

O DIREITO SUBJECTIVO AO AMBIENTE: UM ARTIFÍCIO LEGISLATIVO E JURISDICIONAL

Luis Carlos Batista*

INTRODUÇÃO: IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Embora o problema que nos levou a redigir este texto seja outro, parece-nos importante começar com um reparo, o de que a nossa formação enquanto juristas tende, lamentavelmente, a sobrepor-se à nossa formação enquanto Homens. Um jurista é, por definição, um homem de Direito², do que resulta uma excessiva inclinação para empolar a letra da lei. Se é verdade que um bom raciocínio deve sempre fundar-se em pressupostos jurídicos, não menos verdade é que a questão sobre se os indivíduos têm ou não direitos, e quais, é acima de tudo uma questão ética³.

Quando reconhecemos unidade sistemática ao conjunto de direitos fundamentais que a nossa Constituição consagra fazemo-lo com base na ideia de dignidade da pessoa humana, proclamada, aliás, no seu primeiro artigo. Sem dúvida que, pelo menos, “*de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade de todas as pessoas*”⁴. Mas do que falamos quando falamos em dignidade? E dignidade sobre o quê?

A dignidade há-de reportar-se necessariamente ao (único) direito original de todos os Homens: o de serem livres, protegidos de escolhas alheias, na medida em que a sua liberdade coexista com a dos demais. Ou, para usar uma terminologia diferente, da autoria de LARENZ, o direito a serem respeitados:

We perceived the basic legal relation to be the right of each person to be respected as a person by every other, and simultaneously his duty towards every other is likewise to respect him as a person. The right of a person is what is rightly his as a person, and which the other is therefore obliged, or bound, to grant or respect.⁵

LARENZ constatou duas coisas: em primeiro lugar, que a dignidade emana do ser, e não do ter; logo, que a liberdade deve prevalecer sobre a propriedade; em segundo lugar, 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 pessoas*”⁶. A dignidade há-de, pois, partir da liberdade, perante o Estado e perante os pares, para chegar à qualidade de vida, pois só a primeira justifica a segunda. Aplicando o que se disse ao catálogo de direitos fundamentais que encontramos na nossa Constituição, constatamos que os direitos, liberdades e garantias precedem os

* Licenciado em Direito. Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

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 – mas isso não obsta a que todos os direitos fundamentais derivem da mesma ideia de dignidade.

Trata-se simplesmente de reconhecer que a melhoria da qualidade de vida não pode nunca ser alcançada com prejuízo da solidariedade entre os membros de cada geração (e entre as diferentes gerações), que todos os homens e mulheres devem, independentemente da sua condição económica ou social, ser dotados da mesma dignidade. Neste mesmo sentido escreve VIEIRA DE ANDRADE que:

[...] pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade, como o direito à vida (...) enquanto outros constituem explicitações de segundo grau, dependentes de opções políticas estruturais.⁷

É nesta segunda categoria que a nossa Constituição insere o direito ao ambiente, enquanto um direito complementar de direitos fundamentalíssimos, dependente, sobretudo, de opções do Estado, de políticas e actos conjunturais. Se devemos ou não concordar com tal inserção constitui outra questão, sobre a qual pretendo tomar posição.

Poderá parecer que o se escreve nada tem de relevante para o Direito do Ambiente, divagando-se sobre considerações que melhor caberiam a um constitucionalista. Não é, porém, o caso. De facto, atrás se disse que todos os direitos fundamentais têm uma fonte comum: a dignidade humana. Mas será que isso equivale a afirmar que, sendo assim, todos eles consagram posições jurídicas subjectivas individuais? Por outras palavras, será que todos se destinam directamente a garantir bens jurídicos pessoais? Para alguém que se limite a ler o art. 66º/1 CRP, o excerto “todos têm direito a...” parece mais do que suficiente para a afirmação de um direito subjectivo ao ambiente. Caso não existisse este preceito, o problema nem sequer se colocaria: da leitura isolada do número 2 resulta que o Estado promove e protege o ambiente e, logo, aqueles que dele desfrutam, sem contudo lhes reconhecer direitos. Quanto muito podemos dele retirar um efeito-reflexo, entenda-se uma relação entre o Estado e os particulares que se assemelha à concessão de um direito. Usando as palavras de ALEXY:

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 right.⁸

Parte da nossa reflexão será dedicada a esta questão: a de saber o que encerra, afinal, o art. 66º CRP.

A resposta a que chegarmos será útil para abordar, em segundo lugar, a temática da colisão entre o direito ao ambiente e outros direitos fundamentais. O que se diga sobre a existência ou inexistência de um direito subjectivo ao ambiente permitirá qualificar adequadamente o tipo de colisão que ocorre: saber se se trata de uma colisão em sentido próprio, isto é, entre dois direitos subjectivos, ou de uma colisão em sentido impróprio, entre um direito subjectivo e um bem jurídico/comunitário. Mais importante que isso, poderá servir de suporte à teorização de uma hierarquia para a resolução de colisões impróprias, construída com fundamento na dignidade da pessoa humana.

1 A NECESSIDADE DE UMA CUIDADOSA INTERPRETAÇÃO DO ART. 66º/1 CRP

Impõe-se uma constatação: independentemente das querelas doutrinárias e da posição que cada um de nós assuma, a Constituição consagra um direito subjectivo ao ambiente. No art. 66º/1 encontramos o que pode ser apelidado de “*statement about rights*”⁹, fixando a norma o direito de cada um (seja um cidadão português, seja um estrangeiro) a um ambiente de vida humano, sadio e equilibrado. Para os conhecedores da obra de ALEXY, é possível identificar nesta norma aquilo que o autor classificou de um “direito a algo”: “*The most general form of a statement of a right to something is “X has a right to G as against Y”*”.¹⁰

Esta afirmação torna claro que um “direito a algo” se nos apresenta como uma relação trilateral, entre o beneficiário do direito, o vinculado pelo direito e o objecto do direito. Nem sempre a trilateralização é expressamente apontada na norma, mas dela tende a decorrer. Assim, a norma limita-se a proclamar que “*todos têm direito a um ambiente...*”: à primeira vista parece indicar apenas o beneficiário – todos – e o objecto do direito – o ambiente. Porém, o mesmo artigo, no número dois, reconhece que além de um direito “negativo” ao ambiente, que exclui ofensas de terceiros, existe um direito “positivo” ao ambiente, que implica para o Estado uma tarefa de o guardar e promover – cá está o principal visado pelo direito. Diga-se, contudo, que também cada um de nós aparece na Constituição simultaneamente na qualidade de beneficiário e visado, pois ao lado do direito o legislador constituinte fixou o dever de defesa do ambiente.

O que se disse foi já amplamente reconhecido pela doutrina. Fique-se, a título de exemplo, com o testemunho de JORGE MIRANDA: “*o ambiente recebe um tratamento de duplo alcance. 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*”¹¹. Há, por isso, que separar o joio do trigo, e reconhecer que a constituição proclama, muito claramente, um direito subjectivo. Dito isto, eis-nos chegados ao ponto que mais interessa: deveria a constituição proclamar tal direito?

