerosa, e de renúncia. A preocupação destes autores acaba por ser a mesma: a de que sendo os direitos subjectivos uma prerrogativa do titular, no sentido de poder dispôr livremente de um bem, os direitos de personalidade seriam contrários à dignidade humana, objectivando e escravizando as suas qualidades.

A ideia de que o reconhecimento de direitos de personalidade implica uma confusão entre o sujeito e o objecto do direito está, todavia, equivocada. Seguindo Campogrande, nestes direitos o sujeito apresenta-se como o Homem, na sua totalidade, ao passo que o objecto é “cada uno de los derechos sobre la persona” ou “tan sólo (...) una manifestación o faceta determinada, física o moral, de la personalidad”¹⁵¹. Mais precisamente, consideramos que os direitos de personalidade não constituem direitos sobre partes da pessoa, mas sobre qualidades ou estados que esta valoriza. Servindo-nos do exemplo de De Cupis, o poeta que pergunta se tem um direito sobre o seu nariz, apenas porque há muitos anos que se serve dele para cheirar, ignora que a correcta construção jurídica passa por reconhecer um direito que terá por objecto “não o seu nariz, como parte da pessoa, mas sim a integridade física”¹⁵². Esta é, aliás, a lógica que há muito preside aos direitos reais: “assim se diz que é um bem a propriedade de Semprónio, e não a sua fertilidade, ou a sua vedação”¹⁵³.

Por outro lado, as teorias negativistas ignoram o papel que já apontámos ao Direito objectivo, de limitar e coordenar a autonomia privada em função de imperativos sociais, de ordem pública, de bons costumes, de ética, etc. Se a questão

¹⁴⁹ Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, Coimbra, 1932, p. 63.

¹⁵⁰ Sobre o raciocínio destes dois autores, ver Sana Djaló, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais*, Lisboa, 2005, pp. 11 e 12.

¹⁵¹ Cfr. Carlos Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades publicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, p. 28.

¹⁵² Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵³ Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 26.

sobre se os indivíduos têm ou não direitos, e quais, é acima de tudo uma questão ética¹⁵⁴, e se o “ser” é mais importante do que o “ter”¹⁵⁵, não se compreenderia que o Direito objectivo se limitasse a acolher, como direitos subjectivos dignos de protecção jurídica, aqueles que reflectem direitos *ad rem*, deixando de fora os mais importantes – entenda-se, os bens respeitantes à pessoa. Tal implica, todavia, que os direitos de personalidade merecem cautelas acrescidas. Assim, sendo referentes a bens indissociáveis da personalidade humana, o seu reconhecimento enquanto direitos subjectivos visa, essencialmente, dotá-los de uma protecção específica e, em caso de violação, garantir a sua reparação. Já o poder de disposição do titular, aparece, como veremos, algo limitado, uma vez que integrar estes direitos, sem mais, no “comercio de los hombres”, revelar-se-ia atentatório da ética que pauta todo o nosso raciocínio¹⁵⁶.

Nesta linha de pensamento, Kayser considera que os direitos de personalidade constituem uma “categoria particular de direitos subjectivos”, que apresenta características próprias¹⁵⁷, opinião partilhada por De Cupis, para quem a não patrimonialidade e o carácter absoluto dos direitos de personalidade justificam a sua autonomização, embora dentro do sistema dos direitos subjectivos¹⁵⁸.

Os direitos de personalidade são, em primeiro lugar, direitos não patrimoniais. A não patrimonialidade não significa que estejam desprovidos de utilidade económica, dado que a atribuição de um valor pecuniário é uma decorrência frequente da disposição do direito – assim, quando alguém autoriza a reprodução de uma sua obra, mediante o pagamento de uma determinada quantia –, assim como da sua violação – recebendo o dano não patrimonial tutela no artigo 496º do CC¹⁵⁹. Esta característica resulta, ao invés, de “um modo de ser físico ou moral da pessoa”, pelo qual os direitos de personalidade são um apenas um “caminho” para a riqueza material.

¹⁵⁴ Robert Alexy, *A theory of constitutional...*, *op. cit.*, pp. 111 e segs..

¹⁵⁵ Não é por acaso que ao analisarmos o catálogo de direitos fundamentais acolhido na nossa Constituição, constatamos que os direitos, liberdades e garantias precedem os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, comprovando que a protecção que a pessoa possa merecer no plano económico, enquanto titular de bens materiais, se oferece secundária em face da protecção da sua personalidade.

¹⁵⁶ Assim, Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁷ Cfr. Sana Djaló, *Direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁸ Cfr. Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁹ Para De Cupis, a ligação entre a violação de um direito de personalidade e o emergente direito a ser ressarcido será, inclusivé, meramente indirecta: “a equivalência entre o direito à indemnização pelo dano e o direito lesado da personalidade (...) não pode ser mais do que um reflexo da equivalência entre os respectivos objectos”. Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 30. Sobre a génese da indemnização devida em caso de violação dos direitos de personalidade, referindo o caso do desportista Herrenreiter, ver Sana Djaló, *Direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 19.

Na esmagadora maioria dos casos, o proponente de uma acção de responsabilidade civil ambiental visa obter o ressarcimento de danos reflexos, entenda-se, de danos que, embora recaindo sobre o ambiente e os seus componentes naturais, acabam por atingir interesses materiais ou morais de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis¹⁶⁰. O Direito privado é, como tal, chamado a intervir por um cunho egoísta: ele visa a tutela da saúde humana, do bem-estar resultante da relação do Homem com o ambiente, com base em critérios de satisfação e de aproveitamento pessoal. Ao cobrir danos reflexos, a tutela privada é, também ela, reflexa, porque pressupõe um interesse particular. Fora dos casos em que é reconhecida legitimidade difusa para agir, o CC faz depender a pretensão ambiental da lesão de um direito subjectivo ou de um interesse legítimo¹⁶¹, pelo que “os particulares, em regra, só reagem aos danos ambientais quando, em consequência da agressão ao ambiente, são atingidos nos seus bens próprios”¹⁶². Daí que, muitos dos alegados danos ambientais que chegam a tribunal mais não sejam do que danos mascarados: nalguns casos, danos não patrimoniais, decorrentes da violação de direitos de personalidade como a saúde ou o repouso (ambos manifestações da integridade física), noutros, danos patrimoniais, causados pela deterioração da casa de morada de família ou pela perda de clientela (pense-se no prejuízo que a poluição de uma praia fluvial pode causar a uma unidade hoteleira sobranceira).

Os direitos de personalidade assumem-se, em segundo lugar, como direitos *erga omnes*. Como os demais direitos subjectivos, eles não dispensam uma relação jurídica, antes se inserem numa relação com a generalidade dos sujeitos¹⁶³. Contrariamente ao direito de crédito, que só pode ser oposto ao devedor, os direitos de personalidade, tal como os direitos *ad rem*, são “ejercitables contra todos”¹⁶⁴. A configuração do ambiente como um direito de personalidade pode, aqui, encontrar um importantíssimo suporte: munido de um carácter *erga omnes*, o direito ao ambiente é um arma de peso contra a inércia das autoridades públicas. Para isso, porém, é necessário que se altere a consciência dos cidadãos, deslocando-se a motivação de

¹⁶⁰ Caroline Rosas, «Direito Ambiental no STJ», *Revista do Advogado*, n.º 103, Maio, São Paulo, 2009, p. 42.

¹⁶¹ Cfr. os artigos 70º, 483º, 1344º/2, 1345º a 1352º, 1357º, 1359º, 1360º a 1366º, 1368º, 1369º e 1372º.

¹⁶² Basílio Sanca, *Direitos de personalidade e Ambiente*, Lisboa, 2006, p. 19.

¹⁶³ Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁴ Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 47.

defesa do ambiente do escopo egoísta do “agir para o benefício próprio e imediato” para o escopo desinteressado do “agir para o benefício de todos, diluído no tempo”¹⁶⁵.

Indissociáveis da pessoa humana, os direitos de personalidade são intransmissíveis, característica que os distancia da generalidade dos direitos subjectivos, com excepção dos direitos de família¹⁶⁶. O facto de o CC tutelar determinados direitos como a honra, a imagem e o bom nome do falecido, não significa que as pessoas legitimadas para accionar essa mesma tutela tenham adquirido os ditos direitos por transmissão. A poder falar-se numa “teoria dos direitos dos vivos”¹⁶⁷, no sentido de que a tutela em causa visaria a protecção das pessoas indicadas no artigo 71º/2, sempre será no sentido que as ofensas causadas à memória do morto se reflectem nos direitos de personalidade dos seus familiares¹⁶⁸. Ora, também aqui deixamos uma advertência: o ambiente não se esgota numa vida¹⁶⁹. É um direito intemporal, que pertence a todas as gerações. Isolá-lo numa só pessoa, enquanto direito de personalidade, espelha “o subjectivismo e conseqüente relativismo que tudo esboroa e divide em ínfimas partículas o todo de que fazemos parte”¹⁷⁰. Para quem a desvalorize, fica a convicção, também nossa, de que a intransmissibilidade não preclui a qualificação dos direitos de personalidade como direitos subjectivos. Com efeito, o poder de disposição que surge atrelado ao reconhecimento de um direito subjectivo não se resume à possibilidade do titular transmitir o bem para outrem, antes engloba qualquer destino do direito subjectivo¹⁷¹.

O poder de disposição típico dos direitos subjectivos sofre, porém, um outro revés a nível dos direitos de personalidade: a sua irrenunciabilidade. Todavia, à semelhança da não-patrimonialidade, também esta característica é relativa, admitindo

¹⁶⁵ Sobre a ética do futuro ou o “sentimento da bondade da projecção do futuro no presente”, ver Maria da Glória Garcia, *O lugar do Direito na protecção do Ambiente*, Almedina, 2007, pp. 82 e ss.

¹⁶⁶ Sobre o diferente fundamento da intransmissibilidade dos direitos de personalidade e de família, ver Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁷ Adoptando-a, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, p. 466.

¹⁶⁸ Neste mesmo sentido, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 203, e, falando mesmo numa “infelicidade de redacção”, Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, AAFDL, 1978, pp. 100 e 101. Contra, defendendo a teoria do “prolongamento da personalidade”, Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 189 e ss., e falando num “empurrão” da personalidade jurídica para além da morte, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987, p. 105.

¹⁶⁹ Sem prejuízo de a acompanhar em toda sua duração. A esse propósito, diz-se que os direitos de personalidade são imprescritíveis. Também aqui, há uma clara diferença face aos direitos subjectivos de crédito, os quais estão sujeitos ao instituto da prescrição extintiva. Cfr. Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷⁰ Maria da Glória Garcia, *O lugar do Direito...*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷¹ Neste sentido, Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, pp. 49 a 51.

o CC a limitação voluntária dos direitos de personalidade, embora com algumas reservas. O Direito admite apenas “limitações graciosas e temporárias”, estando vedada a troca de um direito de personalidade por dinheiro bem como alienações definitivas¹⁷². Neste ponto, recordamos uma anterior chamada de atenção, que se prende com a constatação de que o ambiente é, cada vez mais, alvo de soluções negociais ou de mercado, estranhas a esta característica. Por outro lado, o artigo 81º do CC exige a observância dos princípios da ordem pública (ao que devemos acrescentar os bons costumes, por força do artigo 280º), estando excluídas limitações imorais como a flagelação corporal, e prevê a livre revogação da limitação, a todo o momento, mediante o pagamento de uma indemnização pelas expectativas frustradas.

Mesmo perante todas estas particularidades, entendemos que os direitos de personalidade podem ser reconduzidos aos direitos subjectivos. Há, ainda que relativa e especialmente condicionada, uma permissão normativa específica de aproveitamento de um conjunto de bens: os bens de personalidade¹⁷³, ao que acresce a possibilidade de o titular solicitar e conseguir com que as perturbações (ou simples ameaças) cessem e sejam reparadas¹⁷⁴. Entre nós, a tutela subjectiva da personalidade mereceu a adesão de Cunha Gonçalves, para quem os direitos de personalidade se extraem dos antigos “direitos originários” do Código de Seabra. Trata-se, segundo o autor, de um conjunto de direitos que envolvem uma liberdade de realização, para o titular, e uma obrigação geral de respeito, porquanto todos os demais se devem abster de os ofender¹⁷⁵. O obstáculo levantado pela doutrina francesa cai por terra, mediante a constatação de que “o próprio poder da vontade humana abrange não só o exterior mas também as suas próprias realidades pessoais”¹⁷⁶. Hoje, poucos são os autores que lhes negam autonomia¹⁷⁷.

4.2. A configuração dos direitos de personalidade; direito geral ou direitos especiais?; opção pela tutela geral juntamente com a previsão de direitos especiais de personalidade.

¹⁷² Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo III, *op. cit.*, p. 107.

¹⁷³ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo III, *op. cit.*, p. 79.

¹⁷⁴ Prevendo o artigo 70º/2 uma tutela antecipatória e reparatória, dirigida às ofensas ilícitas à personalidade física e moral.

¹⁷⁵ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, tomo III, Coimbra Editora, 1930, pp. 9 e 10.

¹⁷⁶ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, volume I, 3ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1972, pp. 193 a 195.

¹⁷⁷ Sobre a ampla recepção da doutrina dos direitos de personalidade em Portugal, ver Menezes Cordeiro, «Os direitos de personalidade na civilística portuguesa», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume I: Direito Privado e Vária, Almedina, 2002, p. 30.

Ultrapassado o obstáculo à recepção dos direitos de personalidade, enquanto direitos subjectivos, logo se percebe o seu interesse em sede ambiental. Como veremos, a orientação dominante na jurisprudência portuguesa consiste, mesmo, em tratar o ambiente como um direito de personalidade¹⁷⁸, mediante uma extensão de direitos como a vida, a saúde e o repouso – técnica essa que, em sede de Direito comparado, reportamos aos tribunais cíveis italianos. Antes de olharmos para alguns casos recolhidos da jurisprudência nacional, cumpre, todavia, responder a um outro problema: o de “saber se o poder jurídico do sujeito (...) se consubstancia em um direito geral e único (direito geral de personalidade) ou se, ao contrário, dá lugar a uma multiplicidade de direitos subjectivos autónomos e distintos (direitos de personalidade)”¹⁷⁹. O mesmo é dizer, aceite a figura dos direitos de personalidade, qual deve ser a sua configuração: a de um direito unívoco, ou a de um feixe de direitos tão vasto quantos os possíveis bens da personalidade?

Na Alemanha, Regelsberger e Gierke contam-se entre os principais defensores da concepção de um direito geral de personalidade, segundo a qual “o poder do sujeito sobre a sua própria pessoa configurava um direito geral à livre actuação e manifestação da sua individualidade, em todos os sentidos e dimensões”¹⁸⁰. Em rigor, existiria um só direito, a personalidade, que garantiria o aproveitamento individual dos múltiplos aspectos da pessoa humana, como a integridade, o nome e a privacidade. Individualmente consideradas, estas manifestações da personalidade careceriam de autonomia jurídica, não configurando um objecto de direito próprio e independente¹⁸¹. Ao tutelar a personalidade como um todo, ficariam abrangidas, inclusivé, aquelas manifestações que não estivessem tipificadas e que só casuisticamente se fizessem notar¹⁸².

Considerando que esta concepção se apresentava como demasiado ampla, Ennerccerus defendeu que a personalidade humana era já objecto de tutela na lei civil, administrativa e penal, de onde decorria uma sedimentação dos direitos de

¹⁷⁸ Cfr. Colaço Antunes, *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental*, Almedina, 1989, p. 59.

¹⁷⁹ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁰ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸¹ Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸² Neste sentido, falando numa tutela do ambiente independentemente de uma previsão legal específica, ver Araújo de Barros, «Direito Civil e Ambiente», *Textos: Ambiente*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1994, pp. 221 e ss.

personalidade¹⁸³. As particularidades históricas do Direito alemão justificavam, porém, que o reconhecimento de direitos especiais de personalidade se fizesse ao lado da tutela geral:

La anterior protección a la personalidad ya no era suficiente para preservar a la persona... La jurisprudencia no ha esperado a la intervención del legislador, sino que de por sí ha llenado la laguna apreciada como tal al reconocer, basándose en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental, que ponen de relieve la dignidad humana y el desenvolvimiento de la personalidad como valores jurídicos supremos, el llamado “derecho general de la personalidad”, en cuanto fundado en el Derecho vigente...¹⁸⁴

Nesse sentido, Larenz esforçou-se por identificar, ao lado de um direito geral de personalidade, básico e unitário, os direitos especiais consagrados no ordenamento alemão, com destaque para o nome, a imagem, a vida, o corpo, a saúde e a liberdade¹⁸⁵. A relação do direito geral de personalidade com estes direitos especiais seria de desdobramento, actuando os segundos como manifestações casuísticas do primeiro, seu fundamento último. A prevalência do direito geral seria, todavia, axiológica, dado que no plano da aplicação do Direito, ocorrendo a lesão de um direito especial de personalidade, “no será preciso retrotraerse al derecho general...”¹⁸⁶.

Pela nossa parte, o abandono do conceito de direito geral de personalidade justifica-se pelo entendimento, já atrás apontado, de que os direitos de personalidade não são direitos que têm por objecto a pessoa, mas, ao invés, qualidades desta, “partes, bienes, intereses, atributos de la misma, que adquieren propia autonomía”¹⁸⁷, e que merecem uma protecção autónoma e separada. Mais, a ideia de um direito geral de personalidade revela-se impraticável, quer quanto à falta de um fundamento ôntico, quer por demasiado ampla. Incapaz de servir como critério selectivo dos elementos da personalidade que devem ou não merecer uma tutela do Direito, esta teoria promove o “individualismo máximo de que se realiza em si por si e para quem o outro é, fundamentalmente, um entrave à sua realização”¹⁸⁸. Como único limite da autonomia privada, encontraríamos o “outro”, o que implica que, fora das relações jurídicas, a

¹⁸³ Ennerccerus, *Derecho Civil (Parte General)*, trad. de Blas González e José Alguer, Barcelona, Bosch – Casa Editorial, 1934, pp. 306 e 307.

¹⁸⁴ Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil español*, I, volume II, Madrid, 1958, p. 61, *apud*, Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁵ Recolhidos do BGB e da Lei sobre Direitos de Autor, Artes Plásticas e Fotografia.

¹⁸⁶ Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁷ Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁸ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 90.

liberdade individual não conheceria restrições, abrangendo as manifestações da pessoa mais díspares e aberrantes¹⁸⁹.

Para De Cupis, a preferência pela concepção dos direitos especiais de personalidade seria, ademais, justificada pela percepção social:

a dita consciência comum não costuma distinguir um só bem na pessoa; pelo contrário, reconhece vários bens distintos, correspondentes a interesses distintos, na vida, na honra, na identidade, etc., da pessoa. E o jurista não pode prescindir, nas suas construções, do consenso geral¹⁹⁰.

O abandono da figura do direito geral de personalidade não significa, porém, que esta não deva gozar de uma tutela geral. Entre nós, o artigo 70º/1 do CC prevê, justamente, uma tutela geral da personalidade, sem que com isso atribua um direito do Homem sobre si mesmo¹⁹¹. A tese do direito geral de personalidade só se justifica num ordenamento em que ou não haja tipificação de direitos especiais ou em que esta seja fechada¹⁹². Em Portugal, isso não sucede, dado que o artigo 70º/1 do CC protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, numa fórmula que Pais de Vasconcelos apelidou de “feliz, porque tem toda a elasticidade suficiente para resistir ao envelhecimento do código e ao surgimento de novas ameaças e lesões à personalidade”¹⁹³. A expressão “qualquer”, permite ao Direito acompanhar a evolução da vida e a complexificação do ser humano, sem ser preciso actualizar constantemente o catálogo dos direitos de personalidade previstos na Lei civil. Assim, a maioria dos autores concorda em que a tipificação dos direitos de personalidade é meramente exemplificativa, pelo que para além dos direitos de personalidade previstos na lei – e que podemos identificar como sendo o direito à vida (artigo 24º da CRP), o direito à integridade física e moral (artigo 25º da CRP), o direito à identidade e ao nome (artigos 26º da CRP e 72º do CC), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º da CRP), o direito à honra (artigo 26º da CRP, que fala em reputação), o direito à privacidade (artigos 26º da CRP e 80º do CC) e o direito à imagem (artigos 26º da CRP e 79º do CC) – outros podem surgir¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁰ Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹¹ Contra, Capelo de Sousa e Carvalho Fernandes. Cfr. as indicações bibliográfica em «Instrumentos de Direito privado...», *op. cit.*, p. 57, nota 40.

¹⁹² Neste mesmo sentido, Carlos Vide, *Bienes de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹³ Pais de Vasconcelos, *Direito...*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁹⁴ Pais de Vasconcelos, *Direito...*, *op. cit.*, p. 65.

Falar em tutela geral significa reconhecer como intenção do legislador a de tutelar os direitos especiais de personalidade tipificados na lei mas, também, todos os que, não estando, possam ser alvo de uma recondução dogmática à figura da personalidade¹⁹⁵. Ao intérprete não cabe fazer um esforço de densificação apriorística dos direitos de personalidade¹⁹⁶, até porque teria de ser um esforço constante dada a sua mutabilidade social, mas tão só encontrar um critério de concretização da cláusula geral que tenha por fundamento a dignidade humana. Uma vez definido, esse critério permite extrair do artigo 70º/1 do CC uma multiplicidade de posições jurídicas, que não apenas direitos subjectivos. Dele poderemos retirar “situações jurídicas activas e passivas, direitos, deveres, faculdades, sujeições... desde que tais construções técnicas se revelem necessárias para traduzir a juridicidade da realidade pessoal”¹⁹⁷.

4.3. O ambiente enquanto direito de personalidade; análise doutrinária e jurisprudencial; problemas levantados.

A conceptualização do ambiente como um direito subjectivo, nalguns casos reconduzido à personalidade humana, assumiu-se como a posição maioritária na doutrina portuguesa.

Pereira Reis, foi um dos primeiros autores a pronunciar-se a favor de um direito subjectivo ao ambiente, afirmando que, apesar das dificuldade em determinar o conteúdo do direito, o seu titular e da inapropriabilidade individual dos bens que compõem o ambiente, “contra factos não há argumentos”, referindo-se à consagração, pela norma constitucional, de um direito fundamental¹⁹⁸. Um análise dos exemplos dados pelo autor de agressões diariamente cometidas contra o meio ambiente, permite-nos constatar que, na sua larga maioria, se trata de condutas que atingem directamente o ser humano: a conversão de zonas verdes em dormitórios urbanos onde ninguém quer viver, o bulício das cidades que se transforma no primeiro passo para a surdez e a conversão das zonas históricas dos centros urbanos em amontoados de tijolos¹⁹⁹. Pereira Reis adopta, por isso, uma noção demasiado ampla de ambiente, retornando à

¹⁹⁵ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁶ Assim, Walter de Cerqueira, «Os direitos de personalidade e o direito ao meio ambiente», *Direito e Meio Ambiente. Reflexões actuais*, org. Gracielle Carrijo Vilela e Marina Rievers, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 33.

¹⁹⁷ Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁹⁸ Pereira Reis, *Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente*, Ministério do Plano e da Administração do Território – Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais, 1987, pp. 32 e ss.

¹⁹⁹ Pereira Reis, *Contributos para uma teoria...*, *op. cit.*, p. 34.

derivação latina em que *ambio* significa rodear ou cercar: ambiente é, para o autor, tudo aquilo que enforma a nossa existência, desde os elementos naturais (como a fauna, a flora, a água, o ar e o solo) aos elementos que resultam da actividade humana sobre o que o rodeia – os elementos “construídos”.

Também Gomes Canotilho se pronunciou pela aceitação de um direito ao ambiente, extraíndo-o da existência de uma posição jurídica garantida à pessoa, através de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais (artigo 66º/1 da CRP), ainda que no Título III, dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais²⁰⁰. Para este autor, apenas a configuração subjectiva do ambiente, ao torná-lo, ainda que por analogia, passível da aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, é capaz de oferecer um grau de protecção satisfatório.

Partindo, também, da CRP, Jorge Miranda destaca o duplo tratamento que ambiente aí recebe: objectivo, enquanto tarefa fundamental do Estado e subjectivo enquanto direito fundamental, de onde decorre que é, na sua vertente negativa, um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias²⁰¹. À semelhança de Pereira Reis, encontramos em Jorge Miranda uma noção agigantada de ambiente, em que tudo cabe, desde o direito dos trabalhadores à higiene no trabalho, o direito a especial protecção dos trabalhadores que desempenham actividades em condições insalubres ou perigosas e o direito à habitação, em condições de higiene e de conforto²⁰².

Por seu turno, autores como Mário Raposo, Araújo Barros, Capelo de Sousa e Menezes Cordeiro avançaram no sentido de descortinar, dentro da categoria ampla dos direitos subjectivos, um direito ao ambiente como direito de personalidade. Para os dois primeiros autores, o ambiente seria simultaneamente um direito de personalidade e uma garantia constitucional. Ao ser acolhido no catálogo dos direitos fundamentais, beneficiaria ainda do regime do artigo 18º da CRP, sendo directamente aplicável e

²⁰⁰ Gomes Canotilho, «O direito ao ambiente...», *op. cit.*, pp. 52 e ss.

²⁰¹ Jorge Miranda, «A Constituição e o Direito do Ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 360 e ss. No mesmo sentido, extraíndo o direito ao ambiente da dupla previsão constitucional – enquanto direito de defesa e direito prestacional – Vasco Pereira da Silva, *Verde cor de Direito...*, *op. cit.*, pp. 84 e ss. Na base da sua posição, está um teste histórico segundo o qual o direito ao ambiente seria apenas a mais recente manifestação da dignidade humana, também ela digna de uma tutela através do indivíduo. Pela nossa parte, entendemos que se é verdade que a dignidade humana é fundamento de todos os direitos fundamentais, isso não equivale a dizer que onde quer que esta se projecte tem de haver um direito subjectivo. Casos há em que a maior projecção da dignidade humana será no plano objectivo, do dever dos cidadãos e da tarefa estadual.

²⁰² Cfr. Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, pp. 363 e 364.

vinculando entidades públicas e privadas²⁰³. Quanto a Capelo de Sousa, refere que entre “os bens abrangidos pela tutela geral da personalidade referida no artigo 70º do CC contam-se também os elementos componentes da relação existencial do homem com a natureza”²⁰⁴. Já Menezes Cordeiro, chama a atenção para a prática jurisprudencial, enunciando uma série de decisões em que os incómodos típicos das relações de vizinhança – entre os quais, o problema das emissões nocivas – são concebidos como ofensas aos direitos de personalidade²⁰⁵.

Mesmo entre a doutrina mais “jovem”, *maxime* os recentes mestres, se tem vindo a generalizar o entendimento de que ao configurar o ambiente como um direito de personalidade ele goza do melhor de dois mundos: da tutela própria dos direitos, liberdades e garantias, oferecida pelo artigo 18º da CRP, e da tutela própria dos direitos de personalidade, oferecida pelo artigo 70º/2 do CC²⁰⁶.

No que aos tribunais portugueses respeita, recolhemos um conjunto de casos ilustrativos deste entendimento doutrinário:

- No acórdão do STJ, de 02-07-1996²⁰⁷, a matéria de facto resume-se à construção de um posto de combustível num terreno confinante com uma escola, susceptível de deteriorar a qualidade do ar respirável pelas crianças, de causar lesões graves em virtude do carácter altamente tóxico das substâncias que iriam ser comercializadas, chamando-se ainda a atenção para a sua volatilidade e para os fumos e ruídos que iriam ser emitidos, nocivos para a saúde e para o ambiente.

Depois de ter considerado que essa actividade incide directamente sobre o direito de jovens cidadãos a gozarem de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, assim desrespeitadora de um direito constitucional e fundamental, o tribunal elevou o ambiente à categoria de *conditio sine qua non* do direito à vida, lembrando que mesmo quando a Lei prescreve distâncias mínimas de segurança não isenta o decisor de uma ponderação casuística:

estas não podem ter-se por, sempre, suficientes, deixando em aberto, necessariamente em consonância com a univocidade da ordem jurídica e os princípios emergentes da Lei

²⁰³ Mário Raposo, «O direito ao ambiente...», *op. cit.*, p. 115, e Araújo de Barros, «Por um direito ao ambiente», *Textos: Ambiente e Consumo*, vol. 2, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 362.

²⁰⁴ Capelo de Sousa, *O direito geral...*, *op. cit.*, p. 295.

²⁰⁵ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo III, *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁶ Neste sentido, ver Basílio Sanca, *Direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁷ Processo n.º 1051/95; Relator: Cardona Ferreira.

Fundamental o que, em concreto, seja indispensável para salvaguardar o direito à qualidade de vida, à saúde, à segurança...²⁰⁸

Termina o STJ, dizendo que “o direito ambiental tem dignidade constitucional e insere-se nos direitos fundamentais de personalidade, numa perspectiva antropocêntrica” (sublinhado nosso)²⁰⁹.

▪ No acórdão do STJ, de 13-09-2007²¹⁰, foi julgado o caso de uma família que morava por cima de uma padaria onde eram diariamente usados um forno, uma batedeira, uma amassadeira, um frigorífico, um exaustor, um moinho de café e uma câmara frigorífica. Desde as 4 horas da madrugada, altura em que a ré (uma sociedade comercial panificadora) iniciava a sua actividade, que os AA. eram acordados do seu sono (nalgumas ocasiões também pelo alarme anti-intrusos da padaria que costumava disparar sem razão) após o que se viam incapazes de o retomar, excepto com a ajuda de medicamentos. A privação de sono e o consumo de anti-depressivos acabou, inevitavelmente, por se reflectir no desempenho profissional dos AA, sobretudo da autora que, sendo ama de crianças, as recebia em sua casa. Já em desespero, os AA. intentaram acção judicial contra o proprietário do estabelecimento comercial tendo em vista o seu encerramento e o pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos.

No que toca à identificação dos direitos afectados, o STJ retoma a ideia de que ambiente de vida sadio e repouso são direitos estreitamente conexos, constituindo direitos de personalidade e tendo assento constitucional²¹¹. Como normas de protecção destes direitos, são invocados os artigos 24º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 25º/1 e 66º/1 da CRP e 70º/1 do CC.

Quanto à decisão, recordando jurisprudência assente, é dito expressamente que “a personalidade humana é, verdadeiramente, a estrutura base dos direitos do homem, já que é sobre ela que assentam todos os demais direitos, nomeadamente os de natureza e carácter diferente”²¹², pelo que em caso de conflito os direitos de personalidade prevalecem sobre os de índole económica e social nos termos do artigo

²⁰⁸ Parágrafo 4.5.

²⁰⁹ Parágrafo 5.4.

²¹⁰ Processo 07B2198; Relator: Alberto Sobrinho.

²¹¹ Ver o ponto 2. do acórdão.

²¹² Idem.

335º/2 do CC. Tal não afasta, porém, a necessidade de respeitar o direito inferior na medida da proporcionalidade, pelo que o tribunal se limitou a decretar o encerramento do estabelecimento entre as 22 horas e as 7 horas, considerando-o adequado para a defesa dos direitos dos autores e a sua compatibilização com o conjunto dos direitos em jogo.

▪ No acórdão do STJ, de 22-09-2009²¹³, as semelhanças ao nível da matéria de facto e de direito são várias. Trata-se, novamente, de uma queixa por ruídos causados por um estabelecimento destinado à panificação e, também aqui, o tribunal considerou que o ruído representa uma violação dos direitos à integridade física, ao repouso e à qualidade de vida, lembrando que mesmo quando este não exceda os limites legais, o proprietário afectado pode lançar mão do artigo 1346º do CC e opôr-se à sua produção, já que ele só deve suportar os ruídos que não vão para além das normais relações de vizinhança²¹⁴.

Em sede de colisão de direitos, o STJ voltou a aplicar o artigo 335º/2 do CC, dando primazia ao direito ao repouso e à qualidade de vida, cuja lesão ilícita obriga o proprietário da padaria a indemnizar os moradores afectados pelos danos causados, nos termos dos artigos 483º e ss. do CC.

Estes e outros acórdãos²¹⁵ denotam uma clara linha de raciocínio por parte dos tribunais, no sentido de a saúde humana poder ser directamente atingida, através de actuações que visam a própria pessoa enquanto unidade biológica, ou indirectamente, mediante actuações que incidem sobre aspectos circundantes ou ambientais.

Partindo do direito à saúde e à qualidade de vida, o direito ao ambiente é-nos apresentado como um direito de personalidade, se não intrínseco à pessoa, pelo menos instrumental ou periférico, para usar a expressão de Jhering²¹⁶. Com a evolução da complexidade das relações sociais e os avanços tecnológicos, a pessoa humana é assolada por novas preocupações éticas, das quais a bioengenharia, a clonagem, a corrupção dos *media* e o ambiente são os mais recentes exemplos. A percepção de que o

²¹³ Processo n.º 161/05; Relator: Sebastião Póvoas.

²¹⁴ Ver o ponto 4. do acórdão.

²¹⁵ Para uma extensa lista de outras decisões judiciais neste sentido, ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo III, *op. cit.*, pp. 132 a 134.

²¹⁶ Cfr. Menezes Leitão, «Instrumentos de Direito Privado...», *op. cit.*, p. 59. No mesmo sentido, embora falando em direitos de personalidade “necessários” e “eventuais”, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil...*, tomo III, *op. cit.*, pp. 90 e 101 e 102. Para Menezes Cordeiro, os direitos eventuais estão dependentes dos direitos de personalidade necessários, da sua comprovação e violação.

ser humano carece, para se poder realizar plenamente, de condições de vida adequadas, firmou o “entendimento de que o conceito de saúde não implica apenas ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social”²¹⁷. Dessa forma, aos direitos de personalidade intrínsecos, como a vida, a integridade física e moral e a honra, juntam-se os direitos de personalidade periféricos, emergentes da interacção do ser humano com aquilo que o rodeia, ambos integrantes de um *status personae*.

Pela nossa parte, não podemos aceitar que o “ambiente saudável” seja uma fonte indiscriminada de direitos de personalidade, com o simples argumento de que os mesmos são socialmente reconhecidos como indispensáveis para a realização pessoal²¹⁸.

O perigo deste entendimento é duplo. Em primeiro lugar, ele transforma o conceito jurídico de ambiente num “saco sem fundo”, em que tudo cabe. O ridículo da situação é ilustrado quando se apela ao “ambiente laboral” para, também aí, ver no direito ao ambiente uma projecção da personalidade humana²¹⁹. Entre os autores brasileiros, essa é uma posição relativamente fácil de encontrar, parecendo que com o recurso às normas laborais, à antiguidade da relação entre o trabalho e a dignidade humana e à fricção entre a indústria e o ambiente se torna mais fácil justificar a atribuição de um poder de disposição sobre a natureza. Ao enveredar por este caminho, é fácil perder de vista o objectivo inicial: o de arrear caminho, o de aprender com o fracasso das anteriores abordagens de domínio do Homem face à natureza.