Para encontrar uma resposta cabal optámos por fazer dois testes: um histórico e social, o outro estritamente jurídico. O primeiro serve para podermos perceber se a consagração de um direito ao ambiente faz ou não sentido. O segundo visa comprovar se o direito ao ambiente satisfaz as características próprias de um direito subjectivo.

O teste histórico foi já usado para responder às mesmas dúvidas por VASCO PEREIRA DA SILVA¹². Nem todos os autores usam a mesma classificação dos direitos fundamentais, embora todos concordem que radicam no princípio da dignidade da pessoa humana. No essencial, e optando por usar a classificação de VIEIRA DE ANDRADE, podemos distinguir quatro tipos ou gerações de direitos fundamentais: os direitos de defesa, os direitos de participação, os direitos prestacionais e os direitos de solidariedade. O nome que lhes é dado traduz, no fundo, o fim que subjaz a cada direito. No Estado Liberal os direitos fundamentais resumiam-se à tutela da esfera individual contra a administração: a propriedade privada, a liberdade e a segurança surgem como os primeiros direitos fundamentais por excelência, vocacionados para a defesa do indivíduo perante o colectivo. Com o advento da industrialização, este reduzido leque alargou-se por forma a compreender os recém-reconhecidos direitos das classes operárias a participarem na formação da vontade colectiva. O Estado Social, por seu turno, voltou-se para as necessidades vivenciais dos seus cidadãos, fosse a nível da saúde, da educação ou da habitação. E quando este modelo se tornou obsoleto foi configurada uma nova geração de direitos fundamentais, que extravasou a habitual relação indivíduo-Estado, apostando na horizontalidade e solidariedade. É nesta última categoria que se integra o direito ao ambiente.

A evolução histórica dos direitos fundamentais mostra-nos que todos se reconduzem ao que, em cada momento histórico, as pessoas entenderam ser a sua “dignidade”. A dignidade humana começou por ser resumida à protecção contra o Estado para se ir alargando. Mas quer se pense no direito ao policiamento, 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 da dignidade individual*”¹³. A esta luz não parece ser de todo descabida a via do antropocentrismo ecológico: a que decorre da lógica da protecção jurídica individual, partindo dos direitos fundamentais e considerando que as normas reguladoras do ambiente se destinam também à protecção dos interesses dos particulares, que desta forma são titulares de direitos subjectivos públicos. Nas palavras de VASCO PEREIRA DA SILVA, “*é a subjectivização da defesa do ambiente, criando uma espécie de egoísmo, que faz com que cada um se interesse pelos assuntos do Estado como se fossem os seus*”. Em última análise, o teste histórico parece demonstrar que a dignidade humana se projecta, também, na natureza, e que implica um direito negativo de cada cidadão – o de estar protegido contra ofensas ecológicas de terceiros – o que nos leva a concluir que o reconhecimento de um direito subjectivo ao ambiente não ofende, *a priori*, a unidade de sentido dos direitos fundamentais na nossa Constituição. Mas só ele não basta! Cabe agora passar ao segundo,

e mais importante, teste: saber se de um ponto de vista estritamente jurídico faz ou não sentido o resultado a que chegámos. Perguntar-se-á: quais são os elementos constitutivos de um direito subjectivo? Não temos aqui possibilidade de nos dedicarmos exaustivamente ao tema¹⁴, mas pelo menos os elementos essenciais são simples de identificar: um sujeito, um objecto e uma garantia. O primeiro elemento indispensável constante de um direito subjectivo é a pessoa a quem o bem é atribuído. Não tem de ser um homem sozinho, pode tratar-se de um agrupamento de pessoas que forme um ente colectivo¹⁵. Mas poderá o mesmo dizer-se de “todos”? Isto é, poderá o destinatário de um direito subjectivo serem todas as pessoas? Quer à luz da noção de direito subjectivo – a permissão normativa *específica* de aproveitamento de um bem¹⁶ - quer do bem jurídico em causa – o qual só pode ser o indicado no art. 6º da LBA – não vejo como. Estamos, justamente, na presença de um interesse difuso, cujos beneficiários (e ao mesmo tempo protectores) não podem ser individualizados, porque somos todos nós. E a característica da individualidade não é apenas reclamada no direito privado, mas igualmente no direito público. Vejam-se, a propósito, as palavras de VIEIRA DE ANDRADE: “*outro elemento característico de um direito subjectivo fundamental será a sua individualidade, ou seja, a possibilidade da sua referência a homens individuais*”¹⁷. Poderão alguns argumentar que a Constituição também atribui outros direitos fundamentais a todas as pessoas, e que quanto a esses não existem dúvidas que são direitos subjectivos – o melhor exemplo será, talvez, o direito à vida. Porém, tal argumentação não deve proceder, por ser o direito à vida facilmente concretizável em cada cidadão, mercê das ameaças ou revezes que a sua vida sofra. Quando A mata B, perdeu-se a vida de B. Mas quando uma fábrica lança resíduos para um ribeiro, não se perdeu apenas a qualidade da água de B, como a de D, E, F, G... Contrapõe VASCO PEREIRA DA SILVA com a ideia de que o que acabámos de dizer assenta na confusão entre previsão legal e titularidade de um direito no âmbito de uma relação jurídica. Com o maior respeito que o autor nos merece, parece-nos que é este quem incorre em confusão sobre o objecto do Direito do Ambiente. Num litígio que tenha por objecto um recurso ambiental natural, entenda-se ar, luz, água, solo vivo, subsolo, fauna e flora, só por artifício poderemos reconhecer legitimidade directa ao lesado/ofendido. A identificação de “um” titular do bem seria, neste caso, uma mera fantasia.

As suspeitas que começam agora a surgir sobre a escolha do legislador constituinte confirmam-se quando nos debruçamos sobre o objecto do direito em causa. O objecto de um direito subjectivo pode consistir num “*bem de qualquer natureza, coisa corpórea ou de existência imaterial, apreciável em dinheiro ou insusceptível de avaliação económica, tendo um valor de estima, por considerações de ordem moral, intelectual ou sentimental*”¹⁸. Não é, por isso, suficiente sustentar que o bem “ambiente” não pode ser subjectivizado apenas porque se refere a algo imaterial e insusceptível de uma avaliação pecuniária. Também a honra o é, e nem por isso o direito à honra e ao bom nome deixa de ter uma claríssima vertente subjectiva. A pedra de toque reside no tipo de afectação

jurídica do bem que é feita. Muito úteis revelam-se, neste ponto, as palavras de MENEZES CORDEIRO:

[...] por certo que, na presença de um direito subjectivo, há uma afectação jurídica de um bem; mas esta não equivale, necessariamente, ao direito, isto é, há afectações jurídicas de bens que apenas implicam deveres, ou poderes-deveres, e não direitos, por o seu destinatário não ser livre, aquando do aproveitamento.¹⁹

Seguindo as passadas de CARLA AMADO GOMES, a possibilidade de utilização do bem ambiente surge “*estritamente ligada a um dever fundamental de utilização racional, numa perspectiva de solidariedade, quer com os restantes membros da comunidade, quer com as gerações futuras*”²⁰.