Com esta “manobra de ilusionismo”, destinada a ultrapassar a desconfiança de grande parte da doutrina jusinternacionalista perante a ideia de dever face ao “status passivus” em que o indivíduo se encontrava investido, até ao final do período absolutista e ao advento do liberalismo, no dealbar do século XIX²²⁰, legislador, doutrina e tribunais varreram para debaixo do tapete a tão merecida dignidade autónoma do meio ambiente, trocando-a por uma confortável protecção reflexa. Quando confrontados, sempre se desculparão com a previsão de mecanismos de

²¹⁷ Walter de Cerqueira, «Os direitos da personalidade...», *op. cit.*, p. 37.

²¹⁸ Nesse sentido, reportando-se à doutrina brasileira, ver Mônica Baptista, *Aspectos ambientais no Código Civil brasileiro de 2002*, Lisboa, 2006, pp. 14 e 15.

²¹⁹ Nesse sentido, Basílio Sanca, *Direitos de personalidade...*, *op. cit.*, pp. 15 e 16.

²²⁰ Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Lisboa, 2006, pp. 143 e ss.

legitimidade difusa, como a acção pública e popular e o papel interventivo das ONGAS²²¹, como se estas não fossem já as principais defensoras do meio ambiente.

A confusão de diferentes bens jurídicos, cada um merecedor de previsão e tutela própria, é facilmente ilustrada pela análise das decisões judiciais portuguesas. Aqui fica uma:

▪ No acórdão do Tribunal Judicial de Círculo de Santa Maria da Feira, de 4 de Abril de 1997²²², deparamo-nos com o caso de empresas que se dedicam à actividade de serração e fabrico de tacos, *parquet* e artefactos de madeira. Os instrumentos usados nesta actividade, desde serras, empilhadoras, compressores e toda uma gama de maquinaria, provocam um ruído constante para os vizinhos durante o dia e durante a noite, de segunda a sábado. Para além do ruído, e consequentes vibrações causadas em portas, janelas, candeeiros e outros objectos, a actividade de serração liberta pó nocivo para a saúde e para o património dos vizinhos, cobrindo móveis e impedindo a normal frutificação dos seus terrenos.

O tribunal começa por reconhecer que a matéria de facto tem implicações ao nível dos direitos de personalidade, das relações de vizinhança, do direito do ambiente e da responsabilidade por factos ilícitos, pelo que “devem ser abordadas cada uma de per si”. Nesse sentido, o acórdão estabelece uma série de divisões, consoante o bem violado e as normas chamadas a intervir. Assim temos:

i) os direitos de personalidade dos AA.: que o tribunal começa por reconduzir à integridade moral e física, assegurada na CRP (artigo 25º), na Lei civil (artigo 70º/1 do CC) e em textos internacionais (art. 25º/1 da CEDH), e que adiante alarga à protecção da saúde e da qualidade de vida (artigos 64º e 66º da CRP), cuja violação requer a adopção das providências adequadas a fazer cessar as ofensas cometidas (artigo 70º/2 do CC);

²²¹ Veja-se o artigo 53º/1 do CPA e os artigos 9º e 10º da Lei n.º 35/98, de 18 de Julho, dos quais resulta que as ONGAs têm legitimidade para iniciar e intervir no procedimento administrativo ambiental e para propor as acções necessárias à prevenção, correcção, suspensão e cessação de actos e omissões de entidades públicas ou privadas que constituam ou possam constituir um factor de degradação do ambiente.

²²² Disponível em *O meu Caderno Verde. Trabalhos Práticos de Direito do Ambiente*, 2ª ed., org. Vasco Pereira da Silva, José Cunhal Sendim e João Miranda, AAFDL, 2005, pp. 299 e ss.

ii) o Direito de vizinhança entre os AA. e os RR.: *maxime* a garantia do direito de propriedade privada, acolhido no artigo 62º da CRP, embora não de modo absoluto²²³. É de destacar o disposto no artigo 1346º do CC, segundo o qual o proprietário de um imóvel pode opôr-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel;

iii) por fim, o direito ao ambiente dos AA.: neste ponto, o tribunal foca-se na poluição do ambiente provocada pela actividade de serração, quer sob a forma de ruído quer sob a forma de pó lançado para o ar. São várias as normas da LBA invocadas, a saber: os artigos 21º/1 e /2, 40º/4, 46º e 47º.

De tão bem encaminhado que ia, é uma pena que o tribunal tenha, depois, “chutado para canto” a distinção de cada um dos bens jurídicos lesados. Assim, subjectiviza a ofensa, abordando-a como uma mera lesão do direito de propriedade dos AA., que ficaram impossibilitados de fruir plenamente do terreno das suas casas, e do seu direito ao sossego, para concluir que lhes é devida uma indemnização ao abrigo do artigo 40º/4 da LBA. Concluímos, por isso, que a poluição acústica e atmosférica causada pela serração mereceu uma tutela meramente indirecta: se cessou, foi porque a mesma estava a incomodar os ditos “vizinhos”.

Curiosamente, esta tendência não deixa de chocar com aquilo que o STJ viria a admitir no acórdão de 10-05-2005²²⁴, quando, citando Gomes Canotilho, disse que:

o ambiente é um bem jurídico autónomo, não dissolvido na protecção de outros bens constitucionalmente relevantes. Por outras palavras, a protecção de alguns direitos fundamentais ambientalmente relevantes como a vida, integridade física, propriedade privada, saúde, não logra obter uma protecção específica e global do ambiente²²⁵.

Pelo que apurámos, e com o devido respeito, estamos perante uma marca de incoerência que não é exclusiva dos tribunais. Já na doutrina, ela é visível em autores

²²³ Como resulta do artigo 1305º do CC pelo qual o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas, sejam estas de direito público ou privado.

²²⁴ Processo n.º 8813/03; Relator: Lopes Pinto.

²²⁵ Ver o ponto 3. do acórdão.

como Cunhal Sendim, que começa por aliar a protecção do ambiente ao desenvolvimento da personalidade humana, configurando o direito a uma luz adequada, à salubridade da água e à qualidade do ar como direitos de personalidade em sentido amplo (porquanto a sua fundamentação axiológica redonda na personalidade humana), para depois admitir que o bem ambiental tutelado deve diferir do bem jurídico que já era objecto de tutela, pois “se assim não fosse, nada se acrescentava em termos axiológicos: o bem protegido era o mesmo, assim como o prejuízo causado a esse bem”²²⁶.

Pela nossa parte, frisamos um desejo de que a tutela ambiental seja expurgada de ligações à personalidade humana, sob pena de perpetuarmos a visão do Homem como senhor da natureza, em lugar de seu guardião – contra si mesmo²²⁷.

O mesmo problema, parece-nos, verifica-se quanto à figura dos direitos de personalidade. Querer nela incluir qualquer manifestação externa ao ser humano que lhe causa bem-estar pode revelar-se um autêntico cavalo de Tróia. No limite, poderíamos associar a personalidade humana a todos os aspectos da vida susceptíveis de serem desfrutados e aproveitados. Bem se vê que tal prática auspicia a própria morte dos direitos de personalidade, quando de tão vastos que forem já pouca ou nenhuma relevância prática e ôntica lhes seja reconhecida.

Há, neste sentido, um conjunto de reputados autores que se pronunciam pela redução dos direitos de personalidade a um mínimo necessário e imprescindível²²⁸. Assim, apenas merecem essa qualificação aqueles direitos sem os quais a pessoa não pode existir como tal e todos os demais direitos subjectivos perdem sentido. A principal consequência que extraímos deste entendimento, é a de que só faria sentido falar num direito ao ambiente, enquanto direito de personalidade, perante ofensas gravíssimas ao ser humano. De fora, ficariam as ofensas triviais, do dia-a-dia, com o problema de que são essas que mais ocupam os tribunais, e com o defeito de que a existência do direito ao ambiente sempre estaria dependente de uma interpretação

²²⁶ Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra Editora, 1998, pp. 106 e ss.

²²⁷ Neste mesmo sentido, Freitas do Amaral, «Apresentação», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 14 e ss. Reportando-se à LBA, este autor considera-a obsoleta e ultrapassada, por se apresentar demasiado subordinada às necessidades do Homem: porque ela fala, no fundo, em proteger a vida do Homem, em garantir a qualidade de vida do Homem, em assegurar a saúde e o bem-estar do Homem, em garantir a utilização dos recursos naturais como pressuposto básico do desenvolvimento do Homem...

²²⁸ Assim, Adriano de Cupis, *Os direitos...*, *op. cit.*, p. 17, e Costa Gonçalves, *Pessoa e direitos de personalidade...*, *op. cit.*, pp. 93 e ss.

casuística da gravidade da ofensa cometida - com todas as desigualdades que isso poderia acarretar.

A fechar, diga-se que entre os obstáculos que aqui procuramos, timidamente, ultrapassar, por forma a reconhecer o meio ambiente como um conceito jurídico autónomo, merecedor de uma tutela própria, se conta ainda a orientação da justiça comunitária, designadamente do TEDH. Nos últimos anos, esta Corte tem vindo a fazer uma aproximação entre os conceitos de privacidade e qualidade de vida, por forma a aplicar o artigo 8º da CEDH a casos de ruídos e fumos nocivos para os particulares provocados por uma actuação ou omissão (de licenciamento, de fiscalização, etc.) das autoridades públicas. A título de exemplo, veja-se o caso *López Ostra c. Espanha* (1994)²²⁹:

▪ A família López Ostra, de nacionalidade espanhola, reclamava o encerramento de uma estação de tratamento de águas e resíduos que operava perto da sua residência, em Lorca. Após ter pleiteado o seu caso, sem sucesso, diante dos tribunais nacionais, este chegou ao TEDH, que considerou existir uma violação inadmissível dos direitos à integridade física e ao respeito pela vida privada daquela família, causada pelas emissões poluentes e outros incómodos provenientes da dita estação.

Como fundamento da sua decisão, o tribunal invocou a não realização pelas autoridades públicas espanholas de uma justa ponderação entre os direitos conflituantes²³⁰, a saber, o direito da família à saúde e à privacidade e o direito do município de Lorca a dispôr de uma central de tratamento de águas.

Foi atribuída à família López Ostra uma indemnização de 4.000.000 pesetas por danos à saúde e à qualidade de vida, sendo que no decurso desta acção a central já tinha sido encerrada por decisão das autoridades municipais.

Mas, enquanto que na Corte europeia, a tutela ambiental não tem ainda uma previsão própria, justificando-se a ampliação do conceito de “ingerência” na privacidade familiar, o mesmo não se passa em Portugal, onde existem normas de Direito objectivo que consagram deveres e sancionam o seu incumprimento. Ao tratar o ambiente como um direito subjectivo, e um direito de personalidade, os tribunais portugueses cometem uma duplicidade desnecessária e acabam por confundir

²²⁹ Acórdão de 9 de Dezembro de 1994; Processo n.º 16798/90.

²³⁰ Para maiores desenvolvimentos, ver os parágrafos 51. e 58. do acórdão.

ambiente com “ambiente”, expressão usada por Gomes Canotilho para designar tudo o que rodeia o ser humano, seja ou não gerado pela sua acção²³¹.

Antes, porém, de efectuarmos um levantamento dos principais argumentos avançados a favor e contra a via do direito subjectivo ao ambiente, passamos, de seguida, a analisar as soluções de Direito comparado, voltando, no fim, ao Direito português, com o intuito de completar o que começámos neste ponto.

5. Análise das soluções de Direito comparado:

5.1. Espanha.

Na Constituição espanhola, a tutela ambiental tem a sua sede, dentro do Título I (Direitos Fundamentais), no Capítulo III, que trata dos princípios orientadores da Política Económica e Social. Dispõe o artigo 45º que:

1. Todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade, assim como o dever de o conservar.
2. Os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade colectiva.
3. Para quem viole o disposto nos números anteriores, a lei deve prever sanções penais ou, se for o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparação do dano causado (tradução nossa).

Da leitura deste artigo resulta que o ambiente constitucionalmente relevante em Espanha é composto por três elementos autonomizáveis: o desenvolvimento da personalidade, os recursos naturais e a qualidade de vida. Esta variedade de elementos tem provocado interpretações muito distintas sobre o conteúdo material do ambiente, oscilando os autores entre um conceito amplo, por referência ao ambiente cultural, urbano e, por vezes, de trabalho, e um conceito restrito, por limitação aos componentes ambientais naturais.

²³¹ Gomes Canotilho, «Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente», *RLJ*, n.º 3799, 1990-1991, p. 290.

De entre os autores que defendem um conceito alargado de ambiente, contam-se Mola de Esteban, Zaquenod de Zogon, Fuentes Bodelón e López Ramón. Entre estes, o ambiente é-nos apresentado como o conjunto compreensível e mutável dos elementos, condições e circunstâncias de toda a ordem – físicas e orgânicas – em que o Homem desenvolve a sua vida²³²; a síntese histórica das relações de intercâmbio entre a sociedade e a natureza no tempo e no espaço²³³; devendo ser contemplado na sua globalidade, quer se trate de ambiente físico ou natural (água, ar, terra) ou humano, uma vez que a natureza e a cultura estão intimamente ligadas e são alvo da actividade criativa do Homem²³⁴; ele inclui, ao lado do meio ambiente rural (espaços protegidos, solo, subsolo, água, ar, fauna e flora), o meio ambiente urbano (actividades classificadas e património histórico artístico e cultural)²³⁵.

Diversamente, a favor de um conceito restrito de ambiente, pronunciaram-se Martín Mateo, Larumbe Biurrun, Escribano Collado, López González, Rodríguez Ramos, e Quintana López.

Como um dos mais referenciados catedráticos espanhóis, Martín Mateo opta por reconduzir a noção de ambiente ao conjunto dos elementos naturais objecto de uma tutela jurídica específica²³⁶. Desta forma, o âmbito conceptual de ambiente inclui os elementos naturais de titularidade comum e de características dinâmicas, que para o autor seriam a água e o ar, enquanto factores essenciais para a existência humana. Acompanhando-o de perto, Larumbe Biurrun define o ambiente como o conjunto de elementos naturais que são objecto de protecção especial pelo Direito, embora acrescente ao conceito a matéria do ruído cuja transmissão se faça pelo ar e as agressões de origem radioactiva sobre a água e o ar²³⁷.

Mais abrangente é a noção avançada por Escribano Collado e López González para quem o meio ambiente é formado pelos recursos e sistemas naturais primários dos quais depende a existência e o normal funcionamento da natureza e que juridicamente pertencem à categoria dos bens comuns (principalmente o ar e a água), mas também pelos ecossistemas, constituídos pela flora, fauna, paisagens e espaços

²³² Mola de Esteban, *La defensa del medio humano*, Madrid, Ministerio de la Vivienda, 1972, p. 54.

²³³ Zaquenod de Zogon, *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, MOPU, 1989, p. 55.

²³⁴ Fuentes Bodelón, «La calidad de vida y el Derecho», *La calidad de vida en el proceso de humanización*, ASELCA y ASITEMA, 1980, pp. 181 e 182.

²³⁵ López Ramón, «Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente», *Derecho Administrativo*, n.º 190, Abril-Junho, 1981, pp. 41 e 42.

²³⁶ Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, Trivium, 1991, pp. 85 e ss.

²³⁷ Larumbe Biurrun, «Medio Ambiente y Comunidades Autónomas», *RVAP*, n.º 8, Janeiro-Abril, 1984, p. 14.

naturais²³⁸. No mesmo sentido, Rodríguez Ramos considera que o termo ambiente é composto pela água, ar, solo, flora, fauna e pelas matérias primas, energéticas, alimentares ou de outra espécie²³⁹. Esta interpretação, ainda restritiva, não o impede de defender que o ambiente visa ser objecto de um direito e dever de índole pessoal e colectivo de desfrute e conservação da natureza.

Estas duas últimas posições parecem-nos preferíveis às anteriores. Com efeito, embora uma interpretação restritiva permita uma tutela do ambiente *de per si*, isto é, em função do valor que ele apresenta em si mesmo, desprovido de utilidade para os seus utilizadores humanos²⁴⁰, consideramos excessivo deixar de fora dessa interpretação elementos naturais como o solo, alegando que se trata de uma componente reconduzível à ordenação do território e à luta contra a erosão. Por outro lado, é necessário precisar que nem todos os recursos ambientais naturais são de titularidade comum: assim, uma parcela de solo ou um curso de água tanto podem ter um proprietário individual, devidamente identificado, como podem integrar o domínio público²⁴¹.

A dificuldade em encontrar um conceito jurídico unitário de ambiente resulta das próprias características do bem em causa²⁴²: o ambiente apresenta-se como um conceito indeterminado que implica uma tarefa de subsunção dentro das várias categorias do Direito, dinâmico, acompanhando a evolução contínua dos seus elementos, e valorativo, uma vez que o reconhecimento constitucional do ambiente como bem jurídico surge associado ao desenvolvimento da personalidade humana – o mesmo é dizer, a acção positiva dos poderes públicos sobre os recursos naturais é feita em prol da dignidade da pessoa humana. Como tal, não é de estranhar que os autores espanhóis não se entendam quanto à configuração jurídica do ambiente, oscilando entre os que acham que se trata de um interesse difuso, os que sustentam que é objecto de um dever mas que consagra, igualmente, um direito subjectivo, e os que acentuam a vertente de princípio orientador da actuação pública.

²³⁸ Cfr. «El medio ambiente como función administrativa», in *REDA*, n.º 26, Julho-Setembro, 1980, p. 370.

²³⁹ Rodríguez Ramos, «El medio ambiente en la constitución española», *Derecho y medio ambiente*, Madrid, CEOTMA, 1981, pp. 33 e ss.

²⁴⁰ Freitas do Amaral, «Apresentação», *op. cit.*, pp. 14 e ss. No mesmo sentido, Quintana López defende que devemos evitar incluir na noção de ambiente factores de índole económica, social e cultural, porque, apesar de atraente, essa inclusão conduz à inoperância do conceito jurídico, invadindo campos cuja gestão reclama uma perspectiva própria. Cfr. Quintana López, *La repercusión de las actividades mineras sobre el ambiente*, Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 42 e 43.

²⁴¹ Alertando para este aspecto, Jordano Fraga, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, JMB, Barcelona, 1995, p. 58.

²⁴² Jordano Fraga, *La protección del derecho...*, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

Entre os subjectivistas, Fernández Rodríguez sustenta que, se é um facto que do artigo 53º/3 da Constituição espanhola, mediante a exclusão de recurso de amparo, resulta não estarmos perante um direito subjectivo típico, todavia ele adquire esse perfil por intermédio do legislador ordinário, que está obrigado a definir os contornos que o ambiente assume em cada situação concreta – de tal forma que uma vez realizada essa operação, o particular que se sinta afectado por uma determinada actuação com reflexo na sua esfera vital poderá accionar os meios individuais de defesa dessa esfera²⁴³. Na sua esteira, Rodríguez Ramos considera que o facto de o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade não ser um direito fundamental não significa que não seja um direito subjectivo. A relação entre os artigos 45º e 53º/3 da Constituição espanhola apenas determina que essa qualificação está como que sujeita a uma condição suspensiva: só passa a ser direito subjectivo, com tutela judicial imediata, após a sua concretização pelo legislador ordinário²⁴⁴.

Também Francisco Piqueras sustenta que o ambiente não configura um direito fundamental por força das limitações resultantes do artigo 53º – exclusão do recurso de amparo, necessidade de lei reguladora do exercício do direito ao ambiente e ausência de uma tutela judicial directa – mas que, não obstante, é um direito subjectivo público²⁴⁵. Para ele, é certo que a Constituição não dá uma definição precisa daquilo em que consiste o direito ao ambiente – como não dá de nenhum outro direito – mas de outro modo não poderia ser, dada a amplitude do próprio conceito. Acrescenta que o direito ao ambiente não deve ser entendido como um direito a desfrutar de um ambiente ideal mas tão só a que o ambiente seja preservado, protegido de deteriorações e, caso estas ocorram, melhorado por forma a regressar ao estado anterior²⁴⁶. Cabe ao legislador concretizar a proclamação geral feita pela Constituição em cada um dos sectores relevantes e ao poder judicial seguir atentamente essa tarefa normativa (ou a sua ausência), garantindo os direitos das pessoas e, se for caso disso, obrigando a Administração a cumprir os deveres que o legislador lhe tenha imposto. Cumpre-nos, todavia, desde já questionar se aquilo que este autor pretende assegurar

²⁴³ Fernández Rodríguez, «El medio ambiente en la Constitución Española», *Derecho Administrativo*, n.º 190, Abril-Junho, 1981, p. 346.

²⁴⁴ Rodríguez Ramos, «El medio ambiente...», *op. cit.*, pp. 36 e ss.

²⁴⁵ Francisco Piqueras, «Regímen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, a.13, n.º 38, Maio-Agosto, 1993, pp. 53 a 56.

²⁴⁶ Francisco Piqueras, «Regímen jurídico...», *op. cit.*, p. 54.

pelo apelo à subjectivização do ambiente não resulta já do regime (positivo) dos princípios orientadores.

Jordano Fraga, pronuncia-se no sentido de o ambiente configurar um verdadeiro direito subjectivo, fazendo assentar a sua opinião em três razões²⁴⁷: em primeiro lugar, na interpretação literal do artigo 45º da Constituição espanhola que utiliza a expressão “direito”, pelo que a demonstração de que a constituição consagra outra coisa será sempre uma autêntica *probatio diabolica*; em segundo lugar, o facto de as Declarações de Estocolmo e do Rio de Janeiro, que consagram um direito a um nível/ambiente de vida adequado, serem hoje interpretadas no quadro dos direitos do Homem – e, nesse sentido, recebidas pelo artigo 10º da Constituição espanhola; por fim, a ideia de que o artigo 53º/3 consagra um direito subjectivo, ainda que de forma mediata, ao permitir aos cidadãos invocar o direito ao ambiente perante os tribunais ordinários com o alcance fixado nas leis de desenvolvimento.

Por fim, ainda dentro da via subjectivista, Serrano Moreno procurou contornar as dificuldades suscitadas pela subjectivização do ambiente configurando-o como um direito procedimental, ou seja, assente não tanto na questão dos poderes de fruição do seu titular mas mais na participação, informação e cooperação com as entidades públicas nos procedimentos relacionados com o meio-ambiente²⁴⁸. Esta tendência não é desconhecida dos portugueses, havendo quem fale em direitos subjectivos procedimentais de cunho fundamental, de que seriam exemplos o direito à audiência pública e o direito de acesso à justiça²⁴⁹.

Em sentido contrário, sabendo que os interesses difusos se caracterizam pela imprecisão subjectiva e que são tutelados mediante mecanismos de legitimidade difusa ou alargada (*maxime* as acções populares), López y López defendeu que a situação jurídica da pessoa a respeito do seu meio ambiente configura um interesse difuso de tutela colectiva²⁵⁰. Para o efeito, cabe à lei ordinária criar um mecanismo de legitimidade processual que permita aos particulares reagir contra uma ofensa directa ou indirecta ao ambiente, o que seria, inclusive, ordenado pelo artigo 53º/3 da Constituição espanhola.

²⁴⁷ Jordano Fraga, *La protección del derecho...*, op. cit., pp. 472 e ss.

²⁴⁸ Serrano Moreno, *Ecología y Derecho: principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, Comares, Granada, 1992, pp. 222 e 223.

²⁴⁹ Sobre os direitos subjectivos procedimentais, ver Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 150 a 153.

²⁵⁰ López y López, *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 321 e 322.

No mesmo sentido se posiciona Luiz Álvarez, ao qualificar o ambiente como um interesse legítimo universal²⁵¹. Para este autor, o artigo 53º/3 esvazia o artigo 45º de qualquer conteúdo directamente invocável perante os tribunais que não tenha sido previamente fixado pelo legislador ordinário, o que afasta o regime dos direitos, liberdades e garantias caracterizado pela sua aplicabilidade directa. A isto, acrescenta que embora o artigo 45º fale num direito ao ambiente, não delimita qualquer espaço de liberdade individual que deva permanecer incólume nem concretiza uma prestação devida por um qualquer cidadão. Mesmo quando a CE se refere a um dever do Estado e das entidades públicas não identifica uma actividade específica a respeito da qual se possa reclamar o referido direito. Assim, Luiz Álvarez conclui que o acolhimento constitucional de um direito ao ambiente não passa de uma manobra para outorgar aos cidadãos uma acção processual de defesa face aos atentados contra o meio ambiente, de onde o erro, porque a defesa do ambiente sempre seria um interesse legítimo extraído do facto de todos estarem constitucionalmente onerados com esse mesmo dever. Por outro lado, a previsão de um direito subjectivo ao ambiente pode, inclusive, frustrar o objectivo de um alargamento da sua tutela jurídica, ao fazer com que se restrinja os pleitos às situações jurídicas individualizadas, a favor dos titulares de direitos e em detrimento dos titulares de interesses legítimos.

Por seu turno, Pérez Luño afirma que a experiência das últimas décadas tem mostrado que é necessário reconhecer à generalidade dos cidadãos a legitimidade para se defenderem daquelas agressões a bens colectivos ou interesses difusos que, pela sua própria natureza, não podem ser tuteladas numa óptica de lesões individualizadas²⁵². Para o autor, o ambiente merece ser incluído no catálogo dos direitos fundamentais, mercê da sua imediata correlação com a vida humana, mas suscita sérias dificuldades no campo da titularidade, de onde a preferência pela acção popular como o meio idóneo para superar a concepção individualista do processo judicial, permitindo a iniciativa a qualquer cidadão interessado – individual ou colectivo²⁵³.

Destacando também as vantagens deste meio processual, López Menudo considera que na acção popular desaparece todo o exclusivismo individual e só se mantém a ideia objectiva de serviço público, de respeito pela norma jurídica, de freio

²⁵¹ Luiz Álvarez, «El concepto de medio ambiente», *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 61 e ss.

²⁵² Pérez Luño, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1991, p. 215.

²⁵³ Pérez Luño, «Las generaciones...», *op. cit.*, pp. 207 e 214.

imposto a todo o excesso administrativo, o que significa que o cidadão se converte em guardião da Lei, assegurando o seu direito através da tutela dos direitos de todos²⁵⁴.

Numa terceira posição, encontramos os autores que preferem destacar a tutela objectiva do ambiente resultante do artigo 45º/2 da Constituição espanhola, onde se prevê o protagonismo estatal, embora temperado pela solidariedade colectiva. Nesse sentido se pronuncia Gabriel Ferrer, ao afirmar que sem prejuízo do ambiente ser configurado como um direito-dever de carácter universal, devendo os particulares colaborar com os poderes públicos na protecção do ambiente, são os sujeitos públicos – entendidos como todos os poderes do Estado (legislativo, executivo e judicial) e em todos os escalões territoriais (administração central, autónoma e local) – que aparecem constitucionalmente obrigados a defender e restaurar o meio ambiente²⁵⁵. Para este autor, o ambiente não é um direito subjectivo mas sim um princípio orientador da actividade estatal, uma vez que a Constituição estabelece um vínculo, obrigando os poderes públicos a actuar num determinado sentido em benefício dos cidadãos, mas sem permitir a cada um, por si só, exigir do Estado condutas concretas²⁵⁶.

Posição conciliadora é, neste domínio, protagonizada por Beltran Ballester, para quem o ambiente é simultaneamente um direito fundamental e um princípio orientador²⁵⁷. Assim, o direito a desfrutar do ambiente tem como razão de ser o desenvolvimento da personalidade pelo que, embora a Constituição o insira no Capítulo dos princípios orientadores, não deixa de ser um direito fundamental de todos e de cada um dos cidadãos.

A realidade é que existe hoje uma extensa corrente doutrinária que postula uma aplicação rígida do artigo 53º/3 da Constituição espanhola, com duas consequências fundamentais: a negação de que no Capítulo III se contemplem autênticos direitos subjectivos e a inadmissibilidade de recurso de amparo para os bens jurídicos aí acolhidos. O tratamento constitucional dos princípios orientadores tem consequências negativas e positivas, com reflexo no âmbito da tutela do ambiente. Quanto às primeiras, do seu carácter de disposições imperfeitas e programáticas resulta que: o direito ao ambiente não é directamente invocável perante os tribunais, dependendo de

²⁵⁴ López Menudo, «El derecho a la protección del medio ambiente», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1991, p. 189.

²⁵⁵ Gabriel Ferrer, «El medio ambiente en la Constitución Española de 1978», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994, p. 321.

²⁵⁶ Gabriel Ferrer, «El medio ambiente...», *op. cit.*, pp. 325 e 326. O autor apela ao elemento literal, lembrando que o ambiente aparece inserido no Capítulo III do Título I, dedicado justamente aos princípios orientadores da política económica e social.

²⁵⁷ Beltran Ballester, «El delito ecológico», *Poder Judicial*, n.º 4, 1988, p. 93.

lei concretizadora (artigo 53º/3); e não goza das garantias próprias dos direitos, liberdades e garantias inseridos no Capítulo II, como a garantia do conteúdo essencial, a reserva de lei, o desenvolvimento mediante lei orgânica ou o recurso de amparo²⁵⁸. Entre as consequências positivas contam-se: a obrigação do legislador promulgar as leis necessárias à concretização destes princípios (sob pena de inconstitucionalidade por omissão) e, uma vez promulgadas essas leis, exercer as correspondentes acções prestacionais; a anulabilidade dos actos administrativos que persigam objectivos contrários à defesa do ambiente; e o princípio da interpretação conforme à Constituição de todo o ordenamento jurídico, devendo os princípios orientadores exercer, no plano da interpretação, uma força idêntica à dos verdadeiros direitos fundamentais²⁵⁹. Consciente destes efeitos, e considerando que os princípios orientadores estão devidamente assegurados, o próprio Tribunal Constitucional espanhol já se pronunciou no sentido de que a saúde, o ambiente e a habitação não constituem direitos subjectivos²⁶⁰.

5.2. Itália.

A Constituição italiana de 1948 não contém qualquer referência específica ao ambiente, o que, nas palavras de Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci não determina necessariamente a sua desclassificação valorativa, residindo a pedra de toque no facto de qualquer Lei Fundamental ser o reflexo de condicionalismos histórico-sociais²⁶¹. A tutela constitucional do ambiente, para lá da mera referência que lhe é feita em sede de repartição de competências no artigo 117º (entre Estados e Regiões), há-de implicar um esforço de interpretação sistemática²⁶², isto é, o recurso àquelas normas que a doutrina e a jurisprudência reputaram já de capazes de justificar a intervenção do legislador em matéria ambiental e, num segundo momento, de gerarem um verdadeiro direito ao ambiente. Os artigos relevantes para esta operação são, fundamentalmente, três:

²⁵⁸ López Menudo, «El derecho a la protección...», *op. cit.*, pp. 179 e 180.

²⁵⁹ López Menudo, «El derecho a la protección...», *op. cit.*, pp. 180 a 183.

²⁶⁰ Respectivamente, acórdãos 519/84, de 19 de Dezembro, 940/85, de 18 de Dezembro e 130/81, de 2 de Dezembro.

²⁶¹ Cfr. Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci, «Constituição e escolha dos bens jurídicos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 4, n.º 2, Abril-Junho, Lisboa, 1994, p. 168.

²⁶² Assim, Gianpaolo Peccolo, «Le droit à l'environnement dans la Constitution Italienne», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994, p. 335.

- artigo 9º/2: a República deve proteger a paisagem e o património histórico e artístico da nação.

- artigo 32º/1: a República deve proteger a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da colectividade.

- artigo 41º/2: a iniciativa económica não pode ser desenvolvida em contradição com a utilidade social nem prejudicar a segurança, a liberdade e a dignidade humana (tradução nossa).

A primeira consequência destes artigos é a de que o ambiente recebe, pela Constituição, uma tutela meramente indirecta: pelo artigo 9º só haverá uma violação do ambiente quando se realize uma actividade modificativa da paisagem existente; pelo artigo 32º o Homem é chamado para primeiro plano porquanto as ofensas ambientais serão aquelas que se reflectam na sua condição física; e o artigo 41º lembra, quando muito, que os direitos de iniciativa económica e de propriedade privada não são absolutos, antes limitados por uma função social. A segunda, é a de que a doutrina italiana se dividiu em duas correntes: os autores que olham para o ambiente como um direito subjectivo extraído da tutela constitucional da personalidade humana (artigo 2º) e da saúde; e os que restringem o ambiente a um direito social de propriedade colectiva, cuja defesa e promoção cabe a todos os indivíduos e às entidades públicas, revestindo, por isso, um carácter objectivo. Diga-se que a orientação dos tribunais italianos em muito contribuiu para esta divisão doutrinária, sendo curioso constatar que enquanto que os tribunais administrativos têm classificado o ambiente como um interesse difuso atendendo à indivisibilidade do bem jurídico, que qualificam como bem da colectividade, já os tribunais cíveis optaram por reconduzir o ambiente ao direito à saúde, criando assim um *tertium genus* que é o direito a um ambiente salutar²⁶³.

Procurando conciliar as duas correntes jurisprudenciais, Postiglione defende uma qualificação mista do ambiente como um direito-dever. Em primeiro lugar, trata-se de um direito subjectivo pelo alargamento da tutela da personalidade, pelo qual se introduz um mecanismo activo e positivo de defesa do ambiente que permite a

²⁶³ Cfr. Franco Scoca, «Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile», *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e Garanzie*, Milão, 1987, pp. 511 e ss.

qualquer um exigir do Estado a criação de condições de vida concordantes com a dignidade da pessoa humana²⁶⁴. É justamente a dignidade humana, enquanto bem imaterial, que torna os recursos naturais, como a água e o ar, dignos de tutela constitucional. Como tal, para o autor, o ambiente é um valor, um bem ou um atributo fundamental da personalidade humana: um espaço de alma, um modo de ser físico e psíquico. Mas porque se trata, no fundo, de bens cuja preservação afecta todos os membros da comunidade, a ofensa a um direito de personalidade como o ambiente pressupõe uma restauração não de tipo individual mas social ou colectivo, pelo que o direito ao ambiente é, também, um dever de solidariedade social e de responsabilidade comum²⁶⁵.

Partindo do mesmo raciocínio, Teresa Tonchia reconduz o ambiente à tutela genérica da personalidade, justificando-o com os novos riscos trazidos pela evolução tecnológica²⁶⁶ e com o facto de não ser possível dissociar a protecção da natureza da protecção do Homem. A finalidade do Direito do Ambiente, diz mesmo, é a de proteger o Homem enquanto criatura e criador do seu ambiente: o elemento natural e o elemento cultural são igualmente indispensáveis ao bem-estar humano e à plena concretização de direitos fundamentais como a vida e a saúde²⁶⁷. Acrescenta que a exigência de uma tutela integral da dignidade humana perante as novas formas de invasão e restrição da esfera individual (próprias da civilização técnica) implica um alargamento dos direitos de personalidade conforme aos novos interesses do indivíduo na sociedade²⁶⁸, sendo o dano ambiental um dano à essência da personalidade humana. O reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente, como um direito de personalidade, que corresponde a uma exigência ética e a uma orientação supra-constitucional, europeia (Conselho Europeu) e internacional (ONU)²⁶⁹, não impede a autora de salvaguardar uma dimensão objectiva, destacando o papel de cada cidadão de intervenção para a salvaguarda, conservação e equilíbrio deste bem essencial para a comunidade²⁷⁰.