Um terceiro elemento essencial do direito subjectivo é a garantia, a qual pode ser reconduzida, de forma simplista, à ideia de que a todo o direito corresponde uma acção que o assegura. O auxílio da autoridade judicial confere ao direito um crivo de coercibilidade, melhor garantindo a sua realização bem como a sua reintegração e reconhecimento em caso de violação. Um autor em particular, KELSEN, define o direito subjectivo em sentido técnico como o poder legal de fazer valer um direito existente²¹. Hoje, tal traduz-se na possibilidade de o titular do bem tirar ou não 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 – Estado ou particulares. Ora, tal como se disse atrás, a Constituição prevê uma dimensão negativa do direito ao ambiente – a possibilidade de qualquer cidadão exigir ao Estado que proteja o ambiente e que actue contra os perversificadores. Cabe, porém, saber como é que essa protecção é desencadeada! Mais uma vez chamo a atenção para o verdadeiro objecto do direito do ambiente: os recursos ambientais naturais. É para a impossibilidade da sua apropriação individual, enquanto bens públicos e indetermináveis. Se assim é, qualquer pessoa que pretenda fazer valer esta dimensão negativa nunca aparecerá em juízo dotada de uma legitimidade activa directa, entendida como a titularidade de uma posição activa na relação material controvertida. O queixoso será sempre um actor desinteressado, investido numa legitimidade difusa, a única que se coaduna com a natureza do bem²².

O que se disse até aqui pode ficar mais claro se recorrermos à técnica proposta por IHERING: enunciar, para um (potencial) direito subjectivo, um *statement of reason*, um *statemente about protection* e um *statemente about rights*, explicando a relação entre cada um e, acima de tudo, sendo sincero em cada uma das três afirmações²³:

(1) *Statement of reason* : O direito ao ambiente é uma necessidade que decorre da preservação da dignidade da pessoa humana;

(2) *Statement about protection* : Y pode requerer em tribunal que uma fábrica se abstenha de lançar resíduos para um ribeiro.

(3) *Statement about rights* : Y tem direito a um ar puro.

Dados os exemplos cumpre agora explicar qual a relação que tem de haver entre cada afirmação. A relação entre (1) e (3) é simples: é uma relação de justificação. Para que alguém tenha um direito deve haver uma justificação – a qual será, em última análise, a essência do direito. A relação entre (3) e (2) é uma relação de eficácia, de garante – de nada vale ser titular de um direito que posso ser impunemente atacado.

Explicada a relação, resta perguntar se tudo faz sentido. E a verdade é que, como procurei explicar, não faz, seja porque a protecção do ambiente é realizada na vertente objectiva – de garantias institucionais e dos deveres de solidariedade intergeracional e utilização equitativa e racional dos recursos – e por actores desinteressados (o nosso Y apareceria em tribunal com a intenção única de fazer cessar uma lesão para o ambiente, não sendo movido por considerações patrimoniais pessoais), mas também porque a dignidade humana deve ser entendida não como fundamento de um direito mas de um dever – algo que o teste histórico deixou na sombra. Nisto reside a pedra de toque: dizer que a dignidade humana é fundamento de todos os direitos fundamentais não equivale a dizer que onde esta se projecte tem de haver um direito subjectivo. Casos há em que a maior projecção da dignidade humana será no plano objectivo. Em suma, melhor seria se o legislador constituinte tivesse tratado o ambiente como um dever fundamental autónomo.

2 UMA NOVA PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DE CONFLITOS

Uma colisão de direitos, como o nome sugere, ocorre sempre que o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular choca com o exercício de outro direito fundamental, por parte de outro titular. A colisão de direitos encerra, porém, realidades diversas, merecedoras de tratamento diferenciado. Autores como GOMES CANOTILHO identificam 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*²⁴.

A posição ecocêntrica que assumimos terá aqui uma consequência óbvia: a de, ao falarmos em ambiente, estarmos perante o segundo tipo de colisão de direitos. “É hoje banal aludir-se à referência comunitária dos direitos fundamentais. Em virtude dessa referência necessária à comunidade, podem resultar conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade”²⁵. O que caracteriza este conflito é o exercício incompatível de um direito fundamental com um objecto (material ou imaterial) valioso, merecedor de tutela constitucional. Os bens jurídicos de valor comunitário serão, simplesmente, todos aqueles que, sendo embora protegidos pela Constituição, tenham o carácter de bens da comunidade: serão, entre outros, a saúde, o património cultural, a defesa nacional, a família e o ambiente. Nada mais comum que o bem da comunidade “ambiente” colidir com um direito fundamental, como a liberdade de iniciativa económica ou o direito de propriedade privada.

Identificado o tipo de colisão, cabe agora saber se ela deve ser resolvida da mesma maneira que a colisão em sentido estrito. A Constituição portuguesa não se debruça especificamente sobre o problema da colisão de direitos. Limita-se, quanto muito, a dizer quando é que ocorre uma colisão²⁶. Perante este tratamento lacunar, merece adesão a proposta de RUI GOUVEIA PINTO: partir da solução prevista no direito privado e não perder de vista o que é dito no artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem^{27 28}. O direito civil prevê duas soluções diferentes, consoante a colisão se dê entre direitos de igual ou diferente espécie²⁹. 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 superior. O legislador civil criou, assim, dois critérios totalmente opostos: o critério da conciliação ou harmonização e o critério da preferência. A Constituição, por seu turno, parece sugerir apenas o critério da conciliação, retirando-se do artigo 19º/2 que não é lícito sacrificar pura e simplesmente um direito a outro. Daí que no que concerne aos direitos fundamentais a generalidade da doutrina defenda o método da concordância prática, *“tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema”*³⁰.

A harmonização de que se fala não é mais do que uma aplicação dos três exames propostos por ALEXEY: da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³¹. Ilustremos com um exemplo das muitas colisões de direitos fundamentais ocorridas em sede laboral: uma empresa fiscaliza diariamente as páginas da *internet* que os seus trabalhadores visitam, com o objectivo de salvar a sua imagem. Eis que surge uma colisão entre o direito à privacidade (dos trabalhadores) e o direito à imagem (do empregador), ambos merecedores de tutela constitucional³². Um juiz que pretenda aferir da licitude desta restrição do direito à privacidade terá de realizar três exames:

× exame da adequação verificar se a medida adoptada fomenta a concretização do fim visado. À partida sim, destinando-se a evitar que os trabalhadores visitem páginas que, pelo seu conteúdo ideológico, político, religioso, sexual ou simplesmente lúdico, possam interferir com a produtividade e disciplina laboral. Mais se diga que o fim visado é perfeitamente lícito – salvaguarda da imagem e dos interesses contratuais do empregador³³.

× exame da necessidade saber se não haveria outro meio que, sendo menos lesivo do direito à privacidade, permite-se alcançar o fim visado com a mesma ou, porventura, maior intensidade. Aqui o juiz poderá perfeitamente argumentar que o empregador poderia simplesmente vedar o acesso à *internet*, total ou parcialmente, consoante as exigências do trabalho. Conseguiria o fim visado sem lesar a privacidade dos seus trabalhadores.

× exame da proporcionalidade *stricto sensu* dos três o mais complicado, pressupõe que se estruturarem argumentos a favor e contra cada direito em colisão, de forma a verificar se, ante o sistema jurídico, a restrição de um em favor

do outro é admissível. Para isso, deve reter-se que “*cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto maior tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro*”³⁴. Neste exame, é fundamental atender-se ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, para avaliar em que medida e com que peso cada direito se apresenta na situação de conflito. Assim, a intensidade da reserva da intimidade varia conforme se trate de aspectos que integrem a esfera íntima, privada ou pública do trabalhador e, dentro de cada uma, consoante o tratamento dos dados pelo empregador. Não chocaria um juiz uma medida destas, caso o empregador se comprometesse a não divulgar dados, a não os usar senão estritamente para a finalidade apontada e a destruí-los periodicamente. Em suma, seriam estas as ponderações de que o juiz se iria ocupar, tentando harmonizar da melhor maneira os direitos divergentes.

Cumpra agora perguntar se este método que, impondo a ponderação de bens, visa preservar o mais possível a unidade valorativo-sistemática da constituição é eficaz para a resolução de uma colisão de direitos imprópria – que é, lembre-se, a que nos interessa. Autores como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que em caso de conflito entre direitos, liberdades e garantias com outros bens constitucionalmente protegidos³⁵ devem prevalecer os primeiros. Este entendimento configura já um desvio ao método da concordância prática imposto pela Constituição, o qual vale, segundo a letra do artigo 18^a/2, tanto para as colisões em sentido estrito como para as que contraponham direitos fundamentais a “outros interesses constitucionalmente protegidos”. E o contrário, poderá ser sustentado, isto é, uma prevalência do bem jurídico sobre um direito fundamental? Para alguém que, como nós, adira a essa proposta de resolução, a fundamentação deve procurar resolver dois aparentes óbices: o facto de a maioria esmagadora da doutrina (e os tribunais) rejeitarem *a priori* uma hierarquização dos valores constitucionais; e a demonstração de que tal solução não viola o espírito da constituição.

Quanto à primeira dificuldade, gostaríamos de lembrar que nem todos os valores acolhidos na Constituição, seja sob a forma de direitos subjectivos ou de tarefas estaduais, derivam com a mesma intensidade do fundamento comum da dignidade da pessoa humana. Acresce que a validade de uma hierarquização apenas depende de se atenderem às circunstâncias do caso concreto. E, na verdade, casos há em que um juízo de ponderação é impraticável porque o bem jurídico é afectado no seu conteúdo essencial. Quando o bem “ambiente” é ofendido pelo exercício de um direito fundamental não é correcto usar, de rajada, o método da ponderação, mais que não seja porque as qualidades deste bem o tornam único e insusceptível de avaliação material. Um juiz não pode simplesmente atribuir um valor económico a uma parcela de ar, água ou solo (entre outros) para legitimar a sua supressão por um particular. O perigo de cármos em radicalismos ecológicos não nos deve fazer esquecer que não podemos dar soluções idênticas a problemas diferentes. Se pensarmos que o ambiente é um bem global, que por todos pode ser lesado e, acima de tudo, que a mais pequena lesão pode ter severas repercussões para todos (e não apenas para o agressor), será esta proposta assim tão descabida? Não será o núcleo essencial

deste bem muito maior que, porventura, o de qualquer outro valor acolhido na Constituição? Agora, repetimos que esta hierarquia será sempre fundada no caso concreto. Assim, por exemplo, alguém que se queixe a um juiz de que A ou B ocasionalmente queima roupas velhas no quintal da sua casa, alegando uma lesão para a qualidade de ar dos vizinhos, seria rapidamente admoestado pelo juiz por fazer perder tempo ao tribunal. Mas se a queixa respeitar já ao fumo lançado por uma fábrica – porque a lesão é já significativa e periódica – o juiz não deve perder tempo a indagar da contribuição desta para o *pib* local, antes ordenar a imediata instalação de filtros (entre outras medidas possíveis).

Resta procurar demonstrar que o que dissémos não é de todo impossibilitado pela constituição, apresentando para esse efeito dois principais argumentos:

× o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamento de todos os valores constitucionalmente acolhidos, manifesta-se com diferentes intensidades, sendo eticamente correcto sustentar que um ambiente de vida humano e sadio prima sobre a propriedade e o lucro;

× nenhuma restrição pode afectar o conteúdo essencial de um preceito constitucional, o qual, no caso do ambiente, e no estado crítico em que o planeta se encontra, deve ser todo e mais algum.

No fundo, trata-se de reconhecer que a própria Constituição encerra, por caminhos sinuosos, os instrumentos que nos permitem dar ao ambiente a melhor protecção possível.

3 EQUÍVOCOS DA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Estamos cientes que a maioria dos leitores terá dificuldade em identificar-se com esta proposta, mais que não seja porque é muito mais simples dizer que existe um direito subjectivo ao ambiente do que provar o contrário. Não os culpamos, outra coisa não seria de esperar quando tanto o legislador como os tribunais nada fazem para evitar o engano – antes pelo contrário! Não nos vamos alongar sobre o contributo de ambos para uma errada percepção do ambiente visto que alguém muito mais dotado já o fez³⁶. Ficam apenas algumas linhas sobre o problema.

Começando pelo contributo do legislador, ele está presente não apenas na Constituição mas também na Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro) fundamentalmente em dois locais: no capítulo III e no artigo 40^o/4. O primeiro erro da LBA consiste em integrar na noção de ambiente aquilo que designa por componentes ambientais humanos:

Os componentes ambientais humanos definem, no seu conjunto, o quadro específico de vida, onde se insere e de que depende a actividade do homem, que, de acordo com o presente diploma, é objecto de medidas disciplinadoras com vista à obtenção de uma melhoria da qualidade de vida. – art. 17^o/1.

São componentes ambientais humanos: a paisagem, o património natural e construído e a poluição. – nº3.

A intenção do legislador, reconheça-se, até foi boa – salvaguardar a qualidade de vida das gerações presentes e futuras. O lugar escolhido para a materializar é que não foi o adequado. Com efeito, ao associar a preservação da natureza à satisfação das necessidades do Homem e ao integrar na noção de ambiente o património (tanto natural como construído), o legislador deu o mote para a subjectivização do bem jurídico³⁷. No artigo 22º encontramos, como objectivo da LBA, a luta contra o ruído. O objectivo seria bastante nobre se se ficasse por aí, entenda-se se a luta contra esta particular forma de poluição estivesse ao serviço da natureza. Porém, o ruído é claramente visto na LBA como um dano para as pessoas e não para o ambiente: “A luta contra o ruído visa a salvaguarda da saúde e bem-estar das populações...” – art. 22º/1/proémio.