²⁶⁴ Amedeo Postiglione, «Ambiente e suo significato giuridico unitario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, a. 35, n.º 1, Milão, 1985, pp. 43 e ss.

²⁶⁵ Amedeo Postiglione, «Ambiente e suo significato...», *op. cit.*, p. 52.

²⁶⁶ Sobre as características dos novos riscos ambientais, ver Carla Amado Gomes, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, Coimbra Editora, 2000, pp. 14 e ss.

²⁶⁷ Teresa Tonchia, «Tutela dell'ambiente come diritto alla personalita'umana: lineamenti normativi per un nuovo approccio al problema», *Diritt dell'uomo e Ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, Padova, 1990, p. 222.

²⁶⁸ Teresa Tonchia, «Tutela dell'ambiente...», *op. cit.*, p. 223.

²⁶⁹ Teresa Tonchia, «Tutela dell'ambiente...», *op. cit.*, p. 225.

²⁷⁰ Teresa Tonchia, «Tutela dell'ambiente...», *op. cit.*, p. 230.

Opondo-se a esta orientação, Franco Scoca rejeita a equiparação do ambiente como um contexto ao ambiente como um direito. Para este autor, o ponto de partida está no reconhecimento de um direito a um ambiente de vida salutar, que ele procura demonstrar ser incompatível com a apropriação individual. Assim, escreve que caso se identifique o direito à saúde como um direito à vida ou à integridade física, o bem objecto do direito é, por definição, divisível, e como tal pode ser atribuído a título individual. Mas o mesmo já não é possível caso se configure o direito à saúde como um direito a um ambiente de vida salubre: nesse caso, o bem objecto do direito é, pela sua própria natureza, um bem de fruição colectiva ou difusa e, como tal, insusceptível de apropriação individual²⁷¹.

Esta opinião parece ser partilhada por Paolo Maddalena que rejeitando a apropriação privada do ambiente o apresenta como um direito de propriedade colectiva – ele é de todos, gerações presentes e futuras, mas inapropriável por cada um²⁷². Assim, o ambiente, limitado à sua fruição, é, em última análise, um direito sobre a própria pessoa e não sobre um objecto externo à pessoa. Há um direito fundamental ao ambiente mas de escopo colectivo, de onde o afastamento da propriedade privada uma vez que esta implica poderes de pertença e de exclusividade que não se coadunam com a inapropriabilidade do bem jurídico²⁷³. A perspectiva objectiva suscita um esclarecimento dos tipos de relação entre as pessoas e o ambiente. Assim, ele é fruível por todos os membros da comunidade, mas a fruição não é plenamente livre uma vez que a tutela constitucional gera deveres de actuação e fiscalização a cargo de todos os cidadãos e, em especial, das entidades públicas²⁷⁴.

Por fim, fazendo a ligação entre o conceito unitário de ambiente e a sua configuração jurídica, Enzo Casolino alerta para o facto de a concepção subjectiva conduzir a uma amputação considerável do âmbito de protecção das normas constitucionais, uma vez que uma noção de ambiente reconduzível à saúde e ao bem-estar das pessoas deixa de fora a tutela do dano ecológico puro²⁷⁵. A dificuldade que os autores italianos têm em apresentar uma noção unitária de ambiente tende a resultar na fusão da tutela ambiental com a tutela da paisagem e/ou da saúde, de onde a

²⁷¹ Franco Scoca, «Tutela dell'ambiente...», *op. cit.*, pp. 512 e 513.

²⁷² Paolo Maddalena, «L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica», *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n.º 3-4, Giuffrè editore, 2008, pp. 527 e ss.

²⁷³ Paolo Maddalena, «L'ambiente...», *op. cit.*, p. 527.

²⁷⁴ Paolo Maddalena, «L'ambiente...», *op. cit.*, p. 530.

²⁷⁵ Enzo Casolino, «Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al Diritto Comunitario», *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*, n.º 3, Julho-Setembro, 1992, p. 521.

interpretação da paisagem como expressão do ambiente enquanto espaço visível e da saúde como ambiente salutar e orientado para garantir a qualidade de vida das pessoas²⁷⁶. É, por isso, que uma construção antropocêntrica do bem jurídico ambiente não cobre situações tão flagrantes como a crueldade para com animais em cativeiro ou destinados a abate, uma vez que falta aí a utilidade da tutela para o Homem²⁷⁷. O desafio reside, por isso, em autonomizar o ambiente face a outras posições jurídicas que, embora conexas, gozam de tutela própria, para depois passar à construção de meios de protecção específicos, nomeadamente reconduzindo-o à figura do interesse difuso e promovendo a sua defesa jurisdicional através da acção popular²⁷⁸.

5.3. Alemanha.

Na Alemanha, o legislador constituinte enfrentou igualmente o problema de saber se a inclusão do ambiente na Constituição deveria ser feita sob a forma de fim do Estado ou sob a forma de direito fundamental, sabendo à partida que esta escolha tem sérias implicações. A diferença entre os preceitos enunciadores de fins do Estado e os preceitos consagradores de direitos fundamentais não reside no critério de vinculação jurídico-constitucional – ambos são vinculativos – nem sequer no destinatário da norma – ambos se dirigem aos poderes legislativo, executivo e jurisdicional. A diferença fundamental está sim no facto dos direitos fundamentais conferirem ao titular um direito subjectivo individual de acção ou de reclamação – aquilo que comumente se designa de vertente negativa dos direitos fundamentais.

A configuração do meio ambiente como mero fim do Estado implica que este (o Estado) goza de liberdade de escolha quanto ao modo pelo qual pretende cumprir as obrigações que lhe são constitucionalmente impostas: se o pretende fazer através de um método de comando e controlo, sujeitando as actividades nocivas ao licenciamento prévio; se o pretende fazer através de mecanismos financeiros, tributando os produtores menos eficientes e subsidiando os mais eficientes; se o pretende fazer através do próprio mercado, apostando na correcção das externalidades ambientais mediante um mecanismo de atribuição de quotas e de sua livre negociabilidade; etc.

²⁷⁶ Enzo Casolino, «Transformazioni del diritto...», *op. cit.*, pp. 515 e 516.

²⁷⁷ Enzo Casolino, «Transformazioni del diritto...», *op. cit.*, p. 521. No direito penal, ver sobre esta mesma questão Fernanda Palma, «Direito penal do ambiente – Uma primeira abordagem», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 436 e 437.

²⁷⁸ Cfr. F. Chiaregato, «Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa», *NGCC*, 1994, pp. 361 e ss, *apud* Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, p. 76.

Se, ao invés, o legislador configurar o ambiente como um direito fundamental isso significa que o seu conteúdo não está na disponibilidade do Estado e que qualquer titular do direito que se sinta afectado ou ameaçado pode usar de uma acção judicial para se opor ao lesante, independentemente da sua natureza pública ou privada. Daqui resulta uma convicção algo enraizada de que, ao menos teoricamente, a protecção do ambiente está melhor garantida com um direito fundamental do que com uma simples norma definidora de um fim do Estado.

Inicialmente, a Constituição alemã de 1949 não continha qualquer referência à protecção do meio ambiente: vivia-se numa época em que as atenções estavam viradas para o renascimento da indústria e, como tal, em que a frase mais ouvida era a de que “as chaminés devem fumar”²⁷⁹. A mentalidade viria a mudar após a reunificação da Alemanha, mais precisamente com a proposta de revisão da Lei Fundamental de 3 de Outubro de 1990 e a introdução na Constituição federal do novo artigo 20º-A que dispõe que o Estado, em assunção de responsabilidade para com as futuras gerações, protege as bases naturais da vida, através da legislação no quadro do ordenamento constitucional e através do poder executivo e do poder judicial, em conformidade com a Lei e com o Direito. A opção foi, então, por uma tutela exclusivamente objectiva, com a qual concorda Von Munch afirmando que “é sensato e correcto ancorar a protecção do meio ambiente numa disposição definidora de um fim do Estado e não num direito fundamental”²⁸⁰.

Na mesma linha de pensamento encontramos Michael Bothe, para quem a protecção do ambiente enquanto regra objectiva ou princípio orientador do Estado tem uma utilidade alargada, orientando a interpretação das leis e legitimando intervenções legislativas que restrinjam os direitos fundamentais por razões ambientais²⁸¹. Ao traçar a evolução histórica da protecção do ambiente na Alemanha, Bothe demonstra que a tutela objectiva do ambiente remonta às Constituições dos Länder, com destaque para a Constituição de Brandeburgo, cujo artigo 42º dispõe que:

- n.º 1: A protecção do ambiente natural e da paisagem dentro das condições indispensáveis à vida das gerações presentes e futuras constitui um dever do Estado e dos cidadãos.

²⁷⁹ Cfr. Ingo von Munch, «A protecção do meio ambiente na Constituição», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Junho, Coimbra, 1994, p. 51.

²⁸⁰ Ingo von Munch, «A protecção...», *op. cit.*, p. 52.

²⁸¹ Michael Bothe, «Le droit à la protection de l'environnement en Droit Constitutionnel Allemand», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994, p. 315.

- n.º 2: Os animais e as plantas são respeitados enquanto seres vivos. As espécies e os habitats necessários à sua sobrevivência devem ser conservados e protegidos.

(...)

- n.º 7: É reconhecido o direito de acção às associações de defesa do ambiente.

(...)

(tradução nossa).

Dos normativos expostos resulta uma tutela do ambiente *de per se*, enquanto incumbência do Estado e dos cidadãos. Em lado algum encontramos a atribuição de um direito.

Significa isto que a alegada vantagem teórica em se configurar o ambiente como um direito fundamental está perdida? Julgamos que não, pois se é verdade que essa vantagem existe tratando-se de reagir contra danos pessoais e patrimoniais, o mesmo não se verifica para os danos ecológicos puros – afinal de contas, uma acção judicial individualmente interposta é o reflexo da protecção de interesses individuais e egoístas, sendo raros os cidadãos desinteressados e altruístas que perdem tempo e recursos com uma causa que irá, em primeira linha, beneficiar os outros e só muito remotamente o proponente.

O melhor exemplo do que acabamos de dizer pode ser dado pelo caso alemão do pescador de chalupa: confrontado com a poluição do lago em que este senhor pescava há décadas, mercê de intensas descargas poluentes de uma fábrica, e não podendo reconhecer ao pescador legitimidade processual nos cânones tradicionais (por não ser ele o destinatário da autorização), o tribunal alemão alargou o âmbito de protecção da norma habilitativa da competência autorizativa à tutela de um direito ao ambiente, entendido como *abstracto vivencial do ser humano*²⁸². Do que se tratou, verdadeiramente, foi de construir uma ilusão de um direito subjectivo público mediante a protecção da liberdade de iniciativa económica do pescador. Com efeito, a decisão do tribunal não foi motivada pela necessidade de proteger os peixes daquele lago mas tão só de assegurar o ganha-pão do pescador, criando um direito ao ambiente

²⁸² Cfr. Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, pp. 84 e 85.

de valência exígua e dotado de uma tutela mediata efectuada através de outros direitos²⁸³.

5.4. Portugal.

Passadas em revista algumas soluções de Direito Comparado, voltemos ao nosso Portugal. Vimos já que a CRP concede ao ambiente uma tutela de duplo alcance: ele é simultaneamente um dever das autoridades públicas, elemento institucional e organizatório e um feixe de direitos fundamentais e de situações subjectivas conexas²⁸⁴.

Entre as normas da CRP que reflectem uma tutela objectiva do ambiente contam-se: o artigo 9º/e), que desde a revisão constitucional de 1982 passou a considerar tarefa fundamental do Estado a defesa da natureza e do ambiente e a preservação dos recursos naturais; o artigo 66º/2, do qual resulta para o Estado uma série de deveres ambientais entre os quais a prevenção e controlo da poluição, a valorização da paisagem, a promoção do aproveitamento racional dos recursos naturais, a criação de parques naturais e a classificação de sítios e paisagens protegidas, a compatibilização entre o desenvolvimento económico e a protecção do ambiente e da qualidade de vida, etc; o artigo 81º/l), que qualifica de incumbência prioritária do Estado a adopção de uma política nacional de energia que preserve os recursos naturais e o equilíbrio ecológico, num espírito de cooperação internacional; e o artigo 93º/1/d), que prevê entre os objectivos da política agrícola o uso e a gestão racionais dos solos e demais recursos naturais, bem como a manutenção da sua capacidade de regeneração.

De grande importância são as implicações jurídicas desta ecologização constitucional, a saber: o facto de o ambiente se erguer à categoria de bem constitucional, devendo os decisores públicos (tribunais, legislador e Administração) tomá-lo em conta aquando da resolução de conflitos constitucionais; a vedação ao legislador da possibilidade de adoptar novas políticas que impliquem um retrocesso de posições jurídico-ambientais já enraizadas na cultura portuguesa e na consciência jurídica em geral; a responsabilização do Estado em caso de sucessivo e reiterado incumprimento das disposições constitucionais, *maxime* perante situações de omissão

²⁸³ Assim, U. Karpen, «La tutela dell'ambiente como diritto fondamentale o come finalità statale? Un elemento per una nuova Costituzione dopo la riunificazione della Germania», *CG*, 1991, p. 1063, *apud* Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, p. 82.

²⁸⁴ Cfr. Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, p. 360.

inconstitucional; a obrigação do Estado e demais operadores públicos e privados de actuarem no sentido de uma protecção activa do ambiente, qualquer que seja a forma que esta assuma (normativa, planeadora, executiva, judicial); a complementaridade e interdependência entre órgãos dotados de responsabilidades ambientais (o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais) e entre políticas (do ordenamento do território, de habitação, do urbanismo e de protecção da natureza)²⁸⁵.

É, aliás, toda a reestruturação radical das funções económicas e sociais do Estado justificada pela protecção ambiental que marca o surgimento de um novo tipo de Estado, um Estado Ambiental no qual a questão decisiva não é já a de determinar o nível de intensidade da intervenção económica do Estado (como foi característico do Estado liberal e do Estado social) mas sim a de salvaguardar o destino dos recursos naturais no tempo e no espaço, “o que impõe como tarefa fundamental a subtração de certas actividades e de certos recursos ao domínio da economicidade e o controlo jurídico do uso racional do património natural”²⁸⁶.

Paralelamente, o artigo 66º/1 da CRP acolhe um direito subjectivo ao ambiente, o que significa que sempre que o ambiente radique em certas e determinadas pessoas ou quando conflua em certos direitos individuais, se converte, *de jure condito*, num verdadeiro direito fundamental²⁸⁷, com consequências notórias ao nível do regime: enquanto reconduzível aos direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga, o direito ao ambiente assume-se como um espaço de autonomia e de defesa da cada pessoa perante os poderes públicos e perante os seus concidadãos, o mesmo é dizer que “avulta neles uma estrutura negativa (...) visto que têm por contrapartida o respeito, a abstenção, o non facere”; por seu turno, enquanto direito económico, social e cultural, o direito ao ambiente representa um crédito sobre o Estado, que permite ao titular exigir deste o cumprimento de prestações positivas tendo em vista a criação do ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado que a Constituição proclama.

Desta forma, dotados de uma estrutura dual, o modo como se concretizem em cada situação concreta determinará ora a aplicação do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias previsto no artigo 18º da CRP, de onde resulta a sua

²⁸⁵ Gomes Canotilho, «Direito Constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no Direito Constitucional português», *Temas de Integração*, n.º 21, Almedina, 2006, pp. 27 e 28; e Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, pp. 360 e 361.

²⁸⁶ José Manuel Pureza, Catarina Frade e Cristina Silva Dias, «Tribunais, natureza e sociedade: o Direito do Ambiente em Portugal», *Centro de Estudos Sociais*, 1996, p. 28.

²⁸⁷ Neste sentido, Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, p. 362.

aplicabilidade directa e vinculação para entidades públicas e privadas, ora a aplicação do regime dos direitos económicos, sociais e culturais, de onde decorre a obrigação de concretização dos preceitos constitucionais em matéria ambiental e o princípio da proibição do retrocesso²⁸⁸.

Em torno destes artigos é possível construirmos uma noção de Constituição ambiental, como sendo o conjunto de normas e princípios relativos ao ambiente. Para quem, como nós, adopte um noção restrita de ambiente, expurgando-o de realidades que embora conexas recebem um tratamento autónomo (como a saúde, a vida, a integridade física e moral, o urbanismo e ordenamento do território), deixando apenas os componentes ambientais naturais identificados no artigo 6º da LBA, a Constituição ambiental agrupa os seguintes artigos: 52º/3, 66º, 81º/1), 93º/1/d), 165º/1/g), 227º/1/c) e 228º/d)²⁸⁹.

A mesma tutela dual foi acolhida pela LBA. É possível decalcar uma tutela objectiva dos seus artigos: 1º/1/2ª parte, ao prever que incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, e a todos os cidadãos a defesa do ambiente; 1º/2, o qual estabelece que a política do ambiente tem por fim otimizar e garantir a continuidade da utilização dos recursos naturais, qualitativa e quantitativamente, como pressuposto básico de um desenvolvimento auto-sustentado; e 40º/1, que reitera ser dever dos cidadão, em geral, e dos sectores público, privado e cooperativo, em particular, colaborar na criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e na melhoria progressiva da qualidade de vida. Por seu turno, há uma vertente subjectiva, de direito individual, presente nos artigos: 1º/1/1ª parte, que prevê que todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado; e 40º/4, segundo o qual os cidadãos directamente ameaçados ou lesados nesse seu direito podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização.

Em face deste duplo acolhimento, dir-se-á, em novo juízo de Direito positivo, que a mais coerente das posições doutrinárias não é aquela que vê no ambiente um direito subjectivo, mas sim um direito-dever ou um direito funcional. Atrás, manifestámos já a nossa opinião de que o direito-dever ao ambiente não deve ser reconduzido à categoria dos direitos subjectivos.

²⁸⁸ Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, pp. 363 e 364. Sobre o regime jurídico dos diferentes tipos de direitos fundamentais, ver Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 203 a 246 e 385 a 421.

²⁸⁹ Em sentido diverso, adoptando uma noção ampla de Constituição ambiental, ver Jorge Miranda, «A Constituição...», *op. cit.*, pp. 359 e 360.

Entre nós, é essa a posição manifestada por José Manuel Pureza, Catarina Frade e Cristina Silva Dias, que afirmam que “a protecção jurídica do ambiente se materializa não tanto em garantias contra o Estado e os terceiros nem em exigências de prestações do Estado, mas sim num misto de direitos e deveres de todos”²⁹⁰, e, inicialmente, por Carla Amado Gomes, que rejeitando o direito subjectivo por indiciar uma posição egoísta incompatível com a vertente comum do ambiente, via neste “um direito-dever de utilização racional dos bens ambientais”²⁹¹. A ideia é, no fundo, aquela que foi trazida pelos direitos fundamentais de terceira geração: “enquanto a liberdade, como valor-guia dos direitos da primeira geração, tinha como pergunta emblemática que “posso fazer?”, a solidariedade, como valor-guia dos direitos de terceira geração, inspira uma outra pergunta emblemática – “que devo fazer?””²⁹². Em vez do poder de disposição próprio dos direitos subjectivos, o ambiente investe os seus beneficiários num dever de disposição solidário e responsável, em que a capacidade de aproveitamento é condicionada à preservação de um bem que é de todos.

Existem, porém, aqui e ali pistas de que o legislador quer, ainda que timidamente, arrear caminho e distinguir a tutela do ambiente da tutela dos danos causados às pessoas e às coisas²⁹³. Uma dessas pistas é-nos dada pela exclusão da indemnização por danos morais em sede ambiental que é hoje amplamente reconhecida no Direito Civil e que teve, na sua génese, os direitos de personalidade: assim, o artigo 759º do Código de Vaz Serra, na sua versão inicial, dispunha que o dano não patrimonial era objecto de satisfação pecuniária quando fosse suficientemente grave e merecedor de protecção jurídica, o que ocorria, desde logo, nos casos de lesão de direitos de personalidade. Hoje, essa referência desapareceu do artigo 496º, que se limita a dispôr que na fixação da indemnização o juiz deve atender aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Isto não significa que o dano moral tenha perdido a sua conotação natural com os direitos de

²⁹⁰ «Tribunais, natureza e sociedade...», *op. cit.*, p. 24.

²⁹¹ Cfr. Carla Amado Gomes, «O ambiente como objecto...», *op. cit.*, p. 24. Na sua tese de doutoramento a autora apresenta uma posição mais radical, a favor do tratamento do ambiente como um mero dever fundamental autónomo. Cfr. Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, pp. 154 e 155.

²⁹² José Manuel Pureza, Catarina Frade e Cristina Silva Dias, «Tribunais, natureza e sociedade...», *op. cit.*, p. 23.

²⁹³ Leia-se, nesse sentido, o preâmbulo do recente Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais. Aí se diz que “Durante muitos anos a problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas. O problema central consistia na reparação dos danos subsequentes às perturbações ambientais – ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente”.

personalidade – basta ver que ele é acolhido, maioritariamente, nos casos de “dor de alma”, em sede de tutela *post-mortem*. Fica então a pergunta: como conciliar a ressarcibilidade dos danos morais em sede de direitos de personalidade com a sua ausência do Decreto-Lei n.º 147/2008, que estabelece o novo regime da responsabilidade civil por danos ambientais? Pela nossa parte, a resposta reside no facto de este Decreto traçar, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, uma nítida divisão entre a ecologia, reportada aos componentes ambientais naturais, e a *ambience*, entenda-se, o ambiente cultural, construído, familiar, laboral, em que cada um se desenvolve, como indivíduo e como cidadão.

Diversamente, no ordenamento jurídico brasileiro a tutela ambiental admite a reparação de danos morais, por força do artigo 1º da Lei n.º 7.347/85, actualizada pela Lei n.º 8.884/94, sejam estes “difusos, coletivos ou individuais homogêneos”²⁹⁴ ²⁹⁵. A aceitação do dano moral ambiental parte de um duplo entendimento da doutrina brasileira: do ambiente como um direito de personalidade, do qual qualquer diminuição pode ser enquadrada como uma ofensa à dignidade, e de um alargamento da esfera da “dor de alma”, por forma a abranger o dano colectivo em toda a sua extensão. Em suma, o dano moral ambiental “traduz-se na injusta lesão da esfera moral de um indivíduo ou de uma comunidade”.

Pela nossa parte, rejeitaríamos liminarmente a importação desta solução para o ordenamento jurídico português, não fosse um aspecto. Porque seria imoral enriquecer à custa da degradação de um bem comum, o legislador brasileiro esteve bem ao encaminhar o valor da indemnização (quando não haja lugar a reparação natural), para um fundo de recuperação dos bens lesados, semelhante ao nosso Fundo de Intervenção Ambiental (FIA).

6. O direito subjectivo ao ambiente.

6.1. Prós?

²⁹⁴ Cfr. Walter de Cerqueira, «Os direitos da personalidade...», *op. cit.*, p. 43. Contra, Caroline Rosas, «Direito Ambiental...», *op. cit.*, p. 42. A autora refere um acórdão do STJ brasileiro em que foi recusada a indemnização por danos morais ambientais com fundamento na trans-individualidade do bem jurídico.

²⁹⁵ Sobre a aceitação do dano moral no Brasil e os seus antecedentes legais, ver Morato Leite, «Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito brasileiro», *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 1999, pp. 418 e ss.

A favor do reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente têm sido esgrimidos vários argumentos, desde o de dar ao ambiente uma tutela mais eficaz, com reflexo nos órgãos administrativos e judiciais, a indissociabilidade do ambiente face a outros direitos fundamentais amplamente consagrados, como o direito à vida e o direito à saúde (pelo que, do que se trata, é sempre de proteger o Homem), a ideia de que é possível definir o conteúdo do direito ao ambiente por apelo à dimensão participativa e contenciosa, e a possibilidade de uma pessoa singular representar e defender interesses colectivos²⁹⁶. Procedamos à sua apreciação.

Em relação ao primeiro destes argumentos, a ideia que o ambiente é a de que o acolhimento do ambiente no catálogo dos direitos fundamentais, e mais precisamente, entre aqueles que correspondem a bens de personalidade (e cujo núcleo podemos reportar aos artigos 24º/1, 25º/1 e 26º/1 da CRP), permite dotá-lo de uma tutela reforçada. Assim, o direito ao ambiente beneficiaria, por força do artigo 17º da CRP, de uma aplicabilidade imediata²⁹⁷. Nesse sentido, escreve Mário Raposo que o direito ao ambiente assume um sentido perceptivo e não apenas programático, isto é, que vale por si sem depender do legislador ordinário, cuja intervenção serve, quando muito, para ajudar a densificar a sua exequibilidade²⁹⁸.

Aceitamos a bondade da intenção. Todos queremos que o ambiente receba a melhor tutela possível. Ela enfrenta, porém, um sério entrave, que consiste na indeterminabilidade do objecto do direito ao ambiente. A este propósito, escreveu Carla Amado Gomes que a indeterminabilidade do direito ao ambiente é estrutural: não se trata de saber se o Estado dispõe ou não, num determinado momento, das condições financeiras para implementar um ambiente de vida sadio e ecologicamente equilibrado mas sim de saber como é que vamos balizar, a nível quantitativo e qualitativo, a parcela de componentes ambientais naturais de que cada indivíduo precisa para viver, de onde resulta que a indeterminabilidade é permanente e intrínseca ao próprio bem tutelado²⁹⁹. O mesmo entendimento foi já sufragado, na doutrina penalista, por Paulo Sousa Mendes. A propósito da crítica que faz ao crime de poluição configurado como um crime de dano, o autor sustenta que é impossível

²⁹⁶ Cfr. Pereira Reis, *Contributos para uma teoria...*, *op. cit.*, pp. 31 e 32.

²⁹⁷ Cfr. Neide Pedroso, *As colisões entre direitos de personalidade e direitos fundamentais ou outros direitos objectivos. As soluções adoptadas no ordenamento jurídico brasileiro e português*, Lisboa, 2004, pp. 15 e 16.

²⁹⁸ Mário Raposo, «O direito ao ambiente...», *op. cit.*, p. 115.

²⁹⁹ Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, p. 134. É esta indeterminabilidade que leva a autora a qualificar o direito ao ambiente previsto no artigo 66º/1 da CRP como uma “fórmula vazia de significado, embora plena de simbolismo, muito por força da contaminação dos textos internacionais” (p. 138).

segmentar o meio ambiente em parcelas individualmente fruíveis³⁰⁰. A isto acresce a própria utopia da fórmula “direito ao ambiente” são e equilibrado, como se fosse uma pretensão cuja realização dependesse de um Estado. Falar, aqui, em pretensão oponível ao Estado, no sentido de exigir um determinado nível de qualidade ambiental, não passa de uma miragem inscrita na CRP ou, se se preferir, de uma fórmula ideológica que ignora o carácter global do bem jurídico em causa³⁰¹.

À luz do que acabámos de dizer, não podemos aceitar que se presuma a perfeição ou auto-suficiência do direito ao ambiente, como se faz com os direitos à vida, à integridade física e moral e às liberdades de consciência, de reunião e de expressão. Tal exercício, sempre esbarraria na fortíssima acessoriedade administrativa que caracteriza todo o Direito do Ambiente. Se há um ramo jurídico que carace de posterior regulação é, justamente, este.

Não nos parece suficiente contra-argumentar no sentido de que nem sempre a aplicabilidade directa significa que o direito é imediatamente exequível, podendo limitar-se a gerar uma estrita deverosidade da intervenção legislativa, porque, em todo o caso, também as meras garantias institucionais impõem ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efectivo³⁰². Bastaria, então, a tutela decorrente do Direito objectivo. Desengane-se quem pensa que a tutela objectiva do ambiente deve ser evitada a todo o custo, por retirar à própria pessoa a iniciativa e o impulso de defender o seu espaço de vida, a exigir o seu respeito e a ter disponibilidade de meios juridicamente adequados para o efeito. A esses, pedimos que façam um levantamento dos casos em que o ambiente mereceu o dispêndio de tempo e de recursos por quem de legitimidade directa. Arriscamos dizer que se contarão pelos dedos de uma mão. Se não houver um interesse pessoal ou patrimonial em jogo, o ambiente só suscitará a actuação defensiva por parte de actores populares ou de organizações não lucrativas criadas para a sua protecção. Não pretendemos passar aqui lições de moral, mas tão só fazer ver que a relação do Homem com a natureza tem sido, raras vezes, uma relação de comunhão. Entregar a defesa do meio ambiente a indivíduos, associá-la aos seus

³⁰⁰ Cfr. Paulo Sousa Mendes, *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa, AAFDL, 2000, p. 116.

³⁰¹ Neste mesmo sentido, Pérez Luño, «Estado Constitucional y Derechos de la tercera generación», *AFD*, vol. XIV, 1997, pp. 545 e ss, e Maria da Glória Garcia, *O lugar do Direito...*, *op. cit.*, p. 191. Para ilustrar o carácter utópico da fórmula constitucional, a autora escreve que “se os efluentes tóxicos lançados ao Reno por indústrias químicas suíças e francesas tornam imprópria para consumo a água na Holanda; se as partículas radioactivas emergentes de um acidente na Ucrânia contaminam a produção agrícola sueca e emissões de dióxido de enxofre de siderurgias americanas dão origem a chuvas ácidas que destroem florestas no Canadá, fica claro que a dimensão estadual onde, até há pouco, a caracterização do público e do privado era empreendida, entrou em crise”.

³⁰² Cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 392.

interesses, à sua vontade, não é a melhor solução³⁰³. Ciente disso, o legislador penal teve a visão suficiente para configurar os crimes ambientais como crimes públicos, dispensando a participação à entidade pública competente por parte do particular ofendido na sua personalidade. Quem promove a perseguição dos infractores é o Ministério Público, enquanto entidade a quem cabe defender o interesse geral e a legalidade.

Se, quanto ao primeiro argumento apontado a favor do direito ao ambiente, a nossa posição é de extrema desconfiança quanto à sua valia, já o segundo merece a mais clara das rejeições. Pretender ver um direito ao ambiente a partir da interligação que este apresenta com certos direitos fundamentais, *maxime* de personalidade, significa adoptar um conceito amplo de ambiente em que tudo cabe. A confusão que se gera é tal que, no fim, ficamos sem saber qual é o bem jurídico a ser tutelado – acaba por ser um pouco de tudo, convertendo-se o ambiente num *melting pot* jurídico. *De jure condendo*, ou seja, à margem da “prolixa” definição de ambiente que nos é dada pela LBA³⁰⁴, não faz sentido chamar para o conceito de ambiente factores económicos, porque embora a relação exista entre ambiente e economia, ambas as disciplinas gozam de identidade própria e de particularidades específicas, ou culturais – é absurdo dizer que faz parte do ambiente protegido o número de teatros ou de espectáculos que existem numa localidade. Ao expurgar o conceito jurídico de ambiente destes bens que, embora conexos, são autónomos e gozam já de uma tutela constitucional e legal própria, o mesmo deve suceder com os bens de personalidade.

Há, por isso, que restringir o conceito totalizante de ambiente que nos é dado, e que serve para exprimir a totalidade das condições envolventes da vida, por ser uma noção muito mais ampla do que aquela que corresponde ao objecto naturalístico do dano ecológico e que consiste, tão só, no conjunto dos recursos bióticos (seres vivos, fauna e flora) e abióticos (ar, água, solo, subsolo e luz). Caso contrário, desaparece uma das razões de ser da existência do Direito do Ambiente, enquanto ramo jurídico autónomo: a identificação de um substrato próprio. Em vez de estudantes de ambiente, teremos estudantes de direitos reais, de direitos de personalidade, de direitos fundamentais, aqui e ali com umas pinceladas de ecologia. Ao invés, quanto mais perto estivermos de uma noção restrita, ou ecocêntrica, de ambiente, mais fácil é reconhecer

³⁰³ Sobretudo porque, dada a interligação dos componentes ambientais naturais, uma lesão não atendida poder vir a ter ramificações severas

³⁰⁴ Cfr. o artigo 5º/2/a), e as críticas que lhe tece Freitas do Amaral, considerando que se trata de uma definição mais técnica do que jurídica. «Ordenamento do território...», *op. cit.*, p. 19.

um sentido útil ao artigo 66º/1 da CRP. Pois, se a tutela do ambiente através de um entendimento amplo dos direitos de personalidade “é possível e plenamente concebível, porquê defender a existência (e consistência) de um novo direito” ao ambiente³⁰⁵?

Quanto ao terceiro argumento, definir o direito ao ambiente como o direito dos cidadãos a serem informados sobre as alterações ao seu ambiente, a serem consultados e a participarem na tomada de decisões que afectem o seu ambiente e, nas situações em que se sintam lesados, a interporem acção judicial com vista a obter a reposição da situação preexistente e as correspondentes indemnizações não basta, porque pouco ou nada diz quanto ao bem jurídico tutelado – no limite, é uma definição que serve para todos os direitos acolhidos na Constituição. O apelo à vertente contenciosa esquece, por outro lado, que o direito de acção configura uma decorrência do direito subjectivo, assumindo-se como um novo direito que nasce na esfera do sujeito por ocasião da lesão do direito protegido. São, como tal, direitos diferentes, ainda que intrinsecamente ligados.

O conceito de participação do público comporta diversos elementos, entre os quais os direitos a ser informado, ouvido e tido em consideração; todos eles são condições indispensáveis para o exercício de um direito ao ambiente, mas não o definem³⁰⁶. Antes são direitos que, quando reportados a bens de qualidades difusas e imateriais, assumem “um magnetismo especial (...) gerando e alimentando um sentimento de responsabilidade partilhada, quer a montante de procedimentos autorizativos (...), quer a jusante”³⁰⁷.

Uma análise da LAIA revela, inclusive, que as autoridades públicas estão obrigadas a disponibilizar ao requerente informação sobre ambiente que esteja na sua posse ou em seu nome, sem que este tenha de justificar o seu interesse, porquanto o bem sobre o qual versa a informação é de fruição colectiva³⁰⁸.

A fechar, encontramos a ideia de que cada indivíduo, munido de um direito ao ambiente, se pode apresentar em juízo em defesa dos demais titulares. Trata-se, a nosso ver, de uma simples “suposição”, para mais escusada, porquanto para o nobre

³⁰⁵ Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁰⁶ Neste sentido, Janusz Symonides, «The Human right to a clean...», *op. cit.*, pp. 246 e ss. Também Gomes Canotilho, que acolhe a fórmula do direito subjectivo ao ambiente, afirma expressamente que os direitos de informação, participação e acção judicial não são exclusivos do ambiente, embora sobre ele incidam por forma a torná-lo efectivo. Cfr. Gomes Canotilho, «O direito ao ambiente...», *op. cit.*, p. 56.

³⁰⁷ Carla Amado Gomes, «O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime», *Textos Dispersos de Direitos do Ambiente*, II vol., Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 84 e 85.