Como veremos mais adiante, o tratamento dado pelos tribunais ao problema do ruído (nalguns casos com recurso ao mecanismo da colisão de direitos) é fiel herdeiro desta perspectiva antropocêntrica. *The bottom line is*: quanto mais integrarmos no ambiente realidades que dele são distintas, quanto mais usarmos o ambiente para tutelar direitos (de personalidade) alheios, maior será a dificuldade em reconhecer razão ao que atrás se disse.

Nenhum outro artigo da LBA é, porém, tao elucidativo da desorientação do legislador quanto o artigo 40º/4: “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”.

Procuremos dissecar esta norma para ver o que ela verdadeiramente encerra. A primeira parte da norma proclama, à semelhança do artigo 66º/1 da Constituição, o direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado. A referência a um ambiente humano traduz, mais uma vez, a instrumentalização do ambiente ao Homem. Adicionalmente, transforma o ambiente num “saco sem fundo”³⁸, onde encontramos uma miríade de direitos de personalidade esgrimidos nas relações de vizinhança. Pensemos a quem aproveita a norma: é ao proprietário lesado por emissões poluentes, é ao morador incomodado pelo ruído de um aeroporto, etc. A norma servirá, essencialmente, de base à legitimade processual activa de todos os que forem lesados nos seus direitos de personalidade, surgindo a protecção do ambiente como um resultado meramente reflexo da acção: quando à fábrica for obrigada a instalar filtros ou a insonorizar as instalações o proprietário/morador sorri, e o ambiente sorri à boleia. Parece-nos, no mínimo, irónico que numa Lei de Bases “para” o ambiente a tutela contenciosa tenha um cunho tão marcadamente individualista³⁹. Mesmo que esqueçamos tudo o que disse em 1. e afirmemos convictamente que existe um direito ao ambiente nos termos em que o legislador o proclama, pergunte-se: será esse direito sequer facticamente possível? Muito acertadamente afirma MARIA DA GLÓRIA GARCIA que tal direito é de concretização impossível, uma miragem inscrita na constituição⁴⁰, dado o carácter

global do bem em causa. Pensemos apenas no exemplo da qualidade da água dos nossos rios: por maior que seja o esforço do Estado português em garantir um ambiente sadio e equilibrado estaremos sempre dependentes do comportamento dos nossos vizinhos espanhóis quanto aos rios que com eles partilhamos. E, mesmo que os espanhóis se portem bem, há que ter sorte para que nenhum petroleiro sofra um acidente ao passar pela nossa costa. Tratando-se o ambiente de um bem global, cuja lesão pode afectar qualquer um em qualquer parte do mundo, a sua subjectivização surge-me quase como que inocente.

A segunda parte da norma só pode ser compreendida se a enquadrarmos historicamente. No preâmbulo do recente Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de Julho, que estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, pode ler-se 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.

Até ao surgimento deste diploma o nosso quadro legal pura e simplesmente não autonomizava o dano ecológico (puro) do dano ambiental⁴¹ – aquele que representando uma lesão para os direitos de personalidade ou para os bens patrimoniais de alguém implicava também uma ofensa para o ambiente. Ora, quando o legislador remete, no artigo 40º/4 da LBA, para os “termos gerais do direito”, não poderia estar a pensar senão nas normas civis que tutelam os direitos de personalidade e as relações de vizinhança⁴², designadamente:

× o artigo 70º:

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral; 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

× e o artigo 1346º (ambos do Código Civil):

O proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros quaisquer factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam.

Em bom rigor, o artigo 40º/4 da LBA nada traz de novo – ele limita-se a repetir o que o código civil já diz, ou seja, que alguém que seja lesado no seu “*ambiance*”⁴³ pode recorrer à jurisdição civil e pedir o ressarcimento pelos danos sofridos, de preferência juntamente com uma medida cautelar de cessação/prevenção da actividade lesiva⁴⁴. Embora o artigo não se refira expressamente ao tipo de ameaça ou lesão, parece-nos que só se aplica se se verificar ilicitude⁴⁵ - daí a sua ligação intrínseca aos artigos 70º e 483º CC (responsabilidade por facto ilícito). Caso não haja ilicitude na actuação do lesante, o caso deverá ser resolvido no âmbito da colisão de direitos, aplicando os tribunais o disposto no artigo 335º CC. Em suma, e fazendo nossas as palavras de CARLA AMADO GOMES,

[...] a não identificação clara do dano ecológico redundava em que este só poderia ser atalhado caso resultasse de uma acção lesiva de interesses individuais, cujo titual movesse uma acção inibitória contra o lesante, a qual pusesse fim à produção da emissão prejudicial para pessoas e bens naturais.⁴⁶

Tudo visto, para os que, como nós, defendem uma visão ecocêntrica do ambiente, o novo regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais é de louvar⁴⁷:

× ao autonomizar o dano ecológico dá razão à ideia de que o ambiente não pode ser confundido com outros valores dotados da sua própria tutela constitucional e legal – são danos ambientais os danos causado à fauna e flora protegidas pela legislação nacional, à água e ao solo, nos termos do artigo 11º/1⁴⁸. Eventuais danos pessoais ou patrimoniais colaterais só interessam aqui para efeitos de legitimidade activa, entenda-se, para que alguém possa desencadear um pedido de intervenção à autoridade competente – artigo. 18º/2 alíneas a) e c).

× não está previsto o pagamento de qualquer quantia ao particular, o que atesta claramente a autonomia do bem jurídico tutelado⁴⁹.

4 A TUTELA AMBIENTAL SUBJECTIVISTA COMO A VIA JURISDI-CIONAL COMUM EM PORTUGAL

Vários são os acórdãos de tribunais portugueses em que se invoca incorrec-tamente o direito ao ambiente⁵⁰ no contexto de uma colisão de direitos. Dadas as similitudes dos casos, dois exemplos bastarão para se ilustrar esta situação. O primeiro é o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁵¹, de 06-12-2005, cujo sumário aqui se transcreve:⁵²

- I – O descanso, a tranquilidade e o sono são direitos funda-mentais constitucionalmente consagrados, que se inserem no direito à integridade física, preceituado no artº 25º, nº 1, da CRP, bem como no direito ao ambiente e qualidade de vida, como resulta do artº 66º da mesma Constituição.
- II – No campo da lei ordinária, o direito ao repouso é, ainda, um

direito de personalidade que beneficia da tutela do artº 70º, nºs 1 e 2, do C. Civ.

III – Frequentemente há conflito de direitos fundamentais, podendo, nomeadamente, ser conflituantes o exercício do direito de propriedade sobre um estabelecimento que emite ruídos, e o direito de outrem ao sossego, ao repouso, a um ambiente sadio.

IV – Avaliando colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, dispõe o artº 335º, nº 1, do C. Civ. que devem os direitos ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

Aqui temos uma demonstração da facilidade com que os tribunais confundem o direito ao ambiente com os direitos de personalidade – no caso, a integridade física, num escopo mais alargado, concretizada na tranquilidade, sossego, repouso (tudo sinónimos) e sono. Não havia necessidade de confundir os cidadãos. Bastaria enunciar uma colisão entre os direitos de personalidade do autor e dos seus familiares e os direitos económicos da ré³³. O que o tribunal não pode dizer de ânimo leve é que resulta do artigo 66º da CRP que os direitos ao descanso e ao sono se inserem no direito ao ambiente. A própria referência a qualidade de vida devia ser erradicada porque apenas contribui para a subjectivação de um tutela que se quer *supra-homo*.

Num outro acórdão, desta feita do Tribunal Judicial de Círculo de Santa Maria da Feira³⁴, encontramos uma história com alguns paralelismos: as rés dedicam-se à serração, fabrico de tacos, *parquet* e artefactos de madeira, produzindo um ruído constante para os vizinhos através de serras, empilhadoras, compressores e toda uma gama de maquinaria, durante o dia e durante a noite, de segunda a sábado. Para além do ruído, que perturba o sossego da vizinhança e que provoca vibrações (e danos) em portas, janelas, candeeiros e outros objectos, o pó que é libertado para o ar não só é nocivo para a saúde dos queixosos como cobre a mobília e impede a normal frutificação do terreno. Este acórdão merece a nossa atenção pela positiva e pela negativa. O tribunal começa, e bem, por reconhecer que “as questões que importam resolver têm implicações quer 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*” e mais que as mesmas se interpenetram pelo que ao abordar uma é normal que se aluda às demais. Nesse sentido, o acórdão divide-se por títulos, consoante o bem violado e as normas chamadas a intervir. Assim temos:

× Os direitos de personalidade dos AA.. – que o tribunal começa por reconduzir à integridade moral e física assegurada na Constituição (art. 25º), na lei civil (art. 70º/1 CC) e em textos internacionais (art. 25º/1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), e que adiante alarga à protecção da saúde e da qualidade de vida (arts. 64º e 66º CRP). A violação destes direitos requer a adopção das providências adequadas a fazer cessar as ofensas cometidas, como se estipula no artigo 70º/2 do CC.

× 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 absoluto como resulta do artigo 1305º do CC: “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. No âmbito do direito privado é de destacar o disposto no artigo 1346º do CC onde se dispõe que “o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos (...) sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel...”.

× 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, desde o artigo 21º/1 e 2, passando pelo 40º/4 e acabando no 46º e no 47º. O que o tribunal faz ilustra tudo o que se tem vindo a dizer: apesar do ruído e do pó emitidos atentarem contra o bem jurídico ambiente (ar e solo) o tribunal subjectiviza a ofensa, abordando-a como uma mera lesão do direito de propriedade dos AA. (impossibilitados de fruir plenamente do terreno das suas casas) e do seu sossego, para concluir que lhes é devida uma indemnização ao abrigo do artigo 40º/4 da LBA.

É verdade que, para a confusão do objecto da disciplina, existiam circunstâncias atenuantes, sobretudo o facto dos danos ambientais serem tratados em sede de responsabilidade civil⁵⁵. Hoje, a nova lei da responsabilidade por dano ecológico permite-nos destringir duas vias: a cível, sempre que o particular queira ser ressarcido por danos patrimoniais (como era o caso neste acórdão) e a administrativa, sempre que o particular queira tão só fazer cessar uma lesão ambiental, do prisma de um actor desinteressado.⁵⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As abordagens feitas pela doutrina portuguesa ao artigo 66º/1 CRP oscilam entre a qualificação do direito ao ambiente como um direito subjectivo ou como um direito colectivo ou interesse difuso, registando-se, pelo meio, propostas conciliatórias⁵⁷. PEREIRA REIS foi um dos primeiros defensores nacionais da existência de um direito subjectivo ao ambiente, deixando uma argumentação que é o espelho da obediência cega à letra da lei. Disse o autor que, apesar da dificuldade em determinar o conteúdo do direito e, assim, delimitar o seu objecto, da dificuldade em identificar o seu titular e da inapropriabilidade individual dos bens que compõem o ambiente, “*contra factos não há argumentos*”, referindo-se ao facto de a norma constitucional atribuir expressamente um direito fundamental⁵⁸. Mais louvável é a posição de PEREIRA DA SILVA, autor que apesar de integrar as fileiras dos subjectivistas desenvolve um esforço de fundamentação bastante melhor, extraíndo a vertente subjectiva do direito da sua dupla faceta – da vertente negativa ou de defesa, que permite a qualquer um reagir contra agressões perpetradas por entidades públicas e privadas, e da vertente positiva ou prestacional, que permite a qualquer um exigir do Estado a criação de condições de vida

concordantes com a dignidade da pessoa humana. Não nos parece que tenha razão no que diz, seja porque, quanto à vertente prestacional, “*a operatividade do direito ao ambiente não se traduz na possibilidade de exigir do Estado uma qualquer prestação a título individual, mas antes de o levar a desempenhar a tarefa de protecção e promoção da qualidade dos bens ambientais em benefício de todos os membros da comunidade*”⁵⁹ mas também porque “*não é possível, em termos universais (...) determinar o nível quantitativo e qualitativo das componentes ambientais de que cada indivíduo necessita para viver*”⁶⁰, seja porque, quanto à vertente de defesa,

[...] não pode, por força da natureza das coisas, existir qualquer pretensão de apropriação individual, nem tão pouco proceder-se à fixação de um quantum de fruição pessoal – daí a existência de um mero interesse de facto. Tal desiderato é suficiente para justificar a intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa da integridade e qualidade dos bens ambientais, através da acção popular, mas faltam-lhe densidade e determinabilidade capazes de consolidar a figura de um direito.⁶¹

Trata-se, mais uma vez, de reconhecer a legitimidade única da tutela preventiva e ressarcitória de danos ecológicos através do mecanismo da acção popular.

Por seu turno, GOMES CANOTILHO procura hoje uma progressiva despersonalização do direito ao ambiente, reduzindo os momentos subjectivos às vertentes procedimental e processual. Faltou ao autor reconhecer que as normas procedimentais e processuais, quando colocadas ao serviço do ambiente, protegem muito mais que uma “subjectividade individual”, convidando todos os cidadãos a participar nas decisões administrativas que envolvem a conformação de interesses globais. Nesse sentido joga a nova Lei 19/2006, que regula o acesso à informação sobre ambiente, quando dispõe no seu artigo 6º/1 que “as autoridades públicas estão obrigadas a disponibilizar ao requerente informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome, sem que o requerente tenha de justificar o seu interesse”, porquanto o bem em causa é de fruição colectiva (a todos pertence).

Mais nos aproximamos da posição sustentada por CARLA AMADO GOMES, identificando o ambiente como um bem colectivo, por todos fruível embora insusceptível de apropriação individual, gerador de deveres de actuação e de fiscalização a cargo das entidades públicas aliados a um dever de conservação dos bens ambientais naturais por todos, num contexto de solidariedade comunitária. Em lugar de um direito, o qual “*conduz a uma amputação considerável do âmbito de protecção da norma constitucional, na medida em que subtrai do seu âmbito as situações de dano ecológico*”⁶², a pedra de toque reside na ideia de um dever fundamental (intergeracional), inerente ao próprio exercício responsável da cidadania. Mais, a redução do objecto deste dever à protecção dos bens ambientais naturais, afastando os equívocos provocados pela noção alargada de ambiente (e pela sua tutela reflexa, por apelo aos direitos de personalidade, de propriedade e de iniciativa económica), é a única maneira de encontrarmos um sentido útil para o artigo 66º CRP⁶³.