³⁰⁸ Cfr. o artigo 6º/1 da Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente que esteja na posse de autoridades públicas ou detidas em seu nome.

propósito da defesa judicial do ambiente a detenção de um interesse directo e pessoal na demanda é hoje generosamente dispensada. Assim acontece, desde logo, em sede de acção popular, na qual são titulares do direito procedimental todos os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras do ambiente e demais interesses indicados no artigo 1º/2 da LAP³⁰⁹; e no âmbito da própria acção de vizinhança, a qual tem vindo a ser interpretada pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas como abrangendo as situações que se traduzam numa vantagem ou desvantagem directa que o acto impugnado possa trazer para o proponente da acção, do ponto de vista jurídico ou económico. Com efeito, no âmbito do Direito do Ambiente, a noção de vizinho tem vindo a ser alargada por forma a cobrir também aquelas pessoas que possuem uma relação de proximidade com a instalação ou a actividade em causa e que, independentemente da distância física, por ela possam ser afectadas³¹⁰.

Há, porém, um argumento favorável a que somos receptivos. Trata-se de dar ao meio ambiente uma posição privilegiada no conflito com outros direitos ou bens constitucionalmente reconhecidos, *maxime* em caso de colisão com o direito de propriedade e com a liberdade de iniciativa económica.

A colisão existe, independentemente de se configurar o ambiente como um direito ou como um mero feixe de deveres e de obrigações³¹¹, pelo simples motivo da CRP acolher bens jurídicos rivais, ou cuja concretização implica limites, “tanto na forma, como na intensidade (...) da liberdade individual em cada caso concreto, face à incidência do interesse geral, para a co-existência numa vida coletiva coordenada”³¹². A CRP não se debruça sobre este problema, pelo menos directamente, limitando-se a dizer quando é que ocorre uma colisão³¹³. Diversamente, o CC prevê, no artigo 335º, duas soluções distintas, consoante a colisão se dê entre direitos de igual ou diferente espécie: no primeiro caso cada titular deve ceder na medida do necessário para que ambos os direitos em conflito produzam o seu efeito, sem grande constrangimento para qualquer um; já se os direitos forem desiguais, prevalece o que se deva considerar

³⁰⁹ Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

³¹⁰ Figueiredo Dias, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 80 e 81.

³¹¹ Nesse sentido, Gomes Canotilho identifica dois tipos de colisão de direitos: a colisão de direitos fundamentais entre diferentes titulares, a que podemos chamar uma *colisão em sentido estrito*, e a colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado, que podemos apelidar de *colisão em sentido impróprio*. Para maiores desenvolvimentos, ver Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Almedina, 1992, pp. 657 e ss.

³¹² Neide Pedroso, *As colisões entre direitos de personalidade...*, *op. cit.*, p. 20.

³¹³ Por força do artigo 18º/2, sempre que um direito fundamental seja exercido para lá do estritamente necessário para salvaguardar outro direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

superior³¹⁴. O legislador civil criou, assim, dois critérios totalmente opostos: o critério da conciliação ou harmonização e o critério da preferência.

Para quem admita um direito ao ambiente, enquanto direito de personalidade, será possível atribuir-lhe uma preferência abstracta no conflito com direitos de natureza inferior, *maxime* com direitos reais. Essa tem sido, ademais, a posição adoptada pelos tribunais portugueses que, fundando-se nos direitos de personalidade, têm multiplicado as decisões contra interesses económicos instalados, do grande industrial ao modesto comerciante.

6.2. E contras.

Passamos agora a analisar as principais objecções que têm sido levantadas ao direito subjectivo ao ambiente. Entre elas, recolhemos as seguintes: a impossibilidade de definir o conteúdo de aproveitamento individual do direito ao ambiente enquanto bem colectivo, a dificuldade em identificar o titular desse direito, se é a pessoa individual, grupos sociais ou se são entes representativos de interesses difusos, o facto de o direito individual ao ambiente entrar inevitavelmente em conflito com outros interesses económicos e sociais, o receio de que a indeterminação do conteúdo do direito ao ambiente confira aos tribunais uma excessiva discricionariedade na sua aplicação ao caso concreto, correndo-se o risco de politização da justiça, e a própria redundância da previsão de um direito no artigo 66º/1 da CRP, quando a tutela das condições vivenciais ecológicas dignas resulta já dos princípios do Estado Social e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º) e de um entendimento dinâmico da protecção do direito à integridade física e psíquica (artigo 25º) e da saúde (artigo 64º)³¹⁵.

Destas objecções, umas há que nos merecem mais atenção que outras. Com efeito, desde já rejeitamos como suficientes para afastar um direito subjectivo a mera afirmação de que o direito ao ambiente é propenso a conflitos com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Se isso é verdade, não menos verdade é que uma configuração meramente objectiva do ambiente, como uma tarefa estadual, não

³¹⁴ Este juízo de prevalência é, ainda abstracto, podendo prevalecer o direito de natureza inferior se, no caso concreto, tal se justificar em virtude dos critérios da antiguidade, dos danos pelo não-exercício e dos lucros pelo exercício. Sobre a aplicação destes critérios em sede de direitos desiguais, ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo IV, 3ª ed., Almedina, 2005, pp. 390 a 393. Da mesma forma, as decisões, em sede judicial, devem ser proporcionais: o juiz que decida a favor do ambiente deve optar pelo meio que consiga atingir o fim de preservação com o menor custo económico possível.

³¹⁵ Cfr. Pereira Reis, *Contributos para uma teoria...*, *op. cit.*, p. 31; e Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, *op. cit.*, pp. 124 e 125.

afastaria a figura do conflito de direitos, ainda que em sentido impróprio: referimo-nos à colisão entre um direito fundamental e um bem juridicamente protegido.

Da mesma forma, desconsideramos o argumento da titularidade do direito, uma vez que no plano dos direitos fundamentais (entre os quais, *de jure condito*, o ambiente) se reconhece que existem alguns direitos que não podem ser exercidos por cada indivíduo isoladamente, antes pressupõem uma actuação concertada ou convergente de uma pluralidade de sujeitos³¹⁶. Assim, o facto de o ambiente só ganhar sentido se for pensado em termos sociais, dado que normalmente uma ofensa ao ambiente afecta interesses partilhados por uma categoria ou grupo alargado de pessoas, não impede que o titular de um eventual direito continue a ser cada um dos indivíduos que compõem essa categoria ou grupo. Quanto às pessoas colectivas, como as associações de defesa do ambiente, o problema é artificial: do que se trata nesses casos não é da titularidade de um direito ao ambiente por parte dessas associações, o que desvirtuaria a figura do direito subjectivo, mas sim de normas jurídicas que lhes reconhecem legitimidade processual para intervir em sua defesa³¹⁷.

As restantes objecções são mais delicadas e merecem, por isso, maior ponderação. Não é, desde logo, novidade nenhuma na doutrina, a dificuldade que existe em determinar o *quantum* de ambiente a que cada um tem direito e que o legitima a opor-se a uma intervenção do Estado ou a requerer-lhe uma determinada prestação. Sobre o problema da indeterminabilidade, porém, já nos pronunciámos.

Igualmente pertinente é a crítica sobre a impossibilidade de tutelar pretensões individuais sobre um bem que é de todos. Aqui, impõe-se, todavia, distinguir os bens ambientais que constituem propriedade privada dos que integram o domínio público ou que são bens comuns. Sobre os primeiros, sempre poderá haver um direito subjectivo: assim, um direito do proprietário sobre um curso de água que atravessa a sua propriedade ou sobre um conjunto de árvores lá plantadas. Note-se, ainda assim, que o verdadeiro direito em causa nessa situação é um simples direito de propriedade, pelo que falar em “ambiente” sempre seria escusado. Já em relação ao segundo tipo de bens, colectivos, parece-nos difícil fazer incidir sobre eles qualquer título de apropriação que não seja, também ele, colectivo.

Não nos parece que exista um direito subjectivo sobre a atmosfera ou sobre a biodiversidade, ao que acresce que a responsabilidade de longa duração e o princípio

³¹⁶ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 122 e ss.

³¹⁷ Assim, a título de exemplo, veja-se o artigo 53º/1 do CPA e os já apontados artigos 9º e 10º da Lei n.º 35/98, de 18 de Julho, que define o estatuto das ONGA.

da solidariedade entre gerações apelam a uma titularidade difusa do ambiente, em lugar de proprietários juridicamente identificados. Infelizmente, a prática tem demonstrado que o ser humano é “essencialmente egoísta ou, se se preferir, move-se pela procura da sua felicidade, do que seja bom para si (e para os seus mais próximos)”³¹⁸, de onde resulta que é muito mais complicado explicar a alguém que deve preservar o ambiente para que os outros dele possam usufruir, do que dizer-lhe que ao cuidar do que é seu, assegura os seus próprios interesses.

A encerrar o rol das objecções levantadas, e a propósito da redundância constitucional em torno da garantia de condições ecológicas dignas para o ser humano, não poderíamos estar mais de acordo. O legislador constituinte, por melhores que sejam as suas intenções, não está dispensado de observar o critério da proporcionalidade sempre que consagra uma nova restrição dos direitos e liberdades fundamentais. Sendo certo que um direito ao ambiente de A termina onde começa o do B, com as consequentes restrições ao nível do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica, perguntamo-nos se quando a CRP, logo em 1976, embandeirou em arco o direito ao ambiente, o fez numa lógica populista e demagógica, típica de textos revolucionários, ou ciente de que o dever de preservar o ambiente decorre já da tutela constitucional de outros valores como a vida, a integridade física e moral e a saúde.

Uma Constituição que acolha normas desnecessárias, isto é, nas quais não seja possível identificar um substrato autónomo, tende a ser o reflexo de um Direito simbólico. Daí que ao longo do relatório, a nossa principal preocupação tenha sido a de defender um sentido útil para o Direito do Ambiente, que não se limite à reprodução de fórmulas de cunho liberal.

7. Considerações Finais.

A posição que fomos, a pouco e pouco, firmando ao longo do relatório traduz, a bem ver, uma separação entre a abordagem privada do ambiente e a abordagem pública ou colectiva. A dupla tutela que o ambiente recebe no ordenamento jurídico português, com destaque para a CRP e para a LBA, é o espelho dessa distinção, da constatação de que existe um universo de relações jurídicas privadas ambientais, em que compete à

³¹⁸ As palavras são de Hobbes, citado por Freitas do Amaral, *História das Ideias Políticas*, vol. I., Almedina, 1998, p. 361.

pessoa exclusivamente afectada exercer a defesa dos seus interesses, e um universo de danos colectivos que reclama uma legitimidade alargada.

A rejeição do direito subjectivo ao ambiente tem, como principal suporte, a convicção de que esta figura não serve a autonomia científica do Direito do Ambiente. Normas há, tanto na LBA como na CRP, que se limitam a reproduzir preceitos e institutos de Direito civil, pouco ou nada contribuindo para uma nova abordagem da relação Homem-natureza, antes perpetuando velhos entendimentos. Assim, veja-se o artigo 40º/4 da LBA, que dispõe que “os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização” (sublinhado nosso). À semelhança do artigo 66º/1 da CRP, esta norma não visa a protecção da natureza mas sim do ambiente “de vida humana”. Ela aproveita ao indivíduo afectado na sua saúde pelo fumo de uma fábrica ou ao morador lesado na sua propriedade pelo ruído e vibrações causadas por uma pedreira. Servirá, por isso, essencialmente, de base à legitimidade processual activa de todos os que forem lesados nos seus direitos de personalidade, surgindo a protecção do ambiente como um resultado meramente reflexo de uma acção de defesa. Acresce que, ao remeter para “os termos gerais do direito”, a norma só pode estar a referir-se aos artigos do CC que tutelam os direitos de personalidade (70º e ss.), as relações de vizinhança (1346º) e as ofensas ilícitas a direitos e interesses legalmente protegidos (483º e ss).

Perguntamos: o que traz o artigo 40º/4 da LBA de útil para o meio ambiente? Qual é o seu contributo para a preservação dos recursos naturais? Em bom rigor, ele limita-se a repetir o que a Lei civil já diz, isto é, que alguém lesado no seu direito ao ambiente circundante pode recorrer à jurisdição civil e pedir o ressarcimento pelos danos sofridos, de preferência juntamente com uma medida cautelar de cessação ou prevenção da actividade lesiva. Quando muito, a novidade deste artigo está em identificar um novo meio de ofensa aos direitos pessoais e patrimoniais: aquelas que ocorram por intermédio do inquinamento dos componentes ambientais naturais. Mas, justamente por isso, é que acusamos a fórmula do direito subjectivo ao ambiente de promover uma tutela egoísta, interesseira e reflexa do ambiente, a qual está longe de chegar, quer porque parte de uma visão comprovadamente falhada da posição do Homem face à natureza (perpetuando uma relação de posse e domínio), quer porque

ignora que a natureza carece de ser protegida sempre, e não apenas quando determinados indivíduos que dela usufruem se considerem lesados.

Não negamos que um dano ecológico, entendido como um dano para um dos componentes ambientais identificados no artigo 6º da LBA, possa lesar, também, interesses individuais. A simbiose do ser humano com a natureza é tal, que a afectação desta prejudica a sua qualidade de vida, a sua saúde e personalidade. São, todavia, bens jurídicos diferentes, que, pela sua natureza, deveriam dar azo a pretensões e formas de protecção distintas. Tal entendimento resulta da conjugação de dois artigos da CRP: o artigo 66º/1, que prevê que todos têm direito a que o Estado crie e assegure as condições necessárias à plena fruição do ambiente (conteúdo positivo) e de repelir qualquer lesão ou ameaça de lesão ao seu ambiente (conteúdo negativo), e o artigo 52º/3, que confere a qualquer indivíduo a possibilidade de agir em defesa de interesses que são de todos, independentemente de qualquer afectação directa da sua esfera individual. Desta conjugação resulta que a CRP distingue, ainda que não de forma clara, dois ambientes: o ambiente individualmente afectado e o ambiente colectivamente lesado. Para o primeiro, prevê um direito subjectivo, para o segundo, um mecanismo de legitimidade difusa ou alargada, em que qualquer cidadão se pode apresentar em juízo pedindo a reparação da ofensa causada.

Note-se que esta separação é algo recente. Com efeito, a redacção inicial do artigo 52º/3 apenas permitia que o cidadão lesado pedisse uma indemnização, uma vez que fazia depender o direito de indemnização da verificação de uma “lesão directa”³¹⁹, o que, nas palavras de Mário Raposo, constituía um erro e uma desnecessidade:

Um erro porque inviabilizaria a ulterior consagração, pelo legislador ordinário, da tutela dos interesses e direitos colectivos ou difusos. Uma desnecessidade já que, como é óbvio, a ressarcibilidade de qualquer dano, em caso de lesão directa, não terá que ser constitucionalizada, por decorrer dos princípios gerais da responsabilidade civil (sublinhado nosso)³²⁰.

³¹⁹ Sobre este requisito dizia-se que podia significar duas coisas: ou o legislador constituinte queria exigir um nexo de causalidade imediato entre o facto danoso e o dano, ou pretendia excluir as associações de defesa do ambiente e outros autores desinteressados de pedirem a respectiva indemnização para o(s) lesado(s). Inclina-mo-nos para a segunda hipótese. Cfr. Rui Medeiros, «O ambiente na Constituição», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Dezembro, 1993, p. 393.

³²⁰ Mário Raposo, «O direito ao ambiente...», *op. cit.*, p. 119.

Ao expurgar-se a norma deste critério restritivo na delimitação das situações susceptíveis de tutela indemnizatória, garantiu-se uma mais ampla e eficaz protecção do ambiente. Trata-se, no fundo, de acolher no conteúdo negativo do direito ao ambiente todas aquelas situações em que um dano ambiental atinge indistintamente um número indeterminado de pessoas, lesando não propriamente um direito subjectivo mas mais um interesse difuso ou um interesse público latente³²¹. Basta pensar que a maioria das acções perturbadoras do ambiente não são dirigidas contra um indivíduo em concreto, antes atingem uma pluralidade indiferenciada de utentes do ambiente, para percebermos a utilidade desta norma.

A favor de uma dupla interpretação do direito ao ambiente, simultaneamente como um direito subjectivo e como um interesse difuso em função do caso concreto, se tem pronunciado o Supremo Tribunal de Justiça. No acórdão do STJ, de 23-09-1998³²², pode ler-se que a titularidade do direito ao ambiente e do dever de defesa do ambiente (ambos previstos no artigo 66º/1 da CRP) pode ser analisada em termos individuais e supra-individuais:

aquele direito e aquele dever tanto podem ser perspectivados através da titularidade individual de cada um dos interessados directos, como podem ser considerados numa dimensão supra-individual, no âmbito da qual a todos e a cada um é reconhecido o direito de usufruir de um ambiente humano, sadio e equilibrado e incumbe o dever de preservar o ambiente e qualidade de vida e de reagir contra factores de degradação ambiental³²³.

Assim sendo, acrescenta o STJ que quanto à primeira destas acepções, o direito ao ambiente pode ser qualificado como um direito subjectivo e o respectivo dever de protecção e de defesa do ambiente como um simples dever jurídico; em contrapartida, de acordo com a segunda acepção, esse direito e o correspondente dever podem ser integrados no âmbito dos chamados interesses difusos, reconduzíveis à garantia

³²¹ Rui Medeiros, «O ambiente...», *op. cit.*, p. 392.

³²² Relator: Garcia Marques. Como requerida encontramos um sociedade anónima que se dedica à recolha, triagem, tratamento e valorização de resíduos sólidos a quem havia sido adjudicada a exploração e gestão do sistema inter-municipal do Baixo Cávado. Entre os motivos que levaram o Supremo a interditar o exercício da actividade da ré contam-se o facto de a localização da estação de tratamento de resíduos coincidir com uma ribeira que abastece a população de Pedralva e de outra que serve para a irrigação de campos agrícolas, bem como a elevada permeabilidade do solo que favorece a contaminação dos lençóis freáticos.

³²³ Ver o ponto 2.2. do acórdão.

constitucional de tutela jurisdiccional efectiva, dado que estes interesses são interesses legítimos susceptíveis de tutela jurisdiccional³²⁴.

Mais recentemente, no acórdão do STJ, de 09-05-2006³²⁵, o ambiente volta a ser abordado ora como um direito subjectivo ora como um interesse difuso. Aqui, o Supremo considerou o direito ao ambiente, enquanto direito subjectivo, como uma concretização antecipada da tutela geral da personalidade física e moral de todas as pessoas, não deixando de se referir aos interesses promovidos em juízo pelo Ministério Público como interesses difusos, de onde extrai como parâmetros da sua legitimidade activa os artigos 26º-A do CPC e 45º/3 da LBA.

O cerne da distinção parece residir, para o STJ, no número de pessoas afectadas e na qualidade do agente que interpõe a acção judicial de defesa do ambiente, quando, na verdade, deve incidir na correcta identificação do bem jurídico lesado. Quase sempre, o reconhecimento do direito subjectivo e o exercício de legitimidade activa directa surge associado a danos ambientais, entenda-se, ofensas ao meio ambiente que se repercutem na esfera jurídica de indivíduos determinados, seja sobre os seus direitos de personalidade, com destaque para a saúde, seja nos seus direitos patrimoniais, com destaque para a propriedade. Ao invés, a ocorrência de danos ecológicos, entenda-se, ofensas ao meio ambiente que se circunscrevem à afectação dos componentes ambientais naturais, gera um interesse difuso, partilhado pelos membros de uma comunidade e por associações de defesa do ambiente, reconduzível à legitimidade activa indirecta. Das duas figuras, direito subjectivo e interesse difuso, é a segunda que achamos mais adequada para o Direito do Ambiente. Quer sob a perspectiva da titularidade, excluindo os casos em que um bem ambiental constitua simultaneamente a propriedade de alguém e seja um bem comum, quer sob a perspectiva da sua defesa, uma vez que sendo os bens ambientais imateriais e de fruição tendencialmente universal, esta deve estar aberta a todos os potenciais usufrutuários³²⁶. Ao passo que,

³²⁴ Sobre o conceito de interesse difuso, o Supremo acompanha Teixeira de Sousa e esclarece que se trata de um interesse juridicamente reconhecido e tutelado, cuja titularidade pertence a todos e cada um dos membros de um comunidade ou de um grupo mas que não é susceptível de apropriação individual por qualquer um desses membros. Cfr. Teixeira de Sousa, «Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 409 e ss.

³²⁵ Relator: Nuno Cameira. Desta feita, o caso teve origem com uma acção proposta pelo Ministério Público para a defesa de interesses difusos, contra uma empresa que explorava sem licença camarária uma indústria de depósito e transformação de entulho, ferro velho, carcaças de veículos automóveis, navios, fogões, frigoríficos e outros resíduos sólidos, procedendo, em solo não impermeabilizado, à queima de parte dos mesmos com a consequente produção de fumo, poeiras, cheiros e gases tóxicos para os terrenos circundantes.

³²⁶ Neste sentido, Carla Amado Gomes, «D. Quixote, cidadão do mundo. Da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais», *Textos Dispersos de Direitos do Ambiente*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 2008, p. 15.

ao reduzirmos o ambiente em parcelas titularizáveis corremos o risco de atomizar “causas maiores que a vida, maiores que as fronteiras”³²⁷, como se preferíssemos ignorar a interligação dos fenómenos ambientais para poder dizer “a cada um, a responsabilidade pela protecção do que é seu”.

Dos vários argumentos avançados para sustentar a figura do direito subjectivo vimos que, na sua maioria, ou partem de pressupostos errados ou confundem o bem jurídico tutelado. A análise que empreendemos do Direito comparado, *maxime* do Direito espanhol e italiano, permitiu-nos concluir que a noção de ambiente adoptada influi sempre na posição dos autores sobre o tipo de tutela ambiental preferível. Assim, os autores que adoptam uma noção ampla de ambiente aceitam, com naturalidade, um direito de personalidade instrumental, enquanto extensão dos direitos à saúde e à qualidade de vida. Para eles, o meio ambiente é sempre uma extensão da personalidade humana, pelo que a relação de defesa deve ser reportada à esfera individual. Em claro contraste, os autores que defendem um conceito restrito de ambiente, que acompanhamos, propendem para uma tutela objectiva, feita de deveres e de obrigações, e em que a relação de defesa deve ser reportada ao Estado e à esfera colectiva.

Assente ficou que onde o Direito prevê obrigações nem sempre quer atribuir, à contraparte na relação jurídica, um direito. Da mesma forma, a titularização de parcelas do ambiente não pode ser vista como a decorrência inevitável da sua fruição por cada cidadão (Vasco Pereira da Silva). Casos há, no Direito civil, em que alguém goza de uma coisa e está incumbido de a vigiar, sem que se constitua como seu proprietário³²⁸. A nosso ver, é esse o passo que falta dar à velha doutrina³²⁹. O de ultrapassar a desconfiança perante a figura do dever e da obrigação, construindo a dignidade do Homem face à natureza na perspectiva de guardião responsável em lugar de senhor “todo poderoso”. Essa é uma mudança que o legislador já promove, e que não pode passar despercebida. Frequentemente, direitos subjectivos ambientais vestem belos disfarces, aliciando as pessoas “para o cumprimento de um dever mascarando-o de direito individual clássico”. Como exemplo, veja-se o regime do licenciamento ambiental (Decreto-Lei n.º 173/2008), em que por detrás da autorização

³²⁷ Carla Amado Gomes, «D. Quixote, cidadão do mundo...», *op. cit.*, p. 19.

³²⁸ Cfr. os artigos 1022º e ss. do Código Civil, referente ao locador.

³²⁹ Com raras mas nobres excepções, entre as quais Maria da Glória Garcia e Carla Amado Gomes. À primeira, devemos prestar homenagem pela profunda reflexão sobre o papel da ética e do Direito face aos novos desafios ambientais, e à segunda a sua dedicação à causa do conceito restrito de ambiente e da sua titularidade difusa.

para poluir se encontra uma miríade de deveres: o operador tem de demonstrar que a instalação não envolve riscos para o ambiente e que usa a melhor tecnologia disponível no mercado para minimizar os riscos (aquando do pedido), não pode ultrapassar os valores limite de emissão que forem fixados pela licença e tem de comunicar periodicamente à APA os dados resultantes da monitorização das emissões poluentes.

Em suma, ao Direito do Ambiente o que é seu por mérito: um bem jurídico próprio, dotado de uma tutela própria. De fora, a nosso ver, ficarão os bens jurídicos conexos com o meio ambiente natural, desde a vida, à saúde, ao repouso, à propriedade... Sobre esses bens, existem direitos subjectivos, nalguns casos como direitos de personalidade, que recebem a tutela prevista nos artigos 70º e 483º e ss. do CC. Já o meio ambiente natural, enquanto bem imaterial, colectivo e indivisível, só pode configurar um interesse difuso, de titularidade comum, arguível por qualquer cidadão e associação que tenha por objectivo (estatutário) a sua protecção. O pontapé de saída foi dado pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, ao distinguir os danos ambientais dos danos ecológicos. Cabe a nós, juristas, seguir jogo.

8. BIBLIOGRAFIA:

- Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, trad. por Julian Rivers, Oxford, 2001.
- Almeida, Mário de, «O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 18-19, Dezembro-Junho, Coimbra, 2003.
- Álvarez, Luiz Ortega, «El concepto de medio ambiente», *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
- Amaral, Diogo Freitas do, «Apresentação», *Direito do Ambiente*, INA, 1994.
- Amaral, Diogo Freitas do, *História das Ideias Políticas*, vol. I., Almedina, 1998.
- Amaral, Diogo Freitas do, «Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Livraria Almedina-Coimbra, n.º 1, Junho, 1994.
- Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Ed., Almedina, 2007.
- Andrade, Manuel Augusto de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, volume I, 3ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1972.

- Antunes, Luís Filipe Colaço, *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental*, Almedina, 1989.

- Antunes, Luís Filipe Colaço, «Para uma noção jurídica de ambiente», *Scientia Iuridica*, t. 41, n.º 235-237, Janeiro-Julho, Braga, 1992.

- Araújo, Araújo, *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios. O problema económico do nível óptimo de apropriação*, Almedina, 2008.

- Baptista, Mónica Benevides, *Aspectos ambientais no Código Civil brasileiro de 2002*, Lisboa, 2006.

- Barros, Araújo de, «Direito Civil e Ambiente», *Textos: Ambiente*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1994.

- Barros, Araújo de, «Por um direito ao ambiente», *Textos: Ambiente e Consumo*, vol. 2, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996.

- Bittar, Carlos Alberto, *Os direitos de personalidade*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

- Biurrum, Larumbe, «Medio Ambiente y Comunidades Autónomas», *RVAP*, n.º 8, Janeiro-Abril, 1984.

- Bloch, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. por Felipe Gonzalez Vicen, Aguilar, 1980.

- Bodelón, Fuentes, «La calidad de vida y el Derecho», *La calidad de vida en el proceso de humanización*, ASELCA y ASITEMA, 1980.

- Bothe, Michael, «Le droit a la protection de l'environnement en Droit Constitutionnel Allemand», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994.

- Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Almedina, 1992.

- Canotilho, José Joaquim Gomes, «Direito Constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no Direito Constitucional português», *Temas de Integração*, n.º 21, Almedina, 2006.

- Canotilho, José Joaquim Gomes, «O direito ao ambiente como direito subjectivo», *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2008.

- Canotilho, José Joaquim Gomes, «Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente», *RLJ*, n.º 3799, 1990-1991.

- Casolino, Enzo, «Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al Diritto Comunitario», *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali*, n.º 3, Julho-Setembro, 1992.

- Cerqueira, Walter de, «Os direitos de personalidade e o direito ao meio ambiente», *Direito e Meio Ambiente. Reflexões actuais*, org. Gracielle Carrijo Vilela e Marina Rievers, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

- Cordeiro, António Menezes, «Os direitos de personalidade na civilística portuguesa», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume I: Direito Privado e Vária, Almedina, 2002.

- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., Almedina, 2005.

- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004.

- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*, Tomo IV, 3ª ed., Almedina, 2005.

- Correia, José Manuel Sérvulo, *Direitos Fundamentais. Sumários*, Lisboa, AAFDL, 2002.

- Cotta, Sérgio, «A la recherche du droit subjectif», *Archives de philosophie du Droit*, tome 35, Sirey, 1990.

- Cupis, Adriano de, *Os direitos de personalidade*, trad. de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro, Doutrina, Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961.

- Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

- Dias, José Eduardo Figueiredo, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Coimbra, CEDOUA, 2007.

- Djaló, Sana, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais*, Lisboa, 2005.

- Dolcini, Emílio, e Marinucci, Giorgio, «Constituição e escolha dos bens jurídicos», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 4, n.º 2, Abril-Junho, Lisboa, 1994.

- Espínola, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro. Dos Direitos Subjectivos*, Editora Freitas Bastos, 1941.

- Esteban, Mola de, *La defensa del medio humano*, Madrid, Ministerio de la Vivienda, 1972.

- Ferrer, Gabriel Real, «El medio ambiente en la Constitución Española de 1978», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994.

- Folque, André, «Procedimento administrativo de defesa do ambiente», *Textos: Ambiente e Consumo*, II vol., Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996.

- Fraga, Jesús Jordano, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, JMB, Barcelona, 1995.

- Garcia, Maria da Glória, *O lugar do Direito na protecção do Ambiente*, Almedina, 2007.

- Gomes, Carla Amado, «Ambiente (Direito do)», *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2005.

- Gomes, Carla Amado, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*, Coimbra Editora, 2000.

- Gomes, Carla Amado, «A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho», *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, 2009.

- Gomes, Carla Amado, «D. Quixote, cidadão do mundo. Da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais», *Textos Dispersos de Direitos do Ambiente*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 2008.

- Gomes, Carla Amado, *Elementos de apoio à disciplina de Direito Internacional do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2008.

- Gomes, Carla Amado, «O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente», *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 2005.

- Gomes, Carla Amado, «O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime», *Textos Dispersos de Direitos do Ambiente*, II vol., Lisboa, AAFDL, 2008.

- Gomes, Carla Amado, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Lisboa, 2006.

- Gonçalves, Diego Costa, *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Almedina, 2008.

- Gonçalves, Luíz da Cunha, *Tratado de Direito Civil*, tomo III, Coimbra Editora, 1930.

- Ionescu, Octavian, *La notion de droit subjectif dans le Droit privé*, 12^a ed., Bruxelles, Bruylant, 1978.

- Jellinek, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912.

- Justo, António dos Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2001.

- Kelsen, Hans, *Théorie générale du Droit et de l'État*, trad. Beatrice Laroche, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- Kiss, Alexandre, «Le Droit International a Rio de Janeiro et a côté de Rio de Janeiro», *Revue Juridique de l'Environnement*, 1/1993.
- Leitão, João Menezes, «Instrumentos de Direito privado para a protecção do ambiente», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 7, Junho, Coimbra Editora, 1997.
- Leite, José Rubens Morato, «Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito brasileiro», *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, n.º 1 e 2, Coimbra Editora, 1999.
- Lima, Fernando Andrade Pires de, e Varela, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987.
- López, Quintana, *La repercusión de las actividades mineras sobre el ambiente*, Madrid, Montecorvo, 1987.
- Luño, Antonio-Enrique Pérez, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1991.
- Maddalena, Paolo, «L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica», *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n.º 3-4, Giuffrè editore, 2008.
- Mateo, Ramón Martín, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Madrid, Trivium, 1991.
- Maurer, Hartmut, *Droit Administratif allemand*, trad. par Michel Fromont, Paris, 1994.
- Mayer, Otto, *Derecho Administrativo alemán. Parte General*, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.
- Medeiros, Rui, «O ambiente na Constituição», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Dezembro, 1993.
- Mendes, João Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, AAFDL, 1978.

- Mendes, Paulo Sousa, *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa, AAFDL, 2000.

- Menudo, Francisco López, «El derecho a la protección del medio ambiente», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1991.

- Miranda, Jorge, «A Constituição e o Direito do Ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994.

- Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, tomo IV, Coimbra, 3ª ed., 2000.

- Moncada, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil. Parte Geral*, Coimbra, 1932.

- Moreno, Serrano, *Ecología y Derecho: principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*, Comares, Granada, 1992.

- Munch, Ingo Von, «A protecção do meio ambiente na Constituição», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 1, Junho, Coimbra, 1994.

- *O meu Caderno Verde. Trabalhos Práticos de Direito do Ambiente*, 2ª ed., org. Vasco Pereira da Silva, José Cunhal Sendim e João Miranda, AAFDL, 2005.

- Peccolo, Gianpaolo, «Le droit à l'environnement dans la Constitution Italienne», *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º 4, Limoges, 1994.

- Pedrosa, Neide Fugivala, *As colisões entre direitos de personalidade e direitos fundamentais ou outros direitos objectivos. As soluções adoptadas no ordenamento jurídico brasileiro e português*, Lisboa, 2004.

- Pinto, Paulo Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

- Piqueras, Francisco Delgado, «Regímen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, a.13, n.º 38, Maio-Agosto, 1993.

- Postiglione, Amedeo, «Ambiente e suo significato giuridico unitario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, a. 35, n.º 1, Milão, 1985.

- Pureza, José Manuel, Frade, Catarina, e Dias, Cristina Silva, «Tribunais, natureza e sociedade: o Direito do Ambiente em Portugal», *Centro de Estudos Sociais*, 1996.

- Ramón, López, «Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente», *Derecho Administrativo*, n.º 190, Abril-Junho, 1981.

- Ramos, Luis Rodríguez, «El medio ambiente en la constitución española», *Derecho y medio ambiente*, Madrid, CEOTMA, 1981.

- Raposo, Mário, «O direito ao ambiente como direito fundamental», *Textos do Centro de Estudos Judiciários*, Ambiente, 1994.

- Reale, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

- Reis, João Pereira, *Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente*, Ministério do Plano e da Administração do Território – Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais, 1987.

- Rodríguez, Tomás-Ramón Fernández, «El medio ambiente en la Constitución Española», *Derecho Administrativo*, n.º 190, Abril-Junho, 1981.

- Rosas, Caroline de Medeiros, «Direito Ambiental no STJ», *Revista do Advogado*, n.º 103, Maio, São Paulo, 2009.

- Sanca, Basílio, *Direitos de personalidade e Ambiente*, Lisboa, 2006.

- Scoca, Franco Gaetano, «Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudicci amministrativo, civile e contabile», *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, *Amministrazione e Garanzie*, Milão, 1987.

- Semo, Giorgio de, *Instituzioni di Diritto privato*, 5ª ed., Firenze, Barbèra Editore, 1948.

- Sendim, José Cunhal, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra Editora, 1998.

- Silva, Vasco Pereira da, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998.

- Silva, Vasco Pereira da, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, [Coimbra], Almedina, 2003.

- Sousa, Miguel Teixeira de, «Legitimidade Processual e Acção Popular no Direito do Ambiente», *Direito do Ambiente*, INA, 1994.

- Sousa, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

- Symonides, Janusz, «The Human right to a clean, balanced and protected environment», *Diritti dell'Uomo e Ambiente: la partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 1990.

- Tonchia, Teresa, «Tutela dell'ambiente come diritto alla personalita'umana: lineamenti normativi per un nuovo approccio al problema», *Diritt dell'uomo e Ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, Padova, 1990.

- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006.

- Vide, Carlos Rogel, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades publicas*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.

- Zogon, Zaquenod de, *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, MOPU, 1989.