Terminamos com uma confissão: num artigo anterior, dedicado ao tema das taxas ambientais⁶⁴, foi defendida a privatização dos bens ambientais, tendo sido, porém, salientado que tal era feito não por se achar que seja a melhor forma mas sim porque é a que poderá produzir resultados palpáveis no mais curto prazo. Ao jeito de FERNANDO PESSA dir-se-ia agora “e esta, hein?” – não será o autor um *bocadinho* hipócrita ou, no mínimo, incoerente? Este dilema moral foi já levantado por TIAGO ANTUNES a propósito do mercado de quotas de CO₂: “*should the legal system recognize individual rights to pollute? Is it not contradictory to award pollution rights when the objective is to protect the environment?*”⁶⁵. Ele obriga-nos a um esforço adicional de destrinça das situações, o qual pode ser ilustrado da seguinte forma:

× Uma fundição recebe uma licença ambiental para operar na periferia de uma cidade. O proprietário desta não tinha qualquer direito (subjectivo) a poluir, mas passou a poder fazê-lo em virtude do acto administrativo autorizativo. A licença ambiental funcionou como um instrumento de privatização da parcela atmosférica na zona de influência da fábrica. Em bom rigor, o proprietário passou a ter um “direito a poluir”, que antes não tinha – daí que a licença ambiental seja uma concretização do princípio da proibição sob reserva de permissão: ao particular é negada a possibilidade de poluir sem se munir previamente de um acto administrativo conformador dos limites desse desgate. Mas à semelhança do artigo 66^o CRP, o nosso regime do licenciamento ambiental (Decreto-Lei 173/2008, de 26 de Agosto) veste um belo disfarce: ele alicia as pessoas “para o cumprimento de um dever mascarando-o de direito individual clássico”, pois, por detrás da autorização para poluir vem 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 Associação Portuguesa do Ambiente os dados resultantes da monitorização das emissões da instalação. Em suma, a privatização dos bens ambientais operada em sede de licenciamento, taxas, direitos de emissão negociáveis, etc., mais não é que uma manobra de ilusionista destinada a ultrapassar a desconfiança de grande parte da doutrina jusinternacionalista perante a ideia de dever.

Cartaxo, 18 de Setembro de 2009

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 66, 2002.

_____. In: RIVERS, Julian (Trad.). **A theory of constitutional rights**. Oxford, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente:

objecto, autonomia e distinções, **RJUA**, n. 1, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: 2004.

ANTUNES, Tiago. The use of market-based instruments in Environmental Law. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n. 14-15, Almedina.

BATISTA, Luis Carlos. **Uma análise económica das externalidades ambientais negativas**: em especial, a solução dos tributos ambientais (a publicar pela AAFDL).

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Almedina, 1992.

_____. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. **RLJ**, n. 3799.

CARDOSO, José Lucas. **Sobre o direito das Organizações não governamentais de ambiente à informação administrativa**. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, Almedina, n. 11.

CASOLINO, E. Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario. In: **DC&SI**, 1992.

CONCI, Luis Arcaro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Almedina, 2005, t. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro, dos Direitos Subjectivos**. Editora Freitas Bastos, 1941.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do Ambiente**. ALMEDINA, 2007.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL. 147/2008, de 29 de Julho. **ICJP**. Disponível em: <www.icjp.pt>.

_____. Ambiente (Direito do). **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005.

_____. **Escrever verde por linhas tortas**: o *direito ao ambiente* na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

_____. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005.

_____. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Lisboa, 2006.

KELSEN, Hans. In: HARTNEY, M. (Trad.). **General Theory of norms**. Oxford, 1991.

LARENZ, K. **Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts**. Munique, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 2000, v. 4.

PINTO, Rui Gouveia. **A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa, 1998.

REIS, J. Pereira. **Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente**. Mem Martins, 1987.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente**. Almedina, 2002.

- 1 Texto redigido na sequência de um convite feito pela Prof^a Carla AMADO GOMES para integrar as fileiras dos novíços da presente revista.
- 2 O que nem sempre corresponde a um “Homem do direito”, usando a que os ingleses chamam “*pune*” ou “*play on words*”.
- 3 Para uma leitura sobre o tema, ver ALEX Y, Robert. In: RIVERS, Julian (Trad.). **A theory of constitutional rights**. Oxford, 2001, p. 111 e segs..
- 4 Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra, 2000, v. 4, p. 181 e segs..
- 5 LARENZ, K. **Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts**. Munique, 1967, p. 60.
- 6 Cfr. MIRANDA, op. cit., p. 183.
- 7 Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra, 2004, p. 102.
- 8 ALEX Y, op. cit., p. 113.
- 9 E que matematicamente expressou através da fórmula “*X has a right to G*”. Para maiores desenvolvimentos, ver ALEX Y, op. cit., p. 116 e segs..
- 10 Cfr. ALEX Y, op. cit., p. 120.
- 11 MIRANDA, op. cit., p. 185.
- 12 Para os interessados, ler SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente**. Almedina, 2002, p. 84 e segs..
- 13 *Ibid.*, p. 89.
- 14 Quem quiser aprofundar a questão pode sempre dar uma vista de olhos pela obra de ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro, dos Direitos Subjectivos**. Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 574 e segs.
- 15 As pessoas que o formam e não o ente em si. Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 122 e segs..
- 16 Seguindo a noção proposta por CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Almedina, 2005, t. 1. p. 334.
- 17 Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 122.
- 18 Cfr. ESPÍNOLA, op. cit., p. 576.
- 19 Cfr. CORDEIRO, op. cit., p. 333.
- 20 Cfr. GOMES, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. I, 2005, p. 23.
- 21 KELSEN, Hans. In: HARTNEY, M. (Trad.). **General Theory of norms**. Oxford, 1991, p. 324.
- 22 Veja-se, a propósito, o artigo 10^o do Estatuto das Organizações não Governamentais de Ambiente (Lei 35/98, de 18 de Julho), o qual lhes atribui legitimidade processual para intentar acções judiciais com vista a reprimir a violação das disposições legais que protegem o ambiente independentemente de **terem ou não interesse directo na demanda**” (*realçado nosso*), estando inclusive as associações em causa dispensadas do requisito procedimental de invocar um prejuízo, actual ou virtual, de qualquer um dos seus representados - neste sentido, cfr. CARDOSO, José Lucas. **Sobre o direito das Organizações não governamentais de ambiente à informação administrativa**. *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, Almedina, n. 11, p. 52 e segs..

- 23 O esquema vem desenvolvido em inglês – para os que, como nós, não compreendam alemão – na já mencionada obra de ALEXY, op. cit., p. 116 e segs..
- 24 Ver CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Almedina, 1992, p. 657 e segs..
- 25 Idem, p. 658.
- 26 Assim, na parte final do artigo 18^º/2 o legislador estabelece que os direitos fundamentais devem ser exercidos por forma a salvaguardar outro direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
- 27 PINTO, Rui Gouveia. **A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa, 1998, pp. 13 e segs..
- 28 Em especial o n^º2: No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.
- 29 Cfr. o artigo 335^º do Código Civil.
- 30 Cfr. ANDRADE, op. cit., p. 324.
- 31 Para maiores desenvolvimentos, ver CONCI, Luis Arcaro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**, 2008, pp. 36 e segs..
- 32 No artigo 26^º/1 CRP.
- 33 Neste ponto há que discordar de Alexy, que não verifica na adequação a necessidade de se apontar uma legitimidade ao fim.
- 34 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 66, 2002, p. 29.
- 35 Aos exemplos por eles dados da defesa e da saúde pública voltamos a acrescentar o ambiente.
- 36 Entre outros, recomenda-se a leitura de **Ambiente (Direito do)**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Lisboa, 2005, e **Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem** – Texto escrito para integrar a obra colectiva “O tempo e os direitos humanos: entre a eficácia pretendida e a conquistada”, organizado pela ABDH (Academia Brasileira dos Direitos Humanos). Ambas as obras são da autoria de Carla AMADO GOMES.
- 37 Sobre a dificuldade em compreender a inserção da “poluição” no elenco dos componentes ambientais, ver AMARAL, Diogo Freitas do. Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções, **RJUA**, n. 1, 1994, p. 20.
- 38 Expressão da autoria de Carla AMADO GOMES, em **O ambiente**, op. cit., p. 15.
- 39 Já Diogo FREITAS do AMARAL o reconheceu, ao dizer que a nossa Lei de Bases do Ambiente, nos soa hoje como ultrapassada e, porventura, 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... – Cfr. **Apresentação**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 14 e segs..
- 40 “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.” GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do Ambiente**. ALMEDINA, 2007, p. 191.
- 41 Para um maior desenvolvimento sobre esta lacuna, ver GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL. 147/2008, de 29 de Julho. **ICJP**. Disponível em: <www.icjp.pt>. p. 4 e segs..
- 42 Veja-se, a título de exemplo da tendência dos tribunais para apelarem a essas normas, os acórdãos de 06-12-2005, processo 2962/05, da Relação de Coimbra, e o de 4-4-1997, do tribunal judicial de círculo de Santa Maria da Feira.
- 43 Expressão usada por CANOTILHO, José Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. **RLJ**, n. 3799, p. 290 – e que traduz a tendência das pessoas para transformarem o ambiente em tudo o que as rodeia.
- 44 Nos termos gerais dos artigos 381^º e segs. do Código de Processo Civil.
- 45 Tanto mais que o artigo seguinte – 41^ª LBA – ao consagrar a responsabilidade objectiva refere “muito embora com respeito do normativo aplicável”.
- 46 GOMES, **A responsabilidade...**, op. cit., p. 5.

- 47 Sem esconder, todavia, que importa melhorar alguns dos seus aspectos – nesse sentido, ver GOMES, *ibid.*, p. 37. A autora refere, entre outros, a necessidade de consagrar em sede ambiental a inversão do ónus da prova, a falta de referência no diploma a bens ambientais como o ar e o subsolo, ou a ausência de responsabilidade objectiva por riscos ligados ao normal funcionamento de uma instalação.
- 48 Quanto aos danos causados ao ar e ao subsolo, remetemos para as soluções propostas por Carla AMADO GOMES em **A responsabilidade...**, op. cit., p. 12 e segs..
- 49 Veja-se, entre outros, o artigo 23º/4 que prevê que o produto da cobrança da taxa inerente às garantias financeiras constituídos para assumir a responsabilidade ambiental em virtude de uma actividade ocupacional reverte integralmente para o Fundo de Intervenção Ambiental (FIA).
- 50 Sendo que pelo que acima se foi escrevendo, por direito ao ambiente devemos entender tão só o conjunto de normas substantivas e adjetivas destinadas à defesa dos bens ambientais naturais mencionados no artigo 6º da LBA.
- 51 Processo nº 2962/05; Relator: Drª Regina Rosa.
- 52 Sublinhado nosso.
- 53 De um lado tínhamos um agregado familiar que se via impedido de descansar adequadamente por força do barulho gerado pelo estabelecimento comercial da ré, o qual se prolongava até as 3h da manhã, e do outro a liberdade de iniciativa económica e de estabelecimento desta.
- 54 De 4-4-1997.
- 55 Era até frequente o apelo ao instituto do abuso de direito em sede ambiental – ver, no plano internacional, o Acórdão **Trail Smelter** de 1937.
- 56 Desinteressado no sentido de não tirar proveito individual da acção, porquanto a sua iniciativa beneficiará todos quanto habitam o planeta.
- 57 Para um apanhado geral destas posições recomenda-se a leitura do primeiro capítulo da tese de doutoramento de GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Lisboa, 2006, em especial as pp. 105 e segs..
- 58 Ver REIS, J. Pereira. **Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente**. Mem Martins, 1987, pp. 30 e segs..
- 59 Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, op. cit., p. 46.
- 60 *Ibid.*, p. 134.
- 61 *Ibid.*, pp. 137-138.
- 62 Cfr. CASOLINO, E. *Transformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario*. In: **DC&SI**, 1992, p. 521-522.
- 63 “Se a tutela de tais situações através de um entendimento amplo dos direitos de personalidade (...) é possível e plenamente concebível, porquê defender a existência de um novo direito? Por outras palavras, se há uma cláusula típica de cobertura de tal situação jurídica, quais as razões que justificam o reurso a um alegado direito ao ambiente? No ordenamento nacional, nenhuma.” –GOMES, **Risco e modificação...**, op. cit., p. 119.
- 64 BATISTA, Luis Carlos. **Uma análise económica das externalidades ambientais negativas**: em especial, a solução dos tributos ambientais (a publicar pela AAFDL).
- 65 Cfr. ANTUNES, Tiago. The use of market-based instruments in Environmental Law. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n. 14-15, Almedina, pp. 174 e segs..

THE SUBJECTIVE RIGHT TO ENVIRONMENT: A LEGISLATIVE AND JURISDICTIONAL ARTI- FICIAL INVENTION

ABSTRACT

The Portuguese Constitution includes the subjective right to environment (Section 66º/1). This right, « a right to something », is presented as a three-sided relationship, involving the individual who will get the benefits from this right, the one tied to that right and the

aim of the right. Every citizen is simultaneously qualified in the Portuguese Constitution as beneficiary and obliged individual, as people have both the right to the environment and the duty to preserve environment. The essential idea is that the right to environment implies a fundamental task to defend environment, inherent to the responsible practice of citizenship. Furthermore, the limitation of the aim of the fundamental duty to defend environment to the protection on nature is the sole manner of finding an useful meaning to the Section 66^o of the Portuguese Constitution, avoiding the mistakes provoked by a broadened notion of environment and by a model of environmental protection related to the rights to personality, property and economic initiative.

Keywords: Subjective right. Environment. Fundamental duty.